XLIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

JAIRO PARRA QUIJANO

DERECHOS HUMANOS Y PROCESO

ICDP
INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

Ulises Canosa Suárez
Presidente del ICDP

UNIVERSIDAD LIBRE
Vigilada Mineducación

Patrocinadores:

Este libro fue realizado mediante proceso editorial y arbitral bajo el siguiente Comité Científico: María Cristina Chen Stanziola, Ramiro Bejarano Guzmán, Hernán Fabio López Blanco, Jaime Bernal Cuéllar, Edgardo Villamil Portilla, Enrique Letelier Loyola.
Fue evaluado por los siguientes árbitros: Luz Ángela Gómez Jutinico y Samir Alberto Bonett Ortiz.

ISBN digital: 978-958-52944-3-1
XLIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal
© Universidad Libre
© Instituto Colombiano de Derecho Procesal Bogotá D.C. - Colombia
Primera Edición - Septiembre 2022

Queda hecho el depósito que ordena la Ley
Edición: Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Universidad Libre
Dirección y coordinación Académica: Ulises Canosa Suárez - Eudith Milady Baene Angarita
Directores de Memorias: Jimmy Rojas Suárez – Jorge Forero Silva
Diseño portada: Diego Tobón
Diseño y Diagramación: Héctor Suárez Castro

Todos los derechos reservados.
Esta obra es propiedad del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Instituto Colombiano de Derecho Procesal
Calle 67 No. 4A-09
Tel. 3104401
www.icdp.org.co

DIRECTIVOS INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

Fundadores ICDP

Hernando Devís Echandía
Antonio Rocha Alvira
Alfonso Galvis Amado
Rafael Baquero Herrera
Alejandro Venegas
Alejandro Domínguez
Marco Antonio Fonseca Truque
Rafael Poveda Alfonso
Gonzalo Vargas Rubiano
Hugo A. Vela Camelo
José Joaquín Rodríguez
Gustavo Orjuela Hidalgo
Daniel Manrique Guzmán
Fernando Sarmiento Cifuentes
Emiliano Peñuela
Manuel J. González
Hernando Morales Molina
Ernesto Cediel Ángel
Adolfo Mina Balanta
Manuel José Cárdenas
Hernando Naranjo Marín
José María Esguerra Samper
Marco A. González S.
Braulio Espejo
Luis Alberto Bravo
Belisario Arciniegas
Gustavo Samper Bernal
Ricardo Bonilla Gutiérrez
Solón Wilches Martínez
Clímaco Giraldo
Jorge Cardoso Isaza
Guillermo Salamanca

Presidente Emérito: Jairo Parra Quijano
Presidentes Honorarios: Ramiro Bejarano Guzmán
Jaime Bernal Cuéllar
Hernán Fabio López Blanco
Edgardo Villamil Portilla
Presidente: Ulises Canosa Suárez
Vicepresidentes: Martín Bermúdez Muñoz
Ángela María Buitrago Ruiz
Director de Congresos: Pablo Felipe Robledo Del Castillo
Secretaria General: Eudith Milady Baene Angarita
Secretaria Adjunto: Néstor Orlando Prieto Ballén

Junta Directiva

Marco Antonio Álvarez Gómez
María Patricia Balanta
Ruth Stella Correa
Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas
María Julia Figueredo
Liliana Otero Álvarez
Juan José Rodríguez Espitia
Henry Sanabria Santos
Octavio Augusto Tejeiro
Jaime Humberto Tobar Ordoñez
Luis Ernesto Vargas Silva
Ricardo Zopó Méndez

Director Financiero y de Tesorería:
Mauricio Pava Lugo

Director de Capítulos:
Carlos Alberto Colmenares

Director de Semilleros:
Manuel Marín Santoyo

Director Académico:
Nattan Nisimblat Murillo

Directora Ejecutiva:
Magda Isabel Quintero Pérez

Director de Responsabilidad Social:
Carlos Adolfo Prieto Monroy

Directores de la Revista:
Miguel E. Rojas Gómez
Horacio Cruz Tejada

Directores de Memorias:
Jorge Forero Silva
Jimmy Rojas Suárez

PRESIDENTES DE CAPÍTULOS

Antioquia: Alejandro Augusto Bañol Betancur
Arauca: Carlos Padilla Suárez
Atlántico: Rodolfo Pérez Vásquez
Bolívar: Carmen Pabón De López
Boyacá: María Julia Figueredo Vivas
Caldas: Mauricio Pava Lugo
Caquetá: Ángela María Murcia Ramos
Cesar: Edgardo José Maestre Sánchez
Chocó: Gilbert Stein Vergara Mosquera
Córdoba: Juan Francisco Pérez Palomino
Cundinamarca: Oscar Iván Garzón Guevara
Girardot: Mireya Vanegas Carvajal
Guajira: Laurentino Pérez Arregocés
Huila: Jorge Alirio Cortés Soto
Magdalena: Raúl Alberto Gual Mozo
Nariño: Leonardo Enríquez Martínez
Norte de Santander-Cúcuta: Carlos Alberto Colmenares Uribe
Norte de Santander-Ocaña: Víctor Manuel Sánchez León
Norte de Santander-Pamplona: Camilo Ernesto Espinel Rico
Cauca: Hoover Hugo Paredes Mosquera
Quindío: Luis Alfonso Ramírez Hincapié
Risaralda: Juan Camilo Valencia González
San Andrés: Shirley Walters Álvarez
Santander: Gustavo Ramírez Núñez
Sucre: Olga Lucia Barrios Corrales
Tolima: Ricardo Enrique Bastidas Ortiz
Valle del Cauca: Carlos Alberto Paz Russi
Valle del Cauca-Buga: María Patricia Balanta Medina
Villavicencio: Cristhian Alexander Pérez Jiménez
Yopal: Enyth Elvira Barrera Estrada
Urabá: William González De La Hoz

Internacionales

Venezuela-Llanos Occidentales Barinas: Rafael Joane Urdaneta Sánchez
Venezuela-Guárico y Portuguesa: Carlos Eduardo Camero Camero
Venezuela-San Cristobal: Rodrigo Antonio Rivera Morales
Honduras: Mary Ela Martínez Medina
Panamá: Abel Augusto Zamorano
México: Camilo Constantino Rivera

DIRECTIVAS
UNIVERSIDAD LIBRE

Presidente Nacional
Jorge Orlando Alarcón Niño

Rector Nacional
Edgar Ernesto Sandoval Romero

Censor Nacional
Ricardo Zopó Méndez

Secretario General
Floro Hermes de San José Gómez Pineda

Director Nacional de Planeación
Guillermo Alfonso Schoonewolff Acosta

Delegada Personal del Presidente
María Elizabeth García González

Rector Seccional Bogotá
Fernando Arturo Salinas Suárez

Decano Facultad de Derecho
Ciro Nolberto Güechá Medina

Secretaria Académica Facultad de Derecho
Ana Rocío Niño Pérez

CONTENIDO

PRESENTACIÓN 13

1. CONSTITUCIÓN, PROCESO Y EPISTEMOLOGÍA

EL PROCESO COMO JUICIO UNA NECESARIA EVOLUCIÓN -BREVES REFLEXIONES- 21
Diana Ramírez Carvajal

FUNDAMENTOS CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO CIVIL: PUNTO DE PARTIDA, EL DEBIDO PROCESO 39
Mónica María Bustamante Rúa

INJUSTICIAS EPISTÉMICAS Y JUSTICIA MATERIAL 59
María Patricia Balanta Medina

ACERCA DE LA FUNDAMENTACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO PROCESAL Y EL PROBLEMA DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD 99
Juan Pablo Domínguez Angulo

EL DERECHO PROCESAL DESDE LA OPTICA DEL DERECHO COMPARADO 123
Rodrigo Rivera Morales

EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL COMO CAMINO HACIA IGUALDAD REAL O MATERIAL 141
Jesús Hernando Álvarez Mora

EL METADERECHO, SU DESARROLLO PRÁCTICO ACTUAL Y EL URGENTE CAMBIO DE PARADIGMA A NIVEL PROCESAL 169
Jorge Iván Guerra Fuentes

LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: ASPECTOS CONCEPTUALES 183
Eudith Milady Baene Angarita

2. TECNOLOGÍA, VIRTUALIDAD Y PROCESO

REVOLUCIONES INDUSTRIALES Y PROCESO 203
Ulises Canosa Suárez

TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO PROCESAL Y LA TECNOLOGÍA:
Reflexiones sobre los ODR (Online Dispute Resolution) y el derecho procesal 3.0 243
Omar Alfonso Cárdenas Caycedo

AUDIENCIAS MIXTAS O HIBRIDAS. LA PARTICIPACIÓN PRESENCIAL O VIRTUAL. UN DERECHO O UNA EXIGENCIA LEGAL 275
Bárbara Liliana Talero Ortiz

FORMAS PROPIAS DEL JUICIO VIRTUAL (DEBIDO PROCESO) 287
Mauricio Pava Lugo

BIG DATA EN LA JUSTICIA 321
PANORAMA EN COLOMBIA Y POSIBILIDADES EN SU USO
Diego Fernando Rojas Vásquez

EL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LA GARANTIA DE LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS 345
María Julia Figueredo Vivas

3. DIVERSIDAD, INCLUSIÓN, GÉNERO, RACISMO Y POBREZA-INTERSECCIONES

LA CONCURRENCIA DE CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN FRENTE A LAS REGLAS DEL PROCESO PENAL 359
Edgard Osorio Osorio

ENFOQUE RACIAL EN EL PROCESO UNA MIRADA CONSTRUCTIVA 373
Humberley Valoyes Quejada

PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD LEGAL Y ACCESO A LA JUSTICIA PENAL INCLUSIVA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD 389
Liliana Rojas Rojas

4. EDUCACIÓN, PROCESO Y DERECHOS HUMANOS

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO HERRAMIENTA DE PROMOCIÓN Y DIVULGACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS 421
Hernando Parra Nieto

EDUCACIÓN Y MENORES DE EDAD INFRACTORES 437
Lorenzo M. Bujosa Vadell

5. DERECHO PROBATORIO

RAZONAMIENTO PROBATORIO: UNA CUESTIÓN DE MÉTODO 461
Ronald Jesús Sanabria Villamizar

RETOS DE LA SANA CRÍTICA FRENTE A LA TARIFA CIENTÍFICA PROBATORIA 493
Jimmy Rojas Suárez

LA PRÁCTICA DEL INTERROGATORIO DE PARTE EN COLOMBIA: ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO 507
Cindy Charlotte Reyes Sinisterra

CONTROVERSIAS FRENTE A LAS PRUEBAS POR DECLARACIONES: DECLARACIÓN DE PARTE Y TESTIMONIO 531
Horacio Cruz Tejada

LA INSPECCIÓN JUDICIAL Y LA PRUEBA POR INFORMES 551
Rodolfo Pérez Vásquez

LAS NOVEDADES DE
LA CONFESIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA A PARTIR DE LA LEY 1952 DE 2019 565
Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo

GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN EL MANEJO DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA 583
Edizon Gonzalo Porras López

REFLEXIONES EN TORNO A LOS REQUISITOS FORMALES DEL DICTAMEN PERICIAL 611
Miguel Andrés Ibáñez Castañeda

LA CONTRADICCIÓN MATERIAL DE LAS PRUEBAS EN EL C.G.P. -CON ÉNFASIS EN LA PRUEBA PERICIAL Y DOCUMENTAL- 623
Ramón Antonio Peláez Hernández

6. DERECHO PROCESAL CIVIL

LOS PRINCIPIOS DEL CGP Y SU INMINENTE APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA DEL LITIGIO 643
Alejandra Gómez Moreno

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA LEY 2213 DE 2022 661
Ricardo Enrique Bastidas Ortiz

LA AUDIENCIA DE PRÁCTICA DE PRUEBAS EN LA LEY 2213 DE 2022 671
Jairo Parra Cuadros

DEBATES Y PERSPECTIVAS SOBRE LA EXTRALIMITACIÓN DEL JUEZ EN LA APELACIÓN 695
Armando Augusto Quintero González

LUCES Y SOMBRAS DE DOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS Y CASACIÓN 713
Marcos Quiroz Gutiérrez

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU COMPARECENCIA AL PROCESO CIVIL 733
Miguel Enrique Rojas Gómez

VICISITUDES DE LA POSESIÓN MATERIAL EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO 751
Carlos Alberto Colmenares Uribe

REPENSAR EL PROCESO EJECUTIVO 785
Luis Guillermo Acero Gallego

LA LEY 2213 DE 2022 Y SU ARTICULACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL 805
Henry Sanabria Santos

7. DERECHO PROCESAL PENAL

EL TRÁNSITO DE LA FE A LA TECNOLOGÍA EN EL PROCESO PENAL 817
Jordi Nieva Fenoll

HACIA UN REPLANTEAMIENTO DEL DEBIDO PROCESO PENAL 829
María Victoria Parra Archila

EL TALÓN DE AQUILES DEL DISEÑO PROCESAL PENAL COLOMBIANO: LA AUSENCIA DE UN FILTRO PARA IR A JUICIO ORAL 857
Jhony Ángel Mena Herrera

LEGITIMACIÓN FUNCIONAL Y COHERENCIA ESTRUCTURAL DEL JUEZ DE LA "CAUSA PROBABLE": ¿UNA ALTERNATIVA "GARANTISTA Y/O EFICIENTISTA" DE CONTROL REAL SOBRE LA ACUSACIÓN, LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO? 873
Armando J. Noriega Ruiz

¿LA FISCALÍA ESTÁ OBLIGADA A INVESTIGAR LO QUE LE FAVORECE AL PROCESADO? PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN INTEGRAL PARA LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONVENCIONAL 917
César Javier Valencia Caballero

PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO 937
¿UN MAL TRASPLANTE? 937
Carlos Andrés Pérez Alarcón

EFECTOS DE LA COSA JUZGADA ABSOLUTORIA PENAL EN EL PROCESO CIVIL: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA 965
Daniela Katherine Cabarcas

ASPECTOS RELEVANTES DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN ESPECIAL 977
Enrique Del Río González

CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE POSTULACIÓN. A LA MEMORIA DEL DOCTOR FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES 997
Francisco Bernate Ochoa

8. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

ACTUALIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO, LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE LEGALIDAD AUTOMÁTICO 1017
Alejandro Augusto Bañol Betancur

LA UTOPÍA DE LAS COSTAS PROCESALES EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS 1035
Jorge Alirio Cortés Soto

VIGENCIA DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y GARANTÍAS JUDICIALES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1055
Juan Paulo Serrano Roa

9. DERECHO DE FAMILIA

ELABORACIÓN Y PRESENTACIÓN DEL INVENTARIO Y AVALÚOS EN LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL, PATRIMONIAL Y DE LA HERENCIA 1079
Jesael Antonio Giraldo Castaño

FACULTADES OFICIOSAS, ULTRA Y EXTRA PETITA DEL JUEZ O JUEZA DE FAMILIA **1117**
Yadira Elena Alarcón Palacio

10. PRIVACIÓN DE LIBERTAD, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD A PARTIR DEL ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 1143
Martín Bermúdez Muñoz

PRIVACIÓN DE LIBERTAD, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (DEL ERROR JUDICIAL COMO BASE DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: UN RECORRIDO POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL ESPAÑOLA Y SUPRANACIONAL) 1167
Teresa Armenta Deu

11. DERECHO ARBITRAL

REFLEXIONES EN TORNO A LA OBLIGACIÓN PREVIA DE ACUDIR A LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ANTES DE INICIAR UN PROCESO: DERECHO COMPARADO Y DERECHO ESPAÑOL 1191
Juan Pablo Correa Delcasso

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ÁRBITROS: ¿QUIÉN ES EL RESPONSABLE POR EL ERROR JUDICIAL ARBITRAL? 1215
Manuel Eduardo Marín Santoyo

ALGUNOS ASPECTOS PRÁCTICOS DEL DICTAMEN PERICIAL 1237
Jaime Humberto Tobar Ordóñez

ACTUALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE 1261
Daniel Posse Velásquez

LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES EN COLOMBIA 1275
Laura Estephania Huertas Montero

LA PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE EN EL PROCESO ARBITRAL 1301
Carlos Alberto Paz Russi

EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL 1307
Hernando Herrera Mercado

12. DERECHO DE LA COMPETENCIA

NOVEDADES PROCESALES EL RÉGIMEN DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA: UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO 1323
Jorge Enrique Sánchez Medina

"NOVEDADES PROCESALES SOBRE LIBRE COMPETENCIA" 1345
EL ESTÁNDAR DE PRUEBA DEL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL DE VIOLACIÓN DE NORMAS 1345
Felipe Serrano Pinilla

13. DERECHO SOCIETARIO

JURISPRUDENCIA, DERECHO SOCIETARIO Y DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA 1361
Alejandro Linares Cantillo

14. DERECHO DE CONSUMO

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR ¿CADUCA O PRESCRIBE? 1375
Alejandro Giraldo López

15. DERECHO DE INSOLVENCIA

PROCESOS DE INSOLVENCIA ASPECTOS TRIBUTARIOS MÁS RELEVANTES 1401
Ruth Yamile Salcedo Younes

PRESENTACIÓN

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal realiza en el año 2022 el XLIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, del 5 al 9 de septiembre, para reflexionar sobre Derechos Humanos y Proceso, uno de los grandes temas de actualidad en el derecho procesal y probatorio.

Nuevamente el Congreso del ICDP rinde homenaje al Presidente Emérito, maestro de todos Jairo Parra Quijano. Intervienen en esta edición ciento cuarenta y tres ponentes y moderadores, doce extranjeros de Argentina, España, México, Panamá, Brasil, Uruguay y Venezuela. Entre los colombianos están profesionales de distintas regiones en reconocimiento de la diversidad del país y para fomentar la inclusión.

Nos reunimos, presencial y virtualmente, alrededor de cuatro mil abogados y estudiantes de Iberoamérica. En desarrollo de los programas de responsabilidad social del ICDP, un 25% de los cupos totales se ofrecieron sin costo a estudiantes que deseaban asistir. Ellos son invitados de honor al Congreso, donde siempre serán bienvenidos.

En este libro electrónico están publicadas más de cincuenta ponencias y colaboraciones, debidamente clasificadas para facilitar su consulta. Igual que el año anterior, para impulsar los programas de sostenibilidad del ICDP, toda la publicidad, documentos y las memorias del Congreso son digitales.

Simultáneamente, el ICDP está desarrollando el Concurso de Semilleros sobre el tema Derechos Humanos y Proceso, con cerca de noventa trabajos de estudiantes de diversos países, un 60% más de participantes respecto del año anterior.

El ICDP no se detiene gracias al empuje y dedicación de todos sus Miembros. Continuará realizando actividades académicas y educativas para promover el estudio, la investigación y la reflexión sobre todos los temas procesales y probatorios que puedan conducir al perfeccionamiento de la administración de justicia. La educación es uno de los principales objetivos del ICDP porque permite el pleno ejercicio del resto de derechos humanos, en la medida que asegura el desarrollo de la persona y de sus capacidades.

Según el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos la educación debe ser gratuita y obligatoria, al menos en lo elemental. La instrucción técnica y profesional debe ser generalizada y el acceso a estudios superiores igual para todos, en función de los méritos. El numeral 2º del artículo 26 preceptúa que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y promoverá el mantenimiento de la paz.

"Todo pueblo que alcanza un cierto grado de desarrollo –afirma Jaeger– se halla naturalmente inclinado a practicar la educación"[1]. Por lo anterior, en varias disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas se encuentra reflejado el objetivo de protección de derechos humanos con la educación.

En la parte inicial de la Carta de las Naciones Unidas se encuentra implícita la educación como un elemento fundamental para realizar los propósitos declarados, que están encaminados a reafirmar los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de las personas y la igualdad de los seres humanos y de las naciones, además de crear condiciones de justicia, progreso, tolerancia y mejora del nivel de vida dentro de una amplia libertad. Sin la educación no son posibles estos propósitos y finalidades que los pueblos convinieron en la Carta de las Naciones Unidas y serían infructuosos los esfuerzos para intentar realizar tan importante designio.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 consideró que la educación en derechos humanos es indispensable para promover relaciones estables entre las comunidades y para fomentar la comprensión, la tolerancia y la paz. En esta dirección se declaró que los Estados deben eliminar el analfabetismo, orientar la educación hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana e incluir los derechos humanos, la paz, la democracia, el desarrollo y la justicia social en todos los programas de estudio, con el propósito de lograr su aplicación universal. De esta manera en la Carta de la ONU la educación es un elemento estratégico de ayuda para la realización, protección y prevención de violaciones de los derechos humanos[2].

[1] GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín, Derecho a la Educación y Ciudadanía Democrática, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007, p. 15

[2] En lo que a Colombia se refiere, en el año 2012 se creó el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos (PLANEDH), que armoniza esfuerzos del Ministerio de Educación, la Defensoría del Pueblo, el Programa Presidencial de Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, OACNUDH y el Programa de Derechos Humanos USAID-MSD. El plan tiene

Siguiendo a Antonio Muñoz Molina hay que reconocer que la educación: "(…) es el único y verdadero antídoto contra la pobreza (…) A las dictaduras les viene bien la mezcla de adoctrinamiento y analfabetismo que convierte a las personas en súbditos dóciles (…) La ciudadanía democrática no es posible sin la escuela, y por eso la instrucción pública, universal y rigurosa fue desde la revolución francesa un permanente sueño progresista"[3].

Al respecto señala Nelson Mandela "La educación es el arma más poderosa que puedes usar para cambiar el mundo"; de igual manera Confucio enseñó: "La educación genera confianza. La confianza genera esperanza. La esperanza genera paz". Puede afirmarse, como dijo Aristóteles, que "El educado difiere del no educado tanto como el que vive difiere del muerto".

Compartimos en el ICDP que la educación prepara al individuo para el futuro y es determinante en la construcción de personas en todas las dimensiones, humana, cívica, participativa, ética, jurídica y tecnológica; además, como base de la cultura y del entendimiento humano, cimenta valores como la libertad, el respeto a los otros y la equidad, que hacen viable la vida en común sobre la base de la sensibilización en los derechos humanos de todos los individuos. "Con la educación forjamos la garantía de la comunidad democrática y de simple individuo nos incorporamos a la condición de miembro activo de la comunidad: somos "ciudadanos" (…) la educación es sin duda uno de los vocablos más poderosos del diccionario de la Ciudadanía(...)"[4].

En el momento actual se presentan dificultades para tener una aproximación universal a los derechos humanos por las privaciones naturales que se presentan en algunos pueblos, por diferentes causas, como las limitaciones tecnológicas que también dificultan el acceso a la educación. En África hay limitaciones por miseria, violencia y corrupción; en algunos países de Oriente

como objetivo consolidar el Estado Social de Derecho, una política pública y una cultura de reconocimiento, garantía y protección de los Derechos Humanos. Es deseable que este plan se desarrolle con éxito para que las generaciones futuras puedan vivir en un ambiente –que hoy no se tiene– de paz y de pleno respeto a los derechos humanos. El artículo 67 de la Constitución Política de 1991 dispone que "La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia (…)".

[3] GONZÁLEZ IBÁÑEZ. Óp. cit., pp. 615-624

[4] Ibid. "Por la ignorancia se desciende a la servidumbre, por la educación se asciende a la libertad" Frase del profesor colombiano Diego Luís Córdoba, profesor de la Universidad Libre.

por la falta de democracia; en Latinoamérica por el bajo nivel educativo, la pobreza, el subdesarrollo, la resistencia al cambio y la corrupción; en algunos Estados Islámicos por las limitaciones a las libertades políticas, el exiguo acceso a la educación, la opresión a la mujer y el escaso desarrollo, para solo mencionar algunos ejemplos evidentes.

Amartya Sen desarrolló el concepto de capacidad como la consolidación de libertades y oportunidades reales de ser o para hacer algo. Entendido el desarrollo como un proceso de expansión de libertades, requiere eliminar las causas de restricciones a los derechos políticos y a la democracia, al igual que disminuir la dificultad de acceso a una educación con calidad. Las garantías de transparencia y de seguridad protectora deben estar garantizadas para toda la población con el fin de consolidar el reconocimiento de los derechos humanos.

El desarrollo por sí solo no trae aparejados los derechos humanos; más bien los derechos humanos son indispensables para que se produzca el desarrollo que exige la eliminación de ciertas "*no libertades*" o "*falta de libertades*", entre ellas las generadas por la falta de educación que restringe las oportunidades de las personas. Con educación se ayuda a crecer, se incrementan las capacidades de la gente. Una parte esencial del desarrollo es la disminución y eliminación de las "no libertades". Amartya Sen afirma que "la expansión de la libertad es tanto el fin primordial del desarrollo como su medio principal"[5].

De esta manera, en el ICDP pensamos que es estrecha la relación entre educación, democracia y desarrollo. El desarrollo es un proceso de expansión de libertades. Aumentan las libertades cuando disminuyen las limitaciones ocasionadas por la falta de educación y existe menos pobreza, que más que falta de ingresos es una carencia de capacidades básicas; además, cuando se elimina la tiranía y se reducen las privaciones sociales.

Estamos seguros en el ICDP que la educación hoy en día debe comprender instrucción en derechos humanos y en tecnología. No pueden limitarse los educadores a informar sobre su existencia en el mundo, sino que deben extenderla hasta aplicarla mediante una verdadera y profunda concientización de su carácter de derecho innato, inalienable y universal, esto es, como parte de esos derechos de los que son titulares todos los seres humanos. Además, deben existir mecanismos que aseguren el deber de respetar los derechos humanos, con medidas que combatan la impunidad de sus violaciones, en aras de reivin-

[5] SEN, Amartya. Desarrollo y libertad, Editorial Planeta 2000, ISBN 840803524X, 9788408035244.

dicar la igualdad, la democracia, la justicia, la libertad, el valor y la dignidad de las personas.

Así las cosas, en el ICDP concebimos la educación como un presupuesto de la democracia, uno de los motores del desarrollo y un escaño para el acceso y reconocimiento de los derechos humanos. La falta de educación es una de las mayores limitantes a las capacidades de las personas, uno de los motivos de la falta de opciones y de esperanza y uno de los mayores generadores de violencia y terrorismo.

El absolutismo, la injusticia, el analfabetismo, la ignorancia y la desigualdad son "*lacras de nuestro tiempo*" que atrapan en una cárcel de atraso, violatoria de los Derechos Humanos, a millones de personas que merecen ser liberadas para que puedan aspirar a un mejor futuro. La falta de educación es superable para garantizar el derecho fundamental a la dignidad y a la libertad; no como un gesto de caridad, sino como un acto de justicia.

En muchas comunidades queda camino por recorrer para asegurar que los derechos humanos no sean ilusión, sino realidad. "Solo cuando la dignidad y la igualdad de derechos inherentes de todos los miembros de la familia humana sean verdaderamente respetados podremos confiar en la existencia de libertad, justicia y paz en este mundo"[6].

Por todo lo anterior, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal continuará trabajando en planes de educación para la comunidad jurídica, para los abogados y, especialmente, para los estudiantes de derecho, mediante el trascendental programa de Semilleros, todo con el plausible propósito de promover la realización de los derechos humanos, también en la administración de justicia.

Ulises Canosa Suárez
Presidente
Instituto Colombiano de Derecho Procesal

[6] CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS. Declaración y programa de acción de Viena. Junio 25 de 1993. En línea: http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.

1.

Constitución, Proceso y Epistemología

EL PROCESO COMO JUICIO UNA NECESARIA EVOLUCIÓN -BREVES REFLEXIONES- 21
Diana Ramírez Carvajal

FUNDAMENTOS CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO CIVIL: PUNTO DE PARTIDA, EL DEBIDO PROCESO 39
Mónica María Bustamante Rúa

INJUSTICIAS EPISTÉMICAS Y JUSTICIA MATERIAL 59
María Patricia Balanta Medina

ACERCA DE LA FUNDAMENTACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO PROCESAL Y EL PROBLEMA DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD 99
Juan Pablo Domínguez Angulo

EL DERECHO PROCESAL DESDE LA OPTICA DEL DERECHO COMPARADO 123
Rodrigo Rivera Morales

EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL COMO CAMINO HACIA IGUALDAD REAL O MATERIAL 141
Jesús Hernando Álvarez Mora

EL METADERECHO, SU DESARROLLO PRÁCTICO ACTUAL Y EL URGENTE CAMBIO DE PARADIGMA A NIVEL PROCESAL 169
Jorge Iván Guerra Fuentes

LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: ASPECTOS CONCEPTUALES 183
Eudith Milady Baene Angarita

EL PROCESO COMO JUICIO
UNA NECESARIA EVOLUCIÓN*
-BREVES REFLEXIONES-

*Diana Ramírez Carvajal***

¡Abajo ese hilo!, dijo la araña. Y de un solo
golpe lo cortó por la mitad. En el acto, cedió la tela;
toda aquella red tan artísticamente construida
se hundió; y cuando el insecto volvió en sí,
se deslizaba sobre las hojas del seto espinoso,
con la cabeza cubierta por su tela que no era más,
que un pequeño andrajo mojado.

(Jorgensen: Paraboles, El hilo de arriba)

RESUMEN

Son diversas las formas en que se ha representado la imagen del proceso judicial. Se expone como secuencia de actos, como un conjunto de etapas o como un método, pero tal vez la que más puede ser útil al modelo de justicia que se busca fundar en el Estado Social de Derecho, sea el proceso como juicio.

* Este artículo es el resultado de la investigación internacional I+D+i del plan estatal de investigación de España, "Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio" Esta financiado por la UE y su registro es (PID2020-115304GB-C21).

** Profesora investigadora de la Universidad de Medellín. Doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Coordinadora del Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Google Scholar https://scholar.google.es/citations?user=oXxZdTgAAAAJ&hl=es Email. dramirez@udemedellin.edu.co

Este es el proceso que se erige ante los ciudadanos como una verdadera garantía, el proceso vivo a través del contradictorio, que no es una simple secuencia de actos y términos inertes y aburridos, tantas veces considerado como un "exceso de ritual manifiesto". El proceso palpita con la constitución, con el derecho convencional, se hace presente en los principios a través de la argumentación y de la lógica y por eso más que un conjunto de actos es un juicio o mejor una secuencia de juicios.

Esta perspectiva invita a repensar la enseñanza del derecho procesal en las universidades que han seguido la sub-especialización del derecho sustantivo; también nos invita a proponer con creatividad mejores modelaciones del proceso con la posibilidad de que en él, se superponga la exigencia de motivación sobre la prueba y los hechos, antes que la "prevalencia del derecho sustancial"[1].

La propuesta es una, proteger el mayor logro de la civilidad, las garantías procesales.

Palabras clave: proceso, juicio, sistema, acto procesal.

1. ¿QUÉ ES EL PROCESO Y QUE PROCESA EL PROCESO?

Sobre el proceso se han dado innumerables conceptos, el más tradicional lo representa como "el conjunto de formalidades al cual deben someterse el Juez y las partes, para el logro del fin jurídico y obtener la tutela del Estado"[2]. Sin embargo, estudiar el proceso en toda su magnífica riqueza de perspectivas, equivale a sumergirse en un mundo desconocido, pero a la vez maravilloso, porque en el proceso confluyen diversas instituciones y garantías lo cual explica "el estrechísimo contacto entre las nociones de proceso y litigio, y la facilidad y costumbre de confundirlas entre sí"[3].

Cuando el proceso se centra en un conjunto de reglas y actos, algunas investigaciones como la de Lorenzo[4], confirman que más que ser una herramienta

[1] Constitución Política de Colombia, artículo 228.

[2] CARDONA, Pedro. Manual de Derecho Procesal Civil. Medellín, Señal Editora, 2017, p. 247.

[3] CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Trad. Santiago Sentis. Buenos aires, EJEA, 1956, p. 13.

[4] Para conocer el trabajo de Leticia Lorenzo, https://www.jusentrerios.gov.ar/2022/03/21/curso-virtual-sobre-litigacion-en-audiencias-orales/ (consultado mayo de 2022).

de ayuda, se convierte en un conjunto de barreras para la tutela judicial efectiva que hoy proponen las constituciones modernas. "Prácticas como la forma –un fin en sí misma–, el trabajo concentrado en el expediente, el uso de un lenguaje incomprensible para el ciudadano y los plazos que se postergan a veces de manera indefinida, el protagonismo de los abogados y no de las partes, la escritura como eje nuclear y los costos que esto genera, han sumido el proceso judicial en un caos"[5].

Es una representación de quejas fundadas y que se sustentan desde criterios empíricos, que en realidad son compatibles con las falencias humanas, antes que con la filosofía del derecho procesal. La idea del proceso contemporáneo se erige siguiendo la línea de la constitucionalización de la justicia[6], se centra en los hechos, más que en los actos, se centra en el acceso efectivo a la justicia, se centra en la prueba y la motivación.

Podría describirse así el proceso, en la perspectiva de "la humanización" de Cappelletti[7], un espacio reglado donde la inmediación propicia todas las garantías constitucionales, donde la presencia del juez promueve una "total flexibilidad en beneficio de las partes porque la actitud del juez no puede ser la de una imposición de decisión sino la de un ser humano capaz de interactuar con las partes, la justicia pronta es una necesidad permanente, no rápida, sino pronta y oportuna y los protagonistas del conflicto deben ser el centro de desarrollo del proceso"[8].

Para lograr esta dimensión de la estructura procesal, es muy importante reflexionar sobre aquello que procesa el proceso, porque la pretensión[9] nos

[5] Conferencia LETICIA LORENZO, Consultora Internacional, CEJA. www.youtube.com/wath?v=AOjDmYPD2eO (consultado en mayo 9 de 2014).

[6] Al respecto RAMIREZ, D. FRANCO, V. JARAMILLO, D. La prevalencia del derecho procesal. Bogotá, Ibáñez, 2020.

[7] CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Traducción Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2002, pp. 42- 45, "necesidad de que el proceso sea humanizado".

[8] Conferencia LETICIA LORENZO, Consultora Internacional, CEJA. www.youtube.com/wath?v=AOjDmYPD2eO (consultado en mayo 9 de 2014).

[9] "Se dirá que el proceso vendrá lógicamente definido como un instrumento de actuación (protección, tutela) de los derechos subjetivos de los particulares. Se dirá que el proceso existe precisamente para que aquellos derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico concede, pero que en la práctica no son respetados, encuentren un medio de realización de suficiente garantía. De este modo se ha

ayuda a comprender que el proceso no solo está para proteger un derecho subjetivo o material expuesto en la ley. La pretensión que comprende los hechos, la prueba y la norma sustantiva, no es procesada homogéneamente. Contrario a lo que se ha pensado la norma sustantiva no se procesa, por esto es que la norma sustantiva es muy importante en la dimensión de la distribución de los bienes de la vida, es muy importante antes del proceso y es muy importante como herramienta "electiva" de decisión para el juez. Pero no es importante en el procesamiento judicial.

En realidad el proceso procesa, es decir tiene por objeto de transformación, el binomio hechos-prueba, con el fin de reconocer la existencia del hecho o la verdad de la ocurrencia del hecho, a través de la prueba. Es por eso que el proceso como sostiene Taruffo[10] es un método epistémicamente válido para determinar la verdad de los hechos y en esta medida es imprescindible para la justicia.

Es bajo esta perspectiva de proceso, el que transforma hechos y no derecho, que la imparcialidad del juez resalta como garantía constitucional. La imparcialidad es "disposición[11]", pero la imparcialidad también es una relación directa e inmutable entre el juez y la prueba. Porque "el propósito fundamental de la función judicial dentro de un Estado de derecho es el de impartir justicia (…) Para ello, la Administración de Justicia debe descansar

defendido durante largo tiempo una concepción del proceso estrictamente ligada a la concepción del derecho subjetivo material en las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, dentro de este grupo existen doctrinas aisladas que , comprendiendo la objeción fundamental que cabe hacer contra ellas, a saber, la inexistencia de un auténtico derecho subjetivo en multitud de verdaderos procesos". GUASP, Jaime. La pretensión procesal. Dialnet, p. 12. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwih6r3l55H5AhWhZTABHSVWDocQFnoECAcQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2773552.pdf&usg=AOvVaw1Qi83EX-AtxXAnLANx8F-A

10 TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 155 y 232.

11 ROJAS, Miguel. Teoría general del proceso. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002, p. 59. "… la imparcialidad consiste en una disposición mental (por no decir sentimental) del individuo y por lo mismo es predicable de la persona humana que funge de fallador, quien ha asumido el compromiso de emitir físicamente la solución (…) Hay imparcialidad cuando el juzgador se halla realmente libre para adoptar la solución necesaria, exento de toda circunstancia extraordinaria, distinta de su propio criterio jurídico, que pueda incidir en el sentido de sus decisiones…".

siempre sobre dos principios básicos que, a su vez, se tornan esenciales: la independencia y la imparcialidad de los jueces"[12].

La imparcialidad como mandato constitucional, le exige al juez alejar todo interés positivo o negativo, sobre los hechos y esto lo logra únicamente a través de la prueba. En esta medida, el principio de imparcialidad se relaciona directamente con los principios de legalidad y de publicidad, pero se diferencia claramente de ellos.

Hay diferencia con el principio de legalidad, porque si bien es cierto el proceso procesa los hechos y las prueba, el reconocimiento final de los hechos vencedores o demostrados deben tener el sello del ordenamiento jurídico, así el juez consolida los fines de la función judicial en un Estado de derecho. Es el principio democrático en la justicia.

También tiene la imparcialidad, diferencias con el principio de publicidad, porque el juez como garantía[13] que es, contribuye al desarrollo económico[14] y democrático, y para ello debe legitimar su actuación en la confianza que genera una decisión objetiva, esto significa "responsabilidad judicial"[15]. El juez valida su decisión con "la observancia y vigencia del principio de igualdad, en el sentido de que debe dar un tratamiento igualitario a todas las personas que se encuentren dentro de una misma situación fáctica y jurídica[16].

Es por eso que es plausible sostener que el juez no es un simple distribuidor de normas sustantivas, en primera línea su trabajo le exige definir los hechos a través de la prueba, cuando los procesa a través del proceso; y finalmente su decisión deberá estar conforme a la ley y a la determinación del ordenamiento jurídico, que le dará sustento a la sentencia final.

12 Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo

13 RAMIREZ, Diana. Independencia y retribución económica de los jueces. EN La independencia judicial, un constante asedio. Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 59

14 BURGOS, Germán. (ed.). (2003). Independencia Judicial En América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo? Bogotá: ILSA Publicaciones., p. 13. Recuperado de http://www.ilsa.org.co/biblioteca/Textos_de_aqui_y_ahora/Textosdeaquiyahora_2/Independencia_Judicial_en_Am%C3%A9rica_Latina_De_qui%C3%A9n_Para_qu%C3%A9_C%C3%B3mo_Germ%C3%A1n_ Burgos_S_(Ed)_Colecci%C3%B3n_Textos_de_aqu%C3%AD_y_ahora_1a_Edici%C3%B3n_ILSA_Bogot%C3%A1,_Colombia,_2003.pdf

15 Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo.

16 Corte Constitucional sentencia T 297 de 1997 M.P. Atonio Barrera Carbonell y C-141 de 1995, M.P. Atonio Barrera Carbonell.

Según lo expuesto, el proceso más allá de ser un conjunto de actos formales[17] y estorbosos, cumple una importante función social, procesar los hechos, esto es clarificar los hechos a través de la prueba, para que el juez pueda arribar con éxito a la decisión, a la sentencia justa que dirime el conflicto aplicando el ordenamiento jurídico vigente, para ello el juez debe proceder según criterios democráticos y no según su propio arbitrio[18].

2. SOBRE LA ESTRUCTURA DE LAS ACTIVIDADES PROCESALES

Hemos enseñado en las aulas de clases de derecho, que el proceso reproduce una idea lineal, la cual se representa en los tableros con una línea horizontal, que se traspasa con líneas verticales, las cuales exponen un esquema por etapas, preclusivas, con un orden determinado a forma de secuencia dogmática[19]. Todo un sistema inmutable dirigido a lograr una finalidad específica:

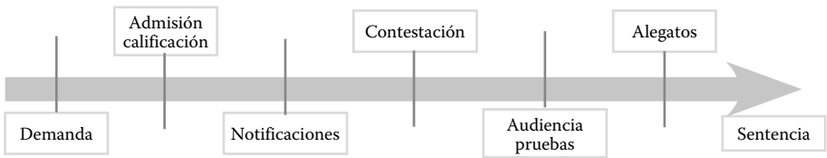


Gráfico 1. Elaboración propia.

[17] La forma crea fascinación porque finalmente son artificios, artilugios creados por el hombre, por eso como sostiene RENARD, es la tarea predilecta del jurisconsulto, tanto frente al derecho sustancial como procesal. "Pagar las deudas, he aquí una regla de fondo; los mecanismos de la compensación, de la delegación, de la transferencia o del cheque, he ahí las formas. (…) La forma y todos los artificios que dependen de ella son y deben continuar siendo una de nuestras mayores preocupaciones" RENARD, Georges. El derecho, la justicia y la voluntad. Traducción de Santiago Cunchillos. Buenos Aires, Ediciones Desclée de Brouwer, 1947, pp. 42-46.

[18] Corte Constitucional Sentencia C-173 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández.

[19] "Nosotros, operarios del derecho o si se prefiere pensadores elevados por la baja fuerza, mientras no tenemos duda alguna sobre la necesidad de la dogmática, estamos persuadidos igualmente de su insuficiencia para la educación del jurista". CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Trad. Santiago Sentis. Buenos aires, EJEA, 1956, pp. 18, 169, 171.

Gráfico 2. Realización propia, prevista desde bloques de actos

Este modelo cultural, representa una ideológia que deduce un esquema simple para problemas que surgen de la relación intersubjetiva[20]. El proceso así se proyecta unidireccional, desde intereses particulares de las partes, que modelan réplicas y convergencias, pero que se paralizan frente a las divergencias que presenta la constitucionalización de la justicia.

Por ejemplo este modelo no sirve al proceso colectivo, donde son muchos los implicados, con diversos derechos e intereses en juego, donde son tan diversos los afectados que van desde personas naturales, hasta grupos humanos de orden global. Este es un proceso judicial, que puede atender causas intersubjetivas, pero que no reacciona adecuadamente cuando el objeto de estudio es de interés de todos, como en conflictos sobre contaminación del aire, del agua, deforestación de la selva amazónica o de los diversos recursos naturales.

Las estructuras lineales del proceso, no tienen un patrón de evolución, ellas solo avanzan y retroceden conforme el interés de las partes y por ello responden adecuadamente a la dogmática que representa el derecho sustantivo y no tanto a la necesidades del mundo y de la cultura misma.

De ahí surge la importancia de proponer otras secuencias procesales, donde el esquema del procedimiento responda a una sociedad plural e interdisciplinar, alejándose lenta pero firmemente, del procesalista estándar[21].

[20] "Se entiende que la finalidad a la que verdaderamente sirve el proceso es la de resolver una discrepancia de carácter lógico en torno a un asunto determinado. Esta caracterización del proceso como una lucha por el logos constituye una constante del pensamiento procesal (es la idea de FRANCESCO CARNELUTTI e identifica proceso y juicio), la que da lugar precisamente a que se hable del objeto del proceso como una cuestión, dado que cuestión es una duda de tipo intelectual y si el proceso sirve para resolverla es porque tiene asignada la función discriminadora de puros conflictos de opiniones". QUINTERO, Beatriz. PRIETO, Eugenio. Teoría general del derecho procesal. Bogotá. Temis. 2008, p. 391.

[21] "El procesalista no parroquial, es decir, aquel que no mira solamente el interior de su propio ordenamiento, se da fácilmente cuenta de la gran variedad de modelos procesales, variedad que a menudo existe también en los mismos ordenamientos". TARUFFO,

La sociedad contemporánea, se reflexiona, repiensa conceptos y relaciones, comparte problemas de orden global e internacional. En el mismo sentido, el proceso debe asumirse con flexibilidad, para que se permitan modelaciones que reproduzcan los ciclos de conocimiento que necesita hoy el mundo. El Estado debe así, "crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia, para realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales"[22].

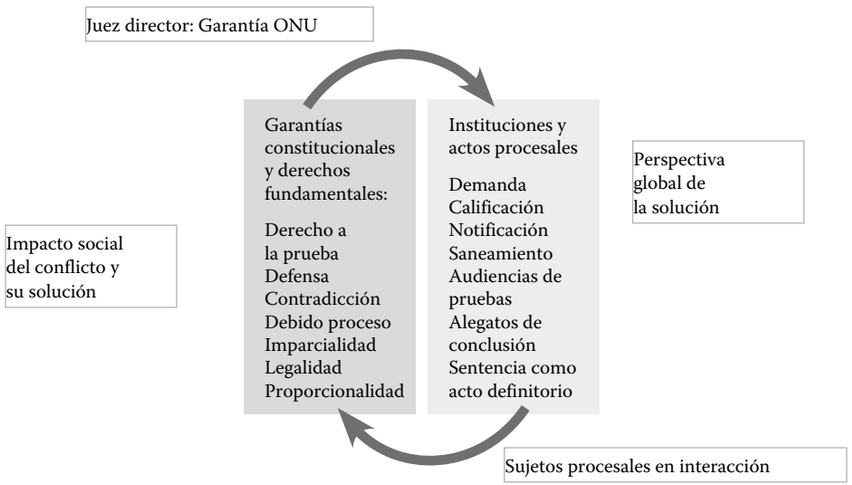


Gráfico 3. Construcción propia

Como lo señala el gráfico anterior, una propuesta de cambio puede plantearse en forma de ciclo virtuoso, donde cada una de las instituciones o etapas del procedimiento, refleje en realidad las garantías constitucionales, pasando y repasando las veces que sean necesarias, la consolidación de los derechos fundamentales, para producir mayor paridad e igualdad en las partes y en todas las etapas: preprocesales, preparatorias, las etapas de debate, los esquemas de juicio y finalmente las estructuras decisorias.

Esta dinámica de ciclos virtuosos responde a varias perspectivas del derecho contemporáneo, en primer lugar, la constitucionalización de la justicia que permea todas las instituciones del proceso, lo impacta, lo desconfigura y lo

Michele. Ideologías y teorías de la justicia civil. EN Proceso judicial y cultura, una mirada global. Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013, p. 33.

22 Carta de las Naciones Unidas. Recuperado de https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-1

reconfigura cuando es necesario, haciéndolo pasar permanentemente por un juicio de control de constitucionalidad y de garantías.

Adicional a ello permite este modelo centrar la actividad del juez y las partes en el contenido material de las actuaciones y no en las formas. Esto significa que más importante que cumplir con una única audiencia de pruebas, es discutir, controvertir, argumentar y definir los elementos "núcleo" para la demostración y fundamentación de los hechos por la prueba. Más importante que reconocer los hechos en la norma sustantiva, es hacerlos parte de la motivación de la decisión. En el mismo sentido, más importante que los elementos formales de la sentencia como acto procesal, es definir el conflicto en su esencia y motivar adecuadamente el sentido de la decisión.

En tercer lugar, este proceso que crea diversas interacciones permite de una manera más dúctil abordar problemas sociales complejos, que impacten al mayor número de personas. Es una realidad que hoy en Colombia, el aparato de la justicia centra su trabajo en causas que representan multipropósitos de protección. Esto significa para Colombia, 436 mil tutelas[23] presentadas en el año 2021 a la Corte Constitucional donde el mayor volumen tiene que ver con derechos de petición (información), salud y debido proceso. Esto significa que los problemas sociales emergen con mayor fuerza y que la justicia debe centrar un eje de atención directa a la población más vulnerable[24].

Resulta interesante por ejemplo, plantear medidas que desestimulen el uso de la justicia del Estado para la banca y las empresas, entidades que pueden desatar soluciones para sus conflictos por fuera del aparato de justicia del Estado, creando mayor posibilidad para las personas vulnerables y para los problemas de alto impacto social. Esto podría mejorar los índices de uso los MASC y del arbitraje, además de crear modelos de descongestión centrados en las causas complejas.

Con esto se quiere significar, que si bien es parte de la democracia, el uso igualitario de los recursos del estado, es responsable un nuevo enfoque porque existen serios límites en las capacidades judiciales, un lento avance

23 Ver volumen de tutelas presentadas a la Corte Constitucional en Colombia, durante el año 2021. https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-corte-constitucional-recibio-436-000-tutelas-entre-enero-y-noviembre-de-2021-3297951

24 La encuesta de necesidades jurídicas insatisfechas, deja una gran preocupación sobre la población menos favorecida. Se puede consultar un informe parcial recuperado de https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/cifras-de-insatisfaccion-con-el-sistema-de-justicia-en-colombia-87806

de la justicia digital, desmedido crecimiento poblacional y una importante diversificación de los problemas de impacto global. Desde esta perspectiva, el futuro de un proceso que se espera sea cada vez más garantista, se debería centrar en dimensiones flexibles, priorizando las personas vulnerables, el impacto social, la protección de los derechos fundamentales y los problemas de interés colectivo como los del medio ambiente.

Estos ejes de priorización, son una oportunidad real para el Estado de avanzar en los indicadores de las políticas públicas internacionales, como los ODS[25], las reglas de Brasilia[26], y las reglas de Bangalore[27]. Intervenir estos conflictos donde se pone en juego la integridad del colectivo, la salud pública, la seguridad nacional y el medio ambiente, equivale a intervenir un enorme conjunto de conflictos y problemas sociales como la minería ilegal, la contaminación de fuentes hídricas y el respeto por los bienes de interés colectivo, entre otros.

Esta es una propuesta que invita a encontrar puntos de convergencia entre dos universos: la cultura y el derecho, a través del proceso. Se propone así una visión holística en la aplicación del derecho en la sociedad y tender puentes de estudio sobre macro problemas apasionantes y diversos. Especialmente porque denotan la necesidad de clasificar los conflictos que llegan al juez en base a complejidades sociales, superando poco a poco la visión a través del modelo "receta", que ficticiamente reproducen las áreas del derecho material, donde se separa estrictamente lo civil, de lo penal, lo laboral o lo familiar.

Por supuesto hablamos desde la teoría del derecho en sentido holístico, ya que "si el derecho es ley, escribe razonablemente Duguit, el derecho no merece un minuto de esfuerzo. Es pues, el derecho, una cosa distinta de la ley; la ley no es más que un instrumento al servicio del derecho, subordinado al derecho, lo mismo que el contrato, lo mismo que el fallo judicial, si bien representa un instrumento privilegiado"[28].

[25] Los ODS -objetivos para el desarrollo sostenible, en la propuesta 16, propone justicia y seguridad, porque "Los conflictos, la inseguridad, las instituciones débiles y el acceso limitado a la justicia continúan suponiendo una grave amenaza para el desarrollo sostenible". https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/

[26] Las reglas de Brasilia, son otro importante acuerdo para la efectivización del acceso a la justicia, https://brasilia100r.com/documentacion/

[27] https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf Principios de Bangalore. (Consultado enero 20 de 2018)

[28] RENARD, Georges. El derecho, la justicia y la voluntad. Traducción de Santiago Cunchillos. Buenos Aires, Ediciones Desclée de Brouwer, 1947, p. 24

En el mismo sentido Cappelletti[29] nos invita a estudiar y conocer el derecho desde una visión amplia, no dogmática, para ver el derecho como un fenómeno real, parte esencial de la cultura y de la sociedad humana, pues la dogmática tradicional quiere ver el derecho como pura norma separada de fenómenos sociales como la economía, la política y la ética de la sociedad. Una visión, que nos ha dado perspectivas estrechas de nuestro mundo.

Se invita avanzar en un proceso dinámico en forma de ciclo virtuoso, siguiendo los principios de Bangalore[30], por el respeto de las garantías mínimas de un juicio justo. En donde el juez garantiza que las partes deben: a) Estar debidamente informadas acerca de la naturaleza y la finalidad del proceso; b) disponer de las condiciones adecuadas para preparar su defensa; c) presentar argumentos y pruebas y responder a los argumentos y pruebas contradictorios, ya sea por escrito, oralmente o de ambas formas; d) consultar a un defensor y a estar representada por éste o por otras personas calificadas elegidas por ella en todas las fases de los procedimientos; e) contar con la asistencia de un intérprete en todas las fases de los procedimientos, si no comprende o no habla el idioma utilizado en el tribunal; f) que sus derechos y obligaciones sean afectados tan sólo por una decisión basada exclusivamente en las pruebas conocidas por las partes y en las actuaciones públicas; g) que se adopte una decisión sin demoras indebidas y de la cual, así como de las razones que la motivaron, se notifique debidamente a las partes; y h) apelar, o ejercer el derecho a apelar, ante un tribunal judicial superior, excepto en el caso de apelación final.

En definitiva, vale la pena pensar en nuevas formas de proceso para que la decisión sea responsable frente a las necesidades del mundo moderno.

3. LAS CONVERGENCIAS DEL DERECHO SUSTANTIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS

Taruffo[31], expuso como uno de los problemas más importantes del derecho procesal, lo que denominó "racionalidad y crisis de la ley procesal". Definió racionalidad en el sentido de coherencia y funcionalidad; llama así la atención por "la necesidad de normas que constituyan un contexto unitario, con un

[29] CAPPELLETTI, Mauro. Dimensioni della giustizia nelle societá contemporanee. Bologna, Il Mulino, 1994, p. 24.

[30] https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf Principios de Bangalore. (Consultado enero 20 de 2018)

[31] TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Bogotá, Temis, 2006, pp. 45 ss.

núcleo de normas fundamentales y posiblemente pocas normas especiales". En sentido contrario, la norma procesal se disemina, el legislador al parecer le da un tratamiento no diferenciado con la norma material o sustancial, generando una dispersión en la norma procesal, que le es propia a la naturaleza jurídica de la norma sustantiva.

Cuando se reconoce que el proceso, está al servicio de la materialización del derecho sustantivo, se reconoce implícitamente una naturaleza jurídica totalmente diversa a la de aquel. Esta naturaleza o conformación es más densa en su forma, más dispuesta a recoger posturas, que a entrabarse ella misma en el conflicto social porque "la norma procesal no es favorable ni desfavorable. Y no puede serlo en lógica porque tiene que adecuarse a un principio fundamental del derecho procesal que es apenas corolario del de la bilateralidad de la audiencia, según el cual en el proceso las partes tienen que gozar de idénticas y recíprocas oportunidades de ataque y defensa, igualdad de las partes en el proceso"[32]. La norma que se integra directamente en cada conflicto humano, con sus particularidades y sentidos, es la norma sustantiva. No la norma garantía de protección, que es la norma procesal.

Según lo expuesto, hemos sumido el derecho procesal en un reductivismo que sigue de cerca la dispersión del conflicto. Como afirma Renard[33] parecería que "todo jurista es un creyente", es decir que en el derecho legal hablamos de creyentes para creyentes y deberíamos hablar también para los no creyentes en la ley, porque sociedad somos todos. Los juristas penalistas hablan para penalistas, los comercialistas para comercialistas, los administrativistas para sus homónimos y por supuesto los procesalistas para los procesalistas. En realidad el derecho, se debería "hablar" para una sociedad en permanente transformación y en una sociedad que fluye de manera interdisciplinar.

La sociedad espera un proceso que resuelva eficientemente sus problemas, simples o complejos, pero que los resuelva. En este sentido, como afirma Chaumet[34] se trata de entender que en todo caso el derecho "es" en la cultura. Lo cual implica según este autor que la crisis de la cultura moderna nos arroja a perplejidades jurídicas tales como: el replanteamiento de la subje-

[32] QUINTERO, Beatriz. PRIETO, Eugenio. Teoría general del derecho procesal. Bogotá. Temis. 2008, p. 50.

[33] RENARD, Georges. El derecho, la justicia y la voluntad. Traducción de Santiago Cunchillos. Buenos Aires, Ediciones Desclée de Brouwer, 1947, p. 40.

[34] CHAUMET, Mario. Crisis de la cultura continental moderna y proceso EN Proceso judicial y cultura, una mirada global. Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013, p. 52.

tividad moderna, la ruptura de la racionalidad individual, la disolución del componente universalista, los grandes efectos de la sociedad tecnológica, la modificación del sentido moderno de espacio y de tiempo y la aceleración de los cambios históricos.

Si bien la norma sustantiva, puede permitirse girar con la especificidad del conflicto, la norma procesal debe girar en torno al ser humano por el simple hecho de serlo y no porque se le asignen cualificaciones. Ello sin duda entra en contravía con el pensamiento disperso e hiper-especializado de la norma material. Pensemos en un acto simple con efectos jurídicos: el registro civil de un recién nacido. Si se hace a tiempo, por los padres y sin errores no emerge conflicto. Pero si el registro contiene algún error, adulteración, suplantación o alteración del tiempo de nacimiento del niño, nos encontramos frente a un conflicto –que afecta a muchos sujetos– y cuyos efectos no son solo notariales o de derecho público, también son de orden civil, penal y seguramente disciplinar. Parece entonces que compartimentar el derecho para bordar el conflicto social, no sea una buena idea.

De otra parte, la complejidad del conflicto con impacto social, tampoco es compatible con una propuesta de proceso "rápido o célere", será el juez quien pueda dimensionar el número de audiencias que requiere para una comprensión integral de la solución que se espera. "La aceleración de la historia, la cultura de lo efímero, de lo fugaz, tan típicas de este tiempo, oprimen la lógica del porvenir"[35] racional del proceso judicial.

Al parecer se cumple la metáfora del elefante, que "ahogado por su propio peso contra el suelo, con una nube de fiebre en la cabeza, inopinadamente se esfuerza por alzarse, en la esperanza de un camino erguido, oxigenado, libre del pánico de la materia que lo engordo. Si esta bestia fuera la administración de justicia demacrada a principios del siglo XIX por la coraza extremadura del Antiguo Régimen y sus principios jurídicos, la plataforma para una resurrección estaría en una serie de principios ordenadores, que el constitucionalismo, de forma conservadora, por lo general, pero también inusitadamente impetuosa en la secuencia histórica, habría de inyectar en la planta judicial y en los procedimientos, así en el civil, y por él y para él en los contenidos de los derechos y libertades" [36].

[35] CHAUMET, Ibídem, p. 78.

[36] ALVAREZ CORA, Enrique. La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

Así, en beneficio de la sociedad del futuro y de las decisiones judiciales justas, se produce una visión ampliada del derecho donde confluyen lo político, lo social, lo filosófico, lo epistémico, lo jurídico y lo procesal. Las dimensiones exclusivamente sustantivas, desarticuladas de las garantías procesales, parecen desafiar el avance de la jurisdicción, como un gran poder del Estado Social de Derecho.

Es un imperativo evitar retrocesos que nos pongan en la línea de lo autoritario que aún funciona en el mundo, como refiere Pourostad[37] " en oriente, la soberanía y el derecho pertenecen a Dios y por lo tanto los hombres no tienen un papel destacado en esta relación, a ello se suma la adopción literal de algunos versos del Corán, donde se destaca la prevalencia del hombre sobre la mujer, dando como resultado "una cultura procesal dominada por hombres".

CONCLUSIONES

El juicio justo, o el debido proceso, es tal vez el mayor logro de la humanidad, porque tanto da no tener el derecho como no tener como protegerlo y, esto equivale, a no tener como defenderse, o peor aún no ser escuchados y respetados, en un legítimo contradictorio, por cualquier otro ciudadano o por el Estado mismo. Siempre como contendores en igualdad de condiciones.

Desde 1215, la carta magna[38] puso límites al enorme poder del rey a través del proceso y de la prueba: "38. Ningún alguacil pondrá en lo futuro en juicio a ningún hombre sobre su acusación singular, sin que se produzcan **testigos fidedignos** para probarla. 39. Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, no lo pondremos en prisión, **sino por el juicio legal de sus pares**, o por la ley del país". (n.f.t).

Estas son garantías de inigualable peso e importancia para la justicia, la equidad y para limitar el poder de los estados. En este sentido se expresa la Convención Americana de los Derechos Humanos[39], cuando expone: "toda persona tiene

[37] POUROSTAD, Majid. Cultura y proceso jurídico en el Medio Oriente: viviendo en el propio y mirando el de otros en Proceso judicial y cultura, una mirada global. Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013, p. 107.

[38] Carta Magna (15 de junio de 1215), recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf (Junio 30 de 2022).

[39] Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención. (7 al 22 de noviembre de 1969). Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32) San José, Costa Rica. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (abril 30 de 2017).

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 acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"[40].

Pocos son los casos, en los que un juez puede definir sin prueba y sin análisis fáctico, aplicando solamente la teoría y la regla del derecho sustantivo. Uno de estos casos lo conocí en un juzgado en Alemania:

"*Fue un accidente de tránsito en la vía a Berlín. Un automóvil arrendado colisionó, porque el auto de adelante arrojo un objeto no identificado. Una testigo afirma que iba en el carro de atrás con su esposo y que vio cuando voló un objeto desde el auto de adelante, le preguntan la velocidad y dice que iban entre 30 y 60 kilómetros que el objeto era de más o menos 20 centímetros y que voló desde el auto de adelante, no está segura de donde salió. El informe pericial que realizaron al vehículo luego del accidente, da cuenta de que no le faltan partes. Un abogado afirma que es claro que la pieza voló y salió del coche del demandado. El otro abogado dice que a lo mejor el objeto plano estaba en la carretera y no en el vehículo de su cliente, asume que puede haber un problema de causalidad ya que si el vehículo de atrás hubiera estado a 60 metros de distancia, la pieza se levanta de la carretera y cae sin generar daño alguno. La juez a este punto de incertidumbre sustenta su decisión solamente en las teorías jurídicas que refieren: 1) la imprevisibilidad al conducir el vehículo ya que esta es una actividad de riesgo, 2) la regla de velocidad y la regla de espacio entre vehículos*". Con ello condenó al auto colisionado por no guardar la distancia debida.

El derecho material, obviamente es un apoyo a la salida de este tipo de casos, pero mirando en el fondo es evidente que no hubo solución de conflicto, tampoco hubo claridad sobre los hechos, porque no se dieron pruebas contundentes y en conclusión, la decisión no tiene motivación en justicia. Es una decisión de autoridad basada en un artículo del legislador.

[40] Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). La Declaración Universal de los Derechos Humanos. París: Resolución 217 A (III). Recuperada de http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (Consultado enero 20 de 2018).

He aquí el poder del proceso como método epistémico, llenar de sentido el actuar judicial y superar la decisión por vía de autoridad.

"Eudaimonía: una vida llena de significado,
de conexiones profundas con uno mismo
y con las demás personas".

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ CORA, Enrique. La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

CHAUMET, Mario. Crisis de la cultura continental moderna y proceso EN Proceso judicial y cultura, una mirada global. Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. Dimensioni della giustizia nelle societá contemporanee. Bologna, Il Mulino, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Traducción Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2002.

CARDONA, Pedro. Manual de Derecho Procesal Civil. Medellín, Señal Editora, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Trad. Santiago Sentis. Buenos aires, EJEA, 1956.

POUROSTAD, Majid. Cultura y proceso jurídico en el Medio Oriente: viviendo en el propio y mirando el de otros EN Proceso judicial y cultura, una mirada global. Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013.

QUINTERO, Beatriz. PRIETO, Eugenio. Teoría general del derecho procesal. Bogotá. Temis. 2008.

RAMIREZ, Diana. Independencia y retribución económica de los jueces. EN La independencia judicial, un constante asedio. Madrid, Marcial Pons, 2019.

RAMIREZ, D. FRANCO, V. JARAMILLO, D. La prevalencia del derecho procesal. Bogotá, Ibáñez, 2020.

RENARD, Georges. El derecho, la justicia y la voluntad. Traducción de Santiago Cunchillos. Buenos Aires, Ediciones Desclée de Brouwer, 1947.

ROJAS, Miguel. Teoría general del proceso. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002.

TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. Madrid, Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michele. Ideologías y teorías de la justicia civil. EN Proceso judicial y cultura, una mirada global. Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013.

TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Bogotá, Temis, 2006.

Sentencias

Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo

Corte Constitucional Sentencia C-173 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo

Corte Constitucional sentencia T 297 de 1997 M.P. Atonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional sentencia C-141 de 1995, M.P. Atonio Barrera Carbonell

Webgrafía

LORENZO Leticia, https://www.jusentrerios.gov.ar/2022/03/21/curso-virtual-sobre-litigacion-en-audiencias-orales/ (consultado mayo de 2022)

GUASP, Jaime. La pretensión procesal. Dialnet. Pág. 12. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwih6r3l55H5AhWhZTABHSVWDocQFnoECAcQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2773552.pdf&usg=AOvVaw1Qi83EX-AtxXAnLANx8F-A

La Carta Magna (15 de junio de 1215), recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf

Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32) San José, Costa Rica. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Declaración Universal de los Derechos Humanos. París: Resolución 217 A (III). Recuperada de http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

Carta de las Naciones Unidas. Recuperado de https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-1

Estadísticas a la Corte Constitucional en Colombia, durante el año 2021. https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-corte-constitucional-recibio-436-000-tutelas-entre-enero-y-noviembre-de-2021-3297951

Encuesta de necesidades jurídicas insatisfechas, recuperado de https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/cifras-de-insatisfaccion-con-el-sistema-de-justicia-en-colombia-87806

ODS-objetivos para el desarrollo sostenible, https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/

Las reglas de Brasilia, https://brasilia100r.com/documentacion/

Los principios de Bangalore https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf

BURGOS, Germán. (ed.). (2003). Independencia Judicial En America Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo? Bogotá: ILSA Publicaciones, p. 13. Recuperado de http://www.ilsa.org.co/biblioteca/Textos_de_aqui_y_ahora/Textosdeaquiyahora_2/Independencia_Judicial

FUNDAMENTOS CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO CIVIL: PUNTO DE PARTIDA, EL DEBIDO PROCESO

*Mónica María Bustamante Rúa**

RESUMEN

El estudio del *Debido Proceso* siempre será de interés desde el punto de vista teórico y práctico, máxime cuando se observa su constante desarrollo y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por su *expansión tanto horizontal como vertical,* un alto porcentaje de la jurisprudencia de este alto tribunal interamericano se ha centrado en el estudio del conjunto de garantías judiciales que integran el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Se evidencia la constante interrelación entre ese conjunto de garantías que integran la cláusula del debido proceso con la importancia de que se ejerza el *control de convencionalidad difuso* para su aplicación efectiva por parte de los jueces nacionales en todo tipo de procedimientos y en especial en el proceso civil, ello evidencia: la necesidad de observancia del principio de legalidad y aplicación del principio de convencionalidad, la observancia del principio de buena fe y del *effet utile* derivados del derecho internacional de los tratados, la comprensión del juez nacional como juez interamericano, la importancia

* Profesora Asociada e integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Abogada y Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín-Colombia, Doctora en Derecho y Magister en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario- Argentina, Curso de Derecho Penal de la Universidad de Gottigen – Alemania, Curso de Profundización en Derecho Procesal de la Universidad Pompeau Fabra de Barcelona, miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional.

de la armonización de los ordenamientos jurídicos internos a las garantías y preceptos del corpus iuris interamericano –Bloque de Convencionalidad–, en relación directa con el control de constitucionalidad y la integración del Bloque de Constitucionalidad nacional. De allí que este breve aporte busque dejar enunciada aquella relación de los fundamentos convencionales y constitucionales en el proceso civil, teniendo como punto de partida el debido proceso convencional y constitucional, como derecho humano y derecho fundamental.

Palabras clave: debido proceso, garantias judiciales, bloque de convencionalidad, bloque de constitucionalidad, proceso civil, tutela judicial efectiva.

1. VISIÓN CONVENCIONAL DEL DEBIDO PROCESO[1]

"Los jueces nacionales se convierten en "guardianes" de la convencionalidad"

–Eduardo Ferrer Mac Gregor–

El debido proceso, plantea Sergio García, constituye un límite al poder del Estado, y se refiere al conjunto de garantías que deben observarse en el trámite de los procedimientos, para que las personas involucradas en los mismos tengan posibilidades reales de defensa ante cualquier actuación del Estado que pueda afectarles[2]. A su vez, Eduardo Oteiza expone que al debido proceso se le ha reconocido "*su carácter central en la relación entre el individuo y el Estado en situaciones históricas particularmente trascendentales en la evolución de las tradiciones jurídicas e institucionales del common law y del civil law*"[3].

[1] Las ideas que se exponen parten de un trabajo previo escrito en coautoría BUSTAMANTE Rúa Mónica María, TORO Garzón Luis Orlando, MARIN Tapiero Jorge Iván. "El debido proceso convencional: retos para el juez". Libro: Justicia y Proceso en el Siglo XXI. Coordinador Giovanni Priori Posada. Editorial Palestra 2019, pp. 215-247.

[2] GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultado en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf

También se puede consultar García Ramírez, Sergio. El Debido Proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana. Editorial Porrúa. México 2012, p. 11.

[3] OTEIZA Eduardo, El Debido Proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina, p. 77. Consultado en: https://www.academia.edu/8010719/El_debido_proceso_y_su_proyecci%C3%B3n_sobre_el_proceso_civil_en_Am%C3%A9rica_Latina

La doctrina suele identificar los siguientes hitos históricos del debido proceso como derecho humano: *i)* La Carta Magna de 1215 que refiere a la necesidad de un juicio legal formal como presupuesto previo para encarcelar, despojar de bienes o desterrar[4]; *ii)* La Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 7; *iii)* La Independencia de Estados Unidos y la V enmienda a la Constitución de 1787[5]; *iv)* y la constitucionalización de las garantías procesales tras la segunda guerra mundial[6]. Sobre este último punto se destaca que una vez termina la guerra con todos los estragos que la misma generó en lo que refiere a la grave violación de los derechos humanos, el derecho constitucional se planteó la

[4] "Los antecedentes de la garantía del debido proceso se remontan a la carga magna de 1215, en la que el rey Juan Sin Tierra, otorga a los nobles ingleses entre otras garantías la del due process of Law, consignada en la cláusula 48 de ese documento que disponía "ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus partes, según la ley del país"." Beraun Max, Manrati Beraun. Visión Tridimensional del Debido Proceso. Definición e Historia. Consultado en: www.justiciaviva.org.pe

[5] Al respecto también se puede consultar a MELÉNDEZ Florentín en "El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos" Consultado en: www.juridicas.unam .mx. Señala el autor que al remitirse a la cuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos América, se establece expresamente el principio según el cual "a nadie se le puede privar de su vida o su libertad sin el debido proceso judicial" Página 209. En igual sentido expone Sergio García: "…el debido proceso legal (due process of law) ingresó en el torrente constitucional estadounidense a través de la enmienda V primero, y de la enmienda XIV, más tarde…como instrumento de tutela de la libertad, la vida y la propiedad". En: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Página 9. Consultado en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf

[6] "Tras la Segunda Guerra Mundial se produjo el fenómeno de la constitucionalización de las garantías mínimas que debía reunir todo proceso judicial, como consecuencia del régimen político totalitario nazista, donde el irrespeto de los principios y garantías constitucionales de los ciudadanos fue el elemento característico del sistema alemán, lo que motivó y originó la inclusión de los derechos fundamentales tradicionales y procesales dentro de la Ley fundamental de la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949. Luego de los procesos Nazis ordenados por el Reich, que se caracterizaron por la trasgresión de los derechos humanos; especialmente, en el genocidio a los judíos, sin un debido proceso previo, se comenzó a garantizar los derechos no sólo humanos sino procesales, y nace en Europa el conocimiento de tales derechos y principios en los textos constitucionales". Perozo Javier, Montaner Jessica. Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En Revista Frónesis v. 14 número 3. Caracas 2007. Consultado en: http://www.scielo.org.ve

necesaria relación entre Constitución y Proceso con el reforzamiento de las garantías mínimas judiciales[7].

Señala Osvaldo Gozaíni, que el Debido Proceso tiene en sus orígenes una descripción "*de las reglas básicas a las que debía someterse el derecho de defensa (que se observa nítidamente en las Constituciones americanas); siguió en su desarrollo las innovaciones que introdujeron las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América*"[8]. Detalla además que tiene dos facetas y su carácter bifronte tiene como fuente el derecho anglosajón a través de la frase *"due process of law",* explicando que es una variación de la frase contenida en la Carta Magna inglesa de 1245 "*per legem terrae", "by the law of the land"* y que el "*debido proceso*" no se define en las constituciones[9], sosteniéndose en "*los principios de bilateralidad y contradicción, ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez interviniente en el conflicto".*

El proceso debido es entonces *"…un derecho subjetivo y particular exigible por una persona, y es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia"*[10], interpretándose que es el conjunto de condiciones jurídicas y procesales necesarias para restringir legítimamente los derechos de los gobernados[11]. En esa medida, se considera que es un límite al poder

[7] LANDA, César. El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. EN: Pensamiento Constitucional, Año VIII No 8. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 2002, pp. 445-461. Consultado en: http://www2.congreso.gob.pe

[8] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El debido proceso en la actualidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Nro. 2, 2004, pp. 57 – 70.

[9] Ibídem.

[10] LANDA, César. El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. EN: Pensamiento Constitucional, Año VIII No 8. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 2002, pp. 445-461.

[11] GÓMEZ LARA, Cipriano. El debido proceso como derecho humano. Página 345. El autor a su vez cita a Fix Zamudio, Héctor, Voz: Debido Proceso legal, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa – UNAM, 1987, pp 820-822, quien señala que el debido proceso se extiende a varios sectores: a) la exigencia de un proceso previo en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; b) prohibición de tribunales especiales y de leyes privativas; c) restricción de la jurisdicción militar; d) derecho o garantía de audiencia; e) fundamentación y motivación de las resoluciones dictadas por autoridad competente; f) aspectos sustanciales del debido proceso legal que aluden ya a la evaluación de los decidido por los tribunales y su compatibilidad con los principios lógicos y jurídicos del sistema.

estatal en una sociedad democrática, dotándose al proceso como garantía con un carácter democratizador[12].

Sobre el alcance del debido proceso, señala Oteiza que es equivalente a la tutela judicial efectiva y representa al proceso justo, la garantía de acceso a la justicia, el derecho a ser oído legalmente ante los tribunales con igualdad de armas y ejercicio del derecho de defensa en el juicio[13]. En su concepto, el debido proceso ha tenido una evolución progresiva que identifica con su creciente reconocimiento, destacando que es amplia la bibliografía que desde diferentes perspectivas aborda el estudio del debido proceso, entre los que resalta a *Mauro Cappelletti, Eduardo Couture, Héctor Fix Zamudio, Jesús González Pérez, Augusto Morello, Arturo Hoyos* y otros[14]. En ese sentido, plantea que el debido proceso es presupuesto para la vigencia de la convivencia democrática, al decir:

> …se trata de un valor clave de la vida democrática, ya que confiere a los individuos o grupos, contra los cuales las decisiones gubernamentales operan, la oportunidad de participar en el proceso en el cual esas decisiones son tomadas; esa posibilidad significa un reconocimiento de la dignidad de las personas que participan en dicho proceso.[15]

Ahora bien, el derecho internacional de los derechos humanos es una contribución significativa en el reconocimiento, positivización y afirmación del debido proceso como un derecho humano[16]. Señala Florentín Meléndez que los principios y garantías del debido proceso están reconocidos en pactos, convenios internacionales, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos adoptados por la Asamblea General de la ONU y de la OEA, citando entre ellos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 7, 8, 9, 10, 11, 14 y 15); la Convención Americana sobre Derechos

[12] SALMON Elizabeth, BLANCO, Cristina. El derecho al debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ. Perú. 2012.

[13] OTEIZA Eduardo, El Debido Proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. Consultado en: https://www.academia.edu/8010719/El_debido_proceso_y_su_proyecci%C3%B3n_sobre_el_proceso_civil_en_Am%C3%A9rica_Latina

[14] Ibídem, p. 74.

[15] Ibídem, p. 75.

[16] MELÉNDEZ, Florentín, El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos. En el libro: Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio, p. 209. Consultado en: www.juridicas.unam.mx.

Humanos (artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 25 y 27); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles; la Convención Europea para la prevención de la tortura; Convención sobre los derechos del niño (artículos 9, 37 y 40); los cuatro convenios de Ginebra (artículo 4, 5 y 6); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 1, 7, 8, 9, 10, 11); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (artículos II, XVIII, XXIV, XXV y XXVI); y la Declaración sobre los principios fundamentales de la justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder; entre otros instrumentos[17].

Para nuestra región, la Convención sobre Derechos Humanos de 1969, reconoce el debido proceso en el artículo 8 bajo el título de garantías judiciales. Oteiza plantea que el alcance del artículo, lo ha trazado la Corte de San José de Costa Rica desde sus características fundamentales, entendiendo que el debido proceso legal comprende las condiciones necesarias para asegurar la adecuada defensa de los derechos y obligaciones de quienes se encuentran vinculados en un proceso judicial, además que el conjunto de las garantías mínimas del proceso penal tienen aplicación en los procesos civiles, ya que el individuo tiene derecho a un debido proceso[18].

En ese mismo sentido, Florentín Meléndez expresa que "*El derecho Internacional ha reconocido principios y garantías del debido proceso que son comunes a ambas partes en el proceso judicial –víctimas e imputados, o demandantes y demandados–, algunas de las cuales tiene carácter de inderogables, es decir, que no son susceptibles de suspensión, afectación o limitación bajo ninguna circunstancia*"[19]. Para Sergio García, los temas del debido proceso se registran con frecuencia en la jurisprudencia de la Corte contenciosa y consultiva[20], al respecto expresa que:

[17] Ibídem, pp. 210-211.

[18] OTEIZA, Eduardo, página 85. Sobre estas reflexiones el autor cita expresamente a nota de pie de página la Opinión Consultiva sobre Estados de emergencia, párrafo 28 y varias decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 74, Sentencia del 8 de marzo de 1998, párrafo 149, Sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 70.

[19] MELÉNDEZ Florentín, El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos. EN LIBRO: Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio. 211. Consultado en: www.juridicas.unam.mx

[20] GARCÍA RAMIREZ, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

> … hoy día existe un panorama renovado del debido proceso, en constante revisión y precisión, que se ha visto fuertemente influido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia proveniente de los tribunales que tienen a su cargo la interpretación y aplicación de los tratados sobre esta materia. El debido proceso, bajo alguna expresión que recoge las mismas exigencias… tiene carta de naturalización en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Algunos tratadistas consideran, por ello, que tenemos a la vista un nuevo paradigma del debido proceso…

En coherencia con este argumento plantea que el debido proceso posee un carácter pragmático que implica la existencia, la suficiencia, la eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizarlo como derecho, su alcance comprende varios extremos, entre ellos, el derecho a ser oído 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 para la determinación de sus derechos[21].

Al respecto se ha señalado que: "*La evaluación internacional de si un Estado cumple o no con el debido proceso marca una relación particular entre los procedimientos nacionales o estatales y el órgano internacional. En sentido estricto, inclusive, los casos que llegan a conocimiento de la instancia internacional van a comprender en casi todos los supuestos un tema referido al debido proceso*"[22]. De esa manera, la Corte Interamericana es el órgano jurisdiccional competente que evalúa si el Estado ha cumplido o no sus obligaciones en materia de proceso debido, para hacerlo, debe analizar las actuaciones judiciales o administrativas nacionales, sin que con ello se desconozca la jurisdicción nacional dado que los Estados tienen obligación internacional en materia de debido proceso.

Debe tenerse en cuenta, en lo que refiere a la relación entre debido proceso y proceso nacionales, el deber de los Estados de realizar un análisis de convencionalidad, en el sentido, que cualquier norma o actuación del Estado debe ser analizada no solo en función de la norma constitucional nacional, sino también en función de las obligaciones internacionales asumidas por aquel

[21] Ibídem, pp. 19-20.

[22] SALMON Elizabeth, BLANCO, Cristina. El derecho al debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ. Perú. 2012, p. 45.

en materia de derechos humanos, en general, y en función de la Convención Americana en Particular:

> Ciertamente, son los Estados los obligados a cumplir con este control, **pero resulta interesante que la Corte haya señalado que las autoridades implicadas en el cumplimiento de esta función son las del Poder Judicial**. En este sentido, en el *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia,* la Corte reiteró que, en relación con las prácticas judiciales, 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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. …En esta tarea, el Poder Judicial está llamado a ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[23] (negrillas fuera del texto).

Así, se observa cómo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha influenciado en la progresividad del debido proceso, definiéndolo incluso en la actualidad como un *debido proceso renovado* que impacta en todo el sistema de protección de derechos humanos en los países de Latinoamérica:

> El debido proceso es el derecho – base de todo sistema de protección de derechos y refleja, como pocos, la evolución y dinamismo de la teoría y práctica del marco jurídico de los derechos humanos. En efecto, el debido proceso ha sufrido un doble proceso de expansión. Por un lado, aunque anclado inicialmente en el marco del derecho penal, el debido proceso es hoy una verdadera línea transversal en la función evaluadora de cualquier instancia de poder público, o incluso privado, que pueda de alguna manera afectar los derechos. En este sentido, ha experimentado una expansión que llamaremos *horizontal*. Pero, adicionalmente, el derecho al debido proceso ha sabido incluir cada vez mayores garantías y contenidos en su definición misma comprendiendo facetas distintas e innovadoras de garantías bien establecidas como el tribunal competente, independiente e imparcial, la noción de plazo razonable, el derecho de defensa o la protección judicial, entre otros. A ello nos referimos como expansión *vertical*[24].

[23] Ibídem, p. 50.

Sobre la aplicación del debido proceso en otras materias, precisa García Ramírez, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha atribuido un "carácter expansivo" a las garantías previstas en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, para ampliar la tutela judicial en todos los supuestos[25]. Puntualmente sobre la interpretación del artículo 8 de la Convención que refiere a "Garantías Judiciales", ha señalado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo siguiente:

> Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención "Garantías Judiciales", lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.
>
> El artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial…[26].

Tales garantías del debido proceso (artículo 8 párrafos 1 y 2 de la Convención Americana) tienen aplicación y deben respetarse también en los procesos civiles y administrativos, tal y como desde antaño lo ha demarcado la juris-

[24] Ibídem, p. 84.

[25] GARCÍA RAMIREZ, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 20. En este aspecto, el autor cita el Caso Ivcher Bronstein (Perú). Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No 74. Párr. 103 y otras para referir que a pesar que el artículo 8.2 de la CADH no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el conjunto de las garantías mínimas contempladas en el citado artículo sí tiene aplicación también en todos esos órdenes.

[26] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 9/87, párrafos 27 y 28.

prudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación en la que insiste Sergio García Ramírez, quien expone que en el artículo 8 se registran, las garantías judiciales generales (párrafo 1), como las garantías judiciales penales (párrafo 2)[27]: " *sin perjuicio de la interpretación extensiva que la Corte ha provisto".* Igualmente vale la pena señalar, como bien lo destaca el autor que el debido proceso nutre las obligaciones generales que asumen los Estados Parte, el respeto y garantía de los derechos y la adopción de disposiciones y medidas protectoras de orden interno.

En lo que respecta a la ***expansión horizontal del debido proceso***, se encuentran los siguientes supuestos:

a) Que la garantía del debido proceso se extiende a todo acto emanado del Estado que pueda afectar derechos. En consecuencia, no se restringe ni a los procesos judiciales, ni entre ellos solo a los procesos penales, dado que incluye los procedimientos administrativos y la inserción de otras materias como la fiscal laboral, civil, disciplinaria, electoral, procedimiento de juicio político.
b) Igualmente, la garantía del debido proceso tiene un proceso de especificación que implica comprenderlo como derecho humano en función de las personas que los ejercen – niños, personas migrantes, mujeres víctimas de violencia, pueblos indígenas, defensores de derechos humanos, entre otros–.
c) Los efectos protectores del debido proceso no se limitan al momento mismo del desarrollo del proceso, sino que se extiende temporalmente desde la fase previa de investigaciones fiscales hasta la etapa final del proceso que comprende incluso la ejecución de las sentencias.

En cuanto a ***la expansión vertical del debido proceso***, esto es, la profundización de su contenido, en palabras de García Ramirez "El debido proceso tiene progresión histórica: nuevos requerimientos agregan nuevos elementos que pasan a integrarse en ese concepto. Es así que el desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales"[28].

[27] GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 14.

[28] GARCIA, Sergio. Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Penal Interamericana", p. 1133. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC -18/03 del 17 de septiembre de 2003, párrafo 121. Citado en: pp. 104–105.

A continuación, se dejan enunciados algunos elementos que integran la visión convencional y que deben ser tenido en cuenta por todo juez nacional como juez interamericano:

1.1 Observancia del principio de legalidad y aplicación del principio de convencionalidad

En tanto todo servidor público (que incluye autoridades administrativas, cuerpos legislativos y judiciales) está sometido al imperio de la ley (entendida esta como ordenamiento jurídico), así como a las disposiciones garantistas de la Convención y demás instrumentos internacionales suscritos libre y espontáneamente por sus Estados. Tales principios explican a su vez el deber estatal de suprimir cualquier barrera interna que no permita el efectivo goce de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos y ratificados, adoptando las medidas administrativas, legislativas y jurisdiccionales a que haya lugar para su efectivo cumplimiento. Por lo cual, toda autoridad pública debe observar las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención antes de proferir cualquier decisión, no solo de índole penal, sino también en aquellos de naturaleza administrativa, sancionatoria, laboral, civil o tributaria, como contempla el numeral 1 del citado artículo, ratificado por la Corte Interamericana en sentencia del *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú* del 31 de enero de 2001 (párrafo 71) al expresar que:

> 71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que *cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas*. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana[29].

[29] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, de 31 de enero de 2001. Itálica y subrayado fuera de texto.

1.2 La observancia del principio de buena fe y del *effet utile*, derivados del derecho internacional de los tratados

Codificado en la Convención de Viena de 1969, cuyo artículo 26 consagra el conocido y fundamental principio del *pacta sunt servanda*, en virtud del cual, los tratados son para cumplirse de buena fe, es decir, con rectitud, lealtad y honestidad frente a las expectativas de cumplimiento de los demás Estados parte. Velando así por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sin que su objeto se anule o disminuya con ocasión de normativas internas que excusen el incumplimiento de cualquiera de sus partes (en concordancia con el ya citado artículo 27 de la Convención de Viena de 1969). Por lo cual, desde el punto de vista de la Corte Interamericana,

> […] las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del "Estado Constitucional" enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos[30].

2. VISIÓN CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO Y SU INTEGRACION AL CGP

Comencemos por recordar que el *bloque de constitucionalidad en sentido estricto*, se encuentra integrado por: a) el articulado constitucional y su preámbulo, b) los tratados limite ratificados por Colombia, c) los tratados de derecho internacional humanitario, d) los tratados por la OIT, e) los tratados y convenios ratificados por Colombia en el contexto del artículo 93. Por su parte *el bloque de constitucionalidad en sentido amplio* se encuentra integrado por la doctrina proveniente de órganos internacionales de derechos

[30] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2010, p. 29. http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo8.pdf

humanos (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos), que, bajo el entendido de la Corte Constitucional, no son leyes constitucionales pero si parámetros de constitucionalización de las leyes.

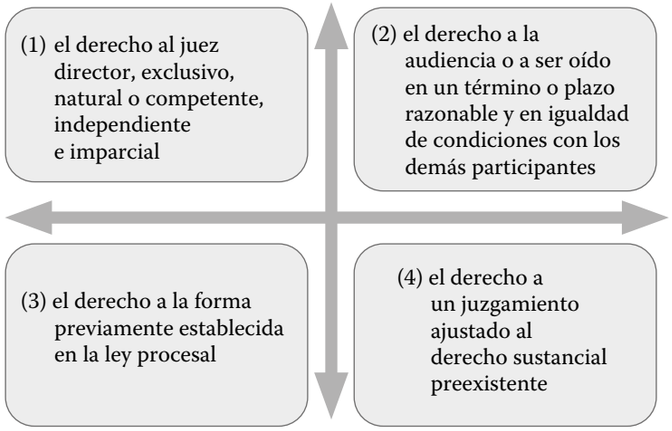
Se interpreta que el debido proceso, es un derecho fundamental, que tiene aplicación directa, que no requiere desarrollo legal y es además un derecho positivo consagrado en el derecho internacional de los derechos humanos. El proceso debido, es entonces, un derecho subjetivo positivizado en la Constitución de Colombia (artículo 29), dotado de una tutela reforzada, de un mecanismo cualificado garante de protección como la acción de tutela y que se encuentra integrado por un conjunto de principios, reglas y garantías. Se trata de un derecho que se integra al bloque estricto de constitucionalidad, pero que igualmente puede ser mejor entendido desde los "parámetros de constitucionalidad" que suministran determinados órganos supranacionales. Por tratarse de un derecho fundamental complejo, su desarrollo en cuanto a la forma, a su decisión y a la defensa de los distintos intervinientes, deberá sujetarse a lineamientos establecidos en el sistema de fuentes.

El profesor y magistrado Martín Agudelo[31], explica a partir del debido proceso como derecho fundamental que ilumina el proceso civil, que el juez tiene el deber de no conducir el método de debate contradictoriamente. El tercero supra-ordenado está obligado a tener consideración frente a los partícipes de la relación procesal y su concreta situación, partiendo de: una no supeditación a un formalismo excesivo, la justa aplicación del derecho a la prueba, de la distribución de la carga de la prueba y la prohibición de exigencias irrazonables en la dirección de la prueba, igualdad de oportunidades, esto es el derecho a ser oído legalmente por el juez.

Así, el debido proceso incorpora las referidas aspiraciones del *derecho justo*, para esto se exige el desarrollo de unos procedimientos equitativos en los que sus participantes deben ser escuchados en términos razonables. Se revela, de esta manera, un instrumento tutelar de participación, encaminado a brindar tutela concreta o protección jurídica de los derechos sustantivos. Explica Martin Agudelo[32], en coherencia con lo ya descrito que el debido proceso se integra por:

[31] AGUDELO Ramírez, Martín. El derecho fundamental al debido proceso. Disponible en: https://www.academia.edu/22265320/EL_DERECHO_FUNDAMENTAL_AL_DEBIDO_PROCESO

[32] AGUDELO Ramírez, Martín. El derecho fundamental al debido proceso. Disponible en: https://www.academia.edu/22265320/EL_DERECHO_FUNDAMENTAL_AL_DEBIDO_PROCESO

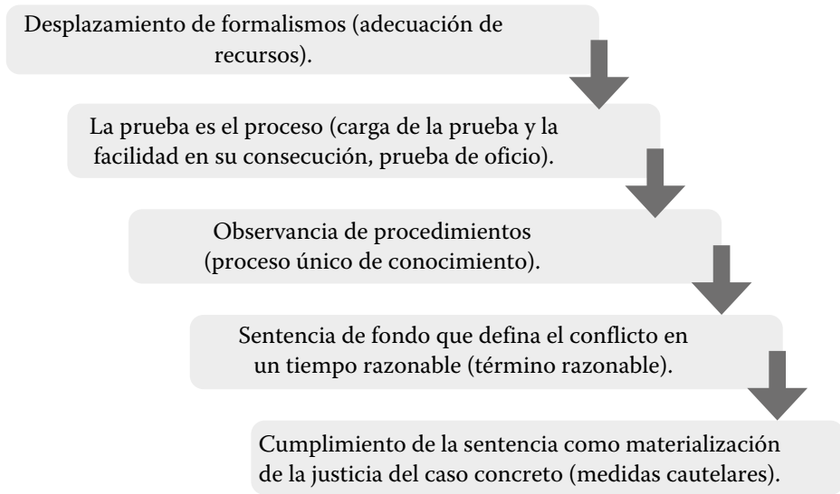


Esta evolución constitucional del debido proceso impacta de manera positiva en el desarrollo del proceso, que de manera clara y precisa explica Ulises Canosa a través de la siguiente representación:

Procedimentalismo Antes Siglo XX	**Instrumentalismo Siglo XX**	**Constitucionalismo Siglo XXI**
El derecho procesal es derecho adjetivo	Derecho procesal y derecho sustancial	Derecho Procesal y Derecho Constitucional
Técnica independiente	Complementarios Forma para el fondo	Ciudadanía procesal Forma para los Derechos Fundamentales y Derechos Sociales
La forma sobre el fondo Proceso como secuencia de formas para resolver la controversia. **Procesos rígidos**	El proceso es medio para la realización del derecho sustancial. **Procesos rígidos**	El proceso es un método para administrar justicia **Proceso dúctil/ flexible**
Exégesis. **JUEZ PASIVO**	**Positivismo** **JUEZ ACTIVO**	**Principios sobre reglas** **JUEZ COOPERADOR**

Fuente: Presentación Ulises Canosa

Todo ello, nos conduce además a recordar que desde el constitucionalismo, la tutela judicial efectiva, es base en el Código General del proceso desde los postulados de: a) acceso a la justicia (art. 2), b) realización de los procedimientos, c) observancia de garantías mínimas al debido proceso (art. 14) e igualdad de las partes (art. 4), d) duración razonable del proceso (art.2), e) sentencia de fondo que defina el conflicto, f) asegurar el cumplimiento de la sentencia. Son estos los elementos que, a la luz del debido proceso y la tutela judicial efectiva[33], debe reflejar y desarrollar todo proceso civil bajo el constitucionalismo del siglo XXI:



Podemos encontrar aquella directa relación entre el debido proceso y la tutela judicial efectiva en el proceso civil en Colombia, haciendo una lectura integradora de la normativa del Código General del Proceso[34], así:

[33] Los elementos que se enuncian fueron postulados y ampliamente desarrollados por GRANADOS Mora Adriana Eleonor, en su tesis de posgrado de la Universidad Santo Tomas de Tunja, titulada Tutela judicial efectiva como núcleo esencial del sistema de principios en el código general del proceso: "una perspectiva de constitucionalización del ordenamiento procesal en Colombia". 2019. Disponible en: https://repository.usta.edu.co/handle/11634/19981?show=full

[34] Para profundizar más en el tema, se puede consultar a TEJEIRO Octavio. Principios Generales del Nuevo Código General del Proceso, pp. 7-32. En: El Proceso Civil a partir del Código General del Proceso. Editorial Universidad de los Andes 2017.

También se puede consultar a VARGAS Silva Luis Enrique. La Función Constitucional de los Principios en el Código General del Proceso. Disponible en: https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/13luis-ernesto-vargas-silva.pdf

Principios estructurales	**Sobre el acceso a la justicia y debido proceso** (**art. 2, 14**) **Sobre el proceso** i. Legalidad (**art. 7**) ii. Contradicción **(art.14)** iii. Igualdad (**art.4)**
Reglas sobre la formación del material fáctico	**Entre los deberes y poderes del juez:** i. El artículo **42.4** establece como deber del juez el "emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes" ii. Apartado cuarto del artículo **43**, dedicado a los poderes de ordenación e instrucción, está la de "exigir a las autoridades o a los particulares la información que, no obstante haber sido solicitada por el interesado, no le haya sido suministrada, siempre que sea relevante para los fines del proceso".
Principios y reglas sobre el reparto de las facultades procesales entre el juez y las partes	i. Los poderes de dirección procesal del juez (**art. 42, 43, 44, 132**) ii. La lealtad procesal y el principio de buena fe (**art. 78 a 81**)
Principios del procedimiento	i. Oralidad (**art. 3, 107, 372, 373)** ii. Inmediación (**art. 6, 36, 107.1,)** iii. Concentración (**art. 5, 107.2, 117, 121)** iv. Publicidad (**art. 3, 107.5)**
La efectividad de los derechos/tutela judicial efectiva	"tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial" **(art. 11).**

Cuadro elaboración propia

Todo ello, no es más que el reflejo de que el Juez tiene la misión de "interpretar y concretar principios y garantías constitucionales, la pluralidad, dispersión, incoherencia y variabilidad de las fuentes legislativas, y los fenómenos de suplencia judicial a menudo inevitables, hacen que el juez tenga que desempeñar una función, en sentido amplio, creadora de derecho (...) ha pasado, así, de ser pasivo y mecánico aplicador de normas, a convertirse en garante de justicia y de los derechos fundamentales, y al mismo tiempo intérprete

activo y responsable de las necesidades de tutela que emergen en el contexto social"[35]

El debido proceso y la tutela jurisdiccional que la Constitución reconoce debe estar revestida de efectividad. La tutela no se agota con la provisión de protección jurisdiccional, sino que ésta debe estar estructurada y dotada de mecanismos que posibiliten un cumplimiento pleno, para que la protección jurisdiccional sea real, íntegra, oportuna y en un plazo razonable. Así podemos afirmar que las garantías constitucionales sustento del proceso civil, se encuentran principalmente en la garantía de acceso a la justicia, la garantía de la defensa, la garantía de una decisión justa y la garantía de la realización de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO Ramírez, Martín. El derecho fundamental al debido proceso. Disponible en: https://www.academia.edu/22265320/EL_DERECHO_FUNDAMENTAL_AL_DEBIDO_PROCESO

BERAUN Max, MANRATI Beraun. Visión Tridimensional del Debido Proceso. Definición e Historia. Consultado en: www.justiciaviva.org.pe

BUSTAMANTE Rúa Mónica María, TORO Garzón Luis Orlando, MARIN Tapiero Jorge Iván. "*El debido proceso convencional: retos para el juez*". Libro: Justicia y Proceso en el Siglo XXI. Coordinador Giovanni Priori Posada. Editorial Palestra 2019, pp. 215-247.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultado en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo8.pdf

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional. Madrid. Marcial Pons. 2013.

FERRER MAC GREGOR, EDUARDO. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En: Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 2, 2011, pp. 531 - 622.

[35] TARUFFO, Michele. Justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?. En: Corrupción y Estado de Derecho, Madrid, Trotta, 1996. Citado por RAMIREZ Diana. La prevalencia del derecho sustancial como parte de la garantía constitucional de debido proceso. En: La prevalencia del derecho sustancial como parte de la garantía constitucional del debido proceso. Revista de la Maestría en Derecho Procesal PUCP. Vol. 4 Núm. 1 (2010). Disponible en: https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/issue/view/279

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultado en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf

GÓMEZ LARA, Cipriano. El debido proceso como derecho humano. Página 345. El autor a su vez cita a Fix Zamudio, Héctor, Voz: Debido Proceso legal, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa – UNAM, 1987.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El debido proceso en la actualidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Nro. 2, 2004.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá D.C. Ediciones Nueva Jurídica. 2016.

GRANADOS Mora Adriana Eleonor, en su tesis Tutela judicial efectiva como núcleo esencial del sistema de principios en el código general del proceso: "una perspectiva de constitucionalización del ordenamiento procesal en Colombia". 2019. Disponible en: https://repository.usta.edu.co/handle/11634/19981?show=full

LANDA, César. El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. EN: Pensamiento Constitucional, Año VIII No 8. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 2002, pp. 445-461. Consultado en: http://www2.congreso.gob.pe

MELÉNDEZ, Florentín, El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos. En el libro: Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio, p. 209. Consultado en: www.juridicas.unam.mx

OTEIZA, Eduardo, El Debido Proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina, p. 77. Consultado en: https://www.academia.edu/8010719/El_debido_proceso_y_su_proyecci%C3%B3n_sobre_el_proceso_civil_en_Am%C3%A9rica_Latina

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel. El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1998. http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf

SALMON, Elizabeth, BLANCO, Cristina. El derecho al debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ. Perú. 2012.

TARUFFO, Michele. Justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?. En: Corrupción y Estado de Derecho, Madrid, Trotta, 1996. Citado por RAMIREZ, Diana. La prevalencia del derecho sustancial como parte de la garantía constitucional de debido proceso. En: La prevalencia del derecho sustancial como parte de la garantía constitucional del debido proceso. Revista de la Maestría

en Derecho Procesal PUCP. Vol. 4 Núm. 1 (2010). Disponible en: https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/issue/view/279

TEJEIRO Octavio. Principios Generales del Nuevo Código General del Proceso, pp. 7-32. En: El Proceso Civil a partir del Código General del Proceso. Editorial Universidad de los Andes 2017.

VARGAS Silva Luis Enrique. La Función Constitucional de los Principios en el Código General del Proceso. Disponible en: https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/13luis-ernesto-vargas-silva.pdf

INJUSTICIAS EPISTÉMICAS Y JUSTICIA MATERIAL

*María Patricia Balanta Medina**

"La esencia de la razón no consiste en asegurar
al hombre un fundamento y poderes,
sino en cuestionarlo y en invitarlo a la justicia"
Emmanuel Lévinas

PRESENTACIÓN

Esta ponencia, intitulada *injusticias epistémicas y justicia material*, se constituye en un amable espacio para emprender un diálogo académico que se fortalece desde una gratificante lectura de las improntas comunicativas. Frente al tema, la investigadora Luz Amparo Fajardo Uribe[1] perfila importantes líneas sobre la tarea de descubrir, entre otros aspectos, el objetivo de la comunicación y la intención del hablante, enmarcadas en interacciones interpretativas que los actores hacen de los actos de habla conducidos, seguramente, por unas especiales pertenencias culturales, sociales e históricas que han permeado el mundo de la vida.

* Miembro de la junta directiva del ICDP, presidenta del capítulo de Buga; magistrada del tribunal superior del distrito judicial de Buga, sala civil familia; doctora en filosofía jurídica y política; magister en filosofía del derecho contemporáneo y en literatura hispanoamericana; especialista en: comercio internacional, derecho procesal civil, derecho de familia, contratos y daños; investigadora; par académico de la Universidad de los Andes; autora del libro: Constitución, función judicial y sociedades multiculturales, editado por Temis.

[1] FAJARDO URIBE, Luz Amparo, A propósito de la comunicación verbal. Forma y Función, vol. 22, núm 2, julio-diciembre, 2009, Universidad Nacional de Colombia, Bogóta, pp. 121-142.

Con este propósito trataré de presentar en tres capítulos unas sencillas referencias a la teoría social y jurídica, imbricadas en aspectos que se conectan con los enunciados de la comunicación y con los rastros probatorios vinculados a la teoría del conocimiento, cual contenidos insuperables de la labor hermenéutica que asumen los funcionarios judiciales en el campo de realización de las expresiones inferenciales, las cuales se impregnan de discursos influenciados por el rol que en la sociedad cumplen, mientras interactúan con individuos cuya distribución social es disímil, en la regularidad.

El mencionado ejercicio inferencial se cumple desde la tesitura de las injusticias epistémicas, terminología acuñada, originalmente, por la filósofa Miranda Fricker[2] la cual ha dado lugar a un fecundo campo de estudio que escudriña cómo las diversas posiciones sociales colocan a los individuos en situaciones epistemológicamente asimétricas, generándose juicios erróneos, preconceptos o estereotipos que conducen a despreciar los testimonios de ciertos colectivos. Este ámbito de saberes compromete las identidades individuales, las dinámicas universales y aspectos contextuales relacionados con el medio ambiente, en términos de Siobhan Guerrero[3].

A estos aspectos, en particular, se dirige nuestra atención para fundamentar unas breves anotaciones sobre la construcción social de lo justo, a partir de esos mojones académicos que nos ubican en los umbrales de la justicia material, contrastados con un mundo de marcada digitalización que ha permeado de prisa los actos procesales.

1. LA RUTA COMUNICACIONAL Y LOS CONTEXTOS INFERENCIALES

La comunicación es un proceso sencillo que Caterina Chen[4] nos presenta bajo particulares elementos, trazas que se constituyen en factores cardinales que intervienen en la fase de envío y recepción de un mensaje. Ellos son: emisor, receptor, código, mensaje, canal de comunicación, a los que la profesora

[2] FRICKER, Miranda. Epistemic injustice: Power and the ethics of knowing, Oxford University Press, Oxford, 2007.

[3] GUERRERO MC MANUS, Siobhan, Injusticias epistémicas y crisis ambiental, Universidad Nacional Autónoma de México, Revisa de ciencias sociales y humanidades, núm. 90, pp. 179-204, 2021, consultado en: https://www.redalyc.org/journal/393/39365757008/html/ pdf.

[4] CHEN, Caterina (20/01/2021). "Elementos de la comunicación". En: Significados.com. Disponible en: https://www.significados.com/elementos-de-la-comunicacion/ pdf.

Chen añade: ruido y retroalimentación. La misma autora nos indica que cada elemento aporta un valor que, a partir de las circunstancias, ayuda a mejorar o a distorsionar la comunicación[5]. No podemos dejar de lado el contexto y la intención del hablante, fundamentos importantes en el tema comunicacional, de los cuales dejaremos breve reseña en los siguientes renglones.

El emisor es el punto de partida de la comunicación porque emite el mensaje y, para que esto pueda cumplirse, tiene que compartir los mismos canales y códigos comunicacionales con su receptor; de lo contrario, el proceso no culminaría exitosamente. Aunque se entiende que el emisor es quien tiene la intención de comunicar algo, se trata de un rol flexible, puesto que puede convertirse en receptor y viceversa[6]. La emisión, como afirma Eco[7], supone un laborío inicial enlazado con la producción de la señal; luego, la elección entre las señales dispuestas y aquellas que deben combinarse entre sí para componer una expresión; finalmente, la identificación de las unidades expresivas que se armonizan en secuencias representativas, mensajes y textos[8].

El receptor es quien recibe el mensaje del emisor. Su rol puede ser voluntario o involuntario, siempre que se le permita participar activamente en el proceso comunicativo. También, puede ser un actor incidental, como cuando escucha una conversación de otras personas o recibe un mensaje que no estaba dirigido a él o no lo vincula; en este sentido, el receptor puede recibir el mensaje y no responder, pero, si lo responde deja de ser receptor para convertirse en emisor, porque ahora su rol lo compromete con el envío de un mensaje[9].

El código o lenguaje es el conjunto de signos con los que se transmite un mensaje. En tal sentido, los códigos lingüísticos pueden ser verbales, no verbales, escritos y, Chen introduce los códigos no lingüísticos, en los que se hallan las señales de tránsito, cual signos de carácter universal[10].

El oyente debe reconocer las representaciones sociales que comparte con el hablante, y realizar procesos inferenciales que le permitan ir más allá del enunciado. En el proceso de comunicación le corresponde no solo la descodificación del mensaje que el emisor transmite sino, también, trascender lo

[5] Ib.

[6] Ib.

[7] ECO, Umberto, Tratado de semiótica general, Milán:Lumen, 2000, p. 40.

[8] Ib.

[9] CHEN, Caterina. Ob. cit.

[10] Ib.

dicho e inferir lo que este quiere decir, basado en las variables del contexto, en los elementos supralingüísticos y paralingüísticos y en el conocimiento del interlocutor y del entorno[11].

Aunque la lingüística se refiere de manera especial a lo verbal, es importante tener presente que la comunicación maneja códigos no verbales, añade la investigadora Fajardo[12]. A estos se accede de manera muy fácil en la comunicación oral y, también, se puede reflejar en lo escrito por medio de los signos de puntuación, la reiteración de determinados términos o la velocidad de la narración. Entiéndase que quien realiza una lectura de lo no verbal en una comunicación cara a cara, debe atender a fenómenos como la coloración de la piel, la sudoración, la velocidad y reiteración de los movimientos; el brillo u opacidad de los ojos, el movimiento de estos y la laxitud o tensión de los músculos de cara y manos, al momento del evento comunicativo[13].

El mensaje se define como el contenido que se quiere transmitir desde el emisor hacia el receptor. El mensaje está compuesto por una combinación de signos o símbolos que transmiten un concepto, idea o información, los que devienen sencillos o conocidos tanto para el emisor como para el receptor; sin embargo, la decodificación del mensaje depende directamente del resto de los elementos de la comunicación. Si el mensaje es enviado en un código o a través de un canal que solo es conocido por el emisor, será interpretado de forma completamente distinta por el receptor. A partir de lo expuesto, el mensaje se entiende como una información o contenido concreto y claro porque su significado e interpretación dependen de múltiples variables[14].

Parsons señala –bajo cita que cumple Habermas[15]– que, ciertamente, el lenguaje constituye el medio ejemplar de transmisión de la cultura y, como puede verse, queda suprimido el aspecto comunicativo de la coordinación de la acción. Actuar en el marco de una cultura significa que los participantes en la interacción toman interpretaciones de un acervo de saber, culturalmente asegurado e intersubjetivamente compartido, para entenderse en punto de su situación y sobre esa base perseguir cada uno sus propios fines[16].

[11] FAJARDO URIBE, Luz Amparo. Ob. cit.

[12] Ib.

[13] Ib.

[14] Chen, Caterina. Op. cit.

[15] J. HABERMAS, Teoría de la acción comunicativa, Tomo II, Ed. Trotta, Madrid, 2010, pp. 716-717.

[16] Ib., p. 717

Todorov[17] considera que la construcción de cada mensaje, en un proceso comunicativo, siempre está atada al conocimiento previo que se tiene del receptor, de tal forma que, el mensaje que se erige es producto de tal conocimiento, así como de las necesidades y las expectativas que el receptor tiene frente al mensaje que el emisor le proporciona. Por ende, para que la comunicación tenga éxito, es importante saber quién es nuestro interlocutor y qué expectativas se tienen frente al discurso. También, juega un papel importante el grado de empatía que exista entre los interlocutores, porque ante mayor confianza y conocimiento menor distancia comunicativa se presenta. Así la lengua reflejará menos tensión y más emotividad.

El proceso de análisis de las expresiones del hablante incluye las expectativas que el mismo tiene respecto al futuro, las hipótesis científicas o las creencias religiosas, los recuerdos anecdóticos, los supuestos culturales y hasta las creencias sobre el estado mental del hablante. Estos compendios son empleados por el oyente para poder interpretar la proferencia. Por ende, la interpretación adecuada de un contenido implica que el oyente esté en capacidad de crear un contexto similar al que empleó el hablante, para evitar así una interpretación errónea[18].

La construcción del discurso debe tener presente, entre otros aspectos, el género, la edad, la clase social, la educación y la filiación étnica de quienes intervienen en la comunicación. Todos estos elementos influyen en la forma como se construyen las exposiciones o las inferencias y en lo que se dice con respecto a la realidad circundante. Es que la relación entre discurso y sociedad se presenta mediada por la cognición compartida de los miembros sociales[19]. Deviene pertinente anotar, desde la filosofía del lenguaje y la teoría de la comunicación que, la construcción del discurso tiene una dimensión no solo lingüística sino cultural, cual sello de complejidad natural[20].

El canal de comunicación es el medio físico a través del cual se transmite el mensaje del emisor hacia el receptor. El aire es el modo natural más común de comunicación –es esencial para generar los sonidos del lenguaje verbal

[17] TODOROV, Tzvetan. Mikhail Bakhtine. Le principe dialogique. Paris: Editions du Seuil. 1981.

[18] FAJARDO URIBE, Luz Amparo. Ob. cit.

[19] Ib.

[20] QUINTERO GALEANO, Brigitte Marcela, "Lenguaje claro: rupturas de mi punto de vista para la construcción de un nosotros", en: V.AA., Por el derecho a comprender. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Serie: Derecho y sociedad, 2021, p. 236.

u oral– también lo son: el teléfono, el celular, el correo electrónico, la voz, entre otros. Cada instrumento es determinante en el ejercicio comunicativo y precisa del contacto entre hablante y oyente. Tal como se cumple, por ejemplo, en los careos, los interrogatorios, las declaraciones o testimonios, entre otros medios de prueba[21]. Ya sabemos que los canales virtuales son, en la actualidad, los espacios de mayor utilización en todas las instituciones del Estado y, desde los mismos, se dispensa un formato renovado del proceso, a través de actos procesales y contenidos audienciales digitalizados.

En los estudios jurídicos vale precisar que, independiente del tipo de contenidos, se depositan en acervos documentales, bien sean escritos o audiovisuales, tanto en físico como en medio digital. El caso de las sentencias en los actuales procesos virtuales es un ejemplo de la producción y de la existencia de fuentes como normatividad y jurisprudencia en soporte audiovisual y digital porque cada vez se produce menos uso del papel. Hay desafíos pendientes de armonizar cuando el recorrido, en los últimos años, bajo los procedimientos virtuales, ha demostrado la insuperable armonía de la tecnología al servicio de la administración de justicia, legitimándose las disposiciones procesales desde parámetros de respeto hacia las garantías constitucionales fundamentales, especialmente en el escenario probatorio.

El ruido es toda señal que distorsiona el mensaje original que el emisor quiere transmitir. Este puede ser ambiental, por ejemplo, los sonidos que interfieren en la comunicación. Cuando es del canal, se presentan fallas de cobertura. A partir del emisor, se produce la distorsión por el uso de códigos desconocidos para el receptor del mensaje[22].

La retroalimentación o *feedback* es un mecanismo de control del mensaje por parte del emisor. Debido a que la comunicación es un proceso bidireccional, tanto el emisor como el receptor están cambiando sus roles constantemente. La retroalimentación sirve para determinar la efectividad de los mensajes enviados por el emisor. De esta forma, quien emite el mensaje puede comprobar si fue recibido e interpretado de forma adecuada[23].

El Contexto y la intención del hablante, son dos elementos destacados en el proceso de comunicación y ameritan ser estudiados a mejor espacio por su ligazón con la actividad comunicacional que se advierte en los estrados judiciales sean físicos o virtuales. El contexto es la situación en la cual se

[21] Chen, Caterina. Ob. cit.

[22] Ib.

[23] Ib.

genera el proceso comunicativo. Incluye factores emocionales, sociales, culturales, circunstanciales, etc. y puede tener una influencia importante en el intercambio de ideas[24].

El contexto se ha definido, también, como una construcción psicológica, tras ese conjunto de supuestos que el oyente tiene sobre el mundo y comparte con el hablante. Estos imaginarios –que incluyen las expectativas respecto al futuro, las hipótesis científicas o las creencias religiosas, los recuerdos anecdóticos, los supuestos culturales, las creencias sobre el estado mental del hablante– son empleados por el oyente para poder interpretar la proferencia. La estructura del mensaje o del discurso, comúnmente responde a las necesidades que impone el contexto; es decir: el rol de los participantes, sus historias de vida e ideologías, la edad, el género y el poder que les ha sido asignado. Sin duda, el hombre siempre tiene creencias y emite conceptos acerca de las cosas, a los cuales les imprime, de manera casi inconsciente, una amplia carga evaluativa determinada[25].

En efecto, la comunicación, además de darnos la oportunidad de codificar y descodificar, nos conduce a expresar y reconocer intenciones, a realizar procesos inferenciales que nos permiten ir más allá de lo codificado, tal como lo afirma Grice[26] –citado por Fajardo uribe[27]. Por lo tanto, es importante advertir que solo cuando un enunciado se emite con una intención, podemos hablar de comunicación; la intención hace que la comunicación funcione como un acto voluntario, y no como una simple repetición de sonidos, palabras o agrupaciones de palabras. El contexto comunicativo y el sistema de creencias compartidas por el hablante y el oyente juegan un papel esencial en el proceso de interpretación del significado del hablante[28].

Para reconocer la intención del hablante es necesario desarrollar un proceso inferencial, como el que se cumple en los procesos judiciales, el cual supone otro de descodificación de los elementos lingüísticos y el análisis de la información contextual, para acceder así al significado que el hablante quiere transmitir con su acto de habla. La inferencia, entonces, nos permite trascender el indicio y saber lo que este significa en determinado segmento

[24] Ib.

[25] Ib.

[26] GRICE, Herbert Paul, Studies in the Way of Words. Cambridge: Harvard University Press. 1989.

[27] FAJARDO URIBE, Luz Amparo. Ob. cit.

[28] Ib.

comunicativo, con base en la información proveniente de la situación comunicativa y las representaciones tanto sociales como internas[29].

La carga intencional hace que un acto de habla sea diferente de otro y, si bien es cierto que el hablante es quien imprime la intención de dicho acto, el receptor es quien mide esta intención, la analiza y cumple con la respuesta de acuerdo con aquello que estuvo en capacidad de analizar y comprender, a partir de la emisión. La intención del hablante es un elemento que se consideró importante en el proceso de comunicación solo hasta cuando la pragmática apareció y propuso la teoría de los actos de habla[30].

A partir de entonces se reconocieron los diferentes niveles que configuran un enunciado lingüístico: (i) el sintáctico, concerniente a la estructura de las oraciones (ii) el semántico, que se relaciona con el significado de las palabras y las oraciones y (iii) el fonológico, que, además de darnos la posibilidad de organizar los enunciados a partir de una serie de fonemas y realizaciones de estos, característicos del código en que ciframos la comunicación, nos muestra cualidades del sonido como el timbre, el tono y la duración, las cuales nos brindan información del hablante: edad, sexo, estado de ánimo, por ejemplo.

Esta información, sumada a otras marcas supralingüísticas como la entonación y la velocidad de emisión, nos brinda parámetros para detectar y determinar la intención del hablante al realizar un acto de habla, y para comprender con eficacia la comunicación[31].

En el contexto de las estrategias inferenciales, las mismas se presentan en consonancia con la actividad que se cumple para descubrir, en el discurso del hablante, aquello que alcanza significación procesal, lo que convoca al juzgador, en su tarea valorativa, a imaginar, crear y diseñar conocimiento acerca de la probabilidad de que un suceso se haya presentado de tal o cual manera. Aquí juega un papel importante la tecnología que ha dejado al servicio de la humanidad todo un caudal de recursos e improntas que abastacen la comunicación y la llevan a niveles inimaginables. Es una buena manera de alcanzar los espacios para crear prototipos, categorizar y conceptualizar el objeto del conocimiento, por ejemplo, la probática. Es este *marco* circunstancial y creativo el que contribuye a que un enunciado pueda alcanzar o no su legitimidad[32].

[29] Ib.

[30] Ib.

[31] Ib.

[32] FAJARDO URIBE, Luz Amparo. Ob. cit.

El análisis o valoración de un enunciado o proferencia, tarea que cumplen los jueces y fiscales, se debe concentrar, entonces, en la acción que surge como respuesta del receptor a una emisión determinada, pues no es otra cosa que la consecuencia directa de la interpretación que el receptor hace de los actos de habla, enmarcados en unas condiciones comunicativas, sociales e históricas determinadas, en las que confluyen grupos con diferencias sexuales, de género, de profesión; con filiaciones políticas y religiosas diferentes o cargos distintos dentro de una jerarquía. Por eso podemos afirmar que el uso de la lengua patenta los intereses, el poder, los deseos y las emociones. Este uso busca moldear, cambiar, construir y reconstruir el mundo, donde se conjugan las acciones a través de las palabras, las estructuras y los mecanismos extralingüísticos que las acompañan[33].

Los anteriores apartes se constituyen en una buena manera de precisar el tema de las inferencias a partir del discurso, las representaciones, el contexto y el propósito de la acción comunicativa. Ahora, dirigiremos una mirada académica sobre la manera como en el tejido de las inferencias los juzgadores caen en lo que Miranda Fricker ha denominado injusticias epistémicas, tras considerar que La vida social está llena de relaciones de poder y algunos grupos parecen ser más fácilmente víctimas de la injusticia que otros. Los prejuicios tienen un papel crucial porque otorgan al hablante más credibilidad o menos credibilidad que a otro[34]. El color de piel, la marca de un acento al hablar, el aspecto físico, la timidez o múltiples factores, como serían los modos de razonar, el uso del lenguaje, la fluidez de la expresión, el orden para exponer, el desconocimiento del lenguaje técnico, entre otros[35].

En este plano de inferencias, aparecen los contenidos de las injusticias epistémicas, bajo la concepción de Fricker, cuando estos referentes pueden crear ventajas o desventajas, tal como ocurre tan a menudo en los estrados judiciales, donde se socava la verdad y se premia la elocuencia. Se produce así una injusticia originada en un déficit de percepción o de significado. De hecho, señala Fricker, lo esencial de la injusticia epistemológica es su déficit. La autora habla de la injusticia epistémica o del conocimiento, que cree afecta principalmente a grupos que también están en desventaja, como las mujeres

[33] Ib.

[34] Ib.

[35] MURGUÍA LORES, Adiana, "Injusticias epistémicas y teoría social" en: ILEMATA año 8 (2016), no 22, 1-19, Centro de Estudios Sociológicos, Universidad Nacional Autónoma de México.

y las minorías étnicas. Una injusticia epistémica se produce cuando se anula la capacidad de un sujeto para transmitir conocimiento y para dar sentido a sus experiencias sociales. Fricker nos revela los aspectos éticos y políticos que subyacen en nuestra forma de conocer y comprender y, apuesta por reconducir nuestra conducta epistémica hacia un terreno de racionalidad y de justicia[36].

Para que el mensaje de alguien se escuche, necesita ser atendido sin prejuicios; en igual sentido, para que las bases de una instancia de conocimiento pase y se transmita, requiere ser escuchada sin castigo y totalmente entendida en su significancia, conforme lo ha sostenido Fricker, quien agrega que el origen del problema es no tener esa base común. Sin este entendido, los pensamientos de esa persona, así como su voz y sus experiencias pueden ser exteriorizadas, más no pasarán al foro donde el conocimiento es producido. Bajo este contexto, el trabajo a realizar para reducir las instancias de injusticia epistémica no es algo que esté en la facultad de las personas afectadas por esta problemática sino en quienes la ejercen[37]. Desde esta clara comprensión, encontramos que en el mero uso de la lengua se encuentran marcaciones que se han perpetuado en el tiempo, por algunas diferencias de género, según Lakoff –citado por la investigadora Fajardo[38]– las cuales se reflejan en múltiples aspectos:

- El contorno entonativo de las mujeres es más variado que el de los hombres.
- Las mujeres emplean los diminutivos y los eufemismos más que los hombres.
- Las formas expresivas como los adjetivos, los adverbios y las expresiones evaluativas son más empleadas por las mujeres que por los hombres.
- Las mujeres emplean más actos de habla indirectos que los hombres y son más corteses que estos.
- A las mujeres se les interrumpe en su discurso con más facilidad que a los hombres.
- En su comunicación, las mujeres emplean los recursos no verbales más que los hombres.

[36] ONTIVEROS, Angel. Injusticia Epistémica. Una mirada a Bolivia desde la perspectiva de Miranda Fricker con su obra: Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing. En: https://www.bolpress.com/2020/01/23/injusticia-epistemica/ pdf

[37] FAJARDO URIBE, Luz Amparo. Ob. cit.

[38] Ib.

- En comparación con los hombres, las mujeres cuidan más las construcciones que emplean, para no caer en agramaticalidades o fallas en la comprensión.
- Mientras que la lengua masculina se concibe como la lengua del poder: es directa, clara, sucinta; es la lengua que ha propiciado los grandes cambios de la humanidad; es la representante fiel de la lengua que se habla en público; es la lengua oficial, la lengua de la ciencia, de la política y de los negocios[39].

Fricker aborda la identidad de la persona vinculada, entre otros factores, por la pertenencia de los individuos a una determinada clase social, género, o etnia; por ejemplo, el género mujer forma parte de la identidad de las sujetos mujeres. Esto es, mientras que el término sexo señala unas ciertas características biológicas y fisiológicas de los seres humanos, la palabra género se emplea para denominar ciertos rasgos asociados a un grupo concreto de personas que no se definen fisiológicamente sino de manera cultural y social[40].

Los estereotipos se hallan enlazados a las identidades sociales porque a los distintos grupos se asocian "concepciones colectivas relevantes" de lo que implica formar parte del colectivo. Por ello, a la identidad mujer se asocian en el imaginario colectivo "un conjunto de presuposiciones" sobre estas, las cuales, dice Fricker, "equivalen a estereotipos" definidos como conjeturas acerca de ciertos grupos de individuos comúnmente aceptadas por la sociedad y presentes de manera extensa en el imaginario colectivo[41]. También, son graves las dificultades y desafortunadas las consecuencias asociadas a la edad, fruto de una sociedad con ideología edadista, que enfrentan los ancianos en ámbitos como la libertad de locomoción, el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía, la igualdad, la sanidad, el empleo, el acceso a la justicia, la educación, entre otras asociadas a estereotipos negativos.

En este camino por descubrir los esenciales del tema que ocupa nuestra atención, seguidamente nos detendremos en las aportaciones que se han cumpido, desde la epistemología social, en torno a las injusticias epistémicas, espacio importante para descubrir su definición, signaturas y aporías procesales importantes, que han generado interesantes debates en el mundo de la vida, sin ser ajenas al ámbito natural.

[39] Ib.

[40] QUINTERO GALEANO, Brigitte Marcela. Ob. cit., p. 229.

[41] Ib.

2. LAS INJUSTICIAS EPISTÉMICAS Y SU IMPACTO INSTITUCIONAL

Es importante comenzar por definir qué es la justicia epistémica, la cual ha sido considerada por los teóricos como ese referente que estudia la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación, en la distribución de recursos, contenido y discurso educativo, así como en la facultad y credibilidad de las personas que pertenecen a la comunidad académica. Cuando alguna de estas variables está desbalanceada u ostenta asimetrías hablamos de injusticia epistémica. Miranda Fricker se ocupó de rotular, conceptualmente, este término y lo definió como una injusticia cometida, específicamente, contra la capacidad de conocimiento o testimonio de una persona[42].

Como antes se anunciara, Fricker presenta las injusticias epistémicas bajo una inicial tipología -testimonial y hermenéutica- que se enmarca en preconceptos que nos impulsan a "no creer" o "no entender" los contenidos que ofrecen los discursos del otro, sus manifestaciones o sus mensajes[43].

La injusticia epistémica testimonial -como cuestión de no creer- sucede cuando un prejuicio conduce a un oyente a otorgar un nivel injusto de credibilidad al conocimiento de un hablante. Este desnivel puede ser deflacionario, con la consecuencia de negar la capacidad del hablante en su calidad de sujeto epistémico[44]; por ejemplo, considerar ignorantes o "genéticamente brutos" a: los indígenas, los negros, los campesinos, los ancianos, los pobres y las personas con discapacidad, entre otros sujetos marginados. La injusticia que resulta de este fenómeno tiene efectos tanto en la jerarquía social, como en la confianza de los agentes respecto de sus capacidades, agraviando su salud mental, emocional, síquica y física, su economía, su participación democrática, su acceso a la justicia, su economía, su identidad y sus propias acciones humanas.

Se puede presentar, también, el caso de otorgar credibilidad y autoridad excesiva o exclusiva a un hablante, frente a su conocimiento sobre un tema de interés social; por ejemplo, considerar que solo los economistas saben cómo deben distribuirse los recursos del presupuesto municipal.

[42] GARCÍA-BULLÉ, Sofía, Opinión: Injusticia epistémica en la academia., February 20, 2020, en: https://observatorio.tec.mx/edu-news/injusticia-epistemica pdf

[43] Ib.

[44] Ib.

La consecuencia en este caso es la concesión de un privilegio epistémico inmerecido[45].

La enorme dificultad que suponen estas injusticias para la deliberación y la construcción colectiva de conocimiento coopera para la interacción entre identidades sociales que se constituyen siempre mediadas por relaciones de poder y heurísticas que conllevan prejuicios y/o estereotipos que conducen, en la regularidad, a juicios erróneos. Sostiene Fricker que se trata de fenómenos en los que convergen la cultura y la cognición. Es lo que Todorov[46] llama "mi punto de vista" cual conjunto de aseveraciones que guían nuestro propio actuar pero, también, los estereotipos que ponen el "allí" y el "aquí"; es decir, aquello que hace que tomemos distancia.

"Mi punto de vista" incrementa el quiebre comunicativo entre el Estado y el ciudadano cuando solo este tiene relevancia o cuando no nos detenemos a pensar quién es el otro, aquél que me lee, me habla, me pregunta, me reclama y hasta me necesita para garantizar el ejercicio de un derecho o para obtener información sobre algunas prerrogativas[47].

Una vez expuesta esta idea, se entiende que los estereotipos prejuiciosos identitarios negativos intervienen en aquellos supuestos en los que, al margen de la existencia de evidencia empírica a favor de la hablante, esta es evaluada deficientemente a partir de ciertas ideas ampliamente compartidas por una colectividad y anteriores al testimonio del emisor. Dichas ideas "influyen directamente en nuestros juicios de credibilidad sin mediación doxástica" . Esto se debe a que no se fundamentan en una evaluación racional; por el contrario, son imágenes que generan "un impacto visceral sobre el juicio" condicionando este "y prescindiendo de nuestra conciencia"[48].

Los excesos de credibilidad también se producen y pueden, en ocasiones, ser perjudiciales para el hablante. No obstante, los casos que plantea Fricker de este supuesto tienen carácter esporádico y no se producen de manera sistemática ni tienen siempre consecuencias lesivas. Según la autora, este "forma parte intrínseca del intercambio testimonial debido a la necesidad que tienen los oyentes de utilizar estereotipos sociales en la estrategia heurística para la valoración espontánea de la credibilidad de sus interlocutores". En

[45] Ib.

[46] TODOROV, Tzvetan, La conquista de América, el problema del otro, Barcelona: Siglo XXI Editores, 2008, p. 13.

[47] QUINTERO GALEANO, Brigitte Marcela. Ob. cit., p. 229.

[48] Ib.

consecuencia, puede afirmarse que las situaciones de déficit de credibilidad en los que una mujer, por ejemplo, resulta agraviada, a causa de la presencia de estereotipos prejuiciosos, constituyen supuestos de ejercicio del poder identitario[49].

En tanto que los estereotipos son ideas compartidas por una amplia colectividad, los supuestos de injusticia testimonial no tienen lugar de forma aislada sino estructural. Estos "persiguen al sujeto a través de las diferentes dimensiones de la actividad social". Lo que sucede, por tanto, es que la hablante es víctima de "injusticias testimoniales sistemáticas" y su testimonio es devaluado, repetidamente, en ámbitos diferentes de su experiencia vital, a partir de prejuicios relativos a cómo son las mujeres y al margen de la evidencia empírica[50].

Todas estas historias sobre la minimización y el descrédito del trabajo de las mujeres, como grupo minoritario, se erigen como obstáculo para la evaluación racional de sus propuestas. En buena medida se trabaja con prejuicios identitarios negativos ligados al colectivo de las mujeres. Esto puede tener consecuencias en la construcción de la identidad de las propias mujeres y las implicaciones no se detendrán en el plano psicológico sino que atravesarán otras dimensiones de su vida[51].

La injusticia epistémica hermenéutica, como cuestión de no entender se relaciona, directamente, con la interpretación de ideas, conceptos y sucesos. Se presenta cuando no existen recursos cognitivos y lingüísticos para comprender las experiencias propias o de otros, o cuando estos beneficios le son negados a alguien para comprender sus vivencias. Un ejemplo para entender cómo funciona la injusticia epistémica hermenéutica es el problema del racismo pasivo en los colegios, en las universidades y en los espacios de trabajo. En efecto, hasta que no surgió el término "código social", no había forma de poder encuadrar y entender las experiencias de las personas negras en espacios educativos y laborales[52].

El código social se compone de elementos de conducta, lenguaje verbal, no verbal, tono de voz y otras variables características que reflejan la historia cultural y personal de alguien. Cuando esas historias no gozan se pertenencia, ni empatan con las del grupo dominante, el colectivo minorítario es

[49] Ib.

[50] Ib.

[51] Ib.

[52] Ib.

exhortado a realizar un cambio de código para encajar. Esta supresión de la diversidad cultural en la academia y el recinto laboral supone una forma velada y persistente de discriminación pasiva, que no había sido factorizada hasta que se generaron los términos que la describen y esas palabras fueron admitidas en el léxico común[53].

A partir de los comentarios de Siobhan Guerrero[54], la apuesta de Fricker consistió en mostrar que hay situaciones asimétricas, limitativas, que refuerzan las dinámicas opresivas –de allí que se les califique como injusticias– que estarían vinculadas a cómo nuestras identidades sociales afectan diversos procesos asociados con el conocimiento, de tal manera que vulneran la capacidad de ciertos sujetos para adquirir conocimiento, analizar un determinado escenario o describir exitosamente una situación que están viviendo.

Guerrero añade que, la teórica Kristie Dotson[55] retomó los trabajos de Fricker para consolidar los conceptos de epistemológía e identidad. Esta filósofa se especializa en determinar cómo las identidades afrodescendientes se han visto afectadas en el ámbito testimonial por las diversas facetas del racismo. Este trabajo la ha llevado, precisamente, a subdividir las injusticias testimoniales en dos tipos. Por un lado reconoce las injusticias asociadas con el *silenciamiento*, es decir, aquellas en las cuales la voz de una persona es desestimada, ignorada o puesta en entredicho a causa de su identidad; esto suele ocurrir, por ejemplo, cuando las mujeres negras denuncian violencia sexual o doméstica o cuando las personas de raza negra se quejan de la discriminación y son ignoradas[56] entre tantas otras.

En claro contraste a este tipo de injusticias estaría un segundo grupo de afectaciones testimoniales en las cuales los propios sujetos simplemente guardan silencio, es el *atragantamiento epistemológico,* bajo la denominacion de Dotson, cuando saben que su testimonio no será atendido, incluso es posible que se les ponga en riesgo al rendir declaración o al denunciar vivencias que pueden ser acalladas por mecanismos violentos[57]. En Colombia, según lo

[53] Ib.

[54] GUERRERO MC MANUS, Siobhan, Injusticias epistémicas y crisis ambiental, Universidad Nacional Autónoma de México, Revisa de ciencias sociales y humanidades, núm. 90, pp. 179-204, 2021, consultado en: https://www.redalyc.org/journal/393/39365757008/html/ pdf.

[55] Dotson, Kristie, "Tracking epistemic violence, tracking practices of silencing", Hypatia, 26(2) 2011.

[56] GUERRERO MC MANUS, Siobhan. Ob. cit.

[57] Ib.

registran innumerables reportes y comentarios noticiosos, los campesinos, los indígenas y los negros, con frecuencia, son desarraigados de sus tierras y este éxodo, a partir del mismo despojo o del desplazamiento forzado, ha posibilitado que se estampe en la memoria de los colombianos el término "Los desterrados" de quienes tanto habla en sus crónicas Alfredo Molano.

En todo caso, son centenares las historias de amenazas, violencia, presión, sufrimiento, indefensión y tormento; así como las relativas a pérdidas humanas y de violación masiva de derechos por las permanentes fallas u omisiones del gobierno colombiano para proteger a sus ciudadanos, sin que se observen políticas públicas y de seguridad ciudadana serias, que eviten los éxodos o el desarraigo campesino, indígena o raizal, con las consecuentes devastaciones sociales, culturales, económicas, con limitaciones deproporcionadas en la atención básica alimentaria y en salud, por ejemplo, que han terminado por aniquilar las bases estructurales de estos pueblos, con afectaciones y perjuicios en los espacios vitales, familiares, culturales, económicos, emocionales y psicológicos, entre otros males que avivan el empobrecimiento, como lo ratifica el informe final de la comisión de la verdad. Con lágrimas en los ojos las víctimas han descrito la vida que llevaban antes de la llegada de: paramilitares, guerrilleros, narcotraficantes, ejército, terratenientes o asociaciones que se podían dar entre algunos de ellos.

El trabajo de Fricker ha sido reapropiado en procura de ampliar su posterior aplicación en casos tan diversos como los estudios poscoloniales, decoloniales, queer, feministas, transfeministas, de la discapacidad, etc. Hoy la terminología de la injusticia epistémica es releída a la luz de diversas metáforas que permiten extenderla para abarcar nuevos tipos de interacciones sociales. Sobresalen así las lecturas en las cuales la injusticia epistémica es estudiada como (i) una afectación de la labor cognitiva (ii) una deficiencia contractual (iii) una falla en la justicia transaccional, distributiva o contributiva y, por último, (iv) un vicio[58].

De manera sucinta, pensar la injusticia epistémica en tanto una *afectación de la labor cognitiva* implica reconocer dos aspectos importantes. Primero, que conocer requiere un esfuerzo, esto es, la realización de un trabajo. Segundo, que como en todo trabajo existe una división de este que da lugar a especializaciones y dependencias epistémicas-testimoniales. Por lo anterior, es que sería posible llevar a cabo una explotación de la labor cognitiva ajena al apropiarnos de su esfuerzo sin reconocerlo; esto puede ocurrir cuando se

[58] Ib.

generan escenarios como los descritos bajo el rótulo de *extractivismo identitario* en los cuales las vivencias de un grupo se convierten en conocimiento objetivado que una serie de expertos retoman sin reconocer que no han sido ellos mismos quienes lo han creado. Un ejemplo claro es cuando los antropólogos se apropian de reflexiones creadas por personas de color en las que estas últimas deliberan en torno al racismo que experimentan. En este caso operaría, no únicamente una instancia de apropiación de la labor cognitiva ajena sino, también, una *invisibilización* de dicho esfuerzo, lo cual podría considerarse un segundo tipo de injusticia epistémica. Por último, dentro de la lectura de la injusticia epistémica, en tanto una afectación de la labor cognitiva podemos encontrar prácticas de *sabotaje* del esfuerzo cognitivo ajeno, como cuando se destruyen y desarticulan las estructuras cognitivas de una comunidad entera, en situaciones usualmente asociadas con dinámicas coloniales[59].

En el segundo caso, el que corresponde a la injusticia epistémica como *deficiencia contractual*, se está ante una situación quizás mucho más cotidiana e intuitiva en la cual un contrato cognitivo entre dos individuos termina siendo vulnerado por medio de la fuerza o de las dinámicas de opresión social en las cuales están inmersos dichos individuos. Piénsese aquí cómo en un ejercicio de dar y pedir razones dentro de una práctica argumentativa puede, sin embargo, terminarse bajo la invocación de la fuerza o la opresión en tanto mecanismos de resolución de un debate que debió mediarse por un ejercicio deontológico de proporcionar argumentos para adquirir acreditación-credibilidad y dar explicaciones cuando estas sean solicitadas si, además, deseamos mantener dicha acreditación-credibilidad. Este contrato epistémico en el cual se accede a un mecanismo dialógico basado en la argumentación se vería vulnerado cuando se emplean elementos como la fuerza o la discriminación para desacreditar a un oponente; ello sería por tanto una instancia de injusticia epistémica contractual[60].

En el tercer caso se hallarían las diversas formas de comprender la justicia. Estas acepciones estarían cercanas al enfoque de las capacidades y el desarrollo humano y permitirían concebir la justicia en diversos ejes: transaccionales o conmutativos, distributivos, contributivos y retributivos. En principio, las tres primeras acepciones podrían emplearse para construir nociones de injusticia epistémica inspiradas en estos. La *injusticia epistémica conmutativa* sería

[59] Ib.

[60] Ib.

básicamente la ya descrita en el apartado anterior pero aquellas vinculadas con la distribución o contribución implicarían formas novedosas. En el caso de *injusticia epistémica distributiva* estaríamos ante fallos en la distribución de la credibilidad que no tienen elementos que los justifiquen; aquí, por ende, cabría distinguir entre grados de credibilidad asociados con diversos niveles de experticia avalados por instituciones como las universidades, por un lado, y grados de credibilidad asociados a sesgos sociales como el racismo, el sexismo, el clasismo, por mencionar unos cuantos[61].

Desde luego que esta distinción no es tan nítida pero su fortaleza es indicativa porque señala que no toda distribución asimétrica de la credibilidad sería sospechosa, y solo aquellas que no puedan justificarse serían por ende objeto de sospecha. Por otro lado, al hablar de una falla *contributiva* se enfatiza cómo ciertas identidades suelen verse excluidas de espacios académicos que son asimismo centros generadores de saberes; ello pasa por ejemplo con personas indígenas que no dominan el español o con personas con discapacidades motrices o visuales y con los ancianos. En estas situaciones se ven limitadas en su condición de agentes epistémicos productivos y sus voces son así sistemáticamente excluidas[62].

Para ejemplificar el tema, preciso es recordar que Isabel Martinez[63] nos brinda una reflexión académica bien interesante: "los derechos no caducan con la edad, pero con los años se pierden derechos".Esto es irracional; no obstante, es exactamente lo que hoy ocurre. A las personas mayores se les empieza a tratar de otra manera, bajo un estereotipo negativo de improductividad y de fragilidad reforzados. Significa que, el edadismo es un modelo de prescindencia, en torno a las personas mayores, desde el cual se impulsa el marco de vulnerabilidad ya no en una condición natural sino social; dejándose de lado el marco de los derechos humanos porque, finalmente, el edadismo enmarca una ideología opresora[64].

Concebir la injusticia epistémica como un *vicio* permite contrastarla con virtudes que podrían fomentarse al interior de las instituciones del Estado y, en

[61] Ib.

[62] Ib.

[63] Quien actualmente preside la asociación Helpage en España.

[64] BARRANCO, María del C.. El tratamiento informativo del coronavirus como forma de discriminación a las personas mayores, en: https://www.65ymas.com/opinion/tratamiento-informativo-coronavirus-forma-discriminacion-personas-mayores_13882_102.html. Pdf.

especial, de las instituciones procesales. Valores como la inclusión, el respeto, la tolerancia o la democratización del saber servirían así como importantes contrapesos a un vicio que está ampliamente presente en muchas de nuestras prácticas cognitivas. Serviría, asimismo, para enfatizar el carácter nocivo y sesgante de las injusticias epistémicas[65].

La inmensa mayoría de los teóricos de la injusticia epistémica se han enfocado en relaciones entre individuos descartándose de esta manera la posibilidad de extender este marco a dinámicas colectivas. De igual manera han ignorado la posibilidad de emplear este término para iluminar las dinámicas epistémicas que median nuestra relación con la naturaleza, por ejemplo[66].

Pareciera que en la actualidad resulta por demás complicado imaginar un sujeto colectivo irreductible y que pueda ser presa de injusticias epistémicas como las aquí descritas. Empero, un ejemplo sencillo quizás nos ayude a aterrizar los marcos conceptuales desarrollados hasta ahora. Pensemos en los patrones textiles que suelen encontrarse en diversas ropas típicas indígenas y que en años recientes han sido objeto de apropiación cultural por parte de modistos que integran estos modelos a sus propios diseños, sin observar en ello conflicto ético alguno. Un ejemplo como este ilustra temas de interés relativos a que el sujeto afectado es irreductiblemente colectivo pues no es una injusticia que ha sufrido únicamente el creador indígena sino que es la colectividad entera la que ha sido objeto de un plagio, cuando es la comunidad la que podría, en cualquier caso, considerarse la propietaria y autora de dichos patrones. El caso que aquí nos ha interesado implicaría no ya los textiles sino las formas culturales en las cuales se ha tejido una cosmovisión en torno a la naturaleza que es propia de dicho colectivo[67].

Este ejercicio de vincular ser humano-naturaleza ha requerido abandonar los modelos individualistas e identitarios que hasta ahora han caracterizado la discusión en torno a la injusticia epistémica, para dar lugar a un enfoque mucho más colectivista y centrado en las narrativas de corte material-semiótico que estructuran los mundos de la vida de diversos grupos humanos. En el corazón de este desplazamiento se eleva el anuncio perentorio en torno a que, la crisis ambiental contemporánea requiere, entre muchas cosas, de un diálogo multicultural serio desde el cual se retome, por un lado, los conocimientos y, por el otro, los testimonios de diversos pueblos para así elaborar diagnósticos y

[65] GUERRERO MC MANUS, Siobhan. Ob cit.

[66] Ib.

[67] Ib.

remedios que atiendan a la variedad de posiciones involucradas, avivándose nuestra capacidad de comprender las dinámicas cognitivas involucradas en la relación ser humano-naturaleza en el contexto de la crisis ambiental[68].

El concepto de injusticia epistémica ha desatado una verdadera revolución al interior de las humanidades y más concretamente en la filosofía. Se ha revelado en líneas anteriores que las injusticias operan, también, en el ámbito epistemológico; es decir, aquel que es propio del conocimiento y que, incluso, hay algunas modalidades de injusticia que se ubican en el ámbito de ¿quién conoce? de ¿quién puede conocer? pero, también, de ¿quién puede ser escuchado? ¿quién puede ofrecer testimonio? y ¿a quién va a creérsele cuando esto ocurra?[69].

Desde el realismo crítico se analiza este campo de conocimiento y se estima que las interacciones e instituciones son los elementos constitutivos de la estructura y su distinción resulta indispensable para aprehender la realidad social. En el caso de las injusticias epistémicas esto implicaría comprender las lógicas diferentes que operan, cuando se producen en contextos institucionales o por medio de interacciones recurrentes, que dan lugar a patrones más amplios, pero que no necesariamente están institucionalizadas. La pertinencia de la distinción entre interacciones e instituciones se aclara si consideramos que las instituciones como, lo expone Murguía, bajo cita textual de McCollum: "tienen discursos y vocabularios regimentados por medio de los que se comprende y da forma a las demandas de sus miembros"[70].

Se puede ilustrar este argumento con las consecuencias de las injusticias hermenéuticas producidas por la incomprensión de la experiencia homosexual o la de los colectivos LGBTIQ+ y obsérvese que las consecuencias son muy distintas si en el discurso regimentado de las instituciones las relaciones homosexuales o LGBTIQ+ no se consideran legítimas o si, por el contrario, se es objeto de una interacción discriminatoria. En el primer caso, la injusticia hermenéutica ha tenido el efecto en el que algunas sociedades modernas durante mucho tiempo consideraran las relaciones homosexuales LGBTIQ+ como actos delictivos. Más recientemente se despenalizaron, pero se continuaron negando derechos a los ciudadanos homosexuales. Finalmente, en muchos casos –y después de innumerables deliberaciones realizadas en toda clase de contextos– en algunas sociedades se han reconocido los derechos

[68] Ib.

[69] MURGUÍA LORES, Adriana. Ob. cit.

[70] Ib.

de esta población, con la consecuente modificación de las normas sobre el matrimonio, la adopción, los bienes, los derechos a la salud, etc[71].

Los cambios que el reconocimiento de derechos supone para la estructura institucional son evidentes pero, de ninguna manera, garantizan que la discriminación a nivel de la interacción no ocurra porque, como afirma Medina, a la interacción subyacen patrones que la rebasan. Por eso es que Bohman se equivoca al afirmar que el remedio a las injusticias epistémicas es institucional. Pero también lo hace Fricker al afirmar que radica, en primera instancia, en el ejercicio de una virtud individual[72].

Enfrentados a estas dificultades y luego de reconocer la diversidad de hechos sociales involucrados en las injusticias epistémicas: estructuras, instituciones, significados, disposiciones, prejuicios, identidades, relaciones, su diferente naturaleza, así como la compleja interacción entre ellos, es válido preguntar: ¿cuál es la forma adecuada no sólo de investigarlos sino de mantener la posición crítica frente a ellos desarrollada en la epistemología social de Fricker? A juicio de muchos, el realismo crítico constituye una filosofía de las ciencias sociales que permite avanzar en ese camino[73].

Estudiar la injusticia epistémica como injusticia ética y sus repercusiones más allá del ámbito epistemológico, es poner el acento en las consecuencias derivadas de la injusticia epistémica para ahondar así en el aspecto secundario del agravio, especialmente en las implicaciones en el ámbito jurídico[74]. A continuación le brindaremos un espacio a la construcción hermenéutica de lo socialmente justo.

3. HACIA LA CONSTRUCCIÓN HERMENÉUTICA DE LO SOCIALMENTE JUSTO

Este recorrido debe proyectarse hacia la intensidad del lenguaje claro que se comprende desde la claridad, la simplicidad o la sencillez de los enunciados, concretamente, frente a aquello que en principio debe escribirse o decirse, efectivamente[75]. El principio por excelencia del lenguaje claro consiste en

[71] Ib.

[72] Ib.

[73] Ib.

[74] MURGUÍA LORES, Adiana. Ob. cit.

[75] Ib.

ponerse en los zapatos del otro, esto es empatizar, tener la disposición y la capacidad de situarse en la palabra del otro, en su contexto[76].

Las primeras experiencias del lenguaje claro, en el Estado colombiano, consideraban que había otro que recogía la mirada de todos o por lo menos los caracterizaba, en realidad los estandarizaba. Por eso, se pensaba que la efectividad y la virtud del lenguaje claro consistía en propiciar el beneficio colectivo -en cuanto a la comprensión de documentos públicos complejos- independientemente de las condiciones sociales, económicas o educativas de los ciudadanos. Había una especie de trampa sobre el ya *defecto de realidad* del lenguaje[77].

Con el tiempo, esta tesis empezó a reformularse y se hizo evidente que no hay otro sino muchos, que podemos hablar de un *otros,* que en palabras de Todorov[78] sería un *nosotros.* Al analizar el tipo de documento público que requería una transformación en su lenguaje –formularios, normas, campañas, respuestas a derechos de petición, etc.– se podía determinar quiénes eran sus lectores, no ya desde *mi punto de vista* universal sino desde un *aquí*[79].

De este modo, se encontró que la fortaleza y la efectividad del lenguaje claro se hallaba en la capacidad de romper *mi punto de vista* y, en este caso, el del servidor público, materializado en los documentos de la Administración -generalmente invalidados por conceptos y recursos de orden legal que solo un especialista logra explicar- y hacer partícipe de la palabra a este otro heterogéneo. En consecuencia, se generaron metodologías de "co-creación", bajo la denominación de *laboratorios de simplicidad* en los que, a traves de un intercambio verbal guiado, profesionales de las entidades –como *dueños* de los documentos– y sus beneficiarios –ciudadanos tipo– compartían sus opiniones y sentimientos sobre los textos. Esto no solo permitía un escaneo de la complejidad de la información sino el reconocimiento del otro como

[76] En la Guía de lenguaje claro para servidores públicos de Colombia del Departamento Nacional de Planeación (DNP), este aparece como el primer paso: "pensar en la audiencia [a la] que se le transmitirá [un mensaje]. Es importante conocer las características del receptos para identificar, entre otros aspectos, cuáles son sus intereses, necesidades, expectativa y nivel de conocimiento, al igual que saber qué deben hacer los ciudadanos con la información que reciban": DNP, Guía de Lenguaje claro para servidores públicos de Colombia (Bogotá: DNP,2015) p. 28.

[77] QUINTERO GALEANO, Brigitte Marcela. Ob. cit., p. 229.

[78] TODOROV, Tzvetan. Ob., cit.

[79] QUINTERO GALEANO, Brigitte Marcela. Ob., cit., p. 230.

sujeto en común; como una actividad de reivindicación de un nosotros[80]. Es reconocer, finalmente, a los sujetos como hacedores en la construcción de un Estado que *comprende* y no se limita a explicar. Este ejercicio permite entender que cambiar la forma de ver al otro es cambiar la forma en la que nos comunicamos, cuando en el lenguaje claro el *otro* es un *yo*[81].

En efecto, estamos ante otra manera de comprender la fundamentación ética de nuestro tema de estudio, a partir de las relaciones intersubjetivas experimentadas, porque ya no se trata, solamente, de saber ¿cómo debo ser? Sino de comprender ¿cómo creo que el otro debe ser? o de ¿cómo cree el otro que debo ser yo?. Ricoeur[82] ya había advertido que no se ha cumplido con la elaboración de una "teoría del reconocimiento" cuando "La noción de alteridad ocupa ahora el primer puesto de la relevancia social, y con ella, la exigencia de que los otros sean aceptados en su dignidad"[83].

Esto entra de lleno en la teoría más propia de Cortina que podría nombrarse como la *teoría de la cordialidad* que tendría también su base en el principio de reconocimiento recíproco: La teoría de la acción comunicativa expresa el mensaje central de la tradición del reconocimiento, al entender que en una acción comunicativa los hablantes se reconocen, necesariamente, como interlocutores válidos y, en ese reconocimiento básico se descubre un vínculo, la fuente de la obligación que es, entonces, la correspondencia o la afirmación recíproca de interlocutores, que se saben mutuamente imprescindibles para averiguar si una norma es justa, en palabras de Cortina[84].

Pero el caldo de cultivo de la intersubjetividad es el lenguaje, herramienta comunicativa por excelencia en la que el vínculo entre los humanos se hace visible, cuando finalmente, como dijera Aristóteles, la palabra sirve para comunicar lo que es justo o injusto y no sólo sentimientos y emociones[85]. Se puede definir la razón cordial como la capacidad humana que se encarga de

[80] Ib.

[81] Ib. p. 231

[82] Cita que hace CORTINA, Adela, en: Ética de la Razón Cordial, Ediciones Nobel, Oviedo, 2009.

[83] Ib.

[84] SANCHEZ PACHÓN, Javier, ADELA CORTINA: EL RETO DE LA ÉTICA CORDIAL, I.E.S. Ciudad de Haro, La Rioja, en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiT2u2Wnqj4AhWCZjABHRhjC6sQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5257685.pdf&usg=AOvVaw2okX80FctymR6SKHn2sMy7. pdf

[85] Ib.

mostrar cómo el vínculo comunicativo que es el núcleo de la razón discursiva, no solo tiene una dimensión argumentativa, que ha sido puesta de manifiesto por la ética del diálogo sino, también, una dimensión cordial que hace posible estimar valores y compadecerse. Desde esta apreciación, lo que se infirie es que la verdad y la justicia se conocen por la razón argumentativa y, además, por la razón cordial que, para Cortina, ha sido arrinconada a favor de la primera[86]. Se alinea así nuestra autora con las teorías que consideran la inteligencia humana como una realidad compleja en la que se integran todos los afectos[87].

El tema de las injusticias epistémicas ha generado importantes discusiones en las cuales se cruzan: la epistemología, la ética y los ordenamientos sociales. Para no desatender el eje temático que nos convoca, conviene conectarse con la concepción que tratan varios teóricos de "rastrear la verdad" en un escenario altamente democrático y deliberativo, desde el cual se tomen decisiones como lo refiere Murguía[88]. Se trata de afianzar un modelo que alcance un balance entre la legitimidad del procedimiento –que en sí mismo contiene aspectos epistémicos– y la corrección de las decisiones. A decir de J. Habermas, quien ha dado un giro epistémico a sus reflexiones sobre la democracia, son ante todo las discusiones deliberativas las que justifican la presunción de cómo a la larga se llegará a resultados más o menos razonables. La formación democrática de la opinión y la voluntad tienen una dimensión epistémica porque en ella también está en juego la crítica de las afirmaciones y evaluaciones falsas[89].

Al respecto, en reciente decisión la Corte Suprema de Justicia colombiana explica que: *si la labor del juez se centra en diversas declaraciones que ofrecen versiones diferentes, su control debe dirigirse a cuáles son los aspectos, esenciales o circunstanciales de esas discrepancias, auscultando con mayor detalle los temas esenciales. Así, si, por ejemplo, lo cierto es que varios observadores pueden y suelen tener una percepción distinta del mismo fenómeno (…) No se trata, pues, de una aproximación intuitiva, con lo mucho que ella puede valer en los juicios orales en donde la percepción que el juez se lleva del testigo*

[86] Ib.

[87] En España, en los últimos tiempos, el filósofo que contribuye a exponer y divulgar esta visión de la inteligencia aplicada a la ética es J. A. Marina. Por ejemplo en sus obras Teoría de la inteligencia creadora, Anagrama, Barcelona 1993, Ética para náufragos, Anagrama, Barcelona, 1995 y La lucha por la dignidad, Anagrama Barcelona, 2000.

[88] MURGUÍA LORES, Adriana, "Injusticias epistémicas y teoría social" en: DILEMATA año 8 (2016), no 22, 1-19 ISSN 1989-7022, Centro de Estudios Sociológicos, Universidad Nacional Autónoma de México. 2016.

[89] Ib.

puede permitirle conocer elementos característicos de la personalidad de este (edad, experiencia, instrucción, personalidad, contradicción, locuacidad, etc.) sino de un análisis riguroso que comprenda los enlaces y desarmonías más o menos graves que afloren en el dicho de los varios deponentes[90].

En situaciones concretas de procedimientos judiciales, por ejemplo, ¿qué significa carecer de credibilidad, de no ser un válido intérprete de la sociedad que se comparte? Fenómeno recurrente en los estrados judiciales, en general. Esto caracteriza la realidad cotidiana de las interacciones sociales, el ser considerado como un intérprete poco confiable de su propia situación o de la situación común o compartida, y que ello en sí, es una manifestación de injusticia[91].

Miranda Fricker, en la línea del filósofo Michel Foucault, observa la interacción social como un ejercicio de relaciones de poder. Dos partes son puestas en una relación entre sí en donde uno de ellos ejerce poder sobre el otro. El poder puede depender de nociones compartidas de identidad social, estereotipos y prejuicios de género, clase o etnicidad. Un ejemplo de injusticia testimonial según Fricker, es cuando una víctima testifica sobre un delito al que ha estado expuesta, pero, no es creída o su credibilidad es cuestionada por prejuicios que colman el razonamiento del receptor[92].

Lo interesante en este caso es saber ¿quiénes tienen el poder social? y ¿quiénes están en posición de poder decidir qué grupo social tiene más credibilidad o no? En un país donde el control total de los medios de comunicación son monopolio de una clase social, de una casta política o de una elite económica.[93].

Fricker afirma que en la filosofía anglosajona se acostumbra separar las funciones epistémicas de las funciones éticas, como si no tuvieran conexión alguna. Pero, es preciso cambiar esto. Afirma la autora que las personas somos sujetos epistémicos cuando preguntamos sobre cosas, cuando compartimos conocimiento, cuando testificamos, etc. Si ambas estuvieran separadas, entonces la idea de una injusticia epistémica sería un error categorial. La justicia pertenece al plano ético y político, mientras la epistemología trata sobre la ciencia, la verdad, el conocimiento, y otros estudios[94].

[90] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia SC795-2021, radicacion nº 68679-31-84-002-2013-00027-01, 15 de marzo de 2021, M.P. Francisco Ternera Barrios.

[91] ONTIVEROS, Angel. Ob. cit.

[92] Ib.

[93] Ib.

[94] Ib.

Tiene que haber una simetría ética y epistémica, para que esto no continúe como ahora: un pequeño grupo social impone su "monopolio epistémico" a grandes mayorías excluídas. Podrían extraerse infinidad de momentos de la historia nacional y universal constitutivos de ejemplos lamentables de prejuicios, a todas luces relevantes para el contexto del juicio de credibilidad. Un jemplo, sería la idea de considerar que los indios son irracionales, los negros inferiores a los blancos desde el punto de vista intelectual, las clases trabajadoras moralmente inferiores a las clases altas y, así, hasta completar un nefasto catálogo de estereotipos más o menos susceptibles de insinuarse en los juicios de credibilidad en diferentes períodos de la historia, escribe Fricker[95]. En aspectos raciales, por ejemplo, existe un largo expediente de más de dos siglos, de cómo la verdad ha sido derrotada, en innumerables ocasiones, por jurados en los que predominaban blancos.

La anteriores anotaciones son suficientes para entender que las injusticias epistémicas tienen dimensiones temporales y sociales robustas, que involucran historias complejas y cadenas de interacción que van más allá de pares o de grupos de sujetos. Ahora, bajo una concepción contextualista vale la pena sugerir que las injusticias epistémicas cometidas por individuos particulares en interacciones concretas –como los intercambios testimoniales– tienen que colocarse en un contexto sociohistórico más firme o vigoroso y tienen que entenderse como parte de patrones más ampliados de injusticia que se encuentran en el trasfondo y que rebasan el intercambio testimonial[96].

Los autores tienen razón al afirmar que la credibilidad que se le otorga a un testimonio no puede comprenderse ignorando el contexto social más amplio -tanto en el tiempo como en el espacio-. Sin embargo, habría que reconocer que la interacción tiene su propia lógica y propiedades que no se podrían deducir de las dimensiones sociales robustas a las que refiere. Si así fuera, el asunto se disolvería en una sobredeterminación social ciega a la realidad de la complejidad de la acción humana[97]. Es por este marco de importancia que se precisa como ese paso para otorgarle a la otra persona credibilidad está incluida en la virtud de la justicia epistémica[98].

Siguiendo la lógica de Fricker, cuando cometemos una injusticia epistémica no sabemos escuchar al otro, cuando minimizamos la declaración de alguien

[95] Ib.

[96] Ib.

[97] Ib.

[98] Ib.

por prejuicio o cuando no entendemos lo que alguien dice porque él o ella carecen de conceptos para testificar sobre una injusticia; entonces, tenemos que preguntarnos: ¿cómo podemos llegar a ser mejores oyentes? ¿cómo se pueden cultivar virtudes que ayuden a prevenir o reducir la probabilidad de cometer más injusticias epistémicas? Por ejemplo, se puede tratar de enfrentar nuestros propios prejuicios e intentar primero entender lo que el hablante realmente dice, si él o ella no usa las palabras que nosotros mismos usaríamos, entonces quizá no sólo sea el error de él o de ella, quizá tan sólo carecemos de un concepto común para las injusticias sociales. Pero el ser un mejor y más virtuoso oyente o receptor de un mensaje apenas es la más importante respuesta a la injusticia epistémica diría Fricker. Las estructuras subyacentes de las injusticias epistémicas son sociales y estructurales[99].

La gente no adquiere sus prejuicios de la nada sino que provienen del mundo social que nos rodea. Se trata, entonces, de cambiar las estructuras sociales que fomentan los prejuicios y lo mismo con la interpretación de la injusticia hermenéutica. Si eres parte de un grupo que no tiene la oportunidad de contribuir con la creación de significados en la construcción de la sociedad, entonces, tienes una desventaja injusta para transmitir tus experiencias a otros en la comunidad, y eso solo se puede solucionar estructuralmente, dice Fricker, tal marginalización hermenéutica va de la mano con otros tipos de impotencia social como la pobreza[100].

Quiere decirse que la *injusticia jurídica*, como agravio secundario derivado de la injusticia epistémica, es cuestión de excepcional importancia y Fricker en su obra apunta a la existencia de implicaciones del ámbito jurídico derivadas del plano epistémico. Para ejemplificar esta cuestión menciona el caso de Robinson –extraído de la obra *Matar a un ruiseñor*– quien, a causa de los prejuicios tradicionalmente asociados a las personas afroamericanas sufre un caso de injusticia testimonial que impide que reciba un juicio justo[101].

Se tratarán, también, las consecuencias *psicológicas* derivadas del daño epistémico. En los casos de las mujeres empleadas de una empresa con una plantilla mayoritariamente masculina, permite pensar que el menosprecio

[99] Ib.

[100] Ib.

[101] OLALLA D.L.C, Paula, Injusticia epistémica e injusticia jurídica a través de miranda fricker. su relación con las injusticias sufridas en el ámbito laboral por parte de las mujeres, Universidad Complutense de Madrid. Facultad de filosofía, septiembre de 2021. En: https://eprints.ucm.es/id/eprint/68353/1/TRABAJO%20FIN%20DE%20MÁSTER%20-%20PAULA%20OLALLA. Pdf.

de su testimonio cuando levantaron la voz para denunciar acoso laboral y sexual o cero posibilidades para que fueran atendidas sus sugerencias para la ejecución de tareas importantes para la empresa, puede tener efectos en su autoestima y autoconcepto, modificando elementos de la propia construcción de su identidad. Estos cambios en la autoimagen de las mujeres pueden producir modificaciones en su futura conducta, tanto fuera como dentro del entorno laboral. En la línea del agravio psicológico tienen lugar varios casos referenciados en los que la injusticia hermenéutica produce consecuencias en la salud mental, que se ve resentida, al paso que produce fuerte estrés y ansiedad[102]. Incluso, el agravio económico se deriva de la presión que comporta abandonar el empleo tras la imposibilidad de justificar esta marcha, lo que a su vez hizo que se viera precisada al desempleo, sin posibilidad de obtener alguna prestación. Para otras mujeres el agravio económico se produce a causa de sus menores posibilidades de ascenso, así como de la ausencia de reconocimiento de su labor como trabajadoras[103].

Con la llegada de la modernidad se produce un cambio en la consideración de la especie humana, la cual se unifica ontológicamente en torno a la idea de razón. No obstante, la igualdad no se alcanza llegados a ese punto sino que se produce una modificación en los mecanismos y argumentos sostenidos para excluir a las mujeres de los derechos obtenidos para los varones. Se afirma que la razón de la mujer es diferente a la del hombre y no sólo distinta sino inferior. Significa que en torno a una diferencia relativa al sexo biológico se construye una discriminación social y política[104].

Al entenderse la razón de las mujeres inferior a la de los hombres, se interpretaba que las actividades realizadas por ellas eran, por consiguiente, de menor valor, pues el modelo de humanidad y de actividad humana era siempre

[102] Ib.

[103] Ib.

[104] Los autores en cita, mencionan el caso de una mujer española cuya voluntad y testimonio fue ignorado durante el parto de su hija, generando daños físicos en su salud y en la de la recién nacida. La injusticia cometida contra Sandra no finalizó en el sistema sanitario sino que, se extendió al sistema judicial, donde tuvo que luchar contra estereotipos y una evidente falta de empatía frente a su situación. Sin embargo, el sistema judicial sí mostró comprensión por la situación de su marido, ya que este no pudo mantener relaciones sexuales con su mujer a causa de los daños ocasionados a esta durante varios meses. Las quejas de Sandra no encontraron respuesta dentro del sistema español y tuvo que ser el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer quien condenase los daños ejercidos contra esta mujer.

lo masculino[105]. La cuestión de la injusticia epistémica autoriza vislumbrar los vínculos entre las discriminaciones a las que hoy en día deben hacer frente colectivos de mujeres, al lado de un ramillete de grupos segregados, en general, y las concepciones ontológicas y antropológicas sobre las cuales se asienta nuestra sociedad contemporánea y, en este sentido, constituye una herramienta de análisis con mucha potencia explicativa[106].

La convocatoria es a ocuparse del estudio sobre valores jurídicos o valores importantes para lo jurídico, tales como la justicia, la igualdad, la paz y la dignidad, entre otros, para la construcción hermenéutica de lo socialmente justo. Se trata de hallar alternativas de solución a situaciones y relaciones de opresión e injusticia individual o colectiva, con miras a apoyar la resolución de las necesidades de los grupos sociales oprimidos y excluidos, con inmejorable actitud epistémica. Es acompañar nuestra labor hermenéutica de claros contenidos vinculados con grupos desaventajados como: comunidades étnicas, mujeres, prostitutas, ancianos, colectivos, campesinos, refugiados, exiliados, comunidades originarias, obreros, oprimidos económicamente, los animales y la misma naturaleza[107].

Para no desentenderse de estas realidades, tambén las personas enfermas tienden a ser marginadas en un nivel hermenéutico, dado que los términos no expertos con los que comprenden sus propias experiencias de la enfermedad, de modo natural y con eficacia, no están tan compartidos en el espacio social como para llegar a afectar la toma de decisiones de los profesionales de la medicina en cuyos juicios confían[108].

Se trata de asumir una actitud epistémica por parte del sistema de justicia. Esta especialísima condición está comprometida con un conjunto de virtudes y características generales que deberían asistir la actividad del investigador frente a su objeto de estudio, sin importar cuál sea. Si el derecho es una disciplina que como tal hace parte de las ciencias sociales, esto supone valorar la mirada del investigador, del juez y del instructor como parte del objeto de investigación, de la averiguación, del conocimiento mismo. Una actitud

[105] ONTIVEROS, Angel. Ob. cit.

[106] Ib.

[107] AGUIRRE ROMÁN, Javier Orlando; PABÓN MANTILLA, Ana Patricia. Hacia una epistemología jurídica crítica: precisiones y distinciones sobre epistemología jurídica, métodos y metodología. En: Entramado. Julio - Diciembre, 2020 vol. 16, no. 2, Disponble en: https://doi.org/10.18041/1900-3803/entramado.2.6576

[108] Ib.

epistémica auténtica y seria, por cuenta del investigador en derecho como disciplina del conocimiento, requiere un marco de características[109].

Si el derecho ha colonizado todos los niveles de la vida, es pertinente que en la búsqueda de la verdad el funcionario instrutor transite por la probática con la mirada situada, creativa, abierta a los otros y orientada hacia el mundo, como sujeto que investiga un objeto del que él mismo hace parte. Objeto que, además, es fundamental en el mantenimiento y creación de relaciones sociales tanto de opresión y exclusión como de inclusión y de emancipación[110].

Como lo precisan algunos autores, la actitud epistémica debe desarrollar una mirada ecológica, la cual permite asumir la epistemología como una forma de comprender la construcción del conocimiento científico unido a la vida cotidiana del sujeto; puesto que por más que el científico –social o natural– quiera dar sus explicaciones o comprensiones al margen de la vida, y apoyar sus postulados sin un fundamento del mundo vital cotidiano, no será capaz –intento fallido– por cuanto sus explicaciones carecerían de vida y sensibilidad[111].

En definitiva, una epistemología jurídica crítica ubica los problemas jurídicos que subyacen en los procesos y sus contenidos investigativos, en contextos que puedan explicar y comprender las luchas de quienes son protagonistas de injusticias en un plano constitucional, para trascender los escenarios de las políticas públicas. A partir de esta premisa resulta importante plantear

[109] Compromiso con la verdad: una mirada epistemológica es una visualización que, aunque duda y sospecha, no puede ser escéptica ni cínica. Es producir un conocimiento nuevo que tenga valor de verdad. Orientación hacia el mundo: con una actitud epistemológica adecuada el investigador se pregunta por su lugar en el mundo y su relación con los otros. Creatividad: la actitud epistemológica es una actitud dispuesta a poner en movimiento las categorías fijas de la vida y el área comprometida con el trabajo investigativo. Abierta a los otros: la crítica y la reflexión que pone en cuestión nuestros propios juicios se realizan en conjunto con las otras personas y sus visiones similares u opuestas. Gracias a la era digital en la que nos ubicamos hoy es más sencillo poder trabajar con otros, hacer parte de redes, discutir con colegas, analizar otras experiencias con objetos de investigación análogos y, finalmente, Situada: nos esforzamos por hacernos conscientes del lugar siempre limitado desde donde se parte y realizan las investigaciones. No tratamos de hacerlo pasar como un lugar absoluto y "neutro" pero sí lo respetamos y lo tomamos en serio en la medida en que no es un "lugar cualquiera"; es el mismo horizonte desde el cual hemos desarrollado nuestras preocupaciones vitales.

[110] AGUIRRE ROMÁN, Javier Orlando; PABÓN MANTILLA, Ana Patricia. Ob. cit.

[111] Ib.

modelos, proponer enfoques, sugerir categorías, apropiar técnicas y diseñar instrumentos adecuados que le permitan acercarse a dichas realidades, con una mirada diferencial; sin la inocencia de quien considera que el fenómeno de las normas y el poder afectan por igual a todos los seres vivos del planeta[112].

La epistemología crítica supone una mirada epistémica distinta, en la que el desafío investigativo nos convoca a ser sensibles ante las situaciones de opresión y exclusión, ampliamente presentes en nuestra sociedad, como situaciones basadas en el género, la situación socioeconómica, el color de piel, la etnia, entre otras; así como también a las situaciones inminentes referidas a los desastres ecológicos que el ser humano debe enfrentar en el contexto del antropoceno[113].

Al mismo tiempo, la distinción radical entre público y privado contribuye al mantenimiento de las lagunas hermenéuticas y testimoniales que generan injusticia para las mujeres. El ámbito público es el lugar de la *justicia*, pues es ahí donde pueden aplicarse los principios de justicia establecidos colectivamente. Por ello, relegar a las mujeres al ámbito privado en materia laboral implica alejarlas de la justicia en lo referente a su trabajo. Debemos, por tanto, trasladar los problemas de las mujeres que, como se ha observado, atienden a cuestiones estructurales al ámbito de lo público, cuando es ahí, en el ágora, donde se discuten las cuestiones que se consideran importantes para la sociedad y donde avanza el conocimiento científico. Las limitaciones de la dicotomía público-privado han sido también planteadas desde la propia teoría liberal. Autoras como Martha Nussbaum o Susan Moller Okis –citadas por Olalla– ponían de manifiesto las implicaciones que tenía para las mujeres esta separación radical que, en ocasiones, olvida las interferencias entre ambas esferas[114].

La dimensión gnoseológica de los instrumentos utilizados por el juez y las modalidades de acceso a la solución de la controversia interesan desde hace tiempo no solo a magistrados, abogados y juristas en general sino, también, a los cultivadores de la filosofía, la lógica y la psicología. Tanto es así que cada vez es más patente la atención interdisciplinar prestada a los métodos seguidos al respecto, así como la preocupación por la validez y la calidad del conocimiento obtenido a través del juicio judicial, integrando el tradicional

[112] Ib.

[113] Ib.

[114] OLALLA D.L.C, Paula. Ob. cit.

enfoque técnico-jurídico con la perspectiva propia del debate filosófico-científico contemporáneo[115].

En este contexto, el proceso aparece caracterizado como lugar de verbalización de la experiencia, y la concepción semántica de la verdad reconocida como la más idónea para mantener la neutralidad epistemológica dentro del mismo, en la reconstrucción del hecho controvertido, cuya obtención con rigor es condición imprescindible de la emanación de una sentencia justa[116].

Ubertis examina la estructura de la prueba con una óptica epistemológica, y se ocupa del fenómeno probatorio en su vertiente dinámica de procedimiento dirigido a poner en juego los instrumentos cognoscitivos imprescindibles para que el proceso cumpla su cometido institucional.[117]. Ahora, cuando se pretende analizar el valor del conocimiento humano, Jürgen Habermas ha escrito que si debiéramos reconstruir la discusión filosófica de la época moderna como un proceso judicial, la única pregunta que debería formularse sería: ¿cómo se puede obtener conocimiento fiable?[118].

En el discurrir procesal se impone asociarse a una comprensión abierta, porque toda perspectiva parcial o limitada acerca de lo que nos ofrece un perito, un testigo, entiéndase: la voz de un campesino, de un indígenca o de un negro, de un miembro de un colectivo o grupo, de un anciano, de una mujer abusada, de un migrante, de un exiliado o de un enfermo mental, entre otros, sesgaría cualquier conocimiento acerca de lo que realmente ocurrió: Significa que lo fáctico del asunto quedaría sin respuesta, sin el umbral de una verificación adecuada, sin contrastación con la realidad, desde un contexto ensamblado en una orilla del mundo de la vida.

Como se ha venido expresando, una de las aspiraciones de la epistemología se fundamenta en crear condiciones para que el conocimiento de la realidad sea verdadero. Sin embargo, no existe una única y verdadera teoría del conocimiento que proporcione un concepto de verdad infalible en ninguno de los ámbitos epistemológicos y, por consiguiente, no la hay siquiera para una teoría del proceso y de la prueba judicial, que le den consonancia a la justicia material.

[115] UBERTIS, Giulio, Elementos de epistemología del proceso judicial. Trad. Perfecto Andrés Ibañez, Editorial Trotta. 2017. En: http://www.trotta.es/libros/elementos-de-epistemologia-del-proceso-judicial/9788498796896/

[116] Ib.

[117] Ib.

[118] Habermas, J. [1968] Erkenntnis und Interesse, Suhrkamp, Frankfurt. 4ª ed., 1977.

En este mismo sentido, conviene precisar que en la actualidad el pensamiento de Max Weber se impulsa por el análisis de la racionalización y la legitimación del derecho; precisamente, para que se logre comprender que, ante la crisis del formalismo del Estado de Derecho Liberal, hay que articular la racionalidad jurídica formal y material, a fin de promover la inauguración de un "derecho vivo", integrado socialmente, desde el cual se permita la sustitución de un procedimiento jurídico puramente formal, que funciona como un "sistema cerrado", obediente sólo a su propia lógica, por un "sistema abierto", un Derecho que consiga responder a las condiciones materiales y prácticas de la sociedad[119].

El derecho como fenómeno social no puede ser analizado abstraído de la sociedad, como propone el positivismo jurídico que, a lo largo de la historia nos ha llevado a una especie de "formalismo vacío y estéril", pues el orden jurídico, en sentir de Weber, no significa "un cosmos lógico de normas «correctamente» inferidas, sino un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano real". Eso es algo que Weber ha comprendido muy bien: la sociedad no es algo "puro" sino, más bien, el resultado de relaciones, conflictos y cambios que proceden de los diversos aspectos o esferas de la actividad humana, como son la política, la religión, la economía, el derecho, etc[120].

¿Cómo hablar de un derecho justo, de justicia material, sin la comprensión de los fenómenos sociales en el Estado contemporáneo?. En estricta razón, la teoría weberiana se puede convertir en un instrumento esencial en la recuperación del sentido de la realidad que se pretende investigar, tras un análisis complejo, rico en elementos que nos indiquen cuan próximos o distantes estamos de una sociedad justa, a partir de la intervención de elementos extrajurídicos de orden político, económico, social y ético que contribuyan para impulsar y posicionar las dinámicas de una verdadera justicia material[121].

El juez debe ser visto como un promovedor de la justicia social de forma efectiva, a través del derecho y potenciar su imprescindible papel en la nueva relectura de la ciencia jurídica, en la actividad creadora de un nuevo derecho, esto es, de un derecho justo, que lleve en consideración los factores sociales

[119] MENDES-QUEZADO FERRÁNDEZ, Annemaxmille, (2018). La justicia material en Max Weber, en Res publica 21.1, 31-46, en: https://revistas.ucm.es/index.php/RPUB/article/download/59695/4564456546870 pdf.

[120] Ib.

[121] Ib.

como legitimadores de la decisión judicial que tiene como objetivo final la paz social[122].

Finalmente, es conveniente expresar que lo pretendido por Weber es que la práctica jurídica sea algo más que un simple medio de lucha de intereses y, con ello, Weber ha reconocido una fuerte vinculación entre democracia, autoridad, justicia material, concepciones de fines –no de medios– y la exigencia fundamental de que el sistema jurídico no sea un dispositivo incomprensible para legos sino una administración comprensible. Esa perceptibilidad es la que posibilita una justicia material que permita la emergencia de una experiencia común de lo justo[123].

El Derecho Probatorio ha sufrido una renovada atención desde los teóricos del Derecho Procesal, a la luz de la insuficiencia de resultados del proceso civil -en general- en el mundo contemporáneo. De tal forma, se ha actualizado la visión de la tradicional relación entre prueba y verdad, por lo que se discute actualmente cuál es la función de la prueba en el proceso civil -fundamentalmente, en relación con el papel del juez- y los sistemas de apreciación de la prueba producida. El procedimiento probatorio también se torna complicado y los distintos medios de prueba, en particular, son objeto de permanentes discusiones en la praxis judicial.

Vale la pena considerar entonces, que en los escenarios probatorios en los cuales, dadas las condiciones de discriminación que hemos analizado, se hace complejo el acercamiento a la probática –por ejemplo, en contextos de violencia contra la mujer en todas sus modalidades, el maltrato a los negros, a los indígenas, a los ancianos, a los miembros de los colectivos LGTBIQ+, los abusos contra los campesinos, los inmigranes, los exiliados, los pobres, las personas con discapacidad mental y, en general, contra los marginados que tantas veces se han mencionado en este trabajo y que reclaman un enfoque diferencial- y descendemos a los campos de la prueba difícil, resguardada en el principio "favor probationes" y en la teoría de las "pruebas leviores" que, en general, se han definido doctrinariamente como una potestad de los juzgadores por las que, dadas ciertas circunstancias, se pueda tener por acreditado un hecho sin que medie prueba plena al respecto.

El concepto lo empleó Calamandrei para referirse al jucio de verosimilitud fundado en pruebas leviores, también conocidas como pruebas "prima facie"

[122] Ib.

[123] Ib.

dispuestas para procedimientos breves o sumarios, como ocurre con el proceso monitorio en Colombia. Sería desde este campo de discernimiento que se orillarían los diferentes medios de prueba incipientes, dadas las condicionea especiales de quien pretende favorecerse con ellas, para darle consonacia a renovados postulados de justicia social.

Desde estos horizontes, se busca potenciar el imprescindible papel que cumplen los jueces, en la nueva relectura del campo epistémico de su laborió, cuando su actividad se enmarca, en buena medida, por la creación de espacios de comunicación procesal y probatoria para perfilar un nuevo derecho, un derecho materialmente justo, que lleve en consideración las asimetrías sociales, su orígenes y el devenir de sus actores, como factores legitimadores de la decisión judicial que tiene como objetivo final la paz social en la que se conjuga la experiencia social de lo justo.

CONCLUSIONES

Existen muchos casos intermedios interesantes tanto de injusticia testimonial como hermenéutica, en los que no queda muy claro ¿hasta qué punto el oyente puede estar manipulando con prejuicios o con discriminaciones hermenéuticas para impedir que las palabras del hablante sean recibidas y entendidas de forma adecuada? La pendiente resbaladiza que conduce hacia la mala fe o a la negación -ya sea interesada o por una mera falta de atención- es una posibilidad que siempre estará presente, sobre todo, en los primeros intentos de establecer comunicación, los que se presentan, particularmente, difíciles y desafiantes para el estatus del oyente o, también, en situaciones en las que por cualquier otra razón el mensaje no fluye bajo los linderos del lenguaje claro o el receptor se encuentra fuera de su zona de confort epistémico, en términos de la investigadora Olalla.

Los cambios que el reconocimiento de derechos -como ocurrió tardíamente con las mujeres, los negros, los indígenas, los inmigrantes, los ancianos, colectivos LGBTIQ+, entre otros grupos que detalla la historia- aún no han producido los efectos esperados; por lo tanto, continúan tendencias importantes de aparofobia, de la ideología opresora del edadismo, de racismo, de xenfobia, de homofobia, de misoginia, por citar solo algunas referencias que bien pueden compararse con el olvido de los campesinos –su eterna pobreza y sus décadas de desplazamiento– el desprecio hacia las personas con discapacidad mental, la indiferencia hacia: los inmigrantes sin papeles, los "desechables", las prostitutas, quienes no tienen amigos bien situados y,

en fin, frente a aquellos que no pueden devolver algo a cambio para tener tranquilas a las élites de nuestras sociedades contractualistas, en un mundo basado en el juego de dar y recibir, en el que se han avivado exponencialmente las asimetrías sociales, convertidas en una constante. No obstante, no hay que declinar en la lucha hasta que se consolide el cambio esperado, en los contextos del orden justo.

Como bien lo ha resaltado Olalla, resulta pertinente explicar que la dirección causal de estos tipos de injusticia no es única; estas forman parte de una relación circular que genera la retroalimentación de todas ellas. Además, algunas de las herramientas jurídicas e institucionales que deberían jugar un papel favorable en el proceso de consecución de la igualdad tienen un efecto adverso mientras impulsan la rueda de la desigualdad. No obstante estas menciones, definir una tipología de daño generado por esta clase de injusticias es un paso importante, en palabras de Fricker, concretamente, el que se da cuando alguien, de forma inadvertida, minusvalora o desprecia a otra persona en lo referido a su estatus de sujeto epistémico.

En realidad, se tendría que hacer una larga lista de medidas, tanto individuales como estructurales, para poder lidiar con las injusticias epistémicas, como bien lo expresa Ontiveros, quien resalta que quizá un punto de partida importante que Fricker no desarrolla a buen espacio en su obra, son las circunstancias políticas para esto, instituciones injustas, oportunidades desiguales y, no menos importante, la segregación. En otras palabras, del déficit de educación y de información que puede originar una desventaja fundamental a las personas que carecen de los recursos necesarios para comprender sus experiencias sociales y sus intercambios con los demás. Así, información y educación son bienes epistémicos imprescindibles para actuar en el mundo.

También, debe tenerse en mente que la posibilidad de cambio existe. Es decir, que las desigualdades no son naturales a la especie humana sino constructos sociales que se han apoyado en las injusticias epistémicas de todo orden. Por ello, es preciso reflexionar acerca de ¿cuáles son los agentes con capacidad de ejercitar acciones que permitan llevar a cabo estas transformaciones y por qué deciden no hacerlo?. Conviene preguntar, también, ¿a quién beneficia la desigualdad?. Las respuestas, en gran medida, se hallan en manos de las instituciones y aquí los jueces cumplen un papel importante para labrar el camino de las justicias epistémicas, por cuanto ningun prejuicio, preconcepto, o agravio, entre tantos referentes de discriminación y asimetría, debería pervivir o asomarse en los escenarios del proceso judicial.

Significa que la sociedad necesita ser más intervencionista de alguna manera, para contrarrestar la desigualdad y la segregación. Es inminente que las personas puedan contactarse o comunicarse mejor entre sí, como se extrae de la obra de Fricker y, de seguro, no es tarde para comenzar a combatir el orígen y las causas de persistencia de las injusticias estudiadas, cuando la vida del planeta está en riesgo y un puñado de culturas tienden a extinguirse en el juego de maniobras y acciones destructivas. Ante esta grave encrucijada social deben emanar actos de razón, tras el rescate de los valores de siempre que circundan el mundo de la vida y la cosmovisión de los diferentes grupos humanos.

La pregunta que ha formulado García-Bullé sobre el tema gira en torno a: ¿cómo combatir la injusticia epistémica? Y, en un intento de respuesta, debe decirse que la injusticia epistémica constituye una problemática muy compleja y no hay remedios simples para unas posturas que vinculan nuestra percepción y la propia construcción del conocimiento. Esto no es óbice para que, entre todos se diseñe un camino de inicio para comenzar a deshilvanar los elementos que disparan la segregación o la discriminación.

Entronizar la gran variedad de circunstancias inscritas en las injusticias epistémicas es una iniciativa importante para hacer ver como estas se hacen presentes ya sea desde una afectación a la labor cognitiva o bajo una falla en la justicia distributiva. En ambos casos, esto propicia situaciones inequitativas que terminan por dañar a alguien y que, al mismo tiempo, bloquean nuestra capacidad de comprender las dinámicas cognitivas involucradas en la relaciónes individuales y colectivas y aquellas que se cumplen entre ser humano-naturaleza en el contexto de la crisis ambiental, como lo advierte Guerrero Mc Manus.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE ROMÁN, Javier Orlando; PABÓN MANTILLA, Ana Patricia. Hacia una epistemología jurídica crítica: precisiones y distinciones sobre epistemología jurídica, métodos y metodología. En: Entramado. Julio - Diciembre, 2020 vol. 16, no. 2, disponble en: https://doi.org/10.18041/1900-3803/entramado.2.6576

BARRANCO, María del C., El tratamiento informativo del coronavirus como forma de discriminación a las personas mayores, en: https://www.65ymas.com/opinion/tratamiento-informativo-coronavirus-forma-discriminacion-personas-mayores_13882_102.html

CHEN, Caterina, "Elementos de la comunicación", 20/01/2021. En: Significados.com. Disponible en: https://www.significados.com/elementos-de-la-comunicacion/

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia SC795-2021, Magistrado ponente: Francisco Ternera Barrios, radicacion nº 68679-31-84-002-2013-00027-01, 15 de marzo de 2021.

DOTSON, Kristie, "Tracking epistemic violence, tracking practices of silencing", Hypatia, 26 (2) 2011.

ECO, Umberto, Tratado de semiótica general, Milán:Lumen, 2000.

FAJARDO U., Luz Amparo, A propósito de la comunicación verbal. Forma y Función, vol. 22, núm 2, julio-diciembre, 2009, Universidad Nacional de Colombia, Bogóta.

FRICKER, Miranda, Epistemic injustice: Power and the ethics of knowing, Oxford, Oxford University Press, 2007.

_____, Conceptos de injusticia epistémica en evolución. Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política, 2021-10 (19) https://dx.doi.org/ltdl.76466

GARCÍA-BULLÉ, Sofía, Opinión: Injusticia epistémica en la academia., February 20, 2020, en: https://observatorio.tec.mx/edu-news/injusticia-epistemica

GRICE, Herbert Paul, Studies in the Way of Words. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

GUERRERO MC MANUS, Siobhan, Injusticias epistémicas y crisis ambiental, Universidad Nacional Autónoma de México, Revisa de ciencias sociales y humanidades, núm. 90, 2021, consultado en: https://www.redalyc.org/journal/393/39365757008/html/

HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa, Tomo II, Ed. Trotta, Madrid, 2010.

MURGUÍA LORES, Adriana, "Injusticias epistémicas y teoría social" en: DILEMATA, año 8 (2016), no 22, 1-19 ISSN 1989-7022, Centro de Estudios Sociológicos, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

ONTIVEROS, Angel, Injusticia Epistémica. Una mirada a Bolivia desde la perspectiva de Miranda Fricker con su obra: Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing. En: https://www.bolpress.com/2020/01/23/injusticia-epistemica/

VV.AA. PERAFÁN LIÉVANO, Betsy, editora académica de la obra: Por el derecho a comprender. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Serie: Derecho y sociedad, 2021.

TODOROV, Tzvetan, Mikhail Bakhtine. Le principe dialogique. París: Editions du Seuil, 1981.

_____, La conquista de América, el problema del otro, Barcelona: Siglo XXI Editores, 2008.

ACERCA DE LA FUNDAMENTACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO PROCESAL Y EL PROBLEMA DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD

*Juan Pablo Domínguez Angulo**

RESUMEN

El problema a tratar es determinar la metodología de estudio adecuada específicamente al Derecho Procesal. Para ello se analizarán los problemas metodológicos de las ciencias sociales en general, asimismo, los problemas metodológicos propios del Derecho Procesal para, por último, intentar proveer soluciones adecuadas técnicamente a los problemas sobre el estudio y acercamiento epistémico interdisciplinar al Derecho Procesal.

Palabras clave: Administración, Administración de Justicia, Derecho Procesal, Principios y reglas técnicas, metodología, epistemología.

INTRODUCCIÓN

El principal objetivo de esta investigación es hacer coincidir, desde el punto de vista epistémico, acercamientos diversos como la perspectiva axiológica o los principios morales que fundan el Derecho Procesal, con perspectivas técnicas concentradas en la eficiencia del proceso, de tal manera que pueda

* Abogado. Doctor en Derecho (PhD), con tesis calificada con la máxima nota (Cum Laude). Magíster en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y extracontractual, Civil y del Estado. Especialista en Derecho Procesal Civil. Todos programas de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Contacto: juanp.dominguez@javerianacali.edu.co ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2211-571X.

haber una comunicación armónica interdisciplinar que sea científicamente sostenible para abordar las problemáticas del diseño de esquemas procesales que sean, a la vez, moralmente adecuados y técnicamente eficientes.

De esta manera, metodológicamente, se aborda el problema del acercamiento desde estas dos perspectivas de manera epistemológicamente adecuada, buscando su mutua comunicación sin que por ello se llegue a soslayar su independencia teorética. Este análisis, por tanto, podrá servir de derrotero para sustentar aproximaciones interdisciplinares, como las perspectivas de Derecho y género, o las aproximaciones raciales que pueden darse desde los *Critical legal studies* (*Critical race theory*).

1. ACOTACIONES METODOLÓGICAS PREVIAS

Este artículo pretende presentar un avance dentro de la investigación denominada *Derecho Procesal Flexible*[1], y parte parcialmente de la tendencia teórica denominada Análisis Económico del Derecho (AED), no obstante, haciendo algunas precisiones, como se verá adelante, pero sobre todo basándose en análisis desde el mismo Derecho Procesal debido a que se considera que dicha tendencia teórica es un apoyo, pero no el centro del problema, que es un problema jurídico, todo lo cual sirve para ejemplificar la manera cómo se sugerirá se deben hacer los abordajes interdisciplinarios, como por ejemplo el de Derecho y Género, o el del Derecho y los problemas raciales, o aproximaciones similares.

De esta manera, en principio, conviene aclarar qué es el AED, de manera muy general y meramente ilustrativa, con el propósito exclusivo de ambientar el ámbito en que se pretende trabajar. Dentro de esta tendencia de análisis existen dos posiciones que pudieran considerarse antitéticas[2]. En primera medida, existe un análisis que puede considerarse de enfoque positivo. Este pretende aplicar análisis de corte científico-causal para intentar anticipar, a la manera de las ciencias naturales, los efectos conociendo las causas dentro del Derecho, especialmente analizando causas económicas que serían

[1] Domínguez Angulo, Juan Pablo. Derecho procesal flexible. Entre el derecho procesal y la administración. Santiago de Cali: Editorial Bonaventuriana. 2014. http://www.editorialbonaventuriana.usb.edu.co/libros/2014/derecho-procesal-flexible/index.html (tomado el 22 de mayo de 2022).

[2] Doménech, Gabriel. Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho. En: Revista de Administración Pública. Madrid. No. 195. 2014, pp. 102 y ss.

consideradas esenciales o primordiales (en un curioso giro marxista de esta tendencia), siendo indispensable para ello delinear las leyes naturales (económicas) que gobiernan las relaciones entre ambos elementos (causa y efecto). Por su parte, y en segunda medida, existe un análisis económico con enfoque normativo, que no pretende meramente describir el comportamiento causal de los eventos dentro del Derecho, sino que partiendo de los análisis económicos antes descritos, se abre a hacer propuestas deónticas, axiológicas o de deber ser, como por ejemplo las tendencias que defienden la anulación de la influencia del Estado dentro de la economía, porque ello resultaría más beneficioso, esto debido a que el Estado no es un ente que asigne eficientemente recursos, algo similar incluso a lo expuesto por Foucault[3]. No obstante, respecto de ambas visiones se deben hacer varias observaciones previas sobre cuestiones metodológicas complejas.

En el primer caso, el del AED con visión cientificista o positiva, se pueden hacer varias consideraciones. En primera medida, esta visión pudiera tener problemas respecto de un análisis que aparece como previo: el problema de qué es la ciencia, respuesta que depende del momento histórico y la corriente filosófica que se abrace. De manera muy breve (debido al límite de espacio de este trabajo), se pudiera decir que, dentro de una visión como la modernidad o el racionalismo, se impone el uso de la razón sobre la religión o la visión mística del mundo, no obstante, no de manera especialmente formalizada. Seguidamente, aparece el positivismo científico y, puede decirse también, el círculo de Viena, que acentúa el asunto de la formalización del conocimiento y una visión empirista, y de esta manera, ciencia solamente sería algo que sea posible de describir en lenguaje matemático, repetible a través de la experimentación, y en donde se destaca el método lógico inductivo. Pero para la filosofía de corte hermenéutico tales esquemas no son suficientes. Heidegger expresaba que las cosas no son por sí mismas, sino que son en su cotidianeidad[4], es decir, que las cosas no tendrían una ontología propia, sino que se las interpreta en su contexto. Debido a ello, su discípulo Gadamer en *Verdad y Método II*[5] critica duramente el método y las formalizaciones en la

[3] Foucault, Michel. Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collége de France (1978- 1979). Traducción de Horacio Pons. México D.F.: Editorial Fondo de Cultura Económica. 2008.

[4] Heidegger, Martin. Ontología. Hermenéutica de la facticidad. Traducción de Jaime Aspiunza. Madrid: Editorial Alianza. 1999, p. 117.

[5] Gadamer, Hans-Georg. Verdad y método II. Traducción de Manuel Olasagasti. Salamanca: Editorial Sígueme. 1998.

ciencia positiva, si bien tales análisis de Gadamer se dan más bien con ocasión del análisis del arte y la estética.

De esta manera, la respuesta acerca del estatus científico de la postura positivista del AED, y de la misma economía, depende del marco teórico desde el cual se parta a analizar tal estatus (y lo mismo se puede decir del Derecho). Si se parte desde la modernidad o el racionalismo, quizá el AED sí es un análisis de corte racionalista cartesiano, por lo tanto, ciencia. Sin embargo, si el estándar es el positivismo científico, la cuestión es bastante diferente. Debido a que es bastante difícil establecer a través de la experimentación leyes naturales en las ciencias sociales, a su vez debido a que es discutible, en alguna medida, la traducibilidad de dichos fenómenos al lenguaje matemático, y asimismo la repetibilidad experimental resulta muy compleja o casi imposible[6], el estatus de ciencia de la economía en general y del AED puede quedar en entredicho. Sin embargo, si se analiza la situación desde la filosofía de corte hermenéutico, la cuestión es distinta; debido a que todo se centra en la interpretación, mucho del conocimiento humano (de las humanidades) pudiese acceder al estatus de ciencia, incluida la economía. De esta forma, todo ello se hace depender de los marcos teóricos y la teoría científica que se asuma, así que el asunto acerca de si la economía es o no una ciencia, y por lo tanto el AED, depende de a qué estándar se está refiriendo quien busca la respuesta.

Asimismo, respecto de esta visión existe una segunda preocupación y es el asunto de la causalidad como método. Las "ciencias duras" normalmente -igual que la misma tendencia de los seres humanos de intentar establecer relaciones causales en cualquier suceso cotidiano[7]- pretenden siempre alcanzar estándares causales en sus leyes, no obstante, estos estándares pueden lucir sumamente exigentes, incluso para aquellas ciencias. De esta manera, primero, la necesidad, donde no pueden haber eventos de excepción porque hacen tambalear a la ley natural (lo que se conoce como univocidad); segundo, el cuantificador, que hace que la causalidad afirme un "siempre" y no una probabilidad; tercero, la afirmación de que a cada causa le corresponde un efecto; cuarto, la afirmación de que la causa siempre es externa al efecto; quinto, la exclusión de la posibilidad de que haya influencias recíprocas entre las causas y los efectos porque siempre son elementos asimétricos o se suceden el uno al otro pero nunca al revés, entre otras características, son

[6] Mill, John Stuart. Sistema de lógica. Inductiva y deductiva. Traducción de Eduardo Ovejero y Maury. Madrid: Daniel Jorro Editor. 1917, p. 362.

[7] Hume, David. Tratado de la naturaleza humana. Traducción de Félix Duque. Madrid: Editorial Tecnos. 2014.

todas peculiaridades de la causalidad[8], que, sin embargo, le restan posibilidades explicativas o incluso utilidad.

De esta manera, la economía como ciencia natural posee muchas limitaciones si pretende ser causal, porque según las características antes anotadas, la causalidad es un estándar que es casi imposible de alcanzar por los estudios sociales que se caracterizan por estudiar eventos muy aleatorios y particulares. Como afirma Bunge, la causalidad, aunque es una hipótesis de trabajo necesaria muchas veces, es una forma rudimentaria de hacer ciencia[9].

Así, Bunge señala que la causalidad no es en verdad el estándar científico que debe imperar, sino que es meramente una forma de determinismo entre varias, y no la mejor forma de determinismo. Es decir, la ciencia, afirma Bunge, debe conservar el paradigma del determinismo, debe conservar la creencia en que existen leyes que determinan el devenir, pues de lo contrario no sería posible el mismo concepto de ciencia porque nada sería explicable a través de una formulación legal-natural, pero, aclara que a su vez, la causalidad no agota toda forma de determinismo ni es la más importante actualmente, sino que existen otras formas de determinismo como la determinación estadística, la interacción (o causación recíproca), la determinación mecánica, la determinación estructural o totalista de las partes por el todo (donde se estudia la influencia del todo hacia el individuo), la determinación teleológica o la determinación dialéctica[10].

Por su parte, respecto de la particularidad de los eventos sociales, como se anunció antes, también varias cuestiones se deben anotar. La teoría de la equivalencia de las condiciones pareciera sugerir que no está completo un análisis causal sino se verifican absolutamente todas las condiciones que desembocan en un evento. Es decir, para quienes abrazan esa teoría, no está explicado un fenómeno suficientemente si no se verifican todas sus particularidades, no obstante, tal visión, si se acoge, puede hacer inútiles los análisis causales o científicos. Así, Prades[11] señala que la elasticidad en la identificación de sucesos-tipo es crucial para entender los análisis causales

[8] Bunge, Mario. Causalidad. El principio de la causalidad en la ciencia moderna. Buenos Aires: Editorial Eudeba. 1965, pp. 47 y ss.

[9] Ibid, p. 42.

[10] Ibid, pp. 25 y 30-31.

[11] Prades, Josep. La fragilidad de los sucesos y la normatividad de la causalidad. En: Causalidad y atribución de responsabilidad. Papayannis, Diego. Madrid: Marcial Pons. 2014.

y científicos. Esto es, si se exige que un evento se identifique en todas sus particularidades para establecer relaciones causales, eso desemboca en que ese suceso no tendrá comparación con ningún otro y, por lo tanto, será único, y esto, sin embargo, es inútil para la ciencia porque no permitiría en un futuro identificar un suceso igual o similar para poder prever la posible consecuencia o efecto que le sigue. Por lo tanto, la ciencia lo que realiza es la descripción de sucesos-tipo, descritos de manera general, en donde caben muchos sucesos que no serían idénticos, pero sí compartirían características, especialmente, las características que tienen eficiencia causal. De esta manera, en un futuro el científico sí podrá prever, porque el evento ante el que se enfrenta, si bien no idéntico a la descripción o a eventos anteriores, comparte características que le permiten al investigador intuir resultados.

Por último, es de anotar un problema que ha influenciado enormemente los análisis en las ciencias sociales, y que no puede ignorarse, sea para aceptarlo o para rechazarlo: el problema del ser y del deber ser. Este problema aparece enunciado en la obra principal de Hume[12] y describe la preocupación del autor por el proceder de otros autores, que parten de afirmaciones o copulaciones "es - no es", cuando de repente pasan a copulaciones "debe - no debe". Y esto le sorprende porque no entiende cómo se pueden deducir las segundas afirmaciones de las primeras, siendo que son totalmente disímiles. De esta manera, este sencillo apartado de su obra, sin embargo, suscitó una profunda reflexión filosófica y epistémica. Así, para autores como Moore[13], significa que no hay un posible toque entre ser y deber, aunque llamó a este problema *falacia naturalista*, no obstante, Sánchez[14] interpreta que Hume no quiso decir eso, sino que como empirista que trabajó principalmente el método inductivo, Hume habría afirmado que lo que es imposible lógicamente es *deducir* el deber ser desde el ser, pero no es imposible *inducir* el deber ser desde el ser. Kant y Kelsen[15], también, se fundaron en dicho problema, y Kant, por ejemplo, censura el paso del ser al deber ser que daban estoicos y

[12] Hume, David. Op. cit.

[13] Moore, George. Principia ética. Traducción de María Vázquez Guisán. Barcelona: Editorial Crítica. 2002.

[14] Sánchez, Luis. ¿Se origina la falacia en Hume? En: Revista Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 30, 2007, pp. 636-651.

[15] Ver. Kant, Immanuel. Crítica de la razón práctica. Traducción de Dulce María Granja. México D.F.: Fondo de Cultura Económica; Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa; Universidad Nacional Autónoma de México. 2011. Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Traducción Roberto Vernego. México D.F.: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. 1982; Kelsen, Hans. Acerca de las fronteras

epicúreos, que intentaron deducir la virtud desde la felicidad (que sería un dato empírico)[16], y Kelsen, simplemente, afirma la pureza de su teoría no solamente con base en la diferencia moral-derecho, sino también y principalmente con base en la diferencia ser-deber ser (es el contenido del capítulo 1 de su teoría pura), y por tanto, el método de estudio en el Derecho es la imputación mientras que en el mundo del ser es la causalidad, y tales estudios no se pudieran combinar porque de lo contrario no se llegaría a conclusiones científicamente sostenibles[17].

Este problema, así comentado, ha tenido consecuencias enormes en la cuestión de la investigación social. Así, mientras que para algunos por tal diferencia no se pueden hacer estudios jurídicos y sociológicos de manera combinada, para otros tal problema es falso y sí es posible combinar métodos. No obstante, aunque se piense que se pueden hacer estudios compartidos en lo que se ha llamado interdisciplinariedad y transdisciplinariedad, pareciera claro que no pudiera obviarse que los métodos de acercamiento a cuestiones meramente jurídicas no pudieran ser los mismos que los métodos para acercarse a cuestiones del mundo del ser. Mientras que para el Derecho parece indispensable un acercamiento lingüístico (aunque pudiese combinárselo con investigaciones en el mundo del ser, especialmente cuestiones históricas o contextuales y los usos lingüísticos), porque el Derecho principalmente está expresado en lenguaje, en el mundo del ser parece indispensable un acercamiento a través de métodos deterministas propios de las "ciencias duras" (aunque pudiese combinárselos con métodos lingüísticos, como lo propone la filosofía analítica o el postmodernismo).

Por lo tanto, así se acepte, o no, el problema del ser y del deber ser, no luce adecuado descartar los métodos que tradicionalmente han gobernado uno u otro campo, porque pareciera evidente que los objetos de estudio poseen particularidades profundas que hacen indispensables metodologías propias, así después se pueda combinar los resultados de las investigaciones.

Por lo tanto, todo lo anotado desemboca en conclusiones metodológicas de importancia capital para este trabajo. En primera medida, es de anotar que se debe tener en cuenta qué es ciencia y a qué paradigma se está apelando, cuando se responde a la pregunta de si tal o cual área de conocimiento es o no

entre el método jurídico y el sociológico. En: El otro Kelsen, en Correas, Óscar (edit.). México D.F.: Universidad Autónoma de México. 1989, pp. 283-317.

[16] Kant, Immanuel. Op. cit.

[17] Kelsen, Hans. Op. cit. 1989.

una ciencia. E incluso, más que intentar alcanzar un estándar porque luce más legítimo, debiera pensarse en cuál estándar explica mejor un determinado ámbito de conocimiento. Así, pensando en que la sociedad es un ámbito que no se desarrolla de manera meramente neutra y sin significado, sino que es un lugar pleno de sentido[18], donde las relaciones se desarrollan no de manera natural sino de manera comunicativa, visiones de corte hermenéutico e interpretativo aparecen más acordes con las ciencias sociales, y especialmente con el Derecho.

Es de recordar cómo uno de los puntos más fructíferos de la discusión entre Hart y Dworkin fue el asunto del punto de vista interno y externo[19]. De esta manera, Dworkin, como señala Hart, lo había criticado porque la *jurisprudencia descriptiva* [Teoría del Derecho], que propone éste último, escapa a los análisis que hacen los partícipes cuando se encuentran en sociedad, en donde ellos no describen meramente fenómenos, sino que interpretan el mundo con base en valores. Dworkin, por tanto, acusó a Hart de comportarse como un alienígena, que ve las cosas de manera no valorativa y exclusivamente externa (de manera causalista si se quiere, aunque Hart no llegó a tal extremo), desde afuera, siendo que el mundo social es todo lo contrario, es un mundo construido y comunicativo, pleno de sentido, por lo que una visión naturalista no sería del todo adecuada[20].

De esta manera, en primera medida, no debe olvidarse que cuando se investigan cuestiones sociales, sea desde un punto de vista económico o jurídico, las sociedades no son meros eventos naturalistas, sino que son eventos plenos de sentido, los cuales no se les puede observar exclusivamente como eventos naturales intentando hallar regularidades físicas o reales, sino que también son eventos comunicativos que están profundamente influidos por cuestiones

[18] En esto es sumamente interesante revisar a Jakobs, que más que un teórico del derecho penal ofrece una visión filosófica del Derecho en general. Ver. Jakobs, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Traducción de Bernardo Feijoo y Manuel Cancio, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. 1996; Jakobs, Günther. Sobre la génesis de la obligación jurídica. Traducción de Manuel Cancio. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. 1999. Jakobs, Günther. Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad. Madrid: Editorial Civitas. 2004.

[19] Esta discusión, por supuesto, también se ha dado en la sociología y la antropología.

[20] Hart, Herbert. Post scríptum al concepto del derecho. Traducción de Rolando Tamayo. México D.F.: Editorial Universidad Autónoma de México. 2000, pp. 14 y ss. No obstante, el mismo Hart se encarga de aclarar que su propuesta no tiene tal pretensión Ver. Ibid, p. 15.

lingüísticas[21]. Por lo tanto, propuestas postmodernas, interpretativas, hermenéuticas, reclaman vehementemente presencia como fundamento metodológico de las investigaciones sociales, aún las económicas, pues los sujetos económicos también son partícipes y hacen valoraciones respecto de bienes.

En segundo lugar, de todas formas, tampoco debe despreciarse análisis naturalistas dentro del Derecho y la Economía, no obstante, al respecto también debe hacerse precisiones. Citando de nuevo a Prades[22], recuérdese que la identidad de los eventos causales no puede exigirse como una identidad absoluta, los análisis causales no exigen identidad absoluta entre la causa descrita teóricamente y la causa que se estudia, pues existe una elasticidad más o menos generosa en cuanto a la conceptualización de eventos-tipo (obviamente, ello también aplicable a los efectos). Y esta observación es especialmente relevante para los estudios sociales. El investigador no puede exigirse encontrar identidades absolutas entre eventos para poder observar regularidades, si esa fuese una exigencia de las ciencias sociales, comentario que es aplicable a todo ámbito pero que resulta crucial en las humanidades, el estudio científico social sería imposible, en verdad en sociedad los eventos son bastante particulares, por lo que la identidad de eventos tipo debe ser amplia. Es decir, es crucial para las investigaciones sociales entender la elasticidad de los eventos-tipo o los eventos del pasado conceptualizados, para entender eventos presentes, y entender que esa elasticidad debe ser suficiente y ello no le hace perder, de ninguna manera, rigor científico.

En tercer lugar, es crucial también, para emprender investigaciones sociales, entender lo expresado por Bunge respecto a las clases de determinismo. Es decir, es bastante inadecuado o "rudimentario", más en investigaciones sociales, intentar acudir siempre a estándares causales. La causalidad no es ni la única forma de determinación ni la más importante o adecuada actualmente. Pero se reitera, esto resulta crucial para las ciencias sociales, especialmente cuando se pone en duda su carácter científico. De esta manera, si se entiende que la determinación general es mucho más amplia que la causalidad, y se entienden las clases de determinación, es fácil observar que las formas de determinación adecuadas para las ciencias sociales son otras menos la causalidad.

[21] Confróntese, al respecto, la obra de Leiter, quien pareciera ofrecer y sugerir una visión exclusivamente externa. Ver. Leiter, Brian. Naturalismo y teoría del derecho. Traducción de Giovanni Battista Ratti. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2012.

[22] Prades, Josep. Op. cit.

Debido al infinito número de influencias eficientes para un evento en los casos sociales, la causalidad es bastante inadecuada porque casi siempre no se da una relación entre una causa y un efecto de manera singular, sino entre infinitos elementos, por lo tanto, la determinación estadística resulta crucial. Por su parte, la causalidad no da cuenta de las influencias que se pueden dar del todo hacia las partes, por lo que la determinación estructural o totalista reclama protagonismo. Tampoco la causalidad da cuenta de los recíprocos efectos que pueden tener los eventos entre sí, porque la causalidad reclama prioridad o asimetría, es decir, precedencia de la causa respecto del efecto, sin embargo, es evidente las complejas relaciones que se dan en la sociedad, que fácilmente evidencian interacción o causación recíproca entre los eventos. De esta manera, es en realidad posible que las ciencias sociales adquieran estándares científicos, pero solamente si primero se entiende el concepto de ciencia, y después se reflexiona acerca de todas sus posibilidades.

Y en cuarto lugar, por último, pareciera indispensable que para estudiar materias jurídicas desde la economía, no pudiese olvidarse que existe una preocupación metodológica proveniente del problema del ser y del deber ser, que indica que a dichas materias no se les puede estudiar exclusivamente desde análisis deterministas, sino que tales materias también son esencialmente lenguaje, y un lenguaje particular llamado Derecho. Por lo tanto, pareciera que el enfoque más adecuado o austero que pudiera tenerse con base en el AED es el enfoque positivo ya que, el enfoque normativo, definitivamente luce como una falacia naturalista o una trasgresión al problema ser deber ser que sus autores no han justificado o, ni tan siquiera la mayoría del tiempo, han asumido o referencian.

2. ¿ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO O ANÁLISIS DESDE LA ADMINISTRACIÓN, RESPECTO DEL DERECHO PROCESAL Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA?

Respecto del problema de la eficiente administración de justicia, que es el eje que mueve este trabajo, luce indispensable distinguir dos asuntos que, aunque parecen entrelazados inescindiblemente, no poseen identidad como objetos de estudio: el Derecho Procesal y la Administración de Justicia.

Así, el Derecho Procesal se pudiese definir como *"… la rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdic-*

cional del Estado […]"[23], no obstante, tal definición debe ser complementada. El Derecho Procesal es el conjunto de normas que regula el ejercicio de la jurisdicción [la función pública de administrar justicia][24], sin embargo, estas normas siempre deben regular dos cosas: quién tiene jurisdicción y competencia para un caso dado, y cómo ese que tiene jurisdicción y competencia debe administrar justicia (o cómo se debe desarrollar un proceso judicial)[25], y, a su vez, estas normas siempre deben tener dos propósitos fundamentales axiológicos: hacer efectivo el Derecho Sustancial y, entretanto, garantizar el Debido Proceso.

Por su parte, la Administración de Justicia no es algo enteramente igual. La Administración de Justicia es la organización de seres humanos y recursos que establece el Estado como una emanación de su soberanía, para suministrar un servicio público llamado justicia.

De esta manera, con las anotaciones metodológicas antes hechas, la pregunta que se puede hacer es cómo se debe estudiar la problemática de la Administración de Justicia para lograr que sea eficiente.

Como señala Doménech, la economía es la ciencia, según su versión tradicional y comúnmente aceptada, que ha estudiado el asunto de la gestión de la escasez[26]. Por lo tanto, un análisis de la actividad de administrar justicia desde la economía (en especial para países como Colombia, pero ello es aplicable a cualquier ámbito), resulta indispensable porque el principal problema con el cual se enfrenta la Administración de Justicia es la gestión de la escasez de recursos. Si ello no fuera así, ningún problema habría porque sería sumamente sencillo, ante una inexistente escasez, destinar ilimitados recursos y personas a la gestión de un asunto o proceso particular.

No obstante, atendiendo a la naturaleza de la Administración de Justicia, una ciencia más particular, que sin embargo también dedica sus esfuerzos a la gestión de la escasez, despunta como protagonista. La Administración es la ciencia (o técnica, la cual meramente se esbozará en este trabajo) que estudia a las organizaciones, es decir, se enfoca necesariamente en organismos sociales, esto pues para muchos, quien realiza actividades por sí mismo no merece

[23] Devis, Hernando. Compendio de derecho procesal. Vol. IV, Tomo I. Bogotá: Editorial ABC. 1974.

[24] López, Hernán. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. t. I. 9.ª Ed. Bogotá: Editorial Dupré, 2007, pp. 127-130.

[25] Ibid., p. 65.

[26] Doménech, Gabriel. Op. cit., p. 102.

ser llamado administrador[27], y tiene por finalidad lograr la mayor eficiencia en la obtención de los fines que tenga una determinada organización. En otras palabras, es una ciencia que estudia aquello, como lo señala Durkheim, que nos ha hecho lo que somos: la división del trabajo. En palabras de Reyes Ponce, de nuevo, la administración es la ciencia social (por aquello de estudiar organizaciones humanas), que estudia las formas de coordinar las personas y las cosas, *"… y precisamente en razón de la manera en que se les coordine, se obtendrá mayor o menor eficiencia… la Administración busca la obtención de máxima eficiencia en la coordinación […]"*[28].

Por su parte la Administración, por responder a la gestión de la escasez, pero también a situaciones cambiantes pues la organización debe adaptarse, igual que un organismo, a las necesidades cambiantes que le impone el medio, debe constantemente estar reestructurando a las organizaciones para poder atender tales desafíos[29]. De esta manera, de entre las características que se reseñan como cruciales para la Administración, destaca la *flexibilidad*, porque de entre todas, ella reseña lo que resulta indispensable para que una organización pueda sobrevivir o, como lo es el caso de la Administración de Justicia, cumpla con sus propósitos y así se justifique su existencia: esto es, reaccionar a las realidades sociales, que como señalase Heráclito, siempre son cambiantes.

Por lo tanto, existen varias actividades que realiza la Administración para lograr hacer más eficiente a una organización, y que serían indispensables para la Administración de Justicia, las cuales son la previsión; la planeación; la organización; la dirección; y el control[30].

Así, la planeación para Reyes implica la *previsión*, es decir, la determinación, técnicamente realizada, de lo que se desea lograr,[31] aunque, como es lógico, desde el exclusivo punto de vista de la Administración porque el objetivo de toda organización ya está determinado por ella misma (en el caso de la

[27] Reyes, Agustín. Administración moderna. México: Editorial Limusa. 2007, pp. 4-5.

[28] Ibid., p. 5.

[29] Ibid., p. 8.

[30] Ibid., pp. 23-24. Ver. Stoner James A. F., Freeman, R. Edward & Gilbert JR., Daniel R. Administración. Traducción de Pilar Mascaró Sacristán. México: Prentice Hall Hispanoamericana. 1996.; Terry, George R. & Franklin, Stephan. Principios de administración. 5.ª Ed. Traducción de Alfonso Vasseur Walls. México: Compañía editorial Continental S.A. 1995; Hellriegel, Don, Jackson, Susan E. y Sclocum, John W. Administración: un enfoque basado en competencias. Traducción de José Luis Núñez Herrejón. México: Thomson. 2002.

[31] Reyes, Agustín. Op. cit., p. 27.

Administración de Justicia es el eficaz suministro del servicio de justicia). En segunda medida, la Administración *planea*, es decir, diagnostica y después diseña un curso concreto de acción que se ha de seguir para lograr los objetivos de la organización.[32]

Después *organiza*, es decir, estructura técnicamente las relaciones que deben darse entre las funciones y obligaciones individuales necesarias en un organismo social para su mayor eficiencia[33]. Seguidamente *dirige*, es decir, impulsa, coordina y vigila las actividades de los miembros de la organización, con el fin de que se realicen del modo más eficaz y según lo planeado. Y, por último, *controla*, fase que resulta crucial para la Administración de Justicia, es decir, establece sistemas que permitan medir los resultados presentes y pasados en relación con los esperados, a fin de corregir y mejorar, pero en especial, para formular nuevos planes[34].

Por lo tanto, por todo lo dicho, y en especial por la última actividad que desarrolla la Administración, es que más que un AED, lo que corresponde hacer respecto de la Administración de Justicia es un análisis administrativo del Derecho. Es decir, en especial en esta última fase o actividad de la Administración es en donde resulta más importante la flexibilidad que se anotó anteriormente, y sobre todo la flexibilidad del Derecho Procesal. En otras palabras, un legislador, es de suponer, siempre tiene buenas intenciones y busca lograr los objetivos del Estado, incluso utilizando herramientas del cálculo económico fundándose en el AED, no obstante, ello no es suficiente, ya que el desarrollo de los objetivos de las organizaciones se da en periodos más o menos prolongados, y en medio de tales periodos puede suceder que las previsiones no hayan sido las correctas o que, siendo las correctas, las situaciones fácticas cambien, por lo que es necesario volver a recorrer todo el camino administrativo enunciado, lo que solo puede suceder dentro de un *Derecho Procesal Flexible*.

Así, por ser la Administración la ciencia (o técnica) que tiene por objeto de estudio a las organizaciones y las formas de conseguir más eficientemente sus objetivos, y por ser la misma Administración de Justicia una organización humana que tiene por objeto suministrar el servicio de justica, es que la

[32] Ibid., p. 27. Ver. Stoner James A. F., Freeman, R. Edward & Gilbert JR., Daniel R. Op. cit.

[33] Reyes, Agustín. Op. cit., p. 28.

[34] Ver. Reyes, Agustín. Op. cit.; Stoner James A. F., Freeman, R. Edward & Gilbert JR., Daniel R. Op. cit.

Administración se impone como la ciencia que mejor responde a las necesidades de tal estamento, más que un análisis meramente económico. Y más aún, siendo la Administración de Justicia un estamento que desarrolla sus objetivos a través del tiempo, y siendo las realidades humanas profundamente cambiantes, la Administración también se impone porque una de sus principales características es el que reevalúa constantemente toda la actividad de la organización para atender a las nuevas y constantes realidades, es decir, es *flexible*.

No obstante, respecto a la pregunta de si la Administración es una técnica o una ciencia (Reyes sugiere que es lo primero), debemos recordar lo que se anotó previamente. En primera medida, debe recordarse que el estatus de ciencia depende en gran medida del paradigma que se desee alcanzar, pero segundo y más importante, debe recordarse que no existe una única forma de determinación natural, y menos esa forma sería la causalidad, sino que existen muchas herramientas metodológicas diversas que resultan más apropiadas para eventos sociales, como en especial la determinación estadística, la determinación estructural o la recíproca. Por lo tanto, tales anotaciones metodológicas deben tenerse en cuenta a la hora de abordar a la Administración de Justicia desde la Administración.

Por su parte, no sucede exactamente lo propio con el Derecho Procesal, éste por ser un objeto jurídico, por lo tanto lingüístico y cargado de valoraciones y de sentido, la metodología de su abordaje difiere en gran medida. Reclama, primordialmente, metodologías hermenéuticas, lingüísticas y morales en su abordaje. Sin embargo, es evidente que las exigencias morales hechas por el legislador de manera ideal no se aplican a mundos meramente ideales sino reales, y viceversa, no puede perderse de vista que la realidad está intentando ser moldeada, o es profundamente influida, por meras idealidades axiológicas.

Por lo tanto, nótese que existen dos objetos de estudio en este asunto, el Derecho Procesal y la Administración de Justicia, que reclaman metodologías propias y adecuadas a sus respectivas naturalezas, pero, a su vez, también reclaman que el análisis respecto de cada uno de esos ámbitos no se haga de espaldas al otro.

3. ¿CUÁLES SON LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL DERECHO PROCESAL FLEXIBLE?

Por lo tanto, otra pregunta, de orden metodológico, resulta central para abordar el estudio de la Administración de Justicia: ¿con qué metodología se debe estudiar su operación o funcionamiento? Y de la respuesta a esta

pregunta se desprenderá la respuesta de en dónde es pertinente ser flexible en el Derecho Procesal, y en dónde no.

Recordemos el problema del ser y del deber ser, y observemos cómo se aplica su estudio por parte de la Administración. Reyes Ponce afirma que la Administración para cumplir sus propósitos debe hacer dos análisis: primero, debe evaluar *cómo deben ser las relaciones que se deben dar en el organismo social*, y segundo, debe evaluar *cómo son de hecho esas mismas relaciones*[35]. Así, aunque pareciera que este estudio debiera hacerse al revés (es decir, evaluar primero cómo son esas relaciones para después pensar cómo debieran ser), lo cierto es que es indispensable entender ambas cuestiones para obtener resultados más eficaces y eficientes.

De esta manera, se debe entender que en el Derecho Procesal existen ciertos principios, de corte axiológico o de deber ser, respecto de los cuales no se puede ser flexible, y existen otros criterios que exigen, muy por el contrario, flexibilidad, y que pertenecen al mundo del ser. Es decir, pareciera que en el Derecho Procesal existen elementos del ser y del deber ser que exigen tratamiento metodológico diferenciado, como se anotó anteriormente, y que concuerdan (en parte) con la anotación metodológica de la Administración antes hecha.

Así, en la doctrina mexicana que reseña López Blanco se hace una diferencia entre principios y reglas técnicas en el Derecho Procesal, que reclama atención urgente. En primer lugar, *"Los principios informadores del procedimiento, como todo principio, son absolutos, es decir, no admiten contrarios, son permanentes y por ende inmodificables mientras se les tenga como tales […]"*[36], entre ellos se encuentran los principios de contradicción, lealtad procesal, economía procesal, imparcialidad del juez, la igualdad y el de eventualidad y preclusión, y se corrobora que son principios porque no admiten contrarios y son innegociables; el mero hecho de pensar en permitir, en cualquier medida por mínima que sea, la deslealtad, la parcialidad, la desigualdad, la dilación o la ineficiencia en el proceso, repugna a la consciencia[37].

Pero, por el contrario, existe lo que se denomina como *reglas técnicas*, que *"… se implementan de acuerdo con las condiciones sociales, económicas y culturales y que vienen a otorgar individualidad al respectivo sistema*

[35] Reyes, Agustín. Op. cit., p. 8.

[36] López, Hernán. Op. cit., p. 84.

[37] Ibid., p. 85.

procesal, porque a diferencia de los principios las reglas técnicas… se adoptan por conveniencia, empleando las que sean adecuadas en el momento histórico para el logro de la buena justicia, e incluso elaborando normas basadas en desarrollo de reglas que pueden ser contrarias, según lo requiera la concreta necesidad que se pretende regular […]"[38]. De esta manera, la doctrina mexicana reseñada por López Blanco pudiera estar acudiendo, implícitamente, a uno de dos fundamentos teóricos: a la obra de Dworkin o a la obra de Von Wright, lo cual conviene aclarar antes de proseguir.

Ronald Dworkin[39], como es suficientemente conocido, elabora una crítica respecto de la obra principal de Hart[40] (lo que implícitamente cobija a Kelsen porque este autor señala algo parecido), la cual es la siguiente: en la obra de Hart se afirma que el Derecho no tiene la capacidad de gobernar todas las situaciones posibles sino que meramente describe situaciones genéricas, y por lo tanto, el juez al juzgar crea Derecho y su actuación al decidir corresponde a un acto volitivo y casi libre, sobre todo en casos difíciles. No obstante, la crítica de Dworkin se centra en evidenciar que no es verdad que tal cosa suceda, que el juez decida de manera libre en dichos casos, sino que debido a que Hart no diferencia entre principios y reglas, no pudo explicar qué sucede en esas situaciones. Así, Dworkin explica que en aquellos casos lo que sucede es que el juez ya no está gobernado por reglas sino por principios, y ello también implica un yugo en la razón del juez que hace que no decida de manera libre. En el ejemplo que usa, Dworkin señala cómo en un caso en donde alguien mató a otra persona para poder heredar de ésta última bienes, el juez estuvo ante un caso difícil porque según las reglas era ineludible que el asesino heredara, sin embargo, el juez decidió lo contrario y no de manera caprichosa, sino basándose en el principio de que nadie puede beneficiarse de su propia actuación maliciosa.

No obstante, esta diferencia no parece estar expresando en realidad lo que son los principios y las reglas técnicas en el Derecho Procesal, porque en lo expuesto Dworkin se está refiriendo en ambos casos a normas de Derecho de corte axiológico, cosa que no parece ser el caso de la distinción hecha por la doctrina mexicana, que se refiere a cuestiones prácticas que no son evaluadas con criterios de moralidad.

[38] Ibid., pp. 84-85.

[39] Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel. 1999.

[40] Hart, Herbert. El concepto de derecho. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1998.

Es Von Wright, por lo tanto, quien expresa mejor la explicación de aquella diferencia. Von Wright empieza aclarando que la palabra "norma", en el inglés, se usa en muchos sentidos y constantemente de manera obscura[41]. Además, aclara que *"Puesto que el campo de significación de 'norma' no solo es heterogéneo, sino que además tiene fronteras vagas, resultaría probablemente fútil intentar crear una Teoría General de las Normas […]"* [42], entre otras cosas, se agrega aquí, porque existen normas de carácter axiológico y normas de carácter científico o técnico, que no son lo mismo según el problema del ser y del deber ser que se ha anotado.

De esta manera, Von Wright describe que existen diversas clases de normas: en primera medida, hay leyes descriptivas de la naturaleza, y leyes prescriptivas del Estado;[43] existen leyes de la lógica;[44] se encuentran reglas que determinan un concepto y que no son ni prescriptivas ni descriptivas;[45] existen prescripciones que se distinguen en mandatos, permisos y prohibiciones;[46] existen las costumbres;[47] también hay directrices o normas técnicas;[48] normas morales;[49] y las reglas ideales[50].

Pero de esta clasificación destacan, para los propósitos de este trabajo, las normas prescriptivas y las directrices o reglas técnicas. En cuanto a las normas prescriptivas (asunto a lo que se dedica principalmente esta obra de Von Wright), y su diferenciación con las leyes de la naturaleza, Popper señala que *"En mi opinión compartida por gran número de pensadores y, especialmente, de investigadores sociales, la distinción entre las leyes de tipo (a), es decir, las proposiciones que describen uniformidades de la naturaleza y las leyes de tipo (b), o sea, las normas tales como las prohibiciones o mandamientos, es tan fundamental que difícilmente tengan estos dos tipos de leyes algo más en común que su nombre. Sin embargo, esa opinión no goza, en modo*

[41] Von Wright, Georg. Norma y acción. Una investigación lógica. Traducción de Pedro García Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, p. 21.

[42] Ibid., p. 21.

[43] Ibid., p. 21.

[44] Ibid., pp. 23 y ss.

[45] Ibid., pp. 26.

[46] Ibid., pp. 26, 87 y ss.

[47] Ibid., pp. 26 y ss.

[48] Ibid., p. 29.

[49] Ibid., p. 30.

[50] Ibid., p. 32.

alguno, de general aceptación [...]"[51], respecto de lo cual señala Von Wright algo similar, pero advirtiendo, a su vez, que la asimilación que hacen algunos autores no es fortuita: *"Es obvio que las leyes de la naturaleza y las leyes del estado son muy diferentes. Y, sin embargo, la identidad de nombre no es mera coincidencia. Así vemos que para los griegos la concepción del mundo como un kosmos u orden armonioso parece haber estado relacionado históricamente con su concepción del estado-ciudad como un orden justo y legítimo para la comunidad humana [...]"*[52].

Para sociedades tribales y cerradas, como las llama Popper, el identificar a las leyes de la naturaleza con las leyes del Estado tenía el propósito (propósito que pareciera subsiste) de asemejar las leyes de la sociedad a las de la naturaleza para alcanzar la estabilidad de las segundas. Como señala Jakobs, el mundo social está compuesto de expectativas cognitivas y expectativas normativas: a través del conocer las leyes de la naturaleza se puede esperar cuál será el comportamiento de una olla con agua hirviendo y las consecuencias de ésta en la piel, y a través de las expectativas normativas se puede anticipar el comportamiento de los seres humanos. No obstante, una diferencia es crucial respecto de estas expectativas: mientras que las primeras tienen la fuerza de revalidarse a ellas mismas a través de la pena natural que imponen a quien las desconozca, las segundas necesitan de ser revalidadas artificialmente, y esta sería la función de la pena en el Derecho Penal (y del mismo Derecho Procesal, se agrega): revalidar las leyes sociales que han sido puestas en duda por el acto infractor[53].

Por lo tanto, es claro que el origen y las interrelaciones entre los dos tipos de *leyes* tiene una fuente histórica (por lo que convendría eventualmente estudiar más a profundidad esta relación), sin embargo, señala Von Wright que, a pesar del origen histórico compartido, las leyes de la naturaleza y del Estado poseen grandes diferencias: *"Las leyes de la naturaleza son descriptivas. Describen regularidades que el hombre cree haber descubierto en el curso de la naturaleza. Son verdaderas o falsas. La naturaleza no obedece, excepto en un sentido metafórico, a estas leyes. Si se descubre una discrepancia*

[51] Popper, Karl. La sociedad abierta y sus enemigos. Traducción de Eduardo Loedel. Buenos Aires: Editorial Paidos. 1967, p. 87.

[52] Von Wright, Georg. Op. cit., p. 22.

[53] Jakobs, Günther. Imputación. Fundamentos y determinación de la conducta no permitida. En: Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Kai, Ambos & Marcus, L., (Edts.). Buenos Aires, Editorial Temis, 2012, p. 13

entre la descripción del curso efectivo de la naturaleza, es la descripción y no la naturaleza la que tiene que ser rectificada [...]"[54].

Por su parte, *"Las leyes del estado son prescriptivas. Establecen reglamentos para la conducta e intercambio humanos. No tienen valor veritativo. Su finalidad es influenciar la conducta. Cuando los hombres desobedecen las leyes, la autoridad que las respalda trata, por lo pronto, de corregir la conducta de los hombres. En ocasiones, sin embargo, la autoridad cambia las leyes; quizá para hacerlas más conformes con las capacidades y exigencias de la naturaleza humana [...]"*[55]. Y es en este ámbito, de una vez valga aclararlo, en donde se mueve la diferencia hecha por Dworkin (aunque no siempre con origen estatal), por lo tanto, los conceptos de principios y reglas expresados por este autor se mueven ambos dentro del mundo prescriptivo por lo que, en lo que atañe a la distinción entre principios y reglas técnicas hecha en el Derecho Procesal, claramente este no es el origen de dicha distinción porque los principios y reglas de Dworkin se ubicarían, ambas categorías, en lo que se conoce como principios en la distinción procesalista.

Por su parte, Von Wright señala que existen otros tipos de normas, que llamó directrices o normas técnicas. Estas, señala el autor, *"... guardan relación con los medios a emplear para alcanzar un determinado fin. Las 'instrucciones para el uso' son ejemplos de normas técnicas. Con ellas se presupone que la persona que sigue las instrucciones aspira a la cosa (fin, resultado), con vistas a cuyo logro se dan dichas instrucciones... Un ejemplo sería: 'Si quieres hacer la cabaña habitable, tienes que calentarla'. ¿Diremos de la oración citada que es 'descriptiva' o 'prescriptiva'? La contestación adecuada, a mi entender, es que no es ninguna de las dos cosas [...]"*[56]. Es decir, explica Von Wright que una frase como "si no se calienta la casa ésta no será habitable", es una frase descriptiva que estaría anunciando una verdad según las condiciones de vida de los seres humanos, sin embargo, señala que sería un error identificar a la norma técnica ejemplificada al principio con tal proposición, esto, aunque la conexión lógica es evidente[57]. *"Una persona razona para sus adentros: 'Quiero hacer la cabaña habitable. A menos que tenga calefacción, no llegará a ser habitable. Por lo tanto, tengo que poner calefacción.' A este tipo de argumento lo llamaré inferencia práctica. En él la persona que hace el razonamiento*

[54] Von Wright, Georg. Op. cit., p. 22.

[55] Ibid., p. 22.

[56] Ibid., p. 29.

[57] Ibid., p. 29.

extrae, como vimos, de una norma técnica, una prescripción para su propia conducta. Tales prescripciones 'autónomas' que una persona se da a sí misma son, sin embargo, muy distintas de las prescripciones 'heterónomas', categóricas o hipotéticas, dadas por una autoridad normativa a algún sujeto(s) [...]"[58].

Por lo tanto, y por lo expuesto, resulta mucho más claro entender de qué se trata la clasificación entre principios y reglas técnicas expuesta por la doctrina procesal. A lo que se refieren los principios en esta clasificación, es a asuntos de corte axiológico o prescriptivo, a normas que buscan influenciar la conducta de los seres humanos no porque sean eficientes prácticamente para algún fin, sino porque se les considera moralmente adecuadas o deseables. Como señalara Kant[59] criticando a estoicos y epicúreos, y desde el problema del ser y del deber ser, a las normas prescriptivas se les debe obedecer por el *respeto* que inspiran, no por los fines prácticos (la felicidad, por ejemplo) que se puedan obtener con ellas, lo que entre otras cosas no está asegurado ya que las normas prescriptivas, como señaló Von Wright, no tienen fines prácticos ni esa es su preocupación, su preocupación es la corrección[60].

Las reglas técnicas, por el contrario, sí tienen preocupaciones prácticas. Parten de observaciones naturalistas o descriptivas, para después imponer deberes de conducta, pero no porque tales deberes sean un objetivo moral, sino porque son indispensables para lograr objetivos prácticos. Por lo tanto, a quien incumple con estos deberes no se lo califica como un sujeto inmoral, sin embargo, sí se lo califica como un sujeto ineficiente, económicamente inviable y administrativamente ignorante. En definitiva, como un sujeto impráctico.

De esta manera, y atendiendo a la pregunta que se hizo al inicio de este punto, pudiera pensarse que las metodologías de estudio y tratamiento respecto de los principios y las reglas técnicas deben diferir por la diferente naturaleza de estas normas. Mientras que a los principios les corresponde metodologías de estudio adecuadas a objetos axiológicos, ideales y lingüísticos, en otras palabras: jurídicos, muy por el contrario, a las reglas técnicas les corresponde metodologías de corte práctico, naturalistas y con enfoque económico-administrativo y determinista.

Es decir, volviendo a las observaciones metodológicas expuestas al principio, y atendiendo a la naturaleza diversa de estos dos tipos de norma, no corres-

[58] Ibid., p. 30.

[59] Kant, Immanuel. Op. cit., p. 97.

[60] Ver: Ibid.

ponde aplicar la misma metodología al estudiar estos objetos y, además, no debe olvidarse que, por la complejidad de los asuntos sociales, es necesario adecuar el tipo de estudio que se haga, en especial ampliando el espectro de lo es la determinación en general. A las investigaciones acerca de los principios les corresponde metodologías jurídicas, mientras que a las investigaciones sobre las reglas técnicas les corresponde metodologías de orden práctico, como las que aportan la Administración o la Economía, y solo después de sus respectivos resultados es que es legítimo la conversación entre ambos ámbitos.

Estas observaciones metodológicas, por su parte, son enteramente aplicables a otras perspectivas interdisciplinares. Haciendo analogía de lo dicho anteriormente, en las perspectivas de género sucede algo similar. Existen aspectos propiamente sociales, de la praxis, respecto de los cuales el Derecho está poco equipado para su abordaje. Las perspectivas históricas, sociales, culturales, incluso sicológicas, son indispensables para entender correctamente el fenómeno de la discriminación con base en el género. De esta manera, pretender entender el fenómeno desde una perspectiva meramente axiológica, desde el Derecho y sus principios, no permite observar, por ejemplo, las estructuras sociales, asentadas milenariamente, que profundizan la desigualdad entre géneros. Solo perspectivas sociales pueden abordar correctamente ese fenómeno. No obstante, cuando tales perspectivas se pretenden incluir en el Derecho vigente, es indispensable no olvidar lo que de jurídico tiene el Derecho, las metodologías propias de lo jurídico, para que el lenguaje propio del mundo del ser no termine descolocado dentro de las estructuras jurídicas, y por lo tanto, se haga inaplicable.

Otro tanto puede decirse de la perspectiva racial. Solo un abordaje histórico y sociológico puede dar cuenta de manera eficaz de ese fenómeno. Por lo tanto, un abordaje meramente jurídico es poco diciente o solo ofrece un pálido reflejo de esa realidad. Sin embargo, si lo que se pretende es que esos estudios tengan efectos prácticos en las estructuras sociales y jurídicas, ello solo se puede lograr acudiendo a las metodologías propias del Derecho, que también llevan milenios lidiando con los temas axiológicos.

En definitiva, se observa con preocupación que, con la bandera de lo interdisciplinar, se patrocinan ligerezas teóricas y epistemológicas en la investigación social. Se puede observar frecuentemente a abogados hablando de economía, historia o sociología, sin tener realmente noción de la complejidad de esos saberes, soslayando o suplantando a sus expertos, y se puede también observar a historiadores, sociólogos o economistas que soslayan o menosprecian lo jurídico dentro del Derecho, aspecto que tiene sus propias peculiaridades.

De esta manera, esta exposición, específicamente respecto del Derecho Procesal, más que una propuesta acabada es un diseño metodológico que pretende ser modelo de las investigaciones interdisciplinarias. En este trabajo se está resaltando la relación entre la Administración como disciplina y los ámbitos en que puede colaborar con el Derecho, sin que sea un estudio detallado de lo que es la Administración y cómo concretamente debe colaborar con el Derecho. Tal cuestión solo se puede establecer cuando, con base en este diseño, que intenta ser respetuoso con las diversas disciplinas involucradas, se inicie una investigación que metodológicamente esté separada en cada ámbito del conocimiento, pero que sin embargo pueda converger a resolver unas mismas preguntas en un diálogo recíprocamente respetuoso de las diversas especialidades involucradas. Lo que se quiere resaltar, por tanto, es que la interdisciplinariedad no puede significar ni ligereza epistemológica, ni la anulación de campos del saber diferentes. Debe ser un diálogo respetuoso tanto de esos campos del saber, de sus metodologías propias y decantadas, como de sus expertos.

4. CONCLUSIONES

De esta manera, varias conclusiones metodológicas pueden extraerse:

1. Los estudios interdisciplinares en el Derecho, como las perspectivas de género o raciales, o las perspectivas económicas o administrativas, no solo son deseables, sino que están epistemológicamente justificados.
2. Esto, sin embargo, siempre que se respete las peculiaridades del saber de cada campo. Es decir, lo que frecuentemente sucede es que se hace énfasis en un estudio crítico desde afuera del Derecho, sin reparar en las propias peculiaridades epistémicas de esa particular especialidad, y sin reparar en que no se puede excluir todo lo que de jurídico tiene el Derecho, porque se olvida una perspectiva esencial. En otras palabras, en los estudios interdisciplinarios en el Derecho se tiende a sobreestimar el valor de las teorías externas a él, y por ello a despreciar las aproximaciones propiamente jurídicas sobre el Derecho.
3. En ello, la diferencia entre principios y reglas técnicas en el Derecho Procesal resulta crucial. Esta diferencia permite establecer concretamente lo que de jurídico tiene el Derecho Procesal, permite establecer lo que es más propiamente jurídico o axiológico, para tratarlo adecuadamente desde esa perspectiva. Y, por su parte, permite entender que hay aspectos que tienen relación con el Derecho, pero que no son estrictamente jurídicos, como las reglas técnicas, y ello facilita su tratamiento desde la perspectiva metodológica que les corresponde, como serían perspectivas de orden naturalista, preocupadas por cuestiones prácticas, como sería la Administración o la Economía.

BIBLIOGRAFÍA

Bunge, Mario. *Causalidad. El principio de la causalidad en la ciencia moderna*. Buenos Aires: Editorial Eudeba. 1965.

Devis, Hernando. *Compendio de derecho procesal. Vol. IV, Tomo I*. Bogotá: Editorial ABC. 1974.

Doménech, Gabriel. *Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho*. En: Revista de Administración Pública. Madrid. No. 195. 2014. pp. 99–133.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel. 1999.

Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collége de France (1978- 1979)*. Traducción de Horacio Pons. México D.F.: Editorial Fondo de Cultura Económica. 2008.

Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y método II*. Traducción de Manuel Olasagasti. Salamanca: Editorial Sígueme. 1998.

Hart, Herbert. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1998.

Hart, Herbert. *Post scríptum al concepto del derecho*. Traducción de Rolando Tamayo. México D.F.: Editorial Universidad Autónoma de México. 2000.

Heidegger, Martin. *Ontología. Hermenéutica de la facticidad*. Traducción de Jaime Aspiunza. Madrid: Editorial Alianza. 1999.

Hellriegel, Don, Jackson, Susan E. y Sclocum, John W. *Administración: un enfoque basado en competencias*. Traducción de José Luis Núñez Herrejón. México: Thomson. 2002.

Hume, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Traducción de Félix Duque. Madrid: Editorial Tecnos. 2014.

Jakobs, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Traducción de Bernardo Feijoo y Manuel Cancio. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. 1996.

Jakobs, Günther. *Sobre la génesis de la obligación jurídica*. Traducción de Manuel Cancio. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. 1999.

Jakobs, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Editorial Civitas. 2004.

JAKOBS, Günther. *Imputación. Fundamentos y determinación de la conducta no permitida*. En: Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. KAI, Ambos & MARCUS, L., (Edts.). Buenos Aires, Editorial Temis, 2012.

KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Traducción de Dulce María Granja. México D.F.: Fondo de Cultura Económica; Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa; Universidad Nacional Autónoma de México. 2011.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Traducción Roberto Vernego. México D.F.: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. 1982

KELSEN, Hans. *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*. En: *El otro Kelsen*, en CORREAS, Óscar (edit.). México D.F.: Universidad Autónoma de México. 1989, pp. 283-317.

LEITER, Brian. *Naturalismo y teoría del derecho*. Traducción de Giovanni Battista Ratti. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2012.

LÓPEZ, Hernán. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. t. I. 9.ª Ed. Bogotá: Editorial Dupré, 2007.

MILL, John Stuart. *Sistema de lógica. Inductiva y deductiva*. Traducción de Eduardo Ovejero y Maury. Madrid: Daniel Jorro Editor. 1917.

MOORE, George. *Principia ética*. Traducción de María Vázquez Guisán. Barcelona: Editorial Crítica. 2002.

POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Traducción de Eduardo Loedel. Buenos Aires: Editorial Paidos. 1967.

PRADES, Josep. *La fragilidad de los sucesos y la normatividad de la causalidad*. En: Causalidad y atribución de responsabilidad. PAPAYANNIS, Diego. Madrid: Marcial Pons. pp. 19-76.

REYES, Agustín. *Administración moderna*. México: Editorial Limusa. 2007.

ROSS, A. *Lógica de las normas*, traducción de José Hierro, Madrid, Editorial, Tecnos, 1971.

TERRY, George R. & FRANKLIN, Stephan. *Principios de administración. 5.ª Ed.* Traducción de Alfonso Vasseur Walls. México: Compañía editorial Continental S.A. 1995.

SÁNCHEZ, Luis. *¿Se origina la falacia en Hume?* En: Revista Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 30, 2007, pp. 636-651.

STONER James A. F., FREEMAN, R. Edward & GILBERT JR., Daniel R. *Administración*. Traducción de Pilar Mascaró Sacristán. México: Prentice Hall Hispanoamericana. 1996.

VON WRIGHT, Georg. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Traducción de Pedro García Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.

EL DERECHO PROCESAL DESDE LA OPTICA DEL DERECHO COMPARADO

*Rodrigo Rivera Morales**

INTRODUCCIÓN

Ya son 43 Congresos de rica historia jurídica cuyo protagonismo esencial ha sido el esfuerzo de grandes juristas colombianos, como Hernando Devis Echandía y Jairo Parra Quijano, junto con los equipos que los acompañaron. Obviamente, el Instituto tiene un profundo raigambre nacional, por dos razones fundamentales: la primera, entender que el derecho es estudio y discusión permanente, que requiere de savia nueva que impulse los cambios necesarios, por eso, se ha desarrollado con pasión el programa de semilleros en todos los lugares de la patria colombiana, la segunda, integrar la discusión nacional y local, por ello, se han constituido los capítulos en cada departamento. Por eso, hoy día en Colombia es un instituto robusto que integra los jóvenes con sus maestros, los académicos con el ejercicio profesional, y la magistratura comparte ese debate formativo para mejorar su función de servidores judiciales

Con mirada de visionario Jairo Parra entendió que en la medida que el Instituto se fortalecía interiormente, tenía que estirar sus manos a los amigos cercanos para que marcharan juntos en el campo procesal, en medio de proceso globalizante de culturas e ideologías, por ello, se crearon en algunos países los capítulos del Instituto colombiano de Derecho procesal, pero lo más importante de su visión, era que se expandiera, al menos, en Iberoamérica,

* Doctor en Derecho Constitucional y Procesal. Presidente Capítulo Venezuela del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Profesor de Universidad Católica del Táchira. Profesor invitado de diversas universidades iberoamericanas: Libre-Bogotá, Libre-Cúcuta, Pontificio Universidad Católica del Perú, Universidad de Salamanca. Autor de varias obras jurídicas.

el programa de semilleros. Entendemos, este intercambio como una forma pedagógica de ir formando lazos de unión, de investigación de objetivos comunes en los problemas relativos a la justicia.

En el marco de este XLIII congreso se rinde homenaje a Jairo Parra Quijano. Por el conocimiento que tengo de él, es renuente a los homenajes y a las loas, es un hombre sencillo que entiende que la mejor obra que podemos hacer es ayudar a los demás, en especial, ayudar a progresar a los jóvenes para que persigan cambios sociales y jurídicos en función de la justicia social, jóvenes que entiendan el compromiso de la solidaridad y el reconocimiento de los otros, jóvenes que supere los resabios del pasado e inteligentemente afronten lo, que s problemas del futuro.

No hay duda, que la comunidad jurídica colombiana siente orgullo de su maestro y líder Jairo Parra Quijano, y para los jóvenes un ejemplo a quien imitar. En Venezuela, muchos venezolanos, nos sentimos orgullosos de ser sus amigos y sus discípulos. Lo mismo entiendo, que así lo sienten en muchos países. Mi enhorabuena al maestro y amigo.

1. EL DERECHO COMPARADO

El empleo del Derecho comparado es una herramienta usual en el mundo académico y en especial, de los juristas de los países de nuestro entorno civilizatorio y cultural, obviamente, por lo general, en diversas perspectivas y objetos diferentes. Lo cierto es que, sin importar la especialidad, los diversos tratadistas y estudiosos, habitualmente han acudido en consulta a los sistemas, instituciones, institutos y ordenamientos positivos extranjeros, no siendo el objeto principal de su trabajo, sino para comparar.

Hoy, más que en épocas anteriores, producto de la globalización y el inmenso desarrollo de las TIC`s, que inciden en la internacionalización de capitales, tecnologías, conocimientos, movilidad de personas y mercado global y virtual, han dado pie a múltiples problemas de orden jurídico, entre ellos, en el orden procesal, que reclama uniformidad y seguridad jurídica, súmese a esto, al dramático incremento del crimen organizado, ha empujado que miremos unos a otros, pues es, una necesidad apremiante de observar como otros Estados resuelven los diversos problemas que se confrontan y que requieren una solución jurídica.

Bajo esa perspectiva, indudablemente, el Derecho comparado se presenta como una útil herramienta, entendiéndola como un método jurídico de

investigación jurídica[1]. Esto es, un procedimiento de la ciencia jurídica[2] que se sigue cuando se ha fijado la atención en dos o más objetos, o figuras, para descubrir sus formas de aparecer, de desarrollo, sus relaciones o apreciar sus semejanzas y diferencias. También, se puede decir que es el procedimiento de cotejar dos o más instituciones, entre sí y con otras similares.

En la historia del empleo del método comparado en el derecho, observamos que, normalmente se siguió la tendencia era realizar comparación con los derechos de los países más cercanos, así los procesalistas italianos de principios del siglo xx aprendieron alemán y dieron a conocer a los creadores del proceso civil de finales del siglo XIX (Bülow, Hellwig o Rosenberg) y a los iniciadores del proceso penal de la misma época más o menos (Zachariä, Beling, etc.) en su país. Los españoles se dieron a conocer el francés y el italiano, eran sus más cercanos y lenguas parecidas, así conocieron a autores alemanes, italianos y franceses. Esto implica, en aplicación del método comparativo, que se acudía a sistemas más o menos comunes, que constituían familias jurídicas o círculos jurídicos.

A manera de simplificación, de acuerdo a doctrina alemana[3] hay 6 familias jurídicas o círculos jurídicos: 1) La familia Romana, 2) La familia Alemana, 3) La familia angloamericana, 4) La familia Nórdico europea (llamado derecho Escandinavo), 5) La familia del lejano oriente (derecho Japonés y Chino) y 6) Derecho religioso (Islámico e Hindú).

Señala Gómez Colomer que "más modernamente Somma, por ejemplo, habla de sistemas y familias de sistemas, distinguiendo entre la tradición jurídica occidental, y dentro de ella el sistema de *common law* y el sistema de *civil law,* el derecho socialista, y el derecho latinoamericano como periferia del derecho occidental"[4]. En mí criterio, por razones históricas y culturales, me parece esta la más adecuada para el enfoque en Iberoamérica, sin olvidar que hay variedades en el derecho islámico, al igual la existencia del derecho africano con diversidad de formas y enlaces.

---

1 Gómez Colomer, Juan Luis. (2020). "El método comparatista en el ámbito del Derecho Procesal". México Criminalia. Academia de Ciencias Penales. Ubijus Editorial, S.A. de C.V. Año LXXXVII • Nueva época • Diciembre-2020, p. 990.

2 Por supuesto, no es exclusivo de la ciencia jurídica, en todas las ciencias se emplea el método comparativo.

3 Zweigert, Konrad/Kotz, Heinz, citados por Stürner, Rolf. (2007). "Derecho Procesal y Culturas jurídicas", Chile. Universidad de Talca Talca, Chile. *Revista Ius et Praxis*, 13 (1): 435 - 462, 2007.

4 Gómez Colomer, Juan Luis. (2020). "El método comparatista en el ámbito del Derecho Procesal". Ob. cit., p. 993.

No tenemos dudas que el método de derecho comparado presenta utilidad, pero también peligros. Si bien, se aplica para describir como es el proceso o la institución que sea objeto de investigación con países aledaños o de la misma familia jurídica presenta ventaja que hay una tradición histórica o cultural caso comunes, pero habrá que tener cuidado con la situación actual estructura de esos países y nuestro país. El problema radica cuando se compara para copiar, pues trasladar sin más análisis una institución puede causar efectos perversos, confusiones e inaplicabilidad práctica. De manera, que debe hacerse estudios más amplios que permitan prever que el sistema o institución extranjera estudiado funcionará en el país receptor.

Si bien es cierto, que las mayorías de tesis doctorales emplean el método comparativo, sus estudios versan sobre institutos específicos, por ejemplo, sobre extradición, cooperación internacional judicial, ejecución de sentencia, procedimiento monitorio, etc., debe indicarse que son pocos los estudios sobre objetos más amplios, por ejemplo, el proceso en el ámbito del derecho anglosajón y el continental europeo. Vale indicar que en los últimos años quien tuvo mayor preocupación sobre este tema ha sido el gran jurista italiano Michele Taruffo. Expresa Dondi, refiriéndose a Taruffo "Para quien se ocupa del proceso y, más en general, de la cultura jurídica, la importancia de los trabajos realizados alrededor de la comparación representa innegablemente una de las herencias más relevantes del siglo recién terminado"[5].

Vamos a examinar, en este trabajo, siguiendo la perspectiva de Taruffo, la finalidad del proceso. Parar ellos tomaremos sus puntos de vistas comparatistas sobre justicia, verdad y prueba, sometiéndolos en comparación con la visión configurada en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y el Código General del Proceso.

La importancia de examinar el derecho procesal desde una perspectiva comparada halla plena justificación en el marco de la globalización y empleo universal de las TIC`s, pero más para nosotros en el continente americano, en el cual, aun presentamos índices alarmantes de desigualdad, y que frente a la presencia de poderes económicos transnacionales, debemos rescatar la idea de integración, para ello no hay dudas que tenemos que tratar de unificar las instituciones procesales de manera que sea posible en un plano regional el acceso a la justicia real para todos.

[5] Dondi, Angelo (2016). "Taruffo comparatista. Una mirada original a los problemas del proceso civil." En obra colectiva Debatiendo con Taruffo. Madrid, Editorial Marcial Pons, p. 55.

2. FINALIDAD DEL PROCESO

Tradicionalmente se ha afirmado que el proceso jurisdiccional es el mecanismo adecuado para la solución de los conflictos intersubjetivos que se presentan en el seno social. Bajo esta idea se entendía que la finalidad del proceso es la solución del conflicto.

En otras perspectivas se afirmaba que el proceso jurisdiccional contribuía a la legitimación del cumplimiento de los estados de sus fines bajo la configuración como estados sociales de derecho

Ambas afirmaciones a nuestro criterio nos parecen muy limitadas. Por un lado, se le da al proceso un carácter muy individualista, situando su finalidad solo en solucionar el conflicto entre las partes, sin tomar otros aspectos internos y su relación social. Por otra parte, resulta una finalidad la legitimación muy abstracta, pues no va al fondo de la función concreta del proceso en su relación con los valores y lo social.

Las nuevas corrientes, surgidas en el siglo XX, criticaron fuertemente la finalidad individualista del proceso, y entendieron que el proceso tenía una función social que conectaba el conflicto particular entre sujetos con los valores perseguidos en la organización social. Con base a esta dinámica conceptual en la ola de constitucionalización de los derechos, libertades y garantías se postuló que el proceso es el medio constitucional para la defensa de los intereses y derechos legítimos de los individuos. Criterio que se expandió el mundo occidental, por ejemplo, en las constituciones así fue reconocido: art. 24 CE, art. 26 CRBV, art. 17 CMex, art. 86 C Col.

Taruffo enfatizó en esta nueva concepción que para cumplir esa finalidad el proceso de justicia, este concepto debía ser vinculado a la esencia del valor justicia. Pregonó que uno de los valores constitutivos de la justicia era la verdad[6], señalando "la administración de justicia constituye un sector importantísimo de la vida social y de la actividad del Estado, de modo que en ella debieran reencontrarse los mismos valores de la verdad…". Consecuente con esta idea de vincular la justicia con la verdad Taruffo pregonaba el valor epistémico del proceso en la búsqueda de la verdad en la impartición de la justicia.

Evidentemente, para alcanzar ese fin propuesto en el proceso la única metodología judicial existente es la actividad probatoria, sobre este aspecto

[6] Taruffo, Michele. (2010) Simplemente la verdad. Madrid. Editorial Marcial Pons, p. 114.

Taruffo insistió y persistió en este campo, realizando estudios comparativos y tratando de unificar la función y operatividad de la prueba en el proceso en el *civil law;* además, postulando un modelo epistémico[7], expresando "… interpretar el proceso como un instrumento epistemológicamente, válido y racional, esto es, si, en sí mismo, el proceso es un instrumento o método eficaz para el descubrimiento y la determinación de la verdad de los hechos en los que se funda de la decisión".

No hay duda que en esta dinámica de reflexión sobre el proceso, en Iberoamérica, ya por vía de las reformas procesales o bien en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial y académica se ha ido incorporando esa idea sobre la finalidad del proceso. Por ejemplo, en el Código modelo para Iberoamérica se habla en el art. 33.4 entre las facultades la de "para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes", también en el COGP de Ecuador en el art. 160 "(…)La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal", especialmente, en los código procesales penales, se establece este norte, así: en el Venezuela (aun cuando no se cumple y se quebró totalmente le estado de derecho) en el COPP en el artículo 13 se establece "El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez o jueza al adoptar su decisión", en México asume en el art. 261 esa idea epistemológica "Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación", en forma parecida está en el Ecuador, además en el COIP, se establece el derecho a la víctima de conocer la verdad de los hechos (art. 11).

Es lógico que la aplicación de la norma supone la existencia de unos que puedan ser subsumidos en el supuesto fáctico o jurídico en ella establecido, pero para que la aplicación sea justa y correcta jurídicamente es obligatorio que la premisa menor en el silogismo aplicado sea verdadera, esto es, los hechos deben estar acreditados auténticamente como ciertos.

Ahora bien, esa búsqueda de la verdad y aplicación de justicia deben estar conectada en su aspecto procedimental y de aplicación del derecho con una interpretación omnicomprensiva del valor justicia, esto es, la interpretación

[7] Ibídem, p. 155.

normativa deberá tener en cuenta que el fin del proceso, desde lo axiológico de los derechos, el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales (vid art. 14 del Código Modelo paraIberoamérica). Dentro de esta perspectiva por ejemplo el CGP de Colombia asienta este postulado en el art. 12 expresa que la interpretación debe ser hecha "procurando hacer efectivo el derecho sustancial", además hay dentro del código otras normas referentes a la prevalencia del derecho sustancial

3. ACCESO A LA JUSTICIA

Uno de los nudos gordianos de los sistemas de justicia ha sido el problema de acceso a la justicia. Son diversos problemas que se plantean. No sólo se trata de ajustar los códigos procesales, la realidad ha demostrado que la reforma y actualización del código procesal no basta, es necesario que concurra una transformación sistémica.

Como todo sistema, está constituido por diversos elementos y factores, el sistema de justicia se fragmenta en organización judicial, organización de tribunales, infraestructura, selección de jueces, los recursos humanos de apoyo y operatividad, los modelos procesales, recursos presupuestarios, dirección de los órganos, súmese los litigantes, su formación, su ética, el control de las actividades, la dinámica de la ciencia, tecnología y técnica aplicable en el sistema Todo esto afecta el acceso de justicia.

Así pues, el acceso a la justicia va más allá o es más los códigos procesales o formas de enjuiciamiento, implica una serie de aspectos como indicamos desde la forma en que estén gestionados los despachos judiciales, las prácticas concretas de los funcionarios judiciales, tanto en el desarrollo del proceso como fuera de él, esto involucra una conciencia o internalización de la justica y de su función como servidor público.

Esta situación de limitación de acceso a la justicia ha sido preocupación jurídica, básicamente, del mucho académico, obviamente, de los litigantes, pero también la observación que en el seno social hay incredulidad y desconfianza hacia el sistema de justicia.

Ahora bien, sin entrar al detalle de la problemática empírica, consideramos para este trabajo enfrentarlo desde una perspectiva teórica. Para ello, para ubicarnos en el campo procesal, examinaremos el acceso a la justicia en tres instancias o momentos: previo al acceso jurisdiccional, en el tránsito o iter procesal concreto, por último, la etapa posterior al proceso.

En la primera instancia o momento, que podría llamarse pre-procesal, debe identificarse el derecho de acceso a la justicia debe asegurar a los ciudadanos a obtener información confiable y cierta sobre las vías institucionales, públicas o privadas, para la resolución de conflictos, tanto desde la disponibilidad como su acceso. En Iberoamérica, se ha ido generando esta forma a través de información institucional, lo cual, nuestro entender, es insuficiente. Debe reconocerse que en la mayoría de países Iberoamericanos se ha ido modificando y actualizando la legislación acerca de los medios alternativos de solución de conflictos, solventando algunos problemas que le restaban eficacia a estos medios, por ejemplo, la fuerza del acuerdo en la mediación y conciliación, la ejecutoriedad de medidas cautelares en el arbitraje.

En la segunda instancia o momento, el propiamente procesal que se identifica con el derecho de las personas acudir a los órganos jurisdiccionales para exigir tutela de sus derecho y pronunciamiento justo conforme a derecho en tiempo razonable. Sobre este momento, hay que expresar que una de las preocupaciones, especialmente, de la academia y de los juristas, es que debe nutrirse de la doctrina y normativa desarrollada sobre el debido proceso. Se ha propiciado desde la academia y organizaciones internacionales que el sistema en el momento del proceso debe ser asegurador de las garantías del debido proceso, lo que implica que debe estar en la ideología del juzgador un criterio de razonabilidad que fije el estándar del debido proceso a aplicar en el acceso y trámite. Debe ser más un estándar que una regla, pues por el carácter progresivo de los derechos humano va ir variando en su alcance.

Finalmente, en el tercer momento, se refiere a cumplirse el mandato de lo sentenciado, es decir, la ejecución de la sentencia, lo que desde el acceso a la justicia se identifica como el derecho de las personas ha exigir el cumplimiento de la sentencia, sea restitución de su derecho, sea el cese a la pertubación o a la reparación.

Visto de esta forma en esta magnitud puede afirmarse que el derecho al acceso a justicia se comprende como un derecho amplio que abarca: información adecuada y suficiente., complementada con orientación jurídica a los ciudadanos, la solución por vía judicial y las soluciones extrajudiciales los conflictos, el cumplimiento de la decisión, y "la obligación positiva de los Estados de eliminar las barreras de acceso al sistema judicial."[8]

[8] CENTRO DE ESTUDUIOS JURIICO DE AMÉRICA (CEJA). (2016) Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicia en América Latina, p. 23.

En la academia, lo hemos oído muchas veces en ponencias en el Congreso Colombiano de Derecho Procesal y en otros países, muy especialmente, en las Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que el derecho de acceso a la justicia no debe ser asumido o conceptualizado como un conjunto de reglas rígidas vinculadas a las formas de los procedimientos, sino que debe asumirse como un conjunto de requerimientos sustantivos que permitan alcanzar la razonabilidad y racionalidad que busca un sistema protector de los derechos y libertades humanas.

Un problema en el estándar sobre este derecho al acceso a la justicia y su contenido, especialmente, para marcar uniformidad entre naciones ubicadas en un mismo sistema de derecho humanos, resulta de la bifurcación entre normativa interna y normativa internacional, lo cual se relaciona con el bloque de constitucionalidad, por una parte, por la otra con el control de convencionalidad. Hay diversos reconocimientos en las constituciones iberoamericanas de darle un tratamiento de jerarquía constitucional a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, por ejemplo, la Constitución de República Dominicana (arts. 26 y 74.3), Constitución Mexicana (art.1), Constitución Venezuela (art, 23, no se cumple, la Constitución es papel muerto), la Constitución de Ecuador (art. 417), en Colombia si bien no se da esa jerarquía constitucional, en el artículo 93 se les da prevalencia en el orden interno. De allí, que en cierto sentido la Corte Constitucional ha sido un poco reacia al reconocimiento del control de convencionalidad (CCI) obligatorio por parte de los jueces. Examinemos un poco lo dicho por la Corte Constitucional, por ejemplo, en Sentencia C-146/21, expreso:

> *"(…) la apertura al DIDH y el bloque de constitucionalidad en ningún caso implican la existencia de normas superiores a la Constitución Política pues, a lo sumo, las normas del bloque de constitucionalidad servirán para interpretar los derechos y deberes constitucionales. En otras palabras, las normas de DIDH incorporadas al bloque de constitucionalidad, ya sea en sentido estricto o amplio, sirven para interpretar la Constitución y para determinar si una ley en particular se ajusta al texto constitucional, pero no es un parámetro autosuficiente para analizar la validez de la legislación nacional. De allí que, para la Corte "tales tratados [no son] un referente autónomo y supraconstitucional para juzgar el contenido material de una reforma de la Carta."*

Más adelante argumentando sobre la supremacía constitucional nacional argumenta:

> *"(…) el CCI implica aceptar la existencia de normas supraconstitucionales (i.e. CADH y la interpretación que la Corte IDH ha efectuado de esta). Esta tesis es incompatible con el ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto desconoce la supremacía constitucional y transmuta la naturaleza de la Corte Constitucional, que pasaría de ser juez constitucional a ser juez convencional. De igual forma, la Corte ha descartado la inclusión de la jurisprudencia interamericana en el bloque de constitucionalidad y ha sostenido que, en principio, tales decisiones "no puede[n] ser trasplantada[s] automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno".*

En diversos foros, entre ellos, en el mismo Congreso Colombiano de Derecho Procesal (ICDP) se ha debatido en torno al control de convencionalidad, ha presentado ponencias entre otros García Ramírez, a quien se atribuye, ser uno de los creadores y desarrolladores de la figura de control de convencionalidad. Entre otras cosas planteaba que el control de convencionalidad implica la necesidad de desprenderse de un conjunto de dogmas históricos que han anclado el derecho e impiden ir a estadios superiores, se trata de destruir mitos, por ejemplo, la supremacía exclusiva de la Constitución, cuando los derechos fundamentales son anteriores y fundantes del Estado nacional, esto significa caminar hacia un nuevo paradigma del Derecho Público, obsérvese por ejemplo, en Europa, el derecho comunitario ha impuesto a los países miembros la modificación de su legislación interna, incluso en algunos casos, la Constitución, como ocurrió con la Constitución española.[9]

[9] La primera reforma constitucional consistió en añadir, en el artículo 13.2, la expresión "y pasivo" referida al ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en elecciones municipales. El 7 de febrero de 1992 se firmó en Maastrich el Tratado de la Unión Europea por el que, entre otros, se modificaba el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. El artículo 8.B de éste, prescribiría, tras la aprobación del Tratado de Maastrich, que "todo ciudadano de la Unión europea que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida…". El Gobierno de la Nación, en la reunión del Consejo de Ministros celebrada el 24 de abril de 1992, acuerda iniciar el procedimiento previsto en el artículo 95.2 de la Constitución al objeto de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la eventual contradicción entre la Constitución española y el que sería artículo 8.B citado. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional, de fecha 1 de julio de 1992, declaraba: 1º que la estipulación contenida en el futuro artículo 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tal y como quedará redactado por el Tratado de la Unión Europea, es contraria al artículo 13.2 de la Constitución en lo relativo a la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles. 2º que el procedimiento de reforma constitucional, que debe seguirse, para obtener la adecuación de dicha norma convencional a la Constitución, es el establecido en su artículo 167" (Declaración del TC 1/1992). El Boletín Oficial del Estado publicó el texto de la Reforma Constitucional el día 28 de agosto de 1992. Disponible en https://app.congreso.es/consti/constitucion/reforma/primera_reforma.htm.

Llamamos la atención también sobre la recepción en Europa del control de convencionalidad. Este concepto ha sido de creación de la CIDH, pero pronto ha sido asimilado por su análogo en Europa, el TEDH. Se ha dicho en la doctrina europea que el Estado constitucional no se concibe como un ente cerrado y aislado, celoso de su soberanía, sino que está abierto a la esfera internacional, lo que ha llevado a ceder a organismos supranacionales el ejercicio de competencias originarias en la Constitución, básicamente, porque se ha asumido el paradigma contemporáneo de los derechos fundamentales.

Sabemos que decisiones del Tribunal de Estrasburgo (TEDH) son vinculantes para los Estados miembros, por otro lado, a través de sus sentencias el TEDH opera la tarea de perfeccionar el contenido y los límites de los derechos del CEDH. Así ha dicho: "Sus sentencias sirven no sólo para resolver los asuntos que se le someten, sino con más amplitud para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio y contribuir de esta manera a que los Estados respeten los compromisos contraídos como partes contratantes. (Caso Irlanda vs. Reino Unido, 18 enero 1978, párr. 154.)[10]

Compartimos la idea que el control de convencionalidad supone una revisión y revuelvo de las fuentes de derecho, replantear un conjunto de conceptos y categorías dogmáticas y la creación de otras decididamente novedosas. Dice Jinesta que "En efecto, ahora podemos hablar de un "parámetro o bloque de convencionalidad" que debe ser interpretado y aplicado por los jueces constitucionales nacionales, de una mutación positiva del principio de la supremacía constitucional, de la "inconvencionalidad" de las normas locales y de la "declaratoria de inconvencionalidad" de una norma o disposición nacional."[11]

Sobre la calificación de derecho fundamental del acceso a la justicia la CADH es indudablemente la principal fuente normativa, obviamente, la jurisprudencia de la CIDH han reconocido como derecho fundamental, colocándolo

[10] Nuevo López, Pablo (2015). "Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la unión europea". Revista Catalana de Dret Públic. Nº 60, p. 146.

[11] Jinesta L, Ernesto." Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales". En obra colectiva El control difuso de la Convencionalidad. (coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor.). Edita FUNDA, p. 3.

en los arts. 8 y 25 en correspondencia con el art. 1.1 de la Convención, lo ha ido desarrollándolo y dotándolo de contenidos, lo que ha merecido calificarlo como el derecho de los derechos.

Ha expresado Barnarles Rojas[12] que "El acceso a la justicia se entiende por la propia Corte "*… como una 'norma imperativa de Derecho Internacional',* (que) no se agota ante el hecho de que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que el Estado garantice que estos aseguren, en un tiempo razonable, la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo…", teniendo como base de tal afirmación las sentencias de la Corte IDH del "caso Bulacio"[13] y del "caso Palamara"[14].

En sentencia de la CIDH del caso Baena Ricardo vs Panamá de 2001, dijo:

"137. El artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del llamado "debido proceso legal", que consiste en el derecho de toda persona 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 acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos.58 El artículo 8.2 de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. Por su parte, el artículo 25 de la Convención ordena proporcionar un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos de las personas."[15] Así que el acceso a la justicia no es de cualquier forma, sino vinculada al debido proceso legal.

4. DEBIDO PROCESO

En una mirada sobre el debido proceso en el derecho comparado encontramos que desde lo internacional hay un marco normativo en la Convención Europea de 1950, en el Pacto Internacional de 1966, en la Convención

[12] Narnarles Rojas, Ernesto (2019). "El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos". Ius et Praxis vol.25 no.3 Talca dic. 2019. Disponible: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000300277.

[13] CIDH. Sentencia, "Bulacio con Argentina", 18 de septiembre de 2003, C 114.

[14] CIDH. Sentencia Corte IDH, "Palamara contra Chile", 22 de noviembre de 2006, C 188. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.

[15] CIDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf

Americana de 1969, y la Carta Africana de 1981 En la aplicación de estos instrumentos encontramos los pronunciamientos de los diversos órganos internacionales, entre ellos el TEDH y la CIDH. No tenemos dudas que la jurisprudencia internacional constituye un factor crucial en el sistema de protección y tutela de los derechos humanos, en conjunto con las normas, medios nacionales e internacionales.

Debemos estar conscientes que actualmente en el panorama mundial hay un impulso renovado en torno al debido proceso, existe una constante revisión nacional debido a la presencia e influencia del derecho internacional sobre los derechos humanos y por la jurisprudencia proveniente de los tribunales internacionales que tienen a su cargo la función de la interpretación de los tratados sobre esta materia.[16]

Los ordenamientos nacionales Iberoamericanos han ido reconociendo constitucionalmente el debido proceso y por vía jurisprudencial se ha ido desarrollando. Por ejemplo, en Colombia en Sentencia T-795/98.

"El artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, como el conjunto de garantías que procuran la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio y se logre la aplicación correcta de la justicia. En consecuencia, para que la protección a este derecho sea efectiva, es necesario que cada una de las etapas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos." En Perú, el debido proceso se encuentra reconocido en el art. 139, inciso 3 de la Constitución Nacional que son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Así en STC Exp. 09727-2005-PHC/TC)1 Se trata de una sentencia emitida el 6 de octubre del 2006, respecto al debido proceso y tutela efectiva "Respecto a la magnitud de las infracciones en el contenido de ambos derechos, el TC señala que solo si se vulnera el contenido esencial de alguno de los dos derechos mencionados, se trata de un proceso contrario a la Constitución."

[16] García Ramírez, Sergio (2006). "El debido proceso. concepto general y regulación en la convención americana sobre derechos humanos". En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, pp. 637-670.

Si bien, el debido proceso se ha calificado como derecho fundamental en varias constituciones y en Tratados y Convenios Internacionales. Se ha tomado como un derecho inherente a la persona, quien tiene derecho a que se le garantice sus derechos conforme al pacto social, no es menos cierto que constantemente se producen violaciones del debido proceso, en especial en materia penal, laboral y administrativa. Cuestión que es común en Iberoamérica.

Algunos anotan que tal situación se debe a un déficit democrático, otros apuntan se aun hay viejos conceptos inquisitoriales internalizados y no se han suoerado esos viejos dogmas y sesgos. Por ello, sostengo que un paso adelante para uniformar un respeto de debido proceso con todas las garantías es el establecimiento del control de convencionalidad, de manera que los jueces nacionales en una especia de control difuso apliquen control de convencionalidad.[17]

En derecho comparado sobre el debido proceso hay uniformidad en la doctrina y en la jurisprudencia que es un derecho de estructura compleja, que está conformado por un conjunto de principios, reglas, garantías y derechos que integralmente aseguran que el proceso sea justo, de manera que el quebrantamiento de cualquiera de esos integrantes constituye infracción al debido proceso. Colombia lo ha acogido así en su jurisprudencia, por ejemplo, en materia penal en Sentencia C-475/97. ""El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria. Algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anulan cualquier norma que las limite o restrinja. Así por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la *no reformatio in pejus*, o el principio de favorabilidad (art. 29 del C.P.)." Criterios que en nuestra interpretación son aplicables en cualquier procedimiento.

Puede afirmarse esa interpretación en Sentencia T-795/98.

"El artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, como el conjunto de garantías que procuran la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante

[17] Castilla Juárez, Karlos A. (2013). "¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados" Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIII, 2013, pp. 51-97, México, D. F., ISSN 1870-4654 Vid también trabajos de Eduardo Ferrer Mac-Gregor sobre Control difuso y convencionalidad.

su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio y se logre la aplicación correcta de la justicia. En consecuencia, para que la protección a este derecho sea efectiva, es necesario que cada una de las etapas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos."

En cuanto al contenido hay uniformidad en el derecho revisado, especialmente el Iberoamericano, que está integrado por:

- Derecho a la legalidad (procedimiento previo en ley como derecho aplicable)
- Derecho de defensa en todo grado, implica asistencia técnica, derecho a asistencia consular-
- Derecho a juez natural, autónomo, imparcial y legal, idóneo
- Derecho a conocer lo que obra en contra, a interprete, a plazo razonable para defenderse
- Derecho el *non bis in idem*
- Derecho a prueba
- Derecho a presunción de inocencia
- Derecho a decisión conforme a derecho en plazo razonable
- Derecho a recurrir (Garantía *no reformatio in peius*)
- Derecho a no auto incriminarse.

5. ¿DÉFICIT PROCESAL RESPETO A LOS DERECHOS SOCIALES?

Finalmente, un tema altamente polémico y con salidas diversas, con escasa respuesta normativa, es la las vías procesales para a exigencia de los derechos sociales.

Las Constituciones Iberoamericanas en general definen al Estado nacional como Estado social y de Derecho. Esto tiene diversas implicaciones. Entre ellas que la sociedad tiene primacía sobre el Estado, que la actividad de este está en función de lograr el progreso social en el marco de la paz y la cohesión social. En las Constituciones se han asumido un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales que se han calificado como derechos humanos de segunda generación, así mismo se han reconocido otros, como el desarrollo

sustentable, el desarrollo y progreso económico social. el derecho a la libre autodeterminación.

La realidad Iberoamericana nos dice el Estado social no cumplido sus funciones, algunos acaban de atribuirle esos males a la democracia, otros al sistema de representatividad.

Lo cierto es que hay desigualdad social, hay grandes segmentos de población en situación de pobreza, es más, hay segmento poblacional, en varios países de América, en condición de pobreza crítica. Los indicadores de diversa procedencia investigativa y de registro muestran que hay un gran segmento de la población que no tiene acceso a los bienes de salud, de educación, de alimentación suficiente, a ingresos mínimos vitales. Esta condición crítica de pobreza y carencia es un quebrantamiento de derechos humanos, pues la carencia de alimentación sana y vital afecta a la vida, la carencia de educación afecta al desarrollo libre de la personalidad, la ausencia de atención a la salud lesiona el derecho a la integridad física y al derecho a la vida. Hace años, en reclamo del debido proceso, afirmábamos "de qué vale el reconocimiento de los derechos sino tenemos a disposición mecanismos reales para protegerlos. Eso mismo debemos preguntarnos hoy día ¿De que valen el tinglado de derecho sociales en las Constituciones si no tenemos mecanismos para exigirlos y pedir su protección?

Expresa Carbonel[18] que como una herramienta valida de garantía d ellos derechos sociales se requiere el fortalecimiento de las vías procesales y medios de defensa idóneos para exigirlos o para que sus violaciones pueden sr tramitas ante los tribunales o ante organismo protectores de los derechos humanos. Creo que debe asumirse la tesis de Carbonell, en el sentido que si bien no existen vías procesales, de ninguna manera significa que los derechos sociales no obliguen plenamente a los órganos públicos; la no existencia de esas vías procesales involucra, simplemente, que las violaciones producidas no podrán ser reclamadas ante los órganos judiciales para exigir reparación del derecho infringido, Consecuentemente, una labor de los juristas que sientan la injusticia como propia y que les abofetee la inmensa masa de pobreza sin acceso a los bienes creados en la sociedad deben bregar por la creación de procedimientos de carácter judicial para subsanar esa injusticia de carencia de acceso a la justicia para grandes segmentos de la población y se supere ese vacío legal en protección de los derechos humanos.

[18] Carbonell, Miguel (2012). Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa. Madrid, Editorial Trotta.

En la doctrina de la CIDH ha fundamentos para exigir la creación de las vías procesales para la exigencia de los derechos sociales. Ha dicho la CIDH[19]

> "En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 8 y 25 son los que tradicionalmente se asocian con una doctrina en desarrollo sobre garantías judiciales y protección judicial de los derechos humanos. *En sus propios términos, estos dos artículos se aplican a toda situación en que se deba determinar el contenido y alcance de los derechos de una persona sometida a la jurisdicción del Estado parte, ya sea que se trate de materias penales, administrativas, fiscales, laborales, de familia, contractuales o de cualquier otra índole….* (el destacado es propio)."

Así observamos que en línea con lo establecido por el artículo 8.1 de la CADH, son numerosos los precedentes del SIDH en los que se ha recalcado la vigencia del debido proceso legal en todo proceso en que esté en juego la determinación del contenido y alcance de los derechos humanos, sin importar la materia de la que se trate.

En documentos de OEA[20], tomando referencias de la CIDH ha señalado:

"177. La jurisprudencia del SIDH ha trazado un estrecho vínculo entre los alcances de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. De esta manera, se ha establecido que los Estados tienen la obligación de diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para la cabal protección de los derechos humanos, pero también la de asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de sus autoridades judiciales. Concretamente, la Corte IDH ha destacado en numerosas oportunidades que "los recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal"124. Un tercer aspecto que abarca el derecho de acceder a la justicia en materia de derechos económicos, sociales y culturales es la definición de criterios claros sobre debido proceso legal en sede judicial, cuando la garantía de estos derechos está en juego.

[19] CIDH. Cfr. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, cit.

[20] Organización de los Estados Americanos Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (OEA Documentos Oficiales. OEA/Ser.L/V/II) (OAS Official Records Series. OEA/Ser.L/V/II) ISBN 0-8270-5154-9

178. Al haber una relación directa entre la idoneidad del mecanismo judicial y la integridad de los derechos económicos, sociales y culturales, la fijación de un plazo razonable de los procesos en materia social, la efectiva igualdad de armas en el proceso, y la adecuada revisión judicial de las decisiones administrativas, entre otras cuestiones, representa un camino para la exigibilidad de estos derechos."

Eb Iberoamérica, en situaciones muy puntuales los jueces, a los que se han calificado de activismo judicial, han tratado de dar protección a derechos de segunda generación usando como herramienta una interpretación hermenéutica extensiva de los derechos humanos de primera generación. Son casos muy escasos, la gran parte de peticiones de protección son denegadas bajo diversas maniobras argumentativas, por supuesto, siguiendo la ideología reduccionista neoliberal

CONCLUSIONES

Primera: El derecho a de acceso a la justicia implica una transformación estructural del sistema judicial, que va desde la organización judicial hasta la formación de los diversos operadores de justicia.

Segunda: El debido proceso es un derecho en creación que persigue enjuiciamiento justo lo que implica que debe mejorarse notablemente la metodología de búsqueda de la verdad y los mecanismos para validar los instrumentos cognitivos que posibiliten una sentencia justa conforme a derecho.

Tercero: Hay negación del acceso a la justicia, o dicho de otra manera, la actual configuración del derecho a acceso a la justicia es incompleto, pues no comprende la posibilidad de la exigencia procesal de los derechos sociales, económicos y culturales.

Rodrigo Rivera Morales

Madrid, Barrio Hortaleza, 2022

EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL COMO CAMINO HACIA IGUALDAD REAL O MATERIAL

*Jesús Hernando Álvarez Mora**

RESUMEN

El artículo tiene como propósito resaltar la importancia que en Colombia viene cosechando la institución jurisprudencial constitucional conocida como el estado de cosas inconstitucional y su positiva relación con sectores sociales históricamente marginados o abandonados por el Estado o víctimas de la sinrazón humana fundada en el egoísmo y la maldad. Luego de hacer una breve referencia sobre la acción de tutela con el único propósito de contextualización, se define estado de cosas inconstitucional y se precisan los requisitos para su procedencia definidos por la Corte Constitucional. Finalmente, se referencian en cuadro resumen las sentencias que en Colombia se han proferido en esta materia bajo la Constitución Política de 1991, lo que da soporte a las conclusiones.

Palabras claves: Constitución Política, Corte Constitucional, acción de tutela, derechos fundamentales, principio constitucional, igualdad, colaboración armónica, estado de cosas inconstitucional.

* Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio de España. Docente de Derecho Constitucional. Ha sido decano y rector de la sede principal de la Universidad Libre, conjuez de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, del Consejo Nacional Electoral y de la Corte Constitucional. Es Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

1. INTRODUCCIÓN

En estos 31 años de vigencia de nuestra Norma de Normas[1], se han destacado los mayúsculos logros y grandes avances que ha tenido Colombia desde su expedición. Entre estos se encuentran, sin asomo de duda, la Corte Constitucional[2] y las acciones constitucionales[3], entre ellas, la llamada joya de la corona como lo es la acción de tutela, que tiene como fin proteger los derechos constitucionales fundamentales y, como efecto, ha facilitado el acceso de todas las personas, sin consideración diferente a su ser, a la administración de justicia, a una justicia material y eficaz, cual soporte de una verdadera democracia. Por esta y otras razones, la jurisprudencia se ha convido en un medio idóneo para la protección de los derechos fundamentales.[4]

La acción de tutela, que fue instituida pensando en la persona individualmente considerada a la cual se le amenace o se le vulnere uno o varios derechos constitucionales fundamentales, ha tomado un vuelo relevante y determinante por vía jurisprudencial. No sólo se ha quedado en la concreción individual de protección efectiva de los derechos, sino que ha avanzado, de manera ejemplarizante, ante un mundo fáctico en que la amenaza o vulneración de dichos derechos la padece de manera reiterada, consistente y sistemática, un grupo de personas por la acción o la omisión de varias autoridades, dando paso a declaratorias de estado de cosas inconstitucional (ECI) mediante sentencias llamadas estructurales.

[1] La Constitución Política de 1991 fue sancionada el día 4 de julio de 1991 por los copresidentes de la Asamblea Nacional Constituyente Álvaro Gómez Hurtado, Antonio Navarro Wolff y Horacio Serpa Uribe y promulgada en la Gaceta de la Asamblea Constituyente el día 7 del mismo mes y año.

[2] Sobre la importancia de la Corte Constitucional, se recomienda el libro La Corte Constitucional y sus magistrados. Derecho Constitucional para la humanidad. JIMÉNEZ, William Guillermo, Universidad Libre, Bogotá, 2021.

[3] Con frecuencia se suele hablar de una Constitución contenciosa debido a que en su texto se contemplan varias acciones que, por lo mismo, son de rango constitucional: habeas corpus (Art. 30), acción de tutela (Art. 86), acción de cumplimiento (Art. 87), acciones populares y acción de grupo (Art. 88), acción de repetición (Art. 90), acción de nulidad por inconstitucionalidad (Art. 237/2), acción pública de inconstitucionalidad (Art. 241), acción de pérdida de investidura (Art. 183) y acción nulidad electoral (Art. 264).

[4] TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. La jurisprudencia como medio para la protección de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Libre. Primera Edición, 2022.

Para una mejor compresión del tema central en este escrito, esto es, del ECI, brevemente se alude a algunos aspectos básicos de la acción de tutela, de tal suerte que el lector avezado en el tema bien puede prescindir de su lectura y nada pasa. La importancia puede radicar en el cuadro resumen de las sentencias de ECI que nuestro Tribunal Constitucional ha proferido bajo el abrigo de la Constitución Política de 1991 (CP). Se precisa que no se trata de un riguroso estudio técnico de línea jurisprudencial en la materia, sino de una relación de sentencias con criterio cronológico que tiene como fin mostrar, de manera sencilla, los asuntos problémicos tanto fácticos como jurídicos que han dado lugar a fallos declarando los ECI.

2. ACCIÓN DE TUTELA

2.1 Un compromiso internacional

Luego de la tragedia humanitaria que significó la segunda guerra mundial, fue imparijitable un despertar en la necesidad de proteger los derechos humanos con una visión universal. No obstante las declaraciones de derechos humanos que a la sazón habían inspirado el modelo de Estado liberal de derecho[5], en el contexto de posguerra surge la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948[6]. En este valioso instrumento internacional, que viene a nutrir el modelo de Estado social, constitucional y democrático de derecho, de manera expresa se les exige a los Estados miembros de la Naciones Unidas (ONU) que deben tener un mecanismo efectivo para la protección de los derechos fundamentales.

Dice el artículo 8º de la Declaración "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

A su turno, ante las contantes vulneraciones de los derechos humanos en el tejido americano y, en consecuencia, la imperiosa necesidad de actuar en bloque regional para coadyuvar en la garantía de los derechos y libertades y defender y fortalecer la democracia, en el año de 1969, en la ciudad de San

[5] La más importante y de mayor influencia en Occidente y, por supuesto en Colombia, fue la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, Francia.

[6] Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, mediante la Resolución 271A (III).

José de Costa Rica, fue proclamada por la Organización de Estados Americanos (OEA) la Convención Americana sobre Derechos Humanos[7], la que también exige a los Estados miembros instituir un mecanismo o recurso que, además de efectivo, sea sencillo y rápido, para la protección de los derechos fundamentales.

Prescribe dicha Convención:

> "Artículo 25 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, aún 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 del recurso judicial, y
>
> "c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

Como se puede inferir, los señalados instrumentos internacionales suscritos en cada caso por organismos de los cuales Colombia es Estado parte le imponían la obligación de contemplar un recurso efectivo, sencillo y rápido para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, compromiso que con tesón honró el constituyente de 1991 al contemplar la acción de tutela.

2.2 Desarrollo constitucional, legal y reglamentario

La acción de tutela está contemplada en el artículo 86 de la CP, que dice:

> "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

[7] Conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita en esta ciudad luego de la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. En Colombia fue aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

> inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
>
> "La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
>
> "Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
>
> "En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.
>
> "La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

A nivel constitucional[8], también es importante tener presente el artículo 241/9 de la CP que autoriza a la Corte Constitucional, en su papel de guardiana de la integridad y supremacía de la CP, "*Revisar, en la forma que determine la Ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales*".

De otro lado, se aclara que a la luz del artículo 152/1 de la CP, la acción de tutela se debió regular por medio de una ley estatutaria[9]. Sin embargo, ante la urgencia de su entrada en vigor y como quiera que al ser promulgada la CP no estaba sesionando el Congreso de la República[10], mediante el artículo

[8] De la misma manera, son relevantes los artículos 93 y 94 de la CP, en clave de bloque de constitucionalidad. Sobre este tema, se recomienda MANILI, Pablo Luis, Bloque de Constitucionalidad. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2005.

[9] Especial categoría de la ley que incluye la CP. Se caracteriza, según lo normado por los artículos 152 y 153 de CP, por las materias a ellas reservadas entre las cuales se encuentran los recursos para la protección de los derechos fundamentales, el trámite especial para su aprobación por el Congreso de la República exigiendo que sea tramitada en una mima legislatura y aprobada por mayoría absoluta y, finalmente, un control previo de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional.

[10] CALDERÓN, Camilo. Revocatoria del Congreso en 1991. Revista Credencial Historia No. 162. Biblioteca Virtual del Banco de la República. En línea: https://www.

transitorio 5/b de la CP se revistió al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular por medio de decretos con fuerza de la ley, entre otros institutos jurídicos, la acción de tutela. Es por esta razón que esta acción está regulada por medio del Decreto 2591 de 1991[11], su principal norma legal[12].

En el ámbito reglamentario, el presidente de la República, con fundamento en el artículo 189/11 de la CP, ha expedido los siguientes decretos reglamentarios, con especial énfasis en materia de reparto de la acción de tutela: Decreto 306 de 1992, Decreto 1382 de 2000, Decreto 1069 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho[13]), Decreto 1834 de 2015 (Reparto de tutelas masivas) y el Decreto 333 de 2021[14].

Por último, ha de observarse el Acuerdo 02 de 2015, "Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional".

banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-162/revocatoria-del-congreso-en-1991. Consultado el 02 de junio de 2022.

[11] El Decreto 2591 de 1991 ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional al ser demandados algunos de sus apartes en virtud de la acción pública de inconstitucionalidad: C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Rodríguez; C-018 y C-054 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-155A de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz; C-531 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-134 de 1994 y C-243 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-092 de 1997 y C-1716 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-1006 de 2008 y C-367 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; C-483 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-378 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-940 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-987 de 2010 M.P. Humberto Antonio Cierra Porto. C-122 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido; y C-132 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[12] También tiene como soporte legal el artículo 43 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

[13] Puede consultarse en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=74174

[14] El Decreto 333 de 2021, expedido por el presidente de la República Iván Duque Márquez, introduce modificaciones al Decreto 1069 de 2015 en materia de reparto de la acción de tutela, el cual ha tenido relevantes críticas, en particular, por el numeral 12 del artículo 1° que dice: "Las acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones del Presidente de la República, incluyendo las relacionadas con seguridad nacional, así como las actuaciones administrativas, políticas, programas y/o estrategias del Gobierno nacional, autoridades, organismos, consejos o entidades públicas relacionadas con la erradicación de cultivos ilícitos, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, al Consejo de Estado".

2.3 ¿Qué es la tutela?

Es un recurso, mecanismo o medio judicial especial para la protección de los derechos fundamentales[15]. Es, entonces, un recurso efectivo, sencillo, inmediato y sumario de amparo que tienen todas las personas para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando no exista otro medio judicial para su protección o existiendo se interponga para evitar un perjuicio irremediable.

En el campo procesal, la tutela se puede asumir como una acción[16]. De esta manera se puede definir como la facultad que tiene toda persona de poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado para la protección de uno o varios derechos fundamentales conculcados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares, en los términos que prescribe la CP.

Se resalta que la acción de tutela es de tal importancia y entidad para la población colombiana, que la misma Corte Constitucional le ha dado la calidad de derecho fundamental.

> "La acción de tutela como tal tiene el carácter de derecho fundamental toda vez que es el instrumento concebido por el Constituyente para garantizar la protección de los restantes derechos fundamentales que sin él perderían buena parte de su eficacia y arriesgarían esfumarse. El contenido y contornos esenciales de los derechos fundamentales y de sus garantías y mecanismos básicos de protección, se establecen y perfilan en la misma Constitución y ello evita que las leyes los relativicen; vale decir, los derechos y sus garantías son fundamentales porque son un límite a la acción del Legislador."[17]

[15] Por esta vía también se protege la guarda e integridad de la CP. Es más, el mismo Decreto 2591 de 1991, en su artículo 29, numeral 6, prevé que el juez constitucional puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad en un fallo de tutela. REY CANTOR, Ernesto. El Derecho Procesal Constitucional. Un nuevo concepto. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, p. 73.

[16] La doctrina, generalmente, le otorga la categoría de mero recurso procesal. PARRA GUZMÁN, Mario y VELANDIA CANOSA, Eduardo. Tutela Jurisdiccional de los derechos fundamentales, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2000, p. 87.

[17] Sentencia C-531 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2.4 Algunas características de la acción de tutela[18]

2.4.1 Informal

Esta característica soporta al menos dos dimensiones. De un lado, tiene directa relación con su razón de ser, es decir, ser un mecanismo sencillo, de fácil comprensión e interposición de tal manera que la pueda interponer, atendiendo al sentido común[19], la persona afectada sin necesidad de abogado, lo que facilita el acceso de toda persona a la administración de justicia. La otra dimensión es que propicia la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos, obviando los ritualismos innecesarios con tal de garantizar efectivamente los derechos y libertades. "La tutela, como acción de garantía, busca limitar el formalismo y propiciar decisiones sustantivas, que permitan hacer realidad la regla según la cual, "la finalidad de la norma procesal es ser medio para la efectiva realización del derecho material"[20]. En todo caso, la informalidad no implica arbitrariedad por parte del juzgador. Dicho de otra manera, el juez de tutela debe garantizar el debido proceso conforme a las voces del artículo 29 de la CP y demás normas concordantes, observando razonablemente el derecho a la defensa del accionado.

2.4.2 Sumaria

Uno de los indicadores de civilidad de una Nación es la pronta y cumplida justicia, deuda impagable en Colombia no obstante los esfuerzos realizados en el presente siglo, en especial, en torno a la oralidad[21]. La celeridad, que sea sumaria, rápida en el tiempo, es una de las fortalezas de la acción de

[18] Otra visión sobre las características de la acción de tutela puede verse en PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 1997, p. 285.

[19] Así se puede inferir del tenor del artículo 14 del Decreto 2591 de 1991.

[20] QUINCHE RAMÍREZ, Manuel F., Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Editorial Temis, Sexta Edición, 2000, p. 332. A su vez cita la sentencia T-1306 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[21] Con la expedición de la Ley 2213 de 2022 "Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones", se aviva la esperanza de lograr una pronta y cumplida justicia y de facilitar un mayor acceso a la administración de justicia. Es un gran reto que de asumirse con la responsabilidad que demanda, como ha de ser, redundará en invaluables frutos.

tutela, que bien puede concebirse como una excepción de una mal endémico nacional. La misma CP fija un término perentorio de diez días en primera instancia, lapso durante el cual el juez de tutela, juez constitucional, debe adelantar todo el proceso y tomar una decisión de fondo, siempre garantizando el debido proceso. En segunda instancia, la cual se activa si el fallo es impugnado dentro de los tres siguientes a la notificación, el juez competente tiene veinte días para decidir, sin perjuicio del cumplimiento del fallo cuando el derecho sea tutelado. A propósito, la celeridad no sólo se debe predicar del trámite procesal para decidir, sino del cumplimiento de la orden para la protección del derecho que son 48 horas o, según sea el caso, en un plazo razonable otorgado por el juez. De incumplirse la orden se puede incurrir en desacato[22], que trae como sanción hasta seis meses de arresto y hasta veinte salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de las consecuencias penales y disciplinarias a que haya lugar.

2.4.3 Subsidiaria

La acción de tutela no es un medio ordinario o común para la protección de los derechos fundamentales. Su interposición tiene dos presupuestos procesales, motivo por el cual se le endilga la característica de ser subsidiaria. De un lado, se puede interponer ante la carencia de otro medio judicial para la protección del derecho fundamental conculcado o amenazado, circunstancia que se presenta por una obvia razón, esto es, que el legislador, por más cobertura que pretenda, no es posible que pueda crear procedimientos para ese conjunto indeterminado de conductas humanas que conlleven a dicha consecuencia. De otro lado, aun cuando exista otro medido judicial, se puede hacer uso de este recurso de amparo para evitar un perjuicio irremediable entendido, conforme a la Corte Constitucional, de la siguiente manera: "(…) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen."[23]

2.4.4 Preferente

En Colombia no existen jueces especializados en materia de tutela. La competencia la tienen todos los jueces de la República, motivo por el cual

[22] Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

[23] Sentencia T-606 de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

deben alternar sus funciones y competencias comunes con la de juez constitucional cuando a sus despachos lleguen acciones de tutela. Por esta razón, desde el mismo canon constitucional, se dispone la preferencia en el trámite, relegando los procesos comunes. No de otra manera se pudiera evacuar el trámite procesal en diez días. La única excepción a esta regla es cuando el mimo juez tenga que resolver un habeas corpus conforme al artículo 30 de la CP.

2.4.5 Pedagógica

En la narrativa constitucional colombiana se observa con nitidez algo obvio y elemental, pero que es importante reiterarlo: antes de la CP de 1991, se vulneraban los derechos fundamentales con una impunidad asombrosa al no existir un recurso efectivo, sumario y sencillo para su protección como lo es la acción de tutela. Ahora que existe, y luego de 30 años de entrada en vigor, luego de tres décadas, se debería constatar en la misma línea narrativa que su interposición debió minimizarse con el paso del tiempo por efecto de una pedagogía con énfasis en el respeto por los derechos fundamentes constitucionales, aplicando de manera enérgica el artículo 41 de la CP (pedagogía constitucional) y el artículo 54 del Decreto 2591 de 1991, el cual norma que "En las instituciones de educación se impartirá instrucción sobre la acción de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Constitución". Empero, no hay tal. Invocando como fuente la Defensoría del Pueblo, se ha llegado al extremo de interponerse una tutela cada 51 segundos y de descender a 34 segundos en momentos de mayor crisis en el país. Estamos próximos a constatar la tutela número nueve millones. La conclusión es que esta característica, tan bondadosa para la civilidad, por problemas estructurales del Estado y falta de concientización por el respeto a los derechos fundamentales, ha sido ineficaz. La pedagogía constitucional demanda un gran compromiso como reto mayor para la efectiva garantía de los derechos y libertades y, de contera, como contribución a la descongestión del aparato jurisdiccional del Estado.

3. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

3.1 Una aproximación conceptual

Con la breve contextualización sobre la acción de tutela, se allana el camino para una mejor comprensión del estado de cosas inconstitucional (ECI). Esta es una institución procesal especial oficiosa creada por la Corte Constitucional[24] de Colombia y tiene como propósito la protección efectiva y objetiva de un grupo población al cual, por la acción o la omisión de varias autoridades de una o varias entidades, se le vulneran o amenazan vulnerar, de manera sistemática y sostenida en el tiempo, varios derechos fundamentes. Tiene su fuente inspiradora en los dos aspectos más referenciados en las letras precedentes: la acción de tutela y los derechos fundamentales. Sin embargo, para una mejor interiorización de dicho instituto jurídico jurisprudencial, bueno es pensar de manera plural, si se quiere masiva, tanto de los sujetos afectados, como de las autoridades y de los derechos vulnerados o amenazados.

Así lo ha definido la Corte Constitucional:

> "La figura del Estado de Cosas Inconstitucional, es aquella mediante la cual esta Corte, como otros Tribunales en el mundo, ha constatado que en algunas situaciones particulares el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal. Se ha decretado al verificar el desconocimiento de la Constitución en algunas prácticas cotidianas en las que interviene la Administración, y en las que las autoridades públicas, aún al actuar en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales, en relación con su respeto y garantía.
>
> Solo aparece cuando se ha reconocido la existencia de dos fenómenos concurrentes: de un lado del compromiso masivo y generalizado de un número plural de derechos fundamentales y, de otro, de la relación de éste con fallas estructurales del Estado, que tornan ineficaces las órdenes que el juez de tutela pueda emitir en forma aislada. Ambos fenómenos componen los llamados *"casos estructurales"*, frente a los cuales las medidas individuales resultan insuficientes."[25]

Por lo expresado, se deben observar unos componentes que le dan identidad al ECI, los que responden a dos problemas que en el ámbito ontológico nacional se han presentado, los cuales se pueden esbozar con las siguientes preguntas: ¿qué pasa cuando de manera grave, sistemática y sostenida en el

[24] Las competencias y funciones de la Corte Constitucional generan ciertas tensiones. Una importante reflexión al respecto la encontramos en VILA CASADO, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Bogotá: Editorial Legis, 2007, p. 274.

[25] Sentencia T-762 de 2015, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado. Considerando 22.

tiempo se amenaza o se vulneran varios derechos fundamentales a un mismo grupo de personas por la acción u omisión de varias autoridades? y, ante estos hechos que se derivan de problemas estructurales del Estado, ¿la sola orden del juez de tutela es eficaz para la protección de los derechos fundamentales amenazados o conculcados?

Ante la primera pregunta se puede responder que cada persona tiene el derecho de interponer la acción de tutela, lo que es cierto, pero ello alimentaría una mayor congestión judicial como también puede acontecer que se profieran fallos en distinta dirección generando inseguridad jurídica y menguando el derecho a la igualdad; y, ante la segunda pregunta, la respuesta es que por tratarse de problemas estructurales en la que concurren varias autoridades y dependencias del Estado, la mera orden individual proferida por el juez constitucional para que se haga o se deje de hacer no es suficiente desde la óptica de su eficacia, razón por la cual se hace necesario que el Tribunal Constitucional conserve poderes de seguimiento a las órdenes impartidas al momento de tutelar los derechos.

3.2 Requisitos para proferir el ECI

La Corte Constitucional, como más adelante se precisa, por primera vez declaró el ECI en el año de 1997. Este, desde entonces, ha tenido una importante evolución al ser declarado en varias ocasiones. Una sentencia que marcó un hito en esta línea jurisprudencial es la T-025 de 2004 al abordar, como problema jurídico, la situación de grave vulnerabilidad de la población desplazada a consecuencia del conflicto armado interno. En esta sentencia, el Alto Tribunal fijó unos parámetros para que se pueda declarar el ECI, los que de plasman a continuación:

> "(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;
>
> (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;
>
> (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;
>
> (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
>
> (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto

> complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;
>
> (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial." [26]

3.3 Efectos de la declaratoria de ECI

En principio, los fallos en virtud de la acción de tutela tienen un carácter interpartes, lo que ha mudado a una dimensión de interpares en atención al derecho de igualdad buscando materializar el principio de prevención respecto a la vulneración de los derechos fundamentales. Con la declaratoria de ECI se pretende ir más allá, sin desconocer estos efectos. La Corte Constitucional se abroga unas competencias al proferir órdenes y hacer seguimiento, lo que no ha de confundirse con el desconocimiento del principio de separación de poderes o de frenos y contrapesos, sino que, por el contrario, ha de asumirse como un fortalecimiento, pues dicho principio está estrechamente relacionado con el principio, también constitucional, de colaboración armónica entre los órganos de las ramas del poder público y los demás órganos autónomos e independientes, según el mandato del artículo 113 de la CP. A problemas estructurales, soluciones estructurales, sería la conclusión.

Por lo anterior, bien se puede hablar de varios efectos de los fallos cuando se declara el ECI: a) efecto interpartes en la medida en que la Corte se pronuncia en atención a casos concretos que llegan a su conocimiento por vía de tutela y, desde luego, que las decisiones cobija tanto a accionantes como a accionados; b) tiene efectos interpares al repercutir en quienes integran el grupo poblacional afectado por la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos fundamentales, así no sean partes; c) no termina con las órdenes para la protección de los derechos, debido a que la Corte hace seguimiento por medio de salas de seguimiento; d) la Corte da órdenes precisas, concretas y claras para la protección efectiva de los derechos; e) profiere autos de seguimiento en el que involucra a las autoridades y entidades cobijadas por la sentencia, incluyendo las de inspección y vigilancia, para constatar y asegurar el cumplimiento de las órdenes impartidas; f) celebra audiencias públicas con los más diversos actores, dando plena aplicación al principio de publicidad y transparencia, lo que produce un efecto político y social; g) influye de manera directa o indirecta en la definición de políticas públicas y demás decisiones

[26] Sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

que ha de tomar el Estado para la efectiva garantía de los derechos conculcados o amenazados en el asunto objeto de declaratoria de ECI.

4. SENTENCIAS PROFERIDAS EN VIRTUD DEL ECI

4.1 Sentencia	Magistrado Ponente	Origen del problema jurídico
SU-559 de 1997	Eduardo Cifuentes Muñoz	Varios docentes interpusieron tutela contra los alcaldes municipales de María la Baja y Zambrano del departamento de Bolívar por la no afiliación al Fondo de Prestación Social del Magisterio, no obstante que le estaban descontando 5 % del salario.

Comentarios:

Los docentes alegaron que por la omisión en la afiliación se le vulneraban los derechos a la vida, salud, seguridad social, igualdad y trabajo.

La Corte Constitucional constató que era un problema estructural que estaba afectando a un número considerable de educadores en los departamentos, distritos y municipios de todo el país, no sólo a los accionantes, razón por la cual declaró el ECI, utilizando por primera vez esta figura.

4.2 Sentencia	Magistrado Ponente	Origen del problema jurídico
T-068 de 1998	Alejandro Martínez Caballero	Se acumularon cinco expedientes de igual número de ciudadanos que interpusieron tutela contra la Caja de Previsión Social, Subdirección de Prestaciones económicas, por vulnerar el derecho de petición.

Comentarios:

Las peticiones se efectuaron en relación con reliquidaciones, reconocimiento y pago de pensión de jubilación.

La Corte constató que durante los años 1995, 1996 y 1997, se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela contra la Caja de Previsión Social (16 % del total presentadas en el país). Así las cosas, la Corte concluye que el derecho de petición no sólo se le estaba quebrantando a los accionantes sino a un número significativo de ciudadanos con lo cual era evidente la presencia de un problema estructural. Además, se involucró la acción de tutela para exigir el mandato legal de respuesta. Por estos motivos la Corte declaró el ECI.

4.3 Sentencia	Magistrado Ponente	Origen del problema jurídico
SU-153 de 1998	Eduardo Cifuentes Muñoz	Se acumularon dos expedientes de acciones de tutela interpuestas por personas privadas de la libertad en la Cárcel Modelo de Bogotá y en la Cárcel Distrital de Bellavista de Medellín contra el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) por el grave hacinamiento generando vulneración a los derechos humanos de los internos.

Comentarios:

La Corte Constitucional ordenó diligencia de inspección judicial a las dos cárceles mediante las cuales se pudo constatar "las condiciones absolutamente infrahumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición personal"., según se lee en la Sentencia. Se confirma, dice la Corte, lo que venían advirtiendo varios órganos estatales sobre el hacinamiento desbordado en las cárceles colombianas vulnerando múltiples derechos fundamentales y, en consecuencia, fomentando violencia, corrupción, extorsión y enfermedades, entre otros efectos negativos.

Además de las inspecciones, la Corte constató por medio de informes que el hacinamiento era un problema generalizado en los centros de reclusión del país.

De esta manera, el Alto Tribunal comprobó que era un problema estructural, motivo por el cual declaró el ECI, dando órdenes precisas a las autoridades para dar soluciones efectivas que permitieran materializar condiciones de vida dignas a dicha población.

4.4 Sentencia	Magistrado Ponente	Origen del problema jurídico
SU-250 de 1998	Alejandro Martínez Caballero	Tutela interpuesta por una ciudadana, quien había sido nombrada notaria de manera interina en la ciudad de Medellín, contra la Presidencia de la República y el Ministerio de Justicia y del Derecho, al ser desvinculada.

Comentarios:

En el acto administrativo de nombramiento como notaria, expresamente se decía *que mientras se provee el cargo en propiedad mediante concurso.* Sin embargo, la accionante fue desvinculada sin motivación alguna y en su reemplazo se nombró un notario también en interinidad. Invoca la vulneración de los derechos a la igualdad, trabajo y debido proceso.

La Corte, luego de hacer un análisis sobre el carácter subsidiario de la tutela y la necesidad de motivar los actos administrativos, entre otros aspectos, tutela los derechos de la accionante.

Además de lo anterior, la Corte deduce un problema estructural al constatar que no se había cumplido con el inciso 2º del artículo 131 de la CP que prescribe: *El nombramiento de los notarios en propiedad se hará por concurso.* Con base en ello, el Tribunal Constitucional declara el ECI y ordena llevar a cabo el concurso para notarios en un lapso de 6 meses.

4.5 Sentencia	Magistrado Ponente	Origen del problema jurídico
T-289 de 1998	Fabio Morón Díaz	Una ciudadana interpone acción de tutela contra el alcalde del municipio de Ciénaga del departamento del Magdalena, por el no pago de salarios y prestaciones sociales durante los meses de mayo-diciembre de 1997.

Cometarios:

La accionante invocó como derecho vulnerado, el derecho a la vida. Se amparó su derecho desde la perspectiva del derecho al mínimo vital.

No obstante lo anterior, la Corté verificó que el atraso en el pago de los salarios y prestaciones sociales por parte el municipio de Ciénaga era sistemático y repetitivo. Existían más de 200 procesos ejecutivos en contra del Municipio y varias acciones de tutela. De esta comprobación, la Corte infiere un problema estructural que la lleva a declarar el ECI. En consecuencia, ordena al Concejo Municipal tomar las previsiones presupuestales necesarias para el cabal cumplimiento de las obligaciones laborales.

El Alto Tribunal reflexiona sobre el carácter subsidiario de la tutela y el principio de colaboración armónica para evitar vulneración masiva de los derechos fundamentales.

4.6 Sentencia	Magistrado Ponente	Origen del problema jurídico
T-559 de 1998	Vladimiro Naranjo Mesa	Se acumulan cuatro expedientes de tutelas de igual número de ciudadanos interpuestas contra el departamento del Chocó por el atraso en el pago de las mesadas pensionales.

Comentarios:

Los accionantes se definen, tal como se lee en la Sentencia, como *pobres entre los pobres*. Aducen que con el no pago oportuno de las mesadas pensionales, se le vulneran sus derechos a la vida, a la salud y al trabajo. La Corte ampara el derecho al mínimo vital.

Además del amparo solicitado, la Corte Constitucional declara el ECI al observar que se trata de un asunto sistemático y reiterativo por parte del departamento del Chocó.

El Alto Tribunal, en esta sentencia, hace una consideración relevante:

> "De acuerdo con el principio de separación de funciones previsto en el artículo 113 C.P. no es tarea de los jueces instar a los demás funcionarios públicos, y menos aún a las autoridades, al cumplimiento de los deberes previstos en el ordenamiento. Sin embargo, se ha venido convirtiendo en una peligrosa costumbre la omisión por parte de la Administración Pública de sus funciones más elementales, lo que ha llevado a que los despachos judiciales resulten congestionados de negocios que sólo persiguen hacer respetar el principio de legalidad por parte de los servidores públicos (Cf. artículo 6 C.P.)"

4.7 Sentencia	Magistrado Ponente	Origen del problema jurídico
T-590 de 1998	Alejandro Martínez Caballero	Un abogado, en representación de una persona privada de la libertad por el presunto delito de rebelión, interpone acción de tutela contra la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales y el INPEC, solicitando el traslado del pabellón de alta seguridad de la cárcel La Modelo a una casa fiscal o especial, aduciendo que su vida corría peligro.

Comentarios:

La especial circunstancia de la tutela es que la persona privada de la libertad es reconocía como defensora de los derechos humanos. Por este motivo, su abogado argumentó que se le estaban vulnerando su derecho a la vida y a la igualdad.

La Corte Constitucional, mediante diligencia de inspección judicial, constató las condiciones de reclusión del poderdante. Igualmente, comprobó su activismo como defensor de derechos humanos, razón por la cual su integridad y su vida corrían peligro, máxime por el ambiente de violencia que se vivía en aquella época.

El Tribunal Constitucional, luego de hacer un análisis sobre el derecho a la vida, su protección nacional e internacional y el deber del Estado de garantizar la integridad física y la vida de las personas privadas de la libertad, concede la tutela.

La Corte, además de conceder el amparo, encuentra un problema estructural en lo atinente a la falta de protección de los defensores de derechos humanos, razón por la cual declara el ECI y hace un llamado sobre la necesidad de fomentar la prevención a todas las autoridades para la protección de los derechos, y a los particulares a cumplir con el artículo 95/4 de la CP, esto es, "Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica".

4.8 Sentencia	Magistrado Ponente	Origen del problema jurídico
T-607 de 1998	José Gregorio Hernández Galindo	Un interno de la Penitenciaria Nacional de Cúcuta interpone una acción de tutela contra el INPEC al no ser atendido de manera eficiente en su salud.

Comentarios:

La persona privada de la libertad adujo que le estaban vulnerando los derechos a la salud y a la vida. Sostuvo que llevaba cuatro meses con constantes e insoportables dolores en las manos y que no le suministraban los medicamentos.

La Corte Constitucional, luego de hacer un profuso análisis de las condiciones de salud en la que se encontraban los reclusos, toma, entre otras, dos decisiones importantes:

a) ampara los derechos invocados por el recluso; y

b) le ordena al INPEC que en coordinación con los ministerios de Hacienda, Salud y Justicia y del Derecho y el Departamento Nacional de Planeación, "inicie, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para constituir o convenir un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada, que deberá estar operando plenamente en un término que no podrá exceder del 31 de marzo de 1999 y que cobije a la totalidad de los centros de reclusión del país, para detenidos y condenados."

Con la anterior decisión, que se origina en un caso individual, se ataca un problema estructural que afectaba de manera general a las personas privadas de la libertad, consecuencias propias del ECI.

4.9 Sentencia	Magistrado Ponente	Origen del problema jurídico
T-525 de 1999	Carlos Gaviria Díaz	La Corte Constitucional acumula diecisiete expedientes de acciones de tutela interpuestas por un importante número de ciudadanos contra el departamento de Bolívar por mora reiterada en el pago de las mesadas pensionales a los jubilados.

Comentarios:

Los accionantes, con razón, reclaman la protección del derecho a la vida y a la seguridad social.

La Corte no sólo ampara dichos derechos, sino que hace un llamado a los jueces que negaron su protección invocando el carácter subsidiario de la tutela cuando fácil era advertir el grado de vulnerabilidad de los accionantes al no tener siquiera para comer, vulnerando su derecho fundamental al mínimo vital.

De igual manera, al observar un problema estructural declara el ECI y le ordena a la Asamblea Departamental de Bolívar que, en coordinación con el Gobernador, tome las medidas necesarias en orden a corregir la falta de previsión presupuestal para el pago de las mesadas pensionales del departamento.

4.10 Sentencia	Magistrado Ponente	Origen del problema jurídico
SU-090 de 2000	Eduardo Cifuentes Muñoz	Se acumularon catorce expedientes de tutelas interpuestas por varios ciudadanos contra la Caja de Previsión Social del Magisterio, el Fondo Territorial de Pensiones y el Gobernador del departamento del Chocó, por vulneración sistemática y reiterada en el pago de pensiones.

Comentarios:

La Corte Constitucional, luego de un minucioso análisis de la realidad económica y política del departamento del Chocó realizada con base en inspección judicial, entrevistas, informes y revisión documental, en el considerando 25 de la sentencia, expone: "De la exposición realizada acerca del no pago de las pensiones en el Chocó se pueden extraer dos conclusiones. La primera es que el departamento afronta una grave crisis económica, que le impide cumplir cabalmente con sus obligaciones. Y la segunda, que la acción de tutela, precisamente en razón de la situación fiscal que atraviesa el Chocó, no ha logrado hacer cesar plenamente la vulneración de los derechos fundamentales de los pensionados, originada en la omisión en el pago de sus mesadas."

El Alto Tribunal llama la atención sobre la precaria situación económica del Departamento, pero también de sus posibles causas, entre las que se encuentran los bajos ingresos, el desgreño administrativo y la ineficacia de los órganos de control departamentales, motivo por el cual ordena poner en conocimiento de los órganos de control las presuntas irregularidades por acción u omisión de las autoridades departamentales.

Es tal el problema estructural que ni siquiera la tutela tendría eficacia para la protección de los derechos de los accionantes (vida, seguridad social y mínimo vital), ni mucho menos de sus pares.

Si embargo, bajo el principio de colaboración armónica, el Tribunal Constitucional había suspendido la discusión sobre los señalados casos, esperando que el Congreso de la República expidiera una ley para afrontar los problemas de no pago de las mesadas pensionales en los entes territoriales. Efectivamente, el Congreso de la República expide la Ley 549 de 1999 con tal propósito, ordenado un anticipo. Con base en éste, la Corte ampara los derechos de los accionantes, ordenando el pago pensional dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la sentencia.

4.11 Sentencia	Magistrado Ponente	Origen del problema jurídico
T-025 de 2004	Manuel José Cepeda Espinosa	La Corte Constitucional acumuló 109 nueve expedientes por igual número de acciones de tutela interpuestas por 1150 núcleos familiares de población desplazada contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura, de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA y otros. (Expediente T-653010).

Comentarios:

Es la sentencia hito en la línea jurisprudencial sobre ECI. Se trata, sin lugar a duda, del más grave problema estructural que ha tenido Colombia, fruto de la sinrazón alimentada por la maldad, avaricia y cobardía. Como lo ha sostenido el Alto Tribunal, el desplazamiento es un problema de humanidad, es una tragedia nacional.

Por el número de personas que interpusieron las acciones de tutela (personas especialmente protegidas por la CP como mujeres cabeza de familia, menores de edad, minorías étnicas y personas de la tercera edad), la cantidad de población desplazada, sus condiciones de vulnerabilidad extrema, el contenido, alcance y limitaciones de la política estatal en atención a dicha población, la pluralidad de derechos vulnerados, las entidades demandadas, las órdenes que dio la Corte Constitucional y los autos de seguimiento, entre otras consideraciones, este fallo bien se puede calificar como un ejercicio vanguardista que llevó a cabo el Tribunal Constitucional de inusitades dimensiones digno de referente quizás único en el mundo.

Entre los múltiples derechos vulnerados de manera repetida y constante de la población desplazada, además del desarraigo que en sí mismo significa abrumadora afectación psicosocial, se pueden relacionar los siguientes: vida e integridad personal, mínimo vital, de petición, vivienda digna, salud, trabajo, familia, libertad personal, educación, igualdad, ayuda humanitaria, reubicación, restablecimiento económico, no discriminación, libertad de locomoción, derecho a escoger su lugar de domicilio, al libre desarrollo de la personalidad. En fin, se abogada por una atención integral a la población desplazada.

La Corte Constitucional, luego de constatar que el Estado viene tomando medias para atender la población desplazada y de verificar su sistemática ineficacia, llega a la siguiente conclusión:

> "6.3.1.4. En conclusión, la Corte estima que la respuesta del Estado sufre de graves deficiencias en cuanto a su capacidad institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática, la protección integral de los derechos de la población desplazada. No puede el juez de tutela solucionar cada uno de estos problemas, lo cual corresponde tanto al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales, como al Congreso de la República, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. No obstante, lo anterior no impide que al constatar la situación de vulneración de los derechos fundamentales en casos concretos, la Corte adopte correctivos encaminados a asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados, como lo hará en esta sentencia, e identifique remedios para superar estas falencias estructurales que comprometen diversas entidades y órganos del Estado."

La Corte, ante el grave problema estructural derivado de la no atención integral a la población desplazada, de manera expresa, en el primer punto de la *decisión* declara el ECI por la situación de la población desplazada. Direcciona gran parte de las órdenes hacia el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, sin menoscabo de la vinculación de otras entidades nacionales, órganos de control y la comunicación a todos los entes territoriales sobre tal declaración.

4.12 Sentencia	Magistrada Ponente	Origen del problema jurídico
T-388 de 2013	María Victoria Calle Correa	La corte acumula nueve expedientes de acciones de tutela interpuestas por un número considerable de reclusos contra el Instituto Carcelario y Penitenciario de Cúcuta, la Cárcel La Tramacúa de Valledupar, la Cárcel Modelo de Bogotá, la Cárcel Nacional Bellavista de Medellín, la Cárcel San Isidro de Popayán y el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Barrancabermeja (presentada por el Defensor del Pueblo Regional), por vulneración constante y sistemática de varios derechos fundamentales.

Comentarios:

Sigue el problema estructural de hacinamiento desbordado que trae consigo varias problemáticas como violencia, corrupción, extorsión y la vulneración de manera masiva y generalizada de múltiples derechos fundamentales.

En términos generales, las personas privadas de la libertad que interpusieron las acciones de tutela alegan la violación de varios derechos fundamentales: dignidad humana, vida en condiciones dignas, integridad personal, salud, reintegración social, mínimo vital, núcleo familiar, intimidad, libre desarrollo de la personalidad,

un ambiente sano, deporte, recreación, presunción de inocencia, libertad individual, de petición.

No obstante, advierte el Alto Tribunal, que ya había declarado el ECI mediante la sentencia T-153 de 1998 y que en virtud de las órdenes dadas a diferentes autoridades bajo el principio de colaboración armónica se tomaron importantes medidas para evitar el hacinamiento y sus negativos efectos razón por la cual se había levantado en el año de 2010, de nuevo surgen problemas estructurales derivados, entre otras causas, del hacinamiento.

Así, los centros de reclusión de nuevo se convierten en sitios donde se propician tratos crueles, inhumanos e indignos contrariando la CP y los tratados internacionales.

Ahora bien. La Corte resalta que si bien es cierto los problemas estructurales de la población privada de la libertad en Colombia deviene, en parte, del hacinamiento y deterioro de la infraestructura penitenciaria y carcelaria, también existen otros factores que inciden en la negación de derechos por falta de una política pública inclusiva, pues hay sujetos de especial protección constitucional a los que se vulneran con mayor asiduidad sus derechos como a la mujeres, niños y niñas que son concebidos en reclusión y pasan sus primeros días de vida en dichos centros, indígenas, afrodescendientes, extranjeros y personas con orientaciones sexuales diversas. También existen otros problemas como la dificultad para la higiene personal, la falta de agua, de servicios básicos, lo mismo que las decisiones disciplinarias que ponen al recluso en mayor grado de vulnerabilidad del que ya viven.

De esta manera, la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad no se circunscribe per se a la construcción de más cárceles sino a una verdadera y eficaz política pública penitenciaria y carcelaria respetuosa de la dignidad humana que conlleve al fomento de la tolerancia en virtud del principio del pluralismo y al respeto por los derechos humanos en todos los niveles.

De esta manera, con base en amplias consideraciones, el Tribunal Constitucional de nuevo declara el ECI en la búsqueda de mayor eficacia en las medidas por parte de las autoridades competentes y, lo más importante, haciendo énfasis en la construcción de una política pública penitenciaria y carcelaria que garantice la dignidad humana, integralmente hablando, de la población privada de la libertad.

4.13 Sentencia	Magistrada Ponente	Origen del problema jurídico
T-762 de 2015	Gloria Stella Ortiz Delgado	Se acumularon 18 expedientes de acciones de tutela interpuestas por personas privadas de la libertad o Defensores del Pueblo contra establecimientos penitenciarios y carcelarios, el INPEC y otras entidades. Los accionantes están ubicados en diferentes lugares de la geografía nacional: Barrancabermeja, Pereira, Santa Rosa de Cabal, Medellín, Bogotá, Cúcuta, Caldas, San Vicente de Chucurí, Cartago, Palermo, Florencia, Apartadó, Sincelejo, Caldas, Villavicencio.

Comentarios:

Se sigue con unas fallas de carácter estructural en el sistema penitenciario y carcelario del país, derivado principalmente por el hacinamiento abonado por el endurecimiento punitivo y el uso excesivo de las mediades de aseguramiento privativas de la libertad.

El problema es sintomático y generalizado en todo el país, no obstante los ECI declarados mediante las sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013.

La Corte así lo sintetiza en la Sentencia "3. De manera general todas las acciones de tutela denuncian la violación sistemática de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad en el país. El principal reclamo se relaciona con las condiciones de reclusión que se ofrecen en las cárceles, descritas por los inconformes como "inhumanas", "tortuosas" y "violatorias de la dignidad humana."

El Alto Tribunal realiza un profuso estudio sobre los problemas estructurales en la materia que fomentan el hacinamiento y alejan a las personas privadas de la libertad de sus más elementales derechos. Hace énfasis en varios aspectos: la desarticulación de la política criminal y el ECI; la subordinación de la política criminal a la política de seguridad; la política criminal es inestable, inconsistente, volátil y reactiva en tanto que existe debilidad institucional; es poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional.

Entonces, llama la atención en cuanto que la política criminal debe tener un carácter preventivo, debe primar la libertad, el derecho penal debe ser la última ratio, debe cumplir una función preventiva y de resocialización y, lo más importante, debe cumplir con unos estándares mínimos de protección de los derechos humanos de los reclusos.

La Corte Constitucional, al constatar de nuevo el hacinamiento; la vulneración masiva de los derechos fundamentales en los centros de privación de la libertad; las precarias condiciones de salud, salubridad e higiene; la falta de privacidad en las visitas conyugales; la vulneración sistemática y reiterativa de la dignidad humana, de nuevo declara el ECI, emite órdenes, vincula a los órganos de control e implementa un riguroso seguimiento.

Llama la atención el siguiente apartado de la *decisión:*

"TERCERO: DECLARAR que la Política Criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad. Así mismo, que el manejo histórico de la Política Criminal en el país ha contribuido a perpetuar la violación masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena."

4.14 Sentencia	Magistrada Ponente	Origen del problema jurídico
T-302 de 2017	Aquiles Arrieta Gómez	Esta acción de tutela fue interpuesta, en su condición de agente oficioso, por el abogado Elson Rafael Rodríguez Beltrán, en defensa de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes de la comunidad étnica Wayúu ubicada en el departamento de la Guajira. Entidades accionadas: la Presidencia de la República, los Ministerios de Salud y Protección Social, de Vivienda, Ciudad y Territorio, de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de Agricultura y Desarrollo Rural, el Departamento Administrativo de Prosperidad Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Superintendencia Nacional de Salud, la Unidad Nacional para la Gestión de Riesgos y Desastres, el departamento de la Guajira y los municipios de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao.

Comentarios:

No es fácil comprender el contraste que se vive en Colombia en relación con los niños, niñas y adolescentes. Tenemos el mejor artículo constitucional (44 de la CP) del mundo para la protección de sus derechos fundamentales, abundantes aguas y tierras fértiles, dotaciones naturales acaso envidiables, pero no obstante toda nuestra riqueza, se tienen nefastas noticias de muertes de menores de edad asociadas a la desnutrición.

Menos mal existen profesionales del derecho con verdadera sensibilidad social como el abogado Rodríguez, y funcionarios del Estado que ha interiorizado la fórmula de Estado social de derecho, como los jueces y magistrados de tribunales y altas cortes, entre otros.

Esta sentencia es de un componente humano inobjetable. En ella se lee el reflejo de la angustia por el desbordado grado de vulnerabilidad en la que viven los niños y niñas de la comunidad indígena Wayúu.

La Corte Constitucional para proferir este fallo de tutela, de manera diligente, llevó a cabo doce diligencias de inspección judicial al departamento de la Guajira mediante los cuales pudo constatar que los menores de edad de la comunidad Wayúu no tenían satisfechas sus necesidades más básicas. Se le estaban vulnerando sus derechos a la vida, salud, agua, alimentación, participación étnica, con una obvia interrelación entre ellos produciendo una especie de efecto dominó.

También pudo comprobar que se venían realizando algunos esfuerzos por parte de autoridades en los diferentes niveles territoriales pero que a todas luces no eran suficientes, a tal punto que hasta la Comisión Interamericana de Derecho Humanos hubo de ocuparse del asunto.

En fin, el Tribunal Constitucional halló tal nivel de problemas estructurales que la condujo, sin dubitación alguna, a declarar el ECI. Y, según se puede ver en el vídeo de conmemoración de los 30 años de la Corte Constitucional, es uno de los ECI que, por fortuna, ha tenido mayor eficacia.

4.15 Sentencia	Magistrada Ponente	Origen del problema jurídico
SU-020 de 2022	Cristina Pardo Schlesinger	La Corte Constitucional acumuló cuatro expedientes de acciones de tutela interpuestas por varias personas que suscribieron el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera entre el Estado Colombiano y la guerrilla de las FARC, que actualmente se hallan en proceso de reincorporación, contra la Presidencia de la República, el Ministerio del interior, la Unidad Nacional de Protección, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, la Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cometarios:

El proceso de paz con las FARC-EP, ahora partido político Comunes, ha sido muy complejo, con esfuerzos institucionales, críticas, avances y retrocesos, pero que en definitiva ha significado un paso adelante hacia la paz, supremo valor que contempla el preámbulo de la CP y que tanto se añora y se necesita.

Su implementación ha estado llena de obstáculos multicausales con algunos efectos negativos, entre los que se cuenta, como el más trágico, los atentados contra la vida y la integridad personal de excombatientes. Se ha vulnerado el derecho a la vida y a la integridad personal de quienes están en proceso de reincorporación a la vida civil buscando un nuevo proyecto de vida. En la sentencia se lee que desde el 1º de diciembre de 2016 al 25 de abril de 2021 fueron asesinados 299 excombatientes, con una coincidencia adicional: algunos de ellos eran líderes comunitarios y sociales y defensores de derechos humanos. Igualmente, en el considerando 8.2.28 de la sentencia, se precisa que contra personas reincorporadas, defensores/as de derechos humanos y líderes sociales, de 2017 a marzo de 2021, se cometieron 640 homicidios.

Es el tema central de la sentencia T-020 de 2022, de la cual se ponen de presente los siguientes puntos.

En primer lugar, llama la atención que siendo el ECI una institución con carácter oficiosa, los accionantes solicitaron que el juez constitucional declarara "la existencia de un ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL frente a la situación de derechos y seguridad de la población firmante del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, así como consecuencia de su precaria implementación." Los accionantes sostienen que no se ha cumplido de buena fe el Acuerdo Final de Paz.

En segundo lugar, que la Corte Constitucional llevó a cabo un análisis pormenorizado de cada una de las entidades responsables encargadas de dar cumplimiento al Punto 3.4 del Acuerdo Final de Paz, concluyendo que no obstante los esfuerzos, no han sido eficaces, ante todo por no aplicar debidamente el principio de coordinación, y actuar más en sentido reactivo e individual, que no preventivo, colectivo e integral, como aconseja la complejidad en un contexto de posconflicto.

En tercer lugar, entre todas las consideraciones que la Corte hace, resalta la importancia de garantizar la reincorporación a la vida civil de los firmantes de la paz, como piedra angular para alcanzar una confianza institucional y, por supuesto, el fin último cual es lograr una paz estable y duradera. Se lee en la sentencia:

> "7.5.10. Además de promover la reconciliación, generar espacios para facilitar la convivencia, al igual que la reconstrucción del tejido social, la reincorporación contribuye a cumplir con la consolidación de la paz, en el sentido en que permite hacer claridad sobre la fragilidad de los escenarios y la necesidad de incluir una mirada territorial y local –con enfoque diferencial, étnico y de género-, que construya desde las necesidades propias de quienes están comprometidos/as con la vuelta a la vida civil y les brinde oportunidades de participar activamente en la configuración de los espacios decisivos para el desarrollo de sus proyectos vitales."

En cuarto lugar, y en consecuencia, el Alto Tribual protege los derechos de los accionantes a la vida, integridad personal, seguridad y paz.

Y, por último, dándole la razón a los accionantes, en el punto Séptimo de la *decisión* declara "el Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) por el bajo nivel de cumplimiento en la implementación del componente de garantías de seguridad a favor de la población signataria del Acuerdo Final de Paz en proceso de reincorporación a la vida civil, de sus familias y de quienes integran el nuevo partido político Comunes."

Corolario de lo anterior, profiere varias órdenes para su materialización y vincula, como se procede con esta figura, a los órganos de control y crea una Sala de Seguimiento.

CONCLUSIONES

En primer lugar, resaltar que lo mejor que le pudo haber pasado a la Nación colombiana fue haberse dado la oportunidad de repensar su Constitución, creando una Carta Política realmente progresista en varias dimensiones, entre ellas, los derechos constitucionales fundamentales y su especial protección, lo que ha beneficiado a millones de connacionales al permitirles un acceso efectivo a la administración de justicia.

En segundo lugar, que tanto la acción de tutela como el juez de tutela (juez constitucional), se han convertido en propicios canales para que la Constitución viva en la cotidianidad social. Una Constitución viviente, es una auténtica Constitución.

En tercer lugar, que son innegables las bondades de la acción de tutela para la positiva garantía de los derechos y libertades, pero que Colombia ha tenido y tiene unas fallas estructurales que la han desbordado en su visión original como medio eficaz para la protección individual de los derechos fundamentales.

En cuarto lugar, en respuesta a lo antes dicho, la Corte Constitucional de Colombia ha procurado, como un juez "Hércules", ir más allá del mero amparo constitucional individual cuando ha detectado fallas o problemas estructurales, en todo caso respetando la separación de poderes pero llevando a la praxis el principio de la colaboración armónica, declarando en varias ocasiones el ECI, dando órdenes, en plural, pero lo más relevante, haciendo seguimiento, generando un profundo impacto jurídico, político y social, influyendo en la construcción o reconstrucción de políticas públicas en procura de la materialización de los fines esenciales del Estado.

En quinto lugar, que de no haber sido por la creación del ECI, la interposición de la acción de tutela se hubiese elevado exponencialmente trayendo como efecto inmediato una mayor congestión del aparato jurisdiccional del Estado. El sólo pensar en la población desplazada, se estaría hablando de millones de tutelas adicionales.

Por último, que la acción de tutela no es la culpable de la congestión en la justicia que inhibe una pronta y cumplida administración de justicia. Las causas de la abundante interposición de esta acción son otras: problemas estructurales y carencia de una verdadera pedagogía que cimiente el respeto por los derechos fundamentales, la importancia de interiorizar los alcances del Estado social de derecho y genere una cultura política como acicate de la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

CALDERÓN, Camilo. Revocatoria del Congreso en 1991. Revista Credencial Historia No. 162. Biblioteca Virtual del Banco de la República. En línea: https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-162/revocatoria-del-congreso-en-1991. Consultado el 02 de junio de 2022.

MANILI, Pablo Luis. Bloque de Constitucionalidad. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2005.

PARRA GUZMÁN, Mario y VELANDIA CANOSA, Eduardo. Tutela Jurisdiccional de los derechos fundamentales. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2000, p. 87.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 1997, p. 285.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel F., Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Editorial Temis, Sexta Edición, 2000, p. 332.

REY CANTOR, Ernesto. El Derecho Procesal Constitucional. Un nuevo concepto. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, p. 73.

TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. La jurisprudencia como medio para la protección de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Libre. Primera Edición, 2022.

VILA CASADO, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Bogotá: Editorial Legis, 2007, p. 274.

EL METADERECHO, SU DESARROLLO PRÁCTICO ACTUAL Y EL URGENTE CAMBIO DE PARADIGMA A NIVEL PROCESAL

*Jorge Iván Guerra Fuentes**

1. RESUMEN

En la actualidad, el mundo atraviesa una era digital abanderada por la Internet. Lo que ha llevado a la humanidad a una dependencia excesiva por vivir conectados a la web, a tal punto, de invertir gran parte del tiempo a navegar en ella. Ya sea, por mero ocio, trabajo, estudio, entre otros muchos menesteres cotidianos.

Este excesivo uso del ciberespacio ha generado que prácticamente asumamos nuestra realidad desde dos planos existenciales. Uno, con la vida tal cual la hemos conocido desde el nacimiento natural, a la que podríamos llamar tradicional o análoga; y otro, que asumimos bajo la supeditación de estar constantemente navegando en la internet, ya sea a través de plataformas, redes sociales o sitios web. A la que predeciblemente llamaríamos virtual o digital; flagelo que se intensificará, cuando se materialice la visión del metaverso que se plantea como el paso a seguir.

* Abogado de la Universidad Popular del Cesar; Magister y Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Libre; Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa, Italia; Docente Universitario; Litigante; Conciliador en Derecho; Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Miembro del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericano; Conferencista Internacional; Autor de Artículos Especializados y Director del Canal en YouTube El Abogado; Correo: jiguerra@unicesar.edu.co Código QR: https://www.youtube.com/c/ElAbogado

Esta circunstancia, atendiendo a su progreso, genera una enorme problemática derivada de la constante violación y/o amenaza a derechos fundamentales en la red. Daños, que muchas veces desbordan el contexto virtual, materializándose en el mundo análogo ocasionando otros perjuicios.

Razón por la cual, es el Derecho el llamado a encarar dicho desafío, no solo desde el desarrollo de las garantías inherentes en el ecosistema virtual, sino también desde las consecuencias que tales condiciones puedan llegar a tener por fuera del mismo. Sin embargo, su abordaje exige un cambio de paradigma, pues al tratarse de un fenómeno sin precedentes, no se debe afrontar como otra cuestión propia del contexto análogo.

En consecuencia, se propone el concepto de metaderecho, como una forma evolutiva desde un enfoque meta del ordenamiento jurídico. Así mismo, se plantea la creación e implementación de un marco normativo mundial de internet en aras de atender a la problemática esbozada.

Palabras clave: Vida análoga, vida digital, metaverso, cambio de paradigma, metadereho.

2. INTRODUCCIÓN AL METADERECHO

A lo largo de los años, la mayoría de los diferentes aspectos de la vida, en un contexto jurídico, se han tratado de abordar, de la misma forma. Siendo los romanos los principales referentes. Situación que, sin ánimo de desconocer su gran aporte a la evolución del derecho, para ciertas particularidades se vislumbra como un craso error. Teniendo en cuenta que, si algo es seguro, son los cambios. Las sociedades cambian, por ende, los contextos igual. Por lo tanto, los retos que supone el mundo moderno no pueden abordarse bajo las reglas remotas. Simple y llanamente porque hay aspectos en el presente, que ni siquiera se contemplaban en el pasado.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos a la sociedad actual. Dotada de comportamientos, costumbres y necesidades marcadas por la era digital, que retan a lo preestablecido por el derecho. Puesto que, la internet se muestra como un nuevo escenario en donde a través del uso de aplicaciones, plataformas y redes sociales, no solo conjugan muchas de las garantías fundamentales de las personas, sino también, sirven a su vez como foco de amenaza y/o vulneración de estas.

A todo esto, debemos sumarle el cambio de paradigma anunciado por el fundador de la red social Facebook, Mark Zuckerberg, de materializar el

concepto de metaverso. Un nuevo ecosistema virtual y tridimensional (3D) en el que los usuarios pueden interactuar entre ellos, trabajar, jugar, estudiar, realizar transacciones económicas, entre muchas otras posibilidades. Todo ello de forma descentralizada[1]. Algo muy similar a lo que se planteó en el filme Ready Player One[2]. Como el siguiente gran paso a seguir en esta era informática. Es decir, se propone que la humanidad ya no solo va a interactuar en la Internet a través del envío, recepción y/o publicaciones de mensajes de datos, sino que prácticamente nos vamos a proyectar dentro de la web a través de un avatar de nuestra elección. Pudiendo participar de reuniones, asistir a eventos virtuales e incluso, con la posibilidad de tener propiedad privada en este universo digital.

Ahora, sea importante aclarar, que la idea del metaverso no es exclusiva del señor Zuckerberg. Su misión es solo llevarlo a la realidad. Nuestra realidad. Tanto es así, que hizo un cambio significativo en cuanto al nombre de su imperio, pasando de llamarse Facebook a nombrarse Meta. Siendo la novela Snow Crash del autor Neal Stephenson, donde se mencionó por primera vez el concepto de metaverso.

Empero, el debate en torno a la internet y sobre todo al metaverso, ha tenido lugar desde tres frentes. El económico y su impacto en los Estados, las grandes empresas y los diferentes movimientos financieros que ocasionará; desde lo social, con respecto a los grandes eventos que podrán tener lugar; y desde lo tecnológico, en cuanto a las infinitas apuestas científicas a lograr. Pero en lo que respecta al derecho, como regulador, llama enormemente la atención, el gran desinterés frente al tema. Pues, poco se ha aludido al respecto. Y en la escasez de lo abordado, nos hemos quedado cortos o hemos sido desacertados.

Lo cierto es, que, desde la óptica jurídica, muchos son los aspectos para analizar frente a la internet, su actualidad y su nueva apuesta con el metaverso. Así mismo, muchos son los interrogantes que surgen frente al contexto. Solo por mencionar algunos relevantes ¿Estamos preparados jurídicamente para afrontar todo lo que se avecina? ¿jurídicamente cómo podríamos regular

[1] SANTANDER. Metaverso: todo lo que necesitas saber para aprovechar el "nuevo mundo" "en línea" Obtenido de: https://www.santander.com/es/stories/metaverso-todo-lo-que-necesitas-saber-para-aprovechar-el-nuevo-mundo acceso en mayo 21 de 2022.

[2] De Line D., Farah D., Macosko K. y Spielberg S. (Productores). Spielberg S. (Director)) 2018. Ready Player One Estados Unidos. Warner Bros.

el ecosistema virtual para evitar que no sea tierra de nadie? ¿Es hora de considerar a los intermediarios de internet civilmente responsables? ¿En los casos en que la capacidad de los intermediarios de internet supere a la de un Estado en cuestión, quien tiene la capacidad de obligar a los intermediarios de internet? ¿Será necesario implementar un marco regulatorio mundial de internet?

En ese sentido, frente a lo analizado, el derecho no puede quedarse como espectador tanto de lo que está teniendo lugar hoy, como lo que pueda acontecer mañana. Ya que, sin duda alguna, el escenario lo reta a encarar la regulación del ciberespacio. Pero eso sí, también bajo un cambio de paradigma. Teniendo en cuenta que muchos conceptos tradicionales abordados y establecidos por el ordenamiento jurídico, quedan sin aplicación cuando se trata del ecosistema virtual.

2.1 ¿Qué es el metaderecho?

Como punto de partida, importante será mencionar que no es necesario esperar a que se materialice el concepto de metaverso propuesto por el señor Zuckerberg, para que entremos a abordar la exposición y aplicación del metaderecho. Primero, porque hoy ya existen metaversos puestos en marcha, aunque no bajo esa proposición. Y segundo, porque el progreso tecnológico actual que brinda la internet exige, permite y requiere la evolución del derecho.

De esta manera, sea preciso instituir que, el metaderecho debe estudiarse más allá del derecho tradicional establecido desde hace siglos. Por lo tanto, se concibe como el ordenamiento jurídico que regula la adaptación, desarrollo e impacto de los derechos fundamentales en el ecosistema digital. Incluyendo el alcance que desde la web tengan en el mundo análogo. En detalle:

(i) Más allá del derecho tradicional, porque en cierta medida, la internet derrumbó las fronteras geográficas, políticas y sociales que teníamos como humanidad, haciéndonos acreedores de un vasto conocimiento que, muy a pesar de estar ahí para nosotros, jamás terminaremos de acaparar, precisamente por ser casi que infinito[3].

[3] GUERRA FUENTES, Jorge Iván. Responsabilidad Atribuible a los Intermediarios de Internet, en el Marco de un Proceso Judicial en Colombia. En Coletânea Do VI Seminário Internacional. Tutelas À Efetivação De Direitos Indisponíveis. Vol. 2. Brasil. Dialética Editora. 2022, p. 496.

(ii) En consideración a su aprovechamiento que se da en un plano netamente digital, intangible y de ilimitada amplitud. Para bien y para mal, permite que se puedan adaptar algunos atributos fundamentales. Como la libertad de expresión, el buen nombre, la honra, entre otras.

(iii) Irónicamente, la materialización de la libertad de expresión, que, por el estadio virtual, se muestra como el derecho fundamental con mayor desarrollo, sea la responsable de que se cristalicen otras garantías en la web. Como el caso del buen nombre, la intimidad, la honra, etcétera. Partiendo de que no todo lo que se exprese en la red, a través de su ejercicio, corresponderá a una realidad. Dando paso precisamente, a la entrada en escena de las famosas noticias falsas (fake news), que en palabras del ilustre profesor Martínez Lazcano, son la invención de hechos que no sucedieron o la alteración de hechos reales, con la finalidad de crear confusión y contrarrestar directa e indirectamente a una persona o personas o a las políticas emprendidas por el gobierno o rivales políticos[4].

(iv) Ese choque de garantías fundamentales, genera un enorme impacto. Primero, en cuanto al daño sufrido en la web. Recordemos que puede definirse como el menoscabo que sufre una persona en la internet, que afecta directamente sus derechos fundamentales, en especial el buen nombre, la honra y la intimidad, sin importar si se es un cibernauta o no[5]. Perjuicio que, entre otras cosas, puede desbordar el ecosistema virtual, materializándose en el mundo análogo o generando un nuevo daño de estirpe tradicional; y segundo, en cuanto a la ponderación de estos, donde a pesar de no considerarse a la libertad de expresión un derecho absoluto, pero en contraste si la base fundamental de una sociedad democrática, la balanza por lo general para no decir que siempre, se inclina a su favor.

Si bien, el metaverso tal como se ha propuesto, supondrá un enorme reto, el ordenamiento jurídico debe empezar a encarar las problemáticas que le presenta el ecosistema virtual hoy. Esto, no solo evitará que sigamos siendo indiferentes frente al contexto de esta sociedad, sino que eludiremos la

[4] MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. Democracia y Noticias Falsas. En Libertad de Expresión Parámetros Constitucionales y Convencionales. Colección del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. México. Editorial Primera Instancia. 2020, p. 52

[5] GUERRA FUENTES, Jorge Iván. Responsabilidad Atribuible a los Intermediarios de Internet, en el Marco de un Proceso Judicial en Colombia. Coletânea Do VI Seminário Internacional. Tutelas À Efetivação De Direitos Indisponíveis. Vol. 2. Brasil. Dialética Editora. 2022, p. 508

acumulación de problemáticas hacia el futuro. Así mismo, al momento que se presente algo mayor, como lo anunciado, ya tendremos una base o una ruta a implementar para su regulación.

3. DESARROLLO PRÁCTICO ACTUAL DEL METADERECHO

Aunque quizá la propuesta del concepto de metaderecho se muestre como una novedad, lo cierto es que desde hace mucho tiempo ha estado presente en la práctica jurídico social que tiene lugar en la Red. Por lo que, como se mencionó anteriormente, no será necesario esperar a que se materialice el metaverso para su puesta en marcha. Puesto que hoy se cristaliza como el ordenamiento jurídico que regula la adaptación, desarrollo e impacto de los derechos fundamentales en el ecosistema digital, solo que no lo visibilizábamos.

La causa de su nula visibilidad ha dependido principalmente de la indiferencia del Derecho en cuanto a su regulación de fondo. Ya que prácticamente ha cedido su regularización a los intermediarios de internet. Situación que en la práctica se traduce en una enorme problemática en donde los derechos fundamentales que conjugan en la Web resultan ser los grandes afectados.

Lo anterior, teniendo presente que hoy, peligrosamente en cuanto al desarrollo de estas garantías en el contexto digital, recaen sobre los intermediarios de internet tres facultades que marcan un absolutismo: (i) Legisladores; (ii) Sujetos procesales; (iii) Administradores de justicia. Todo esto, tomando como base las políticas de comunidad.

3.1 Marco normativo - políticas de comunidad

Partiendo de la característica de auto regulación que les asiste a los intermediarios de internet, estos tienen la capacidad de ser legisladores de las normas que regularan lo concerniente a los derechos y deberes de los usuarios dentro sus aplicaciones, plataformas y/o redes sociales. Estas, son conocidas en el contexto digital como políticas de comunidad, que no son otra cosa que reglas preestablecidas por cada intermediario con la finalidad de administrar, regular y sancionar el comportamiento de los cibernautas en la web. Se caracterizan por ser reglas impuestas a los usuarios. Es decir, son de corte adhesivo. Pues las personas al crear un perfil en una red social, siendo las

más famosas Facebook, Twitter y YouTube, no negocian que políticas de comunidad aceptar y cuáles no; simplemente acceden a ser regidos bajo las condiciones preestablecidas de manera unilateral por las plataformas digitales, para poder disfrutar de las mismas[6]

Dentro de la práctica virtual, encontramos algunos temas delicados que se han convertido en prioritarios para la mayoría de los intermediarios de internet. En el entendido de que han abordado su legislación, reglamentándolos dentro de sus plataformas. Solo por mencionar algunos ejemplos de estas políticas de comunidad encontramos, políticas relativas a la explotación sexual infantil[7], la política de contenido con incitación al odio o a la violencia[8]; política a la violencia e incitación[9], entre otras.

Así mismo, hallamos en el ecosistema digital, asuntos sensibles, cuyas políticas de comunidad partirán y por ende estarán ajustadas al objeto y a la actividad económica puntual de cada red social. Por ejemplo, no es lo mismo las políticas de comunidad frente al contenido sexualmente explícito en Meta, Twitter y Only Fans. Es fácil ver como cada una de ellas ha determinado limitaciones o su no prohibición[10] partiendo de su razón de ser.

En síntesis, las políticas de comunidad materializan la facultad de auto regulación que tienen los intermediarios de internet de generar las reglas que rigen y/o regirán su sitio web.

---

6 GUERRA FUENTES, Jorge Iván. Libertad de Expresión en las Plataformas Digitales ¿Censura o Límite? Obtenido de: https://icdp.org.co/la-libertad-de-expresion-en-las-plataformas-digitales-censura-o-limite/ acceso en mayo 23 de 2022.

7 TWITTER. Política Relativa a la Explotación Sexual Infantil. Obtenido de: https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/sexual-exploitation-policy acceso en mayo 25 de 2022.

8 YOUTUBE. Política de Contenido con Incitación al Odio o a la Violencia. Obtenido de: https://support.google.com/youtube/answer/2801939 acceso en mayo 25 de 2022.

9 FACEBOOK. Violencia e Incitación. Obtenido de: https://transparency.fb.com/es-es/policies/community-standards/violence-incitement/ acceso en mayo 25 de 2022.

10 LA REPÚBLICA. OnlyFans Revierte Política de Prohibición de Mostrar Contenido "Sexualmente Explícito". Obtenido de: https://www.larepublica.co/globoeconomia/onlyfans-revierte-politica-de-prohibicion-de-mostrar-contenido-sexualmente-explicito-3222239#:~:text=OnlyFans%2C%20una%20plataforma%20de%20suscripci%C3%B3n,una%20%22conducta%20sexualmente%20expl%C3%ADcita%22 acceso en mayo 26 de 2022.

3.2 De los sujetos procesales y la administración de justicia en el metaderecho

Las formas en que accedemos a la información, nos conectemos e interactuamos con otros han abierto un nuevo espacio para todos, un espacio que se ha convertido en una extensión de nuestro cuerpo, entre lo presencial y lo digital[11]. Escenarios materializados en aplicaciones, plataformas y redes sociales que nos permiten ejercer ciertas garantías fundamentales. Principalmente, la libertad de expresión.

Ahora, bajo el entendido de que la libertad de expresión no es un derecho absoluto[12] y muy a pesar de que, en gran medida, los intermediarios de internet buscan fortalecer su ejercicio a través de las políticas de comunidad, entendiendo que esta garantía es la base de una sociedad democrática, no menos cierto es, que así mismo buscan marcar sus límites. Es decir, los extremos de hasta donde se puede ejercer y hasta donde no es permitido.

Por ende, no se puede perder de vista que muchas veces esta garantía se cristaliza a través de publicaciones vejatorias que terminan por violar otros derechos de corte fundamentales de personas usuarias o no del ciberespacio. Esto, conlleva a que eventualmente se puedan generar litigios en el sistema judicial tradicional, pretendiendo el amparo de los derechos quebrantados. En una litis usuario Vs usuario o usuario Vs persona no usuaria de la red.

No obstante, también se presentan escenarios litigiosos que tienen lugar en el universo digital, donde los sitios web adoptan una posición de sujeto procesal (parte). Esto, cuando chocan con sus usuarios, partiendo de las publicaciones realizadas por estos últimos. Litis que entonces sucede entre plataforma Vs Usuario. Este tipo de controversias muchas veces redunda en los estrados judiciales tradicionales. Buscando que sean resueltos por un tercero imparcial. Es decir, un juez.

Así mismo, cuando las publicaciones de los usuarios violen las reglas preestablecidas, ya sea por vejatorias o por ir en contravía de una política de comunidad en específico, pueden los intermediarios de internet entrar nuevamente en escena. Solo que, ante estas situaciones, lo harán revestidos de la función de administrar justicia en la aplicación de las sanciones también previamente determinadas. Ocupando así, el rol de jueces.

[11] PELAEZ, Adrián. ¿Qué es la Revolución Digital? Obtenido de: https://nuso.org/articulo/que-es-la-revolucion-digital/ Acceso en mayo 24 de 2022.

[12] Ver Sentencia de la Corte Constitucional SU-420 de 2019 con ponencia del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas.

3.3 El daño desde la concepción del metaderecho

El concepto de daño es sin duda, el ejemplo más claro que el ecosistema digital no se puede abordar estrictamente bajo los parámetros tradicionales de los clásicos del derecho. Pues, su concepción, dado al escenario virtual, es mucho más complejo.

Así, mientras en el ordenamiento jurídico tradicional el daño es abordado desde un aspecto patrimonial y extrapatrimonial, partiendo del patrimonio o lo moral para encasillarlo en uno o en otro. En el metaderecho, el daño emana de lo intangible. Esto traduce en que, en principio es un detrimento incorpóreo, que menoscaba directamente los derechos fundamentales en el escenario virtual; pero que puede eventualmente desbordar la internet materializándose en el mundo análogo o generando un nuevo daño de estirpe tradicional. Es decir, de corte patrimonial y/o extrapatrimonial.

Verbigracia, de manera infundada, un hombre es señalado en internet de ser un violador (fake news). Al ser una publicación viral, su garantía fundamental al buen nombre sufre una vulneración. Al enterarse, su empleador decide cancelarle su contrato laboral, sus amigos se alejan de él porque nadie quiere verse afectado por su situación y le es imposible encontrar un nuevo empleo por la reputación que lo precede.

El ejemplo, nos enseña uno de los tantos escenarios de lo delicado de su concepción. Recordemos que, el daño que se sufre en la web, como consecuencia de publicaciones dañinas, se caracteriza por ser masivo, teniendo en cuenta que no se tiene claridad de la magnitud del alcance que puede llegar a tener su tráfico, teniendo la posibilidad de darle la vuelta al mundo en la medida en que se haga viral; Puede ser perpetuo, puesto que mientras la publicación vejatoria siga colgada en la plataforma, sin importar el tiempo que haya transcurrido desde su difusión, bastará una acción (un comentario, compartir, like) para reactivar su tráfico; Y, en la mayoría de los casos, está revestido de un falso concepto, llamado o cumplimiento de justicia, lo que genera mayor empatía y por ende mayor circulación de la noticia falsa entre los usuarios del ciberespacio[13]

[13] GUERRA FUENTES, Jorge Iván. Responsabilidad Atribuible a los Intermediarios de Internet, en el Marco de un Proceso Judicial en Colombia. En Coletânea Do VI Seminário Internacional. Tutelas À Efetivação De Direitos Indisponíveis. Vol. 2. Brasil. Dialética Editora. 2022, p. 509.

En la práctica social, el ejemplo mediático e insignia de la concepción del daño que se plantea y que puede llegar a sufrir una persona en el metaderecho es el del famoso actor Johny Depp y las difamaciones de su expareja Amber Heard.

3.4 Responsabilidad judicial por el daño acaecido en el metaderecho

En lo que respecta al daño que tiene lugar en el ecosistema digital, la postura que impera es que la responsabilidad es única y exclusiva del usuario autor de las publicaciones dañinas que lo generan. Este planteamiento considera que a los intermediarios de internet no les asiste tal responsabilidad.

Por ejemplo, la Corte Constitucional Colombiana, ha referido que los intermediarios de Internet no son responsables por el contenido que publican sus usuarios, ya que establecer esta responsabilidad llevaría a limitar la difusión de ideas y les daría el poder de regular el flujo de información en la red, en consecuencia, la responsabilidad es de quien directamente usa las expresiones ofensivas o calumniadoras[14].

Con esto, hoy, las personas, usuarias o no de una plataforma, que consideren amenazados o violentados sus derechos fundamentales en internet, solo podrán encontrar respaldo judicial en la medida en que accionen en contra del autor de la publicación vejatoria. Más no, en contra de quien funge como intermediario.

4. URGENTE CAMBIO DE PARADIGMA DEL METADERECHO A NIVEL PROCESAL

En el año 2020, en pleno confinamiento a raíz de la pandemia, el maestro Luigi Ferrajoli, propuso que la humanidad debía contar con una Constitución de la tierra[15] para prever e instituir instituciones de garantías planetarias. Idea que no es para nada descabellada teniendo en cuenta que, si bien hay problemáticas propias de localidades, ciudades e incluso de países, como humanidad tenemos problemáticas comunes. Ejemplo de ello, la covid 19 o el calentamiento global.

[14] Ver Sentencia de la Corte Constitucional SU-420 de 2019 con ponencia del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas.

[15] FERRAJOLI, Luigi. Conversaciones con Luigi Ferrajoli: La Esfera Pública Post Covid-19. Obtenido de: https://www.youtube.com/watch?v=sPPQjcXLbyo&t=1323s&ab_channel=MiguelCarbonell acceso en mayo 28 de 2022.

Tomando como base la propuesta del maestro Ferrajoli, se propone incluir como una cuestión de discusión universal a la internet, en cuanto a su regularización. Pues, bajo el diseño actual del contexto digital, no hay mayores garantías procesales en la búsqueda del amparo de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados y/o vulnerados en la web. Primero, porque es evidente que ciertos conceptos, figuras jurídicas y actos procesales no les asiste aplicación cuando se trata del ecosistema digital. Segundo, porque la mayoría de los Estados han abordado su regulación de manera aislada y particular, cuando su aplicación es esférica. Y tercero, porque en muchos casos, la capacidad de los intermediarios de internet supera a la capacidad de algunos Estados, quienes impotentes no pueden entrar a garantizar los atributos inherentes de sus asociados.

Por lo tanto, para que el metaderecho tenga amplitud en su aplicación se requiere urgentemente la creación e implementación de un marco regulatorio mundial de internet. Para ello, es necesario que los Estados, se unan y tomen las riendas de la iniciativa.

Este estatuto procesal esférico, deberá encarar esos vacíos pragmáticos que deja consigo la aplicación del derecho procesal tradicional. Con la finalidad de brindarles una mayor protección a los derechos fundamentales al establecer una distribución de facultades que le resten al marcado absolutismo que poseen los intermediarios de internet.

5. CONCLUSIONES

A modo de conclusión se propone:

1. Si bien las políticas de comunidad no se consideran fuentes formales del derecho. Si lo son del metaderecho. Atendiendo a que se vislumbran como el ordenamiento que rige en la web.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la gran importancia de estas en el desarrollo de los derechos fundamentales dentro del ecosistema digital, como lo hemos visto hasta aquí, lo primero que debe abordar el marco regulatorio que se propone, es la limitación a esa auto regulación de la que hoy gozan los intermediarios de internet. Para ello, debe atribuirse la facultad de ser quién establezca las políticas de comunidad que deberán regir en todos los sitios web. Así mismo, determinar los lineamientos a seguir por estos, al momento de la reglamentación a esas reglas sujetas en particular, a sus objetos y actividades económicas.

Con esto, se le restaría a la postura absolutista de la que hoy gozan los intermediarios de internet y se generarían mayores garantías a todos los derechos humanos, al contemplarse escenarios de igualdad en cuanto a su materialización.

2. Al ordenamiento jurídico tradicional no le alcanza hoy para regular el universo digital que caracteriza a la sociedad actual. Por cuanto su concepción pertenece en gran medida a un contexto, espacio y tiempo muy alejado del mundo moderno. Y con el pasar del tiempo será aún más obsoleto, teniendo presente que el crecimiento digital, en comparación con el avance jurídico, es abismal. Situación que invita a su evolución desde un enfoque meta. Es decir, más allá de lo análogo.

Ahora, teniendo en cuenta que la internet funciona en un plano imaginario e intangible, los límites geográficos, políticos y sociales establecidos por la humanidad quedan en segundo plano. Circunstancia que redunda con los conceptos jurídicos de jurisdicción y competencia, por ejemplo. Ya que, al estar concebidos y atados a un factor territorial, quedan obsoletos e inaplicables en el contexto virtual.

Por lo tanto, se propone la creación de una Jurisdicción meta, que opere única y exclusivamente dentro del mismo ecosistema digital. Es decir, desapegada e inoperante del mundo tangible. Con ello, se encararía la principal problemática derivada de la operación de los intermediarios de internet en el ciberespacio.

De la jurisdicción meta propuesta, su cabeza funcional sería un Tribunal mundial conformado por jueces postulados y designados por todos los Estados. Con la facultad de conocer asuntos de transcendencia universal o de aquellos que, partiendo del factor subjetivo, exija cada caso en concreto. Así mismo, se plantea el desarrollo complementario de una competencia meta, que estaría en cabeza funcional de cada Estado, bajo la misma aplicación incorpórea. Para que, de esta manera, estos puedan fungir como administradores de justicia en la Internet. Así, tendrían la capacidad judicial de obligar a los intermediarios de internet al cumplimiento inmediato de las decisiones judiciales, so pena de las condenas que su incumplimiento o cumplimiento tardío ameriten. Pudiendo contar incluso, con el respaldo funcional del tribunal mundial para las respectivas sanciones pecuniarias.

3. Por último, considerando que, bajo el contexto actual del universo digital, los intermediarios de internet no solo actúan bajo una marcada postura absolutista, sino que les asiste una exclusión absoluta de responsabilidad

frente a situaciones que violen derechos fundamentales en sus plataformas. Circunstancia más que nociva.

En consecuencia, es necesario establecer de manera categórica y sin malinterpretaciones, los escenarios donde el daño tiene lugar a causa de una acción u omisión directa del intermediario de internet y así, asegurar su responsabilidad en el marco de un proceso judicial.

Por lo pronto, se plantean tres escenarios donde puede tener lugar la responsabilidad de estos: (i) por las precarias políticas de comunidad en pro de los derechos fundamentales; (ii) por el incumplimiento o cumplimiento tardío de las políticas de comunidad existentes; (iii) El desacato a órdenes judiciales o su cumplimiento tardío.

Un caso mediático que se podría tomar como base para entender como operarían estas causales es el de Twitter Vs Donald Trump. Recordemos que, frente a este, se suscitó un debate en torno a si la red social censuró o limitó la libertad de expresión del exmandatario. Pero ojo, nunca se analizó el tema desde la responsabilidad civil de la aplicación. Y más teniendo en cuenta que aplicó de manera tardía la sanción de suspenderle de manera permanente la cuenta en su plataforma. Castigo contemplado por la misma red social, como política de comunidad por la incitación al odio.

En ese orden, bajo una visión objetiva, Twitter debió ser considerado responsable civilmente por lo acontecido en el Capitolio de los Estados Unidos.

BIBLIOGRAFÍA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2019. Sentencia de Unificación Número 420. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

FACEBOOK. Violencia e Incitación. Obtenido de: https://transparency.fb.com/es-es/policies/community-standards/violence-incitement/ (2022).

FERRAJOLI, Luigi. Conversaciones con Luigi Ferrajoli: La Esfera Pública Post Covid-19. Obtenido de: https://www.youtube.com/watch?v=sPPQjcXLbyo&t=1323s&ab_channel=MiguelCarbonell (mayo 2020).

GUERRA FUENTES, Jorge Iván. Libertad de Expresión en las Plataformas Digitales ¿Censura o Límite? Obtenido del Blog de Opiniones del ICDP: https://icdp.org.co/la-libertad-de-expresion-en-las-plataformas-digitales-censura-o-limite/ (01 de marzo de 2021)

GUERRA FUENTES, Jorge Iván. Responsabilidad Atribuible a los Intermediarios de Internet, en el Marco de un Proceso Judicial en Colombia. Coletânea Do VI

Seminário Internacional. Tutelas À Efetivação De Direitos Indisponíveis. Vol. 2. Brasil. Dialética Editora. 2022.

LA REPÚBLICA. OnlyFans Revierte Política de Prohibición de Mostrar Contenido "Sexualmente Explícito" Obtenido de: https://www.larepublica.co/globoeconomia/onlyfans-revierte-politica-de-prohibicion-de-mostrar-contenido-sexualmente-explicito-3222239#:~:text=OnlyFans%2C%20una%20plataforma%20de%20suscripci%C3%B3n,una%20%22conducta%20sexualmente%20expl%C3%ADcita%22 (2021).

MARTÍNEZ LAZCANO Alfonso Jaime. Democracia y Noticias Falsas. En libertad de Expresión Parámetros Constitucionales y Convencionales. Colección del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. 2020.

PELAEZ, Adrián. ¿Qué es la Revolución Digital? Obtenido de: https://nuso.org/articulo/que-es-la-revolucion-digital/ (enero de 2016).

SANTANDER. Metaverso: Todo lo que Necesitas Saber para Aprovechar el "Nuevo Mundo" Obtenido de: https://www.santander.com/es/stories/metaverso-todo-lo-que-necesitas-saber-para-aprovechar-el-nuevo-mundo (febrero 2022)

TWITTER. Política Relativa a la Explotación Sexual Infantil. Obtenido de: https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/sexual-exploitation-policy (2022).

YOUTUBE. Política Relativa a la Explotación Sexual Infantil. Obtenido de: https://support.google.com/youtube/answer/2801939 (2022).

LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: ASPECTOS CONCEPTUALES*

*Eudith Milady Baene Angarita***

INTRODUCCIÓN

Este escrito tiene como propósito realizar un estudio sucinto en torno al origen y evolución de la concepción de la motivación de las sentencias judiciales, partiendo desde la primigenia concepción dualista propuesta desde el campo de la filosofía de la ciencia o epistemología[1] (inductivismo y deductivismo), y trasegando por las diferentes teorías que tratan su naturaleza, contenido y efectos. Lo anterior abonará el camino que servirá para identificar cuáles han sido las diversas formas de concebir la motivación e identificar la más apropiada para nuestros tiempos y necesidades sociales.

* Este escrito hace parte de la investigación realizada en el proyecto de grado presentado para optar como Magister en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho Procesal titulado: LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA EN LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL.

** Secretaria General del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Abogada de la Universidad Libre de Cúcuta, Magister en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, docente de pregrado y posgrado en la Universidad Libre entre otras, asesora y litigante

1 Se hace necesario precisar que para este documento el término la filosofía de la ciencia y la epistemología son conceptos que se corresponden similarmente, es decir, serán tratados como iguales. Para apoyar esta referencia, nos basaremos en las posiciones científicas de Karl Popper y Mario Bunge mediante las cuales, los autores, - que son considerados entre los principales exponentes del estudio de la lógica científica, el método científico y la epistemología o filosofía de la ciencia asienten en que son términos que corresponden al mismo orden dentro de la metodología científica. En las siguientes obras se sostiene esta teoría: Popper, Karl. La lógica de la investigación científica. Editorial Tecnos, Madrid, 1980; Bunge, Mario. Epistemología. Tercera edición, Editorial Siglo XXI, México, 2002 y La ciencia. Su método y su filosofía. Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 1996.

Así pues, se hace relevante la identificación del nacimiento o punto de partida de lo que se conoce hoy como la teoría jurídica de la motivación de las decisiones judiciales, y sus respectivas mutaciones desde la filosofía de la ciencia, llegando así hasta el concepto de justificación de la sentencia, lo cual eventualmente permitirá, la generación de posibles escenarios estructurales en torno a la motivación de la sentencia.

1. CONCEPCIONES DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Gran parte del ejercicio de motivar una decisión judicial consiste en argumentar y se observa que dentro del campo de la argumentación, que se desprende de la filosofía de la ciencia, fue Karl Popper, al referirse a la tesis del inductivismo y el deductivismo[2], quien hizo la primera aproximación a lo que posteriormente Hans Reichenbach[3] distinguiría terminológicamente, como el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación propiamente dichos.

Las mencionadas tesis de la argumentación, nacieron de la dificultad y de la necesidad de distinguir las tareas de la epistemología o filosofía de la ciencia y las tareas de la psicología[4], comprendiendo que la primera hace referencia al estudio del conocimiento científico, y que la segunda hace especial énfasis en el estudio del conocimiento empírico.

La filosofía de la ciencia, en el campo de la argumentación, se encargó, de definir en términos generales el *contexto de descubrimiento y el contexto de justificación*, definiendo que aquel apunta al simple descubrimiento de una teoría, mientras que este último se enfoca en cómo se justifica una teoría[5].

[2] Popper, Karl. La lógica de la investigación científica. Editorial Tecnos, Madrid, 1980, pp. 30-31.

[3] Reichenbach, Hans. Experience and prediction, an analysis of the foundations end the structure of knowledge. Editorial the University of Chicago Press, Chicago, 1938, pp. 7 – 8 y 382-383.

[4] Ibídem. Cfr. Se refiere Hans Reichenbach "the only way to escape this difficulty is to distinguish carefully the task of epistemology from that of psychology". Ob. cit., p. 5.

[5] Atienza, Manuel. Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 4.

Lo anterior facilita la tarea de identificar si los mencionados contextos resultan aplicables y útiles al análisis del concepto y estructura de la motivación de las sentencias judiciales, pues estos dos términos tratados desde la filosofía de la ciencia, son también utilizados por la teoría del derecho.

Desde el campo de la argumentación jurídica los contextos de descubrimiento y de justificación han sido tomados para el análisis de la motivación de la sentencia y para este trabajo, serán utilizados como punto de partida en el análisis de la argumentación de las decisiones judiciales, siendo así útil, hacer referencia a la evolución que sufrieron los citados contextos y su relación con la motivación de las sentencias, en aras de determinar su grado de aplicación en la actualidad.

a. Contexto de descubrimiento

Para la filosofía de la ciencia, el contexto de descubrimiento se encarga de estudiar cómo se genera y desarrolla el conocimiento, es decir, no se realiza un estudio lógico, sino por el contrario, se pretende determinar el origen de una teoría: "*lo único que cabe aquí es mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico lo que constituye una tarea que compete al sociólogo y al historiador de la ciencia*"[6].

Esto es lo que Karl Popper denomina la etapa inicial o el acto de concebir una teoría, en la cual, no se exige ningún tipo de análisis lógico ni se es susceptible al mismo, por el contrario, lo que interesa es cómo se le ocurre a un sujeto una teoría en cualquier área del conocimiento, por ejemplo, de tipo musical, un conflicto dramático o una determinada obra.

Es lo anterior, una muestra de teorías o conocimiento que pueden resultar de alto interés para la psicología empírica, careciendo de interés para el campo del conocimiento científico.

Así las cosas, resulta evidente que tratándose de motivación de decisiones judiciales, resulta escasa o nula la aplicación del contexto de descubrimiento, pues no es tarea del escenario judicial ni de su análisis académico en este trabajo, la ubicación o determinación del momento del nacimiento de la motivación, es decir, la identificación temporal o del momento histórico en que surgió el argumento jurídico que se transmite a través de la motivación de la sentencia. Contrario a lo anterior, lo que corresponde a la pretensión del

[6] Ibídem.

presente escrito es el estudio de cómo se argumenta judicialmente, es decir, para el caso de la motivación de la sentencia, cómo se justifica la decisión judicial.

b. Contexto de justificación

Por su parte, el contexto de justificación deja de lado el origen y desarrollo de la teoría, y su campo de estudio se centra en el proceso de justificar la teoría desde el campo del conocimiento científico.

Este "*procedimiento consiste en justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez*"[7], lo que evidencia que contrario al contexto de descubrimiento, el contexto de justificación sí se utiliza como forma de análisis lógico, regido por métodos científicos, que permiten establecer cómo se fundamenta una determinada teoría.

Es precisamente en el contexto de justificación, donde se estudia bajo qué condiciones se puede considerar un argumento justificado, lo que permite hacer referencia a: i) la justificación formal (deductiva) de los argumentos y ii) la justificación material (informal), en las cuales se sitúa lo que Atienza llamó "*la teoría estándar de la argumentación jurídica*"[8], y la cual puede tener tanto pretensiones descriptivas como prescriptivas, buscando alcanzar no sólo el hecho de mostrar cómo se justifican las decisiones judiciales, sino cómo deberían justificarse.

Dentro del contexto de justificación se desarrollaron los conceptos de la justificación interna y la justificación externa, que buscan dar claridad sobre los elementos con los que cuenta el juez cuando se enfrenta, según corresponda, a un caso fácil o un caso difícil, debido a que "*Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas*"[9] y el juez para llegar a una justificación racional de la sentencia, debe contar con una metodología que le permita lógicamente[10], desarrollar

[7] Ibídem.

[8] Ibídem. Cfr., p. 6.

[9] Ibídem., p. 4.

[10] Jaime Guasp, citando a Rocco manifestó: "*el elemento esencial y característico de la sentencia es el juicio lógico; esto es, que la sentencia es esencialmente un acto de la mente del Juez*". Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1943, p. 65.

una estructura[11] **sólida que lo lleve construir objetivamente la motivación de las sentencias.**

Esta motivación racional de la sentencia "*significa que una proposición, una norma o una valoración es justificable mediante una argumentación apropiada*"[12]. Por eso, Wróblewski estudió la justificación interna y externa que se enunció en el inciso anterior y que se expone a continuación.

1. Justificación interna

El juez dentro de su rol en el proceso, requiere la adecuación normativa a un caso en concreto, y para ello no se requiere necesariamente, que el juzgador deba hacer un análisis que desborde la norma, esto es lo que puede considerarse como un caso "*simple, fácil o rutinario*"[13].

La justificación interna parte de la base de que "*En los casos simples o rutinarios puede considerarse que la labor argumentativa del juez se reduce a efectuar una inferencia de este tipo*"[14], es decir, el juez según Atienza puede "*justificar deductivamente el paso de una premisa normativa y una premisa fáctica a una conclusión normativa*"[15].

Por su parte, Wróblewski, con respecto a la justificación interna considera que "*Cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de racionalidad interna*"[16], lo cual permite inferir la cercanía de su definición con lo que se conoce rutinariamente como casos fáciles.

En síntesis, puede sugerirse que la justificación interna parte de la postura que debe existir una especie de regla que permita verificar la racionalidad interna de las decisiones judiciales, y esto a su vez, genera que la validez de las premisas utilizadas se presuma[17].

[11] Cfr. Ghirardi, Olsen. La estructura lógica del razonamiento judicial. en Derecho y Sociedad N° 13. Lima - Perú: 1998, pp. 231-232.

[12] Wróblewski, Jerzy. Sentido y hecho en el derecho, Segunda edición. Editorial Grijley, Lima, 2013, p. 45.

[13] Cfr. Atienza, Manuel. Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica. Ob. cit., p. 25.

[14] Ibídem., pp. 25-26.

[15] Ibíd.

[16] Wróblewski, Jerzy. Ob. cit., p. 52.

[17] Cfr. Ibídem.

2. Justificación externa

En línea de lo anterior y planteando una importante diferencia con la justificación interna, la justificación externa, comprende aquellas situaciones en las cuales el juez se enfrenta a lo que puede denominarse como un caso difícil, y bajo este entendido, la aplicación de esta teoría permite inferir que una sentencia está justificada "*cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quien hace la calificación*"[18].

En otras palabras, la justificación externa "*somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas*"[19] porque se busca ir más allá de la lógica en sentido estricto, escudriñando en el camino hermenéutico de quien adopta la decisión.

Constituye pues, la justificación externa, aquel ejercicio de racionalización de un caso que debe hacer el juez sobre un caso que requiere ir más allá de la simple subsunción de una norma, y que por ende, requiere un fundamento de cada una de las premisas de forma lógica, dado que no existe a simple vista una norma que solucione el problema jurídico que se desprende de caso en análisis.

Luego de la breve exposición de algunas concepciones que ayudan a definir los contornos teóricos de la motivación de la sentencia, resulta viable observar algunas percepciones que han surgido sobre el particular y que permiten el posterior análisis del problema jurídico planteado con el presente escrito.

c. La motivación como discurso

La teoría de la motivación como discurso, centra sus argumentos en que el discurso es también parte de la decisión judicial, con todo y lo que ello pueda significar. Al respecto se hace necesario indicar que para el desarrollo del presente acápite se toma como punto base lo propuesto por Michele Taruffo frente a la motivación como discurso, quien al respecto manifiesta:

"*Tratándose de una expresión que en el uso corriente puede tener connotaciones ambiguas, es necesario indicar de manera más precisa el significado con el cual la asumimos en el contexto de estas reflexiones: con el término "discurso" se pretende designar a un conjunto de proposiciones vinculadas*

[18] Ibídem.

[19] Atienza, Manuel. Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica. Ob. cit., p. 26.

entre sí e insertadas en un mismo contexto que es identificable de manera autónoma"[20].

De lo anterior se extrae que la motivación como discurso concatena proposiciones que son independientes entre sí, pero que encontradas en un mismo contexto o bajo la óptica de un proceso judicial, permiten la estructuración de hipótesis que resultan identificables con meridiana claridad.

Ante esta visión del discurso dentro de la motivación de la sentencia, el mismo autor reafirma algunos elementos o características significativas que permiten reforzar la aplicación del discurso dentro de la motivación del juez en las sentencias judiciales, dentro de tales características o criterios de individualización se destacan[21]:

- El discurso es considerado como un elemento finito, atendiendo a que el número de proposiciones que componen el discurso son agotables limitados cuantitativamente.
- La extensión de la sentencia, y por consiguiente de la motivación deben corresponder al número de cuestiones que son decididas y de la amplitud con las que el juez justifica cada una de ellas, lo que lleva a concluir que el número de proposiciones bajo las cuales se rige la sentencia son finitas, pero indefinidas, porque cada una de ellas depende del caso en particular.

  En resumen, la extensión material de la sentencia depende del número de cuestiones que son decididas y de la amplitud de la justificación que realice el juez, lo que las hace finitas pero indefinidas.
- La sentencia cuenta con una estructura cerrada, que comprende dos puntos de vista: i) la regulación procesal establecida para la decisión, indicando no solo lo que la sentencia debe contener, sino el modelo estructural que constituye el paradigma de la sentencia; y, ii) la forma como queda plasmada la sentencia, es decir, usualmente escrita[22]. Tales

[20] Taruffo, Michele. La motivación del a sentencia civil. Editorial Trotta – Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid, 2011, p. 47.

[21] Cfr. Ibídem, pp. 49-51.

[22] Frente a este punto, es preciso manifestar que las sentencias también son proferidas de forma oral, dado que los modelos de proceso contemporáneos, están encaminados a que las actuaciones del juez y de las partes se realicen de forma oral, sin que este acto impida, de igual forma, que queden plasmadas posteriormente en papel. En la legislación procesal civil colombiana, la sentencia como regla general para los procesos declarativos debe dictarse de forma oral, y sólo excepcionalmente se anuncia el sentido del fallo y se profiere de manera escrita posteriormente. Baene, Eudith.

elemento hacen que ese proceso entre el sujeto que produce la sentencia y el acto del discurso de la sentencia se torne generalmente inamovible, dado que una vez queda plasmada no puede ser objeto de modificaciones por regla general.

En síntesis, quien toma la motivación como discurso "*para individualizar su significado propio, parte, lógicamente, de la determinación del significado de los elementos atómicos del discurso en particular -las proposiciones- , pero tiende a superar este nivel para lograr establecer lo que significa la motivación en su conjunto; ello es así porque, tratándose de un discurso con una estructura funcional global, su significado no puede ser descifrado propiamente sino (tendencialmente) en el marco de dicha estructura*"[23].

Una mirada crítica al respecto permite concluir que si bien es cierto que el discurso puede llegar a ser un elemento que se introduce en la motivación de la sentencia, este solo puede ser una pequeña parte de la misma, sin que pueda ser tomada la motivación en su totalidad como discurso, dado que sería palpable la ausencia de elementos lógicos, argumentativos y epistémicos imprescindibles para su aplicación a casos difíciles que requieren ir más allá de la norma; asumir una postura límitada de la motivación como discurso, significa en parte, basar los argumentos de la decisión en proposiciones independientes que como ya se dijo, pueden llegar a ser finitas (según las cuestiones que se deciden) e indefinidas (según la extensión que el juez requiera para cada una de ellas).

d. La motivación como fuente de indicios[24]

La concepción de la motivación de la sentencia como fuente de indicios, presupone dos modos de interpretación lingüística[25]: i) que el significado

Oralidad y proceso. En: oralidad y escritura, el proceso oral y por audiencias en Colombia. Coordinador Carlos colmenares. Editorial Ibáñez – universidad libre de Cúcuta, 2016, pp. 26 y 27.

23 Taruffo, Michele. La motivación de la sentencia civil. Ob. cit., pp. 77-78.

24 Para Michele Taruffo el indicio es definido en el campo de la semiología general "como un evento natural, o en todo caso material, al cual un observador le atribuye un significado aplicando ex post criterios de interpretación adecuados, y transformando, por lo tanto, en un signo un objeto o un evento que, considerado ex ante, no tiene en sí ninguna función significante… resulta estar desvinculada de cualquier criterio voluntarista y convencional, y depende exclusivamente de la aplicación de los cánones que el intérprete escoge de manera sustancialmente libre". Ibídem., p. 66.

25 Cfr. Ibídem., p. 67.

propio del discurso ya se ha sido individualizado y que ese significado sea el que se considera indicio, es decir, que las proposiciones del discurso ya han sido individualizadas y de las misma se deriva el indicio, y, ii) lo que es asumido como indicio idóneo, refiriéndose a aquel cuyo significado corresponde a determinadas peculiaridades estilísticas, lógicas, sintácticas, entre otras, del discurso.

Ahora, para la motivación como fuente de indicios se debe partir indicando que esta es "*una entidad lingüística compleja*" que está constituida por el comportamiento que pueda tener el juez dentro de la motivación, lo que no significa que dicho comportamiento sea en sí mismo un indicio, sino que el indicio debe estar justificado en una decisión particular de la sentencia[26].

Así pues, los distintos tipos de situaciones interpretativas y de investigaciones sobre la motivación como fuente de indicios, permiten establecer la relevancia de los resultados hermenéuticos de tales situaciones que permiten extraer de la motivación situaciones reconocidas en calidad de hechos, indicios o hechos no significantes.

Así pues, puede sugerirse que la postura de los indicios como motivación genera una carencia de objetividad por parte del juzgador, dado que los cánones de interpretación para llegar a la formación del indicio, pueden ser elegidos al libre albedrío del juzgador, situación que eventualmente puede la forjar la parcialidad en su argumentación.

Aunado a lo anterior, no sobra insistir en que la motivación de la sentencia tiene como base argumentativa los hechos y el derecho, según las pruebas que corroboren cada uno de los elementos fácticos del caso y así mismo de las consecuencias jurídicas que se deriven de cada uno de los elementos de pruebas que se valoraron en el proceso.

e. La motivación como justificación

La motivación concebida como justificación es una de las tesis más aceptadas actualmente por la doctrina, para Calamandrei "*La motivación es, antes que nada, la justificación, que quiere ser persuasiva, de la bondad de la sentencia… la motivación constituye precisamente la parte razonada de la sentencia, que sirve para demostrar que el fallo es justo*".

26 Ibídem., p. 80.

Ahora, la motivación desde la concepción racionalista se entiende como "*una decisión que cuenta con razones que la justifican*"[27] y esta se puede dividir en premisas normativas del razonamiento, es decir, la *quaestio iuris* y la motivación entendida como expresión del *iter* mental de factores causales de la decisión, es decir premisas fácticas o la *quaestio facti*[28].

Es precisamente aquí, en la noción de la motivación como justificación donde dejamos de lado el contexto de descubrimiento y nos centramos en la aplicación de la concepción del contexto de justificación del cual se desprende la justificación interna y externa de la que ya nos referimos en páginas anteriores y que será profundizada en este acápite.

Debido a que la justificación es y debe ser entendida como la exposición de razones racionales que el órgano encargado de emitir la sentencia realizó para llegar a la decisión, ya sea de condenar o absolver, de tal forma que dicho fallo pueda ser expuesto como correcto o aceptable[29] esta debe contar con todo el razonamiento lógico, epistémico y normativo que le permita mostrar la legitimidad y justicia de la decisión.

Esta relación entre la motivación de la sentencia visto como un ámbito de justificación debe ser ampliamente diferenciado de los motivos de explicación que pueda llevar intrínsecos la sentencia, pues estos últimos hacen parte de la individualidad del juez para buscar en parte, la aceptación de su decisión y de ese espectro discrecional del juez en la utilización de su estructura para la decisión.

En cuanto a las concepciones que se han desarrollado sobre la motivación de la sentencia, es dable referenciar algunos sistemas normativos: "*El realismo jurídico, especialmente el norteamericano, puso especial atención a los mecanismo causales que motivan las decisiones judiciales, señalando que, entre ellos, las normas generales no ocupan el único lugar ni tan siquiera un lugar privilegiado. Las causas que motivan la decisión de un juez incluyen su ideología, contexto social, estado de ánimo, prejuicios, cultura jurídica, etc.*

[27] Ferrer Beltran, Jordi. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. Isonomía [online]. 2011, n. 34 [citado 2019-06-27], pp. 87-107. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1405-02182011000100004&lng=es&nrm=iso>. Issn 1405-0218, p. 89.

[28] Cfr. Ibídem, p. 92.

[29] Cfr. Gascón, Marina. Los hechos en el derecho. Tercera edición. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p, 170. Específicamente cuando la autora se refiere a *"la motivación es justificación, exposición de 'las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable".*

Del mismo modo que ocurre con las decisiones ordinarias que tomamos cada uno de nosotros"[30], situaciones como esta, permite avizorar que existe gran parte de discrecionalidad en las decisiones del juez, permitiendo indagar, si la estructura de la justificación de las decisiones judiciales debería permitir que existiera un margen en el cual el juez pudiese involucrar subjetividad alguna.

Con respecto al tema de la subjetividad que puede tener el juez durante el proceso y respecto del mismo, la profesora Marina Gascón se refiere puntualmente a este y sostiene que si bien es cierto el juez puede tener subjetividad dentro del proceso, esta sólo puede llegar a estar presente durante la valoración probatoria, sin embargo, el juzgador debe despojarse de ella una vez entra en la motivación de la sentencia, debido a que en esta esfera no se puede permitir ningún tipo de subjetividad del juez, pues este proceso requiere racionalizar la sentencia y dentro de la racionalización del juez, no debe estar presente ningún tipo sesgo que invalide la justificación[31].

Sin embargo, la imparcialidad del juez debe estar presente en todo el proceso, así lo expresa el profesor Fredy Toscano al referir que "*la imparcialidad judicial se debe manifestar durante todo el proceso judicial, es posible distinguir entre la imparcialidad en la etapa de instrucción del proceso en la obligación del juez de garantizar a las partes contendientes la igualdad al trato, para lo cual debe asumir una posición de neutralidad frente a ellas, así como en la valoración probatoria y la imparcialidad en la aplicación de la regla de derecho*"[32].

Permite lo anterior sugerir que la parcialidad y subjetividad del juez en el proceso de valoración de la prueba y adecuación normativa, pueden llegar a tener efectos que se verán reflejados en la motivación de la sentencia, así pues, la parcialidad del juez dentro del proceso, en cualquier etapa en la que se presente, ocasiona un sesgo que tendrían consecuencias en la libre

[30] Ferrer Beltrán, Jordi. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. Isonomía [online]. 2011, n. 34 [citado 2019-06-27], pp. 87-107. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1405-02182011000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1405-0218. Pág. 89-90.

[31] Cfr. Gascón, Marina. La motivación de la sentencia. En: Prueba y verdad en el derecho. Editorial Instituto Federal Electoral, México, 2004, p. 94. En igual sentido la autora desarrolla este argumento en: Motivación de la prueba como justificación. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=OQhUArv8daU

[32] Toscano, Fredy. La imparcialidad en materia probatoria. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 93.

apreciación y valoración probatoria, así como en la correcta adecuación normativa del hecho probado con la norma aplicada al caso concreto.

Sin embargo, abstraer al juez de la realidad y considerar que su comportamiento dentro de un proceso judicial debe determinarse como un convidado de piedra es apartarlo de su humanidad, es así como inclinamos nuestra postura a la posición de la profesora Gascón, anteriormente mencionada, considerando que el juez dentro del proceso puede llegar a permearse de subjetividad, pero que deberá apartarse de la misma en el ejercicio de motivación de la decisión, que comprende un momento justificativo y jurídico ajeno a cualquier tipo de parcialidad que vicie la estructura motivacional de la sentencia.

Esta forma de ver la motivación de la sentencia desde una perspectiva académica y doctrinal, deja en evidencia la viabilidad de establecer una estructura que le facilite al juez la tarea de llegar a una justificación correcta y justa de la decisión que le corresponde adoptar.

Hasta este punto, puede sostenerse que la motivación como justificación es un acto lingüístico complejo, en el cual no debe imperar la parcialidad o subjetividad del juez, y por tanto debe ser entendida como "*el conjunto de los significados que están expresados por sus componentes, debiendo, por su parte, poner de relieve que el significado del discurso en su conjunto es algo más y algo diverso respecto de la mera y llana suma de los significados que son referidos a las proposiciones en los individual. Esto es así porque éstos deben ser vistos en función del objeto del discurso mismo, y en virtud de fenómenos de integración, delimitación y transposición que revisten los significados de las proposiciones específicas*"[33].

2. RELACIÓN DE LA MOTIVACIÓN CON LOS RECURSOS

Ahora, la motivación de la sentencia judicial tiene una relación directa con los recursos, debido a que estos pueden[34] llegar a convertirse en consecuencia lógica de aquella y determinar la forma de atacarla.

[33] Taruffo, Michele. La motivación de la sentencia civil. Ob. cit., p. 117.

[34] No siempre los recursos son interpuestos por considerar que la sentencia carece de motivación, debido a que las partes en un acto voluntario y discrecional en el que pueden mediar otras razones, por ejemplo, por considerar que la decisión es injusta o inválida. En este sentido consultar a: Devis Echandía, Hernando. Teoría general del proceso. Editorial universitaria, Buenos Aires –Argentina, 2004, pág. 505; Cfra. Couture, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Editorial b de f Ltda., Uruguay, 2007 p. 278 y Kelsen, Hans. ¿Qué es la justicia? Ediciones Fontamara, México, 2003, p. 83.

Es decir, "*motivación e impugnación son instituciones de cierta manera paralelas en las legislaciones ya que con frecuencia donde no está establecida la motivación no es admisible la impugnación, porque la impugnación presupone una crítica y una censura al acto que se impugna, lo que no es posible prácticamente cuando no pueden conocerse las razones de las cuales el acto se funda y se justifica*"[35].

Desde la teoría general del proceso los recursos son medios de impugnación a los que pueden acudir las partes y con los cuales se busca controvertir una decisión tomada por un juez, y es así como la motivación de la sentencia "*tiene también otra función más estrictamente jurídica. O sea la de poner a las partes en condición de verificar si en el razonamiento que ha conducido el juez a decidir en determinado sentido pueden descubrirse alguno de aquellos defectos que dan motivos a los diversos medios de impugnación*"[36]. Es decir, los recursos constituyen el instrumento idóneo para atacar el razonamiento planteado por el juez, ya sea por sus fundamentos de hecho o de derecho, por su parcialidad, o por considerar que la motivación de la sentencia es errónea, insuficiente, o incluso inexistente.

No obstante lo anterior, es importante resaltar que la motivación de la sentencia no solo facilita el ejercicio de la impugnación, sino que en dados casos donde la motivación satisface los parámetros de razonabilidad, se erige como un escenario en el que necesariamente se evita el desgaste del aparato jurisdiccional, previniendo la interposición de recursos que de ejercitarse seguramente llevarían al mismo resultado evocado por la sentencia inicialmente impugnada.

Existe una clara relación entre los recursos y la imparcialidad en la motivación de la decisión, debido a que "e*l elemento que permite analizar si la actuación judicial de juzgamiento fue imparcial lo constituye el requisito de la motivación de la sentencia, tanto desde el punto de vista fáctico como normativo*"[37], requisito este que permitirá a las partes identificar si el juez trajo al proceso una suficiente y adecuada justificación, y si esta cumple

[35] Calamandrei, Piero. Proceso y democracia. Ediciones jurídicas Europa-américa, Buenos Aires-Argentina, 1950, p. 119.

[36] Ibídem.

[37] Toscano, Fredy. La imparcialidad en materia probatoria. Ob. cit. p. 159.

con la garantía de imparcialidad, a fin de evitar la interposición infundada de recursos y de tal suerte que "*su propósito es ejercer un control sobre los móviles del juez dentro del proceso*"[38], que eventualmente permiten constatar si "*el juez tomó la decisión con base en razones admisibles*"[39].

El punto anterior, permite hacer referencia desde ya a la discusión en torno a la discrecionalidad judicial, partiendo de la relación intrínseca que se presenta entre la motivación de la sentencia, la imparcialidad del juez, la referida discrecionalidad y los recursos, pues estos últimos se accionan, entre otras causas, por el sesgo que se pueda presentar con apariencia de discrecionalidad por parte del juez durante el proceso y en la finalización del mismo por medio de la justificación que este emita en la motivación de la decisión.

Sin embargo, la anterior posición puede encontrar oposición en la doctrina, ya que no es desconocido que no se puede abstraer al juez de cuestiones como su propio conocimiento del caso, los intereses personales, su educación, entre otros. A pesar de lo enunciado, se considera que estos aspectos deben ser dejados de lado por parte del juzgador, dado que su proceso de racionalización en la construcción de la sentencia y en el ejercicio racional de la motivación no le permite cabida a la parcialidad, pues desde el punto de vista de la lógica, al juez le está vedado salirse de la justificación racional de los hechos y el derecho.

3. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL COMO ELEMENTO DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

La discrecionalidad judicial en el derecho moderno goza de gran reserva por ser planteada como una concepción o teoría para la argumentación de las sentencias judiciales, que podría llegar a ser un foco de arbitrariedad por parte del juzgador.

En lo que respecta a los interrogantes de esta investigación, resulta aceptable que uno de los ejes o mecanismos intrínsecos de la Constitución Política de Colombia de 1991, es la acción de tutela, y los atributos que a la misma le fueron otorgados para la salvaguarda de derechos fundamentales, específicamente para este análisis, para la protección del debido proceso a través, o integrando, la garantía de una correcta motivación judicial y consecuentemente, como respaldo a la ya mencionada legitimación estatal, situación que

[38] Ibídem., p. 160.

[39] Ibídem.

puede verse claramente materializada a través de la acción de tutela en contra de providencias judiciales y el eventual componente de discrecionalidad que puede impregnar la motivación de las sentencias que las resuelven.

De igual forma sucede en todas las especialidades, no solo en materia constitucional, la decisión judicial debe estar determinada por argumentos lógicos y racionales que permitan a la sociedad y el ciudadano que acuden a la administración de justicia obtener una decisión ajustada a derecho, de tal suerte que, aun cuando a una de las partes no se le dé la razón, la motivación sea tan clara, precisa, racional, ajustada a los hechos, las pruebas y el derecho que la parte vencida sabrá que cualquier recurso interpuesto o acción de tutela será un desgaste innecesario porque la decisión fue correcta.

Se sostiene por la doctrina que el poder discrecional de los jueces "*se ejerce a nivel de la interpretación 'en concreto', o sea en la calificación de los hechos, y solamente frente a casos difíciles*"[40], lo que hace pensar en una similitud con respecto al tratamiento de casos difíciles a los que hace referencia la justificación externa de la decisión que se desarrolló en líneas anteriores. Sin embargo, es viable resaltar que en la justificación externa se trata el carácter del juez respecto a los estándares utilizados, y a los demás elementos ya citados, no frente al punto de la discrecionalidad judicial.

En términos generales, la discrecionalidad judicial hace parte del poder de concurrir más al "*determinismos metodológico (las decisiones jurídicas no necesitan justificación porque proceden de una autoridad legítima y/o son el resultado de simples aplicaciones de normas generales), como al decisionismo metodológico (las decisiones judiciales no se pueden justificar porque son puros actos de voluntad)*[41].

Podría sugerirse entonces, que la motivación de la sentencia no puede estar sometida a la absoluta discrecionalidad judicial, situación que impediría que los fallos tengan como finalidad "*persuadir a la parte vencida que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y de la fuerza*"[42].

[40] Guastini, Riccardo. Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Editorial Trotta, Madrid, 2018, p. 41.

[41] Atienza, Manuel. Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica, Ob. cit., p. 6.

[42] Calamandrei, Piero. Proceso y democracia. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires-Argentina, 1950, p. 117.

CONCLUSIONES

Luego de realizar un acercamiento teórico sobre la motivación de la sentencia, se pueden enunciar las siguientes conclusiones sin ánimo limitativo:

1. Para hablar de la motivación de la sentencia se hace necesario partir del campo de la filosofía de la ciencia y la argumentación jurídica, reconociendo que de ellas se desprende el método deductivo del cual nace el contexto de descubrimiento y justificación, entendiendo que es el segundo el cual resulta aplicable al concepto de motivación de la sentencia, y que se articula en el presente trabajo de investigación.
2. Una mirada ecléctica sobre el concepto de la motivación de la sentencia permite concluir que es la justificación (interna y externa) aquella que permite el análisis sobre el grado de aceptabilidad o no de una decisión judicial.
3. Aunque existen varias concepciones de la motivación de la sentencia, es la que corresponde al contexto de justificación aquella que tiene mayor aceptación por parte de la doctrina, pues entiende la motivación como un acto complejo en que el juez hace un ejercicio racional expresado en un discurso justificativo en el cual pueden hallarse indicios idóneos y despojados de discrecionalidad.
4. La discrecionalidad del juez, es un elemento dentro de la motivación, que en pleno siglo XXI puede opacar el buen desarrollo y aplicación de la motivación de la sentencia como un acto racional del juez.
5. Los recursos son un eje de suma importancia en el control de la motivación de la sentencia, porque le permiten a la parte contrarrestar cualquier, deficiente, errónea, insuficiente o inexistente motivación de la decisión judicial, sin embargo, una correcta motivación desestimula la interposición de recursos y fortalece el ideario de legitimación estatal por medio de las decisiones judiciales.
6. Sin importar cuantas concepciones de motivación judicial se estudien, para algunos autores, las teorías de la argumentación que buscan fundamentar la estructura de la motivación de la sentencia, son consideradas insuficientes para el razonamiento judicial[43], debido a los múltiples aspectos de naturaleza epistémica y lógica que hacen parte de la esfera circundante a la motivación de la sentencia.
7. La descripción general acerca de las distintas concepciones y perspectivas de la motivación de la sentencia, facilita la identificación de las diferentes formas de su aplicación al campo jurídico y algunos de los efectos que de forma negativa o positiva pueden generar impacto en la función pública de administrar justicia a nivel global, y específicamente en el marco de la motivación de la sentencia que resuelven acciones de tutela en contra de providencias judiciales en Colombia.

[43] Ferrer Beltrán, Jordi. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. Isonomía [online]. 2011, n.34 [citado 2019-06-27], pp.87-107. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1405-02182011000100004&lng=es&nrm=iso>. Issn 1405-0218. "La insuficiencia de la concepción silogística de la justificación del razonamiento judicial puede mostrarse a través de una clásica distinción, planteada originalmente por Wróblewski".

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

BAENE, Eudith. Oralidad y proceso. En: oralidad y escritura, el proceso oral y por audiencias en Colombia. Coordinador Carlos colmenares. Editorial Ibáñez – universidad libre de Cúcuta, 2016.

BUNGE, Mario. Epistemología. Tercera edición, Editorial Siglo XXI, México, 2002.

-------- La ciencia. Su método y su filosofía. Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 1996.

CALAMANDREI, Piero. Proceso y democracia. Ediciones jurídicas Europa-américa, Buenos Aires-Argentina, 1950.

CALAMANDREI, Piero. Proceso y democracia. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires-Argentina, 1950.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso. Editorial universitaria, Buenos Aires –Argentina, 2004. Couture, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Editorial b de f Ltda., Uruguay, 2007.

FERRER BELTRAN, Jordi. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. Isonomía [online]. 2011, n.34 [citado 2019-06-27]. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1405-02182011000100004&lng=es&nrm=iso>. Issn 1405-0218.

GASCÓN, Marina. La motivación de la sentencia. En: Prueba y verdad en el derecho. Editorial Instituto Federal Electoral, México, 2004, p. 94. En

igual sentido la autora desarrolla este argumento en: Motivación de la prueba como justificación. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=OQhUArv8daU

---------- Los hechos en el derecho. Tercera edición. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.

GHIRARDI, Olsen. La estructura lógica del razonamiento judicial. en Derecho y Sociedad N° 13. Lima - Perú: 1998.

GUASTINI, Riccardo. Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Editorial Trotta, Madrid, 2018.

GUASP, Jaime. Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1943.

KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia? Ediciones Fontamara, México, 2003.

POPPER, Karl. La lógica de la investigación científica. Editorial Tecnos, Madrid, 1980.

REICHENBACH, Hans. Experience and prediction, an analysis of the foundations end the structure of knowledge. Editorial the University of Chicago Press, Chicago, 1938.

TARUFFO, Michele. La motivación del a sentencia civil. Editorial Trotta – Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid, 2011.

TOSCANO, Fredy. La imparcialidad en materia probatoria. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2017.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Sentido y hecho en el derecho, Segunda edición. Editorial Grijley, Lima, 2013.

2.

Tecnología, Virtualidad y Proceso

REVOLUCIONES INDUSTRIALES Y PROCESO 203
Ulises Canosa Suárez

TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO PROCESAL Y LA TECNOLOGÍA:
Reflexiones sobre los ODR (Online Dispute Resolution) y el derecho procesal 3.0 243
Omar Alfonso Cárdenas Caycedo

AUDIENCIAS MIXTAS O HIBRIDAS. LA PARTICIPACIÓN PRESENCIAL O VIRTUAL. UN DERECHO O UNA EXIGENCIA LEGAL 275
Bárbara Liliana Talero Ortiz

FORMAS PROPIAS DEL JUICIO VIRTUAL (DEBIDO PROCESO) 287
Mauricio Pava Lugo

BIG DATA EN LA JUSTICIA 321
PANORAMA EN COLOMBIA Y POSIBILIDADES EN SU USO
Diego Fernando Rojas Vásquez

EL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LA GARANTIA DE LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS 345
María Julia Figueredo Vivas

REVOLUCIONES INDUSTRIALES Y PROCESO

*Ulises Canosa Suárez**

INTRODUCCIÓN

El proceso no es ni puede ser un fin en sí mismo, ni se justifica por sí solo; debe tramitarse con un propósito que armonice con las características distintivas de la época contemporánea, dentro de las cuales resplandece, además de la búsqueda de la justicia, el enfoque basado en los derechos humanos y la innovación con la progresiva utilización de los avances de la tecnología.

Actualmente en el derecho, específicamente el procesal y el probatorio, se realzan, estimuladas por la tecnología impuesta por las Revoluciones Industriales, algunas ecuménicas características que definen la transformación jurídica supranacional que se está viviendo, entre ellas la constitucionali-

* Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, del Colegio de Abogados Comercialistas y de la Comisión Redactora y de la Revisora del Código General del Proceso. Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Doctor en Derecho Cum Laude de la Universidad de Salamanca, con maestría en Pruebas de la Universidad de Girona y maestría en Derechos Humanos en la UAX de España, cursos de Especialización en Derecho Procesal y Derecho Financiero en la Universidad del Rosario, Derecho Comercial de la Universidad Externado, Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca y estudios de Dirección Empresarial en el Instituto Europeo de Administración de Negocios INSEAD, en la Universidad de Navarra en España y en el INALDE de Colombia. Ha sido profesor en pregrado y cursos de especialización y maestría en las Universidades de los Andes, Externado de Colombia, Rosario y Libre, entre otras. Recibió el premio a la Docencia de Excelencia Juan Agustín Uricoechea y Navarro del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en el 2005. Miembro de la Junta Directiva de la Corporación Excelencia en la Justicia. Ha sido Director Jurídico de varias empresas privadas del país. Las opiniones contenidas en este artículo no comprometen a las entidades a las cuales se encuentra vinculado.

zación del derecho procesal para la realización de las garantías fundamentales y la eficacia de los derechos sustanciales, la oralidad que reemplazó por audiencias, presenciales o virtuales, la actuación de antaño de intercambio epistolar de escritos y la progresiva utilización de la ciencia y la técnica para la actuación y el esclarecimiento de la verdad. Además, la desformalización que proscribe excesos rituales, facilita el real acceso a la justicia y propende por la modernidad, la eficiencia, la economía y la oportunidad, con menor distancia entre la demanda y la sentencia. Debemos decir, con énfasis, que justicia tardía no es verdadera, es denegación de justicia y la tutela judicial efectiva significa un acceso real para la realización oportuna de los derechos reconocidos por la ley sustancial, con respeto de los derechos fundamentales[1].

Para analizar el impacto de la tecnología en el proceso es preciso reflexionar sobre los afectos jurídicos de las Revoluciones Industriales. Con el fin de hacerlo en orden y con claridad, se desarrollarán 5 puntos en el siguiente Plan de Temas, precedidos de la Introducción y, al final, unas conclusiones: 1) Visión en contexto de la evolución del derecho; 2) Los primeros adelantos tecnológicos; 3) La revolución de la imprenta; 4) Las Revoluciones Industriales; 5) Las brechas de desigualdad.

1. VISIÓN EN CONTEXTO DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

Para contextualizar este estudio es necesario advertir que la historia refleja las novedades, los cambios y el desarrollo de todos aquellos aspectos que han influenciado al ser humano en sociedad en los diferentes ámbitos de la vida, desde el cultural y social, pasando por el económico y el político, hasta el científico, el técnico y el jurídico. Todos estos elementos se mezclan, se impactan recíprocamente, se condicionan y entrelazan simultánea o consecuencialmente hasta permitir contemplar el progreso partiendo de alguno de ellos, por ejemplo, desde la evolución de la tecnología al servicio de las personas, para encontrar sus efectos en el campo del derecho sustancial, procesal y probatorio.

Suele pensarse que la historia del derecho es una serie de sistemas, instituciones y normas jurídicas que se van sucediendo aisladamente. Diversos

[1] Cuando la sentencia no se pronuncia de una vez, el procedimiento se va convirtiendo lentamente en una injusta sentencia. KAFKA, Franz. El proceso. Editorial Gárgola. Buenos Aires, 2004.

análisis explican el surgimiento de determinadas figuras jurídicas a lo largo del tiempo sin una visión panorámica que considere los efectos que en el derecho se producen por otros factores y que el derecho, a su vez, produce en ellos.

No obstante, hay que aceptar que todas las normas jurídicas se generan dentro de un determinado contexto cultural, político, económico, ideológico y filosófico que es intrínseco a las sociedades donde operan dichas normas, situación que hace del estudio de la historia del derecho una tarea compleja. Para comprender los sistemas jurídicos debe revisarse también el contexto en el cual surgieron y se aplicaron. En palabras de José Ortega y Gasset[2], las ideas, como cualquier acto humano, deben comprenderse en un mundo complejo de relaciones vividas por los hombres. No puede perderse de vista que son los cambios sociales los que terminan moldeando y determinando las instituciones jurídicas de cada época.

Cabe resaltar que las novedades en los sistemas jurídicos tienen dos características: en primer lugar, suelen ser consecuenciales a otros fenómenos previos que los determinan. Con razón se afirma que primero se descubrió América y luego se expidió la legislación de indias; en segundo lugar, suelen ser de aceptación e implementación lenta, por los cambios culturales que demandan y por las resistencias u oposiciones que suelen presentarse por ciertos sectores reacios a la innovación que, por distintos motivos, prefieren mantener el *statu quo*.

2. LOS PRIMEROS ADELANTOS TECNOLÓGICOS

Desde los inicios de la humanidad, para poder vivir en sociedad, evolucionar y prosperar, el hombre ha desarrollado avances tecnológicos. Entre los primeros inventos de la historia está el control del fuego. Alrededor de un millón de años a. de C., el Homo erectus consiguió encender, mantener y aprovechar el fuego, descubrimiento que le permitió iluminar con antorchas y calentar ambientes, reunirse alrededor de fogatas para compartir, hablar e intercambiar ideas y experiencias, además de ahuyentar y protegerse de las fieras que lo acechaban, comunicarse a la distancia por señales de humo,

[2] SECCHI ROSSINI, Gioconda. La vida humana en el pensamiento de Ortega y Gasset: El Hombre como novelista de sí mismo. Universidad de Chile, Facultad de Filosofía y Humanidades. Chile. 2007. En línea: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.tesis.uchile.cl%2Ftesis%2Fuchile%2F2007%2Fsecchi_g%2Fpdf%2Fsecchi_g.pdf&clen=254634&chunk=true.

cocinar los alimentos para hacerlos más digeribles y provechosos para el desarrollo del cerebro y hasta fundir metales con los que se fabricaron saetas o flechas y utensilios de todo tipo.

Otro de los más importantes adelantos técnicos que se presentó en la antigüedad, al parecer en la región de Mesopotamia, unos 3.500 años a. de C., al iniciarse la Edad de Bronce, fue la utilización de la rueda que le posibilitó al ser humano mover fácilmente y transportar a otros lugares personas y objetos, alternativa que impulsó la domesticación de animales de tiro, la exploración de tierras lejanas y la construcción de caminos y puentes que avivaron los intercambios y la integración de los pueblos; además, la rueda permitió fabricar maquinarias e instrumentos para múltiples usos con engranaje de piezas[3].

En estos tiempos, la reacción violenta de defensa personal o venganza fue la primitiva respuesta natural del ser humano ante la ofensa o la injusticia[4]. Las primeras regulaciones de la vida en sociedad empezaron a incluir el juzgamiento de los comportamientos y la resolución de controversias para garantizar resultados previsibles[5].

Como enseña Ihering (1818-1892), en el Espíritu del Derecho Romano, al partir de la naturaleza íntima de las cosas que nos revelan los textos romanos, cuyo valor especial está en su lógica, se pueden inferir las tradiciones ancestrales de los pueblos y de sus jueces desde tiempos inmemorables. Bajo la abigarrada envoltura de las normas que empezaron a escribirse en leyes y códigos, que no nacieron de manera accidental, sino como resultado de una potente fuerza creadora que determinó su formulación, se encuentran las reiteradas relaciones concretas de la vida y las máximas de la experiencia que para identificarlas demandan el don de la observación y el talento de la representación para revelar su motivo intrínseco o impulso generatriz, inmerso en las conductas incesantes y los comportamientos repetidos del ser humano, en el sentimiento del pueblo que precede al derecho como voluntad legisladora o elemento reactivo y explica la genealogía o alfabeto de gran parte de las instituciones.

[3] NOAH HARARI Yuval. Sapiens: De animales a dioses. Editorial Debate. Barcelona. 2011. ISBN. 9789588806839

[4] IHERING, Rudolph Von, El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo. Editorial Comares, Granada,1998, p. 161.

[5] LÓPEZ DE OÑATE, Flavio, La certeza del derecho, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1953, p. 73.

La tendencia hacia la escritura del derecho fue determinada por la esperanza de la igualdad. Las leyes escritas, que estacionaron las costumbres y las máximas de la experiencia, sirvieron de medio esterilizador del capricho individual, con fijeza, generalización y uniformidad, aunque con el riesgo de sacrificar, como hoy es reconocido, la fluidez y la movilidad propia de las relaciones humanas y la ostensible particularidad de los casos concretos de una vida en agitación y progreso que hace necesario, para satisfacer el plausible propósito de la justicia, la flexibilidad interpretativa[6].

El proceso romano fue eminentemente oral con un juez que hacía las veces de árbitro o de tercero independiente. Existían profundas diferencias sociales y se admitían tratos desiguales con procedimientos especiales, uno para los ciudadanos, otro para los peregrinos y, en el derecho probatorio se reflejaban estos desequilibrios con reglas de gradualidad para la credibilidad de las declaraciones dependiendo del oficio, de la riqueza, del estrato, del número y hasta del sexo del declarante, como lo revelan algunos aforismos: *testis unus, testis nullus*: un testigo, ningún testigo; un testigo, testigo nulo; *varium et mutabile testimonium semper femina pro*ducit: la mujer atestigua siempre de modo vario y cambiable[7].

Al final de la República y principios del Imperio estas reglas excesivamente formalistas fueron reemplazadas por el procedimiento formulario u ordinario, donde el magistrado entregaba a las partes una fórmula o instrucción que contenía la cuestión a resolver[8]. El proceso germánico, de los pueblos invasores, era también oral y formalista y esencialmente misterioso, porque se creía, no se razonaba, y se confiaba a la divinidad, a través de las ordalías, duelos judiciales o juicios de Dios, la resolución de todo tipo de controversias[9].

Posteriormente, en la época medioeval, apareció el derecho canónico, ya no oral sino escrito, dispositivo, lento, de término indefinido, también lleno de formas, con un juez sin facultades importantes y tarifa legal. Un hito para rendir tributo a la escritura y condenar la oralidad se presentó en el año 1216 cuando el Papa Inocencio III decretó que lo que no estaba en el expediente

[6] IHERING, R. V, El espíritu del Derecho Romano. Granada. Editorial Comares, SL, 1998, pp. 1 y 311 y ss.

[7] CABANELLAS, Guillermo, Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1959.

[8] PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999, pp. 595 y ss.

[9] MORALES MOLINA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil: Parte General. Editorial ABC, Bogotá, 1983, pp. 170 - 171.

no existía en el mundo para el juez, de tal forma que no se podía decidir sino sobre la base de los escritos (*acta scripta*), elaborados por notarios o secretarios, a menudo en latín, para proteger a las partes "*contra falsam asertionemn iniqui judicis"*[10].

En este devenir, el proceso civil se desarrolló fuera de audiencia, mediante intercambio de escritos y actuaciones formales, en extensos tiempos, como algo privado o cosa de las partes, sin la presencia del juez, quien, además, carecía de poderes de dirección e investigación[11] y permanecía distante, como un espectador llamado a decidir al final con fundamento en los memoriales que las partes se habían cambiado.

"El temor de que el juez, al entrar en la arena terminase por perder su imparcialidad, –enseñaba Cappelletti– *era tan grande que incluso las pruebas eran asumidas con frecuencia en ausencia del juez, el cual, por consiguiente, no tomaba conocimiento directo de ellas, sino solamente indirecto, a través de los protocolos o verbales (actas) escritos, redactadas por secretarios. (...) La escritura se consideraba casi como un escudo del juez contra las tentaciones y los peligros de la parcialidad. La misma era, en realidad, la barrera, el diafragma que separaba al juez del proceso y de aquellos que del proceso son los verdaderos protagonistas: sobre todo, las partes y los testigos"*[12].

Para la elaboración de escritos se contaba con el auxilio de amanuenses o escribanos, notarios o secretarios que redactaban en latín, lengua indoeuropea cuyo uso en temas litúrgicos, jurídicos o científicos se mantuvo casi hasta el Siglo XX, práctica que incrementó las dificultades, los tiempos, los yerros y las tergiversaciones y alejó la prueba y la realidad del juez. Por ejemplo, en declaraciones las preguntas generalmente debían formular previamente por escrito y las respuestas se enviaban y recibían posteriormente también por escrito, en todo caso en ausencia de las partes y de los abogados, por funcionarios diferentes al juez. Esas circunstancias, que hoy lucen extrañas y esa lejanía del juez de la prueba, explica también el sistema de tarifa legal para la valoración de la prueba.

[10] CANOSA SUAREZ, Ulises. El proceso civil por audiencias (proceso oral). XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Tomo I. San José de Costa Rica. Octubre, 2000.

[11] ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Debido Proceso Versus Pruebas de Oficio. Editorial Temis, Bogotá, 2004.

[12] CAPPELLETTI, Mauro. El Proceso Civil en el Derecho Comparado: Breviarios de Derecho. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1973, pp. 47 - 48.

3. LA REVOLUCIÓN DE LA IMPRENTA

Alrededor de 1450, uno de los inventos técnicos de mayor trascendencia para la humanidad, fue el de la imprenta de Johannes Gutenberg, descubrimiento precursor de la ilustración, porque cambió el mundo con los libros impresos al posibilitar la amplia difusión del saber a partir de estampados hechos en el papel con tipos móviles de metal agrupados en una galera, innovación que democratizó el conocimiento, incrementó exponencialmente los índices de alfabetización que eran mínimos hasta entonces y facilitó la propagación de las ideas críticas contra los poderes del rey y de la religión[13].

Contra los libros impresos se generaron exacerbadas oposiciones porque pusieron en peligro el oficio de los frailes que ejercían como copistas monacales y que se practicó desde el siglo VI al XV en los monasterios, protegido enérgicamente con franquicias y exenciones por los papas y los reyes para controlar la difusión de ideas contrarias a sus intereses, oposiciones entre las que se destacó la del monje benedictino alemán Johannes Trithemius o Juan Tritemio (1462-1516)[14], erudito, historiador y bibliólogo, consejero de emperadores y autoridades eclesiásticas, quien sostuvo que el libro impreso desaparecería por estar hecho de papel y poner en riesgo la profundidad de los pensamientos y la ética de los contenidos y por dejar tiempo libre a los religiosos para actividades mundanas, en tanto que los pergaminos, con su escritura manuscrita, garantizaban respeto y cuidado en la edición, ocupaba a los amanuenses alejándolos de los vicios y concedían una lectura más plácida, planteamientos irrazonables similares a los que ahora se exponen contra lo digital, a favor de los expedientes y actuaciones en físico, para intentar detener el avance de la tecnología que se está imponiendo por sus evidentes beneficios, también por beneficiar el medio ambiente y la sostenibilidad[15].

Todos estos progresos y muchos más de la técnica y la ciencia se potencializaron con la llegada del siglo XVIII y el advenimiento de las cuatro revoluciones industriales, momento desde el cual se aumentaron las transformaciones tecnológicas, promoviendo la innovación y el cambio social,

[13] https://historia.nationalgeographic.com.es/a/gutenberg-inventor-que-cambio-mundo_11140 consulta de abril 5 de 2021

[14] SÁNCHEZ MOLERO, José Luis Gonzalo. Los orígenes de la portada, un laberinto editorial con una salida inesperada. Titivillus, ISSN 2387-0915, ISSN-e 2603-9966, 2 (2016), pp. 127-15

[15] Es el origen al denominado síndrome de Trithemius conocido como la enfermedad de resistencia a aceptar los cambios con argumentos irracionales http://palmeralbiblioteca.blogspot.com/2014/01/el-sindrome-de-trithemius.html

económico, político y también, como se verá, el jurídico en los campos sustancial, procesal y probatorio.

4. LAS REVOLUCIONES INDUSTRIALES

Con el paso de los años y las presiones de la natural iniciativa, inconformidad y reflexiones de los seres humanos, que hicieron surgir nuevas ideas y concepciones y permitieron realizar importantes hallazgos, invenciones y descubrimientos, las situaciones se fueron transformando hasta desatar la nueva realidad de la sociedad europea que impactó al mundo entero.

En el Siglo XVIII los intelectuales de *La Ilustración,* algunos destacados juristas, con el estandarte del conocimiento y la razón, analizaron, discutieron y sacudieron los fundamentos de todo lo establecido, inspirando profundos cambios ideológicos, culturales, políticos y sociales, entre ellos la declaración de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica en el año 1776 y la Revolución Francesa en 1789, ampliando los horizontes del progreso y transformando radicalmente el devenir de la humanidad con ideales de libertad, igualdad, derechos del hombre e ideas de felicidad y fraternidad que se difundieron rápida y ampliamente hasta determinar la separación entre Estado e iglesia, así como la división de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Paralelamente, en esta época se presentó un considerable aumento de la tasa de mortalidad en toda Europa, en especial en la población feudataria, como consecuencia de infecciones y enfermedades como la peste negra o bubónica, letal para unos 200 millones de personas en Eurasia[16], que afectó la producción artesanal y agraria y dejó improductivas extensas tierras. Al mismo tiempo se produjo un éxodo de campesinos hacia las grandes urbes, fruto del proceso de "*cercamiento*"[17] caracterizado por el cambio de cultivos para adecuar los terrenos para el ganado, por ejemplo, de ovejas, de tal forma que disminuyó la cantidad de población en la zona rural, porque las personas empezaron a liberarse del sistema feudal para convertirse en trabajadores.

Algunos de los migrantes a las ciudades lograron acumular capital e hicieron parte de la ahora llamada burguesía industrial. Desde el siglo XV, la palabra

[16] AUSTIN ALCHON, Suzanne. A pest in the land: new world epidemics in global perspective. University of New México Press. Albuquerque, New México. 2003, pp. 21 - 30.

[17] MIR, L.; LÓPEZ Rasch, J. C. Cercamientos y derechos comunales en la Inglaterra del siglo XIII: Un abordaje historiográfico en torno al Estatuto de Merton (1236). Trabajos y Comunicaciones (37), En: Memoria Académica, pp. 251-260. 2011. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.5417/pr.5417.pdf

burguesía representó a los mercaderes que ascendieron en la pirámide social a una nueva clase conformada por comerciantes, dueños de talleres y otros individuos con poder económico que conquistaron un sin número de derechos políticos comparables a los de los señores feudales. De otra parte, quienes no lograron acceder a capitales suficientes se incorporaron en la clase ahora llamada trabajadora o proletariado industrial. Ellos pusieron su fuerza laboral a cambio de una remuneración o salario, que también se reconoció a los artesanos que utilizaron progresivamente las máquinas e impulsaron la producción industrializada. Finalmente, algunas personas terminaron en la mendicidad y otros optaron por el crimen, dando lugar a normas como la *Vagrancy Act*[18] de Inglaterra y Gales, expedida en 1824, cuyo fin era procurar que los remisos se sumaran a la clase proletaria.

LA PRIMERA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: En la segunda mitad del siglo XVIII se presentó en Gran Bretaña un big bang técnico conocido como Primera Revolución Industrial, que se extendió luego a Europa y Norteamérica, producto de una serie de invenciones que permitieron renovar la forma como se desarrollaban los medios de producción, locomoción y comunicación. Así mismo y como detonante de la Primera Revolución Industrial, la creación paulatina de máquinas, elementos y herramientas transformó la producción y promovió la mejora de los medios de transporte, comunicación y comercialización de mercancías, productos y servicios.

Esta revolución impactó las condiciones sociales, económicas, políticas y geográficas de la época, lo mismo que a las denominadas sociedades preindustriales que persistieron en Europa desde la caída del imperio romano y que caracterizaban el sistema feudal con una economía basada en la producción artesanal y agraria, asentamiento de la población en zonas rurales, un régimen político monárquico con sólido respaldo de la iglesia que se ocupaba de solucionar las tensiones de derechos e intereses, haciendo excepcionales las controversias y los procesos judiciales.

Durante el sistema feudal prevaleció el contrato de vasallaje[19]. Los súbditos o vasallos se obligaban a una prestación de *auxilium et consilium*[20], es decir, a prestar apoyo político y militar a un noble, obedecerle y pagarle impuestos, a cambio de protección y de prerrogativas como los títulos nobiliarios

[18] UK PUBLIC GENERAL ACTS. Vagrancy Act 1824. c. 83 (Regnal. 5_Geo_4). En línea: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo4/5/83/introduction/enacted.

[19] GANSHOF, Francois. El Feudalismo. Editorial Ariel. Madrid, 1975. ISBN 10: 8434407523

[20] Ibid.

y el control sobre la tierra, todo de acuerdo con la pirámide del vasallaje, estructura de poder que impedía, en gran medida, el surgimiento de litigios ante los jueces que también eran súbditos del monarca y que, como medida para controlar su poder, solo tenían las atribuciones que se les delegaba y debían seguir sus precisas instrucciones en los procedimientos.

Como las personas nacían predestinadas a un determinado nivel social, hereditario y excluyente, cualquier protesta, rebeldía, reflexión o iniciativa de cambio o novedad era censurada y castigada y, por lo tanto, la ciencia, la técnica y el derecho no progresaron; unas mismas situaciones se perpetuaron por siglos y petrificaron la dinámica, la movilidad, el acceso a la educación, el desarrollo social y la evolución del derecho. Además, por estos mismos factores, era poca la posibilidad y la necesidad de ir de un lugar a otro, de transportarse o de comunicarse con otras personas y el intercambio de ideas o informaciones no era visto con agrado por los poderosos, fenómenos que mantuvieron suspendido el progreso por cientos de años.

De esta manera, en la medida que la autoridad se imponía por los emperadores, reyes, príncipes, supremos, monarcas o por los nobles, muchas veces a su antojo, los escasos litigios ante los jueces eran acusatorios y dispositivos, generalmente por causas similares, limitados ordinariamente a asuntos de tierras o deudas, ante magistrados y organismos prácticamente inaccesibles, parcializados, quienes en aspectos probatorios atendían tarifas previamente definidas que poco consideraban la ciencia y la técnica y que llegaron a confiar sus decisiones a la divinidad, con las llamadas ordalías, duelos judiciales o juicios de dios que convirtieron el proceso judicial en un juego de azar donde se creía, no se razonaba. Los procesos se tramitaban de forma escrita, formalista y complicada, con actuaciones espaciadas y demoradas que extendían indefinidamente su duración, de tal forma que simplemente se resolvían controversias, pero realmente no se administraba justicia, no se reconocían, ni respetaban los derechos fundamentales, ni se materializaban los derechos sustanciales.

Durante esta época de Primera Revolución Industrial se produjeron fantásticos fenómenos con enorme impacto en el derecho, en la medida que aumentaron exponencialmente las relaciones y los negocios, contratos e intercambios de bienes y servicios, se utilizaron nuevas materias primas y aparecieron mercancías de todo tipo, se multiplicaron las rutas comerciales, los desplazamientos, los descubrimientos de nuevas tierras y se incrementaron los adelantos científicos y técnicos, circunstancias todas que posibilitaron

la renovación de los modelos de producción y la mejora de la vida de la sociedad, aunque también se acrecentaron las tensiones y conflictos entre los miembros de la comunidad multiplicando el número y la complejidad de los procesos judiciales.

Un rotundo factor de los nuevos modelos de producción durante la Primera Revolución Industrial fue, según Bernd Marquardt, la *revolución energética*[21], con innovaciones en las fuentes de energía. "El sistema fósil-energético –dice Marquardt– posibilitó la nueva experiencia de un potencial exponencial crecimiento de las cantidades de energía que fluyeron"[22]. La utilización del carbón como fuente de energía, junto con el desarrollo de la máquina de vapor, permitió una aceleración constante de la producción y la plusvalía, el surgimiento de fábricas y el paso de la producción de autoconsumo a la producción industrial para comercialización.

De la fabricación a través de la transformación de la energía solar en biomasa[23] que permitía desarrollar las actividades de siembra y recolección y otras agrícolas limitadas con ciclos lentos y de difícil mutación, se pasó a la producción industrial. En palabras de Salvador Salcedo López, la Primera Revolución Industrial está marcada porque "determinadas sociedades de base agraria se sustituyen por otras de corte industrial. En el caso europeo, este tránsito se fundamenta sobre la hegemonía del sector algodonero y del sector siderúrgico"[24].

No es hasta la llegada de la Primera Revolución Industrial que se percibió una verdadera evolución en la invención y construcción de aparatos, como las máquinas vapor y los telares, que transformaron la vida y el trabajo, incrementaron la productividad y permitieron un crecimiento notorio y constante en el mundo contemporáneo, con profundos efectos en el derecho sustancial, procesal y probatorio.

---

21 MARQUARDT, Bernd. Historia Mundial del Estado: El Estado de la Doble Revolución: ilustrada e industrial (1776-2014). Ediciones ECOE. Bogotá, 2014, p. 37.

22 Ibid.

23 Ibid., 36.

24 SALCEDO LÓPEZ, Salvador. Industrialización y modernización. Etapas y perspectivas sociales. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2016, p. 91.

* La Eolípila es una máquina que utilizaba el vapor de agua para lograr que una esfera, que se encuentra suspendida encima de la máquina, comience a girar. Es una de las primeras muestras de la utilización del vapor como fuente de energía, cuyos principios físicos son utilizados hasta nuestros días en los motores de cohetes y otras máquinas que funcionan a propulsión.

Como lo indica Marquardt[25], la Revolución Industrial impulsó un desarrollo exponencial nunca visto en etapas anteriores, por las novedades en maquinarias, renovación de procesos, utilización de materiales, invención de nuevos productos, inauguración de fábricas y concentración demográfica, así como las primicias en transporte de mercaderías y personas, comercialización de productos y servicios y surgimiento de nuevos derechos e instituciones jurídicas.

Todos los avances en comunicación y transporte permitieron menores tiempos de desplazamiento entre las ciudades, el crecimiento del mercantilismo por una mayor facilidad de acceso a los mercados, un intercambio constante de información, tecnologías, bienes y servicios, más relaciones, más tensiones y más litigios.

La Revolución Industrial, a pesar de hacer especial referencia a reformas técnicas, mercantiles y económicas, trascendió estos sectores para llegar a otras instituciones como las políticas y alcanzar diferentes ámbitos como los jurídicos, al producir novedades en el derecho constitucional, de derechos humanos, civil, comercial, laboral, ambiental, financiero, minero, ambiental y de familia, entre otras materias.

Si bien en todas las latitudes la revolución llegó con una velocidad diferente, la gran influencia que tuvo la primera fue especialmente en el derecho laboral, individual y colectivo, al crearse empresas que reemplazaron las relaciones feudales por las capitalistas y conceder la opción de vender la mano de obra a cambio de una remuneración.

Como pasa ahora con el uso de la tecnología en el proceso, se presentaron tantos cambios, tan importantes y rápidos, que en ocasiones no había seguridad sobre sus efectos en los derechos, sobre la forma de interpretar para aplicar las normas precedentes a las innovaciones y sobre la manera de resolver las crecientes tensiones y conflictos que empezaron a surgir.

A esta situación de perplejidad contribuyeron las doctrinas y pronunciamientos de los pensadores, filósofos y académicos, como Adam Smith (1723-1790) que pregonaba: "todo hombre tiene el derecho indiscutiblemente de emplear a su antojo su trabajo y su capital"[26], interpretada con diferentes significados, hasta en el sentido de patrocinar abusos por parte de los patronos en relación con el trabajo infantil, sobrecarga de horas laborales, condiciones precarias

[25] MARQUARDT. Op. cit.

[26] MIJAILOV. Op. cit., p. 87.

dentro de las fábricas, salarios insuficientes, situaciones de riesgo propicias para los accidentes, entre otros, problemática que influyó en el derecho con efectos hasta la actualidad, pues muchas de las disposiciones adoptadas como consecuencia de los conflictos que empezaron a presentarse son la base de lo que hoy se considera el derecho laboral, como materia independiente, separada del civil y comercial.

De esta forma, se expidieron normas como las *Factory Acts*[27], *Cotton Mills and Factory Acts*[28] de 1819, *Factory and Workshop Acts*[29] de 1878, la ley francesa de 1892[30] y la ley alemana de 1883[31], encaminadas a regular y disminuir la jornada laboral, así mismo para permitir descansos dominicales y en días feriados, prohibir jornadas nocturnas para menores, mejorar los salarios, etc., conjunto origen del régimen de seguridad social y que hicieron que los empresarios se responsabilizaran por los accidentes laborales dentro de las fábricas, consideraran la salud de los trabajadores y se creara una protección para la vejez mediante pensiones o seguros compartidos entre trabajador y empleador, avances conseguidos inicialmente en Alemania[32].

Así mismo, se avanzó en derecho laboral colectivo[33] al conformarse las primeras asociaciones obreras, regularse el derecho de huelga, surgir las cajas de ayuda mutua, los clubes de los obreros y los sindicatos, con especial intensidad en países como Rusia, Inglaterra y Alemania.

Por primera vez en la historia, en poco tiempo, se creó un sinnúmero de empresas, se transformaron los mercados y aumentaron las transacciones, relaciones, vinculaciones, afiliaciones, ventas, arrendamientos, suministros, permutas y contratos de diferente índole, lo mismo que los deberes, derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades expresas e implícitas por la diversidad de productos y servicios ofrecidos a la población. Precisamente

[27] THE FACTORY ACT OF 1819: six pamphlets, 1818-1819. British labour struggles: contemporary pamphlets; 1727-1850. Arno Press, New York, 1972.

[28] Ibid.

[29] UK PARLIAMENT. Later factory legislation. Reforming society in the 19th century. En línea: https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/laterfactoryleg/. Consultado el 10 de noviembre de 2020.

[30] RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. Derecho Internacional Obrero. Origen y Concepto. Universidad de Jaén IUSLabor 3/2017, pp. 336-372, ISSN 1699-2938

[31] Ibid.

[32] Ibid.

[33] Ibid.

por estas novedades se generalizan las sociedades anónimas y la expresión responsabilidad limitada cobró fuerza en el siglo XIX en Inglaterra y en todos los países industrializados, producto de normas como el *Limited Liability Act* de 1855 y el *Joint Stock Companies Act* de 1856[34].

Estas regulaciones y el *Joint Stock Companies Act,* que se expidió tiempo después, generaron discusiones sobre los derechos de los accionistas, la forma como debía operar la compañía para no causar perjuicios y el debido funcionamiento de los órganos sociales, entre otros factores, desafíos que dieron lugar a llamativas interpretaciones y particulares controversias[35].

Por otro lado, durante la Primera Revolución Industrial se comenzó con la regulación de aduanas, se expidieron leyes sobre calidad de productos y otras para asegurar la libre competencia. Países como Inglaterra y Rusia se impusieron normas que protegían la industria nacional, estableciendo aranceles e impuestos extras a países como India, Irán y China. A pesar de estos gravámenes no se ralentizaron las importaciones y exportaciones de maquinarias y productos, sino que se incrementaron. El intercambio internacional permitió a países como Estados Unidos, Francia y Alemania tener una Revolución Industrial sincrónica[36].

La constante innovación en máquinas, fórmulas y procedimientos para la transformación de metales y materiales hicieron necesario disminuir los llamados *privilegios* e incrementaron el reconocimiento de derechos de propiedad de los inventos. Estados Unidos en 1790, Francia en 1791 y España en 1826 garantizaron las patentes[37]. Correlativamente surgieron diferentes disputas sobre propiedad intelectual[38].

También en esta era se presentaron avances en el área del derecho constitucional, con el reconocimiento de los derechos llamados de primera generación (S. XVIII y XIX), para limitar la acción del poder y garantizar la participación política de los ciudadanos en procura de su libertad (Derechos a la vida, libre

[34] KEMPIN, Frederick. Limited Liability in historical perspective. Publicado por la revista American Bussines Law Association Bulletin. Universidad de Michigan. En línea: https://www.bus.umich.edu/KresgeLibrary/resources/abla/abld_4.1.11-33.pdf.

[35] IRELAND, Paddy. Limited Liability, Shareholder Rights and Corporate Irresponsibility. Cambridge Journal of Economics, vol. 34, tomo 5, 2010, pp. 837-856. En línea: https://academic.oup.com/cje/article/34/5/837/1700679.

[36] MIJAILOV. Op. cit., p. 38.

[37] Ibid.

[38] Ibid.

expresión, reunión, propiedad, voto, asociación, huelga, etc.). Se reconoció el derecho a "una justicia inamovible, el sometimiento a una jurisdicción propia y a un juicio con jurado, el derecho a la paz y a la seguridad, a un libre comercio, el derecho a que la propiedad no sea incautada ni confiscada y el total desprecio por la discriminación en razón de la raza"[39], todo esto consagrado en la Declaración de Independencia de Estados Unidos. Al otro lado del océano, en Francia, se reconocían los derechos a la libertad e igualdad, libertad de asociación política, debido proceso, libertad de opinión y el derecho a la propiedad, plasmados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Igualmente, países como España abolían legalmente la esclavitud en 1837. En Colombia se mantuvo hasta 1851.

Así mismo, en términos de Derecho Internacional Humanitario se hicieron avances, pues se suscribió la Primera Convención de Ginebra en 1864 para mejorar las condiciones de los militares heridos en campaña, pues se empezó a reconocer la importancia de la vida y del respeto por las zonas neutrales, primeros pasos para lo que hoy se conoce como Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

LA SEGUNDA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: Las transformaciones tecnológicas no se detuvieron; al contrario, cada vez fueron más en cantidad y en calidad. Un Siglo después de la Primera Revolución Industrial surgió un segundo movimiento que por sus particularidades transformadoras fue denominado la Segunda Revolución Industrial, que continuó forjando la sociedad y el futuro. Si bien es cierto no hubo una diferencia temporal precisamente demarcada entre un periodo y otro, la llamada Segunda Revolución Industrial cobró especial importancia por las nuevas fuentes de energía y porque la tecnología se globalizó.

Para poner las cosas en perspectiva, la Primera Revolución Industrial comenzó a inicios del siglo XVIII y terminó a mitad del siglo XIX; es decir, tuvo un periodo de desarrollo de unos 150 años. Por su parte la Segunda Revolución empezó en 1870 (siglo XIX) y culminó en 1914 al inicio de la Primera Guerra Mundial (siglo XX), es decir que tuvo un periodo de desarrollo de 50 años para transformar el mundo[40].

[39] DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA. Estados Unidos de América, 1776. En línea: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.diputados.gob.mx%2Fbiblioteca%2Fbibdig%2Fconst_mex%2Fdecla_1776.pdf&clen=2591519&chunk=true.

[40] Ibid.

Entre las causas detonantes[41] de la Segunda Revolución Industrial se pueden destacar los cambios económicos producto del desarrollo de la industria, la creación de nuevos modelos de trabajo y de producción, la consolidación de nuevas formas de concentración y generación de la riqueza, las diferentes luchas por la reivindicación de los derechos con movimientos que determinaron la expedición de nuevas normas de reconocimientos económicos, civiles y políticos, además del incremento de los nacimientos como consecuencia de la concentración demográfica y la disminución de la mortalidad por el control de las enfermedades y epidemias.

Las novedades tecnológicas originaron nuevas ideas, estudios, teorías y preocupaciones del hombre y su manera de entender el mundo, situación que se vio reflejada en la producción filosófica y jurídica de la época, por lo que muchos de los pensadores de los siglos XVIII, XIX y XX se dedicaron a hacer sus estudios desde la perspectiva de los nuevos modos de producción, entre ellos David Hume, (1711 - 1776), Adam Smith (1723 - 1790), David Ricardo (1772 - 1823), John Stuart Mill (1806 - 1873), Karl Marx (1818 - 1883), John Maynard Keynes (1883 - 1946), entre muchos otros, que demuestran la curiosidad del hombre por estudiar los sistemas económicos y sus efectos globales, también en la administración de justicia.

En esta época de la historia cambiaron todos los aspectos de la vida del ser humano. También sus procesos judiciales que se transformaron de formalistas, demorados e indefinidos, arcaicos e ineficientes y costosos en procesos orales, desformalizados, temporales, modernos, eficientes y económicos.

Al igual que en la Primera Revolución Industrial, el principal elemento transformador fue la energía. Si bien muchos de los avances e inventos surgidos durante la época antecesora continuaron teniendo incidencia en los procesos de producción, paulatinamente fueron reemplazados. Es así como los grandes protagonistas durante la Primera Revolución Industrial fueron la energía hidráulica y la de vapor y en la segunda el petróleo y la energía eléctrica que facilitaron la producción en masa mediante la división de tareas. También tuvieron protagonismo en esta época los novedosos usos de los químicos y de metales como el acero.

Los comienzos de la electricidad se remontan a la primera bombilla de Thomas Alva Edison en 1879, creada a base de filamento de carbón con una duración de 14 horas. Con la masificación de la electricidad las ciudades brillaron y

[41] SCHWAB, Klaus. La Cuarta Revolución Industrial. El Tiempo Casa Editorial. Bogotá, 2016.

fueron acogedoras. Poco a poco se fueron encontrando nuevos usos como el motor eléctrico que reemplazó el de vapor y posibilitó la mecanización de procesos de producción que antes necesitaban de la fuerza humana, elevando la industrialización de la producción y comercialización de mercaderías, hasta convertirla en fuente de energía, calor, luz y movimiento[42]. Además, permitió a las empresas no tener que construir instalaciones de grandes dimensiones cerca de las fuentes de agua, sino producir en pequeños talleres dotados de electricidad para las máquinas necesarias.

Los desarrollos en la industria del petróleo, la electricidad y el acero fueron los propulsores para la invención de muchos artefactos como el telégrafo, el teléfono, la máquina de escribir, la radio, la fotografía, el cine, la televisión, el automóvil, e incluso el avión, que transformaron radicalmente todos los escenarios económicos, sociales y jurídicos. La Segunda Revolución Industrial marcó el inicio de la vida como se conoce hoy en día.

Al igual que la vida cotidiana, el derecho como ciencia social se transformó. En primer lugar, muchos Estados se encontraban en la transición a la democracia, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica que, posterior a la declaración de independencia, se consolidó como un Estado presidencialista y capitalista. Lo mismo sucedió con varios países de Europa luego de la Revolución Francesa, momento en el cual, además, se logró el reconocimiento de diferentes derechos civiles y políticos.

En cuanto al derecho mercantil, la Segunda Revolución Industrial contribuyó a la creación de empresas de diferentes tamaños y especialidades en cada sector de la economía por la división de la producción y de la distribución de productos y la aparición de las economías de escala[43]. Por lo anterior, fue necesario expedir normas especializadas para cada sector de la economía y disposiciones *Antitrust*, pues si bien en el sistema capitalista se habla de libertad de mercado, la necesidad de contener el afán de lucro hizo indispensable la intervención del Estado para la vigilancia y control de la iniciativa privada.

[42] LA SEGUNDA revolución industrial y el nacimiento de la gran empresa. [Anónimo] En línea: https://ocw.unican.es/pluginfile.php/1213/course/section/1495/MC-II-3.pdf. Consultado el 10 de junio de 2021.

[43] OPORTO, Elena Alfaro. La segunda revolución industrial: las economías de escala y alcance y el logro de una eficiencia productiva elevada. Derecho mercantil. Abril 6 de 2019. En línea: https://derechomercantilespana.blogspot.com/2019/04/la-segunda-revolucion-industrial-las.html.

Hay que resaltar, igualmente, la notoria relevancia durante la Segunda Revolución Industrial de la Propiedad Intelectual por el aumento de la invención y la creatividad, para proteger estos derechos local y globalmente con una serie de reglas comunes para los Estados, como el Convenio de París de 1883 que constituyó el primer tratado internacional en el tema de patentes y, además, la reciente Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones[44].

Por otro lado, también surgió una protección internacional de los derechos de autor mediante la creación del Convenio de Berna de 1886 que, en palabras de Lucila Díaz Rönner y de Guillermo Folguera, "destaca el derecho de autor con el objetivo de facilitar a los nacionales de los Estados contratantes la obtención de protección internacional para su derecho a controlar el uso de sus obras creativas y a recibir un pago por tal uso. (…) Ambos convenios impulsaron con fuerza la expansión de la propiedad intelectual"[45].

Como se mencionó anteriormente, la Segunda Revolución Industrial terminó alrededor del año 1914, momento en el cual comienza la Primera Guerra Mundial, y sincrónicamente la Revolución Rusa, y con ello cambios en el reconocimiento de derechos y en la consolidación de los Estados tal y como se conocen hoy en día.

En esta época se produjo una profunda transformación del derecho procesal civil, que impusieron el tránsito hacia la oralidad principalmente bajo el impulso de las ideas de Adolf Wach, (1843-1926), Franz Klein (1854-1926) y de Giuseppe Chiovenda(1872-1937), seguidas después por Piero Calamandrei (1889 – 1956) y Mauro Cappelletti (1927-2004), en Uruguay por Eduardo J. Couture Couture (1904-1956), y en Colombia por Hernando Devis Echandía, Hernando Morales Molina y Jairo Parra Quijano, para solo mencionar algunos nombres, todas encaminadas a contar con un escenario de realización de los derechos reconocidos por la ley sustancial y respeto de los derechos fundamentales.

Con esta dirección, la acción dejó de ser el derecho sustancial en movimiento para constituirse en una facultad independiente del aparato jurisdiccional; el proceso dejó de considerarse como un contrato o cuasicontrato para reconocerse como una relación jurídica procesal; se consolidó la tendencia mixta en

[44] COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486 (14 de septiembre) de 2000. Régimen Común sobre Propiedad Industrial En línea: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf.

[45] DÍAZ RÖNNER, Lucila; FOLGUERA, Guillermo. Propiedad intelectual y nociones de vida: relaciones, condiciones de posibilidad y desafíos. Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad. Vol. 12 - núm. 35, junio, 2017, pp. 11-38.

la actuación, que mezcla lo acusatorio en la iniciación con lo inquisitivo en el impulso, además una concentración para evacuar el mayor número de actuaciones en el menor tiempo posible, desformalización que excluye excesos rituales y, además, temporalidad; y en el derecho probatorio se adicionaron las reglas clásicas de carga de la prueba con la posibilidad de decretarlas de oficio por el juez y las de distribuir la carga exigiendo probar a quien se encuentra en condiciones más favorables para aportar las evidencias, además de imponerse los sistemas de libre valoración sobre los de tarifa legal. Para esta era enseñó Francisco Gorphe: *"La antigua imagen de la Justicia con los ojos vendados brinda un concepto erróneo, deberá ser reemplazada por otra con una antorcha en la mano iluminando una balanza moderna; una justicia que cierra los ojos a las preferencias personales y los oídos a las solicitudes, sin duda, pero que también se ilumina con la luz de la ciencia para descubrir la verdad y pesar con medidas exactas"*[46].

A partir del periodo histórico de la edad contemporánea, que se inicia en el Siglo XVIII, con la inspiración de las corrientes ideológicas de la ilustración[47], basadas en la razón, la igualdad y la libertad, como fruto del desarrollo jurídico posterior a la independencia de los Estados Unidos de América declarada el 4 de julio de 1776 y a la Revolución Francesa de 1789, punto final del feudalismo y de partida del sistema capitalista y, además, fin del absolutismo monárquico e inicio de la división de poderes del Estado republicano democrático con soberanía popular, la doctrina inició un movimiento reformador de regreso del proceso civil a la oralidad, a la desformalización de la actuación para mejorar la eficacia, a la temporalidad del proceso, a la libertad probatoria y al aumento de los poderes del juez como director, a pesar que, en un principio, guiados por el liberalismo clásico, se pensaba que la libertad de los individuos se debía garantizar con un trato igualitario meramente formal, con una ley *clarividente y ciega*. En palabras de Charles de Secondat, barón de Montesquieu, el juez solo hablaba por la *bouche de la loi* y, por esta razón, como un ser inanimado, debía limitarse a aplicar sus textos, porque no podía moderar su fuerza ni su rigor, so pena de atentar contra el principio de división de poderes necesario para los pesos y contrapesos del nuevo Estado republicano[48].

[46] GORPHE, François. La crítica del testimonio. Editorial Reus. 6a edición. Madrid, 2003. ISBN: 978-84-290-1032-9

[47] KANT, Emmanuel. En defensa de la Ilustración. Alba minus. España, 2017.

[48] MARINONI, Luiz Guilherme. Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Palestra Editores. Lima, 2007, pp. 20 y ss.

En desarrollo de este movimiento de transformación procesal, de abandono del sistema escritural y formalista, de regreso a la oralidad y a la desformalización, se expidieron numerosos códigos: El de procedimiento civil de Hannover de 1850, el código de procedimiento civil alemán de 1877, el japonés de 1890 y el austríaco de 1895, el código húngaro de 1911, el danés de 1916, el noruego de 1915, el yugoslavo de 1929, el polaco de 1933, el italiano de 1940, el suizo de 1947, el sueco de 1948, el español del año 2000 y el colombiano de 2012[49].

Iberoamérica se demoró en dar el paso a la oralidad por seguir el derecho español que solo hasta el año 2000, cuando se derogó una ordenanza de 1881 que consagraba un proceso escrito, la acogió en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

La resistencia que se presenta ahora con la tecnología y las actuaciones virtuales en los procesos es similar a la que se percibió en su momento ante la oralidad. Colombia no fue ajena a las censuras y oposiciones ante la corriente reformadora que buscaba reemplazar los sistemas escritos. En el año 1970, bajo el liderazgo de Hernando Devis Echandía y Hernando Morales Molina se expidió el Código de Procedimiento Civil (CPC) que, si bien constituyó un importante avance y actualización de las instituciones procesales dotando al juez de valiosos poderes e implementado el sistema de la persuasión racional para la valoración de la prueba, en cuanto al sistema procesal debió continuar con el escrito.

"La audiencia preliminar –escribió Hernando Morales Molina– *estuvo en mente de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Civil vigente; pero, consultados varios jueces de Bogotá, manifestaron que debido al número de expedientes a su cuidado sería muy difícil poder fijarla en cada caso para una fecha relativamente próxima(...) En tales condiciones, se preveía que en vez de acelerar la marcha de los procesos los dilataría, y por tal motivo, no se acogió en definitiva"*[50].

LA TERCERA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: A partir de la segunda mitad del Siglo XX, posterior a la culminación de la segunda guerra mundial, surgió el tercer cambio tecnológico y transformador de la historia, la llamada Tercera Revolución Industrial o revolución de la informática, etapa caracterizada por un asombroso desarrollo científico, tecnológico y productivo que involucró nuevas "*técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento*"[51], entre ellas el internet y las energías renovables.

[49] CAPPELLETTI, Mauro. La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1972, p. 51.

[50] MORALES MOLINA, Hernando. La audiencia preliminar. Ponencia. IV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Estudios de Derecho Procesal. Jurídica Radar. Cali, 1982, Bogotá, 1983, p. 44.

La Tercera Revolución Industrial tuvo incidencia global, aunque enfocada específicamente en países como Estados Unidos, Europa occidental, China y Japón, considerados hoy como países desarrollados o líderes en asuntos científicos, tecnológicos y productivos.

Si bien no se tiene certeza de la fecha exacta de inicio ni de terminación de la Tercera Revolución Industrial, la primera vez que se hizo referencia al término fue en una Declaración Escrita del Parlamento Europeo del 14 de mayo de 2007 y en el libro de Jeremy Rifkin publicado en el 2013 *"La Tercera Revolución Industrial: cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo"*, donde contempla un profundo cambio por la aparición de las denominadas Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones TIC, sumadas a la necesidad de encontrar nuevas fuentes de energía y la tensión que generó el cambio de mentalidad de la población acerca de la explotación de los recursos naturales, elementos todos combinados que llevaron a la humanidad a explorar horizontes de la ciencia y la tecnología que no se habían contemplado hasta el momento.

Esta idea llegó incluso a nutrir el *Plan Quinquenal*[*] de la República China anunciado en 2016, tal y como lo declaró el Primer Ministro Li Keqiang, quién mencionó que para el periodo 2016-2020[**] se consideraron como eje fundamental las ideas de Rifkin, con la mayor profundización de la tecnología, un uso cíclico de los recursos, reciclaje de los desperdicios y descentralización del desarrollo hasta ahora concentrado en Beijín[52].

[51] RAE. Op. cit. Definición de <tecnología>

* El Plan Quinquenal es una serie de políticas sociales y económicas que el Partido Comunista Chino ha publicado cada cinco años desde 1953, en un intento por moldear la economía de China siguiendo los objetivos contenidos en ellas.

** Si bien se llama plan Quinquenal, y se trataría de una planificación a cinco años, siempre desde su inicio en la República China en 1953 se ha expedido un plan cada cuatro años.

[52] Declaraciones del Primer Ministro Chino Li Keqiang, y de su Viceministro Zhang Gaoli en declaración al Huffington Post en el marco de las conferencias tituladas Entendiendo a China, organizadas por el Instituto Berggruen en 2015.

GARDELS, Nathan. China's New Five-Year Plan Embraces the Third Industrial Revolution. HuffPost. Mayo 5 de 2015. En línea: https://www.huffingtonpost.com/nathan-gardels/china-third-industrial-revolution_b_8478954.html. Consultado el 10 de septiembre de 2020.

Entre las principales causas de la aparición del hito transformador se encuentran la crisis del capitalismo y las nuevas formas de producción, consideradas en el plan económico mundial diseñado al finalizar la Segunda Guerra Mundial que asignó a cada territorio un objetivo dentro del nuevo orden económico e industrial del planeta, destinando a algunos a la producción de materias primas y a otros a la transformación y distribución de productos terminados, asignaciones que descentralizaron la ubicación de las empresas por la facilidad de transporte de mercancías en virtud de la globalización, pero ahondó las desigualdades sociales y la protestas medioambientales en ciertas regiones y las reflexiones sobre la necesidad de un Estado de Bienestar.

La crisis en las fuentes de energía por el aumento de precio de las tradicionales y del petróleo de los años 70, además de la preocupación medio ambiental por los efectos del sistema fósil energético, inspiró la búsqueda de alternativas menos contaminantes como la energía solar, la hidráulica, la eólica y la geotérmica. Una de las fuentes de energía que se empezó a utilizar durante el siglo XX, como reemplazo de las fósiles, fue la nuclear por ser inagotable, de costos reducidos en su instalación, aunque con mayores riesgos por las radiaciones para el medio ambiente y la salud de las personas y costos incalculables en caso de siniestros.

En esta revolución se perfeccionaron los medios de transporte y el ser humano comenzó a expandir sus horizontes, incluso fuera del planeta tierra. En la década de los sesenta se logra la primera exploración del espacio haciendo uso de sondas y satélites[53] con fines exploratorios o de investigación, de comunicación y militares[54].

La carrera cósmica desarrolló paralelamente el perfeccionamiento, uso y difusión de las Tecnologías de la Información y Comunicación TIC, razón por la cual la Tercera Revolución Industrial también es conocida como la revolución de la información al modernizar la comunicación con inventos como la computadora, el celular y el internet que vigorizaron los avances de la humanidad e impactaron la vida cotidiana y la producción, convirtiéndose igualmente en el pilar fundamental para el inicio de la Cuarta Revolución Industrial.

De resaltar que a finales del siglo XX apareció en Estados Unidos *Silicon Valley*, el centro de producción de sistemas informáticos más grande del

[53] KAPLAN, Marcos. Ciencia, Estado y derecho en la tercera Revolución. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 25.

[54] Ibid.

mundo, en un área con fuerte presencia de instituciones como la Universidad de Stanford, California y San Francisco cuyos departamentos de ingeniería y también sus estudiantes* se encontraban interesados en los nuevos sistemas de circuitos integrados creados en 1959[55], aliciente que impulsó la creación de grupos que tenían por *hobby* los sistemas informáticos y que desempeñaron un papel protagónico en el desarrollo de los computadores personales. Ejemplo de ello fue el *Homebrew Computer Club* que se reunió entre 1975 y 1985 y alcanzó gran importancia por la participación de Steve Wozniack[56] quien fundaría en 1977, junto con Steve Jobs, Apple Computer Inc.; ellos, junto con compañías como Microsoft, IBM y HP, marcarían el paso para el fenomenal desarrollo de los computadores personales.

Pocos años más tarde de la aparición de estos *startups*, las tecnologías de la información y las comunicaciones presentarían otro cambio disruptivo: la producción en masa del teléfono móvil, inventado a inicios de la década de los setenta y que a finales de la década siguiente irrumpió y se extendió en el mercado del consumidor promedio.

* Con lo anterior, el primer sistema integrado de circuitos que podía ser fabricado en masa fue inventado por Robert Noyce en 1959, quien para la época trabajaba en la aún existente Fairchild Semiconductor Company. La invención de Noyce implicó toda una revolución en la manera de estudiar los sistemas informáticos, por cuanto la fabricación de su sistema de circuito integrado era posible realizarla utilizando silicio, a diferencia de los antiguos sistemas inventados que eran fabricados con germanio. Este cambio en el material permitió su masificación y, por ende, no solo su inclusión exponencial en las nuevas tecnologías de la época, sino también un mayor acceso de la población al estudio de los componentes de los nacientes sistemas informáticos.

[55] NOYCE, Robert. Microelectronics. Revista Scientific American. Vol. 237, No. 3. Septiembre de 1977, pp. 6-69.

[56] El Hombrew Computer Club se reunió nuevamente en el 2013 como una conmemoración de su influencia en el desarrollo de la industria de la informática en California.

MCCRACKEN, Harry. Solo por una noche, el Homebrew Computer Club de Silicon Valley vuelve a reunirse. Techland Time. Noviembre12 de 2013. En línea: www.techland.time.com/2013/11/12/for-one-night-only-silicon-valleys-homebrew-computer-club-reconvenes/.

* Como ha sido una constante en las otras revoluciones industriales, una de las áreas del derecho que reflejó un mayor impacto fue el derecho comercial por la globalización de la información que condujo a regular temas relacionados con el Internet, como lo hizo Colombia con la expedición de la Ley 527 de 1999 que reglamentó el comercio electrónico, el acceso y uso de los mensajes de datos, de las firmas electrónicas y digitales, trayendo al mundo del derecho nuevos conceptos no considerados anteriormente y que cambiaron la concepción de documento como prueba, calidad antes prevista únicamente para el formato físico.

La masificación del uso del televisor, la radio y el teléfono fueron el inicio para la creación de un sistema que conectó al mundo, red llamada Internet. Su accesibilidad es considerada actualmente un derecho humano.

Son muchos, variados e importantes los efectos que está teniendo la tercera Revolución Industrial en el derecho, específicamente porque como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial ocurrieron importantes cambios de contenido jurídico que determinaron un nuevo orden, enfocado hacia los derechos humanos, con la creación de la ONU, aunque también con regulaciones sobre el Internet y el *habeas data*.

Al llegar a este punto de la evolución procesal, el debate ya no es el del sistema oral sobre el escrito, sino que gira alrededor de la aplicación de la tecnología en el proceso y sobre la posibilidad de realizar las actuaciones por medios virtuales, electrónicos o digitales, debe advertirse que persisten otras discusiones tales como: a) Sobre si el proceso debe tener como propósito únicamente resolver la controversia o además administrar justicia; b) En relación con la eficiencia, equilibrio o relación proporcionada entre forma y número de actuaciones, tiempo, costos que demandan y calidad de las decisiones, aspecto en el que la tecnología puede contribuir de manera transcendental; c) Finalmente, sobre la dirección y facultades del juez en el proceso, tanto de impulso, como probatorias en procura de la averiguación de la verdad[57].

LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: En la actualidad la humanidad se encuentra en la cuarta revolución industrial, expresión acuñada por el fundador del foro económico mundial Klaus Schwab que advirtió en el año 2016 la aparición de un nuevo cambio transformador y revolucionario.

[57] PEREZ RAGONE, Álvaro. El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach: Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2014, n.42, pp.523-551. En línea: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100016&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-6851. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100016.

* Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), etc.

** En el mismo sentido el artículo 24 de la Constitución Española de 1978, el artículo 24 de la Constitución Italiana de 1947, varios artículos, entre ellos el 19, 101 y 103 de la Ley Fundamental Alemana de 1949, el 139 de la Constitución germana de 1993, el artículo 47 de la Constitución Federal Rusa de 1993, el artículo 5º, de la Constitución de Brasil de 1988 y el artículo 6º, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

Schwab dijo que, si la Primera Revolución se desarrolló en torno al vapor, la Segunda Revolución alrededor del petróleo y la Tercera a partir de las Tecnologías de la Información y Comunicación, la Cuarta está marcada por la digitalización y la inteligencia artificial, es decir la interacción entre la tecnología y los dominios físicos, biológicos y digitales, que mejoraron la calidad de la vida de los seres humanos.

Este hito transformador se desarrolla a una velocidad más rápida que las anteriores revoluciones, pues la globalización es imparable y está ahora acompañada del gran invento del Internet. El alcance e impacto de la transformación ha impactado desde los aspectos macro de los países hasta temas particulares de la vida cotidiana de las personas.

Según Schwab fueron tres los impulsores de la Cuarta Revolución Industrial, que agrupa inventos y descubrimientos, los avances físicos, biológicos y digitales, todos impactados por la inteligencia artificial como tecnología disruptiva que "automatiza el aprendizaje de las máquinas y permite realizar tareas repetitivas, a través del almacenamiento"[58], como principal motor de cambio.

La inteligencia artificial como avance que busca simular la inteligencia humana mediante procesos realizados por sistemas computarizados de razonamiento y autocorrección fue desarrollado en un comienzo por el matemático inglés Alan Turing, asimilando el razonamiento para la resolución de problemas y toma de decisiones con los procesos que podrían desarrollar las máquinas. Así quedó plasmado en su artículo científico *"computing machinery and intelligence"* del año 1950[59], en donde se plasma por primera vez el *Test de Turing*.

Una vez desarrollado el concepto se planteó una pregunta en torno a si ¿es posible que las maquinas piensen? Para responder este interrogante Turing realizó un experimento denominado *juego de imitación* y concluyó que la máquina tiene que ser capaz de responder preguntas como si fuese un ser humano y que si el interlocutor no puede distinguir entre la máquina y el humano, el aparato habrá pasado la prueba. Esta hipótesis fue la primera en plantear que una máquina podía pensar por sí misma, abriendo la puerta para la inteligencia artificial.

[58] UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA. Cuarta Revolución Industrial: ¿qué es el mundo 4.0? En línea: https://www.usergioarboleda.edu.co/noticias/cuarta-revolucion-industrial-que-es-el-mundo-4-0/

[59] TURING, Alan. Computer Machinery and Intelligence. Mind Magazine, 1950. En línea: www.csee.umbc.edu/courses/471/papers/turing.pdf

Cinco años después a la publicación del artículo de Turing, el investigador en informática Allen Newell, el programador Cliff Shaw y el economista Herbert Simón, presentaron el programa *Logic Theorist*, considerado como el primero con inteligencia artificial en el mundo capaz de imitar las habilidades de resolución de conflictos de un ser humano[60]. El programa fue mostrado durante el Proyecto de verano de Investigación en Inteligencia Artificial de Darthmouth (o Darthmout Summer Research Project on Artificial Intelligence, en inglés), organizado por el informático John McCarthy, quien invitó a diversos investigadores de múltiples disciplinas para discutir abiertamente la inteligencia artificial, su presente y su futuro.

Desde la presentación de *The Logic Theorist* en 1955 pasaron cuatro décadas, hasta que en 1997 el computador Deep Blue de IBM logró ganar a un ser humano en una actividad por medio de la inteligencia artificial, que fue al campeón mundial de ajedrez Garry Kaspárov, lo que hasta ese momento se creía imposible. El enfrentamiento, que tuvo lugar entre el 6 y el 11 de mayo de 1997 en Nueva York, dejó como resultado dos victorias para Deep Blue, una para Kaspárov y tres empates. La primera partida fue ganada por Kaspárov, la segunda por Deep Blue, las tres siguientes terminaron en empate y la última fue ganada por Deep Blue, secuencia que permitió concluir que las victorias iniciales de cada uno y los tres empates demuestran la igualdad en la capacidad de razonamiento entre la máquina y el hombre, pero el cansancio y el agotamiento pasan factura al ser humano cuando las actividades se extienden en el tiempo[61].

Este evento, más que una simple partida de ajedrez representó el hecho de que por primera vez una máquina fuese capaz de razonar al nivel de un humano mediante procesos lógico-matemáticos que le permitieron analizar cada movimiento de su rival para dar una respuesta adecuada y desenvolverse en la contienda. En palabras más simples, la máquina logró analizar su entorno y de acuerdo con la información disponible actuar y resolver un problema determinado, que es lo mismo que hacemos las personas y que es similar a lo que se hace en los procesos y en la administración de justicia, semejanza que hará posible inquietantes alternativas en el futuro.

[60] ANYOHA, Rockwell. History of artificial inteligence. Universidad de Harvard. Science in the news Agosto 28 de 2017. En línea: https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/

[61] IBM. Transforming the world. Cultural impacts. En línea: www.ibm.com/ibm/history/ibm100/us/en/icons/deepblue

Dentro de los avances de la Cuarta Revolución se encuentran aquellos que habilitan la conexión de las cosas cotidianas con el Internet a través de sensores más pequeños, potentes y económicos que confieren autonomía a las máquinas, dando origen por ejemplo a vehículos que no requieren conductor, drones capaces de reaccionar antes de una colisión o con la posibilidad de interpretar información apelando a datos almacenados, ropa que se adapta al clima, redes de transporte autónomas, hogares con espacios inteligentes, casas totalmente automatizadas, así como redes de fabricación y distribución computarizadas[62], e incluso procesos o trámites de atención de quejas, solicitudes o peticiones y demandas o querellas debidamente automatizados.

De esta manera, la robótica comenzó con artefactos para la producción en fábricas, es decir con máquinas que apoyaban las tareas de los humanos; sin embargo, hoy en día, y gracias a la inteligencia artificial, la robótica avanzada coopera en la vida cotidiana con androides parecidos a las personas, capaces de almacenar información, adaptarse al entorno, entender emociones, reaccionar, actuar, resolver problemas o controversias y sentir, siguiendo la premisa que la inteligencia artificial consiste en el perfeccionamiento de la imitación al ser humano.

La industria 4.0 también está marcada por la aparición de máquinas novedosas como las impresoras 3D que fabrican objetos y personalizan productos con tecnología de la industria automotriz, aeroespacial y médica. Hoy se está hablando de la posibilidad de una impresora 4D capaz de fabricar productos que podrían cambiar de acuerdo con el ambiente, el calor o la humedad, útil en industrias como la indumentaria y de fabricación de órganos que remplacen a los de los seres humanos.

En la revolución 4.0 se desarrollaron otro tipo de materiales que, por el momento, son excesivamente costosos, como el grafeno[63], pero que podrían llegar a reemplazar los actuales por su mayor fortaleza y flexibilidad, menor peso y eficiencia en la conductividad. Otro aporte fruto de la preocupación por el medio ambiente es el desarrollo de materiales reciclables para teléfonos móviles y componentes de la industria aeroespacial, entre otros.

Según un informe de 2015 del Foro Económico Mundial[64] se estima que para el 2025 cerca del 10% de las personas usaran ropa o gafas conectadas a Internet y más del 50% del tráfico de Internet en las casas será para electro-

[62] SCHWAB. Op. cit.

[63] Ibid.

[64] Ibid.

domésticos y dispositivos del hogar; son ejemplos de que el Internet de las Cosas es un hecho y cada vez estará más cerca de la vida cotidiana. El mismo informe advierte que para antes del 2025 por primera vez un gobierno habrá recaudado sus impuestos haciendo uso de la tecnología del Blockchain, sin descartar que la Big Data también tome gran importancia en la realización de predicciones. ¿Sucederá lo mismo con las actuaciones y decisiones en los procesos judiciales y con la administración de justicia, en qué aspectos y hasta qué niveles?

El almacenamiento y sobre todo el procesamiento de datos[65] es el motor de la Cuarta Revolución Industrial. Empresas como Amazon, Facebook, Google o Uber, por mencionar algunas, son compañías que trabajan con la información, fraccionando y dividiendo los procesos. Es así como Amazon vende productos, pero no es el dueño de ninguno de los que comercializa; Facebook es el medio de comunicación más grande del mundo y no crea contenidos; Google es el buscador más reconocido del mundo de occidente y no cuenta con información propia; y Uber es la empresa de transporte más reconocida y no es dueña de ningún vehículo. Estas empresas, así como otras como Alibaba o Airbnb están caracterizadas por el procesamiento de datos que les permite poner en contacto la oferta y la demanda del mercado, renovando la forma en la que se comercializan los bienes y los servicios.

El procesamiento de datos y la interconexión masiva de información dio origen a tecnologías innovadoras como el *Blockchain,* estructura que usa la matemática para almacenar e intercambiar datos a manera de libro electrónico público y seguro. Actualmente el uso más conocido del Blockchain es el Bitcoin, una criptomoneda o moneda digital que permite registrar transacciones. En un futuro se espera que el uso de estas tecnologías sirva en otros ámbitos como la expedición de registros civiles, certificados de propiedad, diplomas académicos, en formulas médicas, votos electorales y también en el proceso judicial para la administración de justicia[66].

Los avances biológicos son otras de las novedades de la Cuarta Revolución Industrial marcados por descubrimientos y estudios como la ingeniería genética para tratamientos de enfermedades e incluso para tecnologías como la de clonación en virtud del estudio de la estructura del ADN, o la posibilidad de transformar la carga genética con la que cuenta un embrión para evitar que nazca con enfermedades y, yendo más allá, se está sugiriendo la posibilidad

[65] Ibid.

[66] Ibid.

de pre-diseñar los fetos, alterando los genes dominantes que determinan la estructura física de los bebés[67].

El Foro Económico Mundial en el informe de 2015[68] estima que antes del 2025 se habrá hecho el primer trasplante de un hígado impreso en 3D, por lo que la humanidad se encuentra a pocos años de este gran avance que lograría curar enfermedades e incluso salvar vidas.

Como sucedió en la Primera Revolución Industrial, y de cierta forma ha ocurrido en los otros cambios transformadores, uno de los campos jurídicos que ha tenido más variaciones durante la Cuarta Revolución Industrial es el derecho laboral. Ahora se contempla un trabajo virtual, teletrabajo y trabajo en casa en sedes diferentes a la de las empresas o entidades, públicas o privadas, administrativas o jurisdiccionales, en modalidades distintas y con horarios flexibles, en condiciones novedosas, que eliminan ciertos oficios y profesiones y hacen necesarias otras actividades y especialidades[69]. Anteriormente no se concebía esta posibilidad y a partir de la Cuarta Revolución Industrial es posible.

La Organización Internacional del Trabajo mencionó su preocupación sobre la Cuarta Revolución Industrial[70] ya que se piensa que muchas profesiones van a desaparecer y las normas relativas a Seguridad Social, por ejemplo, en el caso del ARL pueden variar, si algunos riesgos ya no tendrán que ser asumidos por los humanos sino por robots o artefactos inteligentes.

Según un estudio realizado por Carl Benedikt Frey y Michael Osborn en la Universidad de Oxford en el año 2013[71], dentro de las profesiones más propensas a ser automatizadas se encuentran los asistentes o secretarios jurídicos, los contratistas de trabajo agrícola, los mensajeros y los árbitros

[67] Ibid.

[68] Ibid.

[69] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1221 (16 de julio) de 2008. Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones. En línea: http://www.desarrolloeconomico.gov.co/sites/default/files/marco-legal/Ley-1221-2008.pdf. Consultado el 2 de abril de 2021.

*Portal web https://torre.co/es

[70] DRAGÚN Pablo; ERNST, Christoph y GARCÍA DÍAZ, Fernando. El Futuro del Trabajo en el mundo de la Industria 4.0. Organización Internacional del Trabajo. Argentina, 2020. En línea: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_749337.pdf.

[71] BENEDIKT FREY, Carl y OSBORN. Michael. The future of employment: how susceptible are Jobs to computerisation? Oxford University. Septiembre 2013.

deportivos -¿también los jurídicos?-, por lo que es inevitable que se presenten cambios, aunque se acepta que aún está lejano el momento en que la presencia del ser humano pueda ser totalmente reemplazada.

Con la importancia dada al almacenamiento y procesamiento de datos e información, otra de las áreas impactadas por la Cuarta Revolución Industrial tiene que ver con la privacidad y protección de datos personales, pues gracias al *big data* se pueden tomar decisiones basadas en información, incluso obtenida de forma anónima, pero que aun así permite identificar personas, quedando corta la normativa, pues se confía en el concepto de consentimiento informado, en que las políticas son leídas antes de su aceptación, desconociendo las amplísimas posibilidades que la tecnología concede al tratamiento de la información.

Situación similar ocurre con los buscadores que han limitado el derecho o expandido el concepto de intimidad, pues al escribir el nombre de una persona es probable que se encuentre, en una lista de admisión, en un trámite realizado, en alguna foto publicada o en una red social, por lo que la información privada cada vez es más escasa.

La inteligencia artificial ha transformado el área de la responsabilidad tanto civil como penal o administrativa, pues la naturaleza y participación en la vida cotidiana de los robots y la automatización de procesos y artefactos empieza a denotar vacíos en la normativa para determinar quién entra a responder cuando, por ejemplo, un carro autónomo interviene en un accidente.

Los contratos son otro elemento del derecho que ha sido fuertemente impactado por la Cuarta Revolución Industrial, pues gracias al blockchain y la inteligencia artificial se abre la posibilidad a que los contratos puedan autoejecutarse, conocidos como contratos inteligentes que, según Carlos Vivas Augier y José Ramón Morales[72], son similares a la concepción clásica de contrato, pero con aspectos singulares[73], entre ellos que la misma tecnología permite asegurar la autenticidad del mismo y es autoejecutable por ejemplo con la posibilidad de realizar un cobro por débito automático, de forma tal que

[72] NAVARRETE VILLALBA, Jessahé. Efectos de la Cuarta Revolución Industrial en el Derecho. Publicado por la revista de la Facultad de Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica de Ecuador, ISSN 2588-0837. Recuperado de: http://www.revistarfjpuce.edu.ec/index.php/rfj.

[73] PREUKSCHAT, Alex. *Los contratos inteligentes serán cada vez más complejos gracias al Blockchain.* El Economista. Madrid, abril 24 de 2017. En línea: https://www.eleconomista.es/economia/noticias/8312353/04/17/Los-contratos-inteligentes-seran-cada-vez-mas-complejos-gracias-al-Blockchain.html

no tiene que intervenir una tercera persona o juez para que se lleven a cabo las prestaciones pactadas.

LA QUINTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: A pesar de que han pasado menos de diez años desde la consolidación de la Cuarta Revolución Industrial o industria 4.0, expertos en temas tecnológicos y económicos como los pertenecientes al foro económico mundial, afirman que la Quinta Revolución Industrial está comenzando[74].

Se vaticina que en la Industria 5.0 se potenciará ampliamente la transformación del sector industrial y de los seres humanos con espacios inteligentes basados en el Internet de las cosas o sobre las cosas (Internet of Things - IoT)[75], donde las personas y los objetos estarán interconectados mediante desarrollos de la inteligencia artificial, el análisis informático y la robótica, además con la posibilidad de autoaprendizaje o aprendizaje automático a través de sistemas que utilizan la minería de datos, interrelación que se conoce como computación cognitiva o cómputo cognitivo y que facilita el reconocimiento de patrones y el procesamiento del lenguaje natural para imitar el funcionamiento del cerebro humano, de tal manera que con esta tecnología se podrán realizar procesos similares a los que ejecuta el pensamiento de los seres vivos y se reemplazarán por máquinas, robots o androides muchas actividades que hoy ejecutan los hombres, momento en el que la humanidad entrará a un nuevo momento tecnológico[76]. Así mismo se cree que aparecerán dispositivos *human augmentation* en forma de implantes, prótesis o chips que ayudarán a mejorar la seguridad y la vida de las personas.

Si bien no se tiene certeza del instante de inicio y de cierre de las Revoluciones Industriales hasta que ya ha pasado un tiempo considerable, existe consenso en que la Quinta Revolución Industrial, además de perfeccionar y avanzar en los inventos y desarrollos tecnológicos como la inteligencia artificial, el blockchain, la robótica, la ingeniería genética y la nanotecnología, estará enfocada en buscar una vida mejor y en perfeccionar el entorno del ser humano, lo mismo que a proteger el medio ambiente con criterios de sostenibilidad,

[74] BETWEEN. Se acerca la Quinta Revolución Industrial, ¿estamos listos? En línea: https://www.between.tech/quinta-revolucion-industrial/ Consultado el 10 de septiembre de 2019.

[75] MANTILLA AVENDAÑO, Lorena Taiz. Industria 5.0: ¿vuelve el hombre al centro de los procesos de producción? Universidad Eafit. Medellín, 2015. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/15195/Lorena_TaizMantilla_2019.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

[76] MARTÍNEZ, Irma. La Quinta Revolución Industrial. Editorial Deusto. España, 2019.

por lo cual podrá ser un nuevo renacentismo, la nueva ilustración que se propondrá alcanzar la igualdad y el reconocimiento de los derechos humanos con una mayor cantidad de inventos y avances encaminados a la satisfacción de las necesidades básicas de todos los miembros del género humano[77].

Es preciso mencionar aquí que el COVID-19 es una catástrofe que obligó a la rápida adaptación de nuevas prácticas procesales en todos los rincones del planeta[78]. Como consecuencia de la alarmante magnitud de la enfermedad, se empezaron a tomar medidas de aislamiento preventivo, declaratorias de estado de emergencia y cuarentenas, que limitaron la cotidianidad en diferentes áreas, como el trabajo, la educación, los viajes y el entretenimiento, la atención en los despachos públicos y el trámite hasta entonces presencial de actuaciones con documentos físicos y de notificaciones, audiencias y diligencias en sedes judiciales, que se practicaba y aplicaba en la administración de justicia.

Diferentes medidas se debieron adoptaron en los países para mantener, suspender, facilitar, agilizar o reactivar la prestación del servicio público y esencial de la administración de justicia y la posibilidad de adelantar los procesos cumpliendo los protocolos de bioseguridad de separación y aislamiento adoptados para proteger la vida y la salud de las personas.

De esta manera, la pandemia COVID-19 se vino a constituir en un importante acelerador para entender y aplicar con eficacia en los procesos judiciales de muchos países las nuevas tecnologías.

En la mayoría de los países se presentaron suspensiones de términos; así mismo se pusieron con premura en práctica alternativas de modernización e innovación para reactivar los procesos mediante aprovechamiento de las TIC. Al mismo tiempo, para hacer más accesible la justicia y de paso más fácil, eficaz y económica. A la generalidad de países los obligó a reflexionar simultáneamente sobre la oportunidad de hacer una reforma sistemática a sus códigos de procedimiento para convertir en permanentes aquellas medidas útiles y eficientes que inicialmente eran solo para atender los efectos de la pandemia[79].

[77] HERCE, José Antonio. La quinta revolución industrial: zscorp.com. Revista homo economicus. Empresa Global 51. Mayo 2011. En línea: https://www.empresaglobal.es/EGAFI/descargas/1106626/1633772/la-quinta-revolucion-industrial-zcorp-com.pdf.

[78] OPS. La OMS caracteriza a COVID-19 como una pandemia. Organización Mundial de la Salud. News. Marzo 11 de 2020. En línea: https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-como-pandemia

[79] KRANSS, Bart y NYLUND, Anna. Civil Courts coping with COVID-19. Eleven International Publishing. 2021. En línea: https://boeken.rechtsgebieden.boomportaal.nl/publicaties/9789462362048#157

5. BRECHAS DE DESIGUALDAD

Las Revoluciones Industriales tienen la posibilidad de transformar a los seres humanos en procura de un mundo mejor en todas sus latitudes; sin embargo, la realidad denota asimetrías y dificultades; mientras unos países como Inglaterra se encontraban en la última etapa de la Primera Revolución Industrial, Alemania y Francia estaban en una fase intermedia y en Rusia apenas comenzaba, en tanto que, con mayor retardo, en países de África y Suramérica ni siquiera se vislumbraba en el horizonte.

Los avances tecnológicos desplegados con equidad y solidaridad pueden apoyar a la consolidación de los derechos humanos y al logro de los objetivos de desarrollo, desde el fin de la pobreza extrema en el mundo, pasando por la ampliación de la entrada a los sistemas de salud, el logro de un trabajo decente y la alfabetización universal, hasta el acceso y la mejora en la justicia y la eficacia en la lucha contra la corrupción, con un efecto esperanzador, igualador y beneficioso. Sin embargo, como lo ponen de presente varios aspectos analizados en esta investigación, los medios tecnológicos no están exentos de riesgos que deben administrarse adecuadamente para disminuirlos, entre ellos ciertas amenazas a la privacidad, la seguridad y algunos peligros de su indebida utilización, entre los cuales hay que resaltar el de servir irregularmente de mecanismo para la difusión de la discordia, la incitación al odio y a la desinformación.

En materia de DH la comunidad internacional ha tenido importantes avances. La DUDH, con sus desarrollos posteriores, constituye un notable progreso para el reconocimiento de los valores fundamentales de las personas en procura de la convivencia pacífica. Sin embargo, la tarea está en sus inicios y resta mucho por hacer. Hay fenómenos que contribuyen y otros que retrasan este proceso.

Entre los que difieren el proceso está la concentración de la riqueza en pocas manos, con la consecuencial agravación de la pobreza y la ampliación de la distancia entre los estratos sociales, fenómeno que, en la mayoría de países que lo padecen se encuentra incardinado con otros que lo favorecen, como las democracias aparentes, donde las castas privilegiadas se alternan el poder político y se aprovechan de la impune y rampante corrupción que carcome los presupuestos públicos y los desvía de la educación, de la salud, la mejora de las infraestructuras y la penetración de la tecnología, también para el fortalecimiento de la justicia, hacia las arcas de los de siempre, en un espiral sin fin que mantiene el statu quo, la descomposición social y la permanente trasgresión de los DH.

Se afirma que para el año 2019[80] cerca de 573 millones de personas en el mundo no contaban con energía eléctrica, avance tecnológico que se alcanzó en la Segunda Revolución Industrial hace alrededor de cien años atrás, rezago que convierte en un desafío la disminución de la brecha de la desigualdad, no solo entre países considerados de primer mundo y aquellos que pertenecen al tercer mundo, sino incluso dentro los mismos países donde existen en sus regiones o grupos sociales diferencias marcadas entre los que tienen acceso a la tecnología y otros servicios básicos y los que no lo tienen.

La Tercera Revolución Industrial también está llegando tarde y todavía no se aproxima a ciertas partes del planeta. El Internet, como prototipo de este cambio tecnológico es un derecho al que deberían acceder todas las personas; no obstante, según el sitio oficial de El Orden Mundial[81], se estima que más del 30% de la población del planeta no cuenta con la posibilidad de acceso, porcentaje que es diferente en países como los pertenecientes a Europa donde el 98 % de sus habitantes tienen conectividad y países como la India donde únicamente el 37% de la población cuenta con el servicio a internet.

América Latina es de las regiones del mundo con más elevada desigualdad en el ingreso y Colombia lamentablemente ocupa uno de los primeros lugares en este aflictivo rating según estimaciones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL[82], el índice de Theil y el coeficiente de Gini[83].

Los estudios concluyen que la desigualdad en Colombia es el resultado de diferentes factores, entre ellos las políticas públicas sin enfoque social que han puesto en práctica los gobiernos, dirigidas a beneficiar a unos pocos privilegiados en perjuicio de la mayoría, la marcada concentración de la propiedad de la tierra y el capital en unos cuantos, el centralismo o aglutinación económica y de la población en ciertas ciudades con el consecuencial

[80] ROZOWSKA, Anita. Como nunca antes, más personas tienen acceso a la electricidad, pero los avances no son suficientes para alcanzar los objetivos en materia de energía sostenible. Comunicado de prensa. Banco Mundial. Mayo 22 de 2019. En línea: https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2019/05/22/tracking-sdg7-the-energy-progress-report-2019 Consultado el 15 de agosto de 2021.

[81] EL ORDEN MUNDIAL. El mapa del acceso a internet en el mundo. Mayo 25 de 2021. En línea: https://elordenmundial.com/mapas/mapa-acceso-internet-mundo/

[82] CEPAL. Panorama social de América Latina. Naciones Unidas. En línea: https://www.cepal.org/es

[83] BANCO MUNDIAL. Índice de Gini – Colombia. Datos. En línea: https://datos.bancomundial.org/indicator/SI.POV.GINI?locations=CO&most_recent_year_desc=true

abandono de las zonas rurales y del campesinado, la precaria situación del mercado laboral con exclusión, excesiva informalidad, subempleo y brechas en las exiguas remuneraciones por sexo, raza y lugar de origen, los bajos niveles de educación y su mala calidad; asimismo, la heterogeneidad estructural del aparato productivo, la irregular estructura impositiva que contribuye a desmejorar la distribución (políticas tributarias regresivas, excesiva carga del impuesto al consumo), entre otros factores, aspectos todos que deben considerarse en la implementación de la tecnología para aprovechar al máximo sus ventajas, sin generar riesgos adicionales que puedan afectar derechos fundamentales.

Además, no puede dejarse de mencionar el enorme efecto de la violencia en Colombia por el dilatado conflicto armado y el aterrador desplazamiento forzado, fenómenos que han generado exclusión e injusticia, extrema pobreza y mayor desigualdad[84]. Si se repasa la historia de Colombia se encuentra que es una crónica de guerras internas[85] que pone de presente una particular forma de relacionarnos[86]. Colombia no ha tenido el privilegio de vivir en paz. En doscientos años de independencia se han ido sucediendo y padeciendo guerras entre partidos políticos, de represión estatal contra sindicalistas y estudiantes cuando exigían reivindicaciones sociales y más recientemente guerras contra los grupos armados guerrilleros, paramilitares, carteles de la droga y ahora bandas criminales.

Colombia no termina de aceptar y reconocer la paz como un derecho humano de toda la población, porque a veces se concibe equivocada y simplemente como un elemento de las relaciones internacionales[87]. La verdad es que todos

[84] SERRANO, Maritza. Pese al crecimiento económico, Colombia sigue siendo uno de los países más inequitativos del mundo. Periódico Universidad Nacional de Colombia. Economía. Bogotá, Enero 23 de 2018. En línea: https://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/pese-al-crecimiento-economico-colombia-sigue-siendo-uno-de-los-paises-mas-inequitativos-del-mundo/.

[85] RAMÍREZ TOBÓN, William. La guerra y el contrato social en Colombia. Editorial Biblioteca Iepri, Bogotá, 2015.

[86] BARBOSA, Francisco, Justicia Transicional o Impunidad. La encrucijada de la Paz en Colombia. Editorial B Colombia S.A., Bogotá, 2017, p. 16

[87] "Mientras haya conflicto armado –dice Rodrigo Uprimny- tendremos no sólo una catastrófica situación de derechos humanos, sino también una democracia muy precaria con profundas injusticias sociales (…) el conflicto armado drena recursos que podrían ir a la inversión social, silencia otros debates necesarios, como el de la desigualdad, y enrarece la discusión pública, pues quien es de izquierda es estigmatizado como guerrillero y quien es de derecha como paramilitar. Así no puede haber

los Colombianos tenemos el derecho a vivir y disfrutar de una paz justa, sostenible y duradera que no se agota en la ausencia de conflictos armados, sino que alcanza otros derechos como el de ser educado en y para la paz, el derecho a vivir en un entorno tranquilo, seguro y sano, el derecho al progreso, al desarrollo, a la tecnología y a un ambiente sostenible, el derecho a la libertad de pensamiento, opinión, expresión, conciencia y religión, el derecho a participar en los asuntos públicos, el derecho a la justicia y a la verdad e incluso el derecho a la resistencia contra la opresión[88].

Hasta que la paz no se consolide completamente y los adelantos científicos y técnicos no lleguen a todas las latitudes del mundo y a todas las regiones de nuestro país Colombia, es difícil consolidar los derechos humanos, entre ellos el del acceso a la tecnología, sin brechas económicas y sociales. De ahí la importancia de los planes específicos de la Organización de las Naciones Unidas.

La brecha de la desigualdad es un riesgo de la tecnología que fue considerado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal cuando colaboró con el Gobierno de Colombia en la redacción del proyecto del Decreto 806 de 2020 y de la Ley 2213 de 2022, porque las causas y circunstancias analizadas generan limitaciones y, por lo tanto, provocan desigualdad por la falta de acceso a la tecnología de cierto sector de la población, ya sea por aspectos personales, geográficos o económicos que pueden excluir a determinados individuos

una democracia profunda y por ello debemos terminar esta guerra (…) existe también un "dividendo democrático de la paz". La paz negociada permitirá que enfrentemos mejor las deficiencias democráticas acumuladas de la sociedad colombiana, como nuestra profunda desigualdad, que han alimentado nuestras violencias, pero que la guerra ha impedido solucionar. Por eso, aunque algunos sostengan que no puede haber paz sin justicia social, en Colombia la respuesta parece ser la contraria: no podremos lograr justicia social sin terminar la guerra".

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. La Paz Querida (II). Columna de Opinión. El Espectador. Julio 2 de 2016. En línea: https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/rodrigo-uprimny/la-paz-querida-ii-column-641099/.

William Ospina en su columna de opinión califica la guerra como una "gran tragedia" y afirma que "más importante y urgente que castigar sus atrocidades es corregir sus causas".

OSPINA, William. Al final. Columna de Opinión. El Espectador. Abril 15 de 2016. En línea: https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/william-ospina/al-final-column-627441/ Consultado el 10 de noviembre de 2021.

[88] PAZ SIN FRONTERAS. La Paz es un Derecho Humano. UNESCO. España, 2011. En línea: http://www.unesco.org/archives/multimedia/?pg=33&s=films_details&id=2800.

de la posibilidad de conexión y que, así mismo, condenan a algunos grupos al rezago y el aislamiento frente a los beneficios de esta nueva era, como por ejemplo a individuos discapacitados, de edad avanzada, miembros de minorías étnicas o lingüísticas, grupos indígenas o residentes de zonas pobres o remotas, albures todos que justificaron las medidas de plena publicidad, garantía de acceso, actuación y contradicción en el proceso virtual contenidas en los tres primeros artículos del Decreto 806 de 2020, que se convirtieron en legislación permanente en la Ley 2213 de 2022. En todo caso, son circunstancias que obligan a estructurar un compromiso global para la cooperación, la inclusión y la conexión digital.

CONCLUSIONES

El proceso civil se encuentra en constante evolución. Del vetusto sistema escritural se pasó a la oralidad, de la compleja ritualidad o formalidad excesiva a la simplificación, de los limitados procesos individuales a los colectivos, del juez pasivo o espectador al juez activo o cooperativo con amplios poderes, de la tarifa legal a la sana crítica, de los procesos indefinidos a la temporalidad, de las de las medidas cautelares típicas a las innominadas, de la ejecución exclusivamente judicial a la extrajudicial y, además, en buena hora, actualmente se está evolucionando de las actuaciones físicas y presenciales a las virtuales, electrónicas o digitales, conciliando la administración de justicia con los adelantos de la ciencia y la técnica, que permiten hacer realidad esa especial atención y continua revisión con el fin de actualizar la regulación y, de esta manera, encaminarla a promover la necesaria armonía que es presupuesto de la paz social que ansía la humanidad[89].

Contemplamos expectantes una metamorfosis en el derecho sustancial, procesal y probatorio que se renueva por la transformación de la vida en sociedad, mutación caracterizada por el estrecho contacto entre las civilizaciones, la creciente explosión demográfica, el aumento de las migraciones con el consecuencial incremento de los viajes, la aparición de expeditas formas de transporte, el anuncio constante de fabulosos adelantos científicos, la ascendente producción y el imparable consumo masivo, la internacionalización de los estudios y también de la investigación, la floreciente integración económica y de las naciones con la desaparición de fronteras por tratados comunitarios, el diseño de nuevas formas de contratación, la asociación y mezcla de los

[89] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil: Parte General. Editorial Temis. Bogotá, 1963, pp. 31-33.

idiomas, de la música, de los bailes, de los atuendos, de las comidas y de tantas otras costumbres de todo tipo, además de la mundialización y asombrosa penetración de los medios de comunicación, fenómenos todos que sumados ahora a la revolución tecnológica convulsionan la vida, acortan distancias y disminuyen tiempos, convirtiendo los alejados y extensos continentes en una pequeña aldea, en un condensado teatro o escenario universal o cosmopolita donde los seres humanos viven tan próximos digital o virtualmente, que ya se difuminan sus diferencias.

El inmenso globo terráqueo se convirtió en una "aldea planetaria" en la que se multiplican las interacciones y las zozobras y se presenta una continua tracción entre personas, derechos, sistemas y costumbres locales o territoriales, frente a entidades, instituciones, intereses, tendencias y modelos mundiales. Como resultado, ahora profundizado por la revolución tecnológica y su impacto en el derecho sustancial y procesal, se renuevan muchos matices de la sociedad, también las legislaciones y prácticas jurídicas para la administración de justicia, mediante fenómenos y dinámicas de cautivante interés que Michelle Taruffo describió como de "universalización del particularismo"[90], generalización o acogimiento por la mayoría de las ideas o iniciativas locales, de un país o región y, a la inversa, "particularización del universalismo"[91], cuando algunas de esas manifestaciones ya generalizadas o consentidas por una colectividad, terminan, a veces luego de extensos periodos de tiempo, incorporadas por las restantes con el propósito de unirse a lo que se va volviendo regla general en el mundo entero.

Hoy el teatro propio o natural de la actividad del género humano es un mundo universal, cosmopolita, donde los individuos, que antes vivían aislados o alejados, ahora están virtualmente cerca, online, digitalmente contiguos e interrelacionados, proximidad que les permite desarrollar y compartir sus actividades de manera tecnológicamente integrada, al aproximarse e interactuar valiéndose de modernas formas de comunicación que entrelazan y articulan sociedades, pueblos y comunidades culturales y económicas.

Con las revoluciones industriales o tecnológicas se modernizó se reconocieron y fortalecieron los derechos fundamentales y se consolidaron los derechos colectivos; todo el derecho constitucional y sustancial cambió al ritmo del progreso, del desarrollo, de la evolución de las ideas y de la sociedad, jalonando la transformación del derecho procesal y probatorio.

[90] Ibid.

[91] Ibid.

La necesidad de adaptar la administración de justicia a la tecnología, tanto para el logro del derecho de acceso, como en la mejora de la prestación de este servicio público esencial, es imperativa; el derecho procesal y probatorio no puede quedar rezagado a los avances de la ciencia y la técnica. El uso de la tecnología en la actuación procesal civil contribuye eficazmente a incrementar el acceso, la publicidad, la eficiencia, la oportunidad, la economía y, lo que es más destacable, el debido proceso.

Los cambios transformadores corren gran velocidad. Las personas, los profesionales de todas las áreas, incluidos los abogados y los estudiantes de derecho, debemos estar preparados. De allí la necesidad de reflexionar sobre estos aspectos tecnológicos con impacto jurídico en aras de identificar tendencias, problemáticas y desafíos de una era disruptiva con novedades apasionantes.

Una de las más importantes transformaciones de los últimos tiempos en el proceso judicial que se relaciona estrechamente con la tecnología, es el reconocimiento y la consolidación de los derechos humanos. Ningún ordenamiento procesal puede ser ajeno a esta garantía. El debido proceso, que comprende la tutela judicial efectiva, incorpora todos los restantes, entre ellos un acceso pleno, sin obstáculos excesivos o irrazonables, con posibilidad de actuar mediante herramientas tecnológicas.

Los avances tecnológicos desplegados con equidad y solidaridad pueden apoyar a la consolidación de los derechos humanos y al logro de los objetivos de desarrollo, desde el fin de la pobreza extrema en el mundo, pasando por la ampliación de la entrada a los sistemas de salud, la alfabetización universal, la lucha contra la corrupción, el logro de un trabajo decente y hasta el acceso y la mejora en la justicia, con un efecto esperanzador, igualador y beneficioso.

Hemos dicho que no hay que llegar tarde a los *movimientos tectónicos que están transformando el mundo*[92]; hay que pensar y actuar como abogados del mañana[93]. En el derecho comparado se están habilitando ya tribunales online[94] con actuaciones, notificaciones, providencias y diligencias 100%

[92] FRIEDMAN, Thomas L. Gracias por llegar tarde. Cómo la tecnología, la globalización y el cambio climático van a transformar el mundo en los próximos años. Deusto, Editorial Planeta, Barcelona, 2018.

[93] SUSSKIND, Ricard, El Abogado del Mañana, Una introducción a tu futuro, Wolters Kluwer España, S.A., La Ley, Madrid, 2017.

[94] SUSSKIND, Ricard, Tribunales online y la Justicia del Futuro, Wolters Kluwer España, S.A., La Ley, Madrid, 2020.

virtuales y uso de la inteligencia artificial en el proceso judicial[95]; además con incorporación de los *Online Dispute Resolution ODR*[96] como mecanismos alternativos para solucionar controversias en plataformas digitales. *En este mundo de hoy todo está cambiando y para siempre*[97].

Para que la tecnología y el proceso se armonicen en procura de los altos ideales de la justicia, deben considerar los derechos humanos. En el año 2015 la ONU estructuró una nueva agenda con Objetivos de Desarrollo del Milenio ODM para construir un mundo más justo y equitativo que permita a las personas realizar sus derechos[98] y lograr un desarrollo sostenible que se traduce en bienestar presente y futuro con superación de la crisis social, del estancamiento y de la falta de libertades, que garantice una paz duradera, una igualdad real, sin exclusión y con ampliación de oportunidades, de tal manera que los seres humanos puedan realizarse en las dimensiones personal y familiar, ambiental, profesional y laboral, económica y social, aspectos todos para los cuales es fundamental un pleno acceso a la justicia.

[95] NIEVA FENOLL, Jordi, Inteligencia Artificial y Proceso Judicial, Proceso y Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2018.

[96] CARDENAS CAICEDO, Omar Alfonso. La aplicación de los principios del derecho procesal en los sistemas de solución de disputas en línea (Online Dispute Resolution a ODR). Ponencia XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Cali. Septiembre 5 de 2018. En línea: http://www.icdp.org.co/anterior/congreso/congreso2018/conferencistas/OmarCardenas.html.

[97] DANS, Enrique, Todo va a cambiar: tecnología y evolución, adaptarse o desaparecer. Ediciones Deusto S.A. Grupo Planeta. Barcelona, 2010. Capítulo 7. En línea: https://www.todovaacambiar.com/capitulo-7-la-generacion-perdida-la-resistencia-a-la-tecnologia.

[98] Esos ODM son: 1) Fin de la pobreza; 2) Hambre cero; 3) Salud y bienestar; 4) Educación de calidad; 5) Igualdad de género; 6) Agua limpia y saneamiento; 7) Energía asequible y no contaminante; 8) Trabajo decente y crecimiento económico; 9) Industria, innovación e infraestructura; 10) Reducción de las desigualdades; 11) Ciudades y comunidades sostenibles; 12) Producción y consumo responsables; 13) Acción por el clima; 14) Vida Submarina; 15) Vida y ecosistemas terrestres; 16) Paz, justicia e instituciones sólidas; y 17) Alianzas para lograr los objetivos.http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=34141#.WSyUr2g18aY

TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO PROCESAL Y LA TECNOLOGÍA: Reflexiones sobre los ODR (Online Dispute Resolution) y el derecho procesal 3.0

*Omar Alfonso Cárdenas Caycedo**

"Todas las miradas abandonan los teléfonos,
Y encuentran que la vida estaba en otra parte"
"Te vi" de Ismael Serrano

RESUMEN

En el actual estado de cosas en países como Colombia, se presenta el uso de ciertas herramientas tecnológicas como una novedad, y –en efecto– lo es si se compara con la forma tradicional como se venía prestando el servicio de justicia. No obstante, cuando se realiza el comparativo ya no con el pasado, sino con el presente tecnológico se observa que existen nuevas formas de resolver controversias o disputas, las cuales requieren la atención del derecho procesal. No se trata de indagar por posibles mecanismos del "futuro" sino del "presente" tecnológico. En ese punto se analizará en primer lugar los cambios propios de la cultura digital, en segundo término, se hará una presentación

* Secretario del Capítulo Nariño del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Abogado de la Universidad de Nariño, especialista en Derecho Procesal Civil y Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, cursa estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente, profesor investigador de planta en pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño y profesor invitado en posgrados en temas de derecho procesal, comercial y nuevas tecnologías en la Universidad Nacional de Colombia, Universidad Libre, Universidad de Medellín, Universidad Autónoma de Bucaramanga y Universidad Mariana.

de los ODR, para finalizar estudiando los ODR que han descentralizado la solución de disputas utilizando tecnología blockchain o de la denominada web 3.0.

Palabras clave: ODR, derecho procesal y tecnología, resolución alternativa de litigios, ADR, blockchain, Kleros.

1. INTRODUCCIÓN

En el siglo XXI la sociedad humana continúa su proyecto de tecnificación y uso masivo de sistemas informáticos, nunca antes una tecnología o invento había impactado todos los aspectos de la vida en sociedad de una forma tan violenta y rápida: hoy, sectores tan diversos como el trabajo, los negocios, la educación, las finanzas, el gobierno, la opinión, entre otros, se pueden realizar, en mayor o menor medida, a través de aplicativos informáticos.

Este cambio vertiginoso requiere, indudablemente, de un acoplamiento de todos los subsistemas de la sociedad –en términos de Luhmann[1]– a la nueva realidad tecnológica, eso incluye a las diversas instituciones del Estado y, por supuesto, al Derecho.

El gran interrogante desde lo jurídico es, en definitiva, la forma y condiciones en que se realizará ese acoplamiento. Si se observa con detenimiento, los escritos académicos sobre derecho y tecnología (*legaltech)*, generalmente tratan de responder a este gran cuestionamiento: ¿cómo ajustar una disciplina o ciencia milenaria como el Derecho, a la tecnología?

En este capítulo se pretende desarrollar este interrogante, pero desde una perspectiva que pretende ir más allá de la discusión vigente o palpitante en este momento en Colombia; es decir, este trabajo busca indagar por la relación entre el derecho procesal y las nuevas tecnologías superando la discusión en torno a la adopción como norma permanente de las disposiciones contenidas en el Decreto 806 de 2020 a través de la Ley 2213 de 2022.

En una primera parte se estudiará el problema relativo a la cultura digital, esto es, el cambio que ha sufrido el ser humano y las relaciones en sociedad gracias a lo digital. En segundo lugar, se analizará los problemas que enfrenta la justicia tradicional respecto de los escenarios tecnológicos; en tercer lugar,

[1] Cfr. KOULU, Rikka. "Three quests for justification in the ODR era: sovereignty, Contract and Quality Standars", Revista Lex-Electrónica, 19 (2014): 43-71. URL: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/19-1_koulu.pdf.

se hará referencia a los ODR –*Online Dispute* Resolution–como una nueva arista al problema procesal actual; finalmente, se presentará idea de los ODR descentralizados o 3.0, los ODR que utilizan tecnología de blockchain.

1.1 Cultura digital: de *urbanitas* a *alephitas*

La sociedad humana previa a la masificación de las nuevas tecnologías y la interconectividad, cada vez se torna más distante y sus formas se diluyen: la sociedad que escribía cartas físicas, que utilizaba el papel como medio para conservar datos, o que debía esperar para alcanzar algo (filas en entidades y bancos, esperar una carta para saber de un conocido, conocer una noticia al día siguiente en los diarios) se ha reemplazado, en muy poco tiempo si se piensa con detenimiento, por una sociedad que escribe mensajes de texto en plataformas, que utiliza lo digital para conservar datos y que espera resolver todo de inmediato al alcance de un clic o a través de una aplicación[2].

En este punto es dable identificar, al menos, tres cambios básicos: (i) en primer lugar, la incorporación cada vez mayor de elementos de la vida real o física o fuera de línea (*off line*) al mundo de la vida virtual, digital o en línea (*on line)*; en resumen, la sociedad hoy se caracteriza por crear más y más aplicaciones que permitan desarrollar más tareas humanas en la web, este deseo nunca para y nunca es suficiente, cada generación parece querer digitalizar aún más sus vidas; (ii) el segundo cambio radica en que, a consecuencia de ese paulatino incremento de la vida digital, el ser humano actual debe contar con una serie de aparatos que de manera permanente lo tengan conectado a la red: celulares, tabletas, relojes inteligentes, entre otros artilugios, pasaron de ser objetos de lujo o exclusivos, a convertirse en aparatos comunes, vulgares y de uso cotidiano, este cambio se dio en menos de veinte años; y (iii) el tercer cambio, la sociedad actual vive en función de la inmediatez, una aplicación que sea "lenta" es inmediatamente calificada de manera negativa, la agilidad de la web hace que el ser humano se acostumbre a alcanzar todo de manera inmediata y rápida; ejemplos de esta nueva realidad son variados: noticias de último momento vistas en el celular, vídeos en vivo publicados en redes sociales, tramites que se hacen desde la comodidad del dispositivo en

[2] Estos cambios en la cultura van de la mano del concepto de sociedades líquidas que propuso el filósofo polaco Bauman, bajo esta premisa muchos conceptos o instituciones que antes eran sólidas o rígidas, hoy se transformas y se vuelven maleables o líquidas, eso permite grandes cambios en la sociedad y son un terreno de cultivo ideal para la tecnología. Ver: BAUMAN, ZYGMUNDT. Modernidad Líquida. Fondo de Cultura Económica. 2020. 204 p.

entidades bancarias, educativas, estatales, sin necesidad de filas ni esperas; alcanzar el conocimiento buscando en Wikipedia en lugar de investigar en libros físicos, entre otros; incluso, aplicaciones que evitan la espera al tomar un taxi o aspectos mucho más triviales como evitar la llamada telefónica para pedir un domicilio.

Estas manifestaciones de la cultura digital has sido trabajadas por eminentes autores, más cercanos a las ciencias humanas, como el español Antonio Rodríguez de las Heras[3], quien identifica que las sociedades humanas pasaron de ser eminentemente rurales –en la edad antigua y media– para convertirse, paulatinamente, en urbanas, profundamente urbanas, en esta etapa –que inició en la edad media y se consolidó en la modernidad– la urbe se convirtió en el espacio de encuentro social: la urbe es el lugar donde se encuentra el lugar para trabajar (la empresa u oficina), el lugar para educarse (la escuela o la universidad), el lugar para acercarse a la divinidad (la iglesia), el lugar para exigir justicia (el juzgado), el lugar para encontrar salud (el hospital), o el lugar para cortejar a la pareja (un parque, un restaurante, un bar) entre otras manifestaciones. El ser humano, por lo tanto, se convirtió en un "urbanita"[4], su relaciones con otros seres humanos se daban ya no en el campo, sino en los edificios, calles y parques de la urbe: la urbe es el lugar de encuentro.

Sin embargo, Rodríguez de las Heras avanza y encuentra que, con el advenimiento de la red o la web como esta gran intercomunicación global, el urbanita pasó, en un tiempo estrepitosamente corto, a un nuevo espacio de encuentro, una suerte de reemplazo de la urbe. Antonio Rodríguez le llama a este nuevo espacio "el aleph" en honor a Jorge Luis Borges: ese objeto o esfera que es el centro y espejo de todas las cosas y donde todas las cosas confluyen, lo que sería hoy, el Internet, ese ciudadano urbanita que hoy confluye en el aleph o Internet, pasa a llamarse alefita[5].

El alefita, en términos de Rodríguez de las Heras[6], es un ser humano que lleva una doble vida: sigue confluyendo en la urbe pero, al mismo tiempo, converge en la web en el aleph; de ahí que sienta que todo lo que pasa en la vida real debe trasladarse de inmediato a la vida digital para que pueda ser conocido y ser válido ante la sociedad: no basta con visitar una ciudad, el alefita además

[3] Cfr. CABELLO, ROXANA. "Entrevista a Antonio Rodríguez de las Heras" Technos magazine digital, URL http://technosmagazine.com.ar/7ardelas.html

[4] Cfr. Ibídem.

[5] Cfr. Ibídem.

[6] Cfr. Ibídem.

debe subir fotografías a sus redes sociales que den cuenta de ello; no basta con interponer una queja contra una entidad, el alefita hace eco de ella en tuiter; no basta con tener un negocio, el alefita debe promocionarlo en la web; no es suficiente con tener una cuenta bancaria, el alefita desea manejarla desde el celular; y así sucesivamente.

Existe un problema: ingresar al aleph tecnológico donde todo confluye requiere de una llave o puerta, que se refiere, básicamente a los aparatos: celulares, tabletas, computadores, etc. Toda suerte de aparatos físicos que mantienen la conectividad 24/7 y que nunca son suficientes: todo empezó con el computador, luego celulares, luego relojes inteligentes, hoy ya se habla de Internet de las Cosas (Internet of things IoT) que consiste en que los electrodomésticos tradicionales se conecten a la red también, e incluso de aparatos que permitan experiencias aún más inversivas.

Al tener una doble vida: una real y otra digital, y al requerir los aparatos para ingresar a la digital, estos se convierten en acompañantes continuos del ser humano, en unas "prótesis" permanentes, entendidas no como extensión de un miembro físico, sino como extensión de la propia mente. Este planteamiento permite a Antonio Rodríguez de las Heras, calificar al ser humano moderno como "ser protético", es decir, un ser humano que en su diario vivir requiere de una prótesis –el teléfono celular, el reloj inteligente, el portátil– y si la prótesis le es arrebatada, siente ansiedad y angustia, ello explicaría la increíble rapidez con la que, ante un celular roto o perdido, la compra de uno nuevo no se hace esperar.

> *«Las personas se mueven constantemente entre una oferta de lugares apretados en la ciudad y disipando parte del tiempo diario en los desplazamientos. Pero hoy también están conectadas permanentemente a un espacio virtual que no tiene lugares. No hay, por tanto, distancias que salvar ni tiempo que emplear. Por eso, una metáfora oportuna para la Red es la del Aleph que nos describe Borges, esa "pequeña esfera tornasolada" en el que todo está visible en ella a la vez, y llamar entonces alefitas a quienes están conectados sin cesar a este fenómeno, en el que las cosas no tienen lugares y se alcanzan sin ninguna demora.*
>
> *Así que hoy las personas se encuentran atrapadas entre dos espacios. Uno repleto de lugares por los que transitar, otro sin lugares ni distancias que recorrer. La gran ciudad es la manifestación más contundente de ese espacio que mueve de un lado para otro a los habitantes. Y la Red es el espacio virtual en el que, para instalarse, basta con señalar, mirar,*

hablar… En el primero, las máquinas que la revolución industrial ha proporcionado transportan al urbanita de un lugar a otro; en el segundo, una prótesis, como el móvil, incorpora al alefita a un mundo que se alcanza de inmediato.

(…)

La vida en digital es un escenario imaginado que sirva para la reflexión, no es una predicción. Por él se mueven los alefitas, seres protéticos, en conexión continua con el Aleph digital, pues la Red es una fenomenal contracción del espacio y del tiempo, como el Aleph borgiano, y no una malla.»[7]

Esta reflexión[8] permite entender, por ejemplo, cambios muy fuertes en el comportamiento humano como la adicción a las pantallas, el buscar la diversión a través de video juegos, las nuevas formas de entablar relaciones sentimentales con auxilio de las redes sociales que evitan el contacto o diálogo directo o físico, o la tendencia a pensar que aquello que no se evidencia en lo digital no existe o no es relevante. La propuesta de Antonio Rodríguez ayuda a comprender por qué ante los paisajes más bellos, los conciertos más vibrantes, las compañías más valiosas, o los museos más interesantes, los humanos prefieren –*o preferimos*- mantenerse ensimismados en sus pantallas con una fascinación hasta magnética.

1.2 El derecho procesal y los alefitas: problemáticas procesales en la sociedad con ciudadanos altamente tecnológicos

El derecho procesal debe reconocer el cambio que la sociedad está gestando en su interior, lo contrario implica empezar a desconectarse de uno de los espacios vitales de los seres humanos modernos. La sociedad tecnológica converge en el mundo digital –el aleph– y cada vez más se expresa y desarrolla en este escenario de formas más intensas, lo que conlleva, necesariamente, a

[7] RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Antonio. "¿Es la ciudad el mejor lugar para una vida en digital?", El País, 26 de abril de 2019. URL: https://elpais.com/retina/2019/04/25/tendencias/1556194496_926661.html

[8] Sobre los grandes cambios que parecen venir a la humanidad gracias a la tecnología y que continúan la idea de la dependencia de los aparatos, ver: NOAH HARARI, Yuval. Homo Deus: Breve historia del mañana. Barcelona: Debate, 2016.

que el derecho deba también converger en el aleph so pena de terminar de espaldas a la sociedad que pretende regular.

Esta es una visión diferente: no se trata de utilizar las TIC porque "es una nueva realidad que está por venir", se trata de regularlas y usarlas porque "son ya parte de la realidad" que hoy rodea a los seres humanos.

La convergencia se da por una razón fundamental y es que el mundo digital al ser una extrapolación del mundo real, lleva consigo una característica atada a toda ejecutoria humana, sin excepción alguna: el conflicto. Toda relación humana –física o digital– tarde que temprano genera conflictos que deben ser tramitados o tratados. El Derecho es una construcción humana pensada para tratar el conflicto de diferentes maneras, siempre con pretensiones de racionalidad y respeto, lo que permite llegar a la conclusión que el derecho, ineludiblemente, deberá también hacer su ingreso al aleph, a la web, al Internet. Así como el Derecho asumió los conflictos de la urbe cuando el ser humano se trasladó masivamente a ella, debe ahora asumir los conflictos de la web ante la realidad indiscutible de que el ser humano hoy convive en ese universo digital.

Desde el punto de vista del derecho procesal existen dos formas de abordar el problema de lo virtual: (i) la justicia virtual, ciberjusticia, o e-justicia[9] que consiste en el uso, por parte de los operadores de justicia tradicional, de las herramientas propias de las nuevas tecnologías, en este punto se enmarcan expresiones normativas como el Decreto 806 de 2020 y la Ley 2213 de 2022 de Colombia. (ii) Los e-ADR (*Alternative Dispute Resolution)* o e-MASC, consistente a los métodos alternos de solución de conflictos auxiliados por las nuevas tecnologías, en este ítem se incluyen expresiones como la conciliación virtual –autorizada ya por la Ley 2220 de 2022–, el arbitraje virtual –regulado por la Ley 1563 de 2012–, la mediación virtual, o expresiones calificadas por la doctrina como mecanismos de solución de disputas en línea u ODR, por sus siglas en inglés: *online dispute resolution.*

[9] Sobre el tema ver: ARANGO ESCÁMEZ, José Faustino. "Ciberjusticia, un acercamiento a su estudio como buena práctica en la labor judicial" Memoria del Primer Encuentro Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, sobre buenas prácticas para la impartición de justicia. https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicrecientes/2019/1erEncuentro/50%20Jose%20Faustino%20Arango%20Escamez.pdf y también BUENO DE MATA, Federico "E-justicia: hacia una nueva forma de entender la justicia" Revista Internacional de Estudios en Derecho Procesal y Arbitraje, n° 1 (2010): 1-10. URL: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3700453

1.2.1 El problema de la justicia virtual y el mundo digital

En la cruzada del derecho procesal por regular y solucionar los conflictos en el mundo virtual –el aleph– la justicia tradicional auxiliada por medios electrónicos ha encontrado grandes obstáculos para su desarrollo. Autores como Rikka Koulu[10] han dado cuenta del origen del problema: el derecho, entendido como un subsistema social en términos de Niklas Luhmann, se encuentra a su vez íntimamente relacionado al concepto de Estado[11], el cual se apalanca en los criterios tradicionales de población, territorio y poder; estos tres elementos se desdibujan en el mundo virtual, causando grandes obstáculos para que la ley de un país, aplicada por un juez específico, pueda resolver conflictos digitales.

Así, por ejemplo, el concepto de territorio se desdibuja completamente en la web, no existe un espacio digital de Colombia o de España o de un país concreto, simplemente existen páginas o aplicaciones a las cuales se ingresa desde cualquier lugar del planeta –salvo que exista un bloqueo localizado–; piénsese en plataformas como *Facebook, Instagram* o eBay, que si bien pertenecen a empresas con domicilios en determinados países, las relaciones que se gestan en sus entrañas son globales y no dependen de un país concreto. Es por ello que los jueces locales de un país como Colombia, pueden tener grandes dificultades para lograr la protección de un comprador en materia de consumo, que adquirió un bien a un vendedor chino a través de una plataforma internacional como eBay o Alíbaba, o proteger a un usuario que es víctima de difamación en una red social por otro usuario ubicado en un país diferente.

El segundo problema, es la dificultad para identificar a las personas en el mundo virtual, la posibilidad que tienen las personas para anonimizar sus interacciones en la web generan grandes retos: usuarios anónimos en redes sociales, empresas fantasma que ofrecen bienes o servicios, son ejemplos de esto. Si bien desde el punto de vista técnico es posible rastrear el origen de un usuario o interacción, normalmente este tipo de rastreos no están a la mano del ciudadano común y requieren la acción de entidades gubernamentales y de expertos informáticos. Para poner un ejemplo sencillo, si una persona es difamada en una red social por un usuario que no se identifica con su nombre ni fotografía, difícilmente podrá iniciar una acción civil para reclamar perjuicios por el daño infringido y si, además, le suma el hecho de

[10] KOULU, Rikka. "Three quests for justification in the ODR era: sovereignty, Contract and Quality Standars" Lex-Electrónica 19 (2014): 43-71. URL: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/19-1_koulu.pdf

[11] Cfr. Ibídem.

que el actor de la conducta puede encontrarse fuera del país, la efectividad de una demanda civil se ve claramente disminuida.

El tercer problema radica en el ejercicio mismo del poder. Una orden judicial o incluso legislativa no es de fácil aplicación en la web, normalmente las empresas titulares de los aplicativos se encuentran fuera de la jurisdicción, los bloqueos locales pueden ser saltados por los usuarios con aplicaciones especializadas para ello o con servicios VPN, entre otras maniobras que hacen difícil la ejecución de las decisiones. Incluso, si se acudiera a la tradicional idea de que la sentencia judicial sea llevada al país sede de la empresa y se realice el trámite de exequatur, este tipo de ejecutorias internacionales pueden ser inalcanzables, muy complejas o injustificadas económicamente para el usuario o consumidor común.

Los conflictos surgidos de relaciones de consumo digitales o en redes sociales, en conclusión, tienen serias dificultades para ser tratados por la justicia tradicional, por las siguientes razones: (i) las normas procesales no tienen las herramientas adecuadas para incidir en la web, un ejemplo es el Código General del Proceso de Colombia que si bien acepta el uso de las TIC para el funcionamiento judicial y otorga validez a mensajes de datos, carece de otras herramientas que faciliten las medidas cautelares o la ejecución de la sentencia en entorno digitales; (ii) los jueces están atados a la jurisdicción local y pueden tener dificultades para vincular a personas naturales o jurídicas ubicadas en otras jurisdicciones; (iii) existe un serio problema de identidad digital que en ocasiones impide determinar las personas o empresas que componen la relación jurídica sustancial y por ende, la procesal; (iv) los costes asociados a la ejecución de la decisión judicial en el extranjero son una seria barrera para el consumidor que puede simplemente evitar dicho trámite, cuando el valor de la pretensión no lo amerite; (v) dado el carácter global de Internet, surgen barreras de carácter idiomático o de husos horarios, constituyendo un factor adicional que desincentiva el trámite.

1.2.2 Ventajas y desventajas de los ODR para resolver problemas en el mundo digital o aleph

Un ODR es[12], básicamente, un software o aplicativo que tiene como objetivo el trámite y solución de una disputa entre partes[13]; se constituye en un método

[12] Existen múltiples definiciones de ODR en la academia, a nivel Institucional se trae a colación la establecida por la CNUDMI en las Notas Técnicas sobre la solución de controversias en línea: «La solución de controversias en línea, u "ODR", es un

alterno de solución de conflictos y en su funcionamiento no interviene la justicia tradicional. Un ejemplo, multicitado por la doctrina, es el ODR de eBay: en caso de que una parte de una compraventa de consumo tenga una reclamación porque un producto no llegó, llegó retrasado o llegó defectuoso, puede intentar una reclamación en el centro de resolución ofrecido por la misma plataforma, lo cual consiste en ingresar al módulo correspondiente y radicar la queja, el sistema corre traslado a la contraparte y luego intenta alcanzar un acuerdo entre las partes; en caso de no logra acuerdo, ingresa un tercero neutral humano, y si éste tampoco logra un acuerdo, se toma una decisión vinculante para las dos partes en contienda. Los autores Wendolyne Nava y Jorge Breceda han definido los ODR así:

> *«Los ODR se pueden describir de la siguiente manera: son procesos de resolución de controversias que se desarrollan en el ámbito extrajudicial y/o parajudicial y que incorporan el uso de Internet o cualquier otro tipo de tecnología de la información y/o comunicación (TIC) similar, para la prevención o resolución de controversias, las cuales pueden haberse generado on-line u off-line. La comunicación entre las partes puede ser parcial o completamente en línea.»*[14]

"mecanismo para resolver controversias facilitado mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnología de la información y las comunicaciones". Ese sistema puede implementarse de maneras diferentes por los distintos administradores, y puede evolucionar con el tiempo. (…) La ODR requiere un intermediario de base tecnológica. En otras palabras, a diferencia de las vías alternativas de solución de controversias que no son en línea, un proceso ODR no se puede sustanciar en forma ad hoc, con la participación únicamente de las partes en la controversia y un tercero neutral (es decir, sin un administrador). Por el contrario, para que se pueda usar la tecnología a fin de posibilitar la solución de una controversia, la vía ODR requiere un sistema que permita generar, enviar, recibir, almacenar, intercambiar o procesar de algún otro modo las comunicaciones de una manera que garantice la seguridad de los datos. En el presente documento ese sistema se denomina "plataforma ODR"» Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea. Viena: CNUDMI, 2017. URL: https://www.uncitral. org/pdf/spanish/texts/ odr/V1700385_Spanish_ Technical_Notes_on_ODR.pdf

13 Para conocer reflexiones sobre las definiciones de los ODR ver: CÁRDENAS CAYCEDO, Omar Alfonso "Los ODR (Online Dispute Resolution) como oportunidad en el sistema procesal colombiano: hacia los e-masc/adr" en Nuevas Dinámicas del Derecho Procesal, ed. por Mónica Bustamante. (Medellín: Sello editorial Universidad de Medellin, 2020); CÁRDENAS CAYCEDO, Omar Alfonso "Principios constitucionales en la era digital: aproximación al tratamiento de datos en la e-justicia y los ODR (online dispute resolution)" en Constitución y principios procesales ed. por Débora Guerra (Cúcuta: Editorial Ibáñez, 2020) y CÁRDENAS CAYCEDO, Omar Alfonso. La Aplicación de los principios del derecho procesal en los sistemas de solución de disputas en línea (Online Dispute Resolution .- ODR). Memorias del XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2018.

Los ODR tiene su origen en los trabajos de Ethan Katsh[15] y Janet Rifkin[16], bajo el amparo de la Universidad de Massachusetts en los años noventa; pero el fenómeno cobró vida propia popularizándose de manera importante, al punto que hoy existen varios ODR a nivel global, destacando el ODR de la Unión Europea constituido bajo orden del Reglamento (UE) No. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de mayo de 2013 «*sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*».

Posteriormente, la CNUDMI/UNCITRAL constituyó las Notas Técnicas a la Solución de Controversias en Línea[17], documento de *soft law*, que establece que los ODR tienen el siguiente esquema procesal:

De manera automatizada y sin intervención humana el sistema:

a) Recibe la reclamación y la notifica a la contraparte.
b) La parte reclamada presenta su respuesta o contestación.
c) El sistema propone o proporciona fórmulas de arreglo entre las partes de manera automatizada y sin intervención humana.
d) Si la fórmula es aceptada por las partes, concreta el arreglo y lo documenta, terminando la disputa.
e) Si la fórmula no es aceptada, pasa a la fase de arreglo facilitado.

14 NAVA GONZÁLES, Wendolyne. BRECEDA PÉREZ, Jorge Antonio. "México en el contexto internacional de solución de controversias en línea de comercio electrónico". Anuario mexicano de derecho internacional. Vol. XV. (2015): 717-738. URL: http:// www.scielo.org.mx/ scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100019

15 Cfr. KATSH, Ethan. ODR a look at History, en: Resolución de disputas online: teoría y práctica. Un tratado sobre tecnología y resolución de disputas (La Haya: Eleven International (2012), 21-33. URL https://www.mediate.com/pdf/katsh.pdf.; KATSH, ETHAN. "The electronic media and the transformation of law", (New York: Oxford University Express, 1989); KATSH, Ethan. "Law in the digital world" (New York: Oxford University Express: 1995)

16 Cfr. KATSH, Ethan. RIFKIN, Janet. GAITENBY, Alan. "E-commerce, e-disputes, and e-dispute resolution: in the shadow of 'eBay law'" Ohio State Journal on Dispute Resolution, 15 (2000) 705-734

17 COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea. Viena: CNUDMI, 2017. URL: https://www.uncitral. org/pdf/spanish/texts/ odr/V1700385_Spanish_Technical_Notes_on_ODR.pdf

La etapa de arreglo facilitado consiste en la intervención de un tercero neutral, humano, quien despliega las siguientes actividades:

f) Trata de alcanzar un acuerdo entre las partes utilizando sus habilidades en la mediación.

g) Si se logra el acuerdo, se concreta y documenta, terminando la actuación.

h) Si no se logra un acuerdo, dependiendo del ODR del que se trate, puede tener dos posibilidades: (i) La actuación termina, permitiendo que las partes acudan a las vías tradicionales para proteger sus derechos; o (ii) La actuación pasa a una última fase denominada "tercera fase" en la cual se adopta una decisión por parte de un tercero, vinculante para las partes.

Frente al problema de la ejecución o cumplimiento del acuerdo o decisión final, el ODR no pretende que las partes acudan a un proceso ejecutivo o a una ejecución judicial, sino que incorpora sus propios mecanismos de ejecución al interior de la plataforma: (i) sistemas reputacionales donde se afecta la puntuación del vendedor implicado[18]; (ii) sanciones como dar de baja al usuario de la plataforma; (iii) retener pagos pendientes a una de las partes; (iv) suspender temporalmente los servicios de la plataforma al usuario infractor; (v) adoptar algún tipo de restricción al interior de la plataforma.

Los ODR presentan indudables ventajas en comparación con la justicia tradicional, para tratar conflictos surgidos en plataformas digitales, por las siguientes razones: (i) el ODR generalmente es gratuito, permitiendo así un mayor acceso; (ii) su impulso no requiere abogados ni costes asociados; (iii) la reclamación se puede realizar a través de la misma plataforma, eliminando así discusiones sobre validez de la prueba; (iv) el ODR opera en el idioma de cada una de las partes, así si el reclamante es colombiano podrá presentar su reclamación en español y el vendedor chino, verá la misma en su idioma, rompiendo así las barreras idiomáticas; (v) el ODR opera 24-7 por lo tanto, no tiene restricciones respecto de husos horarios; (vi) al tratarse de mecanismo mayoritariamente sistematizados, sus tiempos de respuesta son muy rápidos, satisfaciendo la reclamación en tiempo[19] record imposibles de igualar por los

[18] Cfr. DE LA ROSA, Fernando Esteban. VILALTA NICUESA, Aura Esther. "Los sistemas reputacionales como mecanismos de compulsión privada" en La resolución de conflictos de consumo: la adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR), ed. por Ozana Olariu y Fernando Esteban de la Rosa, (Pamplona: Arazandi, 2018), 443-464.

[19] Cfr. CATALÁN CHAMORRO, María José. El acceso de justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de Consumo. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

sistemas judiciales tradicionales; (vii) derivado del hecho de que se trata de un software, puede tramitar un impresionante número de reclamaciones, imposible de igualar por sistemas judiciales tradicionales, por ejemplo, la doctrina informa que eBay tramita más de 60 millones de controversias al año; (viii) al tratarse de un servicio ofertado por la misma plataforma no queda sometido a complejos trámites de exequatur o de litigio fuera de la propia jurisdicción, reduciendo los costes de transacción asociados; (ix) teniendo en cuenta los montos de las transacciones de consumo, el ODR suele ser el único mecanismo que el usuario activa en caso de incumplimiento, puesto que los tradicionales son o muy costosos, o muy formales o de difícil acceso.

Los ODR no tienen los problemas asociados al vínculo estatal que puede tener la justicia tradicional. En primer lugar, al operar junto o al interior de la plataforma, tienen un carácter global y no están sujetos a límites fronterizos; en segundo lugar, someten a los usuarios de la plataforma y ésta puede imponer sanciones *soft* en contra de éstos, más allá de su individualización concreta; y, en tercer lugar, la plataforma cuenta con la posibilidad de sancionar o amonestar directamente a los usuarios, sin límites fronterizos o jurisdiccionales.

Sumado a lo anterior, los ODR no solo se han incorporado a plataformas de consumo en línea –como eBay–, sino que las redes sociales han empezado a crear sistemas propios de resolución de controversias, incluso altamente sofisticados como el caso del *Oversight Board* –o junta de solución– de la plataforma *Facebook* e *Instagram*[20]. En este caso, se trata de resolver conflictos sobre las publicaciones de los usuarios que infrinjan los términos o condiciones y las normas de la comunidad: ante una decisión de la plataforma el afectado puede apelar en el término de quince días, todas las apelaciones llegan al *Oversight Board* el cual selecciona algunos casos emblemáticos y pasa a estudio de los miembros. Los miembros del *Oversight Board* son personas de todos los continentes y cuentan con un alto perfil desde el punto de vista académico, de activismo de los derechos humanos en la web, y de conoci-

[20] Respecto del Oversight Board, ver: DOUEK, Evelyn. "Facebook's Oversight Board: Move Fast with Stable Infrastructure and Humility," North Carolina Journal of Law & Technology 21, n°. 1 (October 2019): 1-78; CÁRDENAS CAYCEDO, Omar Alfonso. "La intrépida propuesta del oversight board de Facebook: análisis de las primeras decisiones de un ODR controversial" en Constitución y Justicia Digital ed. por Débora Guerra. (Cúcuta: Editorial Ibáñez, 2021); CÁRDENAS CAYCEDO, Omar Alfonso "Nuevos horizontes en los ODR: El oversight board de Facebook"en Justicia digital: avances y retrocesos. Institución Universitaria de Envigado, Red para el Estudio del Proceso y la Justicia, Fondo Editorial Institución Universitaria de Envigado. 2011.

miento en la libertad de expresión. Adoptada la decisión por la junta, ésta es obligatoria para la compañía Meta y se convierte en precedente obligatorio para todos los casos similares. Las decisiones del *Oversight* pueden consultarse en línea[21].

Si se analiza con detenimiento, el *Oversight Board* al resolver conflictos al interior de la plataforma, lo hace en perspectiva global más allá de las fronteras, no tiene los límites propios de conceptos como territorialidad de la ley y la jurisdicción, limitaciones idiomáticas, husos horarios y sus decisiones se cumplen en toda la plataforma de manera uniforme sin necesidad de trámites de validación de la decisión en cada país; es, además, un trámite gratuito para los usuarios y con estrictas normas de imparcialidad y funcionamiento.

1.2.3 Los ODR en Colombia

Cuando se trata temas tecnológicos es moneda corriente referirse "al futuro" o a lo "que está por venir" o, cuando se trata de evidenciar la realidad de países como Colombia, se suele acudir a expresiones como "cuando esta tecnología llegue". Este tipo de reflexiones normalmente olvidan que gran parte de los aplicativos tecnológicos suelen estar disponibles en línea y, por ende, pueden operarse desde cualquier país y que las fronteras físicas no siempre coinciden con las fronteras tecnológicas. Los ODR siguen esta lógica y no son un tema del futuro en Colombia, sino del presente. A continuación, se demostrará esta afirmación.

Un ciudadano colombiano perfectamente puede acudir a los ODR de gigantes como eBay, Airbnb, o similares; en resumen, porque estas plataformas son de libre acceso desde el país y los ciudadanos no están exentos de conflictos con los vendedores.

Respecto a los ODR de redes sociales, el *Oversight Board* ya resolvió[22] un asunto referido a una publicación ofensiva en contra del presidente de Colombia, que causó revuelo nacional en la medida que el organismo determinó que sí se puede realizar publicaciones con carácter informativo que puedan contener ofensas contra políticos. La mencionada se constituye en la primera decisión del *Oversight Board* sobre un caso con relación a Colombia.

[21] Las decisiones del Overisight Board se pueden consultar en el siguiente enlace: https://oversightboard.com/decision/

[22] OVERSIGHT BOARD. Decisión del caso 2021-010-FB-UA, rad. FB-E5M6QZGA, 27 de septiembre de 2021. URL: https://oversightboard.com/decision/FB-E5M6QZGA/

Pero el gran avance en materia de ODR es la aplicación SIC FACILITA[23], el primer ODR cien por ciento nacional organizado y puesto en funcionamiento por la Superintendencia de Industria y Comercio. Este ODR es gratuito y está dirigido a resolver conflictos de las empresas que voluntariamente se inscriban en la plataforma; si un consumidor tiene una disputa con una empresa inscrita, accede a SIC FACILITA presenta su caso y la plataforma auxilia a las partes para tratar de lograr un acuerdo, en caso de alcanzarse, éste se plasma en un contrato de transacción con todos los efectos que estos instrumentos tienen a nivel sustancial y procesal, si no se alcanza un acuerdo, las partes pueden continuar con los trámites propios de la ley 1480 de 2011. Debe aclararse que SIC FACILITA no es un centro de conciliación ni funciona bajo el amparo de la Ley 640 de 2001 ni la Ley 2220 de 2022, su trámite no agota requisito de procedibilidad puesto que no se trata de una conciliación, sino de un auxilio para alcanzar una transacción, cosa bien distinta en el derecho colombiano.

La ley 1480 de 2011 en su artículo 50 letra f) tímidamente da a entender que en Colombia es posible contar con ODR, a indicar que las empresas que ofrezcan bienes o servicios con destino a consumidores en la web y que estén ubicadas en el territorio nacional:

> «*Cuando el proveedor o expendedor dé a conocer su membrecía o afiliación en algún esquema relevante de autorregulación, asociación empresarial, organización para resolución de disputas u otro organismo de certificación, deberá proporcionar a los consumidores un método sencillo para verificar dicha información, así como detalles apropiados para contactar con dichos organismos, y en su caso, tener acceso a los códigos y prácticas relevantes aplicados por el organismo de certificación.*»[24]

Esta normatividad abre las puertas para que los operadores de comercio electrónico constituyan organizaciones para resolución de disputas, es decir, que ofrezcan servicios ODR.

En el Congreso de la República de Colombia se radicó el proyecto de Ley 584 de 2021 Cámara[25], que pretende regular los ODR en el país. Este proyecto

[23] Disponible en línea: https://sicfacilita.sic.gov.co/

[24] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1480 del 12 de octubre de 2011. URL: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

[25] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. "Texto propuesto para primer debate al proyecto de Ley número 584 de 2021 Cámara" URL: https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2021-05/PPD%20PL%20584%20de%202021%20C.pdf

se encuentra aún en trámite y sin aprobación, pero se constituye en un hito importante en la medida que es el primer intento por alcanzar una regulación para estas figuras en Colombia.

La ley 2220 de 2022, referida a la conciliación, en su artículo 6 amplió la posibilidad de usar nuevas tecnologías en la conciliación, permitiendo incluso la automatización de parte de procedimiento. Esto se constituye en la base legal para permitir que los centros de conciliación ofrezcan servicios ODR, estos sí con efectos de conciliación, operados cien por ciento en la web y sin ninguna intervención física, automatizando parte del procedimiento.

1.2.4 Transformación del derecho procesal a partir de los ODR

El movimiento ODR avanza de manera cada vez más fuerte y se convierte así en un tema más cotidiano. Autores como Jordi Nieva[26] han analizado que existe una suerte de crisis en la forma en la que se ha venido desarrollando el trámite del proceso judicial: el proceso en su concepción clásica es un invento para sociedades mucho más pequeñas y reducidas en su complejidad, por lo que surge las "fallas" del sistema: congestión, falta de acceso, exceso de ritualismos, etc. Esto se convierte en un caldo de cultivo extraordinario para los ODR[27].

Los ODR son mecanismos rápidos, económicos, al alcance de un clic, y son expresión propia de ese mundo digital que hoy atrae a la mayor parte de la población.

Según el profesor Jordi Nieva[28], la forma tradicional de gestar un proceso judicial no se acopla a las nuevas necesidades del cibernauta, al tiempo que el ODR es mucho más cercano al usuario común: sistemas sencillos, operados directamente, sin abogados, sin mayores formalidades, con respuestas rápidas, parecen ser, en cierta medida, características generales de los cambios que generan las nuevas tecnologías.

Los ODR son expresiones de ese aleph tecnológico del que hablaba el profesor Antonio Rodríguez de las Heras. La tecnología termina haciendo que todo converja en ella, incluyendo las nuevas formas de justicia o de resolución de conflictos. El alefita es un personaje que, si se le pone a la mano, intentará

[26] NIEVA FENOLL, Jordi. El tránsito de fe a la tecnología en el proceso penal, en Constitución e Inteligencia Artificial en el Proceso. Universidad Libre. 2022.

[27] Cfr. Ibídem.

[28] Cfr. Ibídem.

resolver sus disputas a través de la tecnología, una aplicación de celular o un sistema liviano y fácil de usar, y solo cuando ésta fracase y no esté disponible, acudirá al sistema tradicional.

Naturalmente, el fenómeno ODR no está exento de críticas o dudas, es por ello que con mayor ahínco el derecho procesal debe estar presto a indagar sobre el funcionamiento de estas tecnologías y exigir que las mismas respeten los mínimos procesales que garantizan que la intervención en el conflicto sea acertada o por lo menos que respete los derechos fundamentales de las partes.

En ese sentido, el mayor trabajo existente hasta el momento en materia de ODR: Las Notas Técnicas de la CNUDMI para la resolución de litigios en línea, ha señalado los parámetros jurídicos mínimos o principios que debe contar un ODR.

2. EL PROCESO 3.0: ODR, CONTRATOS INTELIGENTES Y BLOCKCHAIN

Uno de los fenómenos con mayores retos para el Derecho Procesal, en lo tocante a las nuevas tecnologías, es lo que se conoce como la web 3.0: sistemas descentralizados con altas capacidades de innovación y seguridad. Para comprender este fenómeno es importante comprender los antecedentes.

La web 1.0 hace referencia al primer estadio del Internet tal y como lo conocemos actualmente, se dio alrededor de 1997 a 2001, y en este la página web informativa y el correo electrónico fueron los pioneros y líderes, gobernando las relaciones informáticas. Llama poderosamente la atención que, hasta el momento, las disposiciones de la ley 2213 de 2020 por ejemplo, acuden a herramientas de esta época –publicación en página web, uso del correo electrónico–.

La web 2.0 se considera el segundo impulso de Internet, en el cual el recurso informático sigue siendo centralizado, es decir operado por un servidor y un programa concreto, manejados por una empresa específica que ofrece plataformas con alto nivel de comunicación e interacción entre los usuarios de tal suerte que éstos son los creadores del contenido que se comparte a través de las plataformas.

El ejemplo paradigmático de la web 2.0 son las redes sociales, plataformas centralizadas en empresas como Meta o Google, en las cuales los usuarios interactúan subiendo contenido de manera permanente, haciendo de la red

un escenario exageradamente cambiante: desde que usted empezó a leer este capítulo hasta este momento, la red ha cambiado, miles de post o imágenes o videos, han sido subidos a redes sociales. La red en la web 2.0 es una suerte de "panta rei" tecnológico, para tomar el concepto que Platón atribuía al filósofo Heráclito de Éfeso que consiste en que "todo fluye" significando así que el universo está en un constante cambio. Heráclito es el pensador que afirmó "*en los mismos ríos entramos y no entramos, pues somos y no somos los mismos*", frase que fue retomada por Platón al decir que en el mismo río, ningún ser humano se baña dos veces; algo similar ocurre con la web 2.0: nadie entra a la misma red dos veces, siempre será diferente, nueva a cada segundo a cada instante.

La web 3.0 se encuentra aún en desarrollo e implica varios cambios muy relevantes. Uno de ellos es incorporar aplicativos de inteligencia artificial a la web, con ello se pretende que la experiencia del usuario sea mucho más precisa y pertinente; un segundo cambio es la descentralización de los servicios de Internet, de este modo surgen aplicativos que ya no está depositados en un servidor bajo la tutela de una empresa determinada, sino en todos los terminales conectados a la plataforma, esto es lo que se denomina tecnología P2P o *peer to peer*. Este tipo de tecnología ofrece mayor seguridad y transparencia en la información, puesto que el programa ya no está alojado en un servidor susceptible de ser atacado informáticamente, sino que está en la red misma y en los computadores enlazados en la red P2P, lo que hace muy difícil violentar la seguridad de todos los equipos al tiempo, haciendo inviable una alteración de la información desde fuera del programa. Uno de los grandes desarrollos en el marco de la web 3.0 es la tecnología del *blockchain.*

2.1 Blockchain, contratos inteligentes y derecho

La mejor manera de explicar la blockchain[29] es asimilándola a un gran libro de registro o de contabilidad, piénsese en un libro ultra seguro en el que se pueda registrar información de manera ordenada de tal suerte que solo pueda cambiarse desde dentro del sistema, es decir, siguiendo unas reglas fijas preestablecidas y así nadie de manera externa pueda modificar ni interferir en el registro. Para brindarle seguridad, la blockchain no se encuentra alojada en un servidor centralizado, operado por una empresa determinada, sino que se encuentra distribuido en la red y por ende consolidado en todas

[29] Para profundizar sobre las implicaciones jurídicas de la tecnología de Blockchain ver: IBAÑEZ JIMENEZ, Javier Wenceslao. Derecho del Blockchain. Arazandi. 2018.

las terminales vinculadas a la red; con ello se hace prácticamente imposible su vulneración informática, puesto que, si un intruso intentara vulnerar el sistema y afectar el registro, todos los demás terminales identificarían esa información como errónea y la rechazarían.

La blockchain va incorporando los registros a través de bloques de información organizados en cadenas, entre cada bloque se incorpora un hash o clave criptográfica que garantiza que un bloque es el que sigue a otro. Las reglas son conocidas por toda la red, por lo que si alguien –incluyendo una entidad gubernamental– intenta torpedear o frenar la cadena, o hacer un registro de información sin cumplir las reglas prefijadas, la red en su conjunto identifica esos bloques como errados y los excluye, dejando únicamente los que cumplan los parámetros y se acoplen a través del hash correcto.

La expuesta es, por supuesto, una explicación resumida y superficial, si se quiere, de lo que es la blockchain, puesto que no se trata de llenar al lector de definiciones informáticas.

Dicho esto, piénsese en que un libro de registro ultra seguro e inmodificable por terceros puede usarse para muchas cosas, por ejemplo, para llevar el registro de quien es dueño de un activo digital y es ahí donde surgen las criptomonedas. Una criptomoneda es un activo vinculado a un usuario que se identifica como propietario, con las claves de ingreso el usuario informa a la red que transfiere el activo a otro usuario, entonces la blockchain hace el registro de la transferencia, y si alguien intentara desde fuera de la red impedir o echar para atrás esa operación, le resultaría imposible, porque toda la red rechazaría cualquier cambio que no se geste desde la cuenta del usuario titular.

Este es el esquema de criptomonedas como *bitcoin, ether*, entre otras. Al usar tecnología blockchain su circulación no depende de una empresa en específico o de un servidor concreto, difícilmente puede ser intervenida por un gobierno o por terceros, no se puede alterar salvo desde la cuenta de cada usuario y siguiendo las reglas de cada cadena de bloques –así, por ejemplo, si un usuario tiene una criptomoneda no puede transferir dos–. Todo lo anterior le otorga las características de: seguridad, transparencia y estabilidad.

El punto es que la tecnología avanzó para utilizar estos esquemas para generar contratos inteligentes o, por su nombre en inglés, *Smart contracts*[30].

[30] Los contratos inteligentes o Smart contracts pueden tener utilidades inmensas dada su capacidad de ejecutarse por sí mismos, así, por ejemplo, la profesora española

Un contrato inteligente utiliza tecnología blockchain para desarrollar un contrato o acuerdo de voluntades que puede autoejecutarse más allá de la voluntad de los contratantes, cumplida la condición el programa se echa a andar y realiza las transacciones sobre criptomonedas –o lo que es lo mismo hace registros en la blockchain– que se hayan indicado.

Resulta más fácil explicarlo con un ejemplo: suponga que cinco amigos deciden que quieren apostar por el resultado de un partido de fútbol, pero tienen temor de que, culminado el encuentro deportivo, todos los integrantes del acuerdo cumplan en entregar el activo apostado; entonces, deciden acudir a un contrato inteligente, utilizando la plataforma más común para esto, como es *ethereum*, construyen un s*mart contract* en el que se señala el resultado del partido que cada uno considera se dará, y cada usuario, a su vez, somete al contrato un determinado número de criptomoneda *ether*, esta criptomoneda tiene valor en el mercado y es fácilmente intercambiable por bienes, servicios o por moneda común. Una vez se juega el partido y se arroja el resultado, el contrato inteligente automáticamente, sin intervención humana, verifica el resultado en la red –lo que se conoce como un oráculo– y ejecuta la transacción que corresponda, así, si el apostador número 1 ganó le transferirá a su cuenta todos los ether relacionados en la apuesta restando o debitando de las cuentas de los apostadores 2 a 5, sin que éstos puedan echar para atrás la transacción o detenerla.

Otro ejemplo muy recurrido es el siguiente: una persona requiere una página web y contrata a un programador para que la elabore y tasan una cifra en criptomoneda para el pago, todo el acuerdo se cifra en un contrato inteligente. Cuando el contrato verifique que la página web ha sido construida –acude al denominado oráculo– ejecuta el contrato y transfiere los criptoactivos al constructor, si, por el contrario, no encuentra construida la página, se abstiene de transferir los criptoactivos. Recuerde, que los criptoactivos, generalmente criptomoneda, utilizados en la operación se pueden cambiar por dinero real o tradicional si se quiere.

El hecho de que el contrato sea autoejecutable no impide, como es evidente, que surjan disputas sobre el mismo: discusiones sobre si la página web,

Teresa Rodríguez de las Heras ha anotado el uso de los contratos inteligentes para las garantías mobiliarias, en tal sentido ver: RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, Teresa "Digital Technology-Based Solutions for Enhanced Effectiveness of Secured Transactions Law: The Road to Perfection," Law and Contemporary Problems 81, n°. 1 (2018): 21-44

por ejemplo, cumple o no con los requerimientos exigidos. Este tipo de controversias deben ser resueltas de manera rápida, ágil y con posibilidad de intervenir en la plataforma. Como imaginará el lector, aquí los ODR tienen una posibilidad inmensa, y pues sí, eso fue lo que ocurrió, rápidamente nació un ODR para este tipo de tecnología.

2.3 De la antigua Grecia a los contratos inteligentes. Viejas ideas y nuevas formas

En la plataforma *Ethereum*, concretamente, un sistema de blockchain opera con millones de registros de las transacciones con una criptomoneda denominada *ether*; esta plataforma permite además crear contratos inteligentes que en su ejecución trasladen la criptomoneda *ether* a las partes del contrato cumplida una condición que se verifica consultando a la fuente –un oráculo–. Pues bien, al surgir una disputa sobre el contrato inteligente, es posible acudir a un ODR, pero no se trata de cualquier ODR, sino de uno que también utiliza tecnología blockchain para operar: Kleros.

Kleros[31] es un ODR absolutamente llamativo que rompe con la forma en la que, tradicionalmente, se resuelven las disputas. En el derecho se viene trabajando en un mediador que busca un acuerdo, o bien un juez singular o colegiado que, conocedor de la razón y del Derecho, adopta una decisión dado su conocimiento; pues bien, Kleros rompe con las dos ideas, pasa de una visión centralizada del conflicto a una totalmente descentralizada.

Formulado un contrato inteligente –el de apuesta o el de construcción de una página web dados como ejemplo– si surge una disputa las partes pueden llevar la misma ante Kleros. ¿Qué es Kleros?

Kleros toma su nombre del "*Kleroterion*" usado en la Grecia antigua, consistente en un objeto de piedra tallada que se usaba para seleccionar al azar los jurados en determinadas causas, básicamente era una roca con unas ranuras, los ciudadanos de la *polis* introducían unas placas metálicas denominadas "*pinakion*" en las ranuras, cada una con el nombre de su portador, el artilugio contaba con un tubo que auxiliado de dados permitía determinar la persona que asumiría la función de jurado.

[31] Para ingresar a Kleros utilice el siguiente portal: https://kleros.gitbook.io/docs/

Ilustración 1. Klenoterion del Museo de la Ágora en Atenas

Kleros adoptó este concepto de la antigua Grecia para incorporarlo a un ODR. Para ello creó también su propia criptomoneda que, como no podía ser de otro modo, se llamó Pinakion, o PNK, que es la forma de remunerar a cada jurado. Viejas ideas se traen para hacer nuevas formas.

El sistema funciona así, cualquier persona capacitada se puede inscribir como jurado en el ODR Kleros, para lo cual debe adquirir PNK o pinakion, para adquirir estos tokens –los PNK– debe hacerlo con dinero real o con la criptomoneda ether que también es intercambiable por moneda tradicional, dicho de otro modo, adquirir PNK tiene un coste económico asociado. Quien desee ser jurado debe invertir en la plataforma Kleros y adquirir los PNK, sin estos no es posible ser seleccionado como jurado.

Una vez llega una disputa nacida de un contrato inteligente, ésta se somete a uno de los distintos tribunales con los que cuenta Kleros, la plataforma escoge a los jurados teniendo más posibilidades de ser escogido aquellos usuarios con más PNK en su haber. La plataforma no escoge un jurado, sino muchos, quienes deben informar si aceptan o no la designación, si la aceptan un determinado número de sus PNK queda bloqueado, dicho de otra manera, un activo valioso del jurado queda sometido a las resultas del trámite.

Los jurados conocen del caso y lo analizan, la plataforma les propone dos posibles fórmulas de respuesta al caso. Los jurados deben votar por la que consideren adecuada, pero con condición: si el voto concuerda con el de la mayoría de los jurados, esa será la decisión tomada y los jurados serán premiados con PNK; en cambio, si el voto no concuerda con el de la mayoría, perderá los PNK que le fueron bloqueados. Con este sistema se anula la idea de que un jurado vote de manera arbitraria y estará abocado a votar por la opción que piensa que tomaría la mayoría, y por ende reduce los intentos de

decisiones no transparentes o amañadas. La decisión que adopte Kleros es a su vez ejecutada por Ethereum, de tal suerte que, si se ordena reversar los ether inmersos en la disputa, así se hará.

Para agosto del año 2022 Kleros informa en su sitio web los siguientes datos: (i) más de 900 disputas tramitadas (ii) 150 millones de PNK apostados, (iii) 2 millones de PNK redistribuídos; (iii) más de 350 ether pagado a los jurados; (iv) más de 800 jurados activos.

Este sistema rompe con la idea de un juez centralizado, sea singular o colegiado, sino que busca resolver el caso a través de jueces descentralizados que pueden ser cientos o miles de personas en todo el mundo. Además, siempre se ha pensado en un juez cuya remuneración no dependa de la decisión que adopte para garantizar así la imparcialidad, empero, Kleros rompe ese paradigma y acude justamente a la idea contraria: el jurado es remunerado o por el contrario pierde sus criptomonedas, dependiendo de si su decisión es acorde a la mayoría de jurados o no. En tercer lugar, Kleros acude a un concepto de inteligencia colectiva para resolver el caso, de tal suerte que el jurado pensará cuál es la decisión más evidente y clara, que sería la que tomaría la mayoría, y no acude a reflexiones personales que pueden ser subjetivas e incontrolables.

Este ODR es altamente complejo porque su tecnología no se basa en web 2.0 sino en web 3.0, utiliza blockchain para su funcionamiento y se ata a una criptomoneda específica: PNK. Este esquema es bastante raro en los ODR y, no se encuentra otro esquema igual haciendo un barrido a los ODR más comunes.

No se trata de someter los casos a la democracia pura y llana, lo cual no es aceptado por el Derecho, e incluso ha sido denunciado desde diferentes culturas o religiones como formas de abuso o de que intereses políticos terminen afectando a personas inocentes; para dar un ejemplo, la presentación de Jesús y Barrabás ante el pueblo para preguntarle a quien liberarían, respondiendo éste que al criminal y condenando así al justo, es una muestra clara que, incluso desde las creencias religiosas, se tiene por sentado que las masas pueden equivocarse –y a menudo lo hacen- en el juicio a un individuo.

El esquema de Kleros es diferente puesto que los jurados son personas capacitadas para resolver disputas y, en segundo lugar, la manifestación del voto no es irreflexiva o caprichosa, porque los errores se pagan con dinero del mismo jurado representado en los PNK. Los jurados no se conocen entre sí, puesto que los hay esparcidos por el mundo entero, y cada jurado debe entonces realizar un análisis de cuál sería la decisión adecuada, toda vez que

una decisión equivocada le haría perder PNK mientras que la acertada le haría ganar.

La idea de una decisión entre un número grande de jurados, pero que requiera reflexión, puesto que una decisión incorrecta implica una consecuencia negativa para el jurado, se apalanca en la teoría de juegos y en el punto focal desarrollado por el economista norteamericano Thomas Schelling. El planteamiento consiste en que los jugadores no pueden comunicarse entre sí pero son premiados si convergen en un mismo punto focal, lo que los lleva a pensar más allá de su subjetividad para pensar en la decisión que mayoritariamente tomaría el grupo, pese a no estar comunicados entre sí[32].

La profesora Ayllen Gil Seaton ha estudiado el ODR de Kleros, y lo explica así:

> *«En este arbitraje, los jurados ya elegidos para la resolución de la controversia adoptan su decisión conforme a un procedimiento particular guiado por una combinación de criptoeconomía y teoría de juegos. En este punto, Kleros se basa en el Schelling Point para evitar que los miembros del jurado tomen decisiones arbitrarias y aleatorias. El Schelling Point se administra exigiendo que los jurados pongan algunas de sus tenencias de pinakion en custodia mientras se resuelve la disputa. A los jurados que están en la mayoría de decisión se les devolverán sus tokens en custodia y cualquier jurado que esté en la minoría perderá sus tokens para la redistribución prorrateada a los jurados mayoritarios. Tal como explica el fundador de la plataforma: la expectativa es que los miembros del jurado adopten decisiones fundamentadas e informadas y voten la respuesta verdadera, porque esperan que otros voten, también, por la respuesta verdadera. En este caso, el schelling point es la honestidad.»*[33]

Debe resaltarse que los jurados designados son anónimos en un doble sentido: las partes del conflicto no conocen quienes son los jurados y, por

[32] El punto focal propone varios ejemplos sencillos, suponga usted varios jugadores que no se hablan entre sí a quienes se les pone de presente un cuadrado dividido a su vez en cuatro partes exactamente iguales, tres de ellas coloreadas de azul y una coloreada de roja. Ahora se le pide a cada jugador que seleccione uno de los cuatro cuadrados, advirtiendo que si selecciona el que escoja la mayoría, será premiado; en este punto, pese a que todos los cuadrados son iguales, lo más probable es que la mayoría seleccione el único cuadrado rojo, por lo que esta sería la decisión que mayoritariamente adopten.

[33] GIL SEATON, Ayllen "ODR de Consumo y Blockchain", Revista jurídica sobre consumidores y usuarios, 10 (2022): 63-73.

otro lado, los jurados entre sí no se conocen. Esto reduce ostensiblemente la posibilidad de fraude, incidencias indebidas en los jurados, discusiones sobre la independencia o imparcialidad de personas concretas. Por otro lado, el hecho de contar con una moneda tokenizada, el PNK, se evita que una misma persona asuma varios perfiles de jurado porque con ello, reduce sus posibilidades de ser seleccionado como jurado, porque cada perfil para ser escogido, debe tener PNK y eso implica inversión de recursos.

El sistema ODR de Kleros rompe con la visión tradicional que ha imperado en el Derecho moderno, según la cual la decisión de un conflicto debe estar centralizada en un juez o grupo de jueces, quienes se encargan de tomar una decisión con base en su personal valoración de la prueba, su conocimiento jurídico y su visión subjetiva de justicia; por el contrario, Kleros pretende un sistema absolutamente descentralizado de decisión donde el conflicto se somete a un número alto de jurados quienes votan de manera anónima, pero con consecuencias en su voto.

2.4 Tokens no fungibles (NFT – *Non fungible tokens)* y los ODR 3.0

La blockchain no solo se está utilizando para configurar criptomonedas o contratos inteligentes, sino también para crear tokens no fungibles, denominados NFT por sus siglas en inglés derivados de la expresión: *non fungible tokens*. Para explicar un NFT de manera sencilla se propone entender primero, el tema de la fungibilidad: un bien es fungible cuando es fácilmente sustituible por otro y se destruye con su uso, como el dinero; por el contrario, un bien no fungible es aquél que es único y no se destruye con el uso, su valía está en su unicidad.

Los NFT pretender tomar un conjunto de datos (una imagen, un video, un audio, incluso un post en una red social) y volverlos únicos para poder comerciar con esos datos: una imagen, por ejemplo, de arte digital es un conjunto de datos que puede ser copiado y pegado muchas veces o reproducido en millones de oportunidades, por lo que ninguno de los ejemplares tendría, en sí mismo, el valor de un original; un NFT toma una de esas imágenes y la incorpora a un sistema blockchain –recuérdese que es ideal para sistemas de registro– y determina que esos datos concretos son el original, y así muchas personas puedan seguir haciendo copias, quien aparezca registrado en la blockchain como propietario de los datos, será considerado dueño del original. Esta idea, por curiosa que parezca, resulta

que funciona y así se han convertido en NFT canciones, memes, videos de youtube, tuits, entre otros.

Para explicar la lógica de un NFT se propone un ejemplo sencillo: existen muchas camisetas de un equipo de fútbol, de hecho se producen en serie, pero si una sola de esas camisetas es firmada por todo el equipo y le ponen la nota que lo hacen tras celebrar el haber ganado un gran campeonato, esa camiseta se convierte en única y por ende en valiosa. Otras personas pueden tener camisetas similares, pero no están firmadas, otros podrían tomarle foto a la camiseta, pero nunca tendrán la original. Un NFT funciona igual, toma una imagen o datos que circula en internet –ejemplo un meme– y su autor lo tokeniza generando un NFT que representa el original, luego el autor vende el NFT a un tercero que ahora es el dueño del meme, y así existan muchas copias del mismo, éstas al no ser el NFT no son el original.

Así, Jack Dorsey vendió el primer tuit de la historia[34] por 2.9 millones de dólares. El tuit aún está disponible en la red social tuiter, cualquiera lo puede consultar, ver, incluso tomar captura de pantalla; pero solo es propiedad de quien aparece en la blockchain como titular del mismo, esto es, quien aparece como propietario del NFT. El autor de Nyan Cat[35] o gato cósmico, un popular vídeo de youtube de un gato que se mueve en la pantalla y que se repite constantemente, se tokenizó, se generó en NFT y se vendió por 600.000 dólares, el vídeo sigue disponible y cualquiera lo puede ver, pero tiene el original tienen un propietario específico inscrito a fuego en la blockchain.

Esta idea es curiosa pero no es nueva: si se piensa en las obras de arte famosas, cualquiera puede verlas en un museo, tomarle fotos, hacer copias, pero la original es una y solo una en el universo y eso es lo que diferencia el original de la Mona Lisa o de las Meninas, con una fotografía impresa de las mismas obras. Los NFT funcionan igual: generando una convención en el mercado sobre cuál de todos los datos disponibles es el original, y ese se vende registrando la venta en la blockchain, así existe certeza sobre al titular del activo.

Los NFT son un efecto de la blockchain y su comercio puede causar disputas, las cuales requieren de un sistema ágil de solución. El ODR de Kleros pretende ser el encargado de resolver estas disputas al interior de la Blockchain, incluyendo las que tengan que ver con NFT.

[34] Para ver el primer tuit: URL: https://twitter.com/jack/status/20

[35] Para ver el curioso vídeo: Youtube, Nyan cat, URL: https://www.youtube.com/watch?v=QH2-TGUlwu4

3. REFLEXIONES SOBRE LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO PROCESAL

Causa revuelo, dudas, inquietudes y hasta críticas, el que el Derecho Procesal en Colombia haya dado el salto hacia el auxilio de nuevas tecnologías, como se vio, no tan nuevas, en la medida que utiliza principalmente herramientas de la web 1.0: correo electrónico e información publicada en páginas web. No obstante, en el mundo de los ODR que no dependen de la regulación específica de un país, estos ya pasaron por la web 2.0 –como el caso del ODR de *Facebook*– e incluso ya han llegado a la web 3.0 como ocurre con Kleros, una herramienta de solución de disputas a escala global, descentralizada e incrustada en el corazón de la blockchain.

El derecho procesal, primero desde las reflexiones académicas, tiene un papel fundamental en analizar los usos, ventajas e incluso peligros que los ODR pueden tener en las sociedades altamente digitalizadas como las de hoy. El gran reto surge en que los ODR ya están tramitando asuntos de consumo, incluso en Colombia, y se requiere tener claridad sobre su funcionamiento a fin de que sus decisiones no incurran en sesgos indebidos sobre categorías como: etnia, género, edad, origen nacional o similares.

Otro punto fundamental que debe abordarse desde el derecho procesal, es el fenómeno que ya está ocurriendo, de cambio en la forma tradicional de solucionar controversias. No se trata, por supuesto, de proponer que todo tipo de disputas de derecho privado se sometan a ODR, pero sí de entender que estos pueden ser mecanismos cada vez más populares que con el tiempo cubran más y más tipos de conflictos. A nivel global se encuentran ODR para conflictos de consumo, de arrendamientos, e incluso discusiones de familia.

Entre los interrogantes que surgen de estas figuras está el nivel de validez de los acuerdo o decisiones adoptadas al interior de un ODR de cara al derecho tradicional o nacional: ¿se tratarán como transacciones, amigable composición o arbitrajes?. Es más, se puede debatir tendrán o no validez física o si es posible su ejecución en los procesos tradicionales. Son elementos que los procesalistas modernos deben enfrentar.

La transformación del derecho procesal en el siglo XXI va más allá del litigio por medios virtuales, a través de correo electrónico o plataformas. Se trata de comprender que las empresas que se mueven en la web y los usuarios, están buscando formas cada vez más digitalizadas de resolver sus conflictos, como resultado de esa sociedad que converge en la web, como efecto natural de

los alefitas que tratan, a toda costa, de realizar la mayor cantidad de tareas y trámites que les sea posible, en la web.

La idea de que sea posible tramitar disputas desde la comodidad del celular se hará cada vez más popular, como ha venido ocurriendo en los últimos veinte años de desarrollo tecnológico y digital.

El grave peligro de este tipo de injerencia informática y digital es la pérdida del componente humano en el trámite de los conflictos, si a esto se suma que algunos ODR ya están incorporando elementos de inteligencia artificial, el actuar humano se reduce drásticamente. El derecho procesal debe converger también en resolver un cuestionamiento complejo: ¿Existe un derecho a la intervención humana?[36] ¿debe estar un ser humano necesariamente supervisando los ODR? ¿cuáles son los deberes de información con los usuarios, adyacentes a la deshumanización de la solución alternativa de conflictos?

Pese a la gran fascinación que generan las nuevas tecnologías y a ese gran aleph tecnológico que es la web, el derecho procesal tampoco puede olvidar que aquellas y ésta, en últimas, son una herramienta más y que el mundo tangible y físico sigue y seguirá ahí; no se debe caer en posturas extremas que dejen a un lado el mundo físico para volcar totalmente la atención del derecho al mundo digital. De ahí la frase con la cual se abrió esta ponencia, se trata de esa invitación concreta a estudiar a la tecnología y los grandes avances que representa, pero sin perder de vista que finalmente, la humanidad es aún es física. Digitalización de la diferentes formas de justicia, pero sin perder la humanidad en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO ESCÁMEZ, JOSÉ FAUSTINO. "Ciberjusticia, un acercamiento a su estudio como buena práctica en la labor judicial" *Memoria del Primer Encuentro Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, sobre buenas prácticas para la impartición de justicia.* https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicrecientes/2019/1erEncuentro/50%20Jose%20Faustino%20Arango%20Escamez.pdf

BAUMAN, ZYGMUNDT. *Modernidad Líquida.* Fondo de Cultura Económica. 2020. 204 p.

[36] Sobreeltemaver:SÁNCHEZVÁSQUEZ,Carolina.TOROVALENCIA,José."Elderecho al control humano: una respuesta jurídica a la inteligencia artificial". Revista chilena de Derecho y Tecnología, 10, 2 (2021): 211-228 doi:10.5354/0719-2584.2021.58745

BUENO DE MATA, FEDERICO "E-justicia: hacia una nueva forma de entender la justicia" *Revista Internacional de Estudios en Derecho Procesal y Arbitraje*, n° 1 (2010): 1-10. URL: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3700453

CABELLO, ROXANA. "Entrevista a Antonio Rodríguez de las Heras" *Technos magazine digital, URL* http://technosmagazine.com.ar/7ardelas.html

CÁRDENAS CAYCEDO, OMAR ALFONSO "Los ODR (Online Dispute Resolution) como oportunidad en el sistema procesal colombiano: hacia los e-masc/adr" en *Nuevas Dinámicas del Derecho Procesal*, ed. por Mónica Bustamante. (Medellín: Sello editorial Universidad de Medellin, 2020).

CÁRDENAS CAYCEDO, OMAR ALFONSO "Nuevos horizontes en los ODR: El oversight board de Facebook" *en Justicia digital: avances y retrocesos*. Institución Universitaria de Envigado, Red para el Estudio del Proceso y la Justicia, Fondo Editorial Institución Universitaria de Envigado. 2011.

CÁRDENAS CAYCEDO, OMAR ALFONSO "Principios constitucionales en la era digital: aproximación al tratamiento de datos en la e-justicia y los ODR (online dispute resolution)" en *Constitución y principios procesales* ed. por Débora Guerra (Cúcuta: Editorial Ibáñez, 2020)

CÁRDENAS CAYCEDO, OMAR ALFONSO. "La intrépida propuesta del oversight board de Facebook: análisis de las primeras decisiones de un ODR controversial" en *Constitución y Justicia Digital* ed. por Débora Guerra. (Cúcuta: Editorial Ibáñez, 2021)

CÁRDENAS CAYCEDO, OMAR ALFONSO. La Aplicación de los principios del derecho procesal en los sistemas de solución de disputas en línea (Online Dispute Resolution .- ODR). Memorias del XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2018.

CATALÁN CHAMORRO, MARÍA JOSÉ. *El acceso de justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de Consumo*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea.* Viena: CNUDMI, 2017. URL: https://www.uncitral. org/pdf/spanish/texts/ odr/V1700385_Spanish_Technical_Notes_on_ODR.pdf

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. "Texto propuesto para primer debate al proyecto de Ley número 584 de 2021 Cámara" URL: https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2021-05/PPD%20PL%20584%20de%202021%20C.pdf

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1480 del 12 de octubre de 2011. URL: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

DE LA ROSA, FERNANDO ESTEBAN. VILALTA NICUESA, AURA ESTHER. "Los sistemas reputacionales como mecanismos de compulsión privada" en *La resolución de conflictos de consumo: la adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR),* ed. por Ozana Olariu y Fernando Esteban de la Rosa, (Pamplona: Arazandi, 2018), 443-464.

DOUEK, EVELYN. "Facebook's Oversight Board: Move Fast with Stable Infrastructure and Humility," North Carolina Journal of Law & Technology 21, n°. 1 (October 2019): 1-78.

GIL SEATON, AYLLEN "ODR de Consumo y Blockchain", *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*.

IBAÑEZ JIMENEZ, JAVIER WENCESLAO. Derecho del Blockchain. Arazandi. 2018.

KATSH, ETHAN. "Law in the digital world" (New York: Oxford University Express: 1995)

KATSH, ETHAN. "The electronic media and the transformation of law", (New York: Oxford University Express, 1989)

KATSH, ETHAN. *ODR a look at History,* en: Resolución de disputas online: teoría y práctica. Un tratado sobre tecnología y resolución de disputas (La Haya: Eleven International (2012), 21-33. URL https://www.mediate.com/pdf/katsh.pdf.

KATSH, ETHAN. RIFKIN, JANET. GAITENBY, ALAN. "E-commerce, e-disputes, and e-dispute resolution: in the shadow of 'eBay law'" *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* 15 (2000) 705-734

KOULU, RIKKA. *"Three quests for justification in the ODR era: sovereignty, Contract and Quality Standars",* Revista Lex-Electrónica, 19 (2014): 43-71. URL: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/19-1_koulu.pdf.

NAVA GONZÁLES, WENDOLYNE. BRECEDA PÉREZ, JORGE ANTONIO. "México en el contexto internacional de solución de controversias en línea de comercio electrónico". *Anuario mexicano de derecho internacional*. Vol. XV. (2015): 717-738. URL: http://www.scielo.org.mx/ scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100019

NIEVA FENOLL, JORDI. El tránsito de fe a la tecnología en el proceso penal*, en Constitución e Inteligencia Artificial en el Proceso*. Universidad Libre. 2022.

NOAH HARARI, YUVAL. *Homo Deus: Breve historia del mañana*. Barcelona: Debate, 2016.

OVERSIGHT BOARD. Decisión del caso 2021-010-FB-UA, rad. FB-E5M6QZGA, 27 de septiembre de 2021. URL: https://oversightboard.com/decision/FB-E5M6QZGA/

RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, TERESA "Digital Technology-Based Solutions for Enhanced Effectiveness of Secured Transactions Law: The Road to Perfection," *Law and Contemporary Problems* 81, n°. 1 (2018): 21-44.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, ANTONIO. "¿Es la ciudad el mejor lugar para una vida en digital?", *El País,* 26 de abril de 2019. URL: https://elpais.com/retina/2019/04/25/tendencias/1556194496_926661.html

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, CAROLINA. TORO VALENCIA, JOSÉ. "El derecho al control humano: una respuesta jurídica a la inteligencia artificial". *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, 10, 2 (2021): 211-228 doi:10.5354/0719-2584.2021.58745

AUDIENCIAS MIXTAS O HIBRIDAS. LA PARTICIPACIÓN PRESENCIAL O VIRTUAL. UN DERECHO O UNA EXIGENCIA LEGAL

*Bárbara Liliana Talero Ortiz**

RESUMEN

La asistencia virtual o física en sede judicial en las audiencias, es un derecho fundamental de los sujetos procesales y, por tanto, permite su protección a través de la acción de tutela. Corresponde al Estado, colocar a disposición de los administradores de justicia, salas de audiencia que permitan, a un mismo

* Abogada de la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, sede Bogotá. Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Contractual en la Universidad del Rosario; Derecho Procesal Civil en la Universidad Externado de Colombia; Derecho Comercial en la Universidad de los Andes; y Magister en Derecho, en la línea de investigación de Derecho mercantil y de los contratos y negocios internacionales en la Universidad Sergio Arboleda. Actualmente Presidente del Colegio de Jueces y Fiscales del Distrito judicial de Buga; Magistrada de la Sala Civil –Familia y presidente del Tribunal Superior de Buga. Autora de importantes publicaciones judiciales, entre otras, "Presupuestos de la Acción Reivindicatoria– Evolución Jurisprudencial", "La decisión civil –del silogismo a la argumentación Judicial– teoría y práctica". Conferencista en temas de procesal civil y perspectiva de género. Ex catedrática en las áreas de Practica Civil en la Universidad Externado de Colombia; Derecho Comercial- Títulos Valores- en la Universidad Católica de Colombia y Teoría General del Proceso en la Unidad Central del Valle del Cauca.

Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, integrante de la comisión redactora y revisora del Código General del Proceso, formadora de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", expresidente de la Federación Nacional de Colegios de Jueces y Fiscales, y expresidente del Comité seccional de Género en el Distrito Judicial de Buga.

Además, en el 2019 recibió "Reconocimiento a la incorporación del derecho a la igualdad y la no discriminación en las sentencias judiciales" por parte de la Comisión Nacional de Género, al haber sido ponente de la providencia ganadora en la categoría de magistrados.

tiempo, la conexión virtual y presencial en la sede judicial, por los sujetos procesales, esto es, la realización de audiencias mixtas o híbridas.

De acuerdo con la legislación procesal vigente, la presencia en las audiencias es principalmente virtual. Será excepcionalmente presencial en dos casos: i) cuando para la práctica de pruebas, el juez así lo determine por condiciones de seguridad, inmediatez y fidelidad; y ii) cuando el interviniente lo solicite con suficiente antelación por carecer de medios técnicos o tecnológicos.

Del estudio realizado a las normas adjetivas del procedimiento civil, principalmente de la Ley 2213 de 2022, se puede concluir que, al no existir en forma expresa una orden del legislador, sobre el lugar de concurrencia presencial, es posible que el participante de la audiencia pueda comparecer en otra sede judicial, sin que necesariamente sea aquella en la que se encuentra el juez del caso. La participación virtual o presencial en sede judicial en las audiencias es una obligación cuyo incumplimiento tiene consecuencias legales contempladas en el CGP.

Para lograr la aplicación del principio de igualdad en la práctica de las audiencias se torna necesario y urgente la elaboración de un protocolo de audiencias por parte del Consejo Superior de la Judicatura. La expedición del protocolo requiere la socialización de las prácticas actuales y la identificación de las necesidades de los usuarios y demás intervinientes de la administración de justicia.

Palabras clave: Sujetos procesales, audiencias, inmediación, sujetos de prueba, virtualidad, presencial en sede judicial, medios tecnológicos.

INTRODUCCIÓN

La audiencia es el acto procesal más importante en el desarrollo del debido proceso. Esto en consideración de lo dispuesto en el Código General del Proceso[1] (CGP) que consagró como regla general el trámite oral y por audiencias desde el año 2012. A partir del año 2020, como consecuencia de la pandemia y los confinamientos, a la oralidad tuvo que sumarse un nuevo ingrediente: la virtualidad. Desde entonces, las audiencias no solo son orales, también son virtuales.

La pandemia forzó y aceleró el uso de los medios tecnológicos. Tales mecanismos ya se encontraban contemplados en el CGP. Sin embargo, no fueron incluidos como el eje central de tal ordenamiento. Por el contrario, el

[1] Ley 1564 del 12 de julio de 2012.

CGP dispuso la aplicación progresiva de dichas herramientas conforme con la disponibilidad asignada por el Consejo Superior de la Judicatura.

Así las cosas, la realidad exigió una nueva normatividad que permitiera de forma legal y reglamentada el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales. Tal situación no es exclusiva de Colombia. De hecho, se trata de una corriente de aplicación normativa a nivel mundial. Así, son varios los países que han afrontado el reto de la administración de justicia en línea. Varios de ellos presentaron claras señales de efectividad. Ejemplo de ello son Argentina, Chile y Puerto Rico.

En Argentina adoptaron y fortalecieron iniciativas como el teletrabajo. Si bien esta herramienta ya funcionaba, a partir del 2020, el teletrabajo aumentó de 1.662 a 9.500 puntos remotos. Adicionalmente, en el sistema judicial se permitió la recepción de escritos electrónicos, incorporar firmas digitales, realizar audiencias por videoconferencia y transmitirlas por redes sociales, recibir denuncias por sistemas de mensajería instantánea, ejecutar órdenes de pagos electrónicos, realizar capacitaciones virtuales, mediaciones online y control carcelario virtual. Igualmente, en dicho país se habilitaron líneas telefónicas de atención permanente. Es necesario destacar que las audiencias remotas han sido ampliamente utilizadas por distintos órganos judiciales, tanto para formalizar instancias procesales, como para organizar tareas y establecer un contacto dinámico y constante, predominando el uso de servicios de Webex, Microsoft Teams, Zoom, etc.[2].

Chile, por su parte, viene tomando el camino hacia la digitalización de la justicia desde el año 2000. En el marco de la crisis sanitaria adoptó nuevas medidas al respecto. A mediados de marzo de 2020, la Corte Suprema de Justicia de ese país dictó el Acta 41-2020 que regula el teletrabajo y el uso de videoconferencia en el Poder Judicial. Luego, expidió el Acta 42-2020, que contiene un instructivo derivado del anterior acto administrativo, en el cual se dispuso que el servicio judicial debe prestarse con resguardo de la seguridad para la vida y la salud de las personas utilizando las herramientas del teletrabajo y la videoconferencia. El Acta 51-2020, que contiene el protocolo para el anuncio y los alegatos en los tribunales durante el estado de catástrofe. Además, el Acta 53-2020 resaltó la importancia del uso de los medios tecnológicos de conexión para garantizar la continuidad del servicio judicial, estableciendo el teléfono u otros similares para gestionar la causa, realizar diligencias de notificación y comunicación especiales.

[2] Justicia digital una mirada internacional en época de crisis, Primera edición, 2020, pp. 53 y ss.

A lo anterior se suma que en Chile se expidió la Ley 21.226 la cual reguló la suspensión de los plazos y audiencias. En los artículos 9 y 10 de la Ley en comento, se autorizó la celebración de audiencias por vía remota, según sea el caso. De esa manera, en dicho país se han realizado por tal medio audiencias en causas civiles y juicios orales de asuntos de familia, laborales y penales[3].

Por último, en Puerto Rico desde el año 2020, mediante la expedición de las *"guías generales para el uso de las video conferencias en los Tribunales del Estado Libre asociado"*[4], se regló el uso del medio tecnológico en la región, o en cualquier otra instalación alterna, según se determine por el Director Administrativo de los Tribunales, en los asuntos y procedimientos adjudicativos y no adjudicativos. La condición impuesta fue contar con el equipo y las conexiones, así como los acuerdos de colaboración con agencias gubernamentales u organizaciones no gubernamentales. En complemento se expidió el Protocolo Aplicable a Toda Vista o Procedimiento Mediante Video Conferencia[5], que permite el uso unificado de las vistas y procesos judiciales, dando prelación a la videoconferencia totalmente remota y, de manera excepcional, permite la asistencia presencial ante circunstancias extraordinarias o por justa causa, previa solicitud por escrito y autorización del juzgador. En el numeral 7 de las disposiciones generales se autorizan las audiencias híbridas, como aquellas que por circunstancias justificadas deban coincidir en una sala judicial las partes, testigos o abogados de manera presencial y otros de manera remota, para lo cual, se utilizaran las salas de los centros judiciales equipadas con monitores y sistemas de video conferencias. A partir del 31 de octubre de 2020, se dispuso la celebración de las vistas remotas a través de la plataforma zoom y para el trámite de los procesos el uso de Microsoft teams u otra análoga que sea autorizada por la oficina de Administración de los Tribunales.

1. EL DECRETO 806 DE 2020 Y LA LEY 2213 DE 2022

En Colombia se expidió el Decreto 806 del 4 de junio de 2020, cuya vigencia fue prevista para dos años, de manera que su aplicación terminó el 4 de junio

[3] Justicia digital una mirada internacional en época de crisis, Primera edición, 2020, pp. 215 y ss.

[4] https://www.cjf.gob.mx/sjpa/data/docs/nove/int-exp/oct2020/Guias-GENERALES-Videoconferencia-2020.pdf

[5] https://poderjudicial.pr/documentos/COVID19/C17AF2021.pdf

de 2022. La implementación del Decreto 806 de 2020 permitió que el Consejo Superior de la Judicatura autorizara el trabajo desde casa por parte de los funcionarios judiciales, creara portales de atención virtual de la página web de la rama judicial, y la verificación de audiencias a través de las plataformas Lifesize y Microsoft Teams. Adicionalmente, con el avance del Decreto 806 y los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura se permitió la interacción virtual entre los funcionarios de la rama judicial, entre estos y los usuarios de la justicia.

La práctica judicial ha demostrado que realizar audiencias virtuales disminuye los tiempos procesales. Por esta razón, luego del 4 de junio de 2022, se aunaron esfuerzos con el ánimo de convertir en legislación permanente el Decreto 806 de 2020. Fue así como el 13 de junio de 2022 se promulgó la Ley 2213.

De la situación de emergencia y por el mandato legal actual podemos concluir que en el territorio nacional donde estén dispuestos los medios tecnológicos, todos los procesos, se deben documentar en medios digitales. De esa manera, y como lo dispone la Ley 2213 de 2022, los expedientes deben ser accesibles al público en forma virtual. La disposición de la información se sujeta al **Protocolo para la gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación del expediente[6].**

En el presente documento, como se indicó previamente, se hará referencia a las audiencias. Por ello, resulta indispensable tener en cuenta que el numeral 4 del artículo 107 del CGP dispone que las actuaciones que se adelanten en audiencias deben ser grabadas en medios de audio, audiovisuales o en cualquier otro que ofrezca seguridad para el registro. Es decir, la grabación no puede obviarse por razones probatorias. Bajo este panorama me concentraré en responder los siguientes cuestionamientos: (i) ¿la asistencia virtual o física en sede judicial en las audiencias es un derecho fundamental de los sujetos procesales amparable a través de la acción de tutela?; y, (ii) ¿la participación virtual o presencial en sede judicial en las audiencias es una obligación cuyo incumplimiento tiene consecuencias legales?

[6] Consejo Superior de la Judicatura. (2020). Protocolo para la gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación del expediente. Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020. Colombia. Obtenido de https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/secgen/archivo/PROTOCOLOS/Protocolo%20para%20la%20gesti%C3%B3n%20de%20documentos%20electronicos.pdf

2. LA ASISTENCIA VIRTUAL O FÍSICA EN SEDE JUDICIAL EN LAS AUDIENCIAS ES UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS SUJETOS PROCESALES AMPARABLE MEDIANTE LA ACCIÓN DE TUTELA

La participación en las audiencias por los sujetos procesales es una garantía que deviene del derecho fundamental del debido proceso. Por tanto, puede ser objeto de protección constitucional cuando no se observan los mínimos requerimientos de acceso, contradicción y defensa. En consecuencia, la participación virtual o presencial en sede judicial a la audiencia es un derecho que se debe tutelar cuando la negativa a este tipo de acceso no encuentra justificación razonable.

La intervención en las audiencias debe permitirse tanto de forma virtual como presencial en la sede judicial. La asistencia de una u otra forma dependerá de los requerimientos de los sujetos procesales o de la práctica de la prueba. En cualquier caso, las salas de audiencia deben estar habilitadas para verificar tanto la conexión virtual como la participación física de los sujetos procesales en el salón adecuado para tal fin. De esa manera, todas las salas de audiencias del país deben brindar la posibilidad de realizar audiencias de manera mixta o híbrida, mediante conexión virtual o con presencia en la sede judicial, por parte de los sujetos del proceso. Sobre este punto, es necesario destacar que se trata de una obligación que habrá de atender el Estado a nivel nacional.

En varias oportunidades, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha amparado por vía de tutela la intervención en las audiencias. Sobre este particular debe recordarse que en la sentencia STC7284-2020[7], la sala de casación Civil de la Corte Suprema de Justicia amparó el debido proceso al evidenciar una causa de interrupción del proceso. En dicha oportunidad, la C.S.J. indicó que la enfermedad grave del apoderado judicial interrumpe el trámite judicial. De ahí que no aplazar una audiencia en casos de enfermedad grave del apoderado, configura la nulidad de la actuación conforme con el artículo 133 numeral 3 del C.G.P.

En la sentencia STC2327-2018[8], la Sala de Casación Civil sostuvo que la no comparecencia de las partes es la que permite el aplazamiento de la audiencia inicial, por ser estas y no los apoderados los "*sujetos protagónicos de ese acto*".

[7] Magistrado Ponente. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

[8] Magistrado Ponente. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Luego, en la sentencia STC4216-2020[9], la Corporación moduló la anterior postura al señalar que la reprogramación de la audiencia también procede cuando el mandatario judicial presenta una justa causa para no comparecer, con mayor razón cuando ella, configura una causal de interrupción del proceso. La inclusión del mandatario judicial se explica en la necesidad de su intervención en el ejercicio del derecho de contradicción y defensa tanto en la audiencia inicial como la de instrucción y juzgamiento.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, es claro que la presencia de cualquiera de los intervinientes a la audiencia debe permitirse mediante el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. De ahí que los apoderados tengan el derecho a asistir por medios virtuales a las audiencias que son citadas por los funcionarios judiciales. La Ley 270 de 1996, así lo determina en su artículo 95; el C.G.P., en su artículo 103 y, enfáticamente lo señala el artículo 2 de la ley 2213 de 2022, esto siempre y cuando en palabras de la alta Corte, concurran los siguientes presupuestos. *"i) Que los servidores y usuarios de la administración de justicia tengan acceso a los medios tecnológicos y, ii) Que unos y otros tengan destrezas para su empleo"*[10]

Por un lado, es posible que alguno de los sujetos procesales no tenga los medios tecnológicos para litigar en línea. Esta situación también puede ser objeto de amparo al debido proceso que implica el derecho a comparecer a las audiencias. Para ello, es indispensable que la persona que se encuentre en esa situación se lo indique de forma clara, concreta y con la anticipación suficiente al juez de la causa. Cumplidos dichos requisitos, el juzgador tendrá la obligación de facilitar los medios que tenga disponibles para lograr que el sujeto procesal comparezca a la audiencia, lo que incluye la asistencia presencial en la sala de audiencia que se le asigne.

Por otra parte, todos los sujetos procesales, entre ellos, los funcionarios públicos en cumplimiento de sus funciones, los abogados reconocidos y demás intervinientes que no sean sujetos de prueba, tienen el derecho a concurrir virtualmente cuando se les cita a una audiencia o diligencia y el despacho judicial está en la obligación de garantizar la conexión digital si tiene a disposición los medios para ello. Existiendo medios tecnológicos disponibles no puede el funcionario judicial negar el acceso virtual. Por el contrario, como director del proceso y del despacho, tiene la obligación de adelantar las diligencias pertinentes para lograr la efectiva participación a través de los

[9] Magistrado Ponente. Luis Armando Tolosa Villabona.

[10] STC 7284 (Corte Suprema de Justicia 11 de Septiembre de 2020).

medios tecnológicos. Negar el acceso virtual sin una justificación expresa y razonable, configura un quebranto de las garantías del derecho al debido proceso[11] y el acceso a la administración de justicia[12].

La Ley 2213 del 2022 otorga primacía a las actuaciones judiciales virtuales. Tal situación resulta clara al analizar la totalidad de la Ley en comento, especialmente lo dispuesto en el artículo 1 y en el artículo 7. En esta última disposición se puede leer con claridad que "[l]*as audiencias deberán realizarse utilizando los medios tecnológicos a disposición de las autoridades judiciales o por cualquier otro medio*". Por ello, no existe justificación legal ni menos constitucional para solicitar a un abogado, funcionario público o, en general, a cualquier persona que no sea sujeto de prueba, su arribo físico de manera coercitiva a la sede judicial.

No es admisible pensar que la obligación se impone por efecto del principio de inmediación porque este sólo es predicable frente a la práctica de pruebas. La presencia física en sede judicial de la parte, el testigo o el perito, quienes son los sujetos de la prueba, en sede judicial es obligatoria cuando expresamente el juzgador así lo determine por razones de seguridad, inmediatez y fidelidad[13]. Esta orden puede darse de oficio o por solicitud motivada de cualquiera de las partes.

[11] **Constitución Política de Colombia. Art. 29.** 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.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

[12] **Constitución Política de Colombia. Art. 229.** Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

[13] **Artículo 7 Inciso 3 Ley 2213 de 2022.** Cuando las circunstancias de seguridad, inmediatez y fidelidad excepcionalmente lo requieran, serán presenciales las audiencias y diligencias destinadas a la práctica de pruebas. la práctica presencial de

En cuanto a la inmediatez, es necesario destacar que no es sinónimo de contacto físico entre el juez y el sujeto de la prueba. Esto en consideración a que la inmediación se cumple con dos requerimientos: (i) la presencia ante el juez y (ii) la posibilidad de la percepción directa de la declaración en condiciones de seguridad y fidelidad. Las dos condiciones referidas se satisfacen con la participación del citado de forma presencial en cualquiera de las salas de audiencia habilitadas en el país, sin que requiera estar en el mismo espacio físico que el funcionario judicial. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, cuando en la sentencia C - 420 de 2020 señaló:

> (…) El principio procesal de inmediación *"versa sobre la constatación personal del juez y las partes del material probatorio y las acciones procedimentales en sí mismas consideradas"*. La inmediación permite el logro de más y mejores decisiones, por cuanto el juez y las partes pueden formarse un *"criterio íntimo y directo sobre los argumentos fácticos y jurídicos relacionados con el caso"*. En ese sentido, la inmediación es un fin constitucionalmente legítimo que el legislador puede perseguir al momento de diseñar un procedimiento judicial, por cuanto contribuye con el ideal de una justicia pronta y cumplida.
>
> Ahora bien, la inmediación no implica necesariamente una proximidad física entre el juez, las partes y las pruebas. El uso de las TIC permite garantizar el principio de inmediación, incluso en mayor medida que la presencialidad, en aquellos eventos en que el contacto físico entre el juez y las partes supone un riesgo para la vida. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha admitido que las TIC son herramientas útiles para el logro del principio de inmediación en las actuaciones procesales por cuanto permiten al juez conocer *de viva voz* las razones de las partes, aun si esto solo ocurre mediante tecnologías de transmisión de audio, como las llamadas telefónicas. Incluso, en materia penal, la Corte Suprema de Justicia ha admitido que el juez se relacione de manera directa con la prueba o las actuaciones de las partes mediante la consulta de las grabaciones de audio y video de las audiencias practicadas en el proceso cuando las circunstancias lo requieran.
>
> La Corte ha reconocido que la inmediación reviste especial relevancia para materializar las garantías del derecho al debido proceso en

la prueba se dispondrá por el juez de oficio o por solicitud motivada de cualquiera de las partes.

materia probatoria. Sin embargo, esto no la convierte en un imperativo absoluto para la validez constitucional de los diseños procesales. De hecho, la ley procesal establece varias excepciones a la aplicación de la inmediación, como la comisión para la práctica de pruebas, las pruebas trasladadas, las pruebas extraprocesales y las demás excepciones que fije la Ley. Mientras que la jurisprudencia constitucional ha admitido que la inmediación sea "*objeto de atenuaciones o excepciones por razones de conveniencia o utilidad*".

Por tanto, los sujetos de prueba pueden acudir a la sede judicial más cercana a ellos para realizar la práctica ordenada por el director del proceso, sin que esto implique su desplazamiento hasta la sede donde se encuentra el juzgador. Esto es así por varias razones. En primer lugar, con excepción de las audiencias que desarrolla la jurisdicción penal, la Ley 2213 de 2022 no contempla expresamente el lugar al que debe comparecer el citado a una audiencia presencial. En segundo lugar, supeditar la práctica de una prueba a la comparecencia física en la sede en la que se encuentra el juez cercena el derecho al acceso a la justicia pues se impone al ciudadano cargas superiores a aquellas que puede asumir en razón a su condición física, geográfica o cultural. En tercer lugar, en la práctica algunos sujetos procesales, por ejemplo, personas que son citadas como testigos, no comparecen por razones como el tiempo y los costos, esto afecta la eficiencia probatoria de los procesos judiciales. En cuarto lugar, las salas de audiencia, sin importar su ubicación territorial, son lugares que se encuentran adaptados para otorgar seguridad y fidelidad, exigencias de la norma vigente. Por último, una medida de esta naturaleza acerca la justicia al ciudadano.

Cumplir con medidas como la recién expuesta, sólo requiere oficiar a la Dirección Ejecutiva Seccional correspondiente, sin necesidad de despacho comisorio. De esta manera, se logra agilizar la práctica de las pruebas en los trámites judiciales. En cualquier caso, para lograr la aplicación del principio de igualdad en la práctica de las audiencias se torna necesario y urgente la elaboración de un protocolo de audiencias por parte del Consejo Superior de la Judicatura. Para ello, debe reunirse con los gremios, representantes de la rama judicial, organizaciones, universidades y demás intervinientes que interactúan en la administración de justicia, con el fin de determinar los parámetros para la realización de audiencias en forma unificada y segura.

3. LA PRESENCIA VIRTUAL O PRESENCIAL EN SEDE JUDICIAL A LA AUDIENCIA, ES UNA OBLIGACIÓN, CUYO INCUMPLIMIENTO TIENE CONSECUENCIAS LEGAL

El sistema procesal torna imperativo la participación virtual o presencial en sede judicial de los sujetos procesales, cuando son citados, con consecuencias adversas según la posición que ocupen en el trámite procesal.

Conforme con lo dispuesto el artículo 78 del CGP (deberes de las partes y sus apoderados) los apoderados y las partes deben proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, además, deben concurrir al despacho cuando son citados por el juez y acatar sus órdenes; en el artículo 241 del CGP (la conducta de las partes como indicio) se indica que el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes; el artículo 205 del CGP (confesión presunta) indica que la inasistencia del citado a la audiencia hace presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidas en el interrogatorio escrito, en la demanda y en las excepciones de mérito o sus contestaciones; el artículo 79 del CGP (temeridad o mala fe) indica que se presume la temeridad cuando se obstruye la práctica de pruebas; el artículo 81 del CGP (responsabilidad patrimonial de apoderados y poderdantes) indica que el apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena del artículo 80 del CGP, así como pagar las costas del proceso, incidente o recurso y 10 a 50 salarios mínimos mensuales.

CONCLUSIONES

1. La asistencia virtual o física en sede judicial en las audiencias es un derecho fundamental de los sujetos procesales.
2. No permitir la asistencia virtual o física en sede judicial en las audiencias, es un hecho vulnerador de un derecho fundamental, amparable a través de la acción de tutela.
3. Es posible comparecer a cualquier sede judicial para la práctica de audiencias presenciales, sin que sea necesariamente aquella en la que se encuentra el juez del caso.
4. La participación virtual o presencial en sede judicial en las audiencias es una obligación cuyo incumplimiento tiene consecuencias legales contempladas en el CGP.

5. Es necesario y urgente, la expedición de un protocolo de audiencias por parte del Consejo Superior de la Judicatura, donde se unifique y estandarice la práctica de este acto procesal.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de Colombia de 1991

Consejo Superior de la Judicatura. (2020). Protocolo para la gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación del expediente. *Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020*. Colombia. Obtenido de https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/secgen/archivo/PROTOCOLOS/Protocolo%20para%20la%20gesti%C3%B3n%20de%20documentos%20electronicos.pdf

C-420 (Corte Constitucional 24 de septiembre de 2020).

Decreto Legislativo 806 de 2020

https://www.cjf.gob.mx/sjpa/data/docs/nove/int-exp/oct2020/Guias-GENERALES-Videoconferencia-2020.pdf

Ramirez Carvajal - Coordinadora, D. M. (2020). *Justicia Digital Una Mirada Internacional en Época de Crisis.* Medellín: Universidad de Salamanca: Editorial Justicia y Proceso. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=826352

Protocolo Aplicable a toda vista o procedimiento mediante videoconferencia durante la pandemia del covid 19 (octubre de 2020) https://poderjudicial.pr/documentos/COVID19/C17AF2021.pdf

Ley 270 de 1996.

Ley 1564 del 2012.

Ley 2213 del 2022.

STC 2327 (Corte Suprema de Justicia 20 de febrero de 2018).

STC 4216 (Corte Suprema de Justicia 06 de Julio de 2020).

STC 7284 (Corte Suprema de Justicia 11 de Septiembre de 2020).

FORMAS PROPIAS DEL JUICIO VIRTUAL (DEBIDO PROCESO)*

*Mauricio Pava Lugo***

RESUMEN

Desde el año 2020, el derecho de audiencia sufrió un cambio notorio: pasamos de tener un proceso mayoritariamente presencial a uno virtual. Por lo que es imperativo estudiar el desarrollo de las formas procesales en las nuevas realidades. Sin duda, la efectividad de la comunicación es de los aspectos que mayores afectaciones ha sufrido, lo que impacta a nuestras instituciones procesales, en especial, a la actividad probatoria. Para finalizar, presentamos algunas propuestas que pretenden potenciar el principio de debido proceso, profundizando en algunas de las diferentes garantías que lo componen, como el de comunicación efectiva en la valoración probatoria. Propondremos nuevas formas que deben gravitar para el litigio virtual.

* Un reconocimiento al equipo de la fundación dialogospunitivos.com y en especial al estudiante Santiago Yepes por todo el apoyo para estas primeras reflexiones en relación con las «formas propias del juicio virtual».

** Abogado de la Universidad de Caldas. Curso universitario superior en compliance de la Universidad de Barcelona. Estudios en la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de American University Washington College of Law. Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia. Conjuez de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Nacional Electoral. Miembro de la Comisión Asesora para la Política Criminal del Estado colombiano (2018-2021), de la Comisión Asesora Distrital de Política Criminal de Bogotá (2021-2022) y de la Comisión de Expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia. Director Financiero del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y de la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013- 2018). Profesor de la Universidad de los Andes (2019) y de la Universidad Externado de Colombia (2021). Director del Boletín Académico Diálogos Punitivos.

Palabras clave: Formas propias del juicio virtual, proceso judicial, obsolescencia de las garantías, comunicación efectiva, práctica probatoria, e-justicia.

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda, la aparición del virus COVID-19 en Wuhan (China) en noviembre de 2019 implicó un cambio en diversos campos de nuestras vidas. En Colombia, se presentó el primer caso de contagio el 6 de marzo de 2020[1] lo que provocó serias alteraciones al habitual desarrollo de las actividades en nuestro país. El campo judicial, al igual que muchos otros, se ha visto afectado en los hábitos y rutinas desde la llegada de la pandemia.

El Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales[2] desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 4 de junio del mismo año. Con la expedición del Decreto 806 de 2020 se avizoraba el «regreso de la justicia» en nuestro país. Esto, con una novedad fundamental: la implementación general de un modelo de justicia virtual conforme a los criterios del Gobierno nacional.[3]

En este contexto, los actores de la justicia conocieron las dinámicas al momento de participar ante el nuevo escenario judicial. Si bien el propósito de este escrito no es opacar las grandes ventajas que tiene la justicia virtual[4]

[1] COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Boletín de prensa N.o 050 de 2020. [En línea]. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-su-primer-caso-de-COVID-19.aspx#:~:text=%E2%80%8B%2DLa%20paciente%20acudi%C3%B3%20a,6%20de%20marzo%20de%202020.

[2] Esto, mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20 11546, PCSJA20-11549 y PCSJA20-11556.

[3] COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Decreto 806 de 2020. (4, de junio de 2020). Bogotá: Ministerio de Justicia, 2020. «Artículo 2: Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones».

[4] Cfr. PAVA LUGO, Mauricio. Reactivación de la justicia, un paso digital que no da espera. En: Diálogos Punitivos. «El litigio virtual, a pesar de las dudas e incertidumbres que genera, tiene grandes ventajas, lo sabemos todos. En la situación actual, además de garantizar el acceso a la administración de justicia, nos permitirá cumplir con el distanciamiento social hasta que superemos la pandemia y cuidar de los demás. Sumado a esto, mejora el tratamiento y la circulación de información judicial, reduce la utilización de papel y agiliza la gestión de procesos judiciales. Como si fuera poco, el litigio virtual puede ser un gran aliado para seguir el estado de los procesos judiciales e, incluso, mejorar la interacción entre los ciudadanos

ni ignorar el esfuerzo de las autoridades para su implementación[5], sí me permitiré presentar un aspecto que considero afectado con la justicia virtual, que estimo imperioso salvaguardar en los procesos judiciales: la comunicación efectiva, íntimamente vinculada con el ejercicio convencional del derecho de audiencia, garantía que hace vívido el debido proceso, y que solo podremos lograr construyendo unas «nuevas formas del juicio» –en este caso– virtual.

El derecho de audiencia, en su forma más básica, consiste en «ser oído» por el juez competente, y ser oído implica poder comunicar con la mayor efectividad posible las razones de hecho y de derecho con las que se hace oposición al poder punitivo del Estado, o con las que se reclama un derecho, lo que se materializa no solo con el discurso, sino, sobre todo, con la prueba, ya sea presentándola ya sea controvirtiéndola. El ser oído no solo es una construcción epistemológica, es también una cuestión pragmática. En el lenguaje las palabras importan, como importa lo que las refuerza, por ejemplo, al momento de presentar los alegatos o alguna declaración al juez y percibir de este el acuerdo o desacuerdo con el contenido del mensaje. O hasta la posibilidad del litigante, cuando el destinatario pierde concentración al emprender acciones para llamar su atención (golpear la mesa, elevar el tono de voz, señalar algún objeto, quedarse en silencio). Todo lo anterior se relaciona con el derecho de audiencia, con el derecho a ser oído.

(abogados) y los operadores jurídicos». Disponible en: https://dialogospunitivos.com/reactivacion-de-la-justicia-un-paso-digital-que-no-da-espera/

[5] Cfr. MORA CERÓN, Carlosmario. Corte Suprema de Justicia reitera la necesidad de implementar la justicia digital. En: Diálogos Punitivos. Disponible en: https://dialogospunitivos.com/corte-suprema-de-justicia-reitera-la-necesidad-de-implementar-la-justicia-digital/. «La intención de trasladar la justicia a medios digitales no es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico. De años atrás, datan manifestaciones claras, no solo a través de sentencias proferidas por las Altas Cortes colombianas, sino también del poder legislativo para facilitar la transición de la justicia a las TIC. Clara muestra de tal afirmación es que, desde 1996, por medio de la Ley Estatutaria 270 de ese año, se exhortó al Consejo Superior de la Judicatura a gestionar los desarrollos tecnológicos en aspectos claves del funcionamiento del sistema de administración de justicia. Así mismo, otro ejemplo es la Ley 527 de 1999, la cual, entre varias cosas, reglamentó el uso de las firmas digitales reconociendo que tienen la misma fuerza y efectos que los de una firma manuscrita. E incluso, en el mismo Código General del Proceso, se consagró en su artículo 103 que, en todas las actuaciones judiciales, se deberá procurar el uso de herramientas tecnológicas. En similar sentido, el poder ejecutivo ha propendido por lograr la digitalización de la justicia. Por resaltar algunos logros, traemos a colación la alianza firmada hace aproximadamente un año entre Gobierno y Altas Cortes para poner en funcionamiento el plan piloto del llamado "Expediente Electrónico Judicial"».

Por lo anterior, es válida la preocupación de muchos del impacto que el litigio virtual produce en eventos procesales[6] y, en especial, en el escenario probatorio, máxime cuando en principio, y en su mayoría, fueron pensados para ser desarrollados dentro de un proceso judicial presencial, que no virtual.

2. NUEVAS FORMAS DEL JUICIO VIRTUAL

2.1 Concepto e importancia de las formas

Quienes alguna vez han participado en un proceso judicial lo han hecho a través de reglas y procedimientos formales, que, en términos prácticos, son conocidos como formas procesales. Las formas son el conjunto de reglas y procedimientos que rigen la actuación procesal y que los actores procesales deben cumplir para asegurar la consecución de las finalidades del proceso.[7]

Pensemos en un proceso penal cuyo procedimiento no tenga ningún tipo de reglas ni aspectos formales a seguir, claramente, el resultado sería una total anarquía gobernada por la incertidumbre de desconocer cómo desarrollar los pasos para alcanzar la protección de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos.

Tanto los sujetos procesales como los intervinientes en el proceso penal cumplen un rol especifico en las actuaciones, muchos autores han denominado esa interacción como un juego litigioso[8]. De hecho, el mismo juez, como tercero imparcial en el litigio, debe cumplir un rol que incide en el mandato de justicia que le ha sido discernido, «su forma de actuar, las reglas como escucha, cuando habla, los tiempos de su actuación, su posición dentro de la distribución espacial etc., contribuyen de un modo no menor a la identificación de su puesto en el contexto de la audiencia. Las identidades sociales se construyen de modos muy complejos».[9]

Desde los primeros códigos de procedimiento penal[10] hasta la expedición de la Ley 906 de 2004 hemos contado con distintas formas –que abordaré en

[6] La inmediación, por ejemplo, ha sido de las instituciones procesales sobre la cual se han suscitado múltiples debates en torno a su transición de estar en un escenario mayoritariamente presencial, a uno virtual.

[7] BINDER, Alberto. Derecho Procesal Penal. Tomo II, Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades. AD HOC: Argentina, 2017.

[8] BINDER, Alberto. Op. cit.

[9] BINDER, Alberto. Op. cit., p. 45.

[10] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 94 de 1938 (Junio 13). Código de Procedimiento Penal.

breve– que han permitido fijar esos parámetros que los participantes en el juego del litigio deben seguir para su funcionamiento. En consecuencia, al encontrarnos actualmente en un nuevo escenario litigioso –al ser desarrollado por medios virtuales– lo ideal sería disponer de unas formas propias para el litigio virtual que permitan asegurar la correcta funcionalidad del proceso judicial.

2.2 Formas procesales y dimensiones de las formas

El esquema penal acusatorio consagrado en el Código de Procedimiento Penal actual (Ley 906 de 2004) responde a unos principios y a unas formas. Principios como el de oralidad, inmediación y contradicción para las actuaciones procesales y, en especial, para la práctica probatoria[11]. De otro lado, la oralidad[12] es la forma insignia del escenario penal, condicionando prácticamente todas las etapas y diligencias a esta institución, pero sin desconocer las solemnidades requeridas para algunas etapas, como el escrito de acusación y la sentencia que finalice el proceso.

Así como la oralidad, otras formas que debemos cumplir dentro del proceso son, por ejemplo, las formalidades para la audiencia de formulación de imputación,[13] acusación[14], audiencia preparatoria[15] y juicio oral[16]. En síntesis, son diversas las formalidades que nos cobijan bajo la ley 906 de 2004.

Inicialmente, dentro de las normatividades vigentes relacionadas con la administración de justicia como la Ley Estatutaria[17], el Código General del Proceso[18] o el Código de Procedimiento Penal, todas fueron pensadas para ser

[11] SARAY BOTERO, Nelson. Procedimiento Penal Acusatorio. Segunda Edición. Leyer editores: Bogotá, 2017.

[12] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (1 de septiembre de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial. Septiembre, 2004. N.o 45.658. Artículo 9. Oralidad.

[13] Ibidem. Artículo 289. Formalidades.

[14] Ibidem. Artículo 339. Trámite.

[15] Ibidem. Artículo 356. Desarrollo de la audiencia preparatoria.

[16] Ibidem. Artículo 366. Inicio del juicio oral.

[17] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 de 1996. (7 de marzo de 1996). Estatutaria de la Administración de Justicia. Bogotá, Congreso de la República, 1996. Diario oficial. Marzo, 1996. No. 42.745.

[18] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012. (12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Congreso de la República, 2012. Diario Oficial No. 48.489.

desarrolladas en un escenario presencial y no en uno virtual, lo que amerita la creación de nuevas formas procedimentales en los procesos, que se adapten a las nuevas realidades que hoy afrontamos. Y no se trata de las formas por las formas, no, las sacralidades sustanciales del proceso, para que sea debido, tienen enormes y potentes funciones en punto de la justicia material. Ya lo iremos viendo, por el momento vale la pena destacar que algunos rectores de la justicia han optado por implementar, y hasta expedir, circulares y protocolos de audiencias virtuales[20] dotando de «formas» la actividad litigiosa virtual. No discutiré en estas reflexiones la juridicidad o no de esto último, valga decir que estoy de acuerdo con esta práctica, sin ignorar que pueden existir serias y fundadas razones de desacuerdo.

Todo esto, debe ser el sustento para que, desde la academia, y en colaboración armónica con las autoridades, podamos de manera propositiva presentar nuevas formas procesales para el litigio virtual. Para Binder, las formas tienen tres dimensiones:

> [L]egal, judicial y consensual. El primero existe cuando el proceso de formalización se realiza a través de la ley. Así hablamos de legalidad de las formas. Pero puede ocurrir que, en un caso determinado, sea el juez quien impone una forma determinada y allí hablamos de formas judiciales. Finalmente, las partes pueden prescindir de las formas o crear alguna nueva. En el primer supuesto hablamos de disponibilidad de las formas procesales, en el segundo de creación privada de las formas procesales o libertad de las formas procesales.[21]

La legislación que contempla la litigación virtual, el Decreto 806 de 2020, y ahora la Ley 2213 de 2022[22], le dieron existencia normativa; y si bien esto era necesario para responder a una cultura positiva como la nuestra a pesar de lo consagrado en el Art. 95 de la Ley estatutaria de la administración de justicia

[19] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit.

[20] Dichos protocolos en su mayoría han consistido en instructivos para acceder a las audiencias virtuales, instrucciones para encender cámaras, micrófonos, vestimenta, pero sin mencionar facultades correctivas serias.

[21] BINDER, Alberto. Op. cit., p. 118.

[22] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2213 de 2022. (13 de junio de 2022). «Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones». Bogotá, Congreso de la República, 2022.

y en el Art. 171 del Código General del Proceso (CGP), es responsabilidad de la comunidad jurídica avanzar en el desarrollo de formas procesales concretas que permitan responder a los principios fundacionales del debido proceso y que las garantías judiciales que lo permiten no queden en obsolescencia.

2.3 El incumplimiento de las formas

Los incumplimientos de las formas procesales acarrean consecuencias jurídicas que, no en pocos casos, pueden llevar a la nulidad de la actuación. Si un procedimiento no respeta las formas propias para su ejecución, el mismo eventualmente es ineficaz.

La Corte Constitucional describe las nulidades como:

> [I]rregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente– les ha atribuido la consecuencia –sanción– de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso.[23]

Imaginemos que la audiencia de acusación no se celebre de forma oral, sino que el juez decida que todo su trámite deberá ser de manera escrita. Esto vulnera no solo las formas propias de esa etapa procesal, sino la esencia misma del proceso acusatorio. Cuando este incumplimiento de las formas acarree una afectación a las garantías sustanciales de los sujetos procesales, en penal, especialmente en relación con el procesado, habrá de anularse el procedimiento.

La preservación de las formas y el respeto por las garantías contenidas en ellas son responsabilidad no solo de los funcionarios judiciales[24], sino también deber de los sujetos procesales al ser los actores principales del litigio. Dicho esto, el incumplimiento de las formas en el proceso virtual también amerita una consecuencia, dependiendo del contenido de afectación que representen para la actuación procesal. Trataré enseguida la garantía de inmediación y el principio de acceso a la justicia.

[23] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-125-10. (23 de febrero de 2010). M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional, Bogotá, 2010.

[24] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit. Artículo 10. «Actuación procesal. […] El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes».

2.3.1 De la inmediación

Cuando hablamos del principio de inmediación nos referimos a la garantía que tienen las partes de que el juez perciba de manera directa todas las circunstancias que están ocurriendo en el marco del proceso judicial[25]. En ese sentido, en principio, podría entenderse que para la materialización de la inmediación no puede existir una fuente intermediaria entre la causa que se discute y el juez, o un mecanismo que interrumpiera la percepción directa del juez frente al proceso.

En materia penal, por lo general, la importancia del principio de inmediación se ha relacionado con la prueba y su práctica en el juicio oral[26]. Reflejo de esto es la interpretación que el legislador plasmó en la Ley 906 de 2004 en su artículo 16: «En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción **ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas** […][27]», así como en el artículo 379 «el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas **en su presencia**»[28]. [Negrillas fuera del texto].

Algunos autores han indicado que, a pesar de la importancia que cobra este principio por su relación con la valoración de la prueba, también debe analizarse desde el contacto que debe tener el juez con todas y cada una de las etapas del proceso[29]. El principio de inmediación implica que un mismo juez conozca de manera directa e ininterrumpida cada una de las audiencias del proceso penal. De tal manera que su conocimiento, tanto de la prueba como de lo ocurrido en el proceso, se construya a partir de la abstracción personal que realice de lo realmente ocurrido en el proceso, de allí que, cuando se emita sentencia, la decisión sea fiel a lo debatido procesalmente. Es estructural de nuestro sistema que el juez tenga «…una idea clara de lo ocurrido, y proceda, todo ello en un tiempo prudencial que no incida en su memoria, a anunciar el sentido de su decisión»[30].

Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que:

> Entre los principios que inspiran la estructuración y la interpretación de las normas jurídicas procesales se encuentra el de la inmediación, en virtud del cual el juez debe tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto como con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia, de principio a fin.[31]

Frente a los métodos virtuales de los juicios penales se plantearon muchos reparos que hoy persisten, uno de ellos tiene que ver con la supuesta lesión a la garantía de inmediación. Lo indico de una vez, inmediación judicial no es sinónimo de presencialidad judicial. En este sentido, no puede entenderse que inexiste la garantía porque las diligencias judiciales se realicen de manera virtual, en la medida que las herramientas tecnológicas y los registros de audio y video posibilitan que el juez tenga contacto directo y simultáneo con los acontecimientos del juicio, así como con las pruebas que a este se incorporan.

No obstante, sí pueden ocurrir situaciones deficitarias en la virtualidad que indefectiblemente estén vinculadas con la oralidad, concentración, inmediación, y que, al no ser saneadas ni convalidadas, tengan el tamaño de conducir a la ineficacia del procedimiento.

[25] ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Pacto de San José de Costra Rica. Art. 8.1. «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 acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

[26] BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal I. Fundamentos constitucionales y teoría general. 6.ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013, p. 321.

[27] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit. Artículo 16. «Inmediación. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías».

[28] Ibid. «Artículo 379. Inmediación. El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional».

[29] RAMÍREZ CONTRERAS, Luis. Evidencia y prueba. La construcción de las inferencias. 1.ª ed. Legis. Bogotá. 2019, p. 118.

[30] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP880-2017. (30 de enero de 2017). M.P.: Eugenio Fernández Carlier. 2017.

[31] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-830/02. (8 de octubre de 2002) M.P.: Jaime Araujo Rentería. 2002.

A. ¿Cómo se puede afectar el principio de inmediación virtual?

Para el buen desarrollo de las audiencias penales virtuales resulta necesario que todos los sujetos procesales cuenten con una conexión a internet estable. Según los diferentes protocolos publicados por el Consejo Superior de la Judicatura, así como de sus sedes seccionales, se recomienda, para tener una conexión virtual estable, una capacidad de internet de mínimo 5 megas.

Ahora bien, en un país como el nuestro, en ocasiones esa condición no se cumple. Esto lleva a que la conexión de los sujetos procesales no sea estable y se interrumpan las audiencias de manera continua. Circunstancia a la que no es ajeno el juez.

En este punto, vale la pena recordar que el principio de inmediación se caracteriza por provocar que el juez tenga contacto **continuo y directo** con los acontecimientos que ocurren en el proceso penal y con la prueba. En ese sentido, si el juez que está atendiendo la causa tiene problemas de conectividad no podrá tener pleno conocimiento de todo lo que está ocurriendo en el proceso. Así mismo, en medio de la práctica probatoria, su atención y el contacto que tenga con la prueba se verán mermados en el sentido de que no podrá verla con claridad a través de las pantallas o no podrá escuchar de manera adecuada los testimonios de quienes concurran a la audiencia. En conclusión, su conocimiento directo frente al proceso y la prueba no será óptimo, esto puede conllevar cometer yerros al momento de valorar una prueba y tomar una decisión.

Otra de las circunstancias que puede afectar el principio de inmediación es la conexión paralela a más de una diligencia virtual judicial por parte del juez. Los medios virtuales han posibilitado que las diligencias judiciales se desarrollen con un grado de eficacia mucho mayor al que ocurría en las audiencias presenciales. Esto ha significado que los despachos judiciales puedan maniobrar con facilidad sus agendas para realizar más audiencias en menos tiempo.

No obstante, y a pesar de los beneficios que la virtualidad ha traído a la justicia, los jueces ceden a la tentación de atender más de una audiencia a través de varios dispositivos de conexión. Lo anterior implica que su atención no esté focalizada en un proceso y, de esta manera, se pierdan hechos relevantes que puedan marcar de manera determinante el proceso racional de valoración probatoria para dictar sentencia.

Está práctica es aun peor de la que vivíamos 20 o 30 años atrás, en vigencia del Decreto 2700 de 1991 y la posterior Ley 600 de 2000, cuando se celebraban varios juicios al mismo tiempo frente a diferentes funcionarios del mismo

juzgado, en ese entonces era rutinario que el juez permaneciera en su despacho estudiando expedientes y proyectos de decisión, mientras las partes y testigos le dictaban a escribientes, oficiales y secretarios; pero puede ser más grave hoy en función de un déficit de inmediación invalidante, porque en aquel entonces los juicios se transcribían completos en las actas y el juez posteriormente las leía por semanas y meses para dictar la sentencia, pero hoy, si tiene mala conexión o si lleva a cabo varias audiencias simultáneas, ni oye por completo la prueba y los alegatos en las audiencias ni tiene un récord fiel y funcional, como que tampoco revisará las decenas o cientos de horas de grabación para producir el fallo. Bien puedo decir que, si tener solo una defensa técnica nominal genera nulidad, también la genera una conexión nominal sin juez material.

2.3.2 Acceso a la justicia

En línea con lo anterior, imaginemos el caso en el que no se admite a la conexión virtual a un sujeto procesal imprescindible o prescindible (para el efecto es igual), o cuando se le cambia el enlace de conexión y se lleva a cabo la diligencia.

Es apenas una obviedad decir que los principios de publicidad y acceso efectivo a la administración de justicia aplican con independencia a si la audiencia se realiza de manera virtual o presencial.

En relación con la publicidad en el proceso penal, la sentencia C-429 de 2020, señala que:

> [A]l ser el principio de publicidad en las actuaciones judiciales un elemento esencial para la legitimidad de la función judicial en un Estado Social de Derecho, esta garantía se constituye como un instrumento fundamental para la efectividad de los derechos al debido proceso, defensa, contradicción y seguridad jurídica de los cuales son titulares los sujetos procesales. Igualmente, este principio termina convirtiéndose en una forma de controlar y vigilar las actuaciones de las autoridades judiciales. Por todo lo anterior, la Corte sostuvo que el principio de publicidad no puede verse como una simple formalidad procesal. A contrario sensu¸ debe verse como el medio para garantizar la eficacia de la función judicial y legitimación de la democracia participativa.[32]

[32] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-429-20. (30 de septiembre de 2020). M.P.: Cristina Pardo Schlesinger. 2020.

De igual manera, sobre el acceso efectivo a la administración de justicia, veamos una de tantas decisiones de la Corte Constitucional:

> La protección del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia tiene dos dimensiones: (i) la posibilidad de acudir ante un juez o tribunal a presentar las pretensiones para la protección de sus derechos o intereses y (ii) que dicho acceso a la justicia sea efectivo, al obtener la resolución de fondo de las pretensiones presentadas y que la misma se pueda hacer efectiva a través de su correcta ejecución. En esa medida, es importante tener en cuenta que el derecho de acceso a la justicia no se verifica únicamente con el hecho de acudir ante los jueces competentes, sino que implica que la persona que acude obtenga una solución de fondo pronta, cumplida y eficaz. Por ello, cuando quien concurre a la jurisdicción no obtiene respuesta de fondo en un término razonable, por razones imputables al aparato judicial, se puede concluir que existe vulneración del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia.[33]

El asunto no está en si existe o no irregularidad sancionable con nulidad en el evento descrito al inicio de este apartado, lo problemático es cómo se atribuye la responsabilidad por la irregularidad, cómo registra e incluso cómo se prueba la irregularidad y se procede en consecuencia.

El mundo virtual es la sala de audiencias de hoy. Quien tiene la llave y abre la puerta es el administrador del canal electrónico para la presentación del servicio judicial. En estas nuevas realidades conceptos como agente profesional, debida diligencia —entendida como «esfuerzo por cumplir la obligación»—, «traslado general de responsabilidad», riesgo provecho, creado y profesional y hábito de participación del usuario son relevantes, como es relevante emular conceptos que en la materia han sido trajinados en otros sectores. Parafraseo a Rodríguez Zárate para indicar que, si el uso de estos ambientes electrónicos se da para lograr un rendimiento máximo de eficiencias judiciales, deben surgir sistemas que puedan garantizar la fiabilidad y accesibilidad en el uso de estos[34].

[33] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-608-19. (12 de diciembre de 2019). M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. 2019.

[34] RODRÍGUEZ ZÁRATE, Alejandro. *Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional. En:* 63 Vniversitas, n.° 128, 285-314. https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ128.aerb

De tal manera que, si en una actuación procesal queda rastro razonable de que al usuario del sistema judicial no se le permitió el acceso, hubo incidencias técnicas para el acceso a la plataforma o se le cambiaron los canales electrónicos sin previo aviso, este elemento reconfigura la plena demostración de la irregularidad en la accesibilidad a la administración de justicia, como quiera que es responsabilidad de la «administración» preservar los esquemas que garanticen la fiabilidad y accesibilidad a los canales electrónicos. Acreditado un principio de veracidad por el usuario en la irregularidad que se denuncia, el juez debe demostrar si se acreditó un «esfuerzo por cumplir con el servicio de justicia» respecto del usuario, como quiera que al ser el profesional que controla el entorno de riesgo (creado, provechoso y profesional) este asume un traslado general de responsabilidad. Para la determinación del estándar probatorio necesario para proceder con la declaratoria de nulidad por irregularidades técnicas en la accesibilidad al canal de e-justicia, sirve por ejemplo el concepto de suficiencia en la «garantía circunstancial de confiabilidad».[35]

Sobre el particular, la base normativa de la nulidad nos la proporciona, por ejemplo, el parágrafo del artículo 133 del CGP: «Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece», o el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 que establece: «Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales».[36]

Con lo dicho, reitero, es una necesidad continuar con el modelo de e-justicia o de litigio virtual. Se logró lo más difícil, internalizamos nuevos hábitos, hubo todo un proceso contracultural relacionado con el anacronismo de estimar que solo se podía administrar justicia si esta era física y presencial, ahora corresponde alfabetizarnos en un uso adecuado de los canales electrónicos que implique el respeto a nuevas formas propias en el juicio virtual que preserven el debido proceso, el principio de audiencia y las garantías que lo componen, como son la inmediación, la concentración, entre otras.

[35] El concepto hace alusión a una revisión de las conclusiones a las que se llegue por medio de un proceso lógico, luego de revisar los medios cognoscitivos que se tengan en el proceso, los cuales darán indicios de circunstancias fácticas desprendidas de los mismos.

[36] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit.

3. COMUNICACIÓN EFECTIVA EN LA E-JUSTICIA

3.1 E-justicia y obsolescencia de las garantías

Antes de avanzar, conviene distinguir entre dos conceptos que, aunque pueden coincidir, no son exactamente lo mismo. Estos son la práctica de la justicia a través de medios virtuales (que, para simplificar, llamaré «justicia virtual») y la e-justicia. Lo primero, se asimila a lo que implementó el Decreto 806 de 2020 y hoy la Ley 2213 de 2022: la realización de diligencias, actuaciones, audiencias y, en general, los ritos procesales a través de medios de comunicación telemática (como Teams, Zoom o Lifesize, entre otros). La e-justicia, por su parte, es mucho más que eso.

La ejecución de diligencias a través de medios virtuales no implica, de fondo, una transformación de sus dinámicas sino, más bien, ejecutarlas por otro medio. Para ponerlo con un ejemplo, la justicia virtual –como la hemos conocido en los últimos años en Colombia– es lo que PowerPoint fue para el profesor que proyectaba diapositivas a través de filminas de acetato: una herramienta que le permitió dictar su clase de una forma más sencilla, atractiva y, sin duda, conseguir mejores resultados con un menor esfuerzo. Pero, en el fondo, se mantiene la misma dinámica de proyección pasiva de contenido que se transmite al estudiante, solo que ahora es ejecutada a través de medios (mucho) más eficientes.

La e-justicia es la promesa de transformar no solo la forma en la que se practica el proceso, sino las propias dinámicas a través de las cuales se administra la justicia. Calendarios compartidos, aprendizaje automatizado para asistir en la programación de audiencias, tecnología biométrica para la identificación de testigos sospechosos, sustanciación de algunos autos por medio de inteligencia artificial (algo similar a lo que ocurre en el campo de los *smart contracts*)... y mucho más.

Mucha de esta tecnología ya existe, y sorprendería a algunos saber que ha sido implementada desde hace varios años por varios de nuestros vecinos. En Costa Rica, por ejemplo, desde casi una década atrás, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia utilizan un sistema remoto de deliberación y votación de ponencias que les permite intervenir en simultáneo, incluir cambios en la redacción o salvamento de votos y que, automáticamente, registra las consideraciones en acta. En este mismo país, el Sistema de Agenda Única «Cronos» integra los calendarios de los funcionarios, gestiona citaciones, envía notificaciones, etcétera. En México, desde el 2008, el Sistema Biométrico de Asistencia a Procesados (SiBAP) les permite a los procesados

registrarse a través de datos biométricos para autenticar su comparecencia en audiencia.

Recientemente, en junio de 2022, el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (UNDP, por sus siglas en inglés), inauguró su laboratorio sobre los futuros de la justicia (*The Justice Futures CoLab*). Según explican, a través de este buscan

> incubar nuevas formas de pensar y actuar, […] aplicando herramientas y enfoques basados en los problemas, como el pensamiento sistémico, la comprensión del comportamiento y el análisis de la economía política para comprender mejor los problemas, probar, aprender y adaptar soluciones innovadoras de justicia.[37]

Aunque se suele pensar en Europa y Norteamérica en materia de innovación, países como Pakistán, Palestina y Brasil ya han producido avances que han captado la atención de las Naciones Unidas[38]. Por supuesto que toda innovación requiere recursos económicos, pero más que ello requiere la voluntad pública de identificar los principales retos de la justicia y atacarlos empleando un pensamiento innovador, disruptivo y, verdaderamente, transformador.

En razón de ello, la comunidad académica, litigantes y otros operadores judiciales solicitaron que lo reglado en el Decreto 806 de 2020 se convirtiera en legislación permanente. Por tanto, presentaron un proyecto de ley que garantizara la permanencia de la virtualidad en las actuaciones judiciales.

Así las cosas, el 17 de mayo de 2022, la Cámara de Representantes, con 97 votos a favor y 20 en contra, aprobó el proyecto de ley donde se estableció que, a partir del 1 de julio de 2022, la única jurisdicción que volvería a la presencialidad sería la penal[39]. Sin embargo, con gran acierto, el Senado tuvo

[37] PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. UNDP RULE OF LAW AND HUMAN RIGHTS. Exploring, innovating and acting to address the justice challenges of today and prevent injustices of tomorrow. [En línea] Disponible en: https://www.rolhr.undp.org/content/ruleoflaw/en/justicecolab.html

[38] THOMPSON, Kathy y MCCOUBREY, Sara. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. E-justice: Listen, learn, share. Publicado el 1 de junio de 2022. [En línea] Disponible en: https://www.undp.org/blog/e-justice-listen-learn-share

[39] ASUNTOS LEGALES. DEBATE: ¿Debe excluirse a la justicia penal de la virtualidad? 18 de mayo de 2022. [Consultado el 24 de mayo de 2022] Disponible en: https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/debate-debe-excluirse-la-justicia-penal-de-la-virtualidad

a bien modificar el proyecto adicionando la jurisdicción penal[40]. Ello quiere decir que el derecho penal seguirá en la virtualidad como corresponde y, por tanto, no seremos la única rama del derecho que no estará en la virtualidad.[41]

Gracias a la ley queda claro que la justicia penal seguirá en la virtualidad y que no tiene sentido volver a la presencialidad. Si a raíz del COVID-19 la justicia se modernizó y permitió la modernización de la práctica judicial, regresar a la ritualidad presencial es un claro retroceso. La justicia penal nunca debió ser la excepción, pues en todas las ramas del derecho deben aplicarse los mismos principios que en los otros procesos judiciales.[42]

Por tanto, celebro que el Senado y la Cámara de Representantes hayan conciliado y aprobado la inclusión de la justicia penal dentro de la ley que regulará la virtualidad de las diligencias. En lo que sigue, expondré algunos de los retos de ayer y hoy que se han transformado o que, directamente, han aparecido en la justicia virtual.

3.2 Concepto

Desde las primeras comunidades, hasta la aparición de las sociedades civilizadas[43], es ineludible pensar que hubo un común denominador en todos estos periodos y organizaciones: la comunicación. Independientemente de los desarrollos tecnológicos de cada periodo, el ser humano siempre buscó la forma de intercambiar información con sus similares.

Ahora bien, al estar presente la comunicación en todos los escenarios cotidianos, esta no es ajena al proceso judicial. La comunicación, en palabras de Castells, significa: «Compartir significados mediante el intercambio de información»[44]. En tal sentido, el escenario judicial en términos prácticos

[40] CORREA E., María K. Senado aprueba virtualidad en la justicia, incluyendo la penal. W Radio. 31 de mayo de 2022 [Consultado el 1 de junio de 2022] Disponible en: https://www.wradio.com.co/2022/06/01/senado-aprueba-virtualidad-en-la-justicia-incluyendo-la-penal/

[41] PAVA LUGO, Mauricio. La virtualidad en penal continua. En: Diálogos Punitivos. (10 de junio de 2022). [En línea] Disponible en: https://dialogospunitivos.com/la-virtualidad-en-penal-continua/

[42] Ibidem.

[43] Cf. ENGELS, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Fundación Federico Engels: Madrid, 2006.

[44] CASTELLS, Manuel. Comunicación y poder. Trad. María Hernández. Alianza Editorial: Madrid, 2009, p. 87.

supone una comunicación con fines de intercambio de información entre unos sujetos procesales para alcanzar un determinado objetivo. De hecho, fueron los juristas quienes evidenciaron el relieve del aspecto comunicacional del derecho[45], y resaltaron la conveniencia de dominar el lenguaje en el quehacer jurídico para lograr una mejor comunicación. Esto se tradujo en una tendencia crítica a las «formas arcaizantes e innecesariamente oscuras de la expresión del derecho»[46].

En efecto, la incursión de la lingüística en el derecho se ha manifestado en dos ámbitos desde el punto de vista comunicacional, para Hernández Galilea: normativo y reivindicativo[47].

[45] Sobre este aspecto, dentro de la filosofía del derecho se ha venido incursionando en lo que sus auspiciadores han denominado Teoría Comunicacional del Derecho. Para el maestro Gregorio Robles: «la TDC defiende que las normas no pueden ser descritas sino para decir lo que está a la vista como aspectos indiferentes para el derecho». ROBLES, Gregorio. A manera de Prólogo: Dogmática y Norma en la Teoría Comunicacional del Derecho. Contestación a Donald E. Bello Hutt. En: Teoría comunicacional del derecho, argumentación y decisión judicial. GÜETTE, David. [Compilador]. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2021. p. 9. En el mismo pensamiento para CAPPI JANINI: «la Teoría Comunicacional del Derecho, concebida como un conjunto de procesos comunicacionales que se dan en un ámbito jurídico». CAPPI JANINI, Tiago. Decisión constituyente en la teoría comunicacional del Derecho: la génesis de un ordenamiento. En: Teoría comunicacional del derecho, argumentación y decisión judicial. GÜETTE, David. [Compilador]. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2021, p. 31.

[46] TARANILLA, Raquel. La enseñanza de habilidades comunicativas para la práctica del derecho: la técnica narrativa en contextos judiciales. En: Revista de Educación y Derecho. Septiembre, 2012. N.o 6. La autora referencia el trabajo de Mellinkoff 1963.

[47] HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel. El proceso judicial como «espacio comunicativo». En: Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law, N.o 64, 2015, pp. 29-46. DOI: 10.2436/20.8030.02.114. «El normativo, hace alusión a la articulación tradicional del derecho, consistente en la mera expectativa que tienen las personas de que las normas jurídicas destinan sus efectos con la finalidad que estos, acomoden sus conductas a lo dispuesto dentro de su tenor legal. Así, se tendría como emisor a la institución encargada de crear las normas y como receptor, al Estado, jueces y ciudadanos. Por otro lado, el reivindicativo o conflictivo se presenta cuando la norma jurídica es incumplida y obtiene como consecuencia un conflicto. En este caso el emisor, demandante de la tutela judicial que pretende la materialización de la expectativa de la norma, puede ser el ciudadano, el Estado en sus distintos niveles y, en algún supuesto, dependiendo de los sistemas, un determinado número de los miembros del cuerpo legislativo. El receptor, en este caso, serían los jueces y tribunales».

Desde la incursión masiva de la tecnología en nuestra sociedad, la comunicación ha sufrido grandes transformaciones[48]. En ese mismo contexto, Castells concibe dicho proceso como una «transformación tecnológica basada en la digitalización de la comunicación» con apego a las herramientas y avances de estos campos y termina por definir a su vez la «estructura institucional y organizativa de la comunicación» que comprende la definición de emisores y receptores redefinidos en este nuevo ámbito comunicacional.[49]

En el mismo sentido de la idea anterior, Felisa Fernández ahondó en un estudio similar sobre la transformación de la comunicación por los avances de la tecnología. Allí afirmó:

> Es importante mencionar que la forma de comunicarnos y los avances tecnológicos están cambiando, en particular, en materia de informática. Nos hace suponer que mucha de nuestra comunicación se encontrará en redes como Internet llevándonos a hacer de manera más eficiente el proceso.
>
> Esto no implica que la red vaya a reemplazar los medios existentes, sino que solamente los redefinirá llevándolos a la diversificación y a buscar nuevas formas creativas de incorporarse a los avances. Sin embargo, hay elementos básicos e indispensables de la comunicación que se encuentran presentes, independientemente de la tecnología, y solamente se adaptan a ella.[50]

En este orden de ideas, los procesos comunicativos no son los mismos en este mundo tecnológico y, para nuestro interés, debe destacarse que, en muchas ocasiones, se afecta subsidiariamente la comunicación efectiva al intervenir en un proceso judicial que se desarrolle por medio de las TIC. Quizás el término «comunicación efectiva» no resulte familiar, de hecho, infortunadamente es un concepto poco usual dentro de las ciencias jurídicas (al menos con esa frase exacta). Sin embargo, la comunicación y el derecho representan un tema de sumo interés por parte de campos como la filosofía del derecho, la filosofía del lenguaje, la comunicación social, la sociología y la psicología.

[48] Me gustaría dejar abierto el debate, por lo menos de manera general, si las nuevas incursiones tecnológicas han fomentado la comunicación o, por el contrario, han entorpecido dicha actividad.

[49] CASTELLS, Manuel. Op. cit., p. 89.

[50] FERNÁNDEZ LÓPEZ, Felisa. Comunicación efectiva y trabajo en equipo. Editorial Tutor formación: La Rioja, 2016, p. 30.

En definitiva, la comunicación tiene grandes riquezas y dentro de su campo es común observar variantes y terminología que en algunas ocasiones resultan ajenas a nuestro vocabulario. La comunicación efectiva es definida «cuando un mensaje se comparte, recibe y comprende sin alterar su objetivo final. Es decir, el emisor y el receptor interpretan el mismo significado. De esta manera, se evitan dudas y confusiones, mientras que se cumplen las expectativas sobre lo que se ha transmitido».[51]

Respetando la comunicación en el litigio virtual, debemos ser cuidadosos de transmitir efectivamente y, por ende, argumentar jurídicamente para cumplir con la finalidad comunicacional del derecho: transmitir información. Lo anterior tendría más relevancia si lo concatenamos con el hecho de que las partes, sin discriminar la naturaleza del proceso en el que nos encontremos, buscan informar sus ideas para lograr el convencimiento del juzgador. Si no existe una comunicación efectiva, no se puede transmitir de manera eficiente ni eficaz al operador de justicia la información que se pretende comunicar.

Es así como, y en relación con el litigio virtual, citaré algunos ejemplos que espero no sean ajenos a la experiencia de algún otro colega.

Cuando nos encontrábamos en una justicia presencial, todos podíamos observar el comportamiento de los demás asistentes a la diligencia. Era tan sencillo como girar los ojos hacía el juez o hacia la contraparte para observar su lenguaje corporal y tener una idea sobre la recepción del mensaje que se transmitía. Si el fiscal o el juez se encontraban distraídos, los litigantes recurríamos a gestos comunicacionales para lograr captar su atención. Al observar el lenguaje corporal de las partes, el discurso prácticamente «vivía» en el entendido de que era más sencillo interactuar con palabras, frases o modificar ideas para convencer de un argumento a la contraparte o al juez.

Ahora, con la justicia celebrada por medios virtuales, no contamos con las mismas facultades y acciones a las que recurríamos en la justicia presencial, como las que describí anteriormente. Ello, porque cada participante en las audiencias no se encuentra de manera presencial, sino que ingresa a las audiencias mediante el uso de las TIC.

[51] DA SILVA, Douglas. Comunicación efectiva: qué es y cómo usarla para mejorar tus ventas. Blog de Zendesk. (3 de diciembre de 2020). [En línea] Disponible en: https://www.zendesk.com.mx/blog/comunicacion-efectiva-que es/#:~:text=La%20 comunicaci%C3%B3n%20efectiva%20se%20define,lo%20que%20se%20ha%20 transmitido.

Sin perjuicio de las ventajas de contar con una justicia digital, la comunicación efectiva es de las principales afectaciones dentro de esta nueva dinámica.

Estando presencialmente podíamos observar a todos los presentes dentro de las audiencias, lo que permitía mayoritariamente una comunicación efectiva. Actualmente, las TIC no permiten tener la misma interacción que antes teníamos en las diligencias judiciales. Entre otras razones, ello es así por problemas de conectividad con las plataformas digitales, por inconvenientes técnicos o fallas de los dispositivos de acceso o por dificultades con el flujo de energía, Sin embargo, motivados por el principio de lealtad procesal,[52] aprendimos a ser solidarios con toda esta clase de situaciones.

¿Cómo puede haber una comunicación efectiva si no se puede observar a la otra persona permanentemente con ocasión de las fallas técnicas?, ¿cómo puede haber comunicación efectiva sin poder utilizar mecanismos adecuados para asegurar la transmisión de la información?, ¿debemos reformular las formas por medio de las cuales pretendemos transmitir información por medios virtuales?

Sin buenas prácticas dentro de las audiencias virtuales[53] no hay comunicación efectiva. Sin comunicación efectiva no se puede tener una argumentación jurídica que refute, eficaz y eficientemente, la hipótesis fáctica de la contraparte, ni lleve al convencimiento del juez. Entre otras cosas, sin argumentación jurídica adecuada se vulneran los presupuestos conceptuales de la teoría del discurso[54].

Hasta aquí solo se ha tratado el tema de la comunicación efectiva relacionada con el comportamiento corporal de los participantes en las audiencias. Esta realidad lleva a preguntar: ¿hasta qué punto la justicia virtual ha permeado dentro de la filosofía de las instituciones procesales, y, en específico, qué afectaciones ha recibido la prueba judicial dentro del nuevo litigio?

[52] «El principio de lealtad procesal permite que a través de la administración de justicia el juez corrija y sancione las conductas que pueden generar violaciones de los derechos de defensa y al debido proceso de las partes vinculadas a un trámite judicial, a efectos de garantizar la igualdad procesal». COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-341-18. (24 de agosto de 2018). M.P.: Carlos Bernal Pulido. Corte Constitucional, 2018.

[53] Por buenas prácticas me refiero a, por ejemplo, el mantener encendida la cámara todo el tiempo durante la audiencia, tener una vestimenta con respeto al proceso judicial, tener buena conexión a las plataformas virtuales.

[54] Cfr. ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Trad. Jorge Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994.

3.3 Prueba virtual y apreciación probatoria

Es conocido, en todo el mundo jurídico, que en «ningún sistema judicial justo y equitativo» puede proferir una sentencia condenatoria sin el acervo probatorio debidamente practicado con las garantías procesales y constitucionales que un Estado de Derecho respetuoso con los derechos humanos ofrece.[55]

Compartiendo la postura de Taruffo, concibo a la prueba como un vehículo de convencimiento del juez sobre los hechos, esta parte de una reconstrucción histórica donde el juez es un historiador de los hechos[56]. La concepción actual que tenemos de la prueba atravesó múltiples formas de valoración para llegar a la libertad probatoria que vivimos hoy en día. En un principio, en los ordenamientos jurídicos imperaba el sistema de la íntima convicción, luego tuvimos la tarifa probatoria, para, posteriormente, situarnos en la sana crítica como expresión de la libre apreciación probatoria.

A propósito de la anterior idea, la Corte Constitucional[57] la sintetizó de la siguiente manera:

> De acuerdo con la doctrina jurídica procesal, en materia de apreciación de las pruebas, es decir, de la actividad intelectual del juzgador para determinar su valor de convicción sobre la certeza, o ausencia de esta, de las afirmaciones de las partes en el proceso, existen tres (3) sistemas, que son:
>
> i) El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos.
>
> ii) El sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él. […].

[55] DE AGUILAR GUALDA, Salud. La prueba digital en el proceso judicial: ámbito civil y penal. Barcelona: Bosch editor, 2019, p. 13.

[56] TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

[57] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-202 de 2005. (8, marzo, 2005). M.P.: Jaime Araujo Rentería. 2005.

iii) El sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Fácilmente podríamos encontrar muchas nociones alrededor de la prueba judicial y su finalidad respecto del proceso[58]. En lo personal, comparto el pensamiento del profesor Devis Echandía:

> [O]btener el convencimiento del juzgador sobre la existencia o inexistencia y las características de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, las pruebas son actos jurídicos procesales, porque en ellas interviene la voluntad humana. Si se considera la prueba, como también es frecuente hacerlo (cfr., núm. siguiente), desde el punto de vista del resultado que con ella se persigue, es decir, del convencimiento del juez sobre los hechos del caso, lo que implica una actividad síquica de éste, aparece igualmente claro su carácter de acto jurídico procesal.[59]

El artículo 176[60] del CGP dispone que «el juez debe apreciar las pruebas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, exponiendo siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada una». Podemos decir que la valoración de la prueba realizada por el juez es expresada a través de una sentencia o en el auto que le define una actuación determinada. Conforme a

[58] Al respecto, FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba y Verdad en el Derecho. Segunda edición. Madrid- Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 11.: «es obvio que en cada uno de los ordenamientos jurídicos y, en su interior en cada una de las jurisdicciones, podrán regir reglas sobre la prueba distintas, regulaciones diversas sobre la admisión o la valoración de la prueba, etc. Pero ello no supone necesariamente que la noción de prueba o la de hecho probado quede sustancialmente alterada o deba ser construida ad hoc para cada uno de esos ámbitos».

[59] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo 1. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 1972, p. 19.

[60] «Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba». Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-202-05. M.P.: Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, Bogotá, 2005. Nos ilustra diciendo que la sana critica es un concepto intermedio entre la prueba legal y la libre convicción, «sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última» y la tilda «de ser una feliz fórmula» de «regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba».

lo anterior, la valoración es el análisis que el juez realiza sobre la convicción de la prueba[61].

Diversos sectores de la doctrina han considerado si la valoración probatoria,[62] que en principio fue diseñada para realizarse de manera presencial, pueda seguir con la misma filosofía de la prueba en un escenario virtual conforme a las reglas del debido proceso. Por esta razón, si a través de los medios digitales se practica de manera incorrecta la valoración de cada prueba, tendríamos como consecuencia afectaciones tanto para el proceso como para las partes, sin distingo alguno.

De acuerdo con todo lo anterior, considero que la valoración de las pruebas y la relevancia que tiene efectuarlas de forma idónea por los distintos escenarios, solo se puede lograr mediante la comunicación efectiva. No obstante, el panorama es desolador. Si para presentar alegatos frente a una pantalla donde todos los «presentes» tienen la cámara apagada tenemos la incertidumbre alrededor de que siquiera alguien en la «audiencia» nos está escuchando, dimensionemos cómo se menoscaban nuestras instituciones procesales bajo el mismo escenario, pero con la diferencia de que lo que se pretende es «valorar una prueba».

No creo que pueda existir la inmediación[63] propia de la comunicación efectiva cuando no se sabe si el interlocutor, juez o parte están reaccionando al mensaje que se pretende transmitir. Consciente de ello, conviene examinar

[61] NISIMBLAT, Nattan. Derecho Probatorio, Introducción a los medios de prueba en el Código General del Proceso: principios y medios de prueba en particular. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley LTDA., 2013, p. 165.

[62] NIEVA FENOLl, Jordi. La Valoración de la prueba. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2010. p. 10. Al respecto, argumenta: «La valoración de la prueba es una actividad jurisdiccional muy relevante y extraordinariamente compleja, que puede ser muy fácilmente víctima de la superficialidad de una labor judicial mal llevada a cabo. No se trata de la actividad esencial del proceso, puesto que en no pocos casos la discusión entre las partes es simplemente sobre la interpretación del Derecho, no suscitándose cuestión probatoria alguna, sobre todo en el ámbito civil. La referida actividad esencial es, en realidad, el juicio jurisdiccional en su conjunto, y en el mismo la valoración de la prueba no es más que un episodio importante, pero que no siempre aparece».

[63] Acerca de la inmediación: «Si percepción es el proceso de llegar a conocer determinado objeto, es decir, que la percepción está regida por la atención, la inmediación supone la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio». PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Decimosexta edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2007, p. 72.

las reglas concretas en cuanto a la práctica probatoria virtual, en aras de salvaguardar el debido proceso judicial.

Me parece relevante indicar que mi preocupación se direcciona a la práctica de algunos medios de prueba por medios virtuales, toda vez que dentro de su práctica y, consecuentemente, de su valoración, pueden presentarse situaciones que afecten estas instituciones procesales, lo que nos motiva desde la academia a buscar nuevas formas procesales para salvaguardar la filosofía del proceso judicial.

En este orden de ideas, me gustaría precisar mi apoyo a la incursión de las pruebas digitales o electrónicas en los procesos, entendidas estas como «toda información de valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitida por dicho medio».[64]

En tal sentido, el auge que ha tenido la tecnología en el mundo globalizado ha permeado hasta el campo del derecho probatorio[65] y mal haríamos en oponernos a usar elementos digitales o electrónicos como medios de pruebas. Por el contrario, nuestro deber es utilizar la tecnología como herramienta para acercarnos a la verdad con respeto a las condiciones de aceptabilidad procesal.[66] De hecho, la Corte Constitucional ha tenido acercamientos con la temática, como por ejemplo cuando se refirió a los pantallazos de WhatsApp como medios de prueba.[67]

La práctica virtual de una prueba a través de medios virtuales donde se presenten inconvenientes de conectividad, más allá de ser un problema de «logística de conexión» como es el común argumento utilizado en estos casos, ataca la filosofía de la prueba judicial. Esta consiste en respetar las instituciones jurídico-procesales y, con ellas, la sana crítica al valorar libremente las pruebas.

3.3.1 Prueba documental

Pensemos en el escenario donde una de las partes pretenda aportar un documento al proceso judicial y a dicho documento le falte una de sus

[64] DE AGUILAR GUALDA, Salud. Op. cit., p. 111.

[65] Cfr. NISIMBLAT, Nattan. El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil colombiano. En: *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. Revista No. 4, junio de 2010.

[66] TARUFFO, Michele. Op. cit.

[67] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-043. (10 de febrero de 2020). M.P.: José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá. Corte Constitucional, 2020.

páginas, o se encuentre sin firma o sin fecha, ¿sería posible incorporarlo al proceso?, ¿tendría validez jurídica su presentación? Sin citar extensa doctrina y jurisprudencia sobre el tema, la respuesta es muy clara: no podríamos utilizar un documento en un escenario judicial si resulta notoria la alteración en su contenido. En caso de así proceder, tendríamos como resultado la exclusión, por el hecho de que sería un insumo que no cumple con las reglas de apreciación probatoria.

Valga aclarar que, otra situación es la que se presenta si nos encontramos ante la existencia de documentos voluminosos. Dado que, al respecto ya ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en caso de existir documentos complejos o de gran tamaño, o que contengan información de ningún interés para el proceso penal, es posible la incorporación de resúmenes o esquemas, siempre que «los originales sean puestos a disposición de las otras partes para que sean examinados o copiados en tiempo y lugar prudenciales».[68]

Pero hablando de documentos auténticos, también es cierto que, en esta nueva era de la justicia, ya no volvimos a ver documentos originales. De hecho, anteriormente, ante el estrado judicial, teníamos «una evidencia». Los abogados cumplíamos con la regla de que los documentos debían presentarse en original para que pudieran ser incorporados como prueba dentro de un proceso o, en su defecto, exhibíamos copias auténticas, cuando lo primero no fuese posible.

Sin embargo, actualmente estos medios de prueba –sin que exista modificación legislativa alguna– pueden ser presentados en distintos formatos (PDF, Excel). Hoy los documentos con que los fiscales pretenden que se condene a una persona, ya no son únicos. Aún así, este tipo de documentos han sido aceptados por nuestros operadores de justicia, sin tener la mínima certeza de declaración de verdad que constituye su contenido, como lo indica la ley.

Entonces, me pregunto: ¿dónde quedó el criterio general para la exhibición de documentos de cara al juicio oral?, ¿o la bien llamada la regla de la mejor evidencia para asegurar el contenido de estos? Aunque, sobre esta última cláusula, el estatuto procesal establece que no es absoluta, sino que exceptúa, entre otros, a los documentos públicos. Dado que de la misma ley se presume su autenticidad y, por tanto, no será requisito su presentación en original.

[68] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto interlocutorio. Única Instancia 36784. Bernardo Moreno Villegas y María del Pilar Hurtado. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

No obstante, ¿qué sucede cuando la Fiscalía, en sede de un juicio virtual, pretende dar apariencia de documento público a un documento privado? En dos ocasiones he sido testigo de que, el ente acusador, ante la imposibilidad del investigador —que recolectó o recibió el elemento material probatorio— de conectarse virtualmente, intenta extender la autenticidad de los documentos públicos a escritos suscritos por particulares. Lo anterior, bajo argumentos como el hecho de encontrarse dentro de un expediente judicial, hoy dentro de un expediente digital o digitalizado (cuestiones que son diferentes).

En tales casos, ¿se ha eximido a la FGN de acatar las exigencias mínimas para la incorporación de documentos?, quizás parece que estoy exagerando y, en sede de la virtualidad, aparentemente los documentos han empezado a ser apreciados por los operadores judiciales bajo una misma naturaleza, del todo legítima.

Y no se trata de la amplia discusión sobre prueba digital, la ley y la jurisprudencia han avanzado bastante en la medición de la fuerza probatoria, por ejemplo, de los mensajes de datos[69]. Sin perjuicio de la revisión de doctrina, en cuanto a los requisitos que debe reunir la prueba digital para su incorporación y/o apreciación en el proceso penal, no me refiero en estas reflexiones a la prueba digital, sino a la prueba física digitalizada[70].

3.3.2 Prueba testimonial

Como lo mencionamos en anteriores acápites, el Consejo Superior de la Judicatura ha expedido diferentes acuerdos con el fin de fijar las normas para el desarrollo de las audiencias virtuales. No obstante, faltan muchos asuntos

[69] COLOMBIA.CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 527 de 1999 (18, agosto, 1999). «Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones». Diario Oficial No. 43.673, del 21 de agosto de 1999.

[70] NISIMBLAT, Nattan. El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil colombiano. Op. cit. «(i) Confiabilidad: se configura con la forma como se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, como se hubiere conservado la integridad de la información y como se identifique a su iniciador;

(ii) Inalterabilidad: se refiere a que el documento debe permanecer íntegro, inmaculable, demanda que este sea generado por primera vez en su forma definitiva y no sea modificado;

(iii) Rastreabilidad: consiste en la posibilidad de acudir a la fuente original de creación o almacenamiento del mismo con miras a verificar su originalidad y su autenticidad;

(iv) Recuperabilidad: que permanezca accesible para ulteriores consultas;».

que no se han reglado. Lo anterior ha motivado a ciertos despachos a elaborar un protocolo para las diligencias que lleven[71]. A pesar de que esta práctica trae enormes beneficios, al no estar regulada por la ley, o al menos por el Consejo Superior, podemos encontrar tantos protocolos diferentes como jueces.

El Código General del proceso establece las inhabilidades de testigos cuando no se encuentren bajo alteraciones mentales que alteren su capacidad[72], define la procedencia de la tacha de testigos[73] y reglamenta las formalidades del interrogatorio y su práctica[74].

De esta forma, no solo las audiencias, sino también los testimonios, podían hacerse —excepcionalmente— de manera virtual. Empero, al igual que el decreto derogado, no fijaba las reglas al detalle para un eficaz desarrollo de las audiencias. Esto ha traído ciertos vacíos que deberán suplirse, ya que todo apunta a que la virtualidad se mantendrá en todas las áreas del derecho. La justicia virtual es una afortunada realidad. Por tanto, deben fijarse ciertos parámetros probatorios en donde su incumplimiento acarrearía una nulidad.

En materia de testimonios, son innumerables las dudas que surgen sobre su práctica en la virtualidad. Quienes litigamos nos hemos encontrado cada vez con más escenarios en donde no es claro qué debemos hacer o cómo debemos proceder. Por ejemplo, ¿qué pasa cuando los testigos no están ubicados en recintos diferentes y escuchan otra declaración?, ¿es obligatorio para los testigos tener en todo momento la cámara encendida?, ¿cómo corroborar que el testigo no tenga nada en frente y no esté leyendo? o ¿cómo proceder cuando el testigo presenta fallas técnicas o de internet?, ¿el testigo puede concurrir físicamente al lugar en donde se encuentre el litigante y que, desde allí, ambos, en una misma sala y con una misma conexión, transmitan?

Ampliemos los interrogantes, ¿es una irregularidad hasta el punto de afectar la validez de un testimonio si se ha perdido conectividad en su práctica? Dicho de otra forma, un testimonio que sea llevado a cabo con dificultades de conexión afectaría la comunicación efectiva, sin duda. ¿Qué se requiere

[71] Una muestra de ello en: COLOMBIA. Rama judicial. Juzgado sexto municipal laboral de pequeñas causas de Bogotá. Disponible en: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/35535204/0/PROTOCOLO+AUDIENCIAS+VIRTUALES.pdf/66a8f491-3a65-474a-9314-a1e67295789d

[72] COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. D.O. 48.489, julio 12 de 2012 «Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones». Artículo 210.

[73] Ibid. Artículo 211.

[74] Ibid. Artículo 220 y ss.

para que, al afectarse las formas propias del juicio virtual, deba disponerse la nulidad?

Mencionemos algunos de estos aspectos. La ubicación de los testigos: el CGP es claro en que los testigos no pueden escuchar las declaraciones que le precedan[75]. Con un par de excepciones, en materia penal es igual. ¿Qué hacer para mantener esta prohibición a través de plataformas digitales? Si el testigo ha escuchado lo manifestado por otro testigo, ¿la parte podrá solicitar la nulidad del testimonio por llevarse a cabo por fuera de las formas procesales? ¿O es un asunto que se tendrá en cuenta en la valoración del testimonio? En todo caso, la parte, de enterarse, podrá solicitar que se cambie de lugar o, llegado el caso, se repita. Esta postura ha sido respaldada por algunos despachos que exigen que los testigos se ubiquen en recintos diferentes, de lo contrario, la contraparte se encuentra facultada para exigir que se cambie de sitio.[76] Eventualmente, tendremos que revisar si para potenciar las formas propias del juicio virtual será necesario que las nulidades de nuevo cumplan, con centralidad, un papel disciplinante.

Por otra parte, la exigencia de mantener la cámara encendida –a mi parecer– no debe ser una simple cortesía o una exigencia solo para el testigo, debe ser una forma propia, forzosa, del juicio virtual, cuando menos para el juez y para el testigo. Frente al testigo, es claro que a través de la cámara se puede evidenciar si se encuentra en el mismo lugar que otro testigo, si está leyendo o si alguien está ayudándolo en su declaración. Así mismo, para el juez es la manera de garantizar la inmediación.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La utilización de medios tecnológicos en la justicia, como la realización de audiencias a través de videollamadas o la digitalización de documentos, no son sinónimos de justicia virtual. Actualmente nos encontramos con la misma justicia prepandémica, pero impartida a través de medios digitales. Para avanzar realmente en juicios virtuales es necesario construir sus formas propias, que vigoricen la comunicación efectiva, vehículo que permite que las garantías de oralidad e inmediación hagan reales el principio del proceso debido y su expresión del derecho de audiencia.

[75] COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Op. cit. Art. 220.

[76] COLOMBIA. Rama judicial. Juzgado sexto municipal laboral de pequeñas causas de Bogotá. Op. cit.

Considero de suma importancia el nacimiento de nuevas formas procesales virtuales que aseguren el cumplimiento de los principios de Bangalore sobre la conducta judicial[77] que garanticen unos limites éticos de la justicia en el contexto virtual[78].

Para ello es primordial la expedición, por parte del Consejo Superior de la Judicatura, de un acuerdo sobre el protocolo de las audiencias virtuales –vinculante para todas las jurisdicciones– que permita establecer normas claras para todos los sujetos (procesales e intervinientes) de las mismas.

Por lo anterior, aspectos como el traslado general de responsabilidad para el administrador del canal electrónico que presta el servicio judicial, el hábito de participación del usuario, la fiabilidad y accesibilidad, la estabilidad en la conectividad, la obligación para el juez de mantener su cámara encendida, la prohibición de adelantar juicios simultáneos y el conectarse desde un dispositivo adecuado constituirán algunas de las nuevas y propias formas del juicio virtual cuyo desconocimiento podrá invalidar la actuación cuando no sea posible sanearlas o no hubieren sido convalidadas.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Trad. Jorge Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994.

ASUNTOS LEGALES. DEBATE: ¿Debe excluirse a la justicia penal de la virtualidad? 18 de mayo de 2022. [Consultado el 24 de mayo de 2022] Disponible en: https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/debate-debe-excluirse-la-justicia-penal-de-la-virtualidad

ASUNTOS LEGALES. Pasa a sanción presidencial proyecto de ley que vuelve permanente la justicia virtual [sitio web]. [Consultado el 6 de junio de 2022]. Disponible en: https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/pasa-a-sancion-presidencial-proyecto-de-ley-que-vuelve-permanente-la-justicia-virtual-3379724

BECERRA, Jairo, *et al*. El derecho y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) Universidad Católica de Colombia. Bogotá. 2015.

[77] UNODC. Comentario relativo a los principios de Bangalore sobre la conducta judicial. Viena: Naciones Unidas, 2013, pp. 171.

[78] VÁZQUEZ, Marcelo. La función judicial y los límites éticos de una justicia virtual. En UNODC. Recuperado de: https://www.unodc.org/dohadeclaration/es/news/2021/10/the-judicial-profession-and-the-ethical-limits-of-a-virtual-justice-system.html.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal I. Fundamentos constitucionales y teoría general. 6ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.

BINDER, Alberto. Derecho Procesal Penal. Tomo III, Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades. AD HOC: Argentina, 2017.

CAPPI JANINI, Tiago. Decisión constituyente en la teoría comunicacional del Derecho: la génesis de un ordenamiento. En: Teoría comunicacional del derecho, argumentación y decisión judicial. GÜETTE, David. [Compilador]. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2021.

CASTELLS, Manuel. Comunicación y poder. Trad. María Hernández. Alianza Editorial: Madrid, 2009.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (1 de septiembre de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial. Septiembre, 2004. N.º 45.658.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012. (12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Congreso de la República, 2012. Diario Oficial N.º 48.489.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2213 de 2022. (13 de junio de 2022). Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Congreso de la República, 2022.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 de 1996. (7 de marzo de 1996). Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario oficial. Marzo, 1996. N.º 42.745.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 527 de 1999 (18 de agosto de 1999) Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N.º 43.673, de 21 de agosto de 1999.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 94 de 1938 (Junio 13). Código de Procedimiento Penal.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-202 de 2005. (8 de marzo de 2005). M.P.: Jaime Araujo Rentería. 2005.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-202-05. M.P.: Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, Bogotá, 2005.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-429-20. (30 de septiembre de 2020). M.P.: Cristina Pardo Schlesinger. 2020.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-830/02. (8 de octubre de 2002) M.P.: Jaime Araujo Rentería. 2002.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-043. (10 de febrero de 2020). M.P.: José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá. Corte Constitucional, 2020.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-125-10. (23 de febrero de 2010). M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional, Bogotá, 2010.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-341-18. (24 de agosto de 2018). M.P.: Carlos Bernal Pulido. Corte Constitucional, 2018.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-608-19. (12 de diciembre de 2019). M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. 2019.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto interlocutorio. Única Instancia 36784. Bernardo Moreno Villegas y María del Pilar Hurtado. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP880-2017. (30 de enero de 2017). M.P.: Eugenio Fernández Carlier. 2017.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de tutela N.º 38.242 (28 de mayo de 2014).

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Decreto 806 de 2020. (4 de junio de 2020). Bogotá: Ministerio de Justicia, 2020.

COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Boletín de prensa N.º 050 de 2020. [En línea]. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-su-primer-caso-de-COVID-19.aspx#:~:text=%E2%80%8B%2DLa%20paciente%20acudi%C3%B3%20a,6%20de%20marzo%20de%202020.

COLOMBIA. Rama judicial. Juzgado sexto municipal laboral de pequeñas causas de Bogotá. Disponible en: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/35535204/0/PROTOCOLO+AUDIENCIAS+VIRTUALES.pdf/66a8f491-3a65-474a-9314-a1e67295789d

CORREA E., María K. Senado aprueba virtualidad en la justicia, incluyendo la penal. W Radio. 31 de mayo de 2022 [Consultado el 1 de junio de 2022] Disponible en: https://www.wradio.com.co/2022/06/01/senado-aprueba-virtualidad-en-la-justicia-incluyendo-la-penal/

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Valle Jaramillo y otros vs Colombia. Fallo del 27 de noviembre de 2008.

DA SILVA, Douglas. Comunicación efectiva: qué es y cómo usarla para mejorar tus ventas. Blog de Zendesk. (3, diciembre, 2020). [En línea] Disponible en: https://www.zendesk.com.mx/blog/comunicacion-efectiva-que es/#:~:text=La%20comunicaci%C3%B3n%20efectiva%20se%20define,lo%20que%20se%20ha%20transmitido

DARWIN, Charles. El origen de las especies por medio de la selección natural. Tomo 1. Trad. por Antonio de Zulueta. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999.

DE AGUILAR GUALDA, Salud. La prueba digital en el proceso judicial: ámbito civil y penal. Barcelona: Bosch editor, 2019.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo 1. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 1972.

ENGELS, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Fundación Federico Engels: Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Felisa. Comunicación efectiva y trabajo en equipo. Editorial Tutor formación: La Rioja, 2016.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba y Verdad en el Derecho. Segunda edición. Madrid- Barcelona: Marcial Pons, 2005.

HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel. El proceso judicial como «espacio comunicativo». En: Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law, núm. 64, 2015, p. 29-46. DOI: 10.2436/20.8030.02.114.

LEGIS. La justicia digital en Colombia [sitio web]. Legis. [Consultado el 7 de junio de 2022] https://blog.legis.com.co/juridico/la-justicia-digital-en-colombia

MORA CERÓN, Carlosmario. Corte Suprema de Justicia reitera la necesidad de implementar la justicia digital. En: Diálogos Punitivos. Disponible en: https://dialogospunitivos.com/corte-suprema-de-justicia-reitera-la-necesidad-de-implementar-la-justicia-digital/

NIEVA FENOLl, Jordi. La Valoración de la prueba. Madrid- Barcelona: Marcial Pons, 2010.

NISIMBLAT, Nattan. Derecho Probatorio, Introducción a los medios de prueba en el Código General del Proceso: principios y medios de prueba en particular. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley LTDA., 2013.

NISIMBLAT, Nattan. El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil colombiano. En: Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. Revista N.º 4, junio de 2010.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Pacto de San José de Costra Rica.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Decimosexta edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA, 2007.

PAVA LUGO, Mauricio. La virtualidad en penal continua. En: Diálogos Punitivos. (10, junio, 2022). [En línea] Disponible en: https://dialogospunitivos.com/la-virtualidad-en-penal-continua/

PAVA LUGO, Mauricio. Reactivación de la justicia, un paso digital que no da espera. En: Diálogos Punitivos. Disponible en: https://dialogospunitivos.com/reactivacion-de-la-justicia-un-paso-digital-que-no-da-espera/

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. UNDP RULE OF LAW AND HUMAN RIGHTS. Exploring, innovating and acting to address the justice challenges of today and prevent injustices of tomorrow. [En línea] Disponible en: https://www.rolhr.undp.org/content/ruleoflaw/en/justicecolab.html

RAMÍREZ CONTRERAS, Luis. Evidencia y prueba. La construcción de las inferencias. 1ª ed. Legis. Bogotá. 2019.

ROBLES, Gregorio. A manera de Prólogo: Dogmática y Norma en la Teoría Comunicacional del Derecho. Contestación a Donald E. Bello Hutt. En: Teoría comunicacional del derecho, argumentación y decisión judicial. GÜETTE, David. [Compilador]. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2021.

RODRÍGUEZ ZÁRATE, Alejandro. *Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional. En:* 63 Vniversitas, N.° 128, 285-314. https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ128.aerb

SARAY BOTERO, Nelson. Procedimiento Penal Acusatorio. Segunda Edición. Leyer editores: Bogotá, 2017.

TARANILLA, Raquel. La enseñanza de habilidades comunicativas para la práctica del derecho: la técnica narrativa en contextos judiciales. En: Revista de Educación y Derecho. Septiembre, 2012. N.º 6. La autora referencia el trabajo de Mellinkoff 1963.

TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

THOMPSON, Kathy y MCCOUBREY, Sara. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. E-justice: Listen, learn, share. Publicado el 1 de junio de 2022. [En línea] Disponible en: https://www.undp.org/blog/e-justice-listen-learn-share

UNODC. Comentario relativo a los principios de Bangalore sobre la conducta judicial. Viena: Naciones Unidas, 2013.

VÁZQUEZ, Marcelo. La función judicial y los límites éticos de una justicia virtual. En UNODC. Recuperado de: https://www.unodc.org/dohadeclaration/es/news/2021/10/the-judicial-profession-and-the-ethical-limits-of-a-virtual-justice-system.html

BIG DATA EN LA JUSTICIA
Panorama en Colombia y posibilidades en su uso*

*Diego Fernando Rojas Vásquez***

INTRODUCCIÓN

El avance de las nuevas tecnologías de la información es cada vez más abrasador y no parece haber campo que se resista. Los abogados han observado los avances tecnológicos con cierta distancia y negación, lo que ha llevado a que diversas innovaciones tecnológicas no tengan gran repercusión a nivel legal o judicial. Sin embargo, el *Big Data Analytics* se perfila como un avance que transformará la justicia. Esta tecnología tendrá un radical impacto en la administración de justicia en los próximos años.

En Colombia, el análisis de datos se ha plasmado en diversos documentos de política pública, no solo en el nivel de la rama ejecutiva, sino también en la administración de justicia, en reconocimiento, de su importancia en las transformaciones venideras.

Para hacer uso de herramientas de analítica de datos, la caracterización de los datos disponibles sobre la administración de justicia implica conocer sus dimensiones y los retos que requiere garantizar información completa y fiable que permita aprovechar el *Big Data Analytics* en la solución de problemas que aquejan a la prestación del servicio de justicia.

* Un especial agradecimiento a los colegas Nicolás Salamanca Giral, Laura Feijoo Urrea y Laura Huertas Montero quienes remitieron sus comentarios para esta ponencia. Los aciertos en gran medida son de ellos, los yerros naturalmente son del autor.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho contractual y relaciones jurídico-negociales de la misma Universidad. Coordinador y profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Abogado asociado en Moreno Servicios Legales.

Las posibilidades de uso y mejora de la administración de justicia resultan ilimitadas. Pese a que muchas presentan riesgos, los potenciales beneficios requieren que se analicen en detalle las diversas experiencias y se continúen los procesos de implementación de las herramientas de uso masivo de datos en Colombia.

1. *BIG DATA ANALYTICS* Y SU POTENCIAL USO EN TODOS LOS CAMPOS

Una primera pregunta es determinar a qué nos referimos con *Big Data Analytics* o la analítica del *Big Data*. El Big Data se refiere a cantidades gigantescas de datos que no pueden ser analizadas o procesadas por softwares o sistemas informáticos tradicionales. Sin embargo, los linderos de la magnitud requerida para determinar cuando estamos frente al Big Data no resultan completamente claros.[1]

Son características propias del Big Data, además de su volumen, la velocidad con la que se producen los datos. En general, se trata de información que se produce en tiempo real y en cantidad ingentes que impiden su procesamiento de manera tradicional. De igual forma, lo caracteriza la variedad de los datos que pueden conformarlo: la información del Big Data puede corresponder a datos de diversos tipos como, por ejemplo, datos estructurados, semiestructurados o datos no estructurados.[2] Adicionalmente, otro elemento distintivo del Big Data es el hecho de que la información adquiere un valor económico o utilidad, dado que, a partir de su explotación y clasificación, esta puede

[1] Sobre este punto, aunque la doctrina no parece identificar el tamaño requerido para establecer cuando se está ante el fenómeno del Big Data, algunos abogan por considerar que se está ante información de este tipo, cuando se trata de datos de al menos Pentabytes o Exabytes, lo cual puede ser asimilable a cantidad de información superior a toda la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos impresa. En definitiva, se trata de conjuntos de datos de tal magnitud que su manejo, naturalmente desborda la capacidad de los sistemas tradicionales de captura y procesamiento de información. MONLEÓN, Toni. VEGAS, Esteban y REVERTER, Ferran. BIG DATA Hacia la Cuarta Revolución Industrial. 2017. Universitat de Barcelona. 1 ed. ISBN 978-84-9168-013-0

[2] Aunque parecieran definiciones complejas, simplemente se quiere decir, que las bases de datos se pueden estructurar a partir de datos propios de bases de datos, como, por ejemplo, las filas en una hoja de cálculo, pero también pueden corresponder a datos que carezcan de una estructura predefinida, como, por ejemplo, un documento o un correo. Naturalmente, en este último caso, estos datos tienen mayores retos para su recopilación, almacenamiento y análisis, sin embargo, su importancia y generación masiva exige nuevas formas de analizar tal información.

adquirir diversos usos y finalidades[3]. Recientemente, la Unión Internacional de Telecomunicaciones definió el Big Data de la siguiente manera:

> *Big Data es un paradigma para hacer posible la recopilación, el almacenamiento, la gestión, el análisis y la visualización, potencialmente en condiciones de tiempo real, de grandes conjuntos de datos con características heterogéneas.*[4]

Ahora, el Big Data Analytics refiere al conjunto de herramientas matemáticas e informáticas que permiten recoger, almacenar, procesar y analizar de diversas formas las colosales cantidades de información que conforman el Big Data[5]. En este sentido, la utilidad del Big Data no solo refiere a la existencia de descomunales cantidades de datos, sino que el Big Data Analytics logra descubrir información, correlaciones, patrones o preferencias, que no resulta posible obtener a partir de análisis tradicionales. Estas herramientas hacen uso de Inteligencia Artificial (IA) de diversos modos, lo que permite el aprovechamiento de los datos de manera más efectiva.

Con regularidad estos datos se analizan mediante técnicas de Machine Learning, definido como *"una disciplina proveniente de las ciencias y la ingeniería que se ocupa de la construcción y el estudio de los algoritmos, que pueden aprender a partir de datos."*[6] En estos casos, el sistema logra descubrir relaciones o patrones, que le permiten interpretar, apoyar o lograr decisiones. Tales técnicas permiten implementar mejoras en la toma de decisiones de organizaciones, gobiernos y empresas.

El Big Data ha adquirido diversos usos y la información es explotada con mayores utilidades en múltiples planos y niveles. Por ejemplo, el análisis de datos en el campo de la salud permite tomar decisiones en tiempo real de la efectividad de diversos tratamientos y medicamentos, reduciendo los tiempos y costes de estudios. Otras de las funcionalidades se enfocan a personalizar la experiencia de los usuarios a partir de la categorización y predicción del

[3] PÉREZ MARQUEZ, María. Big Data. Técnicas, herramientas y aplicaciones. 2015. México D.F. 1 ed. Alfaomega, Grupo Editor. ISBN: 978-607-622-450-2

[4] Recomendación UIT-T Y.3600 "Grandes volúmenes de datos – requisitos y capacidades basados en la computación en la nube". Unión Internacional de Telecomunicaciones. 06 de noviembre de 2015. Disponible en: https://www.itu.int/itu-t/recommendations/rec.aspx?rec=12584

[5] Big Data Analytics; Techtarget. https://www.techtarget.com/searchbusinessanalytics/definition/big-data-analytics [Consultado el 5 de mayo de 2022]

[6] PÉREZ MARQUEZ, María. Big Data. Técnicas, herramientas y aplicaciones. 2015. México D.F. 1 ed. Alfaomega, Grupo Editor. ISBN: 978-607-622-450

comportamiento humano. Por ejemplo, las grandes empresas de comercio predicen el comportamiento de sus clientes identificando productos de interés, a partir de la información que tienen sobre ellos.

En el ámbito legal, las utilidades son sorprendentes. En materia de acceso a la administración de justicia, mediante Chatboxes que otorgan orientación jurídica[7]. Sin embargo, en el presente texto nos concentraremos, en el desarrollo del Big Data en Colombia, particularmente en la administración de justicia y algunos de los usos que tiene el Big Data Analytics en la mejora de esta, tanto en funciones jurisdiccionales, como en aquellas relativas a su funcionamiento y estructura.

2. EL BIG DATA EN EL ESTADO COLOMBIANO

Desde una perspectiva normativa y de iniciativa política, el Estado Colombiano presenta diversas iniciativas que pretenden que el *Big Data Analytics* se torne en una herramienta fundamental para las instituciones públicas. De esta forma, se pretende que, mediante la utilización de diversos datos masivos y públicos, se logren mejoras significativas en la prestación de los servicios a cargo del Estado, incluyendo la administración de justicia.

Así, la Ley Estatutaria de Transparencia y Acceso a la Información Pública Nacional, el documento CONPES 3920, la iniciativa Datos Abiertos, la Guía para el uso y aprovechamiento de Datos Abiertos en Colombia, el Plan de Justicia Digital, entre otros, dan muestra de que el país ha considerado que el uso de la analítica de datos puede tener un impacto decisivo en garantizar el cumplimiento de las finalidades institucionales. Estas iniciativas, lejos de estar insularmente concebidas, presentan una serie de interrelaciones y complementaciones que vale la pena resaltar. Este apartado, tal como puede advertirlo el lector, pretende efectuar una breve descripción de algunas de estas, así como de su interrelación.

2.1 Ley Estatutaria de Transparencia y Acceso a la Información Pública Nacional

La Ley 1712 de 2014 tiene por objeto regular el derecho de acceso a la información pública y los procedimientos para el ejercicio de dicho derecho, así como las excepciones a la publicidad de información. Más allá de la primera

[7] VERHAERT, Paola y WALKER, TOM. Technology for Legal Empowerment: A Global Review. The Engine Room. 2019

impresión que puede dar dicha normativa, esto es, de constituir una reiteración o duplicidad normativa de la Ley Estatutaria del Derecho de Petición, la Ley 1712 de 2014 supone avances normativos en el empleo de Big Data por parte el Estado Colombiano.

Una primera disposición a resaltar es el ámbito de aplicación. Este, conforme al artículo 5 de dicha ley, resulta omnicomprensivo del Estado Colombiano, por cuanto establece como sujetos obligados a todas las ramas del poder público, siendo enfático en incluir a las altas cortes, entre otros actores.

Un segundo aspecto relevante es la "*disponibilidad de la información*". Conforme al artículo 7 de la Ley 1712 de 2014, la información debe estar a disposición del público a través de medios electrónicos y, sobre todo, debe ser accesible a través de internet.

En tercer lugar, esta ley crea los registros activos de información. Estos corresponden a la obligación de crear y mantener actualizados los listados de categorías de información publicada, los registros publicados y los registros disponibles al público. Estos deben contar con los estándares uniformes que define el Ministerio Público y el Archivo General de la Nación.

Una cuarta novedad de la legislación es la creación de sistemas de información electrónica. En desarrollo de estos, el artículo 17 de la mencionada ley, refiere que los sujetos obligados deben asegurar que los distintos procedimientos se alinean con el Programa de Gestión Documental de la entidad, que se gestionen los sistemas de información de modo que contengan lo mismo que los sistemas administrativos, que la información de interés público sea accesible en lenguaje claro y, que los sistemas de información se encuentran alineados con la estrategia de gobierno en línea. Esto último resulta de suma importancia a efectos de la implementación de iniciativas de Big Data en el Estado Colombiano, puesto que la existencia de datos ilegibles reviste un problema mayúsculo para su aprovechamiento.

Así, la Ley Estatutaria de Transparencia y Acceso a la Información Pública Nacional sentó las bases normativas para que el Estado Colombiano de lugar a la aplicación del Big Data. Esto, al exigir la disponibilidad masiva y digital de la información y al establecer lineamientos homogéneos de presentación de la información en la estrategia de gobierno en línea.

2.2 Documento CONPES 3920 del 17 de abril de 2018

Más allá de su escaso valor normativo, el documento CONPES 3920 propende por institucionalizar la creación de una política pública de Big Data en el

Estado. Así, buscó aprovechar los datos como un activo con la aptitud de generar valor social y económico para dar respuestas a las necesidades de la sociedad. Para lo cual, estableció lineamientos tendientes a superar las barreras que truncan la implementación del Big Data en el Estado Colombiano.

En ese sentido, el CONPES 3920 parte de un diagnóstico de la institucionalidad nacional. Así, se refiere a: (i) los bajos niveles de digitalización de los datos públicos: (ii) la baja digitalización; (iii) los bajos niveles de datos; (iv) la baja interoperabilidad; (v) desconfianza respecto a la explotación de datos; (vi) falta de capital humano para la explotación de datos, y; (vii) la ausencia de una cultura de datos. Aspectos que, con su sola mención, permiten inferir los enormes escollos institucionales que, en su momento, se evidenciaron para la implementación generalizada de una política de Big Data, y que igualmente, están presentes en los datos de la administración de justicia.

Efectuado el diagnostico, el CONPES 3920 estructura una política pública bajo las siguientes generalidades:

- Su objetivo general es "*aumentar el aprovechamiento de datos en Colombia, mediante el desarrollo de las condiciones para que sean gestionados como activos para generar valor social y económico*".
- Sus objetivos específicos son: (i) "*masificar la disponibilidad de datos de las entidades públicas que sean digitales accesibles, usables y de calidad*"; (ii) "*generar seguridad jurídica para la explotación de datos*"; (iii) "*disponer de capital humano para generar valor con los datos*", y; (iv) "*generar cultura de datos en el país*".
- Un Plan de Acción a partir de las siguientes actividades, entre otras:

  1. Masificar la disponibilidad de datos públicos digitales accesibles, usables y de calidad al: (i) acelerar la digitalización de servicios, procesos y toma de decisiones en el sector público, (ii) acelerar la apertura de datos públicos y el fortalecimiento de políticas de datos abiertos en el sector público, y; (iii) fortalecer la interoperabilidad en los sistemas de información del sector público para facilitar el intercambio y re-uso de datos.
  2. Generar seguridad jurídica para la explotación de datos al: (i) consolidar y articular el marco jurídico relacionado con la generación, recolección, compartición, agregación y aprovechamiento de datos, y; (ii) armonizar el marco jurídico con el avance tecnológico y teniendo en cuenta los riesgos relacionados con el aprovechamiento de datos.

  3. Generar una cultura de datos en el país crea incentivos y condiciones óptimas que aumenten el aprovechamiento de datos, entre otros aspectos.

Como se ve institucionalmente, el país viene adelantando un proceso que propende por el aprovechamiento de los datos públicos, a efectos de diseñar u optimizar diversas políticas públicas en todas las instituciones, que mejoren la prestación de los servicios a cargo del Estado. La administración de justicia, entendida como otro de los servicios que ofrece el Estado a sus ciudadanos, también ha abordado el uso y aprovechamiento de los datos masivos y de las herramientas de analítica de datos.

3. USO DEL BIG DATA *ANALYTICS* EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Los datos de la administración de justicia pueden tener muy diversos usos y pueden ser explotados de múltiples formas con miras a agilizar algunos de los procesos que deben realizarse dentro de la Rama judicial. Los datos de la administración de justicia se pueden tornar en un insumo fundamental para la toma de decisiones o la agilización de procesos. Así, si la administración de justicia colombiana es una fuente de información, surge entonces la pregunta de si se puede hacer uso de herramientas de *Big Data* e inteligencia artificial para la mejora de la gestión de la propia administración de justicia.

3.1 El Big Data Analytics como propósito de la Administración de Justicia

La administración de justicia ha emitido una serie de documentos de política pública, encaminados al uso de herramientas de *Big Data Analytics* que le permitan aprovechar de una mejor manera los datos que se obtienen dentro de los millones de expedientes que tramita cada año, y que se encuentran en concordancia con la política nacional de explotación y aprovechamiento de datos ya referencia. Aunque el Plan Decenal de Justicia 2017-2027 no fue explícito en establecer propósitos encaminados a hacer uso de herramientas de analítica de datos, como medida para la mejora de la prestación del servicio de justicia, diversos documentos posteriores han abordado este propósito de manera detallada.

Así el Plan Sectorial de Desarrollo Rama Judicial 2019-2022, ya establecía como pilar estratégico *"los proyectos dirigidos a fortalecer y mejorar el servicio de la administración de justicia en el país, a través del impulso del*

uso de la tecnología, la innovación tecnológica y la ciencia de datos a través de herramientas disruptivas", lo cual anticipaba tímidamente la necesidad de aprovechar la analítica de datos.

La pandemia de Covid-19 aceleró este proceso. En el Plan Estratégico de Transformación Digital de la Rama Judicial se establecen medidas mucho más concretas para el aprovechamiento de los datos producidos por la administración de justicia. Entre los objetivos de este plan se encuentra: *"Implementar herramientas que permitan la asistencia en la toma de decisiones basadas en datos."*[8]

De igual forma, el Plan de Digitalización de Expedientes de la Rama Judicial 2020-2022 propende por una mejora, protocolización y uniformidad de los datos y metadatos que incorporan los expedientes y los documentos que lo conforman. Además, y como herramientas del repositorio de archivos, ya que permite la *"Generación de funciones de Inteligencia de datos, a partir de las metadatas y contenidos de los documentos electrónicos y de los expedientes electrónicos",* reconociendo la utilidad de esta información para diversos propósitos de optimización de la Rama Judicial.

En suma, la administración de justicia, al igual que el propio Estado Colombiano, ha establecido como un propósito la utilización del *Big Data Analytics* y las funcionalidades que de allí se derivan.

3.2 Los datos de la administración de justicia

Se requiere delimitar el alcance de los datos producidos por la administración de justicia, sus características y los retos que enfrentan. Como es apenas natural, los datos que produce la administración de justicia son de un gran volumen. Según el Plan de Digitalización de la Rama Judicial, para el año 2019 se tenía un inventario final de 1.872.674 procesos y se tiene una proyección de 2.559.374 para los años 2020 a 2022[9]. El promedio de tamaño de cada uno de los expedientes físicos con que cuenta la rama es de al menos 193 folios.

[8] Este uso se concreta en diversos propósitos de los cuales vale la pena resaltar los siguientes dos: "7.2. Usar tecnología de Inteligencia Artificial (IA) para asistir en el procesamiento de texto (clasificar, resumir, generar) más rápidamente y a menor costo. 7.3. Usar tecnología de IA para asistir/apoyar en las decisiones judiciales."

[9] Se proyectaron dos (2) meses de 2020, doce (12) meses del 2021 y siete (7) meses del 2022. Plan de Digitalización de Expedientes de la Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura. Disponible en: https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-superior-de-la-judicatura/-/plan-de-digitalizacion-de-expedientes [Consultado el 5 de junio de 2022]

Para garantizar que los datos que conforman estos procesos puedan ser gestionados, almacenados y analizados por herramientas de analítica de datos, resulta indispensable que todos los archivos de los procesos sean digitalizados adecuadamente. Se debe recordar que antes del año 2020 el manejo de la información digital no era la regla general, por lo que los despachos hacían uso casi exclusivo de expedientes físicos e, incluso, aun cuando se aportaba un CD con copia digital de la demanda o contestación y sus anexos, tal información era almacenada de manera inadecuada para las actuales directrices sobre digitalización de expedientes[10]. Tal como lo describía el CONPES 3920 a nivel nacional, la disponibilidad y utilidad de los datos en la administración de justicia era deficiente.

No obstante, la pandemia del Covid-19 y todos los esfuerzos normativos encaminados a lograr la garantía del servicio de administración de justicia durante los sucesivos confinamientos, implicaron un cambio en el manejo de los datos de la administración de justicia. A pesar de que el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo tenían diversas normas que habilitaban el expediente digital, lo cierto es que la digitalización de los expedientes era un fenómeno casi residual en toda la administración de justicia[11]. El distanciamiento social implicó un volcamiento masivo y urgente a las tecnologías de la información que modificó este panorama. Los procesos iniciados tras la pandemia se dieron a través de mensajes de datos. Esto mejoró la digitalización de los expedientes nuevos y obligó a un proceso manual de digitalización aquellos que se encontraban en curso. Pese a todo esto, aún no son expedientes digitales fácilmente consultables.

Adicionalmente, aunque el universo de información es enorme, el potencial de producción es muchísimo mayor. En los próximos años se espera concluir el proceso de digitalización de los expedientes físicos de la Rama Judicial,

[10] El Plan de Digitalización proyecta que el 28,8% de los expedientes físicos contiene información digital, incorporada en CD. Esta información debe ser incorporada al expediente digital, sin embargo, paradójicamente, el ser integrada al expediente digital, implica costos de entre 8 y 10 veces más que simplemente digitalizar los documentos físicos, en razón a los tiempos que requiere el operario, en abrir los archivos, extraer la información y parametrizarla a las exigencias de los lineamientos y protocolos de la digitalización.

[11] Datos del CONPES 4024 mediante el cual se emitió Concepto favorable a la Nación para contratar una operación de crédito público externo destinados a financiar el programa para la transformación digital de la justicia en Colombia- Fase I, calculan la digitalización de los procesos judiciales solamente en un 5%.

al igual que ajustar aquellos que comenzaron mediante mensajes de datos a la parametrización del expediente definida por el Consejo Superior de la Judicatura, garantizando el adecuado manejo de los datos y la generación de la metadata fiable y aprovechable. Este proceso aumentará considerablemente la cantidad de datos disponibles que puedan servir como insumo a técnicas de *Big Data Analytics.*

Actualmente, dada la falta de uniformidad en la aplicación de las reglas de conformación del expediente electrónico y de digitalización, se carece de diversas herramientas para gestionar correctamente ese conjunto de datos y, por tanto, los metadatos de los archivos resultan inaprovechables. Así lo reconoce el Plan de Digitalización de Expedientes 2020-2022, el cual advierte que el proceso actual de digitalización no necesariamente cumple con los lineamientos para la generación correcta de los metadatos. Sin embargo, el Plan de Digitalización de Expedientes 2020-2022 busca corregir tal falencia, al advertir que la formación del expediente digital implica incluir los metadatos del expediente y de los documentos que lo conforman, incluyendo un conjunto de metadatos indispensables[12].

En todo caso, el número de procesos conlleva a un número significativo de datos estructurados, semiestructurados y no estructurados que pueden resultar de utilidad para la toma de decisiones. En efecto, esta información contiene datos derivados de los actos procesales, por ejemplo, el contenido de los memoriales de parte (demandas, contestaciones o recursos) o judiciales (autos y sentencias). En ella, además, se puede hallar metadatos relativos a las fechas y horas en que fueron remitidos los mensajes, número de páginas, tamaño, tipo de archivo, entre otros.

El Decreto-Legislativo 806 de 2020 fue un gran avance en la administración de justicia. Esta no solo continuó su funcionamiento, a pesar de la pandemia del Covid-19, sino que contó con aspectos novedosos en materia de notificaciones, poderes y envío de memoriales. Sin embargo, un sistema de litigio a partir de correo electrónicos es rudimentario y conlleva a que múltiples datos del proceso resulten de difícil cuantificación y análisis. En este sentido, los metadatos de algunas actuaciones realizadas en el proceso son datos que

[12] "Para el Expediente Electrónico: (i) Ciudad, (ii) Despacho Judicial, (iii) Serie o Subserie documental, (iv) Número de radicación del proceso, (v) Partes procesales, (vi) Expediente físico. Para los documentos electrónicos: (i) Nombre del documento, (ii) Fecha de creación del documento (iii) Fecha de incorporación al expediente (iv) Orden del documento, (v) Número de páginas, (vi) Página de inicio, (vii) Página fin, (viii) Formato, (ix) Tamaño, (x) Origen, (xi) Observacione.s

se tornan de difícil adquisición o categorización en muchos casos, dado que la estructura del litigio en línea actual no goza de plataformas estandarizadas que permitan capturar y gestionar los archivos que conforman el expediente digital y los datos que de estos se generan.

En definitiva, los datos con que cuenta la administración son muchos, pero no siempre resultan disponibles, fiables o aprovechables. Han comenzado iniciativas que buscan que se dirigen a estandarizar la información digital de la Rama, sin embargo, un proceso de conformación de una data útil en procesos de Big Data Analytics, nos invita a repensar el modelo de litigio por correo electrónico, en el que el almacenamiento y recopilación de datos, en ocasiones dificulta o imposibilita el acceso a determinada información.

3.3 Uso del Big *Data Analytic*s en la administración de justicia

Desde hace un tiempo la doctrina internacional ha venido anticipando los grandes cambios en el mercado legal, no siendo la administración de justicia ajena a tales cambios. En este sentido, el mercado legal está encaminado a la reducción de costos y, por lo tanto, la masificación de la prestación de servicios jurídicos. Lo que Richard Susskind denomina como el "*más por menos*" que imperará en el mercado legal en los próximos años[13]. Este nuevo panorama no solo conlleva a que la administración de justicia se vea abocada a mayores volúmenes de trabajo, sino que implica que los parámetros que se consideran aceptables relativos al tiempo, dinero y demás costes asociados con el acceso a la administración de justicia serán cada vez más exigentes.

En este panorama, la analítica del *Big Data* resulta ser una herramienta fundamental a efectos de lograr grandes cambios en la administración de justicia que permitan la adecuada toma de decisiones y la reducción de diversos costos. Estos avances se evidencian en el plano jurisdiccional y en decisiones de carácter administrativo, que afectan la agilidad o certeza de la rama judicial.

3.3.1 Uso en funciones jurisdiccionales de la administración de justicia

En este apartado nos concentraremos en mencionar algunos de los usos que puede tener el *Big Data Analytics* en la toma de decisiones por parte de los

[13] SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers. An Introduction to Your Future. 2013. Oxford University Press.

jueces y cómo estas tecnologías están revolucionando la forma en que los jueces pueden realizar su trabajo, tanto en calidad, como en velocidad. Ello sin dejar de lados los riesgos que suponen el uso de tecnologías de análisis de datos, como, por ejemplo, la opacidad de las predicciones[14] o los cada vez más frecuentes casos de sesgos de los algoritmos.[15]

Debe advertirse que la sustitución humana de toda la labor judicial no es factible con las tecnologías existentes[16]. Las múltiples variables, las limitaciones de la tecnología existente, así como diversas consideraciones de carácter ético e ideológico, por el momento, tornan en imposible reemplazar a los jueces. Sin embargo, son muchas las iniciativas que se encaminan a usar las gigantescas cantidades de datos de la administración de justicia de manera eficiente, de forma tal, que pueda extraerse información útil, que mejore los procesos relativos a la toma de decisiones judiciales.

Son varias las problemáticas que el uso de herramientas de analítica de datos puede mejorar de forma impresionante. La existencia de millones de fallos judiciales torna en casi imposible la labor de un órgano de cierre que debe seleccionar algunos de estos fallos. La labor de las oficinas de reparto es casi mecánica, cuando, en su lugar, podrían responder a criterios de eficiencia. La falta de conocimiento y acatamiento del precedente jurisprudencial también constituye un grave problema para la garantía de los derechos individuales, al igual que para la certeza de todo el sistema judicial. La carencia de insumos para determinar el riesgo de reincidencia de un individuo es un factor

[14] GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Juan David. Retos éticos de la inteligencia artificial en el proceso judicial. En: XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Derecho Procesal #NuevasTendencias. 2020. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Un interesante estudio sobre la opacidad en las decisiones algorítmicas y las dificultades en el ejercicio del derecho a impugnar la decisión en: GARCÍA SÁNCHEZ, María Dolores. Retos del uso de la inteligencia artificial en el proceso: impugnaciones con fundamentación algorítmica y derecho a la tutela judicial efectiva. En: BUENO DE MATA, Federico y GONZÁLEZ PULIDO, Irene. FODERTICS 9.0 Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia. 2021. Editorial Comares.

[15] ANGWIN, JULIA. Machine Bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks. En: ProPublica. [Sitio web]. New York. [Consulta: 28 de septiembre de 2019). Disponible en: https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing

[16] Tal como refiere Augusto Ho, la profesión jurídica al momento no puede ser automatizada. Los datos del McKinskey Global Instituto calculó que tan solo el 23% de todas las labores de un abogado, pueden ser automatizadas. HO, Augusto. Inteligencia Artificial y Administración de Justicia. En: XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Derecho Procesal #NuevasTendencias. 2020. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

determinante para la inadecuada labor de los fiscales al solicitar medida de aseguramiento. El uso de estas herramientas de análisis masivo es un insumo fundamental para agilizar y optimizar todas estas labores.

Al respecto vale la pena resaltar, al menos cuatro (4) usos del Big Data, dentro de las labores jurisdiccionales de los despachos:

(i) Análisis masivo de fallos judiciales para el cumplimiento de labores jurisdiccionales: caso PretorIA

Uno los usos que podría surgir a partir del *Big Data* es el análisis masivo de fallos judiciales. Examinar los fallos judiciales de manera sistemática es una labor ardua, que exige personal, un adecuado proceso de capacitación y miles de horas de trabajo. Las herramientas de *Big Data Analytics* permitirán analizar grandes volúmenes de datos en pocos minutos, obteniendo información valiosa que puede ser utilizada en algunos casos para el cumplimiento de labores jurisdiccionales. Esto lo demuestra **PretorIa** en la Corte Constitucional, un sistema pionero en utilizar *Big Data* e inteligencia artificial en el apoyo a las labores jurisdiccionales.

Valga recordar que la revisión es un trámite mediante el cual la Corte Constitucional modifica, mantiene o revoca la sentencia que ha sido proferida por el juez de tutela. Para el cumplimiento de lo anterior, todos los fallos proferidos en primera o segunda instancia deben ser remitidos para su eventual revisión a la Corte Constitucional. No se puede considerar un recurso frente al fallo de segunda instancia, dada la eventualidad y discrecionalidad en su selección y, además, que la actividad procesal conducente a comenzar el trámite ante la Corte no está en cabeza de ninguna de las partes o intervinientes[17]. Por el contrario, es una potestad facultativa de esta corporación, aunque sujeta a su propio reglamento que exige el uso de criterios de selección con miras a salvaguardar la transparencia de esta.

En el marco de este mecanismo jurisdiccional surgió el sistema **PretorIA** que busca facilitar y optimizar el proceso de selección realizado por la Corte Constitucional, en un contexto en el que este Tribunal ha experimentado un aumento del número de expedientes[18], requiriendo mayor tiempo y personal para examinar y seleccionar los fallos.

[17] OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. Tutela y amparo: derechos protegidos. Estudio comparativo Colombia – España. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 1998, p. 56.

[18] Sin embargo, los últimos dos años de pandemia, han implicado una inusual disminución del número de tutelas, según datos de la propia Corporación. Los tres últimos

El sistema **PretorIA** analiza grandes volúmenes de sentencias a partir de una categorización previamente definida por la propia Corporación.[19] De este análisis y categorización, realizado en segundos, resultan fichas resúmenes. Estas son importantes para que las Salas de Selección de la Corte Constitucional puedan hacer la selección de los fallos.

Para lograr este resultado, **PretorIA** hace uso de un sistema de procesamiento de lenguajes natural que, a partir de reglas previamente definidas, busca palabras clave, extrae información relevante y la consolida. Este sistema hace uso de un sistema de *machine learning* supervisado[20] que realiza una categorización a partir de criterios previamente definidos por las Corporación. Esto lo aleja de eventuales dudas o temores de que fuese la propia máquina quien categorizara las providencias. De esta manera se hacen rastreables y justificables los procesos realizados por el sistema.

En este caso, el análisis de grandes volúmenes de sentencias facilita a la Corte Constitucional realizar su papel nomofiláctico de intérprete constitucional. Mediante este sistema puede identificar eventos en los que deba intervenir, por ejemplo, por eventuales incumplimientos de los precedentes jurisprudenciales en determinadas materias o para decantar la jurisprudencia. La agilidad del sistema permitirá a esta Corporación atender con mayor prontitud asuntos en los que se discutan vulneraciones a derechos fundamentales y que requieran de su intervención.

En este tipo de sistemas, el foco radica en el análisis masivo de información, una labor muchas veces imposible para un grupo humano, por lo que el uso de estas herramientas de análisis masivo de información, o lo que podría acercarse a un *Big Data Analytics*, facilita y reduce miles de horas que debe desplegar la Corporación.[21]

años la Corte ha recibido (i) 2019: 620.242 fallos de tutela. (ii) 2020: 290.533 y (iii) 2021: 436.031. Corte Constitucional. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php [consultado el 11 de junio de 2022]

[19] SAAVEDRA, Víctor; UPEGUI, Juan Carlos. PretorIA y la automatización del procesamiento de causas de derechos humanos. Dejusticia. 2021.

[20] Según, se relaciona en la página web del centro que realizó el proyecto en la Corte Constitucional https://ialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/08/Presentación-PretorIA.pdf

[21] Dentro del proceso de prueba de la Corte Constitucional, se identificó que el sistema PretorIa logró analizar 2016 sentencias de tutela en menos de dos minutos algo que para una persona humana le hubiera llevado 96 días hábiles de trabajo. https://ialab.com.ar/portfolio-items/maximo-tribunal-judicial-de-colombia/

Este uso de tecnología podría considerarse, aunque revolucionario, tan solo un primer paso en el uso de algoritmos en la administración de justicia. Aunque estas herramientas comienzan a ser parte de la administración de justicia, **PretorIa** anticipa el gran potencial para optimizar la labor judicial. En particular, el uso de estas herramientas podría tornar más sencillo consagrar mecanismos jurisdiccionales discrecionales, equivalentes al *Certioriari* norteamericano, para los Tribunales de cierre, como la Corte Constitucional.

(ii) Reparto eficiente de las demandas entre los despachos judiciales

Otro ejemplo del uso de estas herramientas de grandes análisis de datos en la administración de justicia es el análisis de las demandas. Las demandas contienen información útil, que analizada de manera preliminar puede mejorar la labor jurisdiccional, al hacer un reparto más eficiente entre los distintos despachos, usando el criterio de semejanza entre los casos, o advirtiendo de situaciones urgentes. En Brasil, la herramienta **SOCRATES** ha sido diseñada para analizar las demandas, definiendo cuáles de ellas resultan de problemas jurídicos similares o repetitivos. Esta clasificación permite remitir a un solo juez casos similares para resolverlos en una sola sentencia, acelerando los tiempos frente al análisis individual de un asunto y garantizando la uniformidad en la aplicación del precedente.

En Colombia, sistemas similares serían de gran utilidad en la resolución de causas sumarias, como las acciones de tutela en las que se discuten temáticas repetitivas, como la vulneración a los derechos de petición o a la salud[22]. En estos casos, sistemas similares podrían realizar categorizaciones al momento de la radicación, distribuyendo los asuntos en atención a tales categorías e incluso proyectando decisiones, que tan solo requieran de aprobación del juez. En China, sistemas de este tipo funcionan para resolver "*asuntos de comercio por Internet, los casos de derechos de autor y las disputas sobre la venta de productos en línea*"[23].

[22] Datos estadísticos de la propia Corte Constitucional indicaban que por ejemplo, en el caso del Derecho de petición, cerca de un tercio de las tutelas tienen como objeto la garantía de este derecho fundamental.

[23] Nota periodística: https://as.com/meristation/2022/03/19/betech/1647672219_333452.html#:~:text=Este%20juez%20robot%20es%20una,Atrapar%20a%20los%20conductores%20peligrosos. En este mismo sentido: HO, Augusto. Inteligencia Artificial y Administración de Justicia. En: XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Derecho Procesal #NuevasTendencias. 2020, pp. 494

Incluso, herramientas de este tipo podrían identificar la urgencia con la que debe ser fallada una tutela o una medida provisional, advirtiendo tal circunstancia al juez encargado en casos en que el término constitucional de diez días resulta excesivo, o inclusive en demandas de las especialidades civil y laboral o de la jurisdicción contencioso administrativo.

(iii) Precisión del precedente jurisprudencial y predictibilidad de las decisiones

Asunto en el que puede resultar de marcado interés es la mejora en el acatamiento del precedente jurisprudencial entre los jueces de instancia. Una de las mayores dificultades que tiene un juez en cualquier jurisdicción consiste en conocer el precedente jurisprudencial y mantenerse al tanto de los cambios jurisprudenciales de las altas corporaciones.

En Colombia, con la Constitución de 1991 la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial ha adquirido una importancia radical en el sistema de fuentes normativas. La teoría del precedente jurisprudencial, indica que la regla de derecho contenida en un fallo debe ser obligatoriamente usada como argumento para la resolución de un nuevo caso con las mismas características en un caso posterior[24]. Es de precisar, que nos referimos al acatamiento de la regla de derecho de la sentencia, o la denominada *ratio decidenci*.

De esta manera, la actual sujeción de los jueces de menor jerarquía al precedente jurisprudencial de sus superiores les exige cargas argumentativas relevantes para poder separarse del precedente[25]. Sin embargo, los datos respecto de la sujeción de los jueces de instancia al precedente jurisprudencial son desconocidos y el acatamiento del precedente vertical y horizontal es potencialmente bajo[26]. En este contexto, el uso del *Big Data Analytics* puede resultar importante para determinar el precedente relevante para el caso, facilitando al juez conocer la posición jurisprudencial de las altas corporaciones.

[24] BERNAL PULIDO, Carlos. El Precedente en Colombia, En: Revista Derecho del Estado, diciembre, 2008, no. 21, pp. 81-94.

[25] Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M.P. Rodrígo Escobar Gil.

[26] Conclusiones preliminares evidencian la baja calidad de los datos para identificar el acatamiento del precedente vertical y el muy posible bajo acatamiento del precedente. GONZALEZ Medina, Diego et MORENO CRUZ, Pablo. The acción de tutela and the enforcement of Socio-economic Rights" En: MORENO-CRUZ, Pablo. China and Colombia Towards a legal comparison. 2019. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, pp. 51.

Un primer estadio de tecnologías que apoyan la definición de jurisprudencia aplicable son los portales de la divulgación de decisiones judiciales y las herramientas auxiliares de búsqueda avanzada. En Colombia, se ha avanzado en buscadores de providencias proferidas por las altas corporaciones, que cuentan con diversas herramientas de búsqueda. Así, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional cuentan con diversas herramientas digitales para la consulta de sus providencias. El artículo 83 de la Ley 2080 de 2021 dispuso, adicionalmente, la obligación de implementar una herramienta de consulta pública de las decisiones de tribunales y jueces administrativos.

La gestión de estas herramientas está enfocada en garantizar la búsqueda de información para obtener providencias relevantes con mayor facilidad. Para el efecto, resulta importante la existencia de diversos criterios de búsqueda que permitan la delimitación de las consultas y la disponibilidad y accesibilidad de las herramientas.

Un paso más adelante de la completa digitalización y divulgación de las providencias, tiene lugar en la identificación de diversos precedentes jurisprudenciales de interés. Al respecto, se debe anotar que, sobre este punto, el sistema **SAMAI** ha hecho avances al innovar con el nuevo buscador ***Mi Relatoría*** que detalla con mayor precisión problemas jurídicos y cuenta con un gestor documental.

Un estadio posterior permitirá encontrar jurisprudencia relevante a partir de análisis de los documentos iniciales como la demanda y la contestación, que sugieran al juez las sentencias relevantes para resolver una controversia, teniendo en cuanta la regla de derecho fijada en esa oportunidad y la que se discute en este asunto. Incluso, en casos de poca dificultad y donde existe una postura pacífica del precedente jurisprudencial, los sistemas de analítica de datos en conjunto con inteligencia artificial pueden proyectar decisiones provisionales, que requieran aprobación judicial.

En este punto, vale la pena resaltar lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, que dispuso que se requerían de sistemas informáticos que permitieran advertir a los Tribunales y Jueces Administrativos de la existencia de asuntos de importancia nacional que estuviesen por ser fallados por el Consejo de Estado, a efectos de unificar jurisprudencia. Este sistema de notificación electrónica debería verificar la viabilidad de incluir sistemas de *Big Data Analytics* que permitan advertir de los posibles casos que correspondan con aquellos que están por ser fallados por el Consejo de Estado.

(iv) Herramientas de apoyo para la solicitud de medidas de aseguramiento

Otra de las formas en que se ha verificado el uso de herramientas de analítica de datos consiste en el uso de diversos sistemas informáticos, que a partir de análisis estadísticos y del uso de diversas fuentes, plantean conocer con mayor precisión el perfil de riesgo de reincidencia de un individuo. Estos sistemas se nutren de diversas fuentes de datos, como los registros públicos u otras fuentes, que le permitan a los mismos, mediante el uso de herramientas de *"machine learning"*, establecer los eventos en que hay mayor riesgo de reincidencia. Esta información sirve para que el juez o el fiscal cuenta con elementos a efectos de decidir, por ejemplo, la solicitud de medida de aseguramiento de un individuo.

Aunque en Estados Unidos este tipo de sistemas han estado encaminados a determinar el riesgo de reincidencia de una persona vinculada a un proceso penal[27], en Colombia, la Fiscalía General de la Nación comenzó a hacer uso del instrumento denominado PRISMA que se enfocaba en delimitar el riesgo de reincidencia con miras a racionalizar el uso de este tipo de medidas excepcionales en el proceso penal, a exclusivamente aquellos eventos en que resultaban necesarias[28].

Al considerarse que uno de los problemas de la política criminal del país, radica en el inadecuado uso que se hace de las medidas de aseguramiento[29], la Fiscalía General de la Nación estimó adecuado el uso de una herramienta que optimizara el análisis que realiza el ente acusador con miras a solicitar la medida de aseguramiento en el proceso penal.

El sistema Perfil de Riesgo de Reincidencia para Solicitud de Medida de Aseguramiento o PRISMA recopila, gestiona, analiza y predice gigantescas cantidades de datos, incluyendo aquellos disponibles en las bases de datos públicas[30], lo que le permite predecir un determinado comportamiento

[27] SALAZAR RIVERA, Valentina del Sol. Estrategias para la racionalización de la detención preventiva en Colombia: un análisis del instrumento PRISMA. 2020. Universidad Externado de Colombia, p. 9.

[28] Sobre este punto, la Universidad Externado realizó una completa e investigación sobre el uso de este instrumento por parte de la Fiscalía General de la Nación. SALAZAR RIVERA, Valentina del Sol. Estrategias para la racionalización de la detención preventiva en Colombia: un análisis del instrumento. Op. cit.

[29] Dirección de Políticas Públicas y Estrategias. Herramienta PRISMA (Perfil de Riesgo de Re dencia para Solicitud de Medida de Aseguramiento). (Resumen). 2019, p. 3.

[30] PRISMA hace uso de información individual disponible en las bases de datos de la Fiscalía General de la Nación, INPEC y la Policía Nacional.

delictivo con altos niveles de fiabilidad[31]. PRISMA utiliza diversos datos de entrada, como las características del individuo, las características del evento delictivo, los delitos previos, las medidas previas, las capturas previas, y la información previa del INPEC[32], lo que le permite conocer con precisión la probabilidad de reincidencia el relacionar todos estos factores.

El sistema es de gran utilidad no solo porque logra establecer una probabilidad del grado de reincidencia del individuo, sino que luego de realizado el análisis de la información disponible se puede extraer no solo la necesidad de solicitar la medida de aseguramiento, sino cuál de las medidas resulta útil en atención al perfil de riesgo que construye el sistema.

Este tipo de herramientas son utilizadas desde hace ya un tiempo no solo en Colombia, sino a nivel global[33] y lo que permite avizorar es el enorme potencial que tiene el uso de las grandes bases de datos, para mejorar o limitar el uso de las herramientas punitivas del Estado, y en últimas para mejorar la prestación del servicio de administración de justicia ejerciendo estos mecanismos solamente en los eventos en que es requerido.

Se encuentra acreditado que son útiles en identificar con mayor precisión el grado de reincidencia de un sujeto, aunque son herramientas que deben ser utilizadas con cautela, puesto que existen riesgos que los datos de entrada del sistema contengan sesgos socioeconómicos o de clase, que se proyecten en las propias decisiones del sistema.[34]

3.3.2 El Big Data *Analytics* para funciones de gestión de la Rama Judicial

Más allá de la decisión judicial, otro de los usos que puede tener este tipo de herramientas es la mejora de la gestión del proceso. El *Big Data Analytics* permite gestionar con mayor facilidad algunas actuaciones a cargo de los

[31] SALAZAR RIVERA, Valentina del Sol. Estrategias para la racionalización de la detención preventiva en Colombia: un análisis del instrumento PRISMA. Op. cit., p. 73.

[32] Dirección de Políticas Públicas y Estrategias. Herramienta PRISMA (Perfil de Riesgo de Re dencia para Solicitud de Medida de Aseguramiento). Op. cit., p. 18.

[33] SALAZAR RIVERA, Valentina del Sol. Estrategias para la racionalización de la detención preventiva en Colombia: un análisis del instrumento PRISMA. Op. cit., p. 78.

[34] SALAZAR RIVERA, Valentina del Sol. Estrategias para la racionalización de la detención preventiva en Colombia: un análisis del instrumento PRISMA. Op. cit., p. 80.

despachos y contar con datos sobre la operación de la administración de justicia. Todo ello para mejorar la calidad del servicio prestado a los usuarios. Son mútliples los usos que podrían tener en la gestión del despacho, por lo que aquí se mencionan solo algunos ejemplos:

Uno de los usos más sencillos, pero de gran utilidad, corresponde a mejores mecanismos de relacionamiento entre el ciudadano y la administración de justicia. Por ejemplo, plataformas sencillas, dinámicas y entendibles para el ciudadano común, en las que se pueda consultar el estado de un proceso judicial. Estas pueden mejorar la percepción ciudadana de la labor judicial.[35]

Otra labor de gran utilidad consistiría en analizar con precisión la demanda judicial, a partir de la cual, distribuyera uniformemente la cantidad de expedientes, lo que se traduciría en mejores tiempos de respuesta para los ciudadanos[36]

Adicionalmente, los sistemas de identificación de acatamiento del precedente jurisprudencial, mencionados anteriormente, permitirían contar con datos respecto de los despachos o zonas en los que se debe focalizar esfuerzos de capacitación en determinados asuntos o líneas jurisprudenciales.

El análisis del universo de datos de la administración de justicia abre puertas interesantes a nivel de gestión. Es posible analizar, mediante herramientas de *Big Data*, la actividad de los jueces e identificar el promedio de providencias y, en caso de contar con bajas métricas, identificar las causas y atenderlas adecuadamente.

Quizá uno de los usos más interesantes del *Big Data Analytics* consiste en obtener estadísticas sobre la actividad judicial, hoy inexistentes o poco fiables. El uso de estas herramientas permite contar con información precisa sobre la duración de los procesos, incluso desagregado por despacho o ciudad. Así como de las etapas en las que se tarda más. Estos insumos son indispensables para próximas reformas procesales que pretendan mejorar la calidad y reducir tiempo de los procesos.

[35] GARCÍA SÁNCHEZ, María Dolores. Retos del uso de la inteligencia artificial en el proceso: impugnaciones con fundamentación algorítmica y derecho a la tutela judicial efectiva. En: BUENO DE MATA, Federico y GONZALEZ PULIDO, Irene. FODERTICS 9.0 Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia. 2021. Editorial Comares, p. 163.

[36] GIL CORDOBÉS, María del Mar. El Big Data y la Inteligencia Artificial, pilares para la innovación de la administración de justicia. En: BUENO DE MATA, Federico y GONZALEZ PULIDO, Irene. FODERTICS 9.0 Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia. 2021. Editorial Comares.

Adicionalmente, la analítica de datos permitirá explorar con precisión cómo está compuesta la demanda de justicia en Colombia, identificando quienes acceden a la administración de justicia, en qué condiciones, lugares y respecto de qué problemas jurídicos. Esta información será relevante no solo para la Rama Judicial, sino para el Estado en su conjunto con miras a contar con mejores insumos sobre la garantía de la prestación de un adecuado servicio de justicia.

CONCLUSIONES

La administración de justicia en Colombia ha comenzado un interesante camino hacia la digitalización y ha advertido el uso de las herramientas de analítica de datos en sus procesos jurisdiccionales y no jurisdiccionales. El ejemplo de la Corte Constitucional con el sistema **PretorIA** marca un derrotero importante sobre el uso de estas herramientas por parte de los sistemas de administración de justicia y en la mejora de la prestación de sus servicios.

Aunque los escollos, resultan relevantes, por ejemplo, por carecer de una adecuada calidad de datos o falta de digitalización de los expedientes, los potenciales usos de herramientas de Big *Data Analytics* pueden marcar un hito en la mejora de los servicios de justicia.

El análisis masivo de fallos judiciales, las herramientas encaminadas a la identificación del acatamiento del precedente jurisprudencial y las posibilidades de determinación de la reincidencia, a partir de analítica de datos, son tecnologías con el potencial de transformar a la administración de justicia. Otros usos del Big Data no necesariamente ayudan en la resolución de controversias, pero sirven para dotar a la administración pública de información relevante para mejorar la prestación del servicio de justicia.

El proceso que ha comenzado debe continuar y profundizarse. Las experiencias ya adquiridas permiten entender que estas técnicas pueden tornarse en grandes aliadas en la resolución de algunos de los problemas que históricamente han aquejado a la Justicia en Colombia.

A lo largo de este texto, se han mostrado diversos ejemplos del uso de herramientas de *Big Data Analytics* a los procesos judiciales, que han optimizado algunas de las labores a cargo de los tribunales haciéndolas más sencillas y de mejor calidad. Igualmente se han presentado, algunos posibles usos de este tipo de herramientas. Las técnicas del *Big Data Analytics* tienen resultados

impresionantes y dentro de poco, la transformación en la administración de justicia será de tal calado, que nos parece impensable un sistema judicial que carezca de estas herramientas.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo PCSJA20-11631 – "Por el que se adopta el Plan Estratégico de Transformación Digital de la Rama Judicial – PETD 2021-2025."

BERNAL PULIDO, Carlos. El Precedente en Colombia, En: Revista Derecho del Estado, diciembre, 2008, no. 21.

Departamento Nacional de Planeación. (2018). Documento Conpes 3920 Plan Nacional de Explotación de Datos (Big Data). Departamento Nacional de Planeación.

Departamento Nacional de Planeación. (2018). Documento Conpes 4024. Concepto favorable a la Nación para contratar una operación de crédito público externo con la banca multilateral hasta por USD 100 millones, o su equivalente en otras monedas, destinados a financiar el Programa para la Transformación Digital de la Justicia en Colombia- Fase I. Departamento Nacional de Planeación.

Dirección de Políticas Públicas y Estrategias. Herramienta PRISMA (Perfil de Riesgo de Re dencia para Solicitud de Medida de Aseguramiento). (Resumen). 2019.

Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M.P. Rodrígo Escobar Gil

HO, Augusto. Inteligencia Artificial y Administración de Justicia. En: XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Derecho Procesal #NuevasTendencias. 2020. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

GIL CORDOBÉS, María del Mar. El Big Data y la Inteligencia Artificial, pilares para la innovación de la administración de justicia. En: BUENO DE MATA, Federico y GONZALEZ PULIDO, Irene. FODERTICS 9.0 Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia. 2021. Editorial Comares.

GARCÍA SÁNCHEZ, María Dolores. Retos del uso de la inteligencia artificial en el proceso: impugnaciones con fundamentación algorítmica y derecho a la tutela judicial efectiva. En: BUENO DE MATA, Federico y GONZALEZ PULIDO, Irene. FODERTICS 9.0 Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia. 2021. Editorial Comares.

GONZALEZ Medina, Diego et MORENO CRUZ, Pablo. The acción de tutela and the enforcement of Socio-economic Rights" En: MORENO-CRUZ, Pablo. China and Colombia Towards a legal comparison. 2019. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

GUTIERREZ RODRIGUEZ, Juan David. Retos éticos de la inteligencia artificial en el proceso judicial. En: XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Derecho Procesal #NuevasTendencias. 2020. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

MONLEÓN, Toni. VEGAS, Esteban y REVERTER, Ferran. BIG DATA Hacia la Cuarta Revolución Industrial. 2017. Universitat de Barcelona. 1 ed. ISBN 978-84-9168-013-0.

PÉREZ MARQUEZ, María. Big Data. Técnicas, herramientas y aplicaciones. 2015. México D.F. 1 ed. Alfaomega, Grupo Editor. ISBN: 978-607-622-450-2

SAAVEDRA, Víctor; UPEGUI, Juan Carlos. PretorIA y la automatización del procesamiento de causas de derechos humanos. 2021. Dejusticia.

SALAZAR RIVERA, Valentina del Sol. Estrategias para la racionalización de la detención preventiva en Colombia: un análisis del instrumento PRISMA. 2020. Universidad Externado de Colombia.

SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers. An Introduction to Your Future. 2013. Oxford University Press.

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. Tutela y amparo: derechos protegidos. Estudio comparativo Colombia – España. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 1998.

Plan de Digitalización de Expedientes de la Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura.

LA ROTA, Miguel Emilio. LALINDE ORDÓÑEZ, Sebastián. SANTA MORA, Sandra. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Ante la justicia: Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia. Bogotá D.C.: Dejusticia. 2014.

VERHAERT, Paola y WALKER, TOM. Technology for Legal Empowerment: A Global Review. The Engine Room. 2019.

EL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LA GARANTIA DE LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

*María Julia Figueredo Vivas**

INTRODUCCIÓN

En el marco de este congreso, donde se tienen realidades mundiales y modelos de justicia distintos a los que nos acompañan en el año 2019, resulta necesario hablar de la realización del derecho y los medios para garantizar su cumplimiento; en esencia, con la vigencia del derecho de acceso a la administración de justicia. Tema que busca corresponder al planteamiento general del evento que nos convoca, establecido bajo el postulado "derechos humanos y Proceso", como anuncio claro que, sin el proceso, y sin el derecho de acceso a la administración de justicia, no se posibilita el reconocimiento de los derechos Humanos y del derecho sustancial en general.

Revisando los acontecimientos mundiales que forzaron un nuevo modelo o medio de acceso a la justicia, para pasar del sistema oral, en mixtura con lo escrito, a un modelo que conlleva estos dos elementos, pero igualmente el acceso a una justicia digital, Medio y sistema de justicia forzado, acelerado y determinado por la pandemia a mundial, en razón del Covid 19, lo que impuso

* Abogada de la Universidad La Gran Colombia, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Contractual de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Doctoranda en Historia de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC. Magistrada de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Tunja (actual), docente universitario, Magistrada Sala Única Quibdó, Juez Civil del Circuito, Juez Laboral, juez Civil Municipal Juez Penal Municipal, Juez Promiscuo Municipal. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho procesal.

que se tornaran de vigencia y uso inmediato los arts. 95 de la ley estatutaria del a administración de justicia y el art. 103 del CGP, en correspondencia con los arts. 89 parágrafo, treinta y siete, último párrafo, 107, 110, 109, y 111 ibidem. Por lo que no se trata de modelos impensados o inéditos, sino de la vigencia inmediata, como forma necesaria de permitir que el ciudadano, que es la razón de ser del proceso y de la administración de justicia, tuviera la manera de poder acceder al juez, y por ende a la función publica judicial, para solicitar, que se le reconozcan, que se le respeten sus derechos, o para la defensa de los mismos; entendiendo los derechos, en sentido general y de distinta estirpe. Surgió entonces del decreto 806 de junio del 2020, con vigencia hasta junio del 2022, para dar paso a la ley 223 del año 2022; norma de la que ahora se tiene el propósito de incorporarla al CGP (Ley 1564 del año 2012), surgiendo además la necesidad de hacer ajustes, a modo de reforma parcial, no estructural al CGP[1], Código que en su momento, no solo para su vigencia, hecho que ocurrió en julio 12 del año 2012, representa avances importantes en materia procesal, y al punto de facilidad para acceder a la administración de justicia, en cuanto simplifico tramites, des formalizo otro, e introdujo reformas para superar vicios de comportamientos litigiosos y judiciales en el escenario de los diferentes tramites.

Por vía de ejemplo, se redujo los procedimientos, estableciendo un solo marco, que es el conocido: "proceso único de conocimiento, oral y por audiencias", de tal manera que se tornaran vigentes criterios o principios como el de concentración (1r.3 del Cgp), el de oportunidad, para revisar y tornar exigibles los tiempos en el proceso art. 117 y 1221 del CGP.). Aspectos todos, que, en la experiencia, revisada sobre la praxis judicial, permiten hoy, afirmar que se atendieron. La extensión del recorrido procesal en el tiempo se tornó mas corta, los poderes y deberes del juez, previstos en el art. 41 y 42 del

[1] Se ha dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia, impulsada por la Sala de casación Civil, una comisión encargada de revisar eventuales reformas y ajustes al CGP.

Con el mismo propósito, se ha dispuesto por el ICDP, en cabeza de su presidente, el DR. ULISES CANOSA SUÁREZ, una comisión de revisión y reforma al CGP; compuesta por 18 miembros, diez de los cuales son los presidentes de mesas de trabajo, en diez temáticas específicas, que se consultaran con los diferentes sectores del medios jurídico nacional, con miras a concebir, estudiar y estructurar las propuestas que mejor se correspondan con el propósito de simplificar los trámites, garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, y hacer operativo el sistema de justicia digital, prevaleciendo la des formalización y procurando establecer un solo proceso, bajo la estructura milenaria en la historia de creación y desarrollo del proceso, a saber: unos actos introductorios, la integración e la litis, etapa instructiva, alegatos y fallo, con la posibilidad de los recursos, en pro del derecho de defensa y de contradicción.

CGP, se hicieron contantes y bajo estos carriles o senderos, se ha logrado que florezcan, presupuestos importantes de la administración de justicia, como los de celeridad, eficacia y eficiencia, de antaño ya previstos en la función publica judicial, en los arts. 1, 2,4, 7 de la Ley 270 de l994. El art. 4 modificado por el art. 1 de la Ley 1285 de 2009, para establecer que, "la administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento, por parte d ellos funcionarios judiciales. E igualmente estableció este artículo que las actuaciones judiciales que se realicen en los procesos judiciales deben ser orales, con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos."

Se registra así que desde el año 1994, en el art. 95 se dispuso que el órgano que administra los recursos de la Rama judicial, tanto a nivel logístico, humano y operativo, como es el Consejo Superior de la Judicatura, en la ley estatutaria de la administración de justicia; debía propender por la incorporación de la tecnología de avanzada en el servicio de la administración de justicia. Disposición no atendida, por circunstancias de recursos económicos y por falta no solo de voluntad política del Ejecutivo, sino por falta de disposición e inclusión de elementos tecnológicos, así como de disposición institucional judicial, para que se hicieran posibles, por lo que fue la pandemia, la que ante el distanciamiento social, y la necesidad de contención de la pandemia, estableció como un imperativo que el acceso a la función publica judicial, se diera por medios electrónicos, por medios virtuales, y se digitalizaran los expedientes, además de establecer al interior de cada despacho judicial, de cada corporación; medios o canales virtuales de acceso. Es así como se dio el tránsito de actos introductorios escritos (demandas, peticiones, solicitudes, contestación) a actos escritos, pero por canales digitales, y con traslado simultaneo a su presentación, a la contraparte; lo que imprimió aun mayor celeridad, y verifica propósitos de lealtad en la actuación de las partes e intervinientes en el proceso.

De tal manera que hoy, nos corresponde revisar, el estado del arte en temas puntuales de "acceso real a la administración de justicia y las garantías para realización de los derechos". Planteamientos que son el desarrollo del propósito constitucional previsto en el preámbulo, y que constituye la finalidad de estado, como con claridad se expresa en el art. 1 y 2, 228 de la C.P. los que constituyen el eje motor del código y del proceso civil dentro de

la jurisdicción civil, de familia, laboral y de lo C-A, al acorde de los dispuesto en los arts. 2 y 11 del CGP[2]. De tal forma que me ocupare en esta ponencia de desarrollar y justificar este propósito.

1. CONCEPTO

El acceso a la administración de justicia, es un derecho de cualquier ciudadano. Por el solo hecho se existir, le asiste. Así se dispone en el preámbulo de la C.P. al establecer que el pueblo de Colombia en ejercicio del poder soberano 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, dentro de un marco democrático, jurídico y participativo que garantice un orden político, económico y social justo; decreta, sanciona y promulga, nuestra Constitución de 1991

Es la manare a como el estado posibilita la realización del ordenamiento jurídico legal y justo, en desarrollo del orden público, y en cumplimiento del

[2] Art. 2 de la C.P Artículo 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 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.

Art. 228 de la CP Artículo 228. 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.

Art. 2. Del CGP. **Artículo 2°.** *Acceso a la justicia***.** 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 de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.

Art. 11 del CGP.| **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.

estado Social de derecho, al que deben ajustarse todos los comportamientos sociales individuales, colectivos, familiares, en todos los ordenes de la vida pública, social e individual: político, económico, cultural, social, entre otros. De tal forma que impone como deber de la rama judicial el de garantizar el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. Así lo establece la constitución de forma clara en el art. 229[3].

Nos corresponde en el marco de este Congreso m nacional e Derecho Procesal entender que, Si no se posibilita, facilita, promueve y garantiza el derecho de acceso a la administración e justicia, no tiene vigencia el tan invocado estado social de derecho, no se permite el cumplimiento del debido proceso, ni la defensa de los derechos que le asisten a la comunidad, y en general a cada persona en relación con la comunidad, y en relación con las realidades sociales, dentro de las que nace, convive y se desarrolla en todo su ser. Realidades sociales que deben siempre orientar los criterios de interpretación y aplicación de la ley, para que las normas cumplan su propósito, además de responder a las finalidades con las que se expidieron y los problemas a sociales a los que buscan dar ar respuesta, además de solución. Es un tema de hermenéutica jurídica, llamando a ser bien entendido para la realización de derechos. Interpretación que no puede ser dada para fines contrarios, es decir, para destender y desanimar el propuesto de la ley, dándole contenido que no tiene, y de esta manera dejando irresolutos los problemas sociales a nivel regional, a nivel nacional, como por ejemplo se ha visto en temas de acceso a la jurisdicción civil, para solventar la realización del derecho al trabajador de la tierra, para que le saneen, le titulen su microfundio o le formalicen su propiedad, ya ganada por la relación con la tierra a través de actos de explotación económica por cultivos (ley 200 de l.936 y ley 4 de l.973); donde se rechazan las demandas, con el peregrino y simplista, además de no legal argumento que los predios que no tiene folio de matrícula inmobiliaria, son baldíos. Interpretación de las normas que no se corresponde con la realización de derechos, y que deja por fuera del alcance del derecho de acceso a la administración de justicia a la población campesina, en seguimiento ciego a la regresiva sentencia de tutela T488 de 2.014, tema sobre el cual se puede consultar la ponencia de esta expositora en las memorias del Congreso Nacional de derecho Procesal del año 2019.[4]

[3] Art. 229 de la C.P. Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

[4] PONENCIA. Dra. Maria Julia Figueredo Vivas, al Congreso nacional de derecho Procesal. Año 2019. Libro de memorias ICCP.

Por lo que pertinente resulta revisar la relación entre el estado Y El derecho, la forma como el estado m promueve, no solo la vigencia y existencia de un ordenamiento jurídico, sino la manera como este cobra vida en cada situación particular, y en relación con cada uno de los derechos que el ordenamiento jurídico, a partir de la Constitución nacional provee. Además de la relación con la paz social, con la armonía en todos los entornos de la vida cotidiana. El poder acudir a los medios, mecanismos y autoridades previstas para solucionar conflictos, entre estos, el judicial, como obligación de Estado, para brindar a la comunidad espacios de garantía y verificación de derechos, así como la realización de los deberes que a cada persona le son propios, en correspondencia a sus derechos, como lo determina el art. 95.7 de la C.P.

Creo que, no garantizarse el acceso a la función pública judicial[5], y de no ser este eficiente, efectivo, real y serio, las personas a cundirán , con los mismos propósitos, entiéndase, garantía y protección de derechos, a medios no legales, no regulares; pues el ser humano, y en general las personas en su existir, se ven avocadas a solucionar sus diferencias, o bien por los medios que el estado, prevé, en cuanto sean agiles, operativos, y garantes ; o , acudir a formas privadas que surgen como alternativa ante la omisión y abandono, o ausencia de Estado.

2. FUNDAMENTACIÓN

Ley 294 de 1996, C.P, CGP

a. Relación del derecho de acceso de la administración de justicia y el estado.

La conformación de Estado, bajo la integración armonica de poderes, estatuye que, en la realización de una real democracia, la definición de controversias en torno a la existencia, afectación, reconocimiento o declaración de derechos, la asuma un órgano independiente y autónomo. No de otra forma se consolida una democracia como forma de organización de una nación en un territorio determinado libre y soberano. Si se cooptara por el gobernante las funciones jurisdiccionales; estas quedarían dadas a su capricho y al ejercicio del poder, así como al interés político, amen de lo politiquero, las determinaciones en pro a las peticiones y reclamos de los ciudadanos.

Resulta consecuente con los fines propios de la democracia participativa, representativa y bajo el principio irradiador e iluminador de todo el sistema

[5] Art. 228 de la C.P. de Colombia. La administración de justicia es una función pública.

jurídico nacional, como lo es el estado Social de derecho (art. 1 de la C.P.), que la función judicial, se confié a un órgano de poder diferente, bajo principios de autonomía y sometimiento a la ley, como lo orientan el art. 230, 4 de la C.P., y el art, 5 de la ley estatutaria de la administración de justicia[6]. Al igual que bajo presupuestos o principios de gratuidad, para facilitar y promover el acceso a la justicia, en demanda de las dolencias de la población menos favorecida que r carece de recursos para acceder a una justicia privada. Al respecto se regula en el art.6 de la ley estatutaria, modificado por el art. 2 de la Ley 1585 del año 2009. [7].

b. El derecho de acceso a la administración de justicia, como valor fundamental en un Estado social y democrático de derecho.

Los valores en una comunidad representan unas condiciones de dignidad humana que deben salvaguardarse, reconocerse y respetarse. A toda persona, en su ser, le asisten unas condiciones de dignidad que la determinan como ser humano, como persona, y que deben respetarse por las demás personas, por las instituciones y en general por el estado; incorporando a todos los entes que lo conforman para servicio de la comunidad, y para generar bienestar social, así como para garantizar la armonía social, bajo la convicción necesaria de estar ajustados a una conciencia colectiva de acatamiento y respeto por la legitimidad del estado. Bajo tal idea, no se desconoce que la justicia se

[6] Art. 5 de la ley estatutaria de la administración de justicia en Colombia. Ley 294 del año 1996

ARTÍCULO 5º. AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DE LA RAMA JUDICIAL. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.

Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.

[7] Art. 6 de la ley 294 del año l.996, modificado por el art.2 de la ley 1285 de 2.009.

ARTÍCULO 6º. GRATUIDAD. Modificado por el Artículo 2 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijen de conformidad con la ley.

No podrá cobrarse arancel en los procedimientos de carácter penal, laboral, contencioso laboral, de familia, de menores, ni en los juicios de control constitucional o derivados del ejercicio de la tutela y demás acciones constitucionales. Tampoco podrá cobrarse aranceles a las personas de escasos recursos cuando se decrete el amparo de pobreza o en aquellos procesos o actuaciones judiciales que determinen la ley.

El arancel judicial constituirá un ingreso público a favor de la rama judicial.

concibe en un sentido axiológico, como el valor jurídico supremo. Es un valor armonizador, que se utiliza como sinónimo de lo justo, en la acepción de lo que debe ser el derecho, a su justificación. Y así entender cuál es la función que el derecho cumple en una sociedad. [8].

Permitir el acceso a la administración de justicia, posibilita establecer cuándo el derecho es justo. Y considero que lo es en la medida que la interpretación de las normas permita que estas cumplan su propósito, que en la finalidad de las mismas se conciba una respuesta. Que se corresponda con las realidades sociales existentes al monumento en que surge el conflicto, o al momento en que el sujeto o la sociedad demandan la reivindicación, reconocimiento y la realización real de sus derechos. No bajo la óptica de una justicia formal, o impositiva, sino de una justicia consecuente con la progresividad de derechos y la dignidad humana que los promueve,

Los derechos en su concreción positiva, están incorporados en las constituciones y en los tratados internacionales; por lo que es preciso valorar y posibilitar derechos desde el faro iluminador de las normas fundamentales. Es el paso a la constitucionalización del derecho, y la desformalización de los trámites judiciales, para promover el acceso a la función pública, en procura del mejoramiento social en el plano individual y colectivo, con el criterio del bien común, de la prevalencia del derecho sustancial. De tal manera que cualquier argumentación y providencia que defina o consolide derechos, debe estar justificada en las normas superiores, en los derechos humanos, en la realización del derecho sustancial, y ha de estar sometida al control de la comunidad.

Control social que, ante la no correspondencia con las realidades sociales, al contexto de vida regional, familiar, local o nacional, lleva a que se acuda a la acción de tutela, cuestionando su legitimidad, al no corresponderse con los derechos fundamentales, con los derechos humanos. Alternativa que lejos de molestar la judicatura, o al medio jurídico en general, está llamado a rescatarse porque se instituye en un control, igualmente judicial, de la correspondencia entre el proceso, entre la decisión y el orden jurídico social y justo;

[8] Siguiendo a Max Weber, citado por el tratadista Eloy Emilio Suarez en su libro de introducción al derecho, p. 26. El derecho es un sistema de control social, que opera como un mecanismo por el cual se consigue y mantiene el orden social en virtud de impedir conflictos o, en su caso, resolverlos. De esta forma, diferentes autores dan respuesta a la pregunta: cuál es la función que el derecho cumple en una sociedad, cuál es la función de los enunciados que conforman su estructura, dentro de la sociedad en la que rigen, ¿y para qué sirve el derecho? En cuanto la mayoría de autores consideran el derecho como un factor positivo para la sociedad.

que es al que debe corresponderse. No de otra manera se legitima el proceso, la actuación y la decisión judicial.

La acción de tutela, lejos de ser una molestia, es un mecanismo de control constitucional. Saldrá avante este control, para restablecer la vigencia del derecho de acceso a la administración de justicia, y para solventar la realización de la tutela judicial efectiva, que en ultimas es la razón de ser de todos los procedimientos y de la función publica judicial, tal como lo determina el art. 2, 22 de la C.P., y lo desarrolla como principio de interpretación de todos los sistemas procesales y estatutos procesales, el art. 11 del CGP. Valga recordar que la sola existencia de los derechos no es suficiente para un ordenamiento jurídico. Los derechos deben ser exigibles y atendibles. Por lo que el proceso es el instrumento que hace posible la protección de derechos y hace efectivos los derechos subjetivos de las partes, además que sirve a la garantía del ordenamiento jurídico. Por lo que se impone la necesidad del derecho al ejercicio de la actividad jurisdiccional y a su protección jurídica efectiva. Es por lo expuesto que al acceder a la administración de justicia se permite la realización el derecho humano en general la defensa de los derechos de las personas.[9] En su secuencia de realización, el derecho de acceso a la justicia, da paso o posibilita el debido proceso y la efectividad de las soluciones que se demandan.

3. ELEMENTOS JURISPRUDENCIALES Y LEGALES

La posibilidad de acceso a la justicia, su promoción y forma de garantizar la efectividad se los derechos reconocidos por la constitución y la ley, propósito y principio mas conocido como la tutela judicial efectiva están reconocidos en el derecho internacional por la Convención Americana de los derechos Humanos, art. 8, 25.1; el pacto internacional de derechos civiles y políticos. Ley 74 de 1968, art. 2, la Constitución política en las normas citadas: preámbulo, art. 1, 2, 4, 29, 93, 95, 228, 229. Ley 270 de 1996, art. 2 2,4, modificado por el art. 1 de la Ley 1285 de 2009, art. 5, 6, 9, 12,69, 95 ibidem; arts. 2, 8, ,11. Normas todas que invitan a usar la justicia parea bien, no para entorpecer. Imponen la el deber de hacer realidad los propósitos que inspiran la C.N en materia de justicia; que esta no sea letra muerte, sino una realidad viviente para todos. Solo así se genera confianza legitima en los jueces y en las instituciones, además que se inspira que el ciudadano ante un eventual conflicto no acuda al ejercicio arbitrario de las propias razones, ni a medios ilegítimos,

[9] STC273 del año 2000.

sino que confié la resolución de su conflicto a la administración de justicia, con el convencimiento que obtendrá respuesta justa y oportuna. De tal forma que el proceso tiene como finalidad garantizar el derecho material y tal como se establece en la SU768/14, y en la T.599/09; la sociedad en su conjunto tiene interés en lograr soluciones igualitarias, acordes con la realidad y justa. Una justicia que se quite la venda y entienda la realidad de las partes y del proceso. Una justicia activa llamada a ejercer una función directiva del proceso.

Sentencias referentes al derecho de acceso a la administración de justicia como forma de garantizar derechos, de verificar el derecho sustancial, que en últimas es la finalidad de estado.

AC-544/93, SC-318/98, SC134/00, SC1195/01, Sc228/02, Sc426/02Sc-454/06, SC,516/07, Sc520/09, SC747/09, SSU-198/13, SC180/14, Sc246/15, SC086/16, SC352/17, Sc031/19, SC-242/20.

La T488 es una clara negación del derecho de acceso a la administración de justicia, y una clara negación de los D.H. en cuanto impone cargas que la ley no determina para acceder a la administración de justicia y hace una integración e interpretación contraria a los provistos de la ley en procura de la realización el derecho de los campesinos a la tierra que trabaja. Desconoce los derechos consolidados, conforme a la ley, desatiende la confianza legítima, la seguridad jurídica y la autonomía judicial.

CONCLUSIONES

1. De tal forma que cuando el juez genera todo un conflicto alrededor de la inadmisión y rechazo de la demanda, al exigir el cumplimiento de cargas que la ley no prevé, o por integrar indebidamente el ordenamiento jurídico, o por interpretar de forma inadecuada la norma; impide el reconocimiento y la satisfacción del derecho, para la solución de disputas en tono a estos y para l el mantenimiento de la armonía social.
2. La pasividad del juez en el manejo de la prueba y del proceso, constituye una negación del ejercicio de los fines esenciales de estado. El deber faro es el alcanzar decisiones justas, consultando la realidad social, los entornos, el contexto en condiciones y circunstancias, incluyendo el género, y la igualdad de las partes.
3. En el estado social de derecho el juez deja de ser un espectador pasivo, para convertirse en el verdadero protagonista. El derecho a la administración de justicia es un derecho fundamental de aplicación inmediata y es un

pilar fundamental del estado social de derecho. Derecho que también comprende la ejecución de la sentencia.C.279 de 2.013
4. El derecho y de acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva son los principios y derechos que legitiman y dan razón de ser al tramite judicial y la función pública judicial; siempre en busca de la solución justa y eficiente en el proceso.
5. El orden justo y el interes por el orden público que irradia toda la C.P. de 1.991, en su preámbulo, en el art. 2 y 228, integrado con el art. 229, significan la administración de justicia como una función publica esencial, y como un derecho fundamental de cada persona. Uno y otro significan en conjunto, el fortalecimiento de la función judicial y compromiso férreo de los servidores públicos con la consecución de la justicia material.
6. El paso del tiempo, la claridad, la certeza, la seguridad jurídica, la confianza legítima, son indispensables para la paz. Se torna indispensable establecer la relación del derecho con el tiempo, y la relación del derecho con las tecnologías de la forma que mas se ajusten a las realidades sociales, nacionales, regionales y locales, con el objeto de hacer realidad los propósitos que inspiran a la Constitución en materia de justicia. A lo que se suma el deber de interpretar la ley para que las normas cumplan su propósito y la finalidad con la que fueron dadas. Las normas procesales están concebidas para promover el derecho de acceso a la administración de justicia, estamos llamados a simplificar los trámites y des formalizar el proceso. Se requieren ajustes a esta altura de 10 años de vigencia de nuestro CGP, y caminamos en ese sendero.

3.

Diversidad, inclusión, género, racismo y pobreza-intersecciones

LA CONCURRENCIA DE CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN FRENTE A LAS REGLAS DEL PROCESO PENAL 359
Edgard Osorio Osorio

ENFOQUE RACIAL EN EL PROCESO UNA MIRADA CONSTRUCTIVA 373
Humberley Valoyes Quejada

PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD LEGAL Y ACCESO A LA JUSTICIA PENAL INCLUSIVA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD 389
Liliana Rojas Rojas

LA CONCURRENCIA DE CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN FRENTE A LAS REGLAS DEL PROCESO PENAL

*Edgard Osorio Osorio**

RESUMEN

Colombia hace parte del sistema interamericano de derechos humanos, útil materialmente para combatir y erradicar las desigualdades existentes entre las personas por razón del género, la diversidad, la pobreza, la discriminación y la privación de derechos económicos, civiles, políticos y culturales, comprometiéndose de esta manera a garantizar los derechos a la vida, la dignidad, igualdad material y la libertad de todas los seres humanos sin distinción alguna, y sin mal trato por aquellas condiciones en cualquier ámbito social, y necesariamente en el ámbito judicial, dentro de cualquiera de las jurisdicciones y competencias legales.

Convenciones como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que rige en Colombia desde la adopción de la Ley 51 de 1981, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado en Colombia, mediante la Ley 74 de 1968, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en la Mujer (CEDAW), aprobada por Colombia en virtud de la Ley 12 de 1991, La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en Belem do Pará, instrumento que entra en vigencia en Colombia mediante la Ley 248 de 1995, son algunos de los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano.

Todas las altas Corporaciones Judiciales en Colombia, llámense Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, se han comprometido a respetar esos convenios, por lo que, por medio de sus Jurisprudencias han

* Abogado, profesor universitario. Miembro del ICDP. Especialista en Derecho Penal.

creado una serie de criterios diferenciales a la hora de resolver conflictos en los que se vea implícita alguna forma de discriminación por causa del género.

Así las cosas, el tema que se abordará en esta conferencia dentro de este XLIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal es la necesidad y obligatoriedad de la aplicación de las reglas impuestas en la ley sobre la valoración probatoria dentro del proceso Penal en los eventos que se evidencie alguna de las causas de discriminación humana, para afirmar que la correcta aplicación de las reglas legales teniendo en cuenta el derecho a la igualdad material, frente a los fines del proceso penal y la legalidad del procedimiento, constituye la garantía para que esos criterios diferenciales a emplear, no desequilibren la aproximación a la verdad y a la justicia.

Palabras clave: Proceso Penal, Enfoque De Género, Intersecciones, Valoración probatoria.

INTRODUCCIÓN

El tema que se abordará en esta conferencia es el relativo a las reglas de valoración probatoria en el procedimiento penal, frente a las diferentes causas de discriminación que pueda padecer alguna de las partes dentro del proceso, ya sea por cuestión de su género o de otras diferentes causas de discriminación que se presenten, en su perjuicio en el ámbito procesal y probatorio. Para ello, explicaremos conceptos de absoluta relevancia en la actualidad, por lo que desarrollaremos esta exposición en cinco puntos, y son los siguientes:

(i) Género.

(ii) Enfoque de Género.

(iii) Concepto de intersecciones.

(iv) Explicaremos que existen cambios en los criterios de valoración probatoria en materia penal, cuando confluyan circunstancias de discriminación sobre las víctimas de conductas cometidas como una específica forma de violencia de género.

(v) Conclusiones.

1. ¿QUÉ ES EL GÉNERO?

Según investigación realizada por Cobo Bedía (2005), denominada *"El género en las ciencias sociales",* el concepto de género, en la manera en que hoy se entiende, es acuñado en el año 1975 por la antropóloga feminista Gayle Rubín.

Fue ella quien por primera vez entendió al género no como el sexo biológico sino como una construcción cultural, en palabras de Cobo Bedía "*el sexo lleva la marca de la biología y el género la marca de la cultura".*

Podemos indicar, que el concepto de género de forma amplia se refiere a los roles sociales, a los comportamientos, a las actividades y a los atributos que una sociedad establece como apropiadas, ya sea para hombres o para mujeres.

En otras palabras, y para ser más concretos, el género es una categoría que designa unos roles específicos, ya sea a mujeres, hombre o a las personas que no identifican con estos dos géneros, partiendo de las costumbres específicas de cada sociedad y de los individuos. Es decir, que en la actualidad se esté constantemente hablando de desigualdad de género, al valorarlas sólo en razón a cuestiones biológicas, por las cuales a lo largo de la historia se les han atribuido eiquetas y roles individuales, familiares, y sociales bajo el precepto de que éstas tienen un carácter natural, por ejemplo, su asignación al espacio doméstico por su rol de madre, pero, lo que a su vez ha implicado su separación de otros escenarios como lo son el ámbito público y político.

Teniendo claro este concepto, y en virtud de las desigualdades que han surgido a lo largo de la historia, debemos proseguir con el siguiente concepto: Enfoque o perspectiva de Género.

2. ¿QUÉ ES EL ENFOQUE DE GÉNERO?

Según investigación realizada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos[1], La perspectiva o el enfoque de género es el mecanismo que permite analizar las características que definen a las mujeres y a los hombres de manera específica, así como también analizar sus semejanzas y sus diferencias, al igual que las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre los géneros para, de esta manera, luego de haber entendido las diferencias entre ambos, promover en cualquier ámbito de la vida, por la igualdad y la equidad mediante un trato diferenciado que permita satisfacer las necesidades de cada persona según su condición de género.

En lo que se refiere a la aplicación del enfoque de Género al derecho, según artículo investigativo elaborado por Mantilla Falcón, denominado *"La impor-*

[1] El Instituto Interamericano de Derechos Humanos es una institución académica dedicada a la investigación, y a la educación en derechos humanos. Su creación se remonta al año 1980 gracias a un convenio suscrito entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la República de Costa Rica.

tancia de la aplicación del enfoque de género al derecho", la principal crítica que se realizaba era en relación con lo neutral que podían ser las normas e instituciones jurídicas, lo que según el criterio de colectivos minoritarios resultaba en la desprotección de sus grupos.

Sin embargo, los métodos de análisis jurídico fueron los más cuestionados, porque muchos entendieron que el problema no siempre se encontraba en las normas jurídicas, sino en la forma como se interpretaban e implementaban.

En respuesta a lo anterior fueron elaborados algunos tratados específicos, que enunciaremos a continuación:

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la resolución 34/180, adoptó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la cual impuso a los Estados parte tomar todas las medidas necesarias, incluyendo las de carácter legislativo, para garantizar a las mujeres las libertades fundamentales y la igualdad de condiciones respecto al hombre, en todas las esferas sociales, políticas, económicas o culturales.

En el año 1992, el Comité de la misma Convención elaboró la Recomendación General 19, donde se plasmó que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que cercena a las mujeres de la capacidad de gozar de derechos, por lo que se aceptó que existía una desigualdad respecto a los hombres.

En el año 1994, se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belem do Pará–. Por medio de ella se reconoció y definió la violencia de género, como la acción o conducta, basada en el género, que cause muerte, daño físico, sexual o psicológico a la mujer, en cualquier esfera social.[2]

Respetando lo anterior y aterrizando al plano judicial colombiano, la Corte Constitucional reconoció estos tratados internacionales, y a través de sus Jurisprudencias, como la decisión de tutela T-462 de 2018, introdujo una serie de reglas para el análisis de los casos donde sea necesario aplicar un trato diferencial, por lo que se ha indicado en esas decisiones que es un mandato Constitucional y Supraconstitucional, que todas las autoridades judiciales obren de manera que permita identificar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional; es decir, las diferentes causas de intersec-

[2] Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará). 1994. artículos 1 y 2.

cionalidad, a la que históricamente han estado sometidas algunas minorías, ya sea por cuestión de su género, raza, condición social, etc., por lo que ha sido muy preciso el alto Tribunal, en manifestar que esa responsabilidad recae especialmente en quienes integran la rama judicial, pero sobre este particular aspecto profundizaremos más adelante en el capítulo cuarto de esta conferencia.

3. ¿QUÉ SON LAS INTERSECCIONES?

Según la investigación realizada por Rodríguez Gutiérrez (2019), denominada *"La discriminación interseccional en el discurso Jurídico",* A raíz de los movimientos feministas de las mujeres afrodescendientes en los años ochenta y noventa surge el concepto de discriminación interseccional.

Es de suma importancia resaltar, que particularmente esos movimientos feministas surgen debido a la situación específica de violencia a la que se enfrentaban las mujeres racializadas en Estados Unidos en los años setenta. Es decir, las mujeres pertenecientes a estos movimientos percibieron al racismo, a la discriminación de género y otros factores, como formas de opresión simultáneas. Debido a ello, el tema comenzó a ser discutido por los círculos de mujeres feministas afrodescendientes, en los años ochenta y noventa.

De acuerdo con Rodríguez Gutiérrez (2019), fue Kimberlé Crenshaw[3] en 1991, la primera persona en estudiar las causas de interseccionalidad, encontrando específicamente al racismo, a la opresión de clase, al machismo, a la pobreza, como los principales factores que generan discriminación por más de una causa.

En ese sentido, el debate sobre interseccionalidad se fue enriqueciendo con conceptos como identidad sexual, identidad racial, identidad de género, identidad de clase, de etnias. Y ello fue así porque el concepto de interseccionalidad no solamente se refiere a la discriminación de manera genérica como la exclusión basada en motivos de raza, color o nacionalidad, sino que el concepto en sí mismo se extendió a otros factores como el género.

Así las cosas, la discriminación interseccional consiste en la concurrencia de elementos que ocasionan un tipo de discriminación especial, donde confluyen varias causas, la cual difiere de otras formas de discriminación basadas en un

[3] Kimberlé Williams Crenshaw, es una defensora de los derechos civiles estadounidense y destacada académica de la teoría crítica de la raza. Actualmente funge como profesora en la Facultad de Derecho de UCLA y en la Facultad de Derecho de Columbia , donde su cátedra se especializa en cuestiones de raza y género.

solo factor. O sea, cuando se discrimina a una persona por ser mujer y por ser de raza negra, por ejemplo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2015, se pronunció por primera vez y de manera enfática reconociendo al concepto de intersecciones, y ello ocurrió dentro del caso denominado *González Lluy y Otro vs. Ecuador,* manifestando el Honorable Tribunal que dentro de ese caso, contra la actora, quien era una niña para la fecha de los hechos "*confluyeron en forma de intersecciones múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH*"[4]. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015), lo que motivó en esa oportunidad a la COIDH a declarar como responsable al Estado de Ecuador por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a otras garantías de la menor GONZALES LLUY y otros.

De todo de lo hasta ahora expuesto, se puede concluir que el término al que hemos hecho referencia no es tan nuevo, pero sí lo es para los Tribunales Constitucionales y los Internacionales. No se puede desconocer que este concepto servirá en buena parte para que las autoridades de diferentes jurisdicciones emitan pronunciamientos garantistas frente a casos concretos donde confluyan varios motivos de discriminación.

4. CRITERIOS DE VALORACIÓN PROBATORIA EN MATERIA PENAL, CUANDO CONFLUYAN CIRCUNSTANCIAS DE DISCRIMINACIÓN SOBRE LAS VÍCTIMAS DE CONDUCTAS COMETIDAS COMO UNA ESPECIFICA FORMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Como ha sido indicado anteriormente, la valoración probatoria en la mayoría de las áreas del derecho ha sido el aspecto más cuestionado "*por no aplicar una perspectiva de enfoque de género*"[5]. De esa crítica no se ha escapado el derecho Penal. Muchos colectivos feministas señalan que dicha valoración se realiza de

[4] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 1 de septiembre de 2015. Caso Gonzales Lluy y Otros Vs. Ecuador.

[5] MANTILLA FALCÓN, Julissa. (2013) La Importancia de la Aplicación del Enfoque de Género al Derecho: Asumiendo Nuevos Retos. Themis Revista de Derecho. Perú.

una forma neutral, lo que termina siendo, según su criterio, discriminatorio por no valorarse las circunstancias específicas de cada caso y cada persona.

No obstante desde el diseño del procedimiento penal mismo, el legislador previó como principio rector del mismo no sólo la prelación de los tratados internacionales, entre ellos, aquellos mediante los cuales adquirió los compromisos para erradicar cualquier clase de discriminación, sino también que consagró el principio a la igualdad[6], mediante el cual le impuso la obligación a los servidores judiciales proteger de manera especial a aquellas personas que por su condición económica, física y mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, pero además que en ningún caso el sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional y familiar entre otros aspectos que por siglos han sido utilizados como formas de discriminación, sean utilizados dentro del proceso penal con ese fin.

Debemos recordar que en el artículo 16[7] de la Ley 906 de 2004, el legislador impuso al Juez Penal de Conocimiento la obligación de formar su convencimiento exclusivamente en pruebas producidas durante el juicio oral[8], lo que implícitamente se conoce como principio de inmediación, que impone como regla que en el juicio oral se estimará como prueba únicamente la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

De lo anterior, se puede concluir que el Juez Penal de conocimiento, sin importancia del delito ante el cual se encuentre, sólo puede basar su decisión en las pruebas que se hayan producido dentro del juicio oral, pues sólo son estas las que demostrarán o no los hechos materia del proceso.

En ese orden, nos remitimos a los artículos que indican cómo deben apreciarse los diferentes medios de conocimiento, es decir, cómo deben apreciarse los testimonios, cómo debe apreciarse la prueba documental, las pruebas de referencia, y las demás existentes en el ordenamiento jurídico[9], y llegamos a

[6] Ley 906 de 2004. Artículo 4. "IGUALDAD. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta."

[7] ARTÍCULO 16. "INMEDIACIÓN. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas."

[8] Exceptuando de esto y de manera excepcional a las pruebas anticipadas.

[9] Código De Procedimiento Penal. Artículo 404. "APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científi-

la conclusión que el sistema de valoración que rige en Colombia en materia penal, es el de la libre convicción, que pese a ser libre, debe estar fundamentado en la sana crítica probatoria, la cual a su vez debe fundamentarse en las reglas de la lógica, las reglas de la experiencia, las reglas de la ciencia, entre otras reglas técnicas que son aplicables a todos los procesos penales sin distinguir la conducta punible, su autor, o la víctima.

Debemos establecer entonces, como punto nodal de este subtema, que los criterios de la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del deber constitucional y legal que les asiste como servidores judiciales, han honrado los compromisos asumidos en los diversos tratados internacionales relacionados con la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia de género.

Según el criterio de interpretación desde esa perspectiva, en caso que las conductas punibles por las que se acuse a determinada persona, se adecuan a un tipo penal como una específica forma de violencia de género, y además afectan claramente los derechos económicos y patrimoniales de la víctima, las autoridades judiciales están en la obligación de actuar acorde a unos criterios diferenciales durante todo el proceso penal, aún desde la etapa de indagación, hasta el momento de proferir la sentencia con base en las pruebas debatidas en el juicio, y debidamente valoradas, como por ejemplo el testimonio de las víctimas, hombres, mujeres o quienes se identifiquen con un género distinto a estos, a la luz del enfoque de género, ello de acuerdo con la decisión T-012-2016 de la Corte Constitucional y sentencia SP849-2022,

ficos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.".

Artículo 420. "APRECIACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.".

Artículo 432. "APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL. El juez apreciará el documento teniendo en cuenta los siguientes criterios: 1. Que no haya sido alterado en su forma ni en su contenido. 2. Que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración o atestación de verdad, que constituye su contenido. 3. Que dicho contenido sea conforme con lo que ordinariamente ocurre.".

radicado número 51402, del 16 de marzo de 2022 proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

En lo que a criterios de valoración diferencial se refiere, lo que impuso al juez penal esas jurisprudencias, fue el deber de analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones de la realidad, lo que implica que, en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y según ese criterio, se justifique un trato diferencial.

Otro requisito impuesto en los últimos años por la Jurisprudencia a los Jueces es que, a la hora de realizar la valoración probatoria, no deben tomar decisiones con base en estereotipos de género, así como también se impuso la obligación de evitar la revictimización de la mujer y reconocer las diferencias existentes entre hombres y mujeres.

Pero de los aspectos impuestos a los Jueces respecto a la valoración probatoria que más llama la atención, *"es la obligación que tiene el Juez de flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes".*[10]

Esta exigencia debe ser implementada con sumo cuidado, toda vez que el funcionario judicial siempre debe garantizar los derechos de todas las partes dentro del proceso, sea víctima o procesado. Pero sabemos también que debe cumplir obligatoriamente con lo ratificado por Colombia en los diversos tratados internacionales referentes a la eliminación de cualquier tipo desigualdad entre los géneros en aras de garantizar los derechos de las víctimas de conductas que hayan sido ejercidas como una específica forma de violencia de género.

Ante esos dos escenarios, creemos que la Ley 906 de 2004 otorga la solución, al consagrar la libre valoración probatoria como el método a aplicar por los Jueces de conocimiento, el cual se fundamenta en la sana crítica, y exige que la apreciación de todos los elementos de prueba se realice en conjunto.

Los Magistrados de las altas corporaciones, con fundamento en la interpretación de los derechos de todas las personas, imponen la obligación al Juez Penal de flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, pero éste criterio solo podrá efectuarse cuando, posterior a la apreciación en conjunto de todos los elementos, las pruebas directas resulten insuficientes.

[10] Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP849-2022 del 16 de marzo de 2022. Radicación No. 51402. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

Sin embargo, este criterio no significa que se debe dar por probado un hecho alegado por la persona en quien concurren una o varias causas de discriminación, por el solo hecho de quien rinde su testimonio, o no creerle al acusado, hombre, por ejemplo, por el sólo hecho de serlo, sino valorando el testimonio en conjunto con las demás pruebas; y construir indicios de manera correcta, respetando sus elementos. Esas declaraciones deben obtenerse de la manera más amable, considerada, pero legal. La comprensión prestada al declarante, también hace parte de la práctica y valoración probatorias con base en el enfoque de género. Esta forma requiere competencias, buena educación, y entendimiento de las características de género y del contexto social del que hace parte el declarante, sea acusado o víctima.

Otro aspecto importante para tener en cuenta es el estándar probatorio exigido para condenar, el cual se encuentra plasmado en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, y es importante remitirnos a ello toda vez que los estándares probatorios mínimos en cualquier proceso Penal, sin importancia del delito, sin importancia de quien sea la víctima o quien sea el procesado, deben estar orientados a lograr un conocimiento suficiente de los hechos a través de todas las pruebas debatidas en juicio, pues solo ello permitirá demostrar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable.

Por lo tanto, si ante un caso penal, en el que la víctima sea una mujer o un hombre o una persona de distinto género, y la conducta cometida contra ellos devenga como una determinada forma de violencia de género, la flexibilización de la carga probatoria solo podrá efectuarse cuando obren dentro del proceso elementos probatorios que permitan determinar certeramente la responsabilidad penal de quien ha sido procesado.

En ese sentido ha sido muy precisa la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia[11], en señalar que la aplicación de un trato diferencial no implica, una flexibilización o inobservancia del estándar probatorio exigido para condenar, ni comporta la idea de que el testimonio de las víctimas deba acogerse irreflexivamente o aceptando pruebas violatorias de derechos fundamentales.

Este último aspecto, es lo que motivó esta investigación, pues, hace que nos cuestionemos, si los criterios diferenciales de valoración dados por la jurisprudencia respecto a las conductas cometidas como una determinada forma de violencia de género, contraen o no el ordenamiento jurídico vigente.

[11] Entre otras decisiones, CSJ, SP931-2020, de 20 de mayo de 2020, Rad. 55406; SP4135-2019, de 01 de octubre, Rad. 52394 y SP de 11 de julio de 2018, Rad. 50637.

5. CONCLUSIONES

De lo hasta ahora analizado podemos concluir que el análisis probatorio dentro del proceso penal en sí mismo debe ser neutral, esa es la función de un servidor judicial, por supuesto deberá tener en cuenta los factores que sensibilizan a un sector poblacional por su género, por su raza o ideología al vedar cualquier posibilidad que estos aspectos sean utilizados dentro del proceso como factores discriminatorios.

Así lo han venido sosteniendo las Altas Cortes a través de sus jurisprudencias, pero la aplicación y el respeto de los principios rectores del procedimiento penal no pueden ser sacrificados para dar prevalencia a una falsa igualdad en el que se vean anulados los derechos de los procesados sobre el de las víctimas.

Exigir o criticar que el juez penal en casos de violencia de género ejerza un rol neutral, desconoce en sí mismo el principio constitucional de igualdad material[12][13], pues en ningún caso "*pueden ser otorgados privilegios, ni pueden ser fijadas exclusiones o limitaciones por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. De esta manera, establecer una exclusión o una diferencia de trato por ser mujer, resulta en principio inconstitucional.*"[14] Y más aún desconoce el principio rector de imparcialidad.

Lo cierto es que tanto el legislador, como los Magistrados y Jueces, han desarrollado con gran esmero promulgar leyes y proferir jurisprudencias que se encuentran acordes con el enfoque de género, hasta el punto de flexibilizar los criterios de valoración probatoria con el fin de reconocer las circunstancias de debilidad en las que se pueden ver involucradas las víctimas con ocasión al rol que desempeñan en la sociedad sea por su género, raza o cultura.

[12] Constitución Política. Artículo 13. "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

[13] Corte Constitucional. Sentencia T-432 del 25 de junio de 1992. Ref.: Proceso de tutela No. 860. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez. "La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad.".

[14] Corte Constitucional. Sentencia C-586 del 26 de octubre 2016. Referencia: Expediente D-11339. M.P. Alberto Rojas Ríos.

BIBLIOGRAFÍA

CARBONELL, Miguel; RODRIGUEZ ZEPEDA, Jesús; GARCIA CLARK, Rubén; y GUTIERREZ LÓPEZ, Roberto. (2007). Discriminación, Igualdad y Diferencia Política. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. México.

COBO BEDIA, Rosa. 2005. El Género en las Ciencias Sociales. Universidad de A. Coruña. España.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (2022). Colombia.

COMISIÓN NACIONAL DE GENERO DE LA RAMA JUDICIAL. (2011). Los Derechos de las Mujeres y la Perspectiva de Género, un Marco Jurídico para la Acción Judicial. Colombia.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (Convención de Belém Do Pará). 1994. Artículos 1 y 2.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-432 del 25 de junio de 1992. Ref.: Proceso de tutela No. 860. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-586 del 26 de octubre 2016. Referencia: Expediente D-11339. M.P. Alberto Rojas Ríos.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-462 del 3 de diciembre de 2018. Expediente T-6.328.979. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 1 de septiembre de 2015. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia SP de 11 de julio de 2018. Radicado 50637, (Aprobado Acta n° 227). M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia SP4135-2019 del 1 de octubre 2019. Radicado 52394. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia SP931-2020 del 20 de mayo de 2020. Radicado 55406. M.P. Hugo Quintero Bernate.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia SP849-2022. del 16 de marzo de 2022. Radicación No. 51402. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

LAMAS, Marta. (A.D.) La Perspectiva de Género. Revista de Educación y Cultura.

MANTILLA FALCÓN, Julissa. (2013) La Importancia de la Aplicación del Enfoque de Género al Derecho: Asumiendo Nuevos Retos. Themis Revista de Derecho. Perú.

OJEDA, Hernán Alberto. (2019). Tesis: Análisis de la Libre Valoración De La Prueba A Partir de las Máximas de la Experiencia. Universidad Santiago de Cali.

PARRA QUIJANO, Jairo. (2011). Manual de Derecho Probatorio. Décima Octava Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Colombia.

RODRÍGUEZ GUTIERREZ, V. (2019). La Discriminación Interseccional en el Discurso Jurídico. Revista Nuevo Derecho.

ENFOQUE RACIAL EN EL PROCESO
UNA MIRADA CONSTRUCTIVA

*Humberley Valoyes Quejada**

RESUMEN

A propósito de la simbiosis entre derechos humanos y proceso que constituye el eje transversal de la versión cuadragésimo tercera del Congreso Colombiano de Derecho Procesal, estimo muy apropiado proponer algunas reflexiones acerca de la perspectiva interseccional étnica en la esfera judicial.

Es bien conocido que los avances sociales de los últimos tiempos han propiciado espacios incluyentes de personas o colectividades que por distintas razones han sido víctimas de exclusiones y discriminación. Estos cambios han suscitado la imperiosa necesidad de que la administración de justicia al encarar determinados conflictos aplique enfoques diferenciales en beneficio de los históricamente marginados, en cuyo marco se ubican las poblaciones étnicas indígenas y afrodescendientes.

Las últimas, a diferencia de las primeras, están sometidas a la jurisdicción ordinaria. De manera que, el desarrollo de los procesos judiciales donde se ventilan sus intereses torna indispensable conocer las implicaciones del criterio de identidad individual y grupal del cual se desprende la cultura autóctona de sus miembros, pues la Constitución Política reconoce la multiculturalidad como elemento fundante en todas las manifestaciones del Estado democrático.

* Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, especialista en Derecho Comercial y Procesal Civil. Docente universitario, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y de sus Capítulos Villavicencio y Urabá. Ex-profesional Especializado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Actualmente Juez Primero Civil del Circuito de Apartadó – Antioquia.

De cara a esa óptica, la función del juez debe orientarse a atender las realidades sociales con cimiento en perspectivas diversas cuando las particularidades de los asuntos sometidos a su conocimiento impongan materializar los postulados de igualdad material y tutela judicial efectiva, como consecuencia de reprender la discriminación. Esta tarea presupone un ejercicio de valoración fáctica, jurídica y probatoria a partir de la erradicación de estereotipos infundados, provenientes de circunstancias vinculadas a la simple etnicidad.

Palabras clave. Administración de justicia, discriminación, enfoque, igualdad, juez, multiculturalidad, nación, proceso y raza.

APROXIMACIÓN

A mediados de la década del noventa, una disputa de tendencia política y de poder desembocó en el intento por exterminar a la población Tutsi ubicada en gran parte de la República de Ruanda, continente africano. Todavía la historia evoca con tristeza el genocidio que azotó a esa nación entre abril y julio de 1994 dejando un reporte fatídico de aproximadamente un millón de víctimas, solo por pertenecer al pueblo racial Tutsi.

No únicamente hechos de esa magnitud revelan el vigor de la exclusión social, también la marginación se manifiesta en conductas de escalas de menor entidad que no por ello dejan de ser discriminatorias. Precisamente, refiriéndose al fenómeno de la discriminación, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de señalar que "si el mismo se invisibiliza o se subestima, se podría generar una suerte de inactividad o pasividad por parte de los agentes a los que corresponde su eliminación. Si, por el contrario, se sobredimensiona el problema, se descontextualizan las prácticas de diferenciación entre grupos, o si se atribuyen al fenómeno rasgos que no corresponden a su realidad, se pierden de vista los puntos clave del asunto y las estrategias de acción podrían fallar"[1].

Esta concepción acuña la idea de que el racismo amerita un enfoque auténtico que facilite la adopción de medidas efectivas, eficientes y reales destinadas a combatirlo a partir de su verdadera dimensión, puesto que abordarlo desde una perspectiva inferior a la problemática naturalmente no contribuye a solucionarla, como tampoco lo hace observarla desde un contexto más elevado al verdaderamente padecido. Y como punto de partida, la lucha institucional contra este flagelo social impone apreciar la significancia de nuestro modelo de Estado en consonancia con el sistema jurídico local y foráneo sancionador de los sesgos étnicos.

[1] COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-671 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

El tránsito paulatino del paradigma de Estado de Derecho hacia uno de Estado Social y Democrático de Derecho concita un marco de implicaciones importante en todos los órdenes de la vida social, política, económica, religiosa, ambiental, biodiversa y jurídica. A pesar de ese logro en el sistema estatal proclamado en la Constituyente de 1991, aún en la actualidad se aprecian situaciones vivenciales que desconocen la teleología constitucional y, por consiguiente, sigue siendo imperativo el fortalecimiento de una administración pública con énfasis en los derechos humanos.

El artículo 13 de la "nueva" Carta Magna instituye que todas las personas "recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica", estableciendo a reglón seguido que es tarea del Estado Colombiano promover las condiciones a fin de que esa "igualdad sea real y efectiva, y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

Ese postulado comprende una noción medular en el sentido que la igualdad incumbe llevarla a un plano pragmático, esto es, hacerla visible y palpable en todos los escenarios dondequiera que haya manifestaciones de discriminación o al menos prácticas sociales de inequidad. Desde los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional se dejaron sentadas las bases suficientes para ir construyendo este tejido hacia un horizonte protector, pues en sentencia T-432 del año 1992 la entonces recién inaugurada Corte caviló que: "La igualdad ante la ley y las autoridades ha quedado cristalizada como derecho fundamental por cuanto es esencial al ser humano, pues elimina la esclavitud, la servidumbre, las prerrogativas hereditarias y los privilegios de clases, consideración que es robustecida por la trascendencia que a dicho derecho se le da en la Asamblea Nacional Constituyente y en los instrumentos y pactos internacionales".

Indudablemente, han sido estas aristas las que han conllevado a la aplicación de enfoques diferenciales en el ámbito de la administración de justicia. Y es allí donde con mayor ahínco los ciudadanos deben hallar un escenario de equilibrio para procurar la protección de sus derechos sin limitaciones de ninguna naturaleza ni desigualdades que aminoren sus opciones de defensa.

Puntualmente, en lo que concierne a la esfera étnica, el discurrir de la historia humana ha puesto en evidencia algunos momentos de discriminación que han trasegado desde la esclavitud y la eliminación de la personalidad por el sesgo originado en la tez, hasta evolucionar al reconocimiento progresivo de prerrogativas individuales y colectivas. En nuestro entorno, "La Constitución Política de Colombia, desde el artículo 1º señala que el Estado Colombiano es un Estado pluralista. Así mismo, el artículo 7º de la Carta Magna, hace un reconocimiento expreso a la diversidad étnica y cultural de la Nación, así como a las manifestaciones sociales, culturales y económicas de las diferentes etnias del país. Dicho reconocimiento, implica un deber de no discriminación, en razón a la pertenencia a determinada comunidad, un deber positivo de protección por parte del Estado, y por último, un mandato de promoción, en virtud de la discriminación a la cual estas comunidades étnicas fueron sometidas"[2].

Con ocasión de la Ley 22 de 1981, que ratificó la Convención Internacional Sobre La Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación Racial, el Estado Colombiano asumió el compromiso de prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley. Esa normativa define la discriminación racial como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

A partir de esta órbita, se destaca particularmente el débito de Colombia, como Estado Parte, de resguardar el "derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia", según el literal a) del artículo 5° de la citada Convención. En similar sentido, el artículo siguiente consagra que "Los Estados Partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y

[2] COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-375 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-010 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

adecuada por todo daño en que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación" (negrillas propias).

En la triada de corresponsabilidad familia, sociedad y Estado los órganos de justicia desempeñan un rol preponderante en función del goce pleno de los derechos, entre ellos, a la inclusión social. Pues, los contextos discriminatorios alcanzan diversos matices en el desarrollo de algunas relaciones humanas que aterrizadas al campo estrictamente del proceso jurisdiccional impactan a poblaciones en situación de vulnerabilidad. Por lo general, las colectividades o miembros de poblaciones étnicamente marginadas padecen una serie de problemáticas que trascienden del simple trato discriminatorio y están asociadas en igual medida a niveles de pobreza extrema, falta de oportunidades, limitaciones en el acceso a servicios públicos, bajos estándares de educación, etcétera.

Sobre esta arista, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha constatado que existe "un vínculo innegable entre el racismo y la administración de justicia, que es esencial para poder mejorar el respeto de los derechos humanos de las poblaciones discriminadas. La discriminación racial en la administración de justicia deniega sistemáticamente a algunas personas sus derechos humanos a causa de su color, raza, procedencia étnica, descendencia (incluyendo casta) u origen nacional. De acuerdo a investigaciones recientes los miembros de las minorías étnicas, entre los que se encuentran los afrodescendientes, a menudo sufren torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes por parte de las autoridades policiales o militares, que en ocasiones tienden a su criminalización a priori por su origen racial. En muchas partes del mundo enfrentan juicios injustos y sentencias discriminatorias poniéndolos en riesgo de castigos severos, incluyendo la pena de muerte"[3]

Sumergidos en el campo propiamente punitivo, la actividad represiva del Estado en esta materia se fortaleció con el advenimiento de la Ley 1482 de 2011[4] por medio de la cual se modificó el Código Penal adicionando, entre otros, los artículos 134A y 134B con el propósito de instituir dos conductas punibles: de un lado, actos de racismo o discriminación con pena de prisión de hasta 36 meses y multa entre 10 y 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes. De

[3] Manual de litigio de casos de racismo. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

[4] A su vez reformada por la Ley 1752 de 2015 que incluyó como víctimas de esos delitos a las personas en situación de discapacidad.

otro, hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural, con igual sanción privativa y pecuniaria.

Lo anterior tiene conexión directa con el mandato de universalidad de los derechos humanos en la medida que su ámbito dimensional no puede contraerse a un espacio y tiempo determinados, sino a un amparo extraterritorial, efectivo, completo y permanente, lo que de suyo implica investigar y sancionar dentro del margen de política criminal las opresiones raciales de cualquier envergadura. Con relación a esta temática en un estudio de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se explicó que:

> "En Latinoamérica y el Caribe, el racismo y la discriminación tienen características históricas, económicas, sociales y culturales, que han mantenido a grupos específicos, entre estos los pueblos indígenas, afrodescendientes y mujeres, en condiciones de marginalidad, exclusión y pobreza extrema. En ese sentido, la discriminación es un delito no sólo porque es una conducta contraria a la normativa internacional, sino porque allana el terreno para que se violen sus derechos humanos fundamentales. Igualmente, cuando ésta se funda en prejuicios de raza, identidad étnica, nacionalidad o cultura, afecta además a sujetos colectivos (pueblos y comunidades) que tienen derechos en tanto colectividades, inherentes a su identidad y a su cultura, pero que no siempre cuentan con un estatus jurídico o político (una ciudadanía particular) que les permita defenderse y reclamar"[5].

Estas consideraciones preliminares cumplen la función de aproximarnos a la base ideológica de la multiculturalidad a partir de la concepción jurídica que propugna por materializar la igualdad y la no discriminación por prejuicios de raza. No se desconocen los rezagos de ciertas exclusiones sociales que, en el entorno procesal, demandan aplicar una visión diferencial por parte del juzgador como director y tercero imparcial, a fin de dinamizar las condiciones de los intervinientes en el sentido de prescindir de cualquier señal o práctica discriminatoria lesiva de los derechos fundamentales.

1. CRITERIO DE IDENTIDAD

El desempeño óptimo de las funciones del juez de cara al resguardo de la interculturalidad exige la premisa cardinal de reconocer el valor de la

[5] Cuéllar, Roberto. "Pobreza y derechos humanos: reflexiones sobre el racismo y la discriminación" ONU.

identidad y sus indiscutibles efectos en la conformación de proyectos personales y colectivos.

Entre las diversas acepciones que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española al ocuparse del concepto de identidad, lo define como el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás[6]. Este tema ha sido abordado fundamentalmente desde la óptica filosófica y sobre él han gravitado diferentes corrientes que, por cuestiones de brevedad, en esta ocasión no resulta posible ahondar en detalle acerca de las sendas por las cuales ha recorrido esa problemática desde la época antigua.

Sin embargo, entre los pensadores que con mayor profundidad se han dedicado a este estudio sobresale Renato Descartes, quien en su célebre ideología "pienso luego existo" acopió la conexión entre el sujeto y su identidad a partir de dos criterios elementales: de un lado, la realidad del "yo", y de otro, la perdurabilidad en el tiempo de dicha realidad, lo que le permitió desarrollar una perspectiva ontológica conforme a la cual la identidad fundamental se halla en el ser, significando que el "ser se identifica a sí mismo".

Luego vino la refutación de John Locke anclada en el razonamiento de que la identidad proviene, verdaderamente, de ubicar a un ente en un lugar y tiempo determinados generando la imposibilidad correlativa de admitir a otra persona en ese mismo espacio y lapso; en resumen, el último autor defendió la tesis de que la identidad no es cuestión propiamente del ser, sino que está asociada a nuestra forma de conocer las cosas[7].

En esas orillas argumentativas hace presencia un aspecto común vinculado a la mismidad como factor preponderante, bien por su cohesión con el ser, o ya por su intercomunicación a la hora de percibir el entorno. Aun si se hace abstracción del énfasis de cada uno de esos componentes, fluye con facilidad la idea concerniente a que estas consideraciones trascienden el espectro íntimo del ser, en la medida que su relación social y cultural no se limita permanentemente a su esfera íntima o individual, sino que cobija, obligatoriamente, a todo al entorno en que ejecuta a diario sus actividades de socialización humana. Desde luego que la identidad refleja símbolos y valores en comunidad, al punto que contribuye a la categorización de ciertos indicadores de comportamiento.

[6] https://dle.rae.es/identidad.

[7] Daros, William R. "El tema de la identidad personal en algunos filósofos de la modernidad".

Y es precisamente bajo ese entendido que la identidad alcanza una categoría esencial para la ciencia jurídica, regulatoria de todos los ámbitos de impacto en las relaciones humanas porque, aunque es verdad que la autodeterminación se muestra fundamental en la apropiación de una cultura específica, no pueden soslayarse patrones particulares de la dinámica de todo el tejido social. Al respecto, viene oportuno memorar que por identidad también se entiende "[...] la percepción colectiva de un "nosotros" relativamente homogéneo (el grupo visto desde dentro) por oposición a "los otros" (el grupo de fuera), en función del reconocimiento de caracteres, marcas y rasgos compartidos que funcionan también como signos y emblemas, así como de una memoria colectiva común" (Fossaert, 1983)[8].

Por consiguiente, tanto el procedimiento de creación de la norma jurídica como su aplicabilidad concreta en los casos, deben focalizar las características peculiares del destinatario para facilitar que los derechos individuales o colectivos realmente reciban un tratamiento acorde al marco preciso que encierra el respectivo contorno que los identifica.

2. La función del juez enfrente de los caracteres diferenciales

Ha sido una constante la discusión alrededor de cuál debería ser la verdadera tarea del juzgador en el proceso judicial con tendencia democrática. Los puntos de desencuentro se han acentuado, por regla general, en los poderes de que está dotado el funcionario para impulsar oficiosamente la recopilación probatoria en cuyo marco se encuentran posiciones que abogan por la limitación de esas facultades, y otras que se oponen para que puedan ejercerse de manera amplia en procura de la justicia material.

En ambos modelos ideológicos el sometimiento a la ley es un imperativo que sirve como medida para legitimar las decisiones de los jueces y propiciar su aceptación en el colectivo. Escenario que invita a reflexionar la ley en el sentido más amplio que comprende, además de las disposiciones internas, los tratados internacionales ratificados sobre derechos humanos y otras materias.

En esa tónica, para el profesor español Luis M. López Guerra, la existencia de un sistema democrático supone que la acción de los poderes públicos debe responder a la voluntad popular, voluntad que ordinariamente se expresa a través del poder legislativo, ejercido por asambleas seleccionadas mediante

[8] Gall, Olivia. "Identidad, exclusión y racismo: reflexiones teóricas y sobre México".

elecciones libres. La ley viene pues a legitimar, no sólo la actuación del juez, en cuanto ejecutor de sus mandatos, sino la misma existencia y composición de los órganos jurisdiccionales[9].

Siendo las prerrogativas *ius fundamentales* la piedra estelar del Estado democrático, es claro que la tarea de administrar justicia lleva implícito el imperativo de enlazar el contenido de las leyes con los derechos esenciales de la población, incluso cuando los cambios vertiginosos de la sociedad no se ven reflejados en normas anacrónicas. Y este cometido torna indispensable la comprensión adecuada de los conflictos sociales a partir de sus reales orígenes y, particularmente, teniendo como faro las diversidades protegidas en el ordenamiento.

Ha sido esencialmente el apego a este paradigma lo que ha permitido que las decisiones judiciales se ajusten a la máxima *pro homine* a través de enfoques interseccionales que han logrado asegurar los intereses de personas o grupos en situación de debilidad. Por ejemplo, hoy nadie discute la estimable prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ni el reconocimiento amplio a favor de las mujeres víctimas de violencia, ni de la población con orientación sexual diversa LGBTIQ+, etcétera.

En suma, la actividad de afrontar y dirigir juicios en un sistema jurídico democrático pone de relieve la voluntad popular, y esta, a su vez, reconoce la pluriculturalidad como mandato básico de la convivencia pacífica. Lo que significa que la ejecución de las facultades del juez en el impulso y resolución de los conflictos impone una mirada reflexiva, prudente y razonable dependiendo las circunstancias particulares del asunto, con el fin de garantizar la eficacia y efectividad de los derechos instituidos en el ordenamiento al cual está sometido.

3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL ENFOQUE RACIAL

El vocablo "raza" presupone una identidad específica a partir de características distintivas entre un grupo de personas con similitudes socio-culturales. Son esas cualidades comunes entre ellas que les facilita comunicarse y desenvolverse con total naturalidad en su cosmos. El concepto abordado no pertenece exclusiva ni mayoritariamente al contorno biológico o científico, sino cultural. Pues, el arraigo producido dentro de una colectividad particular obedece al compartimiento de las costumbres, más que a las ciencias naturales.

[9] López Guerra, Luis María. "El papel del juez en una sociedad democrática".

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) estipula que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. En consonancia con ese mandato, la Corte Constitucional ha decantado que la expresión "tribal" comprende los grupos que coinciden en rasgos culturales y sociales (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que hace que sus integrantes se consideren miembros de la comunidad (elemento subjetivo)[10].

Nuestro ordenamiento constitucional pluralista reconoce en el artículo 246 la potestad de los pueblos indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propios hábitos, eso sí, siempre que no resulten contrarios a la Constitución ni a las Leyes.

Sin embargo, no todos los juicios que involucran derechos o miembros de poblaciones étnicas reconocidas se tramitan bajo la égida de una jurisdicción especial. Veamos que la Ley 70 de 1993 define a la comunidad negra como el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación compo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos (art. 2°).

A pesar de que la ley avala el reconocimiento autóctono de la cultura afrodescendiente, no prevé gobernanza propia y, en consecuencia, la resolución de los conflictos surgidos al interior de esos contextos queda sometida al régimen de la jurisdicción ordinaria. Y entonces, surge el cuestionamiento sobre la necesidad de fijar pilares fundamentales para abordar, tramitar y resolver tales controversias con cimiento en un **enfoque especial** que comprenda las condiciones socio-culturales propias de esos ambientes.

Aunque parezca obvio, la misión del juez es impartir justicia. Y no puede garantizarla a partir del desapego, desconocimiento o desinterés por las costumbres de la colectividad específica sobre la cual versa la disputa o involucra a uno de los sujetos procesales. Sería tanto como juzgar una causa sin entender el contexto que la rodea, cuestión de vital trascendencia al punto que siguiendo esos derroteros el artículo 45 de la Ley 47 de 1993 impone que todo servidor público -incluyendo al juez- que desempeñe funciones en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina deberá hablar

[10] COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-667 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos.

los idiomas castellano e inglés para asegurar la accesibilidad y comunicación adecuada con esa comunidad.

Empero, no se trata de que el funcionario judicial esté compelido a sumergirse en una cultura distinta de la suya; ni que, perteneciéndole, utilice su conocimiento o experiencia privada para desatar el pleito valiéndose del insumo cognitivo propio. Simplemente, la situación hace un llamado a la prudencia del fallador para aquilatar un escenario donde confluyan las condiciones de **igualdad material** con el propósito de que los rasgos culturales no se conviertan en una verdadera desventaja para un extremo litigante y, en cambio, un beneficio para el otro.

La situación recobra trascendencia en espacios donde, por ejemplo, la falta de implementación o divulgación de protocolos para la prestación del servicio de justicia ordinaria a la comunidad afrodescendiente incide negativamente en la interlocución, al punto de constituir una barrera injustificada.

En este punto resulta oportuno destacar que, en definitiva, la piedra angular de la administración de justicia con perspectiva diferencial e interseccional se centra en el derecho a la igualdad material, por oposición a prejuicios o tratamientos inequitativos derivados de aspectos étnicos, de género, de orientación sexual, religiosos, políticos, filosóficos, entre otros.

Según el último censo general realizado por el DANE (2018) y publicado en la página web[11], entre la totalidad de la población colombiana se hallan los siguientes reportes de personas vinculadas a estas etnias:

Etnia:	Integrantes censados:
Población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera:	4´671.160
Población indígena:	1´905.617
Población gitana o Rrom:	2.649
Total:	6´579.426

De acuerdo con la misma fuente, el resultado contenido en la tabla anterior corresponde aproximadamente al 12% del total de la población nacional. Lo que significa que, aun siendo minoría, el número no es insignificante y fuerza considerar políticas públicas en todos los niveles para asegurar la prerrogativa

[11] https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/grupos-etnicos/informacion-tecnica.

plena a la diversidad cultural. Marco en el cual pueden tener injerencia los derechos colectivos de la comunidad racial cuando la afectación es generalizada, como suele suceder a manera de símil con problemáticas de despojo masivo de tierras, falta de acceso a vías o servicios públicos, etcétera; o derechos individualmente considerados en espacios donde la discriminación racial agravia a una persona puntual.

En cualquiera de esos escenarios, de afrenta colectiva o particularizada, lo relevante es identificar de qué manera concreta pueden verse eventualmente reducidos los mecanismos de defensa y contradicción, para examinar si concurren situaciones de intimidación, poder, superioridad o sesgo y proceder a equilibrarlas con base en las facultades oficiosas del juez. Este ejercicio constituye una pauta obligada en la apreciación de los hechos y en la valoración probatoria en el sentido de excluir cualquier estereotipo por cuestiones de raza, entendiendo este concepto en toda su dimensión de cultura y nacionalidad.

La multiculturalidad también se relaciona con las brechas que se han expandido a causa de la inmigración, especialmente cuando de allí se derivan circunstancias que afectan el orden público y originan enjuiciamientos para extranjeros, con costumbres diferentes a las nuestras. Con independencia de que ellos deben someterse a las leyes locales, estimo que los juzgadores sí están abocados a obrar conforme los lineamientos trazados precedentemente en aras de escudriñar si el caso exige una lectura distinta.

En sintonía con esta línea, la autora María Patricia Balanta Medina explica que el fenómeno migratorio genera repercusiones "tan importantes como la cohesión social, la puesta en marcha de privilegios para los ciudadanos autóctonos de los países receptores de los inmigrante, provoca reacciones contradictorias que van desde la solidaridad y el reconocimiento de su aportación, el enriquecimiento cultural y la calidad de vida de las sociedades receptoras, hasta la alarma social o el rechazo explícito y la xenofobia"[12].

Corresponde señalar que esta temática admite distintos esquemas en que pueden matricularse el estudio del enfoque diferencial étnico, pues su desarrollo involucra aristas de tipo cultural, sociológico, histórico y jurídico que hacen visible sus complejidades. Al punto que la profesora Ruby Esther León Díaz se dio a la tarea de mencionar varios de esos sistemas, dentro de los cuales hoy nos parece importante destacar el que denominó "modelo de

[12] Balanta Medina, María Patricia. "Constitución, función judicial y sociedades multiculturales" Editorial Temis S.A., edición 2021, p. 232.

comprensión". Arguyó que en él resulta crucial entender la realidad social y el estatus jurídico de los grupos étnicos reconocidos en Colombia. Esa compresión se interconecta con algunos derechos colectivos asociados a la etnicidad con el propósito de implementar procesos de formación y concientización al interior de las instituciones sobre la relevancia y el amparo legal del cual gozan los grupos étnicos[13].

Todo esto para recalcar que la definición de una controversia acorde con una óptica interseccional implica, entonces, como primera medida, detectar si el contorno fáctico debatido ofrece elementos propios de discriminación racial y si ellos fueron capaces de alterar en algún grado la situación materia del proceso. Esto es, establecer si los rasgos discriminatorios realmente tuvieron incidencia para perjudicar a la parte que los padeció de cara al objeto preciso del litigio, al punto que la situó en un extremo de desigualdad procesal, única hipótesis en la que estaría habilitada la perspectiva diferencial para restaurar la igualdad material.

Por el contrario, si dicha igualdad no se percibe lesionada o amenazada concretamente en el discurrir del proceso, la simple autodeterminación como miembro de una comunidad étnica deviene insuficiente para resolver el asunto con enfoque diferencial. Esto se justifica en la medida que la visión interseccional propende por recomponer o resguardar la equidad y la justicia en la decisión, no para beneficiar a un interviniente por la sola circunstancia de pertenecer a un grupo históricamente marginado.

4. INCIDENCIA DE LA PERSPECTIVA ÉTNICA EN EL CONTEXTO DEL PROCESO JUDICIAL

El proceso judicial es una herramienta pública de innegable valía para sostener el orden pacífico y justo de la sociedad, de allí que no resulta extraño a las vivencias cotidianas cuyo desenvolvimiento suele exhibir las creencias generalizadas que se han venido construyendo con el paso de los años. Esta breve trazabilidad nos ubica en el punto exacto de que los patrones de comportamiento humano salen a flote en el contexto procesal, al fin y al cabo, el proceso está diseñado por seres humanos, uno de ellos también es quien dirige su curso, y sus destinatarios son de la misma especie.

[13] León Díaz, Ruby Esther. "El enfoque diferencial étnico-racial para personas, colectivos, comunidades y pueblos negros afrocolombianos raizales y palenqueros. Reflexiones para la práctica

Luego, todo su arco aparece naturalmente tan impregnado de la condición humana, que hasta difícil resulta en la práctica exigir del juez, un humano más, que se separe de sus convicciones personales al momento de fallar.

No se puede desconocer que la relación social de la raza negra históricamente ha estado subyugada a las querencias o voluntades de otras que se han creído superiores, al punto de haber logrado su esclavitud. Sometimiento del cual se han derivado una serie de estereotipos tradicionales al extremo de considerar, por ejemplo, que el hombre afrodescendiente posee mayor fuerza física y, consecuentemente, es más propenso a la comisión de delitos que impliquen potencia. Lo corrobora un autor canadiense que se aventuró a sostener que las personas de raza negra son "menos inteligentes y menos capaces de ejercer el autocontrol, de realizar una organización social compleja y de mantener la estabilidad familiar"[14].

Todos esos prejuicios desencadenan conductas inapropiadas. No son pocos los casos que captan la atención del público internacional como consecuencia de la discriminación racial. Memórese la noticia que se convirtió en portada en las revistas de Estados Unidos el 25 de mayo de 2020, con ocasión de la muerte del afrodescendiente George Floyd –de 47 años–. Según trascendió, su deceso lo causó la asfixia estimulada por un agente de la policía que, al detenerlo y teniéndolo ya inerme con las esposas, lo sometió en el pavimento provocándole ahogamiento al sujetar su rodilla sobre el cuello de la víctima durante ocho minutos[15].

Volviendo al sistema patrio, en palabras de la Corte Constitucional, **"**La raza y el sexo constituyen categorías sospechosas de discriminación, lo que implica que todo tratamiento diferencial fundado en estos criterios se presume como discriminatorio a menos que pueda justificarse a partir de un test estricto de proporcionalidad"[16].

Fíjese entonces que la jurisprudencia ha reconocido la actitud proclive a discriminar con basamentos raciales al punto que ha determinado una "presunción de discriminación". Por ende, la *única forma de* desvirtuarla estriba en acudir a criterios objetivos, razonables y ponderados que excluyan

[14] Rushton, Philippe. "Raza, evolución y comportamiento: análisis desde una perspectiva del ciclo vital".

[15] https://www.iesalc.unesco.org/2020/06/24/el-caso-george-floyd-y-el-racismo-en-los-sistemas-e-instituciones-de-educacion-superior/.

[16] COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-141 de 2015 M.P. María Victoria Calle Correa.

toda estigmatización en los razonamientos fácticos, probatorios y ju*rídicos, cuyo*s ejes centrales deben ser los principios de igualdad material, no discriminación y tutela jurisdiccional efectiva sin distingos de ninguna estirpe.

Es un hecho que la sociedad de hoy se muestra inclusiva y protectora de los grupos históricamente marginados como lo evidencian los múltiples fallos judiciales con perspectivas de género para resguardar a la mujer desamparada, a personas con orientación sexual diversa, etcétera. También son reiterados los pronunciamientos en sede constitucional en orden a garantizar derechos colectivos como la consulta previa de comunidades ancestrales, convirtiéndose en los excepcionales procedimientos que han concitado la aplicación práctica de enfoque étnico.

De manera que, la perspectiva diferencial en razón de la etnia no puede circunscribirse a ese tipo de discusiones de exclusiva raigambre constitucional, sino que debe extrapolarse a juicios de toda naturaleza cuandoquiera que se avizoren comportamientos constitutivos de sesgos discriminatorios lesivos del derecho a la igualdad material. Eventualidades que demandarían del juzgador acercarse a la solución del caso a partir de un análisis explícito del enfoque racial y sus incidencias en el desnivel de las partes involucradas. Solo a partir de esta mirada reflexiva y particular, desde la óptica jurisdiccional, se podrá ir delimitando el camino hacia la aplicación de parámetros que contribuyan a la salvaguarda de la identidad como pilar de la sociedad pluralista.

CONCLUSIÓN

La aceptación de la filosofía multicultural que irradia a nuestro sistema de Estado democrático implica poner a todas las colectividades o individuos en un mismo plano, pensamiento que descarta enseguida la posibilidad de que se cristalicen privilegios injustificados a favor de una cultura determinada. Por eso, resulta contrario a ese modelo establecer un fuero de protección especial en beneficio de la población indígena, negra, afrocolombiana, palenquera, raizal o cualquier otra, distinto de las reglamentaciones emanadas de la propia Constitución a fin de resguardar su identidad individual y grupal.

No obstante, la esencia multiétnica acogida sí impone la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de eliminar los comportamientos que reflejan sesgos, antipatías o estigmatización por cuestiones raciales, cuyo objetivo involucra a las autoridades judiciales para optimizar el razonamiento fáctico, jurídico y probatorio cuando adviertan contextos de desigualdad o discriminación por cuestiones étnicas.

Deberán, entonces, los juzgadores emplear sus poderes correccionales, de instrucción y de oficio para equilibrar la balanza entre los intervinientes en orden a garantizar que el procedimiento no desmejore las condiciones de las personas o grupos implicados. Para ello, se torna imprescindible la elaboración y divulgación de protocolos de accesibilidad por parte del Consejo Superior de la Judicatura que faciliten la interacción de estas comunidades con la justicia ordinaria.

En suma, la decisión de fondo con esta perspectiva interseccional inicia por reconocer la vigencia de prácticas humanas discriminatorias que pueden trasladarse al contexto procesal de distintas maneras, algunas menos perceptibles que otras, pero que en todo caso demandan determinaciones razonables, ponderadas e igualitarias para excluir del debate y de su definición los rezagos que aún quedan del flagelo del racismo.

REFERENCIAS

Convención Americana de Derechos Humanos

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Constitución Política de Colombia

Balanta Medina, María Patricia. Constitución, función judicial y sociedades multiculturales. Editorial Temis S.A., edición 2021.

Manual de litigios de casos de discriminación racial ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

Rey Martínez, Fernando. La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo.

https://williamdaros.files.wordpress.com/2009/08/w-r-daros-el-tema-de-la-dentidad-en-la-modernidad.pdf

https://www.un.org/es/chronicle/article/la-ideologia-del-racismo-el-abuso-de-la-ciencia-para-justificar-la-discriminacion-racial

https://alandar.org/denuncia-profetica/hay-que-reclamar-ahora-el-estado-de-justicia/

https://www.educatolerancia.com/adela-cortina-el-cerebro-tiende-a-la-xenofobia-porque-busca-la-supervivencia/

https://journals.openedition.org/revestudsoc/20317

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032004000200001

PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD LEGAL Y ACCESO A LA JUSTICIA PENAL INCLUSIVA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

*Liliana Rojas Rojas**

1. INTRODUCCIÓN

El cambio de paradigma que trajo la Convención sobre los derechos de personas con discapacidad (en adelante CDPD) supone la superación del modelo médico-rehabilitador y obliga a repensar diferentes aspectos relacionados con las personas con discapacidad (en adelante PcD), desde el discurso de los derechos humanos. Es el caso, por ejemplo, del concepto de capacidad legal, que tiene un efecto de irradiación en todos los ámbitos de vida de las PcD, incluido en el ámbito de su participación en la justicia penal.

El presente escrito tiene por objeto reflexionar sobre algunas implicaciones, derivadas de la Ley 1996 de 2019, para la efectividad del derecho al acceso a la justicia penal inclusiva, el cual se relaciona con otros conceptos, como la discapacidad y la dignidad humana, a la luz de la CDPD. En específico, se hará énfasis en identificar cuál es la importancia que trajo el reconocimiento de la plena capacidad legal para garantizar la participación efectiva de las personas con discapacidad, ante la administración de justicia penal, y cómo estas actúan, en igualdad de condiciones con las demás personas, en el sistema penal acusatorio, bajo el rol de víctimas, como sujetos pasivos de la acción penal, o de otras formas, v.gr., como testigos.

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Estudios avanzados de Derechos Humanos y Especialista en Educación para la Ciudadanía en la Universidad Carlos III de Madrid, Magister en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Litigante en Derecho penal, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y de Alianza Legal por la capacidad legal.

Teniendo en cuenta lo anterior, se busca, a través de este contenido, responder si se requiere una reforma legal para la implementación del sistema de apoyos y ajustes de procedimiento, en favor de las PcD, particularmente en su condición de indiciadas, imputadas o acusadas. Inclusive, si es posible que terminen siendo declaradas como inimputables. O si, por el contrario, el estatuto procesal penal colombiano cuenta con unos parámetros de interpretación suficientes para garantizar el acceso a la justicia penal desde la perspectiva de la inclusión social.

El presente escrito surgió gracias a la experiencia de mi ejercicio profesional como litigante, y de las ideas comentadas en diferentes discusiones enriquecedoras en la alianza por la capacidad legal en Colombia, de la cual tengo el honor de ser parte. También se inspiró en las experiencias documentadas por organizaciones de derechos humanos que representan a las PcD, tales como Documenta, de México, y Plena inclusión, de España, quienes actualmente están implementando mecanismos de accesibilidad para garantizar la justicia penal inclusiva.

Para tal efecto, este escrito se concentrará en el alcance de los conceptos de discapacidad y dignidad humana, de la presunción de la plena capacidad legal de las PcD, y del derecho al acceso a la justicia penal inclusiva de las PcD. Además, se presentarán algunos casos que permitan demostrar la existencia de barreras de acceso a la justicia penal inclusiva. En la misma línea, el trabajo exaltará la importancia de implementar un sistema de apoyos de comunicación y de ajustes de procedimientos en debida forma, como también de salvaguardias para garantizar ese derecho fundamental. Finalmente, se explicará sobre la importancia del principio de integración normativa para la eliminación de esas barreras de acceso.

2. DERECHO AL ACCESO DE LAS PCD A LA JUSTICIA PENAL INCLUSIVA

Para Manuel Ventura, el derecho al acceso a la administración de justicia se entiende como la "posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular"[1]. Por su parte, para la Corte Constitucional, el derecho

[1] VENTURA, Manuel. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad [en línea]. San José, 10, agosto, 2005. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf

hace parte del núcleo esencial del debido proceso[2] y contiene dos dimensiones, una de *tipo formal* y otra de *tipo material*. El primer aspecto se refiere a la facultad de las personas a acudir ante el sistema de administración de justicia físicamente (para la actualidad, también virtualmente). El segundo consiste en la facultad de las personas para que el conflicto planteado ante la administración de justicia sea solucionado de manera pronta, y sin dilaciones injustificadas[3]. El fundamento de este derecho se encuentra en los arts. 29 y 229 de la Constitución Nacional (en adelante CN), así como en los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El acceso a la justicia ha sido reconocido, en su categoría de *ius cogens*, de derecho imperativo o perentorio. Por tanto, su protección crea obligaciones para el Estado de carácter *erga omnes,* respecto de todos, teniendo por objetivo principal y, además, obligatorio la protección de la dignidad humana[4], la cual presenta diferentes manifestaciones. Estas son: el derecho a ser oído, siempre que esté en cuestión la activación, determinación o garantía de un derecho, y de contar con los mecanismos judiciales o extrajudiciales idóneos y suficientes para tal efecto; el derecho a contar con las herramientas idóneas para la solución de controversias y la sanción de los delitos; el derecho a un recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales; el derecho a la defensa; el derecho a un tribunal independiente e imparcial; el derecho a obtener una respuesta en un plazo razonable y que sea acorde al derecho, así como el derecho a que se cumpla lo previsto en ella[5].

Pero, surgen interrogantes como los siguientes: ¿cuál es el contenido que presenta el derecho al acceso a la justicia de las PcD, reconocido en el art. 13 de la CDPD? ¿Por qué se debe garantizar ese derecho en condiciones de igualdad en relación con las demás personas? ¿Se debe garantizar desde la perspectiva de la inclusión social? ¿Quiénes están obligados a garantizarlo en el marco de la justicia penal colombiana?, y ¿en cuáles etapas del proce-

[2] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia T-268 de 1996. (18, junio, 1996). M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá. Corte Constitucional. Sala segunda de revisión. 1996.

[3] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia, C-543 de 2011. (6, julio, 2011). M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá. Corte Constitucional. Sala Plena. 2011.

[4] ACOSTA ALVARADO, Paola. El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2007, pp. 98 y 102.

[5] Ibid.

dimiento penal se debe garantizar? Para responder estos cuestionamientos, es importante conectar los conceptos de discapacidad, dignidad humana y capacidad legal con el derecho a la justicia penal inclusiva.

La CDPD define la **discapacidad** como un "concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo y las barreras actitudinales o del entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones respecto de las demás [personas]"[6]. Se trata de una noción construida a partir del modelo social derechos de las PcD, según el cual se entiende que la vulnerabilidad no surge por la condición individual de las PcD, sino de su entorno que impide el disfrute de los derechos fundamentales.

Respecto al concepto de barreras, es pertinente trae a colación la definición de los distintos tipos, ofrecida por la Ley 1618 de 2013. Al respecto, señala la norma:

> Barreras: Cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad. Estas pueden ser:
>
> a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad.
>
> b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas;
>
> c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad[7].

[6] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (13, diciembre, 2006). Nueva York. Naciones Unidas. 2006, Preámbulo, literal e.

[7] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1618. (27, febrero, 2013). Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Diario oficial. Febrero, 2013. No. 48717, art. 2.

Como consecuencia de lo anterior, las PcD dejan de ser concebidas como seres anormales, minusválidos, o disminuidos. También se les deja de condicionar el acceso a los derechos y beneficios, a cambio de desaparecer u ocultar sus "diferencias" o "deficiencias", a través de los procesos de rehabilitación, curación o tutela, debido a que, bajo el modelo anterior, se entendía la discapacidad como un problema de salud[8]. Por el contrario, bajo el actual modelo social, el Estado tiene la **obligación de remover las barreras,** de tipo actitudinales, comunicativas y físicas, que impiden para estos sujetos la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, incluida la participación en el sistema de administración de justicia[9].

Como lo explica Cuenca Gómez, con la CDPD se abandona la concepción histórica de **dignidad humana** entendida como esencia o naturaleza intrínseca del ser humano, construida a partir de rasgos abstractos y genéricos a partir de la idea de normalidad, que terminaba excluyendo a las PcD[10]. Anteriormente, la idea de personas con capacidad dependía de la clasificación entre sujetos "normales o típicos", dotados de racionalidad sofisticada (o de competencia mental), y quienes podían elegir libremente sus planes de vida y felicidad, en comparación con los sujetos "anormales o atípicos", con su dignidad menoscabada o ausente, los cuales, al no tener la capacidad de elección, simplemente no eran consideradas como personas[11].

Por el contrario, la CDPD actualmente reconoce la dignidad humana en sus dos dimensiones: la *dimensión intrínseca*, la cual acepta la idea de dignidad como valor intrínseco, o punto de partida, que es congénita y ligada a la vida humana desde su inicio, independientemente de sus condiciones concretas.

[8] PALACIOS, Agustina. El modelo social de la discapacidad. En: Elizabeth SALMÓN y Renata BREGAGLIO, eds. Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Lima: Pontifica Universidad Católica del Perú, 2015, p. 9.

[9] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1618. Op. cit.

[10] CUENCA GÓMEZ, Patricia. Derechos humanos y discapacidad. De la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos. En: Anuario de filosofía del derecho [en línea]. 2016. no. 32, pp. 53-83. Recuperado de: https://boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2016-10005300084, pp. 59 y 60.

[11] Ibid. En el mismo sentido, con base en este tipo de estereotipos, basados en la "idea de normalidad", muchos derechos fundamentales fueron negados por razón de la discapacidad, como es el caso de la capacidad jurídica. Situación similar sucedía hace muchos años con las mujeres e, incluso, con las comunidades étnicas.

Esta dimensión se encuentra estrechamente vinculada a la base de los derechos humanos fundamentales y a la radical igualdad de todos los seres humanos. Por su parte, la *dimensión extrínseca* parte de la idea de dignidad como punto de llegada, ligada a la calidad de vida y como una resultante de la misma. De este modo, ante situaciones de grave pérdida de calidad de la vida, se puede entender que ésta ya no merece ser vivida, porque se ha perdido la dignidad, y sin ella la vida no tiene sentido. Esta acepción está vinculada a la efectividad de los derechos[12].

De otro lado, la CDPD, en su artículo 12, reconoce la **plena capacidad legal de las PcD** como atributo de la personalidad, en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida[13]. Los Estados deberán adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad legal. Aunado a esto, el **derecho al acceso a la justicia de las PcD** está regulado en el artículo 13 de la misma Convención. Este precepto regula que los Estados tienen la obligación de garantizar que tales personas participen de manera directa e indirecta en todos los procedimientos judiciales (y en todas sus etapas), eliminando las barreras físicas y actitudinales que impidan la efectividad de ese derecho fundamental y, además, en igualdad de condiciones en relación con las demás personas[14]. También incluye la obligación de realizar ajustes de procedimiento, adecuados a la edad. Finalmente, la Convención exige el deber de capacitar a los operadores de justicia, incluido el personal policial y penitenciario[15].

El artículo 13 convencional no debe interpretarse solamente en armonía con el derecho a la capacidad legal plena (art. 12 CDPD). También se debe interpretar teniendo en cuenta el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 5 CDPD) y el principio de accesibilidad (art. 9 CPDP). Estos elementos están íntimamente conectados para garantizar la plena participación de las PcD en el procedimiento judicial y se encuentran desarrollados en el documento denominado *Los principios y directrices internacionales sobre el*

[12] PALACIOS, Agustina y ROMAÑACH, Javier. El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. España: Diversitas, 2006, pp. 175 y 176.

[13] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea general. Op. cit.

[14] Ibid.

[15] Ibid.

acceso a la justicia de las personas con discapacidad, publicado por la ONU en el año 2020[16]. Estos principios son los siguientes:

- ***Principio 1:*** Todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y, por lo tanto, a nadie se le negará el acceso a la justicia por motivos de discapacidad.
- ***Principio 2:*** Las instalaciones y servicios deben tener accesibilidad universal para garantizar la igualdad de acceso a la justicia sin discriminación de las personas con discapacidad.
- ***Principio 3:*** Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, tienen derecho a ajustes de procedimiento adecuados.
- ***Principio 4:*** Las personas con discapacidad tienen derecho a acceder a la información y las notificaciones legales en el momento oportuno y de manera accesible en igualdad de condiciones con las demás.
- ***Principio 5:*** Las personas con discapacidad tienen derecho a todas las salvaguardias sustantivas y de procedimiento reconocidas en el derecho internacional en igualdad de condiciones con las demás y los Estados deben realizar los ajustes necesarios para garantizar el debido proceso.
- ***Principio 6:*** Las personas con discapacidad tienen derecho a asistencia jurídica gratuita o a un precio asequible.
- ***Principio 7:*** Las personas con discapacidad tienen derecho a participar en la administración de justicia en igualdad de condiciones con las demás.
- ***Principio 8:*** Las personas con discapacidad tienen derecho a presentar denuncias e iniciar procedimientos legales en relación con delitos contra los derechos humanos y violaciones de los mismos, a que se investiguen sus denuncias y a que se les proporcionen recursos efectivos.
- ***Principio 9:*** Los mecanismos de vigilancia sólidos y eficaces tienen un papel fundamental de apoyo al acceso a la justicia de las personas con discapacidad.
- ***Principio 10:*** Deben proporcionarse programas de sensibilización y formación sobre los derechos de las personas con discapacidad, particularmente en relación con su acceso a la justicia, a todos los trabajadores del sistema de justicia[17].

[16] Ese documento de principios se creó como una herramienta de orientación para los Estados que suscribieron la CDPD. Contiene un listado de ejemplos de buenas prácticas, con base en la "experiencia y en ideas que gozan de un amplio consenso" para garantizar el acceso a la justicia en verdaderas condiciones de igualdad y equidad.

[17] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad [en línea].

Siguiendo lo anterior, en el marco del **procedimiento penal,** el acceso a la justicia cobra mayor relevancia cuando se asegura con perspectiva de la inclusión social. En este escenario penal, son diferentes los operadores que están obligados a garantizar el acceso a la justicia: son tanto los jueces, fiscales y defensores públicos, como los particulares que cumplen funciones judiciales (según los términos del art. 116 y 228 Constitución)[18]. Esto también se extiende al personal de la Policía y penitenciaría, en los términos del art. 13 de la CDPD[19]. Finalmente, también se debe asegurar dicho acceso en todas las etapas del procedimiento penal.

3. DESCONOCIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD LEGAL DE LAS PCD EN LA JUSTICIA PENAL. CASOS AL RESPECTO

La Ley 1996 de 2019[20] nace a partir de los pilotos de programa de vida independiente realizados desde el año 2015 por organizaciones de derechos humanos de PcD y del cumplimiento de los siguientes compromisos: a) la aplicación directa del artículo 12 de la CDPD, el cual consagra la igualdad de condiciones para las PcD y la responsabilidad del Estado en esto; b) la Observación General No. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (CRDP) del 2014; las observaciones finales del CRDP al informe presentado por Colombia sobre la implementación de la CDPD del 2016; y c) la aplicación el art. 21.2 de la ley 1618 del 2013, el cual establece las disposiciones para garantizar que las PcD puedan ejercer sus derechos.

La normatividad reconoce a las PcD como sujetos de derechos y obligaciones, con derecho de participación plena y efectiva de la sociedad y no como objetos de "protección". La norma garantiza el derecho de las PcD a la autodeterminación, a tomar a tomar sus propias decisiones y a equivocarse (dentro de una

34 páginas. Ginebra: 2020. Disponible en: https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf, p. 7.

18 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-159 de 2016. (6, abril, 2016). M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá. Corte Constitucional, 2016.

19 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea general. Op. cit.

20 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1996. (26, agosto, 2019). Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Diario oficial. Agosto, 2019. No. 51057.

sociedad de riesgos) conforme a su voluntad, deseos y preferencia, así como en todos los ámbitos de sus vidas. Esa normatividad regula varios aspectos. La cartilla titulada *El ejercicio de la capacidad jurídica: Guía práctica para su aplicación*[21], que me permito sintetizar y de obligatoria lectura, los reseña así:

- **Establece la presunción de capacidad legal de las PcD.** Supera el mito que concebía a las PcD como seres infantes, sin capacidad de discernir entre el bien y el mal.
- **Elimina las figuras de la interdicción e inhabilitación.** Supera la confusión que existía entre los conceptos de capacidad y capacidad legal.
- **Establece un régimen de transición.** La ley suspende los procesos en curso de interdicción, y obliga a revisar las sentencias de interdicción vigentes.
- **Establece el sistema formal de apoyos para el ejercicio de la capacidad legal.** Se garantiza, a través de la celebración del acuerdo de apoyos, por solicitud de adjudicación judicial de apoyos, o, a través de una directiva anticipada. Estos se realizan ante notarías y centros de conciliación.
- **La persona de apoyo que se designa es una persona de confianza.** No sustituye la voluntad y preferencias de la PcD; por el contrario, la persona de apoyo es una persona que facilita la toma de decisiones.
- **Establece el régimen de representación sin sustitución de voluntad.** Puede ser solicitada en los procesos de adjudicación judicial o ser conferida mediante poder o mandato expreso del titular del acto jurídico.
- **Reconoce que las PcD se pueden comunicar de forma diferente al lenguaje oral o escrito,** para la comunicación de las PcD, para la comprensión y para la toma de decisiones, v. gr., a través de medios de comunicación aumentativos o alternativos.
- **La ley incluye la posibilidad de utilizar el criterio "de la mejor interpretación de la voluntad".** Para los casos en que las PcD no puedan manifestar su voluntad o sus preferencias de manera expresa, aún después de ser utilizados los ajustes razonables.
- **Establece el sistema de salvaguardias.** Permiten que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, como, por ejemplo, en la sujeción de los exámenes periódicos del sistema de apoyos.

21 DUQUE, Ingrid y BUSTAMANTE, Juliana, eds. El ejercicio de la capacidad jurídica: Guía práctica para su aplicación [en línea]. s.f. 112 páginas. Disponible en: https://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap_Juridica.pdf.

El **proceso judicial de adjudicación de apoyos para la realización de actos jurídicos** debe estar precedido de un informe de valoración de apoyos y ajustes (razonables y de procedimiento), elaborado por un facilitador[22]. Ese servicio de valoración deberá ser prestado, como mínimo por "la Defensoría del Pueblo, la Personería, los entes territoriales a través de las gobernaciones y de las alcaldías en el caso de los distritos"[23], así como también se habilitarán a las entidades privadas para ello.

En lo que respecta a la manera en que se debe realizar el informe de valoración, el artículo 9 de la Ley 1996 regula este procedimiento, además del documento que contiene los lineamientos y el protocolo nacional, expedido por el Consejo Nacional de Discapacidad en el 2020. Sin embargo, hasta la fecha no se ha expedido la normatividad correspondiente para reglamentar las entidades que presten tal servicio, ni las funciones, las obligaciones y el proceso de designación del facilitador, en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 13 de la misma ley. De cualquier manera, la falta de regulación no es justificación para negar el servicio de valoración ante las entidades públicas mencionadas.

De acuerdo con el documento de los lineamientos mencionado, el informe no es un diagnóstico, no es una prueba psicométrica, ni tampoco estudia la condición de salud de la PcD[24]. Para Pachón Suárez, el colaborador que realiza el informe comprende el conocimiento de la PcD, la identificación, la selección de apoyos y ajustes y, finalmente, la ejecución del plan de apoyos y ajustes.[25]

[22] El informe podrá estar acompañado en la solicitud de formalización de apoyos ante notarías y centro de conciliación. No obstante, a diferencia del proceso de adjudicación de apoyos, no es obligatorio entregarlo.

[23] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1996. Op. cit., artículo 11.

[24] CORREA MONTOYA, Lucas y BAUTISTA QUINTERO Adriana. Valorar apoyos para tomar decisiones. Lineamientos y protocolo nacional para la valoración de apoyos en el marco de la Ley 1996 de 2019 [en línea]. Punto aparte editores, 2020. Disponible en: http://snd.gov.co/documentos/lineamientos-valoraciones-apoyo.pdf, p. 10.

[25] PACHÓN SUÁREZ, Consuelo. Los apoyos y la valoración de apoyos: un acercamiento desde las experiencias de las personas con discapacidad [video de YouTube. En: Apoyos para la toma de decisiones y experiencias de vida (25 de junio de 2021: Bogotá, Colombia). Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. Bogotá: 2021. [consultado el 23 de julio de 2021]. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=k3cW5uhrAhA&t=3s&ab_channel=MinisteriodeJusticiaydelDerechoColombia

3.1 Casuística

La importancia del reconocimiento de la capacidad legal no se circunscribe únicamente al ámbito del Derecho privado. Su efecto de irradiación se extiende a todo tipo de actos jurídicos, incluidos aquellos en donde participan las PcD en el procedimiento penal. Este cambio obliga a todos los operadores a que conozcan la Ley 1996 de 2019 y el modelo social de la CDPD, el cual es un cambio de paradigma para dejar de concebir las PcD, con base en prejuicios y estereotipos[26], como personas incapaces.

Ningún operador está legitimado para impedir la efectividad del derecho al acceso de administración de justicia penal por razón discapacidad, pues sería legitimar la discriminación bajo la idea del proteccionismo excesivo. Todo lo contrario, es obligación del Estado proporcionar las herramientas necesarias para que las PcD puedan participar en el procedimiento penal, desde antes de su inicio, hasta el cumplimiento de la condena. Para ello, debe el Estado eliminar las barreras actitudinales, comunicativas y físicas que impidan el acceso a la justicia.

A continuación, ofreceré algunos casos penales, con el fin de identificar algunas situaciones problemáticas que demuestran la existencia de verdaderas barreras que impiden el acceso a la justicia penal y que tienen relación con la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de PcD y en condiciones de igualdad en relación con las demás personas.

La experta resalta la importancia del facilitador para conocer a la PcD, su entorno familiar y social, cómo se comunica, cuáles son los datos biográficos o historia de vida, los apoyos con los que cuenta la persona, otro tipo de apoyos y si cuenta con apoyos familiares o comunitarios. También deberá indagar por las metas, sueños y aspiraciones de la PcD, los ajustes para participar en la toma de decisiones, los gustos y preferencias y cómo toma decisiones y qué tipo de decisiones toma. Para acceder a la información, es importante que el facilitador utilice herramientas como mapa de relaciones, fichas de datos personales, la observación, la entrevista, el registro de lo observado o los eco mapas, según el caso que trate. Información que se debe organizar, analizar y finalmente registrar en el informe.

[26] Sobre la definición de prejuicio y estereotipo, véase: ROSALES, Pablo Oscar. Una mirada desde lo legal acerca de la discriminación por discapacidad, los estereotipos y la necesidad de toma de conciencia. Su tratamiento en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU (ley 26.378). En: DEL AGUILA, Luis Miguel et al. Discapacidad justicia y Estado: discriminación, estereotipos y toma de conciencia. Buenos Aires: Infojus, 2013, pp. 1-44. Además, AGUILA, Luis Miguel. Estereotipos y prejuicios que afectan a las personas con discapacidad Las consecuencias que esto genera para el desarrollo de políticas públicas inclusivas en cualquier lugar del mundo. En: DEL AGUILA, Luis Miguel et al. Discapacidad justicia y Estado: discriminación, estereotipos y toma de conciencia. Buenos Aires: Infojus, 2013, pp. 45-66.

3.1.1 Caso No. 1: cumplimiento de medida de seguridad por ausencia de sistema de apoyos*

En un proceso penal que se llevó contra un hombre con discapacidad intelectual, por el delito de acto sexual violento, en concurso heterogéneo con hurto calificado y atenuado por hechos del año 2010, el imputado se allanó a cargos para obtener rebaja punitiva. Sin embargo, el juez decidió no avalarlo por ser un posible caso de inimputabilidad, así como también ordenó la valoración de la PcD en medicina legal. Al terminar el juicio oral, fue declarado en esa calidad y condenado a medida de seguridad por 16 años.

Sin embargo, la persona se escapó de la clínica psiquiátrica y cometió otros delitos. Por estos últimos hechos, fue condenado por el delito acceso carnal violento, en concurso con hurto calificado y, una vez cumplida la pena, le conceden la libertad en el año 2019. En el mismo año, el señor nuevamente es capturado y el juzgado que conoció de la ejecución de la sanción entró a resolver si la PcD debía mantener, cambiar o levantar la medida de seguridad en establecimiento hospitalario, debido a que se interrumpió el tratamiento. Para tal efecto, ordenó a Medicina Legal practicar un peritaje.

La psiquiatra dictaminó que la PcD no contaba con una red de apoyo, y que presentaba retraso cognitivo moderado, con notoria incapacidad, tanto para abstraer sus ideas, como para reconocer las propias necesidades de su enfermedad. Además, señaló la incapacidad para conocer las implicaciones de su conducta.

La médica concluyó que la PcD debía encontrarse en un medio de asistencia permanente para *"suplir sus necesidades básicas, instrumentales y de compañía, además de la CONTENCIÓN AMBIENTAL necesaria por su incapacidad de determinar conductas basadas en la moralidad y en las circunstancias e implicaciones de sus actos"**. Esto último, teniendo en cuenta que la PcD reconoció que podía cometer otro hurto por necesidad, que lo haría y, además, que admitió que se había escapado de la clínica porque lo estaban tratando como un "loco", debido a que le estaban suministrando un medicamento que alteraba su estado de salud y porque además sentía desolación por la muerte de su abuela. Con base en ese diagnóstico, el juzgado decidió ordenar la continuación del cumplimiento de la medida de seguridad en el centro psiquiátrico.

* La información reseñada en este caso es parte de un expediente ante un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Comentario: Como se puede observar, el juez con función de control de garantías desconoció la posibilidad de la PcD de acceder a mecanismos de justicia premial que le permitieran descontar el tiempo de encierro por la comisión del delito, con base en la idea de la "rehabilitación". En igual sentido, ha sido una perito-psiquiatra quien determinó la suerte de la PcD, con base en la idea de peligrosidad, y justificando una supuesta ausencia de red de apoyo, a pesar de que el sistema de apoyos no es obligatorio para todas las PcD. Finalmente, el escenario se agrava con el desconocimiento de la plena capacidad legal de la persona para decidir si daba o no su consentimiento para ser internado en un establecimiento psiquiátrico.

3.1.2 Caso No. 2: adjudicación judicial de apoyos en el proceso penal**

En el año 2019, los hermanos menores de una mujer adulta mayor con discapacidad intelectual, diagnosticada con alzhéimer, denunciaron al sobrino cuidador de esa persona, por la posible comisión de los delitos de secuestro simple, abuso de condiciones de inferioridad y violencia de género. La PcD había constituido previamente un poder general para la administración de los bienes en favor del sobrino, razón suficiente para ser denunciado ante las autoridades.

Los denunciantes solicitaron, ante el juez de control de garantías, medidas de protección, con base en la Ley 1257 de 2008, y este le ordenó al supuesto agresor abstenerse de entrar a cualquier lugar donde se encontrara la PcD, y ordenó, además, ingresar a la adulta mayor a un hogar geriátrico y devolver todos sus objetos, documentos o bienes. Finalmente, el juez ordenó designar a uno de los hermanos de la adulta mayor como persona que *"provisionalmente apoyará la administración de sus bienes, además de la comunicación y comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias y asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales de aquella, hasta mientras tanto el juez competente se pronuncie al respecto"* **.

Comentario: El juez de garantías interpretó la Ley 1996 de 2019 con base en la idea de sustitución de voluntad de la persona mayor, sin tener en cuenta cuál era su voluntad y sus preferencias, sobre la necesidad de apoyo para la toma de decisiones sobre la administración de sus bienes. De igual forma, tampoco identificó quiénes realmente hacían parte de su red de apoyo y quiénes podrían asistir aquellas decisiones.

** La información reseñada en este caso es parte de un acta de audiencia de una indagación preliminar ante juez de control de garantías.

Sin avizorar un adecuado cumplimiento de los principios de necesidad, efectividad y proporcionalidad de las medidas de protección, el juez de garantías *de facto* anuló la constitución de un poder que había otorgado previamente la persona mayor y, además, sobrepasó sus propias competencias, reconocidas por el estatuto procesal penal, usurpando, así, las funciones del juez de familia, al designar una persona de apoyo sin estar habilitado para ello. Además, su decisión no contó con un informe de valoración elaborado por un facilitador en los términos de la propia Ley 1996.

3.1.3 Caso No. 3: declaración de PcD a través de un perito***

En el año 2012, una menor de edad con discapacidad intelectual quedó bajo el cuidado del ex compañero sentimental de su progenitora, mientras la mujer acompañaba al hijo más pequeño que se encontraba hospitalizado. El señor se aprovechó de la situación, le hizo tocamientos libidinosos y la besó sin su consentimiento, advirtiéndole que, si contaba algo de lo ocurrido, le haría daño a la madre. La menor de edad empezó a tener comportamientos de incomodidad, enojo y rechazo hacia el ex compañero sentimental de la progenitora y, finalmente, cuenta lo ocurrido. Por esta razón, la representante de la menor instauró la denuncia penal.

En el juicio oral, declaró la víctima, quien ya había cumplido su mayoría de edad, además de dos psicólogas que la habían valorado cuando era menor. La primera de ellas advirtió que la víctima presentaba un déficit intelectual leve. La segunda declaró que había evidenciado dificultades en el lenguaje de la menor y que utilizó unos métodos clínicos para evaluarla

Estas situaciones fueron aprovechadas por el defensor para restarle credibilidad al testimonio de la víctima, en los alegatos de conclusión, por algunas inconsistencias en su relato. Sin embargo, en la sentencia, la juzgadora percibió coherencia y claridad en la declaración de la víctima y, finalmente, condenó al ex compañero sentimental de la progenitora a 11 años de prisión, por ser autor del delito de acto sexual abusivo con incapacidad de resistir agravado (arts. 210, inciso 2 y 211, núm. 2 del C.P.).

Comentario: En este caso, la discusión se centró sobre la forma como se debía medir las capacidades cognitivas de la víctima, con base en el modelo médico-rehabilitador, pero no en la correcta forma en que se tenían que eliminar las barreras de comunicación de la menor con discapacidad para

*** La información reseñada en este caso es parte de una sentencia condenatoria, proferida por un juez penal de conocimiento.

obtener un relato fidedigno a los hechos. Finalmente, en el proceso, se intentó cuestionar la credibilidad de la menor por motivo de su discapacidad, siendo una actitud claramente discriminatoria, al no tener en cuenta el principio de autonomía progresiva de los menores de edad. Sin embargo, se debe resaltar que la existencia de una PcD no demuestra automáticamente la incapacidad para resistir la agresión sexual[30].

4. AJUSTES DE PROCEDIMIENTO

La ONU define **los ajustes de procedimiento** como todas las "modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto del acceso a la justicia, cuando se requieran en un caso determinado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás"[31].

Para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, los ajustes de procedimiento consisten en "actuaciones judiciales constituyen una especie del género **«ajustes razonables»"[32].** No obstante, son conceptos que se deben diferenciar:

> Cuando nos referimos específicamente al derecho de acceso a la justicia planteado en el artículo 13 de la Convención, se utiliza el término ajustes de procedimiento debido a que éstos van dirigidos a realizar las modificaciones y adaptaciones en este ámbito en concreto. A diferencia de los ajustes razonables (…) los de procedimiento no están sujetos a un análisis sobre la carga que la implementación de estas modificaciones pueda significar. En ese sentido, es importante recordar que, durante las

[30] Este tema sería discutido posteriormente en la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto, véase: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-163 de 2021. (17, mayo, 2021). M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá. Corte Constitucional. Sala plena, 2021, y COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP3732-2019. (11, septiembre, 2019). M.P: Eyder Patiño Cabrera. Bogotá. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2019.

[31] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea general. Op. cit., artículo 2.

[32] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP4760-2020. (25, noviembre, 2020). M.P: Patricia Salazar Cuéllar. Bogotá. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2020. Un criterio similar se encuentra en: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-420 de 2020. (24, septiembre, 2020). M.P.: Richard Ramírez Grisales. Bogotá. Corte Constitucional. Sala plena, 2020.

> negociaciones en el seno de las Naciones Unidas sobre la Convención, el término "razonable" se dejó de lado intencionalmente al formular el artículo 13 para no limitar las modificaciones o medidas que deben realizarse a un análisis de "carga desproporcionada o indebida". Esta diferenciación es fundamental, puesto que el derecho de acceso a la justicia funciona como garantía para el disfrute y el ejercicio efectivos de todos los derechos. Por lo tanto, no proporcionar ajustes de procedimiento sería una forma de discriminación por motivos de discapacidad en relación con el derecho de acceso a la justicia y podría conllevar a múltiples violaciones. A pesar de esta importante distinción, los ajustes de procedimiento también deben entenderse como modificaciones y adaptaciones que responden al principio de individualización. En otras palabras deben ser flexibles y diversos con el fin de proporcionar a cada persona que participe en un procedimiento judicial las adaptaciones que respondan a sus necesidades específicas[33].

En consecuencia, la falta de recursos o disponibilidad de personal no puede ser razón para justificar la negación de esos mecanismos, debido a que el acceso a la justicia es de obligatorio cumplimiento, precisamente, por el carácter de *erga omnes* que ostenta el derecho fundamental.

De otro lado, llama la atención que sea la alta corporación de justicia, en la misma decisión, quien reconoció la necesidad de conceder los apoyos (como ajustes de procedimiento), entendidos como

> tipos de asistencia que se prestan (…) para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales (art. 3.4 L. 1996/2009). Todo ello con la finalidad de garantizar el acceso, entre otros, a la «información», a las «comunicaciones» y a los «servicios públicos» (art. 14 L. 1618/2013), incluido el esencial de administración de justicia[34].

[33] DOCUMENTA y AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID). Guía de principios de actuación para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. 2019. 93 páginas. Disponible en: https://www.documenta.org.mx/wp-content/uploads/2020/04/Gui%CC%81a-de-acceso-a-la-justicia-de-PcD.pdf, p. 46.

[34] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP4760-2020. Op. cit.

Sin embargo, paradójicamente, la CSJ advirtió que es indispensable que se realicen reformas al proceso penal; que se necesita, incluso, un procedimiento especial, exhortando al Congreso de la Republica para garantizar el acceso efectivo de los procesados con discapacidad, "más aún cuando la misma pueda tener relación con una causal de inimputabilidad"[35].

Teniendo en cuenta lo anterior, es significativo identificar las siguientes características y clases de ajustes de procedimiento y con base en qué criterios de interpretación se pueden implementar:

Los ajustes de procedimiento deben ser facilitados según las necesidades (o circunstancias) y las preferencias de las PcD, y no del sistema de administración de justicia. En consecuencia, deben ser una especie de "traje a la medida", su proporción debe respetar la autonomía de la voluntad de las personas, teniendo en cuenta que son plenamente capaces para tomar decisiones.

- Los ajustes de procedimiento se deben facilitar de acuerdo a la clase de actuación que se trate. Sin embargo, es posible que el mismo ajuste se requiera para todas las etapas del procedimiento, v.gr., un intérprete de signos.
- Su proporción no puede estar limitada por los criterios de proporcionalidad ni de razonabilidad.
- No en todos los casos en donde participen las PcD se hará necesario proveer los ajustes de procedimiento.
- Es posible proveerlos para todos los tipos de discapacidad. Especialmente, en los casos de discapacidad intelectual o psicosocial.
- No solamente serán proporcionados para las PcD en su condición de indiciadas, imputadas o acusadas. También, se deben facilitar para las víctimas e, incluso, para los testigos. De hecho, el documento de principios extiende para los operadores judiciales como es el caso de los jueces y defensores.
- Los operadores de justicia tienen el deber de informar a las PcD sobre el derecho de acceder a este tipo de mecanismos, de ofrecerlos y de facilitarlos, siempre que las PcD lo acepten. Por el contrario, negarlos afectaría el derecho al acceso a la justicia penal y puede tener consecuencias para el proceso penal, las cuales pueden llegar hasta el decreto de nulidad[36].

[35] Ibid.

[36] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP4760-2020. Op. cit.

- Serán proporcionados de acuerdo con los criterios de edad y de género de PcD[37]. Sin embargo, también se debe tener en cuenta si la PcD pertenece a algún pueblo o comunidad diversa étnica o si reside en alguna zona remota.
- Los ajustes de procedimiento deberán estar acompañados de las salvaguardias.
- No se pueden utilizar para crear desventaja entre las partes e intervinientes del proceso, ni para sacrificar el debido proceso de estos participantes del proceso penal[38].
- Su otorgamiento no se puede supeditar a la valoración del estado de salud de la PcD, ni a la entrega del certificado de discapacidad[39].
- Hay una obligación de conceder los ajustes de procedimiento tanto al cuerpo policial como a todos los operadores judiciales, tales los jueces (de conocimiento, de garantías, de ejecución de penas y medidas de seguridad) y los fiscales. La omisión en el cumplimiento de esa obligación puede ser demandada por vía de la acción de tutela.
- En todo caso, para la facilitación de los ajustes de procedimiento, es indispensable que el operador se entreviste directamente con la PcD y la conozca. También es importante que se capaciten y sensibilicen a todos los operadores de justicia en materia de la CDPD y del resto de disposiciones del sistema jurídico nacional que la desarrolla. Esto, no sólo permite la efectividad de sus derechos y garantías procesales en igualdad de condiciones que los demás, sino también permite romper con los prejuicios y estereotipos relacionados con los temas de discapacidad.

Finalmente, hay tantas posibilidades de ajustes de procedimiento como necesidades y preferencias tengan las PcD. Estos podrán consistir en facilitadores judiciales, apoyos en el acceso a la comunicación de la información y/o en la adaptación de las características del entorno.

[37] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [en línea]. Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Op. cit.

[38] DOCUMENTA y AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID). Op. cit.

[39] MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO COLOMBIA. Apoyos para la toma de decisiones y experiencias de vida. En YouTube [archivo de video]. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=k3cW5uhrAhA&t=3s.

4.1. Los facilitadores judiciales

Para la ONU, los facilitadores judiciales son

> personas que trabajan, cuando es necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar que haya una comunicación eficaz durante los procedimientos legales. Ayudan a las personas con discapacidad a entender y a tomar decisiones informadas, asegurándose de que las cosas se explican y se hablan de forma que puedan comprenderlas y que se proporcionan los ajustes y el apoyo adecuados[40].

Son auxiliares de justicia. Por lo tanto, deben actuar de forma independiente e imparcial, con conducta intachable y excelente reputación[41] y su designación se rige por las mismas reglas del proceso civil por vía también de integración[42]. En consecuencia, los facilitadores no toman decisiones ni hablan en nombre de las PcD. Tampoco pueden dirigir o influenciar las decisiones o resultados de los procesos.

Básicamente, los facilitadores cumplen dos funciones. La primera consiste en elaborar informe, en formato accesible, mediante el cual deberá proponer un plan de ajustes y de apoyos para garantizar la efectiva participación de la PcD ante el sistema de administración de justicia, según las particularidades de la persona en interacción con la actuación policial y/o procesal. La segunda consiste en ejecutar el *plan de ajustes y apoyos*. La persona facilitadora "se encargará de prestar el apoyo necesario a la persona, así como facilitar o indicar las diferentes adaptaciones que puedan requerir el entorno, las pruebas y diligencias, etc.[43]". Esta función de intermediación se cumple entre el personal del sistema de justicia (incluso entre los familiares) y las PcD, para asegurar que haya una comunicación clara, entendible y eficaz durante

[40] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [en línea]. Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Op. cit.

[41] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario oficial, 2012. No. 48489, art. 47.

[42] Ibid., art. 1. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (1, septiembre, 2004). Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial, 2004. No. 45658, art. 25

[43] PLENA INCLUSIÓN. La persona facilitadora en procesos judiciales. Madrid: Plena inclusión España, 2020. Disponible en: https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/plena_inclusion._la_persona_facilitadora_en_procesos_judiciales.pdf, p. 14.

todo desarrollo del procedimiento. La participación del facilitador no es obligatoria para todos los casos. Depende también de la voluntad de la PcD si desea aceptarlo.

En cuanto al perfil que deben tener los facilitadores, el movimiento Plena inclusión, de España, explica que debería existir un equipo interdisciplinario conformado por al menos dos colaboradores: uno que sea un psicólogo y otro, de diferente perfil, para ejecutar el plan de apoyos y ajustes. En relación con el psicólogo, la red advierte que deberá examinar "cuestiones relacionadas con la memoria a corto y largo plazo, el lenguaje (expresión y comprensión), incardinación espacio temporal, pensamiento abstracto y concreto, atención, sugestionabilidad y deseabilidad social entre otros aspectos[44]".

Sin embargo, ese perfil de psicólogo que proponen es incompatible con el modelo social de derechos de las PcD. No es posible exigir la realización de estudios clínicos para determinar la funcionalidad de las PcD, pues desconocería su plena capacidad legal, las revictimizaría, así como también sería el fundamento para desacreditarlas por motivos de discapacidad, siendo un caso de discriminación proscrita por la misma Convención.

El informe de valoración de apoyos y ajustes de procedimiento no se debe centrar en la funcionalidad ni en el estado de salud de las PcD. De hecho, es importante que el perfil del facilitador sea similar al que se pretende reglamentar, según los términos del artículo 13 de la ley 1996 de 2019. Por lo tanto, se hace necesario que el facilitador acredite un conocimiento de la CDPD, que cuente con experiencia en temas de discapacidad (se incluye "apoyo entre pares") y/o que sean profesionales o miembros de organizaciones de derechos que representen a las PcD[45].

Se agregaría que, además, los facilitadores cuenten con conocimientos mínimos sobre el sistema penal acusatorio colombiano. Como recomienda el Ministerio de Justicia y del Derecho, es indispensable que los facilitadores tengan empatía con las PcD, pues deberán conocerlas en su cotidianidad, escucharlas, y establecer una relación con estas personas de acuerdo con sus necesidades y decisiones[46].

[44] Ibid., p. 14.

[45] SHEINBAUM Diana y VERA Sara. Hacia un sistema de justicia incluyente. Proceso penal y discapacidad psicosocial. Ciudad de México: Ediciones Gernika, 2016. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/doctrina44244.pdf, p. 162.

[46] PACHÓN SUÁREZ, Consuelo. Op. cit.

De otro lado, el informe de valoración no puede tener ningún valor probatorio para el proceso penal. No puede determinar la existencia de la inimputabilidad, o la existencia de un grado de responsabilidad. Tampoco puede versar sobre la acreditación de la persona que rinde declaración, ni mucho menos sobre la existencia de daños y perjuicios. Es decir, el informe "no genera prueba en la causa del procedimiento, ni tiene ninguna finalidad relacionada con el diagnóstico, sino que su papel se centra necesidades de apoyo y ajustes a realizar para lograr que se alcance la igualdad de medios para un proceso justo[47]".

Finalmente, la proporción de los ajustes y modificaciones al procedimiento, de los apoyos en la comunicación o de las adaptaciones al entorno, no dependen de la designación de los facilitadores judiciales. Los otros mecanismos de acceso se pueden proveer de manera directa, de acuerdo con las particularidades de cada caso.

4.2 Ajustes (modificaciones) al procedimiento y a los lugares de acceso

Para la organización Documenta, de México, el entorno en donde se encuentran las PcD puede afectar su estado de ánimo o su forma de expresar, sea de manera negativa o de forma positiva. El sistema de administración de justicia debe crear un entorno seguro, en donde se familiaricen y se sientan cómodas, de acuerdo con las características particulares y necesidades de cada persona[48].

Como ejemplos, es posible ofrecer los siguientes:

- **Disminuir la rigidez y solemnidad de las interacciones** con los operadores de justicia, v.gr., la forma como se dirigen hacia las PcD; permitir el acompañamiento de algún familiar o de personas de confianza siempre que no interfieran en la actuación procesal o adaptar la duración de los procedimientos[49].
- También puede incluir la **variación en las técnicas de preguntas,** por ejemplo, "evitar preguntas compuestas, encontrar alternativas a las preguntas hipotéticas complejas, proporcionar tiempo adicional para

[47] PLENA INCLUSIÓN. Op. cit.

[48] SHEINBAUM Diana y VERA Sara. Op. cit., p. 167.

[49] Ibid., p. 168.

responder, permitir descansos cuando sea necesario y utilizar un lenguaje sencillo[50]".

- **Flexibilizar los protocolos de seguridad**, v.gr., que se quiten las esposas policiales para que la persona sorda pueda comunicarse a través del lenguaje de signos[51].

Sin embargo, también es factible realizar modificaciones para garantizar el acceso físico a las instalaciones. Por ejemplo:

- Realizar **procesos de adaptación del lugar**, v.gr., la adecuación de los niveles de luminosidad de la sala de audiencias según las necesidades de las PcD visual, e, incluso, eliminación de barreras arquitectónicas para el acceso a los edificios.
- Garantizar el **servicio de transporte** para desplazar las PcD para el cumplimiento de las diligencias programadas.

4.3 Apoyos en la comunicación, comprensión y toma de decisiones

Estos apoyos permiten reducir las dificultades de comunicación y también buscan que las PcD comprendan el alcance y significado de la actuación judicial, de las notificaciones y de sus propios derechos. Así, se dispone un escenario idóneo para que las PcD expresen sus pensamientos y, de esta forma, se facilita la toma de sus decisiones como personas plenamente capaces, para, por ejemplo, celebrar un acuerdo de conciliación. Todo esto sirve para que el sistema de administración de justicia logre "generar un vínculo de confianza con la persona con discapacidad a través de un trato respetuoso, mantener una comunicación clara, evitando confusiones, respetar el espacio vital de la persona con discapacidad [ ], así como los momentos de silencio; permitir que se exprese y relate lo sucedido, evitar actitudes de superioridad, sobreprotectoras, intimidatorias y prejuicios [...][52]".

Como apoyos a la comunicación, es posible encontrar los siguientes ejemplos:

[50] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [en línea]. Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Op. cit., p. 16.

[51] Ibid.

[52] SHEINBAUM Diana y VERA Sara. Op. cit., p. 66.

- La comunicación comprende

> los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso [...][53].

  Los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones deberán seguir los criterios establecidos en los arts. 2, 14, 16 y 21 de la Ley 1618 de 2013, en los arts. 2, 3, 9 y 13 de la CDPD, y en la Observación General No. 2 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- También se puede buscar que durante la actuación se haga uso del lenguaje jurídico simplificado para evitar el empleo de formalismos innecesarios que dificulten su comprensión[54]. En materia penal, por ejemplo, el no uso de un lenguaje simplificado, puede conllevar nulidad[55]. Los apoyos pueden comprender en la publicación de textos en formato de lectura fácil.
- Para la ONU, los apoyos también pueden consistir en la participación de terceras personas diferentes de los *intermediarios o facilitadores judiciales*, como son: "(i) Personas encargadas de tomar notas; (ii) Intérpretes de lenguaje de signos e intérpretes orales cualificados; (iii) Servicios de retransmisión; (iv) Intérpretes de comunicación por medio del tacto [...][56]", quienes también deben actuar con imparcialidad, eficiencia y precisión tanto en la recepción como en la expresión de la información[57].

[53] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos para las personas con discapacidad. Op. cit., art. 2. También véase lo señalado en ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [en línea]. Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Op. cit.

[54] DOCUMENTA y AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID). Op. cit., p. 77.

[55] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP4760-2020. Op. cit.

[56] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [en línea]. Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Op. cit., p. 16.

[57] Ibid.

4.4 Salvaguardias

La ONU reconoce la necesidad de avalar salvaguardias sustantivas y de procedimiento reconocidas en el derecho internacional. Para el efecto, el Estado debe garantizar que, en los procedimientos judiciales, se respeten los derechos fundamentales, especialmente los siguientes: la presunción de inocencia, la información accesible y comprensible sobre los derechos de las PcD, el trato libre de cualquier discriminación, y la libertad (que no se use la fuerza o coacción en su contra por motivos de discapacidad). En lo que se refiere a las PcD menores de edad, el Estado debe proporcionar los ajustes de procedimiento y salvaguardias adicionales, de acuerdo con la evolución de sus facultades, y siempre que se les garantice el derecho al debido proceso.

Como ejemplos de salvaguardias, están la ausencia de conflicto de intereses o influencia indebida del intérprete de signos o del facilitador; la implementación de un sistema de control y seguimiento para supervisar las funciones de los facilitadores; así como la prohibición de imponer medidas de seguridad y cualquier forma de privación de libertad a las PcD[58], por razón de peligrosidad o de la necesidad de su rehabilitación, al ser contrarias a los arts. 12 y 14 CDPD.

5. PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN NORMATIVA Y ACCESO A LA JUSTICIA PENAL INCLUSIVA

Es factible implementar el sistema de ajustes de procedimiento, en virtud del principio de integración normativa, consagrado en el art. 25 del Código de Procedimiento Penal (en adelante, CPP)[59], y en el 1 del Código General del Proceso (en adelante, CGP)[60], siguiendo las disposiciones de las leyes

[58] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The right to liberty and security of persons with disabilities [en línea]. Septiembre, 2015. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/14thsession/GuidelinesOnArticle14.doc#:~:text=Article%2014%20of%20the%20Convention%20is%20in%20essence%20a%20non,on%20disability%20in%20its%20exercise.

[59] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. Op. cit., art. 25.

[60] COLOMBIA. CONGRSO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. Op. cit., art. 1.

1996 de 2019 y 1618 del 2013, así como los contenidos del artículo 13 de la CDPD, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad[61][62].

De hecho, el mismo artículo 4 del CPP exige la obligación de los servidores judiciales de "hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente"[63] a los sujetos de protección constitucional, como es el caso de las PcD. Esto es conforme a las reglas de Brasilia, las cuales obligan a los Estados procurar las "condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación[64]", así como el deber de reducir las "barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales"[65].

Si se aplica correctamente el principio de integración normativa, se garantiza el acceso a la justicia penal desde la perspectiva de la inclusión social, y no de la exclusión, tal como recomienda el alto tribunal con la creación de procedimientos penales especiales, en los casos de discapacidad o inimputabilidad (siendo conceptos diferentes[66])[67]. Por el contrario, la implementación de tales mecanismos disminuiría los estereotipos y prejuicios en relación con el tema de discapacidad.

Esto es especialmente relevante, teniendo en cuenta que las PcD son catalogadas como personas violentas, peligrosas o que tienen conducta sexual

[61] COLOMBIA. ASAMBLEA CONSTITUCIONAL. Constitución Política de Colombia (4, julio, 1991), art. 4.

[62] COLOMBIA CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. Op. cit., art. 3.

[63] Ibid., art. 4.

[64] CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Brasilia: marzo, 2008. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf, regla 8.

[65] Ibid., regla 77.

[66] DOCUMENTA. Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad. Ciudad de México: Ubijus, 2017. Disponible en: https://www.documenta.org.mx/wp-content/uploads/2020/04/Inimputabilidad-y-medidas-de-seguridad-a-debate.pdf.

[67] PROGRAMA DE ACCIÓN POR LA IGUALDAD Y LA INCLUSIÓN SOCIAL. En: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-330 de 2013. (5, junio, 2013). M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional. Sala Plena, 2013.

anormal, que tampoco pueden trabajar, ni mucho menos pueden tomar decisiones, como sucede con la aceptación de cargos o con los preacuerdos y negociaciones. Inclusive, esta situación es más grave en el caso de las personas declaradas como inimputables, las cuales no pueden acceder a ningún mecanismo para descontar el tiempo de privación de libertad durante el cumplimiento de la medida de seguridad, porque la suerte de la persona termina siendo definida por un médico legista, con base en criterios eminentemente subjetivos.

6. CONCLUSIONES

En el presente artículo se explicó el concepto y fundamento del derecho al acceso a la justicia penal inclusiva de las PcD, cuando estas participan en el procedimiento judicial, a la luz del art. 13 de la CDPD. Este derecho está asociado a la protección a las ideas de dignidad humana e igualdad, y no discriminación, ambas de relevancia convencional. La CDPD y la Ley 1996 reconocen a las PcD como personas autónomas con capacidad de decidir, para quienes, el sistema de administración de justicia deberá eliminar las barreras comunicativas, físicas o actitudinales (cuando se presenten), y proporcionar apoyos y ajustes de procedimiento.

Sin embargo, con la presentación de algunos casos de la práctica jurídica se logró demostrar que aún existen barreras por parte del sistema judicial, las cuales impiden la efectividad del acceso a la justicia. Esto parece deberse a decisiones tomadas con base en el modelo médico rehabilitador, el cual desconoce a las PcD como personas con capacidad de decidir, de declarar y de vivir en sociedad.

Teniendo en cuenta su naturaleza de *ius cogens*, se hace obligatoria la efectividad del derecho fundamental al acceso a una justicia penal inclusiva, el cual debe ser garantizado por todos los operadores judiciales, así como por el cuerpo policivo y penitenciario. Aun así, no se necesita la creación legislativa de un procedimiento especial por el simple hecho de que participe una PcD, pues puede traer efectos negativos para el debido proceso.

Los operadores cuentan con el principio de integración normativa (art. 25 CPP) para aplicar el sistema de apoyos y ajustes razonables reconocidos en la Ley 1996 de 2019. También se puede acudir a la lista de ejemplos documentados por organizaciones de derechos de PcD, y consultar las recomendaciones que hace la ONU en el documento de *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*.

Como ejemplos de apoyos y ajustes de procedimiento, es posible encontrar la figura del facilitador judicial; los ajustes (modificaciones) al procedimiento y a los lugares; los apoyos en la comunicación, comprensión y toma de decisiones; y, finalmente, la necesidad de establecer salvaguardias. Tales mecanismos deben garantizarse en todas las etapas del proceso penal y no se les pueden negar a estas personas, porque sería un caso de discriminación por motivo de discapacidad. También es importante la capacitación y sensibilización de los funcionarios en materia de los derechos de las PcD, para asegurar esos mecanismos de acceso.

Cabe resaltar que una limitación en la construcción este documento fue la actitud proteccionista de algunos funcionarios judiciales respecto a la entrega de la información de los casos, en donde se evidenció la creencia de que las PcD son peligrosas y no pueden tomar decisiones. Además, también obstaculizó el desarrollo del texto la falta de unificación de datos, lo cual hubiera contribuido a establecer cuántos casos de PcD participan en el sistema de justicia, sea, incluso, como defensa, como víctimas o como testigos.

Para futuros trabajos, es importante analizar la aplicación del sistema de apoyos y ajustes de procedimiento en el sistema de infancia y adolescencia, pues, aunque la Ley 1996 se concibió para las personas mayores de 18 años, existen derechos reconocidos de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad, con base en el principio de autonomía progresiva. También se deberá analizar la figura de inimputabilidad, a la luz de la Convención y, además, establecer si debe mantenerse, teniendo en cuenta que el derecho penal concibió dicha figura bajo el modelo médico rehabilitador de tratamiento de PcD.

Finalmente, es imperativo proponer, para una próxima oportunidad, un sistema de sanciones alternativas para las PcD condenadas como inimputables. Esto ha sido apoyado por la misma comunidad internacional, en materia de derechos humanos, la cual ha exhortado a la eliminación de las medidas de seguridad, por ser estas contrarias a la dignidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ALVARADO, Paola. El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2007.

AGUILA, Luis Miguel. Estereotipos y prejuicios que afectan a las personas con discapacidad Las consecuencias que esto genera para el desarrollo de políticas

públicas inclusivas en cualquier lugar del mundo. En: DEL AGUILA, Luis Miguel et al. Discapacidad justicia y Estado: discriminación, estereotipos y toma de conciencia. Buenos Aires: Infojus, 2013.

COLOMBIA. ASAMBLEA CONSTITUCIONAL. Constitución Política de Colombia (4, julio, 1991).

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario oficial, 2012. No. 48489.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1618. (27, febrero, 2013). Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Diario oficial. Febrero, 2013. No. 48717.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1996. (26, agosto, 2019). Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Diario oficial. Agosto, 2019. No. 51057.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (1, septiembre, 2004). Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial, 2004. No. 45658.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-159 de 2016. (6, abril, 2016). M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá. Corte Constitucional, 2016.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-163 de 2021. (17, mayo, 2021). M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá. Corte Constitucional. Sala plena, 2021.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-330 de 2013. (5, junio, 2013). M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional. Sala Plena, 2013.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-420 de 2020. (24, septiembre, 2020). M.P.: Richard Ramírez Grisales. Bogotá. Corte Constitucional. Sala plena, 2020.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia, C-543 de 2011. (6, julio, 2011). M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá. Corte Constitucional. Sala Plena. 2011.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia T-268 de 1996. (18, junio, 1996). M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá. Corte Constitucional. Sala segunda de revisión. 1996.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP3732-2019. (11, septiembre, 2019). M.P: Eyder Patiño Cabrera. Bogotá. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2019.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP4760-2020. (25, noviembre, 2020). M.P: Patricia Salazar Cuéllar. Bogotá. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2020.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. Derechos humanos y discapacidad. De la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos. En: Anuario de filosofía del derecho [en línea]. 2016. no. 32, p. 53-83. Recuperado de: https://boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2016-10005300084.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad [en línea]. Brasilia: marzo, 2008. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf.

DOCUMENTA y AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID). Guía de principios de actuación para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad [en línea]. 2019. 93 páginas. Disponible en: https://www.documenta.org.mx/wp-content/uploads/2020/04/Gui%CC%81a-de-acceso-a-la-justicia-de-PcD.pdf.

DUQUE, Ingrid y BUSTAMANTE, Juliana, eds. El ejercicio de la capacidad jurídica: Guía práctica para su aplicación [en línea]. s.f. 112 páginas. Disponible en: https://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap_Juridica.pdf.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO COLOMBIA. Apoyos para la toma de decisiones y experiencias de vida. En YouTube [archivo de video]. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=k3cW5uhrAhA&t=3s.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The right to liberty and security of persons with disabilities [en línea]. Septiembre, 2015. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/14thsession/GuidelinesOnArticle14.doc#:~:text=Article%2014%20of%20the%20Convention%20is%20in%20essence%20a%20non,on%20disability%20in%20its%20exercise.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (13, diciembre, 2006). Nueva York. Naciones Unidas. 2006.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad

[en línea]. 34 páginas. Ginebra: 2020. Disponible en: https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf.

PALACIOS, Agustina y ROMAÑACH, Javier. El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. España: Diversitas, 2006.

PALACIOS, Agustina. El modelo social de la discapacidad. En: Elizabeth SALMÓN y Renata BREGAGLIO, eds. Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Lima: Pontifica Universidad Católica del Perú, 2015.

PLENA INCLUSIÓN. La persona facilitadora en procesos judiciales [en línea]. Madrid: Plena inclusión España, 2020. Disponible en: https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/plena_inclusion._la_persona_facilitadora_en_procesos_judiciales.pdf.

PROGRAMA DE ACCIÓN POR LA IGUALDAD Y LA INCLUSIÓN SOCIAL. Inimputabilidad, medidas de seguridad y discapacidad en Colombia. En: DOCUMENTA. Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad [en línea]. Ciudad de México: Ubijus, 2017. Disponible en: https://www.documenta.org.mx/wp-content/uploads/2020/04/Inimputabilidad-y-medidas-de-seguridad-a-debate.pdf

ROSALES, Pablo Oscar. Una mirada desde lo legal acerca de la discriminación por discapacidad, los estereotipos y la necesidad de toma de conciencia. Su tratamiento en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU (ley 26.378). En: DEL AGUILA, Luis Miguel et al. Discapacidad justicia y Estado: discriminación, estereotipos y toma de conciencia. Buenos Aires: Infojus, 2013.

SHEINBAUM Diana y VERA Sara. Hacia un sistema de justicia incluyente. Proceso penal y discapacidad psicosocial [en línea]. Ciudad de México: Ediciones Gernika, 2016. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/doctrina44244.pdf.

VENTURA, Manuel. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad [en línea]. San José, 10, agosto, 2005. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf

4.

Educación, proceso y Derechos Humanos

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO HERRAMIENTA DE PROMOCIÓN Y DIVULGACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS 421
Hernando Parra Nieto

EDUCACIÓN Y MENORES DE EDAD INFRACTORES 437
Lorenzo M. Bujosa Vadell

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO HERRAMIENTA DE PROMOCIÓN Y DIVULGACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Hernando Parra Nieto**

RESUMEN

La educación ha sido reconocida como derecho fundamental y como derecho humano, después de una amplia discusión de carácter jurídico que ha tenido por espacio el ámbito internacional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, habida cuenta de diferentes discusiones teóricas respecto a su contenido prestacional o como derecho de tercera generación, lo cual ha concluido en su reconocimiento expreso como un derecho fundamental y como un servicio público con función social. No obstante, también es de resaltar como desde la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se le ha atribuido a la educación una connotación adicional que se traduce en su función como herramienta de promoción, vigencia y protección de los derechos humanos, lo que ha merecido de innumerables esfuerzos por parte de la comunidad internacional, en especial las Naciones Unidas y la UNESCO, que se han concretado en el "Programa Mundial para la educación en derechos humanos (2005-2024)", en el cual se definen estrategias sectoriales en formación en derechos humanos a efectos de que los estados parte implementen normas y políticas sociales en procura de la construcción de la "Cultura de los Derechos Humanos".

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, 1985. Cursos de Perfeccionamiento en derecho fiduciario, Brasil 1987 y en derecho anglosajón, IDL Washington 1995. Diplomado en Arbitraje Internacional en la Cámara de Comercio Internacional, París 2003. Máster en Derecho LLM de Boston University Law School 2010. Diplomado en Negociación de Controversias de Harvard Law School 2010. Profesor Emérito (2016) de la Universidad Externado de Colombia, Secretario General de dicha institución entre 1996 y 2009, y actual Rector de la misma desde el año 2021.

1. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El concepto de derecho fundamental ha sido objeto de no pocas disertaciones en el ámbito jurisprudencial y doctrinal, influyendo directamente en el planteamiento de diversas teorías, encaminadas a delimitar los criterios que pueden llegar a definir esta categoría especial de garantía, que funge como elemento esencial del Estado social de derecho. En ese sentido, resalta dentro de las diversas posiciones doctrinales existentes, la definición propuesta por el constitucionalista español Antonio Enrique Pérez Luño quien asevera que "Son aquel conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"[1].

Dicha definición articula, de forma precisa, un elemento axiológico con uno normativo, y ha sido de notable acogida en el ámbito jurídico, de forma que ha servido de inspiración a varios pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional al momento de determinar los criterios de identificación de los derechos fundamentales, y garantiza su protección por vía de tutela y en sede de control de constitucionalidad.

Es así como en la Sentencia T-095-2016, la corporación asienta su posición al identificar como derechos fundamentales aquellos que "(i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concentrarse en derechos subjetivos y (iii) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad"[2], acogiendo de esta forma un criterio no taxativo, más acorde con un aspecto material, y en consonancia con la realidad fáctica y el concepto de bloque de constitucionalidad, como elementos imprescindibles en la relación armónica del sistema internacional de derechos humanos con el ordenamiento jurídico colombiano.

El derecho a la educación, consagrado en el artículo 67 de la Constitución, ha sido objeto de una extensa discusión jurídica a la par de los demás derechos sociales establecidos en el capítulo 2 de la Carta Política, habida cuenta de su contenido prestacional, su clasificación como derecho fundamental de segunda generación y su sometimiento al principio de progresividad que, en

[1] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución. Madrid, Ed.Tecnos, 1999, p. 48.

[2] Corte Constitucional. T-095-2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, 25 de febrero de 2016.

determinado momento, hizo relativa su eficacia directa, poniendo en entredicho su protección judicial efectiva por medio de la acción de tutela.

No obstante, una vez superadas las discusiones relativas al contenido prestacional de los derechos económicos, sociales y culturales, y aplicando los criterios para determinar los derechos considerados fundamentales, antes expuestos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha concluido que, a la luz del texto normativo de la Carta Política, la educación es un derecho fundamental con una connotación especial, pues el mismo está relacionado intrínsecamente con la dignidad humana y se traduce en un derecho subjetivo que otorga a su titular la facultad de solicitar su protección judicial efectiva y se encuentra positivizado, tanto en el ordenamiento jurídico interno como en diferentes convenios y tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional de San Salvador (Convención Americana de Derechos Humanos), la Convención sobre los Derechos de los Niños y Niñas, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En efecto, el inciso primero del artículo 67 de la Constitución establece: "*la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura*"[3]; lo cual se traduce en que la educación tiene una relación directa con la dignidad humana, en la medida en que es un presupuesto esencial del desarrollo del proyecto de vida, es indispensable en la formación intelectual y se encuentra, de forma inherente, en varios aspectos del desenvolvimiento social de los ciudadanos e impulsa la formación de los individuos y sus potencialidades, convirtiéndose en un instrumento para hacer efectiva la igualdad material y la realización de otros derechos fundamentales como la libertad de enseñanza, la de escoger profesión u oficio, e inclusive el mínimo vital.

De igual manera, como lo expone la Sentencia T-196-2021 de la Corte Constitucional,

> "la educación tiene una doble dimensión: "es un derecho de la persona y (ii) un servicio público que cumple una función social; como servicio público exige del Estado, sus instituciones y entidades llevar a cabo acciones concretas para garantizar su prestación eficaz y continua a todos los habitantes del territorio nacional, de manera que los principios

[3] Constitución Política de Colombia. 1991.

> que rigen su prestación son tres principalmente: (i) la universalidad; (ii) la solidaridad; y (iii) la redistribución de los recursos en la población económicamente vulnerable"[4].

Es así como, además de constituirse como derecho, la educación es un servicio público que radica en cabeza del Estado una obligación específica de materializar la educación no solo individualmente, sino también de forma general, y conforme a unos parámetros específicos que se traducen en la implementación de políticas públicas, tendientes a asegurar el acceso efectivo al sistema educativo en condiciones de equidad, que provean unos niveles mínimos de calidad para todos los ciudadanos.

Así las cosas, es de anotar que esta la doble connotación del derecho fundamental a la educación conforme con nuestro texto constitucional, y su función como servicio público destinado a la formación de capital humano, a la igualdad de oportunidades y al fomento equidad en términos sociales, está especialmente relacionada con otra característica de este derecho, y que tiene que ver directamente con la función teleológica de la educación como instrumento de promoción, divulgación y protección de los derechos humanos, la cual se encuentra expresamente contenida en la constitución política y los demás instrumentos internacionales.

En ese sentido, el ya mencionado artículo 67 de la Constitución dispone en su inciso segundo que: *"La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia (…)*", lo cual constituye, sin lugar a dudas, un mandato superior en el que la formación educativa se encauza con el propósito de fomentar el respeto y la vigencia de los demás derechos, toda vez que es el instrumento idóneo para garantizar su interiorización, por medio de la conciencia colectiva en todos los niveles, no solo social, sino de la propia organización estatal en un proceso que tiene como fin último el de construir la "Cultura de los derechos humanos".

Igualmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, identifica en su preámbulo a la educación como un elemento esencial e ineludible de su naturaleza, por cuanto establece:

> La Asamblea General de las Naciones Unidas proclama la presente Declaración Universal de los Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto

[4] Corte Constitucional. Sentencia T-196-2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo, 21 de junio de 2021.

> 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, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción[5].

De esta forma, resulta evidente que la declaración promulgada por Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 y que se constituye en el hito fundacional del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, y de la cual derivan más de setenta tratados ratificados por los Estados parte, institucionaliza a la educación como el mecanismo por antonomasia, destinado a garantizar la prevalencia de estos derechos, de forma tal que la comunidad internacional se compromete a que la misma sea fundamental en la implementación de políticas de no discriminación, la prevención de las formas de tortura y esclavitud, la vigencia del derecho internacional humanitario, la eliminación de las formas de discriminación de la mujer, la protección de los derechos de los niños y niñas e inclusive la vigencia misma de los derechos económicos sociales y culturales entre los que se encuentra la educación misma.

Lo anterior, no huelga para recordar como la Declaración, al momento de establecer a la educación como derecho humano, le otorga esa especial finalidad al manifestar que:

> Toda persona tiene derecho a la educación. (…) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz[6].

De esta forma, se hace expreso el mandato por el cual la educación es un derecho que debe ser garantizado a todas las personas, suscribiendo su finalidad no solo como medio de acceso al conocimiento, la ciencia, la técnica y la cultura, sino también como instrumento que asegura la vigencia de los otros derechos humanos, los valores democráticos y la libertad.

[5] Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III). 10 de diciembre de 1948.

[6] Ibid.

Este carácter diferenciador de la educación ha tenido su acogida en nuestro ordenamiento jurídico, inclusive desde los primeros análisis que la Corte Constitucional realizó sobre la naturaleza de este derecho, en los que se concluyó que, además de ser imprescindible, dado su valor para el desarrollo humano y la erradicación de la inequidad, es igualmente necesario como presupuesto de otros derechos dada su vocación de formar en la cultura de los derechos humanos, habiendo sido estas las razones que *"llevaron al constituyente de 1991 a reconocer en el artículo 67 de la Carta, que la educación es un derecho fundamental y un servicio público, cuya finalidad es lograr el acceso de todas las personas al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura, y formar a todos en el respeto de los derechos humanos, la paz y la democracia"*[7].

Así las cosas, el derecho fundamental a la educación, además de comportar una doble calidad como derecho en sí mismo y como servicio público con función social, ha sido destinado en nuestro ordenamiento jurídico, entre otras funciones, a la promoción de los derechos humanos, lo cual ha sido ratificado por diferentes instrumentos e instancias internacionales, en los que funge como medio primordial para asegurar el respeto por los derechos y las libertades inherentes a las personas, además de ser el mecanismo para fomentar los valores democráticos y la paz, toda vez que en palabras del constitucionalista Miguel Carbonell *"la educación, además de ser en sí misma un derecho, es un arma muy potente y muy necesaria, indispensable por muchos y variados motivos"*[8].

Por lo tanto, se hace indispensable abordar la educación en derechos humanos, como un propósito al que se exhorta a todos los Estados, las instituciones y la sociedad en general, quienes tienen el compromiso de interiorizar en el desarrollo de sus funciones y en la vida diaria "La cultura de los derechos humanos".

2. LOS CONCEPTOS DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Teniendo en cuenta la naturaleza del derecho a la educación y su finalidad asignada jurídicamente en relación con la promoción de los derechos humanos,

[7] Corte Constitucional. Sentencia T 1030-2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. 4 de diciembre de 2006.

[8] CARBONELL, Miguel. La Constitución en serio. México, Ed. Porrúa y UNAM, 2002, p. 250.

se hace indispensable delimitar un concepto que abarque su contenido como herramienta indispensable en la protección de estos derechos, su alcance y su estructura en términos no solo pedagógicos, sino como lineamiento para la implementación de políticas, organizaciones y planes a nivel internacional y nacional que permitan su efectivo desarrollo, motivo por el cual el concepto de "Educación en derechos humanos" ha tomado especial relevancia, en la medida que permite la formulación de objetivos específicos que faciliten la divulgación de estos derechos, habida cuenta de su vocación universal como un componente transversal en la vida cotidiana de los ciudadanos.

El artículo 2 de la Declaración de las Naciones Unidas del 2 de noviembre de 2011 sobre la temática, define la educación en derechos humanos como:

> El conjunto de actividades educativas y de formación, información, sensibilización y aprendizaje que tienen por objeto promover el respeto universal y efectivo de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, contribuyendo así, entre otras cosas, a la prevención de los abusos y violaciones de los derechos humanos al proporcionar a las personas conocimientos, capacidades y comprensión y desarrollar sus actitudes y comportamientos para que puedan contribuir a la creación y promoción de una cultura universal de derechos humanos[9].

Dichas actividades, que incluyen la enseñanza, la capacitación y la formación, están destinadas primordialmente a la consecución de tres objetivos principales: i) entregar a la sociedad conocimientos específicos sobre el contenido de los derechos humanos y de las disposiciones normativas a nivel nacional e internacional que los contienen, así como los medios jurídicos destinados a su protección y materialización; ii) generar actitudes de respeto tolerancia y solidaridad, inherentes a los derechos humanos y iii) fomentar comportamientos encaminados a adoptar medidas para defender y promover los derechos humanos[10].

En ese sentido, el alcance de dichos propósitos está ligado estrechamente con la practicidad de los conocimientos adquiridos por los destinatarios de la educación en derechos humanos, en quienes se centra la labor pedagógica,

[9] Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos. 2 de noviembre de 2011. Asamblea General de las Naciones Unidas.

[10] Asamblea General de las Naciones Unidas. Proyecto de plan de acción para la cuarta etapa (2020-2024) del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. 2019, pp. 3-4.

toda vez que la misma logra su cometido en la medida que lo aprendido pueda ser aplicado en un contexto fáctico real, teniendo en cuenta las vicisitudes de los espacios sociales, culturales y profesionales, en los que se deben fomentar los conocimientos, comportamientos y actitudes encaminadas a la protección de los principios por los que propugnan los derechos humanos[11].

De igual forma, la educación halla su espacio de desarrollo primordial en los espacios institucionales y las organizaciones civiles, encargadas precisamente de respetar, proteger e incluso fomentar los derechos humanos, por cuanto hace parte de sus funciones o porque existe una relación entre los objetivos de las mismas y la protección de estos derechos, que son parte del compromiso adquirido por los Estados en virtud del artículo 7 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación, en la que se dispone que las autoridades públicas son las primeras llamadas a garantizar la educación y la formación en materia de derechos humanos, exhortándoseles a crear condiciones seguras y propicias para la participación de la sociedad civil y los demás interesados en los proyectos de educación en derechos humanos[12].

Por lo tanto, la educación en derechos humanos se diseña como un concepto integral que no solo busca la mera transmisión de conocimientos, sino que está encaminada a crear verdaderos comportamientos y a interiorizar una escala valorativa de lo que los derechos representan en la cotidianidad de los ciudadanos, lo que significa que *"no es una acción que termine en sí misma, sino que está proyectada para generar otras acciones, múltiples y en ámbitos también múltiples, que hagan realidad la existencia viva del Estado de derecho"*[13].

En ese aspecto es importante resaltar que el desarrollo dado a la educación en derechos humanos, principalmente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Unesco y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, como se verá en detalle más adelante, ha permitido categorizar

[11] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Programa Mundial para la educación en derechos humanos. Tercera Etapa. Plan de acción. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2001, p. 2.

[12] Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos. 2 de noviembre de 2011. Asamblea General de las Naciones Unidas. Artículo 7, p. 5.

[13] BONIFACIO BARBA, José. Educación para los Derechos Humanos, citado por BELTRÁN GAOS, Mónica. La importancia de la educación en los derechos humanos. Especial referencia a América Latina. Costa Rica, Dehuidela: revista de derechos humanos, 2007, Vol 15, p. 40.

este concepto como una noción de carácter general en la que se reúnen todo tipo de actividades encaminadas a ese propósito, lo que ha permitido abrir un espacio al concepto de "Formación en derechos humanos", con un contenido más concreto y funcional de cara a la implementación del Programa de Mundial para la Educación en Derechos Humanos.

Así las cosas, se define formación en derechos humanos como *"una iniciativa estructurada para trasmitir conocimientos y desarrollar las habilidades y actitudes que fomenten comportamientos que promuevan y protejan los derechos humanos"*[14]. El concepto ha sido diseñado de forma que cada uno de los elementos que lo componen, tiene un significado específico que repercute en la implementación de los programas de enseñanza, por lo que al referirse a "iniciativa estructurada" se hace énfasis en un proceso de formación que no debe ser improvisado, sino que, por el contrario, debe atender a unas etapas de planificación y diseño riguroso de las metodologías del proceso pedagógico, siendo la ejecución de la capacitación en derechos humanos el último aspecto para llevar a cabo[15].

De la misma manera, la finalidad de la formación es la de "trasmitir conocimientos", los cuales, si bien son eminentemente jurídicos y hacen alusión expresa a diferentes disposiciones normativas, no pueden ser cualquier tipo de derechos humanos, sino aquellos que son pertinentes para los participantes del proceso pedagógico[16] y que están en completa sintonía con su vida y el desarrollo de sus actividades profesionales, lo que permite una verdadera interiorización de los conceptos, además de generar una empatía en los educandos respecto de la importancia real de los derechos humanos en el devenir cotidiano.

Respecto a las "habilidades", en las que pretende hacer incidencia el proceso formativo, se puede decir que estas habilidades hacen referencia a conductas específicas adquiridas, producto del conocimiento de las normas de derechos humanos y que se perfeccionan, con el tiempo, gracias a la capacitación y la aplicación práctica, constituyéndose en hábitos de los ciudadanos la sintonía con la tolerancia, el respeto y la prevención de acciones en contra de estos derechos.

[14] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Manual sobre la metodología de la formación en derechos humanos. Ed. Naciones Unidas, 2000, p. 7.

[15] Ibid., p. 7.

[16] Ibid., p. 8.

Por último, las actitudes y los comportamientos se refieren, precisamente, a un cambio en la forma en que los ciudadanos asumen sus responsabilidades con los derechos humanos de acuerdo con el entorno en el que se desenvuelven a diario, lo que permite que modifiquen las acciones negativas y tomen medidas para reforzar las conductas que buscan proteger los derechos en su ámbito de acción diario y, por lo tanto, "la eficacia de la formación en materia de derechos humanos radica en las respuestas que el programa o curso educativo fomente entre los participantes y las repercusiones en su entorno"[17].

Es así como el concepto de formación en derechos humanos, ha sido construido con el propósito de brindar, por parte de los organismos internacionales, directrices claras en el proceso de implementación de la educación para el fomento de los derechos humanos, de forma que se ha convertido en el núcleo estructural sobre el que la Organización de las Naciones Unidas ha cimentado el Programa Mundial para la Educación de los Derechos Humanos y sus diferentes etapas, siendo este el proyecto más completo y ambicioso a nivel global en lo que tiene que ver con los esfuerzos internacionales por implementar la "Cultura de los derechos humanos" en la mayoría de los países del mundo.

3. PROGRAMA MUNDIAL PARA LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

3.1 Contexto Histórico

La Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, celebrada en 1993 en Viena, fue fundamental en la construcción de acuerdos concertados entre diferentes naciones, a efectos de realizar esfuerzos conjuntos con el propósito de dotar de vigencia efectiva a las disposiciones establecidas en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, habiendo sido objeto de especial análisis lo concerniente a la educación, por lo que en el parágrafo 33 de la Sección I del Programa de Acción de Viena, se afirmó que la formación e instrucción de derechos humanos tiene un papel primordial, no solo en el fortalecimiento de las relaciones internacionales, el mantenimiento de la paz y el entendimiento entre los pueblos, sino también a efectos de consolidar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que se aconsejó a los Estados parte que se diera prelación a la educación con miras al desarrollo del proyecto de vida de

[17] Ibid., p. 9.

los ciudadanos y la erradicación de la desigualdad, además de implementar *"los derechos humanos, el derecho humanitario, la democracia y el estado de derecho como asignaturas en los planes de estudio de todas las instituciones de enseñanza en contextos formales y no formales"*[18].

Dicha proclamación tuvo una repercusión inmediata que se vio reflejada en la Resolución No. 40/184 del 23 de diciembre de 1994 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la cual se estableció el Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos, el cual inició el 1° de enero de 1995 y finalizó en el 2004, por lo que se constituyó en un antecedente positivo, pero no suficiente en los esfuerzos para que los países adoptaran en sus ordenamientos jurídicos internos y como políticas públicas reales la educación en derechos humanos.

Por lo anterior, las Naciones Unidas se vieron en la necesidad de proferir la Resolución 59/113 A, que la Asamblea General aprobó el 10 de diciembre de 2004, en la que se estableció el Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos, lo que significó la institucionalización de una estrategia global que permitiera, de forma universal y coordinada, anudar los esfuerzos de la comunidad internacional, con el fin de generar una conciencia global en la cultura de los derechos humanos que, en últimas, admitiera promover el respeto por la igualdad, la libertad, la dignidad humana y la defensa de los valores democráticos.

3.2 Objetivos y etapas del Programa Mundial

La intención internacional de construir una política precisa y estable respecto a la educación en los derechos humanos, por medio de la cual se brinden a los Estados parte los presupuestos principales para implementar dicha formación en sus sistemas educativos, con principal atención a los principios de universalidad, igualdad y sostenibilidad, hizo ineludible plantear, al interior del Programa, unos propósitos generales que encauzaran los esfuerzos por parte de la comunidad internacional de forma que, el Programa Mundial se estructuró en torno a unos objetivos fundamentales:

a. Promover el desarrollo de una cultura de derechos humanos;
b. Promover el entendimiento común, sobre la base de los instrumentos internacionales, de los principios y metodologías básicos para la educación en derechos humanos y su armonización con las políticas nacionales;

[18] Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena. Declaración y programa de acción de Viena. 1993. Parágrafo 33.

c. Dar prioridad a la educación en derechos humanos en los planos nacional, regional e internacional;

d. Proporcionar un marco colectivo común para la acción por todos los agentes pertinentes;

e. Mejorar la colaboración y la cooperación en todos los niveles;

f. Estudiar, evaluar y apoyar los programas de educación en derechos humanos y otros programas educativos que promueven los derechos humanos, poner de relieve las prácticas satisfactorias y dar incentivos para continuarlas o ampliarlas y para elaborar otras nuevas;

g. Promover la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en Materia de Derechos Humanos[19].

De igual forma, con el propósito de alcanzar dichos objetivos, se estructuró un plan por etapas sucesivas de cuatro años denominadas "Planes de Acción", cada uno de ellos enfocada en un sector específico de los sistemas educativos y en diferentes sectores sociales, en los que la educación de los derechos humanos debía implementarse progresivamente, conforme con las características mismas de la población a la que se dirige.

Es así como el "Plan de Acción Primera Etapa año 2005 y 2009", se enfocó en la enseñanza de los derechos humanos en las sistemas de enseñanza primaria y secundaria, partiendo del hecho de que la educación en estos derechos es sinónimo de calidad en los procesos de formación de los niños y adolescentes, más aún desde una etapa temprana del proceso pedagógico, en la que resulta fundamental implementar los "los derechos humanos en el contexto educativo", lo que se traduce en lograr que todos los componentes del aprendizaje, incluidos los planes de estudio, el material didáctico, los métodos pedagógicos y la capacitación conduzcan al aprendizaje de los derechos humanos de todos los miembros de la comunidad escolar[20].

Respecto a la segunda etapa, llevada a cabo entre los años 2010 y 2014, el Plan de acción tuvo como propósito la implementación de la educación en

[19] Asamblea General de las Naciones Unidas. Proyecto de plan de acción para la cuarta etapa (2020-2024) del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. 2019, pp. 4-5.

[20] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos y UNESCO. Plan de acción para la primera etapa (2005-2007) del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas. 2006, p. 3.

derechos humanos en los sistemas de educación superior y en el sector docente, entendidos como aquellos en los que se ofrece formación postsecundaria en universidades u otros establecimientos de índole técnica, aprobados por las autoridades estatales. En este caso, se estableció como elemento diferenciador de esta etapa la investigación y el entorno de aprendizaje, toda vez que las instituciones de enseñanza superior son centros de producción de nuevos conocimientos y de reflexiones en torno a diferentes aspectos sociales, culturales y económicos, por lo que la investigación académica resulta fundamental en el desarrollo discursivo de diferentes problemáticas en las que están presentes los derechos humanos, lo que resulta provechoso en su proceso de divulgación y promoción en el entorno educativo.

Aunado a lo anterior, del 2015 al 2019, se ejecutó la tercera etapa en la que se estableció como objetivo el fortalecimiento de las dos etapas anteriores en la educación primaria, secundaria y superior, al lado de la formación para los profesionales en medios de comunicación y periodistas, pues su entorno de trabajo está estrechamente relacionado con los derechos a la información, la libertad de expresión, de opinión y los espacios de opinión pública en los que existe la amenaza permanente de las *fake news*, los discursos de odio y la violación a la intimidad personal, por lo que es primordial brindar una formación en derechos humanos dada la influencia directa que tiene este espacio en el respeto de varias libertades fundamentales para la ciudadanía y el Estado democrático de derecho.

Para finalizar, el Plan para el cuatrienio 2020-2024, se ha estructurado también para fortalecer los avances de las dos etapas anteriores, con miras a enfocar la enseñanza de los derechos humanos en los sistemas educativos formales y no formales, entendidos estos últimos como aquellos que ofrecen métodos pedagógicos alternativos y que no están netamente institucionalizados, dando prevalencia a la juventud que, si bien no tiene una definición internacionalmente acordada, en la misma confluyen diversas identidades, dado que es una fase transitoria que varía según distintos contextos socioculturales, sumado a que los jóvenes tienen un sentido de pertenencia en diferentes posiciones ideológicas, de género y de minorías, lo que permite hacerse presente en un campo de acción pluralista que permitirá la formación en derechos humanos en campos como la no discriminación, la diversidad sexual, la igualdad, las libertades políticas y, sobre todo, a la prevención de las formas de discriminación y violencia por motivos políticos sociales o de género.

CONCLUSIÓN

Resulta evidente que la educación, además de ser un derecho fundamental reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, con la particularidad de ser entendido como un servicio público con función social, es también una herramienta significativa en la promoción de los derechos humanos, toda vez que es ineludible que en su naturaleza hay un elemento inherente, ampliamente positivizado por diferentes disposiciones normativas nacionales e internacionales, que le atribuyen esta función específica y en consecuencia, desde la Naciones Unidas, la UNESCO y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, desde el año 1993 se han expedido una amplia gama de declaraciones, convenciones y resoluciones encargadas de construir el concepto de "educación en los derechos humanos", como punto de partida para la promulgación del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos y sus planes de acción por cuatrienios, en los que se insta a todos los Estados a asumir normas, políticas públicas e incluso modificaciones no solo en sus sistemas de educación en todos los niveles, sino en sectores específicos de la sociedad como las instituciones públicas, los funcionarios judiciales, los medios de comunicación y los periodistas, a efectos de implementar una verdadera "cultura de los derechos humanos".

En ese sentido, la formación en derechos humanos cumple un papel fundamental pero no suficiente en la implementación de dicha cultura, toda vez que muchos de los instrumentos internacionales al servicio del Programa Mundial carecen de una verdadera vinculatoriedad, por lo que, queda al arbitrio de los Estados el asumir un compromiso real con la educación en los derechos humanos, lo que en ultimas se constituye en el aspecto más importante en el objetivo de interiorizar la cultura de los derechos humanos en todos los sectores sociales, lo cual en ultimas es parte la naturaleza misma del derecho fundamental a la educación, la cual cumple un papel esencial en la prevención de conductas lesivas de los derechos humanos y la protección de las garantías fundamentales de libertad, igualdad, no discriminación, las cuales son un elemento esencial de un Estado Social de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución. Madrid, Ed. Tecnos, 1999, p. 48.

BONIFACIO BARBA, José. Educación para los Derechos Humanos, citado por BELTRÁN GAOS, Mónica. La importancia de la educación en los derechos humanos. Especial referencia a América Latina. Costa Rica, Dehuidela: revista de derechos humanos, 2007, Vol 15, p. 40.

CARBONELL, Miguel. La Constitución en serio. México, Ed. Porrúa y UNAM, 2002, p. 250.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III). 10 de diciembre de 1948.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Proyecto de plan de acción para la cuarta etapa (2020-2024) del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. 2019, pp. 3-4.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Programa Mundial para la educación en derechos humanos. Tercera Etapa. Plan de acción. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2017, p. 2.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Manual sobre la metodología de la formación en derechos humanos. Ed. Naciones Unidas, 2000, p. 7.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Proyecto de plan de acción para la cuarta etapa (2020-2024) del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. 2019, pp. 4-5.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y UNESCO. Plan de acción para la primera etapa (2005-2007) del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas. 2006, p. 3.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena. Declaración y programa de acción de Viena. 1993. Parágrafo 33.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-095-2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, 25 de febrero de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia T-196-2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo, 21 de junio de 2021.

Corte Constitucional. Sentencia T 1030-2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. 4 de diciembre de 2006.

Constitución Política de Colombia. 1991.

EDUCACIÓN Y MENORES DE EDAD INFRACTORES

*Lorenzo M. Bujosa Vadell**

RESUMEN

La educación como derecho humano cobra especial importancia cuando se aplica a un contexto extremo de niños, niñas y adolescentes que son sospechosos de la comisión de infracciones penales. La exigencia legal de sancionar se topa con las circunstancias específicas de un sujeto en desarrollo y obliga, en nuestra opinión, a un tratamiento particular distinto al de los adultos. En el artículo, con una metodología interdisciplinar se trata de examinar con cierto detenimiento ese contexto específico a partir de los aportes de la sociología, de la psicología y de la neurociencia que fundamentan las especialidades jurídico-procesales del enjuiciamiento de menores.

Palabras clave: Educación. Menores infractores. Enjuiciamiento de menores. Proceso penal del menor. Niños, niñas y adolescentes.

---

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Catedrático de Derecho Procesal (Full Professor) en la misma Universidad. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Coordinador del Programa de Doctorado "Administración, Justicia y Hacienda en el Estado Social". Ha disfrutado de estancias de investigación en las Universidades de Kansas (EE. UU), Florencia (Italia) y Tréveris (Alemania). Autor de las obras como La protección jurisdiccional de los intereses de grupo; Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español y La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional, así como de otros numerosos trabajos sobre la especialidad jurídico-procesal publicados en libros colectivos y en revistas nacionales y extranjeras. Defiende con frecuencia sus ponencias en congresos, jornadas, conferencias y cursos tanto en España como en otros países europeos y americanos.

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos del proceso de niños, niñas y adolescentes como un cauce para la inserción en la sociedad de adolescentes que pueden haber cometido infracciones criminales, pensamos hoy en un instrumento jurídico en que la vertiente educativa ocupa un lugar importante[1]. Esta es la concepción que se desprende de nuestra vigente Ley Orgánica 5/2000, a pesar de todas las modificaciones que, desde su promulgación e incluso antes de su entrada en vigor, han alterado de alguna manera u otra la pulcritud de sus fines originarios.

Es obvio que en muchas ocasiones la finalidad de reinserción social de los menores no es tal. No se trata de restaurar un equilibrio social, personal o familiar perdidos, sino que, con frecuencia, el menor que se encuentra en estas circunstancias nunca ha tenido en su entorno equilibrio alguno que sea necesario restablecer. Se trata, más bien, de suministrar al menor los elementos necesarios para construir su adecuación a la vida en sociedad, o como dirían los psicólogos sociales, de tratar de establecer algunas bases para una relación adecuada entre "la persona y la situación", es decir, entre el menor delincuente y su entorno social o, si quiere de otra manera, entre el menor y su propia representación psicológica individual del entorno[2].

La necesidad de dispensar una especial protección al niño se deriva no sólo *in genere* de los principales textos universales o regionales de protección de los derechos humanos, sino en particular de aquellos instrumentos jurídicos específicos que hace referencia a los derechos del niño, por supuesto sobre todo de la Convención de las Naciones Unidas de 1989[3]. Pero cuando hablamos del niño al que se imputa la comisión de un delito nos situamos algunos pasos más allá, pues no estamos (o no estamos sólo, dependerá de los casos) ante un niño en situación de desprotección, a pesar de ser titular en todo caso de derechos con rango internacional, sino además ante una persona

[1] ROUSSEAU, J.J., Emilio o de la Educación, Madrid, 1998, pp. 38-39, afirmaba plásticamente: "Nacemos débiles, necesitamos fuerzas; nacemos desprovistos de todo, necesitamos asistencia; nacemos estúpidos, necesitamos juicio. Todo cuanto no tenemos en nuestro nacimiento y que necesitamos de mayores, nos es dado por la educación".

[2] Vid., desde una perspectiva general, ROSS, L.; NISBETT, R., The Person and the Situation. Perspectives of Social Psychology, London, 2011.

[3] Vid. ampliamente, CARMONA LUQUE, M.R., La Convención sobre los derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los derechos humanos, Madrid, 2011, pp. 389 y ss.

que se ha colocado, por los menos indiciariamente, en la posición de sujeto activo de alguna de las acciones u omisiones previstas en las normas penales.

Esta diferencia entre los supuestos de "mera" necesidad de protección y aquellos otros en que se activa la conminación del sistema jurídico hacia la exigencia de responsabilidad por la comisión de alguna infracción criminal, coloca al menor infractor en una posición notablemente distinta, que además no ha sido resuelta siempre ni en todo lugar del mismo modo. Se trata, pues, de ir más allá de la evidencia por la que un menor necesita protección, incluso habiendo podido tener comportamientos jurídicamente reprensibles, para preguntarnos qué justifica esa protección y, sobre todo, qué elementos sirven de base objetiva para un trato distinto al de los adultos[4].

1. EL PROBLEMA DEL TRATAMIENTO DE LOS MENORES DELINCUENTES

Nos enseña el principal especialista en justicia de menores de nuestro país, el Prof. MARTÍN OSTOS, que hay antecedentes históricos lejanos sobre instituciones –predominantemente religiosas–, que pretendían contribuir a la reforma de los menores delincuentes[5], aún sin responder en absoluto a

[4] No es este el lugar para entrar en el reñido debate sobre los límites temporales legales de este tratamiento específico, pero no podemos dejar de apuntar que las opciones son básicamente dos: o bien tratar de apreciar en cada caso concreto la mayor o menor madurez del menor a través de los medios más certeros de que se disponga, con la consiguiente, inevitable y grave inseguridad en una materia que no debería permitir márgenes de incerteza; o bien, por otro lado, la vía más fácil, segura y frecuente, aunque pueda en bastantes casos hacer abstracción de la realidad personal del sujeto: la fijación de una edad determinada por la cual se es inimputable y otra por encima de la cual el modo en que se exige la responsabilidad criminal cambia, por haber adquirido la mayoría de edad. El intento de establecer un tiempo de transición entre la mayoría legal y la plena aplicación de las normas procesales penales para adultos en España tuvo una brevísima e ilusoria aplicación: primero porque la entrada en vigor de la previsión en ese sentido fue prorrogándose reiteradamente y segundo porque la impericia del legislador de turno provocó que la norma derogatoria de este régimen transitorio entrara en vigor unas pocas semanas después de que expirara la última de las prórrogas mencionadas.

[5] Se opone BOIX REIG, J., "Prólogo" a la obra colectiva dirigida por E. ANARTE BORRALLO, Tendencias de la Justicia Penal de Menores (Una perspectiva comparada), Madrid, 2010, p. 11, a utilizar este adjetivo para aplicarlo a los menores: "los menores de edad no son delincuentes, por más que realicen hechos típicos constitutivos de delito o falta, y que por lo tanto hay que rechazar cualquier planteamiento derivado de dicha falsa atribución. No son delincuentes por cuanto no son imputables y por

una estrategia global sobre su tratamiento[6]. Pero sí puede hablarse con rigor de más de un siglo de justicia juvenil[7], sin que de todos modos exista aún, ni mucho menos, un consenso siquiera sobre los modelos en que pueden agruparse los diversos ejemplos del Derecho comparado, a pesar de que, salvo algunas llamativas excepciones, existe una perspectiva común de la necesidad de prever una vía estructuralmente distinta a la del enjuiciamiento de adultos. La excepción está en algunos casos relativos al enjuiciamiento de menores en Inglaterra, Gales[8] y algunos Estados norteamericanos[9].

En cualquier caso, cuando tratamos de articular esquemáticamente las respuestas que se derivan de los diversos países estamos sin duda simplificando[10] con fines más bien pedagógicos ante la innegable realidad de la existencia de una gran variedad de sistemas entre los distintos ordenamientos, lo cual tiene bastante de paradójico si se tiene en cuenta el desarrollo y la amplitud de las normas internacionales *(Hard Law* y *Soft Law*) y su influencia en muchas de las reformas nacionales.

Es usual hablar de la existencia de un modelo tutelar, que en teoría no se olvida de la necesidad de proteger al menor, pero que suele estar acompañado de una actitud paternalista que exige una subordinación, en el cumplimiento de una función de *parens patriae* en el que Estado aparece como protector a pesar del propio menor. Se trata de tratamientos específicos que parten de la situación de vulnerabilidad del menor para aplicar medidas de corrección y reforma también particularmente previstas para ello a través de órganos

lo tanto no cometen un delito. En consecuencia, la función que cumple el proceso de menores debe ser estrictamente preventiva y educativa". Comparto, sin duda, el planteamiento garantista que se desprende de su exposición completa, pero me parece muy dudoso que no pueda hablarse rectamente de "delincuentes" respecto a personas que delinquen y que son sometidas a una Ley que tiene como encabezamiento el de "responsabilidad penal de los menores". Otra cosa son las salvaguardias y las necesidades que se puedan derivar de las circunstancias especiales de tales delincuentes.

6 MARTÍN OSTOS, J.S., "Jurisdicción de menores: naturaleza y competencia", en Jurisdicción de Menores, Barcelona,1994, pp. 15-18.

7 Cfr. ROSENHEIM. M.K.; ZIMRING, F.E.; TANENHAUS, D.S.; DOHRN, B., A Century of Juvenile Justice, Chicago, 2002.

8 DIGNAN, J., "The Juvenile Justice System in England and Wales", in European Juveniles Justices Systems (Coord. G. Giostra; ed. V. Patanè), Milano, 2007, pp.67- 94.

9 TONRY, M.; DOOB, A.N., "Varieties of Youth Justice", in Youth Crime and Youth Justice. Comparative and Cross-National Perspectives, (Eds. M. Tonry; A.N. Doob), Chicago, 2004, p. 9: "It is estimated that as many as 200,000 youths a year under the age of eighteen are processed in the adult courts in the United States as if they were adults".

10 Cfr. TONRY, M.; DOOB, A.N., "Varieties…", in Youth Crime…, p. 2.

especializados, aunque no imparciales ni independientes del Poder Ejecutivo[11]. La innegable adaptación de las normas al menor en estos casos hace que se tengan en cuenta las características individuales y ambientales del mismo, pero con una ausencia de garantías que afiancen la seguridad jurídica y la justicia de ese tratamiento. La discrecionalidad procedimental es grande e incluso también lo es la indeterminación en la apreciación de los hechos y en la fijación de las medidas a imponer[12].

En otros países, algunos anglosajones y los escandinavos, la respuesta vino más bien por la vía de naturaleza administrativa, no tanto por un cauce estrictamente procesal, aunque este también existe[13]. Son órganos de las Administraciones Públicas los que se encargan de aplicar criterios de Estado de Bienestar, con inequívoca finalidad protectora y abiertamente educativa. Así, por ejemplo, respecto a Dinamarca, la Ley de servicios sociales recoge una serie de medidas de naturaleza voluntaria como asesoramiento, asociaciones de jóvenes, apoyo pedagógico a los padres, apoyo económico… que en muchos casos precisan del consentimiento paterno y en otros supuestos más graves no[14].

11 Vid. SANZ HERMIDA, A., El nuevo proceso penal del menor, Cuenca, 2002, pp. 27-45.

12 En su descripción de cómo este modelo se configuró en España, MARTÍN OSTOS, J., "La Jurisdicción de Menores en España", en Jurisdicción…, Op. cit., p. 130, enumera de manera meridiana sus graves deficiencias: "aunque el órgano juzgador es calificado de judicial, los elementos que lo integran (Juez, Secretario…) no pertenecen a las respectivas carreras, sino que son extraídos entre determinados profesionales del Derecho, siempre que su edad, conducta social y demás circunstancias así lo aconsejen; (…) la labor de estos Tribunales desborda el ámbito del denominado delincuente menor (facultad reformadora) y es encargado igualmente de velar por el menor abandonado o en peligro (facultad protectora); finalmente, dentro de las características más importantes en los albores de esta jurisdicción en España, hemos de llamar la atención sobre la ausencia por completo de las más mínimas garantías procesales durante el enjuiciamiento de un menor (por el contrario, la libre disposición del Tribunal, junto con la indefensión del menor, son absolutas, permitiéndose un procedimiento paternalista, con grandes posibilidades de incurrir en arbitrariedad)".

13 Vid., por ejemplo, JANSON. C.-G., "Youth Justice in Sweden", in Youth Crime…, pp. 413-441.

14 GONZÁLEZ TASCÓN. M.M., El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea. Hacia una futura política común, Valladolid, 2010, p. 269: "No ocurre así con aquellas medidas que comportan la separación del menor de su hogar (colocación en unidades de seguridad, hogares sustitutorios u otras instituciones educativas), en relación con las cuales la oposición del menor y/o de sus padres puede determinar que el caso sea llevado ante el Comité de Bienestar del Menor, quien está facultado para imponer, obligatoriamente, el sometimiento del menor a las medidas".

El tercero de los modelos es el que opta, sin duda alguna, por la necesidad de aplicar las garantías constitucionales ante el menor sospechoso de la comisión de infracciones criminales[15]. Este camino se traza en la senda de la famosa sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *In re Gault*[16], entre algunas otras, en el bien entendido que el menor debe ser considerado un sujeto de derechos, por mucho que se le impute un delito. En ello hay también varias paradojas: pues, por un lado, se insta al sometimiento de tal sujeto a un proceso con todas las garantías, pero a la vez se ve al proceso mismo como un mal que hay que evitar en la medida de lo posible, pues puede ser perjudicial para el desarrollo del menor. Por otro lado, se habla abiertamente de la exigencia de responsabilidad penal, pero se pone el centro en el principio superior del interés del menor que conlleva colocar también en un lugar principal la finalidad educativa de las medidas que se impongan.

Desde la perspectiva española fue la STC 36/1991, de 14 de febrero, en la que el Pleno de nuestro Alto Tribunal declaró contraria a las exigencias constitucionales la regulación de los Tribunales Tutelares de Menores hasta entonces en funcionamiento en nuestro país y así estableció la inconstitucionalidad del "art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en cuanto regula el procedimiento aplicable en ejercicio de la facultad de corrección o reforma".

Conforme al Tribunal Constitucional, "la seguridad jurídica, entendida, en su sentido más amplio, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho es difícilmente conciliable con una situación (…) en la que la ordenación del proceso se hace de distinto modo en los diferentes Juzgados de Menores con presencia en unos casos y ausencia en otros del Ministerio Fiscal y del Letrado asesor", y, en especial, destaca que, "interpretados de acuerdo con el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 C.E. han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y que, en consecuencia, en cuanto que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, el art. 15 L.T.T.M., al excluir la aplicación de 'las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones' ha de ser declarado inconstitucional y nulo".

[15] Vid. SANZ HERMIDA, A., El nuevo proceso..., Op. cit., pp. 46-66.

[16] In re Gault 387 U.S. 1 (1967).

En definitiva, desde este punto de vista es necesario asegurar las garantías procesales constitucionales a los menores infractores, como criterio esencial de su enjuiciamiento, que se entiende como tal: una investigación y un enjuiciamiento equivalente a un proceso para adultos, aunque lleno de eufemismos, con una marcada finalidad educativa y con una aplicación muy amplia de medidas de oportunidad que implican una derivación hacia fuera del proceso.

2. FUNDAMENTOS DE UN TRATAMIENTO PENAL PARTICULAR PARA EL MENOR

Una vez recordado el contexto jurídico sobre el tratamiento de los menores a los que se pretende reformar tras la comisión de una infracción criminal, y esbozadas las líneas básicas a las que las normas jurídicas dirigen nuestra atención en el momento de enjuiciarlos, debemos tratar de aplicar una metodología interdisciplinar que nos pueda acercar a respuestas mínimamente aceptables ante los interrogantes planteados. Como hemos visto, del propio texto legal se desprende la centralidad de la situación social del menor sospechoso y de su estado y madurez psicológica. Pero no es suficiente con buscar apoyo en los estudios sociológicos y en los psicológicos, sino que es necesario atender a los avances y complejidades de las neurociencias para valorar si ya están en disposición de proporcionarnos información biológica objetiva que fundamente todo lo demás.

2.1 Fundamentos sociológicos

No es nuevo, ni mucho menos, el planteamiento sociológico de la delincuencia juvenil, tienen bastante más de medio siglo los estudios de COHEN sobre los chicos delincuentes y la cultura de las pandillas[17]. Sin pretender entrar de lleno en las cuestiones relativas al control social, la desviación y el delito[18], y por tanto en el estudio de fenómeno delincuencial como problema social en sí, tal vez sí sea necesario traer a colación algunas conclusiones de esos análisis.

[17] COHEN, A.K., Delinquent Boys: the culture of the gang, Chicago,1955.

[18] Puede verse una interesante exposición sobre las teorías que han explicado la etiología de la desviación y la delincuencia en HERRANZ DE RAFAEL, G., "Control social, desviación y delito", en La sociedad desde la Sociología. Una introducción a la Sociología General (Coords. J. Iglesias de Usel, A. Trinidad Requena, R.M. Soriano Miras), Madrid, 2016, pp. 271-293.

Por supuesto, la perspectiva que se adopta aquí es colectiva, el menor como miembro de un grupo que se encuentra en un determinado contexto social. Así se ha hablado de una "subcultura delincuente" que invierte los valores sociales en sectores juveniles procedentes mayoritariamente de clases bajas y medias bajas que ven insatisfechos los fines y objetivos generalmente instituidos. De ahí que se produzca una separación asumida por el propio grupo minoritario y una hostilidad hacia los demás ("ellos y nosotros").

En este sentido GIDDENS y SUTTON[19], refiriéndose a los países desarrollados, aluden al robo, el asalto al domicilio y al atraco como "delitos callejeros" propios de jóvenes varones de clase baja y recuerdan la explicación que suelen ofrecer los medios de comunicación: el vandalismo, el absentismo escolar y el consumo de drogas en un contexto de "permisividad" social. Pero aconsejan cautela en la aproximación a esta cuestión, pues no deja de ser minoritaria, y tampoco deja de ser compleja, pues las actitudes de estos grupos de jóvenes suelen estar relacionadas con comportamientos antisociales, con subculturas y con falta de conformidad con los comportamientos mayoritarios que no son en sí mismas delictivas.

Esta forma de explicar la situación del menor puede explicar bastantes casos de delincuencia juvenil: como rebelión contra lo establecido, pero ni explica en su totalidad -o en su núcleo común- el problema de la criminalidad de los adolescentes, ni nos proporciona argumentos para aquello que nos interesa especialmente en este estudio: la razón por la que los miembros de ese grupo de rebeldes, con o sin causa, deben ser tratados de una forma especializada y especialmente cuidadosa por el Derecho, y en particular por el Derecho penal y el Derecho procesal penal[20].

Parece claro que el entorno social afecta al individuo que comete alguna infracción criminal, y mucho más si es delincuente habitual. Ya hemos visto que el tratamiento legal del menor sospechoso no se olvida de este aspecto, pues puede ser un importante elemento en cuanto a cómo tratar al delincuente en el propio proceso (por ejemplo, si quienes deben acompañarlo deben ser o no sus padres) y a las medidas que conviene imponerle dadas sus circunstancias específicas, entre las que expresamente se mencionan las

[19] GIDDENS, A.; SUTTON, P.W., Sociología, 7.ª ed., Madrid, 2014.

[20] Sí puede afirmarse que esta perspectiva nos encamina a destacar la función social del Derecho, como coactividad institucionalizada: SORIANO, R., Sociología del Derecho, Barcelona, 1998, p. 387, nos habla de "la función de control y determinación del comportamiento", justificada en la protección de determinados bienes jurídicos esenciales.

sociales y, aún de manera más específica, las familiares. No olvidemos que el fin del tratamiento procesal del menor es su educación para vivir en sociedad, su "socialización". Pero no es suficiente con esta explicación.

2.2 Fundamentos psicológicos

MARTÍN OSTOS se refería ya a la relativa importancia del "discernimiento"[21] y lo definía como la facultad de distinguir con el pensamiento, especialmente entre el bien y el mal. Por tanto, desde este punto de vista estamos hablando de la capacidad del menor de articular razonamientos éticos más o menos sólidos que puedan ordenar su conducta. Es verdad que, si nos interesa básicamente la finalidad educativa del menor, nos importa menos el castigo por haber elegido éticamente mal. Pero eso no nos aparta del todo de la cuestión de su culpabilidad en el sentido material, como "capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, exigibilidad de otra conducta" y sobre todo en la función motivadora de las normas penales[22].

Con ello nos situamos directamente en una perspectiva psicológica, pues va a ser importante desde este punto de vista la madurez del menor para poder sentirse motivado por la norma penal, por tanto en la consideración de si el menor tiene un desarrollo mental suficiente como para discernir los mandatos normativos. Naturalmente, no porque conozca el Código Penal y las normas penales especiales, sino más bien porque ya puede discernir entre las conductas que contribuyen a una vida pacífica y organizada en comunidad y aquellas otras que lesionan esta convivencia.

Estamos hablando de consecuencias sociales de la conducta, pero ya desde el propio individuo, que calibra si lo que hace o deja de hacer está bien o está mal, por supuesto con multitud de influencias externas, culturales… comunitarias en definitiva, pero en último término con una soberana decisión

[21] MARTÍN OSTOS, J.S., "Jurisdicción de menores…", Op. cit., pp. 36-37. Relativa importancia, porque, con buen criterio, destaca su inutilidad como criterio delimitador de la competencia de los órganos encargados de la justicia juvenil.

[22] Así MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General, 9.ª ed, Valencia, 2015, pp. 381-383, hablan de un concepto material de la culpabilidad como teoría del sujeto responsable: "la norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena".

personal –que también puede ser dispositiva, en el sentido de dejarse llevar por los demás, por el grupo delincuencial al que se refería COHEN–. Como dicen MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN[23], "hay una etapa en la evolución cronológica de la madurez del ser humano en la que aún no están plenamente asentados los rasgos psicológicos ni la personalidad".

Es necesario, pues, buscar ayuda en la Psicología del desarrollo para intentar acercarnos un poco más a las respuestas que estamos buscando, es decir, debemos preguntarnos en qué consiste esta evolución cronológica durante la cual un ser humano debe ser tratado de una manera diferente a otro que se supone ya ha completado ese desarrollo: ¿cuáles son los elementos psicológicos que hacen vulnerable a un adolescente? ¿qué consecuencias negativas para la personalidad de ese sujeto se podrían derivar si fuera tratado como un adulto?[24]

La primera pregunta desde esta perspectiva es evidente: ¿Qué es el desarrollo? Podría afirmarse que designa las continuidades y los cambios sistemáticos del individuo que van desde la concepción hasta la muerte. Son cambios ordenados bajo un patrón bastante duradero y regular. Esta evolución se basa la maduración y en el aprendizaje[25]. En parte la maduración es la causa de algunos cambios psicológicos importantes como la creciente capacidad de concentrarse, de resolver problemas y entender los pensamientos y sentimientos ajenos. Pero también las experiencias producen cambios relativamente permanentes en nuestros pensamientos, sentimientos y comportamientos. Se confirma, por tanto, esa combinación de factores internos y externos que van conformando el desarrollo del sujeto.

PIAGET, el teórico más importante sobre el desarrollo del niño, aplicó sus estudios psicológicos para formular su teoría en la que, básicamente, la inteligencia es entendida como la función básica de la vida que ayuda a los organismos a adaptarse a su entorno: una forma de equilibrio al que tienden todas las estructuras cognoscitivas[26]. Según este autor suizo el niño va

[23] MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal…, Op. cit, p. 392.

[24] Como afirma SCOTT, E., "Criminal Responsibility in Adolescence: Lessons from Developmental Psychology", in Youth on Trial. A Developmental Perspective on Juvenile Justice", Chicago, 2000, p. 300: "A general account of the role of antisocial conduct in adolescence suggests that youthful criminal conduct is best understood in a developmental context".

[25] Esta es la clara explicación de SHAFFER, D.F.; KIPP, K., Psicología del desarrollo. Infancia y adolescencia, México, D.F., 2007, pp. 2-3.

[26] PIAGET, J., La psicologie de l'intelligence, Paris, 2012,

construyendo el conocimiento él mismo. La cognición se obtiene perfeccionando y transformando estructuras mentales, patrones de pensamiento o de acción, que se crean a través de dos procedimientos intelectuales innatos: la organización y la adaptación[27]. En su conocida formulación de etapas, nos interesa destacar que a partir de los once o doce años aparecen las operaciones formales, acciones mentales realizadas sobre ideas y proposiciones que permiten el pensamiento hipotético-deductivo. Este desarrollo cognoscitivo contribuye a tomar decisiones difíciles de carácter personal.

Nos estamos acercando pues, al período en que el individuo ya es susceptible de ser influido por el sistema normativo, y en consecuencia empieza a ser razonable una exigencia de responsabilidad pública por su conducta. Sin embargo, la división por etapas de este desarrollo fue ampliamente criticada, tanto en el *an* como en el *quando:* es decir, por un lado, respecto a si realmente la evolución es tan marcada y, por otro, sobre el momento en que puede hablarse ya de una etapa distinta a la anterior, dada la gradualidad evidente de las transformaciones[28].

Por su parte VIGOTSKY se fija más en la función de la cultura en el desarrollo intelectual: al desarrollo de la cognición humana le afectan las creencias, los valores y herramientas de la adaptación intelectual transmitida a los individuos por su cultura[29]. Es la cultura la que a través del tiempo transforma las funciones mentales elementales del niño en unas funciones perfeccionadas: las funciones mentales superiores, y lo hace proporcionándoles herramientas de adaptación intelectual.

En cuanto al desarrollo específicamente moral, parece ser que tiene un componente afectivo o emocional, que consta de sentimientos y acompaña las acciones buenas o malas y produce pensamientos y acciones éticas; un componente cognoscitivo, que se refiere a la forma de conceptualizar el bien y el mal y en tomar decisiones sobre el comportamiento, y un componente conductual que indica cómo nos comportamos realmente cuando sentimos la tentación de mentir, de engañar o de violar normas[30].

[27] Puede verse una eficaz explicación en SHAFFER, D.F.; KIPP, K., Psicología del desarrollo…, pp. 244-245.

[28] Vid. PAPALIA, D.E.; WENDKOSOLDS, S.; DUSKIN FELDMAN, R., Psicología del desarrollo. De la infancia a la adolescencia, 11.ª ed., México, 2004, pp. 491-492.

[29] Cfr. SHAFFER, D.F.; KIPP, K., Psicología del desarrollo…, pp. 274-282.

[30] Esta es una composición consensual de la definición moral en la comunidad académica, que resumen SHAFFER, D.F.; KIPP, K., Psicología del desarrollo…, pp. 567 y 568.

PIAGET hablaba del desarrollo moral, que para él implica sobre los once años de edad la creación de una moralidad autónoma que supera una mera moralidad heterónoma. A lo que KOHLBERG añadió que entre la adolescencia y la edad adulta ese desarrollo específico se vuelve más complejo, con diversas etapas derivadas de la adquisición de capacidades cognitivas (1. Moralidad preconvencional; 2. Moralidad convencional, 3. Moralidad de principios -orientación al contrato social y moralidad de principios individuales de conciencia-)[31], lo cual se ha confirmado por otros investigadores como estructuras universales relacionadas con la edad, aunque se ha criticado que esta visión está culturalmente sesgada e influida por criterios de justicia -con lo cual no tiene en cuenta conductas que van más allá de la justicia como las conductas altruistas-. Se habla de factores que contribuyen psicológicamente a la adquisición de controles inhibidores: el elogio de la conducta virtuosa, el castigo razonado, el entrenamiento en el autoconcepto ético.

Se planteó de manera dramática la cuestión en el debate surgido en los Estados Unidos en torno a la aplicación o no de la pena de muerte a los adolescentes: el 1 de marzo de 2005 la Corte Suprema *(Roper vs. Simmons)*[32] determinó con

[31] Seguimos de la mano de la clara explicación de SHAFFER, D.F.; KIPP, K., Psicología del desarrollo…, pp. 574 y ss.

[32] Caso Roper vs. Simmons [543 U.S. 551 (2005)]: "Three general differences between juveniles under 18 and adults demonstrate that juvenile offenders cannot with reliability be classified among the worst offenders.

First, as any parent knows and as the scientific and sociological studies respondent and his amici cite tend to confirm, '[a] lack of maturity and an underdeveloped sense of responsibility are found in youth more often than in adults and are more understandable among the young. These qualities often result in impetuous and ill-considered actions and decisions.' Johnson, supra, at 367; see also Eddings, supra, at 115–116 ("Even the normal 16-year-old customarily lacks the maturity of an adult"). It has been noted that "adolescents are overrepresented statistically in virtually every category of reckless behavior." Arnett, Reckless Behavior in Adolescence: A Developmental Perspective, 12 Developmental Review 339 (1992). In recognition of the comparative immaturity and irresponsibility of juveniles, almost every State prohibits those under 18 years of age from voting, serving on juries, or marrying without parental consent. See Appendixes B–D, infra.

… The second area of difference is that juveniles are more vulnerable or susceptible to negative influences and outside pressures, including peer pressure. Eddings, supra, at 115 ("[Y]outh is more than a chronological fact. It is a time and condition of life when a person may be most susceptible to influence and to psychological damage"). This is explained in part by the prevailing circumstance that juveniles have less control, or less experience with control, over their own environment. See Steinberg & Scott, Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished

una minoría ínfima de cuatro sobre cinco que la pena de muerte es inconstitucional para un condenado por homicidio con 17 años en el momento de cometerlo. El criterio clave por el cual se afirmó que los menores no deben ser sometidos a las mismas normas que los adultos es justamente el de la madurez en el sentido de un menor desarrollo. En 2012 se declaró inconstitucional también por escasa mayoría la cadena perpetua para menores de dieciocho años[33]. Stephen BREYER explicó que "comparados con los adultos, los jóvenes carecen de madurez y cuentan con un sentido poco desarrollado de la responsabilidad"[34]

STEINBERG y SCOTT[35], especialistas en el estudio del comportamiento adolescente, resumen que el tratamiento de los adolescentes debe ser diferente por tres razones:

1) Los menores tiene deficiencias en la capacidad de toma de decisiones, especialmente en situaciones de alto nivel emocional; y piensan menos en las consecuencias de sus actos por lo que tienden a asumir más riesgos, ya sea por limitaciones cognitivas o por falta de experiencia vital;

2) son especialmente vulnerables a las circunstancias coercitivas, como la presión de sus compañeros, como una manifestación de los pasos para

Responsibility, and the Juvenile Death Penalty, 58 Am. Psychologist 1009, 1014 (2003) (hereinafter Steinberg & Scott) ("[A]s legal minors, [juveniles] lack the freedom that adults have to extricate themselves from a criminogenic setting"). The third broad difference is that the character of a juvenile is not as well formed as that of an adult. The personality traits of juveniles are more transitory, less fixed. See generally E. Erikson, Identity: Youth and Crisis (1968)".

[33] El 21 de junio de 2012 se dictó la sentencia de la Corte Suprema en el caso Miller vs. Alabama [567 U.S. 460 (2012)].

[34] Lo que recoge literalmente en su voto concurrente de la sentencia Miller el Justice BREYER es una afirmación ya contenida en Graham vs. Florida 560 U.S. 48 (2010): "compared to adults, juveniles have a lack of maturity and an underdeveloped sense of responsibility; they are more vulnerable or susceptible to negative influences and outside pressures, including peer pressure; and their characters are not as well formed." Vid. más ampliamente: SCOTT, E.; GRISSO, T.; LEVICK, M.; STEINBERG, L., The Supreme Court and the Transformation of Juvenile Sentencing, New York, 2015.

[35] SCOTT, E.; STEINBERG; L., Rethinking Juvenile Justice, Cambridge-London, 2008, p. 29: "scientific knowledge about cognitive, psychosocial, and neurobiological development in adolescence supports the conclusion that juveniles are different from adults in fundamental ways that bear on decisions about their appropriate treatment within the justice system – and that this scientific knowledge should be the foundation of the legal regulation of juvenile crime".

emanciparse del control paterno. El temor a un rechazo de su grupo social les produce un condicionamiento psicológico;

y 3) su personalidad no está todavía formada por completo. Se habla de que la delincuencia juvenil puede representar una fase temporal de experimentación y adopción de riesgos, no un problema moral duradero[36].

Estas aproximaciones sociológicas y psicológicas a las razones que fundamentan un enjuiciamiento distinto para quienes no han llegado aún a su mayoría de edad no deberían llevar a la errónea conclusión de que en este estudio se opta por una artificial y superada concepción de la *psique,* dentro de los complejos debates históricos entre "la naturaleza de lo mental y de sus relaciones con lo corporal"[37]. Las dificultades para establecer una relación objetiva entre el pensamiento y la fisiología, a pesar de los obvios avances de la neurociencia, ni deben llevarnos a un escepticismo radical, ni tampoco a un determinismo acrítico que, de confirmarse, en lo jurídico tendría consecuencias devastadoras. Es, naturalmente, una cuestión que ya inquietaba a los filósofos clásicos, entre los que destacan Platón y Descartes, y que fue, por supuesto, ámbito de amplia elucubración por los teólogos cristianos medievales[38]. Lejos de perder interés lo ha ido suscitando en los últimos lustros con mayor fuerza[39], creando probablemente expectativas desmesuradas[40]. No

[36] Vid. STEINBERG, L.; SCOTT, E., "Less Guilty by Reason of Adolescence. Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty", American Psychologist, December, 2003, vol. 58, num. 12, pp. 1009–1018.

[37] La expresión es de BUNGE, M., El problema mente-cerebro. Un enfoque psicológico, Madrid, 2011, p. 19, en la introducción a un apasionante estudio sobre lo que él mismo califica como un "hueso duro de roer".

[38] Es deliciosa la afirmación de AGUSTÍIN DE HIPONA en De civitate Dei, XXI, 10,1 por la que señalaba que el modo en que los espíritus se unen a los cuerpos es del todo admirable e incomprensible para el hombre; y sin embargo es el hombre mismo ("quo corporibus adhaerent spiritus et animalia fiunt, omnino mirus est nec comprehendi ab homine potest, et hoc ipse homo est").

[39] Sigue siendo paradigmática la obra de DAMASIO, A., El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano, Barcelona, 2011, donde defiende una "perspectiva organísmica" para una comprensión global de la mente humana, que nos será de utilidad más adelante para completar el alcance de nuestra exposición integral.

[40] Desde un punto de vista crítico, desde la ética vid. CORTINA, A., Neuroética y neuropolítica, Madrid, 2011 ("Los avances en neurociencias abren un universo de posibilidades para dar cuerpo a uno de los grandes principios de la ética de la actividad científica, que es el de beneficiar, aunque siempre conviene hablar con la debida prudencia"), y desde el Derecho, TARUFFO, M., "Proceso y neurociencia. Aspectos generales", Neurociencia y proceso judicial (Dirs. M. Taruffo y J. Nieva

obstante, puede ser de interés espigar con prudencia y, sin perder la visión de conjunto, qué pueden aportarnos los resultados de diversas investigaciones neurocientíficas, y las reflexiones en torno a ellas[41], para tratar de descifrar con mayor minuciosidad en qué pueda consistir en concreto ese estado de inmadurez del adolescente.

2.3 Fundamentos biológicos: el desarrollo cerebral y la responsabilidad penal del menor

Los avances de la neurociencia nos colocan todavía en la incertidumbre, pero nos pueden ya dar alguna pista sobre la que esbozar algunas conclusiones útiles para este aventurado recorrido intelectual[42]. Muchas cuestiones de la neurociencia ya no son misterios insondables, sino problemas para los que se van teniendo instrumentos de acercamiento a su resolución[43].

Con todas sus prevenciones, DAMASIO defiende que la razón humana depende de varios sistemas cerebrales, que trabajan al unísono a través de muchos niveles de organización neuronal, y sugiere que la mente existe "en un organismo integrado y para él; nuestras mentes no serían como son si no

Fenoll), Madrid, 2013, pp. 15-24 ("No tiene sentido -…- decir que el cerebro 'decide' y 'razona', y tampoco tiene lógica relacionar juicios morales con partes o áreas del cerebro. Se puede decir, en esencia, que es preciso tener cerebro para penar y querer del mismo modo que es necesario tener cerebro para caminar, pero evidentemente el cerebro el que camina, y no es el cerebro, él solo, el que piensa o desea").

[41] PARDO, M.; PATTERSON, D., Minds, Brains and Law. The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience, New York, 2013: "Because certain structures may be necessary to exercise various capacities or to engage in certain behavior, neuroscience may contribute greatly by identifying these necessary conditions as well as by showing that, because of injury or deformity, a person lacks them".

[42] Estamos refiriéndonos a la llamada "neurociencia cognitiva", que ha sido definida como "un campo de indagación científica que estudia las bases neurológicas implicadas en las diversas formas de actividad mental" por ESCERA, C., FUENTES, L. y CADAVEIRA, F., "De la Psicología cognitiva a la Neurociencia cognitiva", Mente y cerebro. De la Psicología experimental a la Neurociencia cognitiva (Coords. T. Bajo Molina, L.J. Fuentes Melero, J. Lupiáñez Castillo y C. Rueda Cuerva), Madrid, 2016.

[43] En este sentido DAMASIO, A., El error de Descartes..., Op. cit., pp. 29-30: "Se me hace difícil considerar los resultados científicos, especialmente en neurobiología, como algo más que aproximaciones provisionales que pueden disfrutarse durante un tiempo y que hay que rechazar tan pronto como se dispone de mejores explicaciones. Pero escepticismo sobre el alcance actual de la ciencia, en especial si se refiere a la mente, no implica una disminución del entusiasmo por el intento de mejorar las aproximaciones provisionales".

fuera por la interacción de cuerpo y cerebro durante la evolución, durante el desarrollo individual y en el momento presente" y lo fundamenta en tres interesantes afirmaciones que desarrolla a lo largo de su mencionado libro: "1) El cerebro y el resto del cuerpo constituyen un organismo indisociable"; "2) El organismo interactúa con el ambiente como un conjunto" y "3. Las operaciones fisiológicas que podemos denominar mente derivan del conjunto estructural y funcional y no sólo del cerebro"[44].

Se trata, por tanto, de una concepción integral de en la que las emociones tienen su lugar específico en la complejidad del cerebro, pero están a la vez conectados dentro de un sistema a gran escala. El cerebro sería, en sus propias palabras: "un sistema de sistemas"[45]. Este sería, pues, el substrato biológico en el que debemos tratar de indagar, principalmente, en dos aspectos: uno, nada sencillo, el de la constatación de la relación entre el funcionamiento cerebral y la adopción de decisiones encaminadas a una determinada acción u omisión que pueda estar influida por razonamientos éticos; y dos, directamente relacionado con el anterior, pero que tiene en cuenta la dimensión evolutiva: examinar de qué modo los cambios cerebrales que se producen entre la niñez y la edad adulta pueden tener un reflejo en esos razonamientos.

En todo caso parece ser que hay experimentos neuropsicológicos que pueden tomarse como indicios de que la conexión entre el razonamiento moral y la acción moral es bastante débil, y que las emociones, principalmente la empatía, resultan mucho más eficaces como motivadoras del comportamiento moral[46]. Por tanto, el razonamiento que puede regir la conducta individual no es una argumentación lógica pura, como idealmente pudiéramos suponer, sino trufada de emociones que también influyen en la conducta concreta[47]. Y por

[44] Cfr. DAMASIO, A., El error de Descartes..., Op. cit., pp. 23-28.

[45] DAMASIO, A., El error de Descartes..., Op. cit., p. 68: "Cada sistema está compuesto por una compleja interconexión de regiones corticales y núcleos subcorticales, todos ellos pequeños pero macroscópicos, que están constituidos por circuitos locales microscópicosy que, a su vez, están formados por neuronas, todas las cuales están conectadas mediante sinapsis".

[46] Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, D., A la sombra de Hume. Un balance crítico del intento de la neuroética de fundamentar la moral, Madrid, 2017, p. 33.

[47] CHURCHLAND, P.S., "Inference to the Best Decision", The Oxford Handbook of Philosophy and Neuroscience (Ed. J. Bickle), New York, 2009, p. 425: "The nature of decision making, in humans and other animal, is beginning to be understood at both the psychological and the neurobiological levels. The emergence of a social decision depends on background conditions including emotions, motivational factors, and social understanding, some of which may be nonconscious and inarticulable"

si todo ello fuera poco, no debemos desdeñar que la adopción de decisiones, especialmente en situaciones de tensión, van a tener una influencia prioritaria los heurísticos, que nos llevan a decisiones intuitivas, con los inevitables sesgos psicológicos que ello conlleva[48].

Hasta hace poco la comunidad científica entendía que en la pubertad es cuando el cerebro alcanzaba su plena madurez, es decir, como nos recuerda la sabiduría popular, con el nacimiento de las "muelas del juicio". Pero los estudios con imágenes cerebrales han revelado que el celebro adolescente todavía está en plena evolución: se producen en esa etapa cambios importantes en las estructuras cerebrales que parecen afectar a la emoción, al juicio, a la organización del comportamiento y al autocontrol[49]. Por tanto, a las inseguridades anteriores, es preciso añadir el componente evolutivo.

Me atrevería a afirmar, aún sin base científica alguna, que esa evolución biológica continúa a lo largo de toda la vida del ser pensante[50], es decir, también para los adultos, y especialmente los adultos mayores, sufren modificaciones cerebrales cuya apreciación no precisa de bata blanca. Tal vez no sea descabellado, en este sentido, intuir que, así como hay un proceso de maduración cerebral que pudiera tener consecuencias respecto al modo en que se exige la responsabilidad penal, también pudiera haber razones para que, en un momento dado de la madurez, las conexiones neurológicas

[48] TVERSY, A., y KAHNEMAN, D., "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", Science 185, n. 4157, 1974, pp. 1124-1131, y mucho más ampliamente, este segundo autor en Pensar rápido, pensar despacio, 3.ª ed., Barcelona, 2012, donde explica de manera detenida su sugestiva teoría de los dos sistemas de razonamiento: el sistema 1, rápido, intuitivo y emocional, y el sistema 2, más lento, deliberativo y lógico. A su vez G. GIGERENZER, en Decisiones instintivas. La inteligencia del inconsciente, Barcelona, 2008, abunda en la importancia de la intuición en la práctica de tomar decisiones, y por consiguiente como otro factor a tener en cuenta también en la concreción de la conducta de quien está sometido a la norma. Vid. también VOLZ, K.G., y GIGERENZER, G., "Cognitive processes in decisions under risk are not the same as in decisions under uncertainty", Frontiers of Neuroscience, July 2012, volume 6, article 105.

[49] Cfr. PAPALIA D. E., OLDS, S.W., FELDMAN, R.D., Psicología del Desarrollo…, Op. cit., p. 469,

[50] De hecho, una de las características más definitorias de la actividad mental es su carácter cambiante: OOSTERWIJK, S.; TOUROUTOGLU, A.; LINDQUIST, K., "The Neuroscience of Construction. What Neuroimaging Approaches Can Tell Us about How the Brain Creates the Mind", The Psychological Construction of Emotion (Ed. L. Feldman Barret and J.A. Russell), New York, 2015, p. 111: "One of the most defining characteristics of mental life is that changes from moment to moment".

degeneraran hasta el punto de exigir también un distinto tratamiento[51]. Sin embargo, conviene recordar un aspecto del proceso juvenil que no tendría sentido en el enjuiciamiento de mayores: la finalidad socioeducativa.

En los adolescentes, por tanto, los eventuales cambios cerebrales hacia una inestable madurez, conforme al sistema jurídico aplicable, se ven acompañados de adaptaciones jurídico-procesales que pretenden responder a esa necesidad psicosocial, que por definición no se da en aquellos cuyo cerebro que camina más o menos lentamente hacia la decrepitud. De lo cual, podríamos sacar una conclusión provisional: tal vez no sean tanto las transformaciones cerebrales las que justifiquen la existencia de un proceso penal de menores, sino más bien las argumentaciones sociales y psicológicas[52]; pues si fueran argumento esencial las conexiones neuronales y su fluidez, más justificado estaría prever un proceso –en cualquier orden jurisdiccional, no sólo penal– adaptado a la capacidad comprensiva del litigante mayor.

No obstante, volviendo al asunto que nos ocupa, se afirma que los adolescentes procesan la información biológicamente de manera diferente a los adultos. La diferencia en la toma de decisiones parece tener bases neurológicas, pues las regiones cerebrales implicadas en la planeación a largo plazo, regulación de emociones, control de impulsos, evaluación de riesgos están en desarrollo durante la adolescencia. Se habla de una disposición cerebral más vulnerable a las emociones y a las situaciones de estrés[53]. Así se habla de que la corteza prefrontal, que participa en la planeación a largo plazo, juicio y toma de decisiones se encuentra inmadura hasta bien entrada la edad adulta[54].

Se nos dice que los adultos menores tienen menor probabilidad de utilizar los lóbulos frontales, donde los neurocientíficos sitúan la planificación, el razonamiento, el juicio, la regulación emocional y el control de los impulsos[55].

[51] Vid. sobre el envejecimiento cerebral GAZZANIGA, M.S., El cerebro ético, Barcelona, 2006, pp. 34-47.

[52] WHYTE, B., Youth justice in practice. Making a difference, Bristol, 2009, p. 170: "The importance of a sense of personal integrity reinforced by meaningful social integration is a key feature of healthy adolescence".

[53] Cfr. PAPALIA D. E., OLDS, S.W., FELDMAN, R.D., Psicología del Desarrollo…, Op. cit., pp. 469-471.

[54] LUCIANA, M. "The neural and functional development of human prefrontal cortex", The Cognitive Neuroscience Developmen (Ed. M. de Hann and M.H. Johnson), New York, 2003, p. 163: "It is generally accepted that the prefrontal cortex underlies higher-order cognition, including planning and complex forms of goal-directed behavior".

[55] Vid. GOLDBERG, E., El cerebro ejecutivo. Lóbulos frontales y mente civilizada, Barcelona, 2015, pp. 37-41, habla del "director ejecutivo del cerebro": "La función del

Así el cerebro menos maduro parece permitir que los sentimientos superen a la razón, y descuiden las advertencias que serían lógicas y persuasivas para la mayoría de los adultos[56]. Hay por tanto un defectuoso dominio de las emociones.

En la evolución desde la niñez hay cambios en la estructura y composición de la corteza frontal: hay un aumento constante en materia blanca (fibras nerviosas que conectan partes distantes del cerebro) que permite una cada vez más rápida transmisión de información. Durante la adolescencia esta evolución continúa en los lóbulos frontales y queda reflejada en las imágenes de resonancia magnética cerebral[57]. También se produce una poda de conexiones que no se utilizaron durante la niñez con una reducción de la densidad de la materia gris (células nerviosas), con lo que aumenta la eficiencia del cerebro. Esta evolución empieza en las partes traseras del cerebro y avanza hacia la parte delantera del cerebro durante la pubertad. Así la adolescencia hay un crecimiento en la producción de materia gris en los lóbulos frontales. Hay menos conexiones neuronales, pero las que permanecen se fortalecen, se uniformizan y se hacen más efectivas, y así el procesamiento cognitivo se hace más eficiente[58].

liderazgo sólo adquiere un estatus característico y se hace independiente cuando el tamaño y complejidad de la organización (o del organismo) traspasa un cierto umbral. Una vez que la función del liderazgo ha cristalizado en un papel especializado, la sabiduría del líder consiste en mantener un equilibrio delicado y dinámico entre autonomía y control de las partes del organismo. Un líder prudente sabe cuándo intervenir e imponer su voluntad y cuándo retirarse y dejar que sus lugartenientes muestren su propia iniciativa".

[56] SIEGEL, D., La mente en desarrollo. Cómo interactúan las relaciones y el cerebro para modelar nuestro ser, 3.ª ed., Bilbao, 2016, pp. 346 y ss., se refiere a un marco conceptual de regulación de la emoción: "El cerebro ha desarrollado una red de circuitos que le ayudan a regular sus estados de activación. La naturaleza de ese proceso de regulación de la emoción puede variar mucho de un individuo a otro y puede estar influido tanto por características constitucionales como por adaptaciones a la experiencia".

[57] Vid. GIEDD, J.N. "The Teen Brain: Insights from Neuroimaging", Journal of Adolescent Health, num. 42, 2008, pp. 335-343.: "Adolescence is a time of a substantial neurobiologic and behavioral change, but the teen brain is not a broken or defective adult brain. The adaptive potential of the overproduction/selective elimination process, increased connectivity and integration of disparate brain functions, changing reward systems and frontal/limbic balance, and the accompanying behaviors of separation from family of origin, increased risk taking, and increased sensation seeking have been highly adaptive in our past and may be so in our future. These changes and the enormous plasticity of the teen brain make adolescence a time if great risk and great opportunity".

[58] Cfr. KUHN, D., "Do Cognitive Changes Accompany Developments in the Adolescent Brain?", Perspectives on Psychological Science, 2006, March, vol. 1, pp. 59-67.

En este sentido se esquematizan en cuatro los cambios estructurales específicos que se dan durante la adolescencia: En primer lugar, hay una disminución de la materia gris en las regiones prefrontales del cerebro, lo que refleja la poda sináptica, proceso mediante el cual se eliminan las conexiones no utilizadas entre las neuronas; en segundo lugar, durante la adolescencia temprana se producen cambios importantes en la actividad que involucran a la sustancia neurotransmisora que conocemos como dopamina, especialmente alrededor de la pubertad; en tercer lugar, hay un aumento de la materia blanca en la corteza prefrontal durante la adolescencia y, por último, hay un aumento en la potencia de las conexiones entre la corteza prefrontal y el sistema límbico y este cambio es especialmente importante para el control de las emociones[59].

Así, como recuerda SCHAD[60], respecto a la reestructuración de los niveles de dopamina, esta sustancia influye motivando a los individuos a buscar compensaciones o a realizar comportamientos que supongan gratificaciones. No es hasta la edad adulta cuando la capacidad cognitiva para el control de los impulsos se desarrolla completamente. Con esta autorregulación, junto con la memoria y a la experiencia, hace que un adulto esté mejor equipado para resistir los impulsos hacia la búsqueda de recompensas.

En definitiva, como ya se ha constatado, la psicología y la neurociencia evolutivas han conseguido demostrar que los niños y los adolescentes son diferentes de los adultos desde un punto de vista social, psicológico y también neurológico[61]. No se refiere a que un adolescente tenga menor capacidad para entender las normas o para saber que las está infringiendo: los adolescentes no tienen una menor capacidad intelectiva o cognitiva; simplemente no cuentan con una serie de recursos y de habilidades imprescindibles para manejarse ante determinadas situaciones del modo en el que lo haría un adulto. Por tanto, los adolescentes son menos maduros desde un punto de vista psicológico y neurobiológico, lo que conduce a que tengan menor capacidad de culpabilidad penal.

[59] STEINBERG, L., "Should the Science of Adolescent Brain Development Inform Public Policy?", Issues in Science and Technology, Spring 2012, pp. 67-78.

[60] SCHAD, S., "Adolescent Decision Making: Reduced Culpability, in the Criminal Justice System and Recognition of Capability in Other Legal Contexts", Journal of Health Care Law and Policy, volume 14, issue 2, 375-403: "a key monoamine neurotransmitter modulating reward circuitry" and "has been associated with multiple aspects of reward processing. . .".

[61] POZUELO PÉREZ, L., "Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente. Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad", In Dret, 2/2015.

Pese a las limitaciones intrínsecas y a la continua evolución de los estudios neurocientíficos vemos que éstos añaden importantes elementos reales a la justificación de un tratamiento específico para los adolescentes, es decir, sospechosos con una suficiente madurez para percibir el carácter negativo de su eventual conducta, pero sin una suficiente capacidad de control de sus propios impulsos como se espera en un adulto. Esta afirmación probablemente tiene más de hipótesis que de dogma indiscutible. De hecho, algunos autores han puesto reservas fundadas en torno a ella[62], por ello la respuesta a la cuestión que nos ha traído hasta aquí no puede ser unívoca: son factores plurales y heterogéneos los que siguen ofreciendo razones objetivas para un enjuiciamiento diferenciado de los menores, entre las cuales se encuentra también, pero no sólo, su paulatina maduración biológica[63].

[62] Vid. MARONEY, T.A., "The False Promise of Adolescent Brain Science in Juvenile Justice", Notre Dame Law Review, 2013, 85, 1, pp. 89-178.

[63] Comparten esta conclusión integral: GRUBER, A.A.; YURGELUN-TODD, D.A., "Neurobiology and the Law: A Role in Juvenile Justice?", Ohio State Journal of Criminal Law, 2006, vol. 3, pp. 321-340.

5.

Derecho Probatorio

RAZONAMIENTO PROBATORIO: UNA CUESTIÓN DE MÉTODO 461
Ronald Jesús Sanabria Villamizar

RETOS DE LA SANA CRÍTICA FRENTE A LA TARIFA CIENTÍFICA PROBATORIA 493
Jimmy Rojas Suárez

LA PRÁCTICA DEL INTERROGATORIO DE PARTE EN COLOMBIA: ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO 507
Cindy Charlotte Reyes Sinisterra

CONTROVERSIAS FRENTE A LAS PRUEBAS POR DECLARACIONES: DECLARACIÓN DE PARTE Y TESTIMONIO 531
Horacio Cruz Tejada

LA INSPECCIÓN JUDICIAL Y LA PRUEBA POR INFORMES 551
Rodolfo Pérez Vásquez

LAS NOVEDADES DE LA CONFESIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA A PARTIR DE LA LEY 1952 DE 2019 565
Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo

GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN EL MANEJO DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA 583
Edizon Gonzalo Porras López

REFLEXIONES EN TORNO A LOS REQUISITOS FORMALES DEL DICTAMEN PERICIAL 611
Miguel Andrés Ibáñez Castañeda

LA CONTRADICCIÓN MATERIAL DE LAS PRUEBAS EN EL C.G.P. -CON ÉNFASIS EN LA PRUEBA PERICIAL Y DOCUMENTAL- 623
Ramón Antonio Peláez Hernández

RAZONAMIENTO PROBATORIO: UNA CUESTIÓN DE MÉTODO*

*Ronald Jesús Sanabria Villamizar***

RESUMEN

El trabajo propone un método de razonamiento probatorio en las decisiones con base en normas jurídicas; aunque tiene el objetivo de servir de derrotero en cualquier ordenamiento jurídico, para desarrollo se tendrá en cuenta las particularidades de la cultura jurídica colombiana, tanto conceptuales como normativas. La propuesta intenta cumplir con tres requisitos: exhaustividad (da cuenta de todos los procesos que se deben realizar), secuencialidad (ordenado de tal forma que se indique del primero al último proceso que se debe realizar) y generalidad (aplicable a cualquier decisión jurídica, sin importar su tipo o especialidad).

---

* Artículo inédito. El presente artículo de investigación e innovación hace parte del proyecto de investigación "Problemas procesales de la regla de exclusión en el proceso penal colombiano", que se desarrolla en el Grupo de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Libre la Universidad Libre, Seccional Cúcuta, Colombia.

** Abogado de la Universidad Libre seccional Cúcuta, especialista en derecho disciplinario de la Universidad Externado, magíster en derecho penal de la Universidad Libre seccional Bogotá y magíster en razonamiento probatorio de la Universidad de Girona, España. Tiene estudios en sistema penal acusatorio en la Florida Internacional University y con el programada USAID del Departamento de Justicia de Estados Unidos, en persecución al crimen organizado en la Universidad de Salamanca y en problemas actuales del derecho procesal en la Universidad Pompeu Fabra en conjunto con el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Es profesor de pregrado de la Universidad Libre de Cúcuta y de posgrados en diferentes universidades. Es director de semilleros del Capítulo Norte de Santander del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Actualmente se desempeña como coordinador de la barra académica de la Defensoría Pública Regional Norte de Santander y ejerce como abogado litigante en asuntos penales.

Palabras clave: Razonamiento probatorio, motivación, justificación, metodología

INTRODUCCIÓN

¿Qué se debe hacer para realizar un razonamiento probatorio correcto?

El método de John H. Wigmore, denominado *chart method*[1], que luego fue reelaborado por autores como William Twining, David Schum y Terence Anderson[2] es una propuesta muy interesante. Incluso, su utilidad para sistemas continentales europeos ha sido resaltada por autores como Raymundo Gama[3] y Manuel Atienza[4]. Este método, es su versión más simple, se basa en el cumplimiento de siete pasos[5], que busca formular proposiciones para luego agruparlas en un diagrama bajo 8 símbolos. No obstante, esta representación, que pueden llegar a hacer muy compleja[6], le resta utilidad práctica, pues su uso resultaría complicado, especialmente en contextos jurídicos en donde la justificación se suele expresar en texto organizado en prosa; también la comprensión por la sociedad es otro aspecto para tener en cuenta. Además,

1 WIGMORE, John. The science of Judicial Proof, as given by Logic, Pshychology, and General Experience, and illustrated in Judicial Trials.

2 ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. Análisis de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2015. Capítulo 4, Métodos de análisis, y Capítulo 5, El método de esquema.

3 GAMA LEYVA, Raymundo. El método de Wigmore y su aplicación en nuestra práctica jurídica. En: La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa. ABEL LLUCH, Xavier; Picó i Junoy, Joan y González, Manuel Richard. Madrid: La Ley, 2011. 163-179 pp. En consideración de este autor: "en la medida en que el método Wigmore consiste en el análisis minucioso de las distintas relaciones entre proposiciones que se dan en un argumento sobre cuestiones de hecho, no hay obstáculos para su utilización en nuestro contexto".

4 ATIENZA, M. Curso de argumentación jurídica. Madrid: Trotta, 2013, pp. 445-445.

5 La metodología de los siete pasos:
1. Clarificación del punto de vista, del propósito y del rol [del analista];
2. Formulación del (de los) potencialmente último(s) probandum o probanda;
3. Formulación de los potencialmente penúltimos probanda;
4. Formulación de teorías y de temas del caso: elección estratégica de los probanda últimos, penúltimos o intermedios.
5. Elaboración de un listado [con todas las proposiciones simples];
6. Preparación del (de los) diagrama(s);
7. Terminación del análisis [o sea, refinar y completar el listado de proposiciones y el diagrama].

6 En este sentido, véase TILLERS, Peter. Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico. En: Doxa. Alicante: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2007, n. 30, pp. 383-414.

este tipo de gráficos no dan cuenta de las operaciones que se deben realizar para valorar individualmente las pruebas.

Otro método es el de Stephen Toulmin[7], que autores como Daniel Gonzales Lagier[8] y Michele Taruffo[9] han resaltado su utilidad para reflejar el razonamiento probatorio. Efectivamente, el esquema de Toulmin refleja bastante bien la inferencia probatoria empírica, en donde la razón sería los hechos probados, la pretensión hechos a probar o hipótesis del caso, la garantía sería la regla de generalización (máxima de la experiencia) y el respaldo haría las veces la fuente de la regla de generalización. Un ejemplo en un caso de divorcio por causa de relaciones extramatrimoniales:

Hecho probado (razón): Juan y María entraron al Motel San Juanito a las 7 pm y salieron a las 9 pm.

Hecho a probar o hipótesis del caso (pretensión): Juan sostuvo relaciones extramatrimoniales con María.

Regla de generalización (garantía): cuando dos personas entran a un motel y duran allí un tiempo considerable, probablemente sostienen relaciones sexuales.

Fuente de conocimiento (respaldo): el conocimiento generalmente aceptado por la sociedad.

Sin embargo, en casos en donde se presentan muchas pruebas y de ellas se deriven razonablemente múltiples hipótesis, se tornará muy complejo el ejercicio argumentativo por esta vía. Además, habrá que determinar, en caso en donde de los hechos probados se infieran razonablemente diferentes hipótesis, bajo qué criterio(s) se va a preferir una sobre la otra o que el apoyo no es suficiente para considerar probada ninguna. En definitiva, aunque resulta útil para comprender el razonamiento probatorio y evaluar su solidez, en la práctica judicial sería, por decir lo menos, compleja su aplicación en todos los casos. Como lo ha resaltado Peter Tillers[10], la representación de

7 TOULMIN, Stephen. Los usos de la argumentación. Madrid: Marcial Pons, 2019.

8 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Argumentación y prueba judicial. En: Estudios sobre la prueba. México: Fontamara, 2006. 103-145 p.

9 Entre otros textos del autor, se resalta TARUFFO, Michele. Las inferencias en las decisiones judiciales sobre los hechos. En: El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones. FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen. Madrid: Marcial Pons, 2020. 177-188 p.

10 TILLERS, P. Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico. En: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2007, n. 30, pp. 383-414.

inferencias probatorias en las decisiones jurídicas puede conllevar más costos que beneficios.

Lluis Muñoz Sabaté propuso los heurigramas: "una representación gráfica de la fórmula probática cuya finalidad práctica consiste en remediar las impremeditaciones y olvidos que generalmente suelen darse en el desarrollo de un cuadro de pruebas por el abogado, desde la fase de cálculo preprocesal a la fase de cálculo instructorio"[11]. Está divido en tres grandes partes: la primera referida a los hechos[12], la segunda a las pruebas[13] y, finalmente, la tercera un cuadro (protocolo de prueba) que se deberá ir diligenciando con base en la información con la que se cuente. Aunque el método ordena las pruebas de cara a los hechos, no aporta criterios para valorar individualmente la prueba, tampoco indica criterios de preferencia sobre hipótesis probables.

[11] MUÑOZ SABATÉ, LL. Técnica probatoria. Cuarta edición. Madrid: La Ley, 2017, pp. 653-668.

[12] El autor se refiere al thema probandi, que divide en tres elementos deithema, endothema y subtema. El tema probandi lo entiende, basándose en Eugenio Florián, en un sentido amplio, como todo hecho sobre el cual se debe decidir, y por tanto se amplía tanto cuando lo exigen las circunstancias directas o indirectas que puedan servir o hacer conocer la verdad.

El deithema se refiere a los hechos abstractos que son objeto de prueba conforme las peticiones de las partes (thema probandi in genere).

El endothema se refiere a las proposiciones que se fundamentan en conceptos jurídicos, por lo que deben probarse los hechos específicos a partir de los cuales se pueden acreditar.

El subthemas son hechos de los cuales se infieren otros hechos.

[13] Aquí se establecen los siguientes pasos: fijación, verificación y argumentos. Se debe tener una lista de símbolos referidos a los medios de prueba y a figuras jurídicas que tradicionalmente de utilizan en el derecho probatorio (el autor los llama dispositivos: carga de la prueba, prueba tasada, hecho notorio, infitiatio o negativa genérica, alegación iconteste, hecho fijado por una presunción iuris tantum, infirmación, conducta procesal incriminativa y conducta procesal excriminativa).

La fijación consiste en identificar los medios de prueba que se refieren a un endothema y a un deithema.

La verificación tiene por objeto comprobar la autenticidad de los instrumentos o medios de prueba.

Los argumentos tienen que ver con cualquier tipo de razonamiento que de alguna manera pueda apoyar determinada tesis probatoria, sin necesidad de que previamente haya fijado un hecho o indicio, aunque también caben aquí las máximas de la experiencia que fundamenta una "presunción" (expresión del autor) partiendo de un indicio previamente fijado.

Otra propuesta basada en la inteligencia artificial es la del profesor colombiano Orión Vargas, llamada juez inteligente[14], que consiste en un sistema experto que sirve de asistencia al juzgador en la valoración de la prueba judicial. La herramienta ordena las inferencias probatorias entre la pretensión, los hechos y la pruebas, por lo que resulta bastante útil para identificar las relaciones entre estos elementos. Sin embargo, la asignación de criterios como la relevancia (conexión en términos de probabilidad[15] entre hecho y pretensión), la pertinencia[16] (conexión en términos de probabilidad entre prueba y un hecho) y la credibilidad[17] de la prueba (valor probatorio) dependerá de la voluntad del juzgador, y esta asignación condicionará el resultado del sistema. En todo caso, se resalta de esta propuesta la capacidad de emitir una conclusión verificable teniendo en cuenta las reglas de conjunción de la probabilidad de Jonathan Cohen (peso probatorio)[18].

Los esfuerzos de la literatura reciente, que se ha generado principalmente sobre la base de la llamada concepción racionalista de la prueba[19], son significativos. Las tesis que se han planteado sobre el tipo de conocimiento que se alcanza en el proceso sobre los hechos, la relación entre prueba y verdad, la estructura de las inferencias, el origen y análisis de las premisas, la identificación de criterios de valoración individual de la prueba basados en evidencia

[14] VARGAS VÉLEZ, Orión. Juez inteligente. Sistema experto que asiste al juez en la valoración de la prueba judicial. En: Revista Derecho & Sociedad. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021, N° 57, p. 1-24.

[15] Ibidem. Expresión tomada del texto. "Para evaluar la relevancia jurídica de un hecho se deben resolver las siguientes preguntas: ¿cuán probable hace este hecho la pretensión?, ¿cuán relevante es este hecho en relación con la pretensión, ¿nada probable, ¿poco probable?, ¿probable?, ¿muy probable?".

[16] Ibidem. Expresión tomada del texto. "Para evaluar la pertinencia se deben resolver las siguientes preguntas: ¿cuán probable hace esta prueba este hecho?, ¿cuán pertinente es esta prueba en relación con este hecho?, ¿nada probable?, ¿poco probable?, ¿probable?, ¿muy probable?, ¿cierto?".

[17] Ibidem. Expresión tomada del texto. "Para evaluar la credibilidad de la prueba se deben resolver las siguientes preguntas: ¿cuán probable hace esta prueba este hecho?, ¿cuán pertinente es esta prueba en relación con este hecho?, ¿nada probable?, ¿poco probable?, ¿probable?, ¿muy probable?, ¿cierto?".

[18] Para profundizar en el estudio de la obra de este autor, se recomienda el trabajo de VARGAS, Orión. Lo Probable y lo Demostrable. Una Aproximación a la Obra de Lawrence Jonathan Cohen. En: Revista Academia & Derecho. Cúcuta: Universidad Libre, junio, 2013, n. 6, pp. 111-124.

[19] ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos "racionalistas" ahora? En: Revista Revus, Online, n. 39, 2019.

empírica, la preocupación por la suficiencia probatoria, entre otras, han permitido conocer mejor lo que se hace en la práctica judicial al momento de decidir la prueba de los hechos. Sin embargo, el planteamiento de un método con las características de exhaustividad, secuencialidad y generalidad no se ha realizado.

Por su parte, la literatura que no se inscribe dentro de la concepción racionalista, suele utilizar etiquetas generales, como el deber de valorar individualmente las pruebas y en su conjunto o el deber de valorarlas en sana crítica. Aunque estas expresiones tienen un contenido útil para comprender los derroteros, no establecen propiamente un método para valorar la prueba. Así, por ejemplo, la sana crítica se ha definido como la valoración con base en la lógica, las reglas de la experiencia y las reglas de la ciencia[20], pero cómo operan estos criterios al momento de valorar es un tema en el que no se suele profundizar; por su parte, la valoración en conjunto es usual explicarla con la metáfora del rompecabezas, que resalta la idea de que las pruebas deben "encajar" entre ellas teniendo como referente una historia, pero poco se dice sobre el tipo de conexiones de naturaleza lógica y epistemológicas que se pueden presentar entre ellas; finalmente, la valoración individual consiste en el ejercicio de evaluar la capacidad demostrativa de un elemento de conocimiento individualmente considerado, pero no se suele indicar cómo hacerlo. Además de las críticas puntuales a estas etiquetas, lo cierto es que en su conjunto tampoco establecen un método para valorar correctamente las pruebas.

2. PUNTO DE PARTIDA: BASES NORMATIVAS

Varias disposiciones normativas en Colombia se refieren al razonamiento probatorio; algunas se refieren a aspectos generales y otras a medios de prueba en particular.

Sobre aspectos generales, el artículo 280 del Código General del Proceso –en adelante, CGP– dispone: "La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas (…)". El artículo 42 establece como deber del juez "Motivar la

[20] Entre muchos otros, PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Decimaoctava edición. Bogotá: Editorial Librería Ediciones de Profesional Ltda., 2014. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. Zavalía, 1976. COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma,1969.

sentencia y las demás providencias", lo que implica la justificación de la decisión sobre la prueba de los hechos. El artículo 176 del mismo Código señala: "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba". Por su parte, el Código Procesal Penal (ley 906 de 2004) –en adelante, CPP– señala en el artículo 380 que: "Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo".

De estas normas se infieren los deberes que tradicionalmente se les han asignado a los juzgados en el marco de un sistema de valoración de sana crítica: analizar individualmente y en conjunto las prueba con base en las reglas de la sana crítica.

Sobre la valoración de los medios de prueba en particular, ambas legislaciones contemplan criterios específicos que se deben tener en cuenta al momento de asignarle valor probatorio. Algunas de estas reglas son aspectos generales y graduables que le corresponderá analizar al juzgador bajo criterios de sana crítica, como por ejemplo el artículo 404 del CPP sobre la prueba testimonial o el 232 del CGP sobre prueba pericial. Otras, en cambio, son reglas que tienen una incidencia mayor, vinculante, en la decisión, como por ejemplo el valor probatorio de la confesión en civil (art. 197 CPG) o el valor de la prueba de referencia admisible en penal (art. 382 CPP).

Todas estas reglas reducen considerablemente el margen de discrecionalidad del juzgador al momento de realizar el razonamiento probatorio. Parafraseando a Jordi Ferrer Beltrán[21], la valoración probatoria se da en libertad, como enseñó Benthan, pero no tanto.

Este conjunto de reglas, tanto las referidas al razonamiento probatorio en general como las referidas a medios de prueba en particular, fijan deberes generales que deben tenerse en cuenta al momento de realizar el ejercicio de valoración, sin embargo, no indican un método para realizarlo. Sigue, entonces, quedando en manos de la persona con la función de decidir cómo hacer esta actividad tan importante la corrección de la decisión judicial.

[21] FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba causi-benthamiana. En: Prueba y Racionalidad de las Decisiones Judiciales. Perú: editorial CEJI, 2019.

3. PUNTO DE PARTIDA: BASES TEÓRICAS E IDEOLÓGICAS

Además de los deberes normativos, la propuesta de un método para realizar un correcto razonamiento probatorio debe partir de bases teóricas sólidas que permitan, entre otras cosas, justificarlo. Para el desarrollo de este trabajo, se partirá de algunas de las bases de la concepción racionalista de la prueba[22], que en los últimos años se ha ocupado, desde una mirada analítica y epistemológica, de analizar lo que hacen los juristas al tomar decisiones sobre la prueba de los hechos.

Tesis ideológica sobre la prueba. La prueba en el proceso cumple la función de medio para alcanzar la verdad de los enunciados fácticos. Bajo ese entendido, como señala Taruffo[23], el proceso tiene una función epistemológica, la de generar conocimiento de calidad y en cantidad, lo que permite aproximar la resolución de proceso a la verdad de lo acontecido.

Esta tesis supone dos ideas. La primera, que se basa en los cánones de la epistemología de la ciencia, dominantes a partir del movimiento de la ilustración hasta el día de hoy, que la prueba es el mejor camino posible para alcanzar la verdad; además, la prueba permite el análisis crítico de los fundamentos de una conclusión referida a la verdad de un hecho. La segunda tiene que ver con el concepto de verdad.

Tesis sobre el concepto de verdad. Teniendo en cuenta su importancia para la comprensión del conocimiento humano, la palabra verdad ha estado en el centro de la discusión de la filosofía. El concepto de verdad que se asume en el presente trabajo es el de correspondencia, según el cual una proposición fáctica será verdadera si su descripción de la realidad corresponde con lo sucedido.

Tesis sobre la relación entre verdad y prueba. Como señala Ferrer, aunque prueba y verdad se relacionan teleológicamente, no lo hacen en el plano conceptual. Esto significa que la prueba no supone, al menos no necesariamente, la verdad de las conclusiones a las que se llega con base en ella. En palabras de este autor:

> "Nunca un conjunto de elementos de juicio, por rico y fiable que este sea, permitirá alcanzar certezas racionales, no psicológicas o subjetivas, respecto de la ocurrencia de un hecho, de modo que todo enunciado fáctico es necesariamente verdadero o falso, pero nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contextos de incertidumbre"[24].

Tesis sobre el tipo de conocimiento que se alcanza en el proceso judicial. Como lo ha señalado con claridad la profesora Marina Gascón Abellán, el razonamiento probatorio es inferencial y se basa en una lógica inductiva, por lo que su conclusión en términos epistemológicos es de probabilidad. Entre otras consecuencias, esta tesis implica el carácter no necesario la conclusión de la inferencia, pues lo que hace en la decisión sobre la prueba de los hechos es:

> "(…) a partir de las pruebas (o, más propiamente, enunciados probatorios) y de ciertas regularidades causales (a menudo simples máximas de experiencia) se reconstruye una hipótesis sobre los hechos que explique esas pruebas mejor que cualquier otra hipótesis. Como esas regularidades causales son leyes probabilísticas y como, además, algunas de esas pruebas han sido, a su vez, obtenidas de manera mediata, la hipótesis explicativa de los hechos tiene el carácter de probabilidad. Muy simplemente, *la declaración de hechos probados no es infalible*"[25].

La suma de esta tesis y las dos anteriores permite concluir, como lo sostiene Ferrer, que: "No hay verdades relativas, lo que es relativo es el grado de corroboración y a prueba de que esos hechos han ocurrido; lo relativo es, pues, epistemológica y no ontológica"[26].

Tesis conceptual sobre los enunciados fácticos y enunciados probatorios. Esta distinción permite diferenciar el estado epistemológico de una proposición fáctica.

Inicialmente, al inicio de un proceso, las partes realizan afirmaciones descriptivas sobre la ocurrencia de un hecho. A estos actos se les puede denominar

[22] ACCATINO, Op. cit. También puede consultar FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021.

[23] TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. En especial, el capítulo IV, La dimensión epistémica del proceso.

Sobre esto, también puede verse las reflexiones de RIVERA MORALES, Rodrigo. La epistemología y la enseñanza del derecho a probar. En: Revista Academia & Derecho. Cúcuta: Universidad Libre, junio, 2011, n. 2, pp. 27-38.

[24] FERRER, Op. cit., 2021, p. 18.

[25] GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 104.

[26] Ibid. p. 18, pie de página 4.

enunciados fácticos, con lo que se resalta que se trata de un acto del habla y que con estas palabras se pretende por el hablante describir la realidad, por lo que son enunciados que son susceptibles de juicios verdad-falsedad. Durante la mayor parte del proceso los enunciados fácticos están en un estado de hipótesis, es decir, sin la verificación de elementos de juicio que lo acrediten.

Estos enunciados o proposiciones[27] fácticas se proponen en los actos de postulación de la pretensión o excepción de las partes: en la demanda y en la contestación de la demanda (asuntos no penales), en la imputación-acusación y durante el juicio oral (en asuntos penales).

A diferencia de los enunciados fácticos, los enunciados probatorios operan en la decisión, es decir, cuando el objetivo es aplicar las normas jurídicas para resolver una controversia, un caso en concreto. Aquí el sistema jurídico exige un pronunciamiento sobre si hay razones válidas para considerar probado los enunciados fácticos y, en consecuencia, proceder a evaluar su relevancia jurídica para decidir. El criterio para evaluar la validez de una razón para tomar este tipo de decisiones dependerá del sistema de valoración probatoria (sana crítica, íntima convicción y tarifa legal). En todo caso, cualquiera que sea el sistema, las razones se basaran en lo sucedido en el proceso, especialmente con la producción probatoria. Los enunciados probatorios, entonces, constituyen el objetivo del razonamiento probatorio: es la decisión que debe tomar el juzgador sobre la prueba de los enunciados fácticos que constituyen tema de prueba en el caso en concreto.

Como lo explica Ferrer[28], los enunciados probatorios son enunciados descriptivos (fuerza del enunciado) que significan que hay elementos de juicio suficientes a favor un enunciado fáctico relevante para el caso (significado) debido a que se reúnen las condiciones para aceptarlo como probado (actitud proposicional).

Tesis sobre concepto de razonamiento probatorio. Partiendo de un conjunto de pruebas, con el objetivo de emitir un enunciado probatorio sobre los enunciados fácticos que constituyen hechos jurídicamente relevantes en un caso en concreto, se le denomina razonamiento probatorio a la justificación que se utiliza para ir de lo primero (el punto de partida) a lo segundo (la meta).

[27] Con esta expresión se resalta que lo importante no es solo el acto del habla, sino el contenido de las palabras, el mensaje que se quiere transmitir.

[28] FERRER BELTRÁN, Jordi. Está probado que p. En: Prueba y Racionalidad de las Decisiones Judiciales. Perú: editorial CEJI, 2019, pp. 59-86.

Los enunciados probatorios, decisión a la que se llega por medio de este tipo de razonamiento, se presenta en dos modalidades: "está probado que *p*" (se insiste, entendiendo *p* como un hecho jurídicamente relevante) y "no está probado que *p*"; en el primer caso se podría hablar de enunciados probatorio positivo y en el segundo negativo. Con esto se resalta que, en todos los casos, al margen de la cantidad y calidad de pruebas con la que se cuenta, se debe tomar la decisión de acoger una u otra opción.

Ahora bien, el "está probado que no *p*", que podría considerarse como una tercera opción, se puede reconducir a un enunciado probatorio negativo de los hechos jurídicamente relevantes, pues cuando se dice que está probado que no *p* también se quiere decir que se probó un hecho que le resulta incompatible a *p*, ya sea por refutación directa o indirecta, por lo que con base en su prueba y el principio lógico de no contradicción se concluye que quedó refutado.

4. ¿PARA QUÉ UN MÉTODO DE RAZONAMIENTO PROBATORIO?

Varias son las ventajas que se pueden señalar de un método exhaustivo, secuencial y general para realizar un razonamiento probatorio: aporta considerablemente a la racionalidad de la decisión, permite un mejor control de los enunciados probatorios, tanto por las partes como por las instancias superiores, aporta a la seguridad jurídica, hace más previsible las decisiones judiciales sobre la prueba de los hechos, facilita al decisor la adopción de la decisión y su justificación. Sin embargo, todas estas ventajas pueden reconducirse a un objetivo: la reducción de errores inferenciales.

La teoría de los errores y aciertos de la decisión judicial, en este caso de la referida a la prueba de los hechos, brinda una metodología que permite comprender la aplicación del derecho para la resolución de un caso en concreto.

Partiendo de las tesis expuestas, existen dos tipos de errores/aciertos: los materiales y los inferenciales. Los primeros se ocupan de analizar dos variables: la verdad o falsedad con la decisión. Así, entonces, se presentará un acierto material cuando la decisión corresponda a la verdad de lo sucedido (condena a un culpable o absolución a un inocente) y un error material cuando lo decidido sea falso (condena a un inocente o absolución a un culpable). Los errores inferenciales, en cambio, se ocupan de evaluar la relación entre las pruebas producidas y la decisión –aquí la variable verdad es irrelevante–. Se

presentará un acierto inferencial cuando la decisión esté justificada en las pruebas y en las normas aplicables (hay prueba suficiente para condenar y se condena o no hay prueba suficiente para condenar y el juez absuelve), y un error de este tipo cuando la decisión no se justifique en ellas (hay prueba suficiente para condenar y el juez absuelve o no hay prueba suficiente para condenar y el juez condena).

Es posible combinar los errores o aciertos de tipo material con errores y aciertos de tipo inferencial. Las combinaciones posibles serían ocho:

i. Acierto material 1 (condena a un culpable) y acierto inferencial 1 (hay prueba suficiente para condenar y el juez condena).

ii. Acierto material 1 (condena a un culpable) y error inferencial 1 (no hay prueba suficiente para condenar y el juez condena).

iii. Acierto material 2 (absolución a un inocente) y acierto inferencial 2 (no hay prueba suficiente para condenar y el juez condena).

iv. Acierto material 2 (absolución a un inocente) y error inferencial 2 (hay prueba suficiente para condenar y el juez absuelve).

v. Error material 1 (condena a un inocente) y acierto inferencial 1 (hay prueba suficiente para condenar y el juez condena).

vi. Error material 1 (condena a un inocente) y error inferencial 1 (no hay prueba suficiente para condenar y el juez condena).

vii. Error material 2 (absolución a un culpable) y acierto inferencial 2 (no hay prueba suficiente para condenar y el juez absuelve)

viii. Error material 2 (absolución a un culpable) y error inferencial 2 (hay prueba suficiente para condenar y el juez absuelve).

Como se señaló, partir de la base de que la decisión judicial puede incurrir en cualquiera de estas combinaciones entre aciertos/errores permite comprender mejor sus implicaciones. A partir de esta metodología pueden formularse, entre otras, los siguientes interrogantes: ¿qué se puede hacer para disminuir la comisión de errores materiales?; ¿cuál de los dos errores materiales es más grave en términos jurídicos y, en consecuencia, cuál se debe evitar en mayor medida?; ¿son aceptables los aciertos incidentales, es decir, derivados de errores inferenciales?; si es no se puede eliminar la posibilidad (riesgo) de comisión de errores materiales, ¿podemos distribuir ese riesgo?; y, finalmente, ¿cómo hacemos para disminuir la comisión de errores inferenciales? La creación de un método para realizar el razonamiento probatorio busca esto: reducir la comisión de errores inferenciales.

5. PRESUPUESTOS DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO

La actividad de realizar un razonamiento probatorio al momento de decidir un asunto supone previamente haber verificado algunos aspectos de naturaleza procesal-jurídica. Es tan importante esta labor previa que, de no hacerse o de hacerse de manera errada, la decisión sobre la prueba de los hechos (enunciados probatorios) será necesariamente equivocada.

A continuación, se exponen estos pasos.

A. Identificación los hechos jurídicamente relevantes, hechos principales o tema de prueba

Se trata de hechos individuales o concretos (enunciados fácticos), aún en estado epistemológico de hipótesis, que tienen la capacidad de adecuarse a la(s) norma(s) jurídica(s) que fundamenta la pretensión o excepción, según corresponda, alegada por la parte. Así, por poner un ejemplo, si la Fiscalía alega como pretensión la pena de prisión porque el acusado cometió del delito de homicidio y, a su vez, la Defensa alega que es inocente porque actuó en legítima defensa, los hechos jurídicamente relevantes, hechos principales o el tema de prueba (estos términos son equivalentes), serán aquellos enunciados fácticos (descriptivos de algo ocurrido en el pasado) que tengan la capacidad lógica de adecuarse a los elementos abstractos del delito de homicidio y de legítima defensa contemplados por el ordenamiento jurídico.

La distinción entre hecho individual o concreto y hecho abstracto o genérico permite comprender mejor este tema. Los primeros son enunciados descriptivos de una realidad pretérita, también se les denomina hipótesis fáctica. En cambio, los hechos abstractos, que realmente no son hechos, son conceptos indeterminados que utiliza el derecho para construir normas jurídicas. Es importante esta distinción porque el objeto de la prueba son hechos individuales, no genéricos. El objeto de la prueba son hechos individuales (enunciados fácticos), no hechos abstractos (conceptos en las normas). Por eso es importante que al momento de ejercer el derecho de acción y postular una pretensión ante un funcionario con la función de decidir se formulen proposiciones referidas a hechos individuales. Esto aplica en cualquier especialidad.

¿Dónde se encuentran este tipo de enunciados? En los sistemas procesales guiados por el principio dispositivo es usual que se exija una carga de alegación, especialmente por quien ejerce el derecho de acción, demandante o acusador, según la especialidad del proceso. En materia penal, por el principio acusatorio y el derecho a la defensa, se encontrarán en el acto procesal en el que la Fiscalía ejerza la acción penal (en Colombia, imputación de cargos y formulación de acusación). En otras palabras, estos hechos se encuentran generalmente en los actos de postulación de la pretensión de las partes.

Es importante resaltar que estos enunciados constituyen el objeto del pronunciamiento del juzgador sobre la prueba de los hechos. Por lo tanto, el objetivo del razonamiento probatorio reside en tomar una decisión sobre si se cuentan con elementos de conocimiento suficiente para considerarlos probados.

Un problema que se puede llegar a presentar al verificar este presupuesto es la evaluación de la relevancia jurídica de los enunciados fácticos. Si la relevancia jurídica de un hecho individual o concreto no depende de su estado epistemológico (hipótesis o probado), es posible que el juzgador se percate de que los enunciados fácticos formulados por la parte no tienen relevancia jurídica de cara a su pretensión y a las normas que la fundamentan. En este caso, el juzgador podría tomar la decisión de prescindir del razonamiento probatorio, pues su resultado no cambiará la decisión necesaria de desestimar la petición de la parte. Esto a menos que el principio de congruencia aplicable al caso le permita al juzgador tener en cuenta hechos probados no alegados por la parte. Ver presupuesto **C**.

B. Identificar las pruebas producidas

La decisión sobre la prueba de los hechos en el marco de un proceso está limitada a las pruebas obrantes dentro del expediente. Se trata de una delimitación epistemológica estricta, que no admite excepciones: el conocimiento estará limitado a las pruebas que se hayan aportado y practicado en debida forma en el proceso. Esta idea descansa en el clásico principio de necesidad de la prueba, también llamado prohibición de conocimiento privado del juzgador, consagrado expresamente en la mayoría de las legislaciones procesales de Iberoamérica; en Colombia se encuentra en el artículo 164 del CGP.

Bajo esta tesis, le corresponde al juzgador delimitar el marco epistemológico con el que cuenta para tomar la decisión sobre la prueba de los hechos. Para hacer esto debe identificar cuántas, factor cuantitativo, y cuáles pruebas, factor cualitativo, se produjeron en debida forma dentro del proceso. Ambos factores son igual de importantes.

C. Identificar las reglas sobre principio de congruencias aplicables a la decisión

La congruencia se ocupa de analizar la relación entre lo pedido por las partes y la decisión del juzgador. La idea de este principio es limitar el objeto del pronunciamiento de la decisión judicial con base en las alegaciones de las partes, con lo que se protegen otras garantías y principios, como la defensa, la contradicción, la bilateralidad de la audiencia, la seguridad jurídica y, en general, el debido proceso.

Bajo un alcance estricto, la congruencia impondría, sin excepciones, un limitante a la decisión judicial: pronunciarse exclusivamente sobre las peticiones de las partes y sus fundamentos, esto es, los enunciados fácticos que alegan y las normas jurídicas en que se basan. Sin embargo, ante la variedad de especialidades, la congruencia sufre matizaciones, y algunas de ellas tienen especial importancia en el ejercicio del razonamiento probatorio.

En materia penal, por ejemplo, la posición actual de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, es una congruencia flexible sobre el fundamento jurídico de la pretensión punitiva. El efecto práctico de esta tesis es el siguiente: aunque la decisión judicial sobre la responsabilidad penal del acusado está limitada a los enunciados fácticos que fueron fundamento del ejercicio de la acción penal, el juzgador puede variar la calificación jurídica de la Fiscalía, siempre y cuando no agrave la situación jurídica en términos punitivos del acusado; esto ha permitido decisiones como la modificación de coautoría a complicidad, de determinador a autor, modificación del verbo alternativo del tipo penal seleccionado para ejercer la acción penal (SP2084-2022), condena por un delito de menor entidad al presentado en la imputación o acusación (SP2042-2019).

¿Tiene un efecto en el razonamiento probatorio la tesis actual de la Corte Suprema de Justicia? No, pues los enunciados fácticos que serán objeto de razonamiento probatorio no se ven afectados. La consecuencia recae exclusivamente sobre la calificación normativa, lo que no es menor, pues igualmente

afecta el derecho de defensa al no darle la oportunidad a la Defensa de exponer argumentos en contra de una adecuación normativa no esperada.

Sin embargo, en otras especialidades los matices al principio de congruencia sí afectan considerablemente el razonamiento probatorio.

Los ejemplos más claros se presentan en familia y agrario cuando el demandante está cobijado con el amparo de pobreza. En la primera especialidad, dispone el parágrafo primero del artículo 281 del CGP: "En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole". La idea de fallos *ultra* (más allá de lo pedido) y *extra* (diferente a lo pedido) *petita* implica necesariamente fundamentar la decisión en hechos no alegados por la parte, por eso tiene una implicación fuerte en el razonamiento probatorio. En estos casos, el razonamiento probatorio no se limita a decidir si hay prueba suficiente sobre los enunciados fácticos alegados por la parte; el juzgador debe evaluar si hay prueba suficiente sobre cualquier otro hecho que genere una consecuencia jurídica tendiente a proteger los derechos del demandante. Estas reglas se justifican por las cualidades especiales de los sujetos que comparecen al proceso y la decisión política de propender por una protección que no se limite al principio dispositivo. Sobre agrario, dispone en lo pertinente el parágrafo segundo de la misma norma: "(…) cuando una de las partes goce del amparo de pobreza, el juez (…) está facultado para reconocer u ordenar el pago de derechos e indemnizaciones extra o ultrapetita, siempre que los hechos que los originan y sustenten estén debidamente controvertidos y probados".

Otra área del derecho en donde se presenta una situación similar es en el derecho laboral. Dispone el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social: "El Juez de ~~primera instancia~~[29] podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas".

[29] Expresión declara inexequible mediante sentencia C-662-98.

Al margen de estas reglas especiales, el régimen procesal del Código General del Proceso establece una regla general que permiten que enunciados fácticos no alegados por las partes que resulten probados se deban tener en cuenta al momento de emitir sentencia. Es el caso del artículo 282 que dispone: "en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia"; esta regla es aplicable a menos que se trate de prescripción, compensación y nulidad relativa, las cuales deberán alegarse en la contestación de la demanda. También opera como regla general lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 281: "En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio".

D. Identificar las reglas especiales sobre la decisión de la prueba de los hechos, tanto las generales como las relativas a medios de prueba en particular

Aunque la regla general en los sistemas probatorios contemporáneos es el sistema de demostración de libertad probatoria (los hechos se pueden demostrar con cualquier medio de prueba) y el sistema de valoración de la libre apreciación de la prueba o sana crítica (las pruebas se valoran con base en la razón, criterios de justificación verificables, sin reglas jurídicas que condicionen su valor probatorio en abstracto), aún subsisten muchas reglas especiales en los ordenamientos jurídicos. Colombia no escapa a esta configuración híbrida.

Teniendo en cuenta la especialidad como un criterio de resolución de antinomias (regla especial prevalece sobre la general), es necesario identificar, antes de iniciar la tarea de hacer el razonamiento probatorio, si en el caso en concreto resultan aplicables reglas especiales. Estas reglas son de contenido y efectos muy variados. Sin embargo, tienen en común su papel preferente respecto a la regla general (libertad probatoria y libre apreciación de la prueba) y que afectan considerablemente la decisión sobre la prueba de los hechos.

A continuación, se hará una exposición sucinta, sin pretensión de exhaustividad, de las reglas especiales más usuales en el ordenamiento jurídico

colombiano. En busca de un orden metodológico y con el objeto de resaltar sus diferencias, se agruparán en cuatro categorías.

Reglas especiales sobre hechos exentos de prueba. Por contradictorio que parezca, al llegar el momento de emitir la decisión, sin haber realizado razonamiento probatorio alguno (al menos bajo la definición que se asume en el presente trabajo), puede haber razones para tener como demostrado un enunciado fáctico. A estas razones se les suele denominar hechos exentos de prueba o hechos que no necesitan prueba: i) las normas jurídicas, ii) los hechos aceptados o no controvertidos, iii) los hechos presuntos, iv) los hechos notorios y v) el hecho indefinido (afirmaciones o negaciones indefinidas).

Es un presupuesto del razonamiento probatorio determinar si en el caso en concreto se presenta alguna de estas figuras jurídicas.

Las presunciones merecen un comentario especial. Aquí se habla de presunciones legales o normativas, que se encuentran consagradas en una norma jurídica, y no las presunciones del hombre, judiciales u hominis, que corresponden realmente a una inferencia probatoria. Las presunciones normativas requieren la prueba de un antecedente, que corresponde a un supuesto de hecho y, por tanto, se requiere la prueba de una proposición fáctica. Esto implica que necesariamente la aplicación de la consecuencia de una norma de presunción requiere realizar un razonamiento probatorio sobre la prueba del enunciado fáctico que configura el supuesto de hecho de esa norma. Por tanto, se debe realizar un razonamiento probatorio, que, aunque mucho más simple que el principal, no deja de ser un razonamiento probatorio. Por eso, cabe hacer aclaración. En este caso, el presupuesto consiste sólo en identificar la potencial aplicación de la norma de presunción, actividad que es posible realizar teniendo en cuenta las particularidades del caso (peticiones de las partes y sus fundamentos).

También es importante resaltar las presunciones que se configuran por el incumplimiento del deber de colaboración de las partes con el proceso. El CGP tiene varias reglas sobre esto: entre otras, la falta de contestación o contestación deficiente de la demanda (art. 97), la confesión presunta (art. 205), impedir la realización de una prueba pericial (art. 233), impedir u obstaculizar la inspección judicial (art. 238.2), oposición infundada de la exhibición de documentos (art. 267).

Reglas especiales sobre tarifas legales o pruebas solemnes. También es importante identificar si existen reglas jurídicas que condicionan en abstracto el valor probatorio de los elementos de conocimiento. Esto usualmente se

presenta de cara a un tipo de hecho abstracto, que suele ser institucional. Un caso sería la propiedad de un bien inmueble, hecho institucional, pues su existencia jurídica y demostración dentro del proceso está supeditada, por regla sustantiva, a un documento solamente: el certificado de libertad y tradición correspondiente.

Un ejemplo de este tipo de reglas en materia penal es la tarifa legal negativa que recae sobre la prueba de referencia: no se puede condenar solo con prueba de referencia. Como se observa, se trata de un condicionamiento del alcance de ese tipo de pruebas para fundamentar una condena.

Reglas especiales sobre estándar de prueba. En caso de que el ordenamiento jurídico contemple un estándar de prueba para la decisión de la prueba de los hechos, que idealmente debe ser establecida en una regla abstracta por la ley, pero sin descartar la posibilidad de fijación vía jurisprudencia por constituir precedente, debe tener en cuenta esta regla, pues, como señala Ferrer, "Los estándares de prueba son reglas que (…) determinan el nivel de suficiencia probatoria para que una hipótesis pueda considerarse probada (o suficientemente corroborada) a los efectos de una decisión sobre los hechos."[30]

Reglas sobre el valor probatorio de medios de prueba en particular. Aunque los principios de libertad probatoria y libre apreciación de la prueba son la regla general, los códigos procesales suelen contemplar reglas que, aunque no son propiamente una tarifa legal, establecen indicaciones sobre aspectos que se deben tener en cuenta al realizar el razonamiento probatorio.

Un ejemplo claro de este tipo de reglas en el CGP son los indicios. Ante determinado tipo de actuación realizada por la parte, se establece apreciarla como indicio en contra. Así, por ejemplo, sucede con no se cuenta con documentos para probar obligaciones de un contrato o convención (art. 225), la falta de colaboración en la realización de una prueba pericial (art. 233) o de una inspección judicial (art. 238.2), entre otros.

Mención especial: las reglas de la carga de la prueba. La regla de la carga de la prueba no tiene ninguna incidencia en el razonamiento probatorio y en su decisión (enunciados probatorios). Con base en el principio de comunidad de la prueba o adquisición procesal[31], las partes pierden la disponibilidad sobre las pruebas que por su iniciativa de produjeron en el proceso y estas se deben

[30] FERRER, Op. cit., 2021, p. 109.

[31] MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Séptima edición. Madrid: Civitas y Thomson Reuters, 2012, p. 112.

valorar objetivamente, al margen de quién las aportó. Así, entonces, sea cual sea el tipo de carga de prueba aplicable al caso (estática o dinámica) o bajo qué criterio se estableció (afirmación, interés, incumbencia o facilidad), no tiene ninguna relevancia para la construcción de un método útil para hacer razonamientos probatorios.

Ahora bien, una vez se resuelve que no hay prueba suficiente sobre un hecho jurídicamente relevante (enunciado probatorio negativo), la carga de la prueba es una figura jurídica fundamental, concretamente su faceta como regla de juicio o decisión (sucedáneo de la prueba), también llamada carga objetiva o material, pues esta permite adoptar una decisión bajo tránsito a cosa juzgada.

6. PROPUESTA: MÉTODO PARA EL RAZONAMIENTO PROBATORIO

Razonar sobre la prueba de los hechos implica realizar tres actividades: valorar la prueba individualmente, valorarla en conjunto y valorar la suficiencia probatoria alcanzada. A partir de estas tres operaciones se debe tomar una decisión sobre la prueba de los hechos, que se caracteriza por ser ambivalente: o se concluye que hay prueba suficiente, y en consecuencia se procede a realizar la calificación normativa sobre los enunciados probatorios positivos (hay prueba de HJR); o se concluye que no hay prueba suficiente, y en consecuencia se procede a aplicar reglas jurídicas de cierre sobre los enunciados probatorios negativos (no hay prueba de HJR), como la regla de juicio de la carga de la prueba o la presunción de inocencia. Sin embargo, esto no es suficiente para cumplir la exhaustividad (da cuenta de todos los procesos que se deben realizar) y secuencialidad (ordenado de tal forma que se indique del primero al último proceso que se debe realizar) que busca este trabajo.

A continuación, se plantea una propuesta para realizar un razonamiento probatorio bajo un método que cumpla las características mencionadas al inicio de este trabajo, lo que, como se explicó, tiene por objetivo reducir la comisión de errores inferenciales.

6.1 Identificación de información pertinente

El primer paso implica dos actividades que se pueden realizar simultáneamente. Consiste en identificar objetivamente la información que cada una de las pruebas le aportan al proceso teniendo en cuenta las necesidades epistemológicas del proceso.

Se trata, en primera medida, de un ejercicio de extracción de información de cada una de las pruebas, sin evaluar su capacidad demostrativa. Ahora, aunque las reglas de producción probatoria (admisión y práctica) tienden a reducir que esto suceda, es posible que no toda la información que una prueba le aporte al proceso (declaración de un tercero-testigo) sea pertinente (tenga relación lógica de contenido) con los hechos jurídicamente relevantes del caso. Por eso, es importante que se realice una selección: se busca separar la información pertinente de la impertinente para centrar la atención en aquella que resultará útil para la toma de la decisión.

Sobre este primera paso, Perfecto Andrés Ibáñez al estudiar las implicaciones la exigencia de establecer un cuadro probatorio en la sentencia para tomar una decisión racional sobre la prueba de los hechos, señala: "Esto demanda la apertura en las sentencias de un área específica (…) donde se haga figurar con el necesario pormenor lo que realmente constituye el elenco de las aportaciones probatorias de las partes en el juego del contradictorio: es decir, el resultado del examen de cada una de las fuentes de prueba, su rendimiento individualizado, todo, en una primera consideración en clave esencialmente descriptiva"[32].

6.2 Organización de la información con base en su pertinencia

La distinción entre prueba directa e indirecta ha sido ampliamente criticada en los últimos años, a tal punto que se aboga por su desuso, pues resulta poco útil. En este sentido se pronuncia Daniel Gonzáles Lagier: "la diferencia entre ambos tipos de prueba debe ser muy matizada y considerarse meramente una cuestión de grado, y no una distinción que apunte a una diferencia cualitativa"[33]. Las razones de esta tesis son de orden epistemológico: ambos tipos de pruebas se analizan bajo una inferencia probatoria basadas en regularidades o máximas de la experiencia y ninguna supone una mayor fiabilidad.

La anterior crítica es compartida en este trabajo. Sin embargo, el criterio de pertinencia, que es la base de la distinción entre prueba directa e indirecta, puede servir, ya no con fines epistemológicos, sino con fines de ordenación de la información.

[32] IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Prueba y convicción judicial en el proceso penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 67.

[33] GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. En: FERRER BELTRÁN, Jordi (coord.). Manual de Razonamiento Probatorio. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Para evaluar la complejidad probatoria del caso, conviene, antes de evaluar la fiabilidad de cada elemento de conocimiento y las relaciones que se presentan entre ellas, agrupar la información que las pruebas aportan según a los hechos a que se refieren.

Inicialmente, deben agruparse las pruebas referidas directamente a los hechos jurídicamente relevantes de la pretensión. Luego, agruparse las pruebas que se refieren a los hechos indicadores de estos hechos jurídicamente relevantes. Es cierto que identificar un hecho como indicador implica necesariamente hacer uso de una garantía (generalizaciones empíricas) que permita lógicamente unirla con el hecho indicado o al que se pretende probar. Sin embargo, en esta etapa, no se trata de hacer un ejercicio riguroso inferencial, menos de evaluar la calidad de su conclusión, sino simplemente una labor de orden que le permita al juez percatarse de toda la información con la que cuenta para tomar la decisión. Es una mirada holística a la información relevante.

Las pruebas que no se refieran a los hechos jurídicamente relevantes del accionante o hechos indicadores de estos, se referirán necesariamente a hechos le son incompatibles en términos normativos (de ser ciertos, no se podría estimar la pretensión), esto descartando que sea información irrelevante. Con estas pruebas debe hacerse el mismo ejercicio anterior.

Finalizado este paso, el juzgador contará con la información organizada según los hechos a que se refieren, lo que le permitirá evaluar la complejidad del caso en términos probatorios e identificar los aspectos de mayor controversia que deberá abordar en las siguientes etapas.

6.3 Evaluación de la fiabilidad de la información

Con este tercer paso inicia en un sentido estricto la valoración de las pruebas. Lo que se ha realizado hasta ahora es un ejercicio de identificación y organización de la información. Ahora corresponde evaluar el apoyo empírico que las pruebas le aportan a las hipótesis que se han considerado como jurídicamente relevantes.

La labor que se debe realizar aquí es analítica. Consiste en evaluar la capacidad demostrativa de un elemento de conocimiento individualmente considerado para demostrar la proposición fáctica a la que se refiere. La conclusión de esta actividad consiste en la asignación de un grado de fiabilidad a cada una de las pruebas pertinentes.

Una aclaración conceptual. Es usual que se utilicen vocablos diferentes para referirse al valor probatorio de cada medio de prueba: sobre las declaraciones de terceros se suele hablar de credibilidad, para los documentos veracidad y autenticidad y para la prueba pericial solidez. La palabra fiabilidad es transversal, se refiere a la capacidad demostrativa de cualquier medio de conocimiento para demostrar la información que aporta.

¿Con base en qué criterios se evalúa la fiabilidad de una prueba? Teniendo en cuenta las tesis teóricas expuestas, no es correcto acudir a criterios subjetivos, pues estos no permiten un control externo. También podría utilizarse el criterio de corroboración (otras pruebas reafirman lo que la prueba informa), pero esto ya estaría en el campo de la valoración en conjunto, lo que no corresponde a este paso del método; además, esta operación también exigiría resolver porqué le otorga fiabilidad a esas pruebas. La mirada, entonces, debe centrarse en criterios basados en evidencia empírica.

Desborda el objetivo de este trabajo identificar y evaluar criterios racionales para asignarle fiabilidad a los medios de prueba, que lógicamente variarán dependiendo de su naturaleza. Los criterios de los testigos[34] no serán los mismos que para la prueba pericial o documental, y viceversa. Sin embargo, sí debe resaltarse que esta labor no deja de ser una inferencia probatoria probabilística, basada en una generalización y por tal motivo su conclusión será más o menos probable, esto a menos que haya una razón jurídica que prescriba dar por probado el hecho en la decisión, como en el caso de la confesión en el CGP.

6.4 Identificar las relaciones entre las pruebas con los hechos a probar (hechos jurídicamente relevantes)

En este paso se desarrolla lo que suele denominarse valoración en conjunto de las pruebas. Tal como se dijo, para explicar lo que implica este deber se suele utilizar la metáfora del rompecabezas. El objetivo consiste, según esta idea, en analizar cómo cuadran las fichas (pruebas) para formar la imagen (hipótesis

[34] Sobre la fiabilidad de la prueba testimonial y a la prueba pericial, se recomienda el trabajo publicado por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes; VÁZQUEZ, Carmen. La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba. En: FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.). Manual de Razonamiento Probatorio. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, pp. 289-346. Allí se encuentra una síntesis de los criterios racionales que se han ido planteado desde la epistemología para evaluar la fiabilidad de estos medios de prueba.

fácticas) que representa de la mejor manera lo sucedido. La explicación es comprensible, pero no indica cómo se realiza en términos probatorios, dejando a una suerte de intuición su realización en la práctica judicial.

Si las pruebas aportan información relevante al proceso, entonces la valoración en conjunto consiste en identificar las relaciones epistemológicas entre ellas de cara a las hipótesis señaladas jurídicamente relevantes. Aunque corresponden a la cara de una misma moneda, las relaciones pueden ser de dos tipos: corroboración o refutación.

El objetivo de esta etapa del método consiste en identificar las relaciones de corroboración o refutación que se presentan entre las pruebas que se hayan producido en el proceso. Aunque el camino ya está abonado por la etapa de organización de la información con base en su pertinencia, aquí corresponde evaluar de las relaciones entre las pruebas, poniendo especial énfasis en la calidad de las garantías (generalizaciones empíricas o máximas de la experiencia) que permiten realizarla.

6.4.1 Relaciones de corroboración

Afirmar que las pruebas se corroboran entre sí puede significar diferentes cosas, pero todas tienen algo en común: las pruebas aportan información relevante que hace más probable la ocurrencia de un hecho jurídicamente relevante.

A. Corroboración directa

Se trata de la relación de corroboración más simple. La relación consiste en que varias pruebas, que pueden ser de diferente naturaleza, aportan información sobre un mismo hecho. Por ejemplo, tres testigos afirman que percibieron cuando el vehículo pasó el semáforo en rojo y colisionó con la motocicleta. Esta misma relación se presenta, pero con diversos medios de prueba, si un testigo, un documento (video) y una prueba pericial (reconstrucción del siniestro) señalan un mismo acontecimiento. Como se observa, cada prueba aporta un apoyo epistemológico independiente a la hipótesis a probar.

Esta corroboración es relevante por los criterios de cantidad y diversidad para evaluar la probabilidad alcanzada con base en un conjunto de pruebas[35]. Según el primero, a mayor cantidad de pruebas sobre una hipótesis mayor será la probabilidad que haya ocurrido; según el segundo, a mayor variedad (diversas fuentes de conocimiento) de pruebas que se refieran a un mismo hecho mayor probabilidad de que sea cierto.

[35] Al desarrollar la evaluación de la suficiente probatorio, se volverá con estos criterios.

B. Corroboración indirecta o periférica

Para entender esta relación, así como la refutación indirecta, es importante conocer la distinción entre hecho principal y hecho derivado, o de predicciones del hecho principal, como lo denomina Jordi Ferrer[36]. El argumento responde al siguiente esquema: si es cierto que hp1, entonces probablemente será cierto hd1. Cuántos hechos derivados se pueden formular dependerá de las generalizaciones empíricas con las que se cuente. A mayor cantidad de hechos derivados que resulten probados, mayor probabilidad que el hecho principal sea cierto.

Es importante resaltar las limitaciones epistemológicas de esta relación. Al ser un razonamiento basado en la mejor explicación o abducción: "(…) razonamos tratando de inferir un hecho particular a partir de otro hecho que conocemos como una regla –universal o probabilística– que suponemos correcta. Tampoco obtenemos de esta forma una conclusión necesariamente verdadera –ni siquiera la regla es universal–, sino solo una "solidez" que puede ser mayor o menor"[37].

Este tipo de relaciones resultan muy útiles para la evaluación de la fiabilidad de la prueba testimonial. Caso hipotético: en un caso de delito sexual en donde, además del dicho de la víctima, se cuenta con poca prueba, un criterio racional para evaluar la fiabilidad del dicho de la víctima es la corroboración de información segundaria manifestada por la víctima: verificación de las características del lugar en donde sucedieron los hechos, verificación de registros de entrada y salida de lugares, verificación de conversaciones previas o posteriores al delito, heridas físicas y psicológicas.

C. Corroboración sobre otra prueba

La etiqueta "prueba de la prueba" refleja bastante bien este fenómeno. Aquí una prueba se relaciona a otra por referirse a aspectos internos o intrínsecos que permiten aumentar su grado de fiabilidad. Para aumentar la fiabilidad de una prueba fundamentada en ciencia forense se aporta un documento en donde se certifique el buen estado de los instrumentos utilizados al momento de realizarla.

[36] FERRER, Op. cit., 2021, p. 210.

[37] GÓNZÁLEZ LAGIER, Op. cit., 2022, p. 366.

6.4.2. Relaciones de refutación

A. Refutación directa

En este caso se presenta una incompatibilidad epistemológica entre dos proposiciones fácticas en razón al conocimiento ampliamente aceptado. Por el principio lógico de no contradicción, no es posible considerar ambas hipótesis como verdaderas; una es verdadera y la otra es falsa, o las dos son falsas, pero no es posible que las dos como verdaderas.

Por lo tanto, cuando una prueba se refiere a un hecho incompatible con otro hecho, se presenta una relación de refutación directa. En estos casos le corresponde al juzgador evaluar la fiabilidad de las pruebas que se refutan y su relación con las otras pruebas para tomar una decisión.

B. Refutación indirecta

Es la contracara de la corroboración indirecta o periférica. Un hecho principal se puede refutar de manera directa, pero también es posible hacerlo refutando las hipótesis derivadas. Si es cierto que Juan estuvo en el Centro Comercial, podemos predecir que aparece en los registros de la cámara de seguridad del lugar; verificado los videos de seguridad, Juan no quedó registrado por ninguna de las cámaras; en consecuencia, Juan no estuvo en el Centro Comercial.

En este tipo de relación el razonamiento se basa en la regla de inferencia lógica del *modus tollens* o negación del consecuente: Si p, entonces q; no q; no p.

Ahora bien, aunque tanto en ambos tipos de refutación se requiere la prueba de un hecho incompatibilidad, en la refutación indirecta debe evaluarse la calidad de la máxima de la experiencia en la que se fundamenta la predicción y si la prueba de su negación no se explica por una circunstancia razonable en el caso en concreto. Por eso, en la refutación indirecta se presenta una refutación de grado. En el ejemplo que se lleva, se debería investigar el campo de registro de las cámaras de seguridad y su funcionamiento continuo en el momento relevante para el caso.

C. Refutación sobre otra prueba

También es un caso de "prueba sobre la prueba", pero aquí en un sentido negativo. La prueba afecta negativamente a otra prueba al referirse a aspectos que ponen en duda su fiabilidad. Ejemplos: un antecedente penal por falso testimonio o la historia clínica en donde se acredita los graves problemas de visión que sufre el testigo.

6.5 Evaluar la suficiencia probatoria

Si no se cuenta con un estándar de prueba con los requisitos metodológicos que propone Jordi Ferrer Beltrán, como es el caso de Colombia, ¿cómo evaluar racionalmente la suficiencia probatoria sobre la ocurrencia de un hecho jurídicamente relevante con base en un conjunto de pruebas? Daniel González Lagier[38] ha identificado, teniendo en cuenta estudios previos de epistemología general y los trabajos desarrollados por juristas que comparten las ideas de la concepción racionalista, doce criterios para realizar esta labor: cuatro referidos a las pruebas, dos a las reglas de generalización empíricas o máximas de la experiencia y cuatro a las hipótesis.

Teniendo en cuenta su importancia y utilidad para los fines de este trabajo, a continuación, se exponen estos criterios[39]:

A. Criterios referidos a las pruebas.

1. Cantidad: cuantos más elementos de juicio tengamos a favor de una hipótesis, mejor confirmada estará esta.
2. Variedad: cuanto más variados sean los elementos de juicio mejor confirmada estará la hipótesis.
3. Fiabilidad: cuanto más fiables sean los elementos de juicio –esto es, cuanto mejor fundados estén en otros elementos de juicio e inferencias previas o en observaciones directas o conocimientos sólidos–, mejor confirmada estará la hipótesis.
4. Pertinencia y relevancia: cuanto más pertinentes sean los elementos de juicio –cuanto mejor relacionados estén con la hipótesis por medio de generalizaciones empíricas fiables–, mejor confirmada estará la hipótesis.

B. Criterios acerca de reglas de generalización empírica o máximas de la experiencia

5. Grado de fundamentación de la generalización empírica: cuanto mejor fundadas estén las generalizaciones empíricas en inducciones ampliativas sólidas, mejor confirmada está la hipótesis.

[38] GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II). En: Jueces para la Democracia. España: n. 47, 2003.

[39] Tomado de su trabajo más reciente sobre el tema Op. cit. GONZÁLES LAGIER, Daniel, 2022, pp. 383-394.

6. Grado de probabilidad –entendida como frecuencia– de la correlación: cuanto mayor sea la probabilidad frecuencia expresada en la generalización empírica, más sólida es la hipótesis.

C. Criterios acerca de la hipótesis.

7. No refutación: la hipótesis no debe haber sido refutada ni directa –no debe haberse probado un hecho incompatible con la hipótesis– ni indirectamente –no deben quedar refutadas las hipótesis que serían verdaderas si se acepta como verdadera la hipótesis principal–.
8. Confirmación de las hipótesis derivadas: si las hipótesis derivadas de la hipótesis principal —esto es, las hipótesis que serían verdaderas si la hipó tesis principal fuera verdadera— pueden confirmarse, mejor confirmada estará la hipótesis principal.
9. Coherencia: cuanto más coherente desde un punto de vista narrativo sea la hipótesis, mejor confirmada estará.
10. Capacidad explicativa: cuantos más elementos de juicio queden explicados por la hipótesis, mejor confirmada estará esta.
11. Simplicidad: cuantos menos hechos no comprobados exija la verdad de la hipótesis, mejor confirmada estará esta.
12. Eliminación de las hipótesis alternativas: cuantas menos hipótesis alternativas incompatibles con la hipótesis principal subsistan, mejor confirmada estará la hipótesis principal.

Aunque es innegable la utilidad de estos criterios para evaluar racionalmente la suficiencia probatoria, al menos si se compara con criterios abstractos como la sana crítica, el propio González Lagier señala sus limitaciones. La solidez de un argumento probatorio no es del todo/nada, como sí lo es la validez de los argumentos deductivos. Entonces, estos criterios son graduables en dos sentidos: cada criterio se satisface de manera gradual (vaguedad específica) y no es necesario que todos se presenten para considerar probada una hipótesis (vaguedad en conjunto). Por tanto, concluye el profesor González: "lo que las reglas de racionalidad epistemológica nos permiten es comparar hipótesis y determinar, dentro de un conjunto de hipótesis rivales, cuál tiene mayor grado de corroboración"[40]. Esta crítica también ha sido planteada por Juan Carlos Bayón[41] y Diego Dei Vechhi[42].

[40] Op. cit. GONZÁLES LAGIER, Daniel, 2022, p. 395.

[41] BAYÓN, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. En: Revista jurídica Mario Alario D'Filippo (Online), vol. 2, n.º 4, dic. 2010.

¿Cómo solucionar estos dos problemas de gradualidad? Una estrategia para solucionar la vaguedad en conjunto es la propuesta de Jordi Ferrer Beltrán[43], que propone siete estándares de prueba conformados, en su gran mayoría, por algunos de estos criterios. La diferencia reside en que los estándares de Ferrer funcionan como una regla, limitando los criterios que deben acreditarse para dar por probado una hipótesis fáctica en la decisión. Estas dos de los siete estándares propuestos por Ferrer[44]:

> Estándar de prueba 1)
>
> Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:
>
> La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como prueba al proceso.
>
> Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.
>
> (…)
>
> Estándar de prueba 3)
>
> Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:
>
> a) Que sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.
>
> b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes).
>
> Sin embargo, como ya se dijo, en Colombia no hay estándar de prueba, ni en el CGP ni en el CPP, al menos no que cumplan los requisitos metodológicos señalados por el profesor Ferrer[45]. ¿Cómo solucionar este problema?

[42] DEI VECCHI, Diego. Los confines pragmáticos de razonamiento probatorio. Lima: Zela-Ceji, 2020.

[43] Op. cit. FERER BELTRÁN, Jordi, 2021, pp. 203-240.

[44] Op. cit. FERER BELTRÁN, Jordi, 2021, pp. 209-210.

[45] Op. cit. FERER BELTRÁN, Jordi, 2021, pp. 29-100.
Primer requisito: apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan.

De los doce criterios de racionalidad inductiva, uno tiene prioridad sobre los demás. Esto se debe a que el mayor o menor cumplimiento de cualquier de los otros once afecta el cumplimiento de este. El criterio prioritario es el de hipótesis explicativas y alternativas.

Si cualquier de los once primeros criterios se satisface es mayor medida, el efecto necesario es la reducción de hipótesis alternativas, siendo el mayor resultado en términos de probabilidad que solo se pueda inferir razonablemente la hipótesis que fundamenta la pretensión. Y a la inversa: el incumplimiento total o parcial de cualquiera de estos criterios genera el efecto necesario de ampliación de hipótesis alternativas.

Una vez se tengan identificadas las hipótesis que explican razonablemente las pruebas y los hechos probados en el proceso, corresponde evaluar si dentro de alguna de ellas se encuentran las proposiciones fácticas que fundamentan la pretensión o excepción (puede ser que hayan sido refutadas directa o indirectamente). De ser así, se deben identificar las que son alternas, para luego proceder a comparar con base en los demás criterios, teniendo en cuenta los resultados de los anteriores pasos, cuál resulta más probable.

BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos "racionalistas" ahora? En: Revista Revus (online), n. 39, 2019.

ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. Análisis de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2015.

ATIENZA, M. Curso de argumentación jurídica. Madrid: Trotta, 2013.

BAYÓN, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. En: Revista Jurídica Mario Alario D'filippo (online), vol. 2, n.º 4, 2010.

COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma,1969.

Segundo requisito: los criterios que se utilicen en el estándar de prueba deben cumplir la función de establecer un umbral de suficiencia probatoria.

Tercer requisito: el estándar de prueba debe estar formulado apelando a criterios de probabilidad inductiva, no matemática.

Cuarto requisito: todo proceso judicial requiere de diversos estándares de prueba, que deben fijar umbrales de suficiencia probatoria distintos y progresivos.

DEI VECCHI, Diego. Los confines pragmáticos de razonamiento probatorio. Lima: Zela-Ceji, 2020.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. Zavalía, 1976.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes; VÁZQUEZ, Carmen. La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba. En: FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.). Manual de Razonamiento Probatorio. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba causi-benthamiana. En: Prueba y Racionalidad de las Decisiones Judiciales. Perú: editorial CEJI, 2019.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Está probado que p. En: Prueba y Racionalidad de las Decisiones Judiciales. Perú: editorial CEJI, 2019.

GAMA LEYVA, Raymundo. El método de Wigmore y su aplicación en nuestra práctica jurídica. En: La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa. ABEL LLUCH, Xavier; Picó i Junoy, Joan y González, Manuel Richard. Madrid: La Ley, 2011.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Argumentación y prueba judicial. En: *Estudios sobre la prueba*. México: Fontamara, 2006.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. En: El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones. FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen. Madrid: Marcial Pons, 2020, pp. 415-434.

GÓNZALEZ LAGIER, Daniel. Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. En: FERRER BELTRÁN, Jordi (coord.). Manual de Razonamiento Probatorio. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Prueba y convicción judicial en el proceso penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Decimaoctava edición. Bogotá: Editorial Librería Ediciones de Profesional Ltda., 2014.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Séptima edición. Madrid: Civitas y Thomson Reuters, 2012, p. 112.

MUÑOZ SABATÉ, LL. Técnica probatoria. Cuarta edición. Madrid: La Ley, 2017. pp. 653-668.

RIVERA MORALES, Rodrigo. La epistemología y la enseñanza del derecho a probar. En: Revista Academia & Derecho. Cúcuta: Universidad Libre, junio, 2011, n. 2, pp. 27-38.

TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. En especial, el capítulo IV, La dimensión epistémica del proceso.

TARUFFO, Michele. Las inferencias en las decisiones judiciales sobre los hechos. En: El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones. FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen. Madrid: Marcial Pons, 2020. 177-188 p.

TILLERS, P. Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico. En: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2007, n. 30, pp. 383-414.

TILLERS, Peter. Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico. En: Doxa. Alicante: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2007, n. 30, pp. 383-414.

TOULMIN, Stephen. Los usos de la argumentación. Madrid: Marcial Pons, 2019.

VARGAS, Orión. Lo Probable y lo Demostrable. Una Aproximación a la Obra de Lawrence Jonathan Cohen. En: Revista Academia & Derecho. Cúcuta: Universidad Libre, junio, 2013, n. 6, pp. 111-124.

VARGAS VÉLEZ, Orión. Juez inteligente. Sistema experto que asiste al juez en la valoración de la prueba judicial. En: Revista Derecho & Sociedad. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021, N° 57, pp. 1-24.

WIGMORE, John. The science of Judicial Proof, as given by Logic, Pshychology, and General Experience, and illustrated in Judicial Trials.

RETOS DE LA SANA CRÍTICA FRENTE A LA TARIFA CIENTÍFICA PROBATORIA

*Jimmy Rojas Suárez**

1. RESUMEN INTRODUCTORIO

Se dice que el jurista moderno, sea abogado de parte o sea juez, debe dominar por completo el arte de la valoración probatoria; el primero para fundamentar fácticamente su alegato de conclusión, el segundo para motivar de manera convincente y generar certeza inicialmente en el mismo, luego a las partes del proceso y finalmente al mismo colectivo social que representa.

Son tres los sistemas actuales de ponderación probatoria, a saber: i) los rezagos de tarifa legal, ii) la sana crítica y iii) la tarifa científica probatoria.

Enunciamos como el sistema tarifado por la ley para valorar las pruebas, no se ha acabado del todo, aún sigue aplicando en muchos asuntos, tal es el caso de la prueba sobre la propiedad raíz, la costumbre, la representación de las personas jurídicas y patrimonios autónomos, el contrato de trabajo a término definido o el periodo de prueba, el porte legal de un arma de fuego; donde el legislador hace que el juez sólo pueda tener una prueba específica para demostrar el hecho particular y concreto.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia con Especialización en Derecho Procesal y Probatorio, Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, profesor de la Universidad Externado de Colombia en pregrado y en los posgrados de Derecho Procesal Civil, Derecho de Familia, Procedimientos de Familia, Contratación Estatal, Derecho Ambiental, Derecho Contencioso Administrativo, Derecho Policivo, Procedimiento Arbitral y Auditoria Forense. Antiguo Docente de posgrado en las universidades Colegio Mayor del Rosario, Andes, Sergio Arboleda de Bogotá, Santo Tomás de Aquino (Tunja, Manizales, Valledupar y Medellín). Asesor jurídico y consultor, autor de numerosos artículos y ponencias. Directivo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Por su lado la sana crítica, como el sistema que actualmente más utilizamos e íntimamente ligado a la libertad tanto de aporte como de interpretación, se encuentra regido por unas reglas que atan al juez en primer término a realizar un análisis detallado de todos y cada uno de los medios de convicción que hicieron tránsito a ser plenos, gracias al ejercicio de la contradicción efectuando por los sujetos procesales, donde el material indiciario puede llevarlos a establecer la existencia de hechos a partir de la conducta procesal de las partes; además esa libre convicción, tiene que basarse en hipótesis y conjeturas iniciales que bajo una visión panorámica de las pruebas haga que las vaya descartando y filtrando, para reducir al mínimo esas hipótesis, sin olvidar la posibilidad de existencia de pruebas falsas o del azar o casualidad. Con todo, el intérprete de la prueba (litigante o juez) debe aderezar sus resultados elucubrativos con los parámetros sociales, económicos y políticos, generalmente aceptados por la sociedad, que siempre es en últimas la más grande receptora del fallo.

Ahora bien, en el mundo actual, las innovaciones científicas y técnicas se presentan a diario, nunca antes el hombre se había habituado al cambio continuo, permanente, exponencial en materia de ciencias exactas, por lo menos en tiempos remotos no hay datos históricos que hablen de tal crecimiento. Son cientos los inventos y develaciones, cientos las técnicas y aplicaciones, que tan solo son la punta del iceberg en materia de ciencias naturales.

Ese avanzar rítmico, pero vertiginoso de lo científico, necesariamente permea el derecho, especialmente el derecho probatorio, pues insistimos en que el legislador no inventa nada, simplemente lo toma, lo moldea y lo patenta.

Cuando el ser humano de ciencia inventa o descubre métodos casi que infalibles para mostrar y explicar la realidad fáctica con altos estándares de fiabilidad, casi que irrebatibles, estamos frente a la denominada tarifa científica probatoria, porque en el fondo ella implica un nuevo amarre conceptual del discernimiento del juez, ahora ya no por parte del legislador, sino de ese científico.

Por último se analiza si el advenimiento cada día mayor de nuevas ciencias, técnicas y la propia inteligencia artificial, traigan consigo un aumento exacerbado de la tarifa científica probatoria que llegue a atentar e incluso exterminar la sana crítica y de golpe la propia actividad judicial como la conocemos hoy.

Palabras clave: Certeza, duda, evidencia, juez, libertad, litigante, prueba, reto, tarifa, valoración.

2. LA PRUEBA Y SU ORIGEN METAJURÍDICO:

Hoy día entendemos la prueba como algo metajurídico, dado que el origen de ésta no está amarrado originalmente al derecho, su estirpe tiene que ver más con aspectos de la cotidianidad, del quehacer diario, de la lógica aplicada y de la propia naturaleza humana.

El ser humano es curioso por naturaleza, se vive cuestionando y requiriendo sobre su origen y entorno; las preguntas surgen espontáneamente a cada paso mientras haya conciencia, y de contera la necesidad apremiante y angustiosa de obtener respuestas que generen tranquilidad.

Las primeras respuestas a nuestras inquietudes, nos las brindamos nosotros mismos, con base en nuestro conocimiento adquirido y las experiencias vividas, pero no siempre con nuestras contestaciones internas satisfacemos la necesidad de lograr seguridad en la explicación, por ello acudimos a fuentes externas, como el profesional versado, la biblioteca, el internet y todo esto en principio no tiene un matiz jurídico.

Preguntas, sus respuestas, confrontación, necesidad de seguridad en el conocimiento, este proceso da nacimiento a la prueba.

Comprobar significa obtener certeza, es decir lograr la convicción íntima y subjetiva de haber hallado la verdad a partir de una suposición, mediante la demostración con pruebas de los hechos, que los acreditan como ciertos.

El *"homo sapiens"* primitivo, con poco conocimiento y poca experiencia propia y generacional acumulada, pero con una estructura mental básicamente igual a la del ser humano moderno, empezó sin darse cuenta, a darse auto respuestas y también sin proponérselo ni dimensionarlo inventó el medio de prueba llamado indicio.

Por lo anterior y sin duda alguna, el indicio es la primera de las pruebas en surgir históricamente hablando y además la base o sustrato de todos los demás medios probatorios.

Ese cavernícola se daba respuestas sobre su entorno, la mayoría de ellas origen místico y según el carácter de la deidad de turno, pero pronto volvía a la incertidumbre y entonces acudía a sus semejantes para que obraran como testigos o a los sabios de su tribu para que fueran sus peritos, mucho más tarde e inventó la escritura y con ella la fuerza y la eficacia probatoria de los documentos, que iban pasando de generación en generación revelando verdades prácticamente incuestionables.

Así como la curiosidad es innata en el ser humano, igualmente innata es la necesidad de obtener respuestas que brinden seguridad.

Sin seguridad en la mente, lo que hay es angustia, desasosiego, intranquilidad, y por ende caos.

Cuando nos entregan un resultado médico poco favorable, queremos estar seguros de cuánto más vamos a vivir, si vamos a padecer mucho, si generamos problemas a los allegados, si podemos curarnos, cuánto nos va a costar económicamente soportar la enfermedad, entre muchas otras preguntas; por eso buscamos segundas y hasta terceras opiniones médicas, vamos mil veces a la literatura clínica o a las páginas de internet especializadas en la dolencia diagnosticada.

El legislador no inventó el derecho probatorio, simplemente positiviza en normas de carácter jurídico, lo que la humanidad conocía y sabia de pruebas desde muchos milenios antes; la ley procedimental simplemente ritualiza, la actividad de las partes y el juez frente al tema, con un carácter social, político y económico en determinado territorio y bajo ciertos momentos históricos.

Por la anterior podemos decir que no hay pruebas que se puedan llamar civiles por naturaleza, tampoco penales, o laborales, mucho menos contencioso administrativas; la prueba es una sola y la misma en todos sus ámbitos jurídicos, por eso la transversalidad de sus principios y dogmática.

En pero, la prueba por sí sola no llega a decir nada, el ser humano tiene que explorarla, estudiarla, valorarla, contrastarla, compararla, graduarla, integrarla, todo ello con un mínimo de esfuerzo intelectual.

El jurista moderno, ora litigante, ora juez, aparte de conocer los elementos intrínsecos que gobiernan la prueba, debe conocer a profundidad y cabalidad los tres sistemas actuales de valoración, porque el sistema tarifario legal aparentemente agonizante, se resiste a morir y creo que no morirá del todo jamás, de otro lado con la modernidad llegó la sana crítica, con sus componentes y libertad de reflexión, para llegar a encontrarse de frente ante la realidad científica casi inexorable, que genera al sentir de los sabios otra especie de tarifa.

Decimos que sea el litigante o sea el juez, el conocimiento que debe tener frente a estas técnicas debe ser profundo, porque en efecto quien primero valora la prueba, le da un sentido y la aprovecha es la parte o su abogado, precisamente en el alegato de conclusión, y máxime en sistemas regidos por la oralidad, para que luego de esos alegatos, venga la interpretación oficial de la prueba que debe hacer el juez en la parte considerativa del fallo.

En efecto, cuando el abogado que litiga en una parte procesal alega de conclusión, lo que está haciendo es la sentencia que beneficia a su prohijado. Por lo anterior, recomendamos a los colegas que, a la hora de la alegación final, se le siga el ritmo al artículo 280 del Código General del Proceso, que enseña a los jueces como edificar su sentencia.

Las invocaciones de conclusión no son en sí mismas pruebas, son más bien el ejercicio de ponderación probatoria que hacen las partes, en el que enuncian un ofrecimiento de valoración, producto de su percepción de lo ocurrido en el proceso, con el propósito de influir en el convencimiento del juez o del funcionario administrativo que también administra justicia. Con este panorama, se verifica la realización práctica de lo fáctico y los motivos por los cuales deben aplicarse determinados parámetros valorativos, que permiten entender a los fundamentos de hecho invocados en los libelos genitores del proceso y de contera se expresaran las fuentes del derecho a aplicar en el mecanismo lógico de subsunción.

En últimas alegar de conclusión implica hacerle y venderle al juez la sentencia, con el propósito que nos la compre y simplemente la oficialice mediante su rúbrica; en otras palabras, se podría decir que el abogado litigante se convierte en un sustanciador del juez.

3. LO VIEJO, REZAGOS DE TARIFA LEGAL PROBATORIA

Sobre la llamada tarifa legal probatoria, se ha dicho mucho, se ha criticado mucho; sin embargo, debemos tener conciencia que fue un paso enorme en materia procesal su logro y su implementación, que por demás ha sido el modelo más largo y usado por la humanidad.

En efecto, el legislador de la antigüedad, pero especialmente el del medioevo, para evitar el caos e imponer su política en los incipientes procesos judiciales y más tarde en las ordalías también llamadas juicios de dios, a través de la ley como instrumento, hacia valoraciones genéricas abstractas e impersonales de los distintos medios de prueba, frente a situaciones fácticas específicas, imponiendo a todos los jueces su criterio irrefutable.

Así las cosas, se dice que la tarifa impositiva y de obligatoria aplicación, si bien fue un avance en su momento, lo cierto es que cercenaba el pensamiento y la libertad de reflexión del juez para cada caso en específico.

En materia penal, la tarifa legal emerge del derecho canónico como reacción a la libertad que tenía el juez frente al movimiento que podía darle al itinerario procesal, dándole a este un control total sobre el imputado basado en su subjetiva y personal convicción. Frente a esto, el legislador establece unas cláusulas concretas del deber ser en valoración, disponiendo un valor determinado y especifico a cada una de ellas, a fin de no dejar esa función al árbitro o magistrado; por ello, se dice que es la prueba que por antonomasia tiene sustento en la desconfianza judicial. Así, la probanza tarifada legalmente no permite constituir al juzgador su criterio personal, sino que lo mecaniza y encasilla al valor restringido y específico determinado por la ley.

Rezago es lo que queda del día anterior, y aun sigue funcionando; rezagado en las carreras es el último, pero aun sigue en competencia.

El sistema tarifado por la ley para valorar las pruebas, no se ha acabado del todo, aún sigue imponiéndose en varios asuntos, como por ejemplo en la prueba de la propiedad raíz, la costumbre, la representación de las personas jurídicas y patrimonios autónomos, el contrato de trabajo a término definido o el periodo de prueba, el porte legal de un arma de fuego entre otras situaciones fácticas diferentes. En estos y otros casos el legislador hace que el juez exija una y solo una prueba en específico para demostrar el hecho, sin chance de acudir a otros medios probatorios.

4. LO CONTEMPORÁNEO, LA SANA CRÍTICA Y SUS REGLAS

Demasiado se ha hablado sobre la sana crítica y sus reglas y aquí podremos gastar muchas cuadrillas para exponerla lo que nos llevaría a vueltas y círculos viciosos; sin embargo, no concluiríamos el tema, pues ellas pueden ser infinitas.

Hay tantas reglas de la libre valoración o convicción del juzgador, cuantas ciencias, saberes y experiencias conoce el ser humano, el punto desde esa óptica es ilimitado, pero desde la óptica del orden, sistemático y coherente del proceso si debe presentar límites, de lo contrario sea no libertad, sino libertinaje, el cual genera caos, desasosiego, incertidumbre y por ende malestar.

En el fallo de la Corte Suprema de Justicia chilena, de fecha veintinueve de mayo de dos mil doce, que aparece referenciado en la Revista de Derecho (Valdivia) vol. 25 no. 1 Valdivia edición de julio de 2012, pp. 243-251[1], con

[1] En el fallo de la Corte Suprema de Justicia chilena, de fecha veintinueve de mayo de dos mil doce, que aparece referenciado en la *Revista de Derecho (Valdivia)* vol. 25 no.

comentarios del profesor **Iván Hunter Ampuero, se resume de manera sencilla y magistral lo que implica la sana crítica, así:**

"1. En el sistema de valoración probatoria denominado de sana crítica –mejor llamado, de apreciación razonada– los jueces, no obstante encontrarse liberados de las restricciones inmanentes al de la prueba reglada o tasada, están jurídicamente sujetos a la observancia de los parámetros que impone el respeto a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científico afianzado, en lo que se refiere al modo de apreciar las probanzas y a la adopción de las subsecuentes conclusiones.

De manera que la labor de establecer si la prueba traduce la verdad o falsedad de un determinado enunciado fáctico según las reglas de la sana crítica no implica irracionalidad para dejarse llevar por la sola intuición. "El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente" (Couture, Eduardo, "Obras. Tomo I. Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Edit. Thomson Reuters Puntolex, Año 2010, p. 244). El juez debe valorar la prueba limitado por las reglas que impone el sistema de sana crítica.

La primera de éstas son las llamadas "reglas de la lógica". Forman partes de ella la regla de la identidad, por la cual se asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra; la regla de la (no) contradicción, por la que se entiende que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones, como ser falsa o verdadera, al mismo tiempo; la regla del tercero excluido, la cual establece que entre dos proposiciones en la cual una afirma y otra niega, una de ellas debe ser verdadera; y, la regla de la razón suficiente, por la cual cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente.

Mediante este conjunto de reglas se asegura formalmente la corrección del razonamiento –que partiendo de premisas verdaderas se arribe a conclusiones correctas– que se espera siempre tenga lugar y que, por lo demás, otorgan inequívoca objetividad a la labor de ponderación. El examen lógico formal de la argumentación del juez permite un control de la valoración que éste haya hecho de las pruebas rolantes en el proceso. Por ello se afirma que la exigencia de corrección en la valoración de las probanzas de acuerdo a las reglas de la lógica constituye una verdadera garantía para aquellos que están siendo juzgados.

1 Valdivia edición de julio de 2012, pp. 243-251, con comentarios del profesor Iván Hunter Ampuero.

La segunda regla, conocida como "máximas de la experiencia", se refiere a "un criterio objetivo, interpersonal o social [...] que son patrimonio del grupo social [.] de la psicología, de la física y de otras ciencias experimentales" (Devis Echandía, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Edit. Zavalia, Buenos aires, 1981, T. I, p. 336).

Finalmente, la tercera regla obedece al denominado "conocimiento científico afianzado". Esta hace alusión a saberes técnicos, que han sido respaldados por el mundo científico. Por su propia naturaleza este conocimiento también goza del mismo carácter objetivo que las reglas de la lógica.

Ninguna de estas tres directrices es suficiente por sí misma. La corrección lógica de la valoración probatoria no excusa del error ni de la injusticia cuando se aplica aisladamente. Las máximas de la experiencia son esencialmente mutables, en tanto la experiencia humana es también forzosamente variable, y por ello tampoco escapan del error. El conocimiento científicamente afianzado, por último, aunque respaldado por la objetividad, tampoco es infalible; su estabilidad y contradictoriedad están en directa relación con los avances de la ciencia. De manera que utilizar sólo esta última regla, sin una corrección lógica que la sustente y una consideración a las máximas de la experiencia que la fundamente, tampoco salva del error o la inexactitud a la prueba así valorada. Una correcta ponderación de acuerdo a la sana crítica implica necesariamente una conjugación de estas reglas.

Se evidencia de este modo que el sistema de sana crítica, no obstante la mayor amplitud en el margen de libertad otorgado para ponderar la prueba, impone reglas concretas y claras que no pueden ser desconocidas por los jueces al momento de utilizarlo. No es un sistema enteramente libre –y por tanto subjetivo– como el que faculta, por ejemplo, para apreciar la prueba en conciencia. Por ello Couture afirma que está a medio camino entre el sistema legal tasado y el de libre convicción: "Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto".

5. LO NUEVO, LA TARIFA CIENTÍFICA PROBATORIA

Finalmente, en la existencia actual de la humanidad, los hallazgos y descubrimientos científicos y técnicos son absolutamente cotidianos, nunca antes que sepamos, el ser humano había vivenciado un aumento de cientificismo tan acelerado y extraordinario en materias que brindan resultados exactos.

Ejemplos como el descifrar el genoma humano, la inmersión en la internet, el progreso en las comunicaciones, los exponenciales adelantos en medicina y física y la llegada de la inteligencia artificial, son temas que apenas comienzan y han transmutado el entorno y por ende el derecho probatorio el cual se nutre un poco parasitariamente de esas develaciones científicas.

Frente a este estado de cosas, los códigos de derecho procesal, se ven obligados a aceptar que hay métodos científicos de convicción, cuya naturaleza es casi que irrefutable, de donde nace en la moderna juridicidad la teoría interpretativa recientemente denominada "tarifa científica probatoria", y con ella la gran coyuntura si al juez le queda muy complicado con bases fácticas fiables contradecir lo que el científico y su método le demuestran con tozudez.

Entonces, la tarifa científica probatoria, tiene como herramienta y sustrato de trabajo a la prueba pericial.

Hoy la prueba pericial ha alcanzado una posición destacada, casi que aventajada frente al espectro de los medios de prueba, dependiendo del grado de sofisticación y la idoneidad del perito, el método empleado en la elaboración del trabajo y la síntesis de las conclusiones.

Hay áreas jurídicas donde siempre tenemos asunto litigioso especializado, esto es que el juez se enfrenta no solo a un asunto litigioso con un problema de carácter jurídico, sino que dicho asunto litigioso está acompañado de una ciencia, técnica o arte diferente de lo jurídico, como por ejemplo el derecho médico, el ambiental, el minero energético, el financiero, el bursátil, solo por mencionar algunos.

En el anterior orden de ideas debe darse una integración del conocimiento, entre lo jurídico y lo especializado de la otra ciencia distinta del derecho; es entonces cuando la figura del perito idóneo, irrumpe como un requisito *"sine qua non"* para poder instruir el proceso, garantizar la contradicción, fallar, y que dicho fallo sea entendido y acatado, no solo por las partes del proceso, sino incluso todo el conglomerado social.

Lo anterior impide que nadie sea juez y perito al mismo tiempo, pues el perito, además de ser alguien absolutamente imparcial y recusable, debe ser ajeno al juez, a las partes y a los intereses sustanciales que comporta el asunto litigioso, y por más versado que sea el juez en un área científica distinta del derecho, no podrá prescindir del perito tercero especializado en dicha área, pues de lo contrario cercenaría el derecho a la crítica de la prueba a los sujetos procesales.

6. LOS RETOS PARA EL JUEZ QUE DEBE COMPAGINAR LA SANA CRÍTICA CON LA TARIFA CIENTÍFICA

Arriba, manifestamos que la tarifa científica probatoria utiliza como sustrato de trabajo el medio de prueba de la pericia, lo cual aquí ratificamos; sin embargo, el punto de quiebre se deja ver de inmediato, pues una prueba pericial es de suyo debatible, controvertible y en cierta forma discutible, dado que por lo general no arroja resultados infalibles en términos de las ciencias naturales, lo que comporta para el juez la instrumentación de la sana crítica para su entendimiento; en tanto que cuando hablamos de tarifa científica, o simplemente "prueba científica", surge de inmediato el problema que ella en principio no es rebatible, pues obedece a métodos recientemente descubiertos por la humanidad que arrojan resultados muy cercanos al cien por ciento de fiabilidad (100%), lo que ha llevado a un segmento de la doctrina a afirmar que la prueba científica, no es prueba pericial.

El problema de compaginar lo irrefutable versus la libre convicción no es sencillo, pues presupone la tozudes de un método científico que demuestra la realidad tal cual es frente a la interpretación limitada, pero con argumentos de autoridad de un juez.

Es el profesor argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni[2], quien en su ensayo "La prueba Científica no es prueba pericial" quien denota con claridad el complejo tema, así:

"Las pruebas científicas son medios de prueba, y así deben considerarse en el aspecto de la producción efectiva; la diferencia está en el sistema de apreciación que, por el valor intrínseco de las conclusiones, justamente científicas (serias e irrefutables), no permiten utilizar estándares de libertad como en las demás verificaciones, porque se parecen demasiado a las antiguas pruebas legales. Es decir, no obligan a seguirlas, pero apartarse de ellas sin justificación razonable y fundada, puede ser un motivo de arbitrariedad o ilegalidad.

Por tanto, el primer problema a resolver estriba en ubicar con exactitud el plano de entendimiento sobre qué es y cuándo es, prueba científica. Luego, es necesario resolver la aplicación de la actividad, y en su caso, establecer si el parámetro de lo pericial es adecuado o admite un desarrollo particular autorizado por el juez en cada caso concreto; el siguiente inconveniente es entablar la admisibilidad

[2] Osvaldo Alfredo Gozaíni, "LA PRUEBA CIENTÍFICA NO ES PRUEBA PERICIAL", revista "Derecho y Sociedad 38", p. 169.

del medio de prueba en la línea de los mecanismos no legislados pero pertinentes o inadmisibles; y finalmente atender los problemas de interpretación y valoración de la prueba, con su impacto en la sentencia y la cosa juzgada".

El conflicto prueba científica y sana critica debe ser resuelto desde la mirada de las reglas de la experiencia, entendida esta como un conocimiento originado sensorialmente, sobre situaciones fácticas permanentes y repetitivas, que, gracias a la inducción interpretativa del juez, pueda construir elaborar enunciados que impliquen generalizaciones.

Las generalizaciones que atemperan la realidad nacida de la prueba científica nacen a partir del contexto social, económico e histórico coetáneos al momento de la valorar la prueba sobre la cual se cimiente el fallo que ponga fin a la litis.

Será vital implementar de manera rigurosa el principio de unidad de prueba, esto es el análisis pormenorizado y en conjunto de todas las pruebas que hicieron tránsito a ser plenas, extrayendo tanto elementos convergentes, divergentes y luego haciendo sumatorias de estos y cuando haya prueba científica entre ese acervo, hacer de esta el centro gravitacional de las otras pruebas, para así poder adaptar la contundencia y la realidad que muestra la ciencia y poderla adaptar al contexto particular y concreto.

Así el panorama, el juez no podrá en su providencia desconocer una realidad marcada y demostrada por la fuerza de la ciencia, irrebatible y cruda, pero sí deberá adaptarla social, política y económicamente al entorno, para que su impacto sea lo menos traumático posible y aparte de ejecutoria logre ejecutabilidad.

De lo aprendido al tratadista Michelle Taruffo[3], se puede concluir que prueba científica y teoría de la probabilidad son dos conceptos excluyentes, cuando nos menciona:

"*En este esquema, otra precisión preliminar oportuna es la que hace referencia a la idea de probabilidad, que a menudo se invoca en los discursos que se hacen en torno a las pruebas y a la verdad de los hechos en el proceso. En algún caso, la referencia a la probabilidad se hace de manera consciente e implica la referencia a específicas teorías de la probabilidad y a los problemas de su aplicación en el contexto del proceso. En este sentido se distingue, por ejemplo, entre probabilidad estadística, cuantitativa o pascaliana y probabilidad lógica o baconiana, se discute si son aplicables a la prueba procesal*

[3] Michele Taruffo, LA PRUEBA CIENTÍFICA EN EL PROCESO CIVIL, books.google.com.co

sistemas de cálculo como el teorema de Bayes o si se debe recurrir a la idea de probabilidad como confirmación lógica de enuncia- dos sobre la base de las pruebas disponibles.[11] *En la mayor parte de los casos, por el contrario, se hace referencia a la idea de probabilidad de una manera absolutamente vaga y genérica, para indicar cualquier cosa que no coincida con una hipotética certeza absoluta y sin implicar alguna concepción específica acerca de las inferencias probabilísticas. De este modo, a menudo se conf*unde *"probabilidad" con "posibilidad" o con "vero- similitud",*[12] *y no se presta atención al hecho de que la probabilidad es esencialmente una cuestión de grado, de modo que pueden existir probabilidades bajas, medias o elevadas; o bien se adoptan nociones simplistas, como aquella según la cual la probabilidad de cualquier cosa podría ser expresa- da con números decimales comprendidos en el intervalo entre 0 y 1. La referencia a la probabilidad es inevitable si se quiere comprender la estructura del razonamiento probatorio. Sin embargo, es necesario tener presente que el concepto de probabilidad es complejo y no unívoco,*[13] *y representa un instrumento de análisis que debe ser manejado con extremo cuidado si se quiere que sea fuente de aclaraciones y no de confusiones".*

Para concluir, veamos un ejemplo, en un proceso de impugnación de la paternidad, el demandante logra mediante la prueba de marcadores genéticos (ADN), que el hijo nacido de su esposa en vigencia de su matrimonio, no es su hijo biológico; el juez acucioso, que aun de oficio a decretado pruebas aparentemente impertinentes, para establecer como es el entorno familiar de ese núcleo conformado por papá, mamá, hermanos y el niño que resultó no ser hijo del esposo pero si de la esposa. El juez corriente, plano, cumplidor de su trabajo, pero exegeta, declarara la no filiación y pare de contar; el juez inteligente verdadero administrador de justicia, declarará vencedor al demandante en la impugnación, pero no romperá la filiación y no permitirá que cesen obligaciones alimentarias, de techo, de crianza y educación del niño, quien entre otras no tiene ningún grado de responsabilidad en lo ocurrido, máxime cuando el artículo 281 del Código General del Proceso, autoriza al juez de familia a dictar fallos *"ulta o extra petita",* en beneficio de los sujetos más débiles de la familia.

BIBLIOGRAFÍA

En el fallo de la Corte Suprema de Justicia chilena, de fecha veintinueve de mayo de dos mil doce, que aparece referenciado en la Revista de Derecho (Valdivia) vol. 25 no.1 Valdivia edición de julio de 2012, pp. 243-251, con comentarios del profesor Iván Hunter Ampuero.

Osvaldo Alfredo Gozaíni, "LA PRUEBA CIENTÍFICA NO ES PRUEBA PERICIAL", revista "Derecho y Sociedad 38".

Michele Taruffo, LA PRUEBA CIENTÍFICA EN EL PROCESO CIVIL, books.google.com.co

LA PRÁCTICA DEL INTERROGATORIO DE PARTE EN COLOMBIA: ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO

*Cindy Charlotte Reyes Sinisterra**

Los últimos versos se pegaban a sus labios, temerosos de salir al exterior, al aire indiferente del mundo. Los acarició emocionada. Los queridos versos se apretujaban en su alma y le rogaban amor, cuidado y, sobre todo, nada de contaminaciones viles. Veía un camino terso y coloreado lleno de libros, de cuadros, de pentagramas con formas de alas de pájaros.

Alejandra Pizarnik.

INTRODUCCIÓN

¿Es acaso un secreto que, a muchos, más que a pocos les genera temor un estrado judicial? Este lugar donde son llamados los seres humanos a rendir cuentas frente a su decisión de actuar en coherencia o en contra de un mandato legal puede ser tan real como lo describiera Kafka, en medio de la desilusionada figura de un proceso que no es como se lo imaginan lo estudiantes de la Facultad de Derecho, en un país como Colombia.

* Abogada de la Universidad Libre de Cúcuta. Especialista en Derecho Procesal Civil y Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Magister en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona y de Génova. Candidata a Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente y Abogada Litigante. Miembro de Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

No es nada alejada la situación de lo que puede experimentar aquel que sin ser parte en el proceso debe ir a explicarle a un juez y otros espectadores que percibió directamente unos hechos que ahora son importantes y/o determinantes para poder tomar una decisión definitiva que definirá la suerte de un sujeto y que sus nervios no pueden embargarle o podría generar que se valorara negativamente su versión acerca de los hechos.

Pero si en la actualidad se defienden posturas acerca de la racionalidad de la prueba, ¿es coherente con esta postura que se siga deduciendo sobre la ocurrencia de los hechos a partir del nivel de seguridad o inseguridad con la que declaran las partes o los testigos en un determinado proceso? ¿Existen diferencias en relación con el reto que frente a este medio de prueba podría representar una visión basada en la racionalidad dependiendo de si se trata de un proceso civil o un proceso penal?

¿Qué tal si el proceso también tiene en cuenta que las emociones pueden variar el estado de ánimo, que hay personas muy hábiles en el arte de actuar y otros muy difícilmente se sienten cómodos declarando en un estrado judicial, aunque estén diciendo lo que realmente percibieron directamente con sus sentidos? ¿Puede estar fundamentada una decisión judicial solamente en la práctica de pruebas de interrogatorio de parte y/o testimoniales?

¿Cuáles son los retos del juez en medio de un sistema que le entrega el deber de ponerle fin a una situación que fue puesta en su conocimiento, que involucra derechos pero que debe ser en muchas ocasiones decidida solo o de manera determinantes en un escenario donde la prueba de interrogatorio de parte o la testimonial podrían visualizarse como las protagonistas? ¿Cuáles son los retos de los abogados, defensores en materia penal y la Fiscalía en el escenario de la práctica de este tipo de medios de prueba?

Temas tan relevantes como la psicología del testimonio han tomado mucha fuerza en la actualidad, revisando varios de los que pudieran entenderse eran los paradigmas del proceso con relación a este tipo de pruebas en que se depende de escuchar y concatenar una historia a partir de la versión ofrecida por terceros, en el caso del testimonio y por las partes, en el caso del interrogatorio. ¿Pero realmente esto que se viene produciendo en aras de la coherencia con lo que puede ser la búsqueda de la verdad en el proceso sin distinción de si es civil o penal, se está verificando en la practica judicial en países como Colombia?

¿Qué implicaciones incluso ha tenido la virtualidad en la práctica de pruebas de este tipo y si bien se considera que la implementación tics en el proceso

judicial es una victoria que se ha convertido en realidad en Colombia, podría afectar un poco el control que se tiene frente la contradicción de un testimonio o de un interrogatorio en el que no se tiene contacto directo con el que está rindiendo su versión frente al juzgador?

Son todas estas inquietudes y otras las que le dan a esta investigación punto de partida, para presentar algunas reflexiones, recomendaciones y/o propuestas basadas en lo que hasta el momento pudiera ser la experiencia tanto en materia penal como civil en relación con la práctica del el interrogatorio de parte en Colombia.

Para algunos, podrá ser algo arriesgado abordar este tema desde las perspectivas del derecho penal y el derecho civil pero como bien lo afirma el profesor Jairo Parra Quijano: "no es posible aceptar que el proceso penal persiga la verdad material mientras que el civil se conforma con una versión formal o jurídica. Si así ocurriera, ello sería el reflejo de una jurisdicción muy poco juiciosa" (PARRA QUIJANO J., 2009), coherente con lo que dijera Hernando Devis Echandía con respecto a que "La verdad no varía según la naturaleza del proceso judicial. La verdad es solo una y lo que varía es el sistema de investigarla, a pesar de que se reconoce que se cometa un error en el descubrimiento de la verdad dentro de un sistema de prueba legal o tarifada y en el que se prive al juez de toda iniciativa probatoria" (DEVIS ECHANDIA , 2010).

Por eso que se dice en anteriores líneas resulta permitido desarrollar ideas alrededor de la práctica del interrogatorio y de la prueba testimonial vistos en integridad y no desde la distinción del sistema que rija en el proceso de diferente naturaleza ni tampoco con relación a aspectos que diferencian la postura a sustentar en el presente escrito sino por el contrario partiendo de similitudes propias de las instituciones a analizar.

Para lo anterior, a) primero se explicarán algunas generalidades de la prueba interrogatorio de parte; b)se hará una análisis de la normativa aplicable a la práctica de esta prueba en Colombia en materia civil y penal; c) se analizarán algunos casos específicos en la práctica colombiana en materia civil y penal y d) se presentarán algunas conclusiones y/o propuestas frente a la práctica de la prueba de interrogatorio en materia civil y penal en Colombia.

1. LA PRUEBA DE INTERROGATORIO DE PARTE:

1.1 Concepto

Según lo que se ha explicado por años tanto en la academia como en la doctrina tanto el interrogatorio de parte como el testimonio son declaraciones, con una diferencia tangencial que reside en el hecho de que mientras en el caso del interrogatorio de parte, quien declara como su indicativo lo puede hacer concluir es el extremo demandante o demandado dentro de un proceso, es decir, "la parte", mientras que en el caso del testimonio la declaración no es de quien asume esa calidad dentro del proceso sino de "un tercero".

Sin embargo, el interrogatorio ha sido ligado no simplemente con la acción de que quien es demandado o demandante en un proceso de cualquier naturaleza declare hechos a partir de las respuestas ofrecidas a la contraparte o al juzgador, sino que ha sido ligada a otra institución de vital importancia denominada la confesión.

Por ejemplo, el profesor JAIRO PARRA QUIJANO explica:

"La confesión puede definirse como la declaración que hace una parte sobre los hechos propios, o el conocimiento que tiene de hechos ajenos, y que le perjudican o favorecen a la contraparte. De lo anterior puede deducirse que la confesión: 1) configura una de las modalidades del testimonio, pero específica, es decir, de quien tiene la calidad de parte en el proceso; 2) Debe versar sobre hechos, aunque se pueden hacer afirmaciones jurídicas significaran narración simplificada de hechos; 3) Siendo, como es, una especie del testimonio, la confesión debe versar sobre hechos pasados; 4) puede versar sobre hechos personales del confesante o sobre el conocimiento que tiene de hechos ajenos, pero con la condición de que ellos le causen perjuicio". (PARRA QUIJANO J., 2009)

Aclarando por supuesto que no necesariamente debe haber confesión cuando se practica un interrogatorio de parte pero que, si lo han venido asimilando en la doctrina como aquello que se persigue con la práctica de esta prueba, es decir podría entenderse es la finalidad que pretende obtener al interior del proceso.

1.2 Características

De acuerdo con lo expuesto anteriormente las características del interrogatorio de parte se podrían decir son las siguientes:

a) consiste en una declaración de alguna de las partes que son extremos procesales sin distinción de materia

b) reviste en los diferentes ordenamientos del mundo unas reglas y prohibiciones respecto a la forma, número, relevancia, constitucionalidad de los temas a tratar, idoneidad del declarante y realización de las preguntas que podrán realizarse
c) las preguntas que se formulan podrán hacerlas la contraparte o el juzgador según sea el caso
d) Su finalidad puede ser la de solo investigar los hechos que sustentan tanto las teorías del caso en determinado proceso, o en otros escenarios podrían verse a la de obtener la confesión como un objetivo propuesto por los litigantes en este escenario. Lo que se desarrollará como debate a partir de lo que pudiera ser el fundamento del razonamiento probatorio, más adelante.

2. LA PRUEBA TESTIMONIAL

2.1 Concepto

La denominada prueba testimonial también consiste en una declaración de sujetos al interior o de forma extraprocesal, con la diferencia doctrinal que se ha explicado desde tiempos atrás, en que lo que varía ostensiblemente a este medio de prueba del interrogatorio, es precisamente que quien declara sobre hechos que ha percibido de manera directa y que le interesan al caso en desarrollo, no será uno de los extremos procesales o "partes" sino un tercero.

Según el profesor JAIRO PARRA QUIJANO "El testimonio es un medio de prueba que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de hechos en general". (PARRA QUIJANO , 2009). De otro lado TULIO ENRIQUE LIEBMAN afirma que "testimonio es la narración que una persona hace de los hechos por ella conocidos, para dar conocimiento de los mismos a otros". (LIEBMAN, 1980) Así mismo, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA al referirse al testimonio explica que "es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza". (DEVIS ECHANDIA, 2010)

2.2 Características

Se han explicado en torno a este medio de prueba a partir de los conceptos ofrecidos como algunos de los más relevantes, pero no únicos existentes en la doctrina, las siguientes características:

1. El tercero que rinde el testimonio debe ser una persona física y no una persona jurídica
2. No puede ser testigo quien tenga la calidad de parte. En este punto es importante resaltar que LUIS ENRIQUE PALACIO, indica que en el caso "del litisconsorcio facultativo, es admisible que uno de sus componentes, con el fin de probar un hecho propio, ofrezca en calidad de testigo a una de las personas que intervienen en el proceso, en su misma posición de parte demandante o demandada, porque en tal supuesto se configuraría parcialmente la nota que caracteriza al testigo" (PALACIO, 1972).
3. Debe versar sobre hechos en general, respetando los límites de la conducencia y pertinencia.
4. Debe versar sobre hechos en que fueron parte o tuvieron percepción directa para evitar que se torne la configuración del testimonio de oídas.
5. Tiene derecho a no saber sobre lo que se le pregunta o no constarle sobre los hechos que se discuten sin que por esto se configure confesión alguna.

3. LA PRUEBA DEL INTERROGATORIO DE PARTE EN COLOMBIA

3.1 La prueba de interrogatorio de parte en materia civil en Colombia

En Colombia tal y como lo aclaré sucede en otros ordenamientos jurídicos existe regulación del interrogatorio como medio de prueba, pero curiosamente esta normativa presenta en un mismo aparte la declaración de parte y la confesión. ¿Será que indirectamente se está indicando con esto con esto que el objetivo de este tipo de medios de prueba son precisamente las de obtener la confesión o las de acercarse al descubrimiento de lo que realmente ha ocurrido en un plano anterior al proceso judicial y sea objeto de litigio?

Otra particularidad de la regulación en Colombia en materia civil es que se diferencian la declaración de parte y el interrogatorio. Se parte de una clasificación de estos dos medios de prueba en torno a que la primera es una declaración que rinde alguna de los extremos procesales pero solicitado y practicado con su abogado (es decir sin que se busque propiamente la confesión, no por esto no pudiéndose dar en la práctica) y en el caso del interrogatorio lo que sucede es que las preguntas las hará el abogado de la contraparte y el juez (lo que en muchos casos podría ser más utilizado para lograr obtener una confesión).

Sin embargo, cabe aclarar que en cualquiera de los dos escenarios podría existir la posibilidad, por cuanto el declarante es una de las partes y no como sucede en el caso de la práctica de la prueba testimonial.

3.1.1 Aspectos legales

En Colombia la regulación normativa que tiene aplicación en materia civil está contenida en el Código General del Proceso o Ley 1564 de 2012, en los artículos 199 al 205 respectivamente, regulando aspectos relacionados a la solicitud, decreto e incluso citación de las partes para poder lograr la práctica de la prueba específicamente. Sin embargo, en esta investigación el eje central serán reflexiones en torno a dos momentos relacionadas con este medio de prueba que son la práctica del interrogatorio, por lo que se revisarán las normas que específicamente tenga relación con esas dos etapas.

Según el artículo 203 del Código General del Proceso:

*"**ARTÍCULO 203. PRÁCTICA DEL INTERROGATORIO.** Antes de iniciarse el interrogatorio se recibirá al interrogado juramento de no faltar a la verdad.*

En la audiencia también podrán interrogar los litisconsortes facultativos del interrogado. El interrogado deberá concurrir personalmente a la audiencia, debidamente informado sobre los hechos materia del proceso. Si el interrogado manifestare que no entiende la pregunta el juez le dará las explicaciones a que hubiere lugar.

Cuando la pregunta fuere asertiva, la contestación deberá limitarse a negar o a afirmar la existencia del hecho preguntado, pero el interrogado podrá adicionarla con las explicaciones que considere necesarias. La pregunta no asertiva deberá responderse concretamente y sin evasivas. El juez podrá pedir explicaciones sobre el sentido y los alcances de las respuestas.

Si el interrogado se negare a contestar o diere respuestas evasivas o impertinentes, el juez lo amonestará para que responda o para que lo haga explícitamente con prevención sobre los efectos de su renuencia.

El juez, de oficio o a petición de una de las partes, podrá interrogar a las demás que se encuentren presentes, silo considera conveniente.

La parte al rendir su declaración, podrá hacer dibujos, gráficas o representaciones con el fin de ilustrar su testimonio; estos serán agregados al expediente y serán apreciados como parte integrante del interrogatorio y no como documentos. Así mismo, durante la declaración el interrogado podrá reconocer documentos que obren en el expediente" (Congreso, 2012).

De lo descrito anteriormente en la normativa aplicable en Colombia se realizará este análisis a partir de lo que se concibe es el razonamiento probatorio:

1. Frente al juramento al que se somete el interrogado de decir nada más que la verdad, podría afirmarse con temor a equivocarse como cualquier postura que no se podría considerar como la absolutamente correcta que no garantiza que las partes declarantes en esa sede de la practica de la prueba lo hagan de forma coherente con la realidad de los hechos y no debería el juez en la valoración de la prueba concluir que la negativa a jurar o el nerviosismo de hacerlo tenga realmente relación con la ocurrencia o no de un hecho discutido en el proceso. Es en el parecer de esta investigación un requisito que no es de utilidad alguna en el esclarecimiento de los hechos y podría sin lugar a dudar modificarse de diferentes ordenamientos jurídicos que así lo demandan.
2. Frente a que el interrogado deba concurrir personalmente cabe anotar que la regulación deberá entenderse en ampliación con lo dispuesto en el Decreto 896 de 2020 y la Ley 2213 de 2022, por lo que no se concibe un deber el tener que se entienda que cuando la norma hace referencia a "personalmente" se esté exigiendo que deba ser en físico en las instalaciones del despacho, lo que si bien es un gran avance en uso de las tecnologías de información y la comunicación en el proceso civil en Colombia también podrían hacerse los siguientes comentarios en torno a que mediante la práctica de la prueba exista la búsqueda de lo realmente ocurrido y le interese al proceso, por lo que aunque puedan concurrir diferentes posturas esta investigación se inclinaría porque "siempre que esté al alcance de las partes y el del despacho" realizar la práctica de esta prueba en las salas de audiencia diseñadas al interior de los palacios de justicia para esto, se realizaran de forma física y con contacto directo.

Lo anterior garantizará un interrogatorio sin ayudas que no puedan ser controladas por el juzgador, sin defectos en la conexión que puedan interrumpir la práctica de la prueba y el entendimiento de preguntas. Se garantiza una versión más fiable que la que se puede obtener en los entornos digitales, no por el efecto de la tecnología que siempre será un avance sino por las posibilidades que tendrían las partes en un escenario sin control por parte del juzgador, como es el lugar desde donde se rinde una declaración sin presencia física.

Con esto no se quiere decir que la norma que permitía y que autoriza en la actualidad el interrogatorio de parte de forma virtual sea incorrecta o

criticada, pero desde las bases del razonamiento probatorio consideraría que la práctica de esta prueba debería ser por regla con contacto directo con el juzgador, en la sede del despacho judicial y la excepción la de no requerir lo anteriormente mencionado y no a la inversa.

Adicional a lo anterior el mismo artículo en comento establece que el interrogado deberá acudir a la audiencia "debidamente informado sobre los hechos materia del proceso", lo que también considero podría entenderse sobra porque se supone que quien delimitará los temas del interrogatorio será quien haga o formule las preguntas, es decir, el juez o los abogados de las parte, y quien declara en sede de interrogatorio no debe ser informado sobre hechos que se supone conoce directamente o sobre los que tiene el derecho a decir que no sabe en nada si así fuera la situación y desconociera algo sobre lo que se le pregunta y esto es tan coherente con el escenario práctico que raramente se observa a los juzgadores preguntar si la parte ha sido informado sobre los hechos frente a los que va a una audiencia a ser interrogado o va a rendir una declaración.

3.1.2 Aspectos doctrinales

Según HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, "el interrogatorio no es un mecanismo de prueba, sino un instrumento para obtener la declaración de parte, en general, y su confesión, en particular". (DEVIS ECHANDIA, TRATADO DE LA PRUEBA JUDICIAL, 2017). El profesor, NATTAN NISIMBLAT, desarrolla lo concerniente al interrogatorio de parte de la mano con alunas novedades incluidas o puestas en vigencia con el Código General del proceso de la mano con la obtención de la confesión sin decir expresamente que sea este su único objetivo (NISIMBLAT, 2018).

En cambio, CRISTIAN CONTRERAS ROJAS, presenta una versión distinta entre lo que se pueda entender es una declaración y un interrogatorio desde la siguiente visión de la institución o medio de prueba:

"la técnica interrogativa implica que el entrevistador formula una serie de preguntas al declarante con el objetivo de obtener respuestas más concretas y detalladas. No obstante, esto también conlleva a la generación de testimonios menos exactos, debido a la cantidad importante de errores de comisión que pueden detectarse en las respuestas conseguidas utilizando este sistema, pues muchas veces las preguntas introducen que el testigo no conoce o que contradice su recuerdo de los hechos (CONTRERAS ROJAS, 2015). Por ello, la doctrina psicológica ha destacado que la formulación de preguntas directas, puede ser fuente de información engañosa post-suceso para los declarantes, en

consecuencia, origen de falsos recuerdos (DIGES JUNCO, 1980). Se ha demostrado que la sola manipulación de los artículos o verbos que se emplean para construir las preguntas son bastantes per se para hacer variar el recuerdo" (CONTRERAS ROJAS, 2015).

El profesor, MICHELE TARUFFO, explica como el interrogatorio ha terminado convirtiéndose en cierta prueba testimonial en donde se acepta que la fuente de prueba sean las partes, con todo lo que esto pudiera implicar cuando hace el siguiente recuento:

"Es el caso de los sistemas de common law como consecuencia de importantes cambios ocurridos durante el siglo XIX, cuando se derogaron las viejas reglas acerca de la descalificación como testigos de las partes. En Inglaterra, esto sucedió con algunas leyes promulgadas entre 1846 y 1849 y, en especial, con la Lord Brougham´s Act, promulgada en 1851. Estas leyes transformaron las viejas reglas e introdujeron nuevas disposiciones que admitían interrogar a las partes como testigos en las causas civiles.

Algo similar sucedió en la misma época en Estados Unidos. El Field Code de 1849 fue la primera de varias leyes que cambiaron el viejo sistema. El resultado es que la regla actual de que toda persona es competente para ser testigo incluye también a las partes. Por lo tanto, las partes son interrogadas de acuerdo con la regulación del interrogatorio de testigos".

En Austria se introdujo una novedad importante en el silgo XIX, cuando el viejo interrogatorio de las partes por parte del juez, que solo tenía por objeto esclarecer argumentos y alegaciones de los hechos, se transformó en un medio para obtener un testimonio de las partes.

En Alemania, el interrogatorio de las partes tiene una reglamentación compleja en el Código Procesal alemán en el que establece que la parte que tiene la carga de probar un hecho puede promover un interrogatorio y provocar el interrogatorio de la otra parte sobre el mismo hecho, aunque el juez pueda rechazar esta solicitud. Asimismo, confiere al tribunal la facultad de ordenar de oficio el interrogatorio de una o ambas partes cuando el resultado de los otros medios de prueba no sea suficiente para establecer la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio"

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española ha introducido un mecanismo semejante tras abandonar las formas tradicionales de confesión y juramento, adoptando una nueva modalidad de interrogatorio de las partes como una clase de prueba en la cual éstas pueden contrainterrogarse mutuamente y el tribunal estimará discrecionalmente el valor probatorio de las respuestas

dadas por ellas. El mínimo valor probatorio es de las respuestas que las partes pueden dar cuando son interrogadas por el juez en el curso de la comparution personnelle en Francia o del interrogatorio libero en Italia. El rango más destacable de la primera es que puede tener función probatoria, pero no solo éste, pues su función principal es la de ayudar a esclarecer las pretensiones y los argumentos de las partes. En el caso de Italia por una reforma introducida en el año 2005, el juez tiene la facultad de interrogar a las partes sólo si ellas lo piden de mutuo acuerdo" (TARUFFO, 2008)

3.1.3 Aspectos jurisprudenciales

Las diferentes discusiones y posiciones de la Corte Suprema de Justicia han sido más en torno al momento en el que debería practicarse el interrogatorio, si es obligatorio o si procede su práctica en la audiencia inicial que como estructura ofrece el Código General del Proceso pero no lo concerniente a su naturaleza jurídica como si lo ha desarrollado la doctrina tal y como puede observarse en la sentencia STC2156-2020 con radicación 47001-2213-000-2019-00368-01 del 26 de febrero de 2020, con magistrado ponente: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2020).

En el proceso anteriormente citado existe no una discusión en torno al concepto de interrogatorio como medio de prueba, ni si está ligado a la obtención de la confesión sino un análisis acerca de si la negativa o no de este medio de prueba implica la vulneración a un derecho fundamental como lo es el debido proceso y el derecho a la prueba.

3.2 La prueba de interrogatorio de parte en materia penal en Colombia

3.2.1 Aspectos legales

Según el artículo 392 y 393 (Cogreso , 2004) de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal:

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

a) Toda pregunta versará sobre hechos específicos;

b) El juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa;

c) El juez prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al testigo;

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

e) El juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente.

El juez intervendrá con el fin de que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas.

ARTÍCULO 393. REGLAS SOBRE EL CONTRAINTERROGATORIO. El contrainterrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:

a) La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado;

b) Para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral.

El testigo deberá permanecer a disposición del juez durante el término que éste determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores." (Cogreso, 2004)

De lo anterior se pueden hacer las siguientes reflexiones:

1. No existe en esta normativa una posición clara sobre la naturaleza del interrogatorio, pero si está ligada a la confesión como sucede en general en materia civil.
2. Inicialmente no se observa que el deber de juramento de decir la verdad sea una regla sobre la práctica de este medio de prueba como sucede en la regulación que se comenta existe en materia civil.
3. Mas que centrarse en la naturaleza de este medio de prueba, se podría decir que la regulación se centra en algunas reglas que permiten la práctica de este medio limitando la forma en que se realizan las preguntas.
4. Al igual que en materia civil la regulación no apoya una versión libre de los hechos sino la que se vaya delimitando con las preguntas del interrogador o contra-interrogador según fuera el caso.
5. No se hace mención de que el interrogado deberá ser informado sobre los hechos que rendirá este testimonio como si ocurre en materia civil.
6. Es bastante particular lo de no permitir preguntas que ofendan el testigo, lo que implícitamente indica que asimilan el interrogatorio al testimonio o

por lo menos sus reglas prácticas, pero lo curioso podría ser la subjetividad que podría entenderse deriva de la determinación o conclusión de lo que pudiera ser ofensivo para una u otra persona según fuera el caso.
7. Sería interesante hacer un consenso sobre lo que la norma quiere decir con un interrogatorio leal. ¿Leal a quien, a la justicia, al presunto autor de un delito, al deber de averiguación de la verdad, a la teoría del caso que se ha planteado defender la fiscalía o la defensa? ¿Cuál es el límite de lo leal o desleal en un proceso donde se pueda entender existe un sistema acusatorio como que el está vigente en Colombia?
8. Estas normas son mucho más directas frente al objetivo con el que se practica el interrogatorio a declarar expresamente que se trata de refutar en todo o en parte lo que un testigo a declarado, cuando se refiere al contrainterrogatorio, lo que merece desde ya el planteamiento de una pregunta y es la siguiente: ¿el objetivo de un contrainterrogatorio debe ser el de dejar en contradicción al testigo o el de lograr la averiguación de los hechos que realmente ocurrieron según fuera el caso?

3.2.2 Aspectos doctrinales

Para poder construir algunas reflexiones en torno a la práctica del interrogatorio de parte resulta de vital importancia hacer mención a lo que pudiera ser la diferenciación o posible creencia entre lo que pueda ser un sistema adversarial y el acusatorio.

Según TERESA ARMENTA DEU:

"Si se tratara de encontrar la esencia del proceso adversarial podríamos señalar que este se centra en la posición neutral del juez, quien simplemente dirige la contienda entre dos partes quienes son los auténticos protagonistas. Tal configuración, con todos los matices derivados de las aclaraciones que se acaban de señalar, evita los reproches hacia la configuración inquisitiva del proceso penal, es cierto, pero también obliga a renunciar a determinados logros alcanzados por el sistema mixto – continental, como la tutela de los intereses generales o la realización del Derecho Penal, por lo que se han generado algo así como contrapesos en el modelo de Estados Unidos, frente al margen del acusador, tales como: 1. Evaluar previamente si el ejercicio de la acusación resultará exitoso, lo que explica que vaya acompañado de la posibilidad de desistir a lo largo de todo el proceso o incluso de no iniciarlo; 2) Reequilibrar la desigualdad de medios en la investigación; 3) No utilizar a efectos probatorios lo recabado en la investigación, sin garantía judicial alguna, más allá

del control de la existencia de fuente probatoria obtenida ilícitamente; 4) Limitar el ámbito de la revisión judicial, si bien el juez pueda apartarse de la calificación jurídica de los hechos objeto de la imputación y 5) Concebir la búsqueda de la verdad, como resultado de las manifestaciones contrapuestas de las partes, justificando incluso la sporting theory y no como obligación del investigador y una de las finalidades del proceso en su conjunto, tal como sucede en el modelo mixto" (ARMENTA DEU, LA CONVERGENCIA ENTRE PROCESO CIVIL Y PENAL, 2013).

Según el profesor, JORDI NIEVA FENOLL:

"En cada proceso existe al menos una parte activa, que normalmente reiterará en su declaración todo lo que ha dicho su letrado en los escritos dispositivos, aunque con varias diferencias formales e incluso de fondo. Lo mismo sucederá con la parte pasiva. Pero hay que tener en cuenta que, tratándose precisamente de los litigantes, son probablemente quienes tendrán mejor información sobre lo realmente acaecido, dado que son los protagonistas. Por consiguiente, su declaración es fundamental si se logran extraer de ella sus frutos debidos a través de las técnicas enunciadas. Sin embargo, en el proceso penal, al reo se le llegó a torturar para extraer de él información y, a la postre, una confesión. Y a la víctima se la hizo declarar como un simple testigo, usurpando su papel de parte acusadora en dicho proceso penal, como consecuencia de una interpretación extensiva de las facultades inquisitivas del juez de la época. Todo ello trae como conclusión una manifiesta desorientación en el tratamiento de este medio de prueba". (NIEVA FENOLL, 2010)

Situación que pudiera ser como de vieja data no se aleja de muchas situaciones que en el último siglo sucedieran en Colombia en investigaciones donde se vuelve más tendencia hablar sobre la exclusión de pruebas ilegales e ilícitas, según fuere el caso como a bien lo hace el profesor RONALD SANABRIA VILLAMIZAR (SANABRIA VILLAMIZAR, 2019).

En España, la profesora MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ, expone lo siguiente:

"uno de los medios de prueba a los que mayor atención ha prestado la jurisprudencia es la declaración del coimputado, fundamentalmente como consecuencia de la especial naturaleza de quien declara, que se encuentra en medio camino entre el acusado y el testigo y que ha llevado a calificarlo como testigo impropio.

*La declaración del coimputado que resulta ser incriminatoria para otro imputado ha de ser exhaustivamente analizada antes de ser tomada a consideración como prueba de cargo, pues el declarante, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad y le asiste, además el derecho a guardar silencio; junto con ello, y dada su condición de imputado, la declaración que presta puede estar motivada por una finalidad auto-exculpatoria un otra igualmente esp*uria, todo lo cual ha llevado a considerarla una declaración sospechosa" (FERNANDEZ LOPEZ, 2005).

TERESA ARMENTA DEU, al realizar estudio sobre la prueba ilícita liga el interrogatorio a diferentes escenarios de confesión como cuando por ejemplo afirma que "la doctrina de la licitud de la confesión informada coincide en la dura crítica de la doctrina de la conexión de antijuricidad por transgredir el mandato constitucional al utilizar la información obtenida de la fuente de conocimiento ilícita; sin embargo, a diferencia de las anteriores, abre la puerta a la posibilidad de que en determinadas condiciones quepa establecer excepciones cuando hubo una previa instrucción o puesta en conocimiento del imputado de la invalidez de la prueba que supuestamente obraba contra el" (ARMENTA DEU, 2011).

3.2.3 Aspectos jurisprudenciales

Según la Corte Constitucional en Sentencia C-782 de 2005, expediente D-5515, magistrado ponente: ALFREDO BELTRÁN SIERRA:

"*Dos características especiales ha tenido la confesión en lo penal: la primera, que no puede ser provocada mediante interrogatorio de parte sometido a la formalidad previa del juramento, y la segunda, que ha de ser corroborada por otros medios de prueba, características éstas que se encuentran ausentes en lo civil, materia en la cual ha sido posible siempre provocar la confesión como ocurría en la antigua absolución de posiciones, hoy transformada en el interrogatorio de parte con ritualidades y consecuencias específicas, entre ellas la confesión ficta o presunta, lo que no ocurre en materia penal, en la cual la confesión ha de ser siempre expresa, de un lado; y, de otro, en cuanto la confesión en materia procesal civil, no requiere ser corroborada por otros medios de prueba, en aquellos casos en que el hecho sobre el cual versa es susceptible de prueba por medio de ella, pero siempre podrá ser infirmada por cualquier medio de prueba, lo que, como se ve, es diferente de lo que sucede en el proceso penal.*

El artículo 394 de la Ley 906 de 2004, establece que si el acusado o coacusado ofrecen declarar en su propio juicio, comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento podrán ser interrogados conforme a las reglas

establecidas en el Código de Procedimiento Penal. Un primer entendimiento de la norma en cuestión, significaría que si el acusado o el coacusado faltan a la verdad o la callan total o parcialmente, como una forma de ejercer su derecho a la defensa material, además podrían ser procesados por haber incurrido en un falso testimonio. O, puede suceder que ante el temor de resultar doblemente enjuiciado con graves consecuencias punitivas, opte por autoincriminarse o incriminar al cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes cercanos, con lo cual resultarían afectadas las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación. Ahora bien, ese primer entendimiento de la norma acusada resulta constitucionalmente inaceptable, pues es poner al acusado o al coacusado ante la disyuntiva de renunciar a sus garantías constitucionales por la posibilidad cierta de resultar doblemente enjuiciado, a menos que opte por el silencio en desmedro de su derecho a la defensa. No se trataría aquí del ejercicio del derecho al silencio, sino del silenciamiento del acusado amenazado por la posibilidad cierta de incurrir en un delito si declara callando en todo o en parte, o sin incriminarse. No obstante lo dicho, la norma acusada admite una interpretación acorde con la Constitución Política. Si se entiende que el juramento que se exige al acusado y coacusado que ofrecieren declarar en su propio juicio, es una formalidad previa a la declaración, pero de la cual no se puedan derivar consecuencias jurídico-penales adversas al declarante cuando su declaración verse sobre su propia conducta. Para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio. Sentado lo anterior, si en el curso de un proceso el acusado o el coacusado deciden declarar sobre hechos criminosos atribuidos a un tercero, tal declaración será recibida como un testimonio, sujeta a las formalidades y excepciones propias del mismo, conforme a la Constitución y a la ley, y con las consecuencias jurídico-penales que correspondan en caso de faltar a la verdad o de callarla total o parcialmente". (CORTE CONSTITUCIONAL, 2005)

Del anterior pronunciamiento es importante resaltar lo siguiente:

1. No se liga según la Corte la obtención de la confesión al interrogatorio de parte como un producto de las preguntas realizadas simplemente, no pudiendo equipar a la figura en materia civil y en materia penal, según fuera el caso.
2. Que la obligación de realizar juramento es una de las que exime a quien está inmerso en un proceso penal, en coherencia al derecho a no autoinicriminarse. Diferente a lo que sucede en materia civil en aplicación del Código General del Proceso donde incluso el prestar juramento es un requisito.
3. La utilidad del juramento sigue en visión de esta investigación siendo cuestionada pero es totalmente coherente con la postura de la no autoincriminación en materia penal.
4. La confesión ficta no es una institución que se entienda aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano en materia penal como si sucede en materia civil. En materia penal siempre deberá ser confesión expresa.
5. Teniendo en cuenta lo descrito anteriormente la confesión en materia civil no se debe soportar en la valoración de otros medios de prueba y bastará solo que con se acepte un hecho que le es perjudicial declarante o le sea útil a la contraparte para que se configura, situación distinta a la que ocurre en materia penal en donde la confesión debe ser expresa y deberá soportarse en otros medios de prueba según la explicación que hace la Corte en la sentencia en comento.
6. El Código Procesal Penal en Colombia equipara al que como parte quiere declarar en cuanto a la práctica a lo que respecta es la prueba testimonial.
7. Si la declaración de quien se considera acusado o co-acusado en el proceso penal versa sobre actos cometidos por un tercero se valorará de acuerdo a la formalidades contenidas en la normativa procesal penal con respecto al testimonio pero ya no con la excepción de la no configuración de falso testimonio o de callar o de guardar silencio pues no se estaría en el estadio de la auto-incriminación.

En general, podría observarse un esquema en materia penal en Colombia en donde la práctica de la prueba del interrogatorio de parte se asimila en gran medida a la testimonial, se enlaza con la obtención de la confesión en algunos casos pero con características particulares y excepciones frente a lo que sucede en materia civil. No se podría decir que las reglas practicas son idénticas, pero lo que resulta más importante es plantear y reflexionar acerca

de lo siguiente: ¿Debería seguir siendo así dado la naturaleza de los derechos que están en medio de la discusión de un proceso de naturaleza penal versus uno civil? ¿Si el objetivo es la búsqueda de la verdad en ambos escenarios no sería por ejemplo necesario que figuras como la confesión también en civil debieran ser determinadas a partir del soporte de otras pruebas? ¿La presunción de buena fe en civil es muy diferente a lo que en materia penal es la presunción de inocencia? ¿Qué sucede si en un caso civil una persona confiesa un hecho pero todo el acervo probatorio existente en el expediente del caso evidencia totalmente lo contrario?

4. ALGUNAS PROPUESTAS FRENTE A LA PRÁCTICA DEL INTERROGATORIO DE PARTE EN MATERIA PENAL Y CIVIL EN COLOMBIA: REFLEXIONES A PARTIR DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO

Una de las grandes preocupaciones del siglo XXI, que tiene razón de ser en los sistemas judiciales del mundo en relación con el acceso a la justicia, tiene que ver con la forma en que la practica de la prueba acercan o no al proceso a buscar el objetivo de buscar la verdad o la toma de decisiones que se acerquen a le realidad de lo realmente ocurrido según fuera el caso.

Según FREDERICK SCHAUER: "las reglas, como lo hemos visto, desempeñan el propósito de simplificación de nuestras vidas, al operar de un modo que ha sido tan bien captado por IBM como por cualquier filósofo, cuando proclamó en un aviso publicitario que su propósito consistía en construir máquinas para trabajar a fin de que la gente pueda pensar" (SCHAUER, 2004)

Una de las grandes discusiones entre los diferentes profesores que en el mundo se han dedicado a estudiar lo concerniente al razonamiento probatorio, es si para poder estructurarlo, se debe acudir a la deducción, inducción o abducción, en razón de las consecuencias que tenga una determinada decisión judicial, diferenciando notoriamente el proceso dependiendo las consecuencias que se generan en razón de ésta.

Según el profesor, GIOVANNI TUZET: "El modelo deductivo está más definido y es menos realista; el modelo de la mejor explicación es más realista pero también más vago y ambiguo. El segundo modelo podría valer en el proceso civil y el primero en el proceso penal o el segundo para los supuestos de hecho con consecuencias menos serias en ambos procesos y el primero para los supuestos con consecuencias más serias, pero está claro que el juicio

al respecto depende de cómo se especifique la noción de mejor explicación". (TUZET , 2014)

Como lo afirma JORDI FERRER BELTRÁN quien es coherente con lo que de forma crítica cuestiona LARRY LAUDAN (LAUDAN, 2013), no se trata de formular un estándar de prueba para este caso, que distribuya el error entre las partes, sino el de controlar las decisiones sobre los hechos a partir del apoyo en la epistemología.

Pero la epistemología no debería ser una ciencia que solo se involucre en el momento de la valoración probatoria, sino que en concepto de esta investigación debería extenderse al diseño de diferentes estructuras procesales que permitan al juzgador a lograr el objetivo de buscar la realidad o la verdad sobre los hechos que sustentan la realización de un proceso si distinción a si se trata de uno civil o penal.

Teniendo en cuenta es margen como objetivo del razonamiento probatorio se postularán algunas propuestas que podrían ser de utilidad para poder acercar esa estructura de la normativa de ambos procesos a la búsqueda de la verdad sobre los hechos investigados o discutidos en un proceso, como pudieran ser las siguientes:

1. La eliminación del juramento o percepción de esta institución de igual manera sin distinción de materia, por cuanto se considera no es una figura que asegure la búsqueda de la verdad sobre los hechos, sea de donde parta en realidad el deber de declarar de acuerdo con lo verdaderamente ocurrido o se configure la falsedad del testimonio.
2. La posibilidad de solicitar ampliación en el número de preguntas en materia civil, por cuanto si se tratan de preguntas sin utilidad alguna podrían ser objetadas o rechazadas por el despacho. ¿Pero que sucede cuando agotadas las preguntas que pueden hacerse al interior de un proceso civil no se permiten más solo porque el número permitido es taxativo? ¿Primaría la forma o la averiguación de la verdad sobre los hechos?
3. El juzgador en materia civil no solo debe interesarse en el cuestionario que se conoce como generales de ley supeditando esto a los datos personales, preparación profesional, estado civil, experiencia, datos de ubicación sino adicionalmente los que tienen relación con: a) la memoria del declarante, b) su capacidad de entendimiento sobre los hechos, c) la circunstancias de modo, tiempo y lugar de forma general y particular (por ejemplo un señor que afirma que vio cuando Pedro entregaba diez millones de pesos

a juan pero resulta que estaba a 50 metros de distancia y tiene problemas de visión y justo ese día había olvidado sus lentes).

4. No debería existir la obligación en materia civil sobre el deber de informar sobre los hechos que deberá declarar la parte al ser interrogada, pues se supone debe conocer estos hechos por ser parte dentro de un proceso y si los desconoce debería manifestar esta situación al despacho.
5. La confesión ficta en materia civil debería adoptar la exigencia de soportarse adicionalmente en las demás pruebas que obran en un proceso. No debería ser admitida cuando se corrobore por el despacho que existe una evidente contradicción entre todo el acervo probatorio y lo que ha confesado el interrogado.
6. El objetivo del interrogatorio en materia civil y penal no debería ser el de obtener la confesión o hacer entrar en contradicción a la contraparte sino el de colaboración de ambas partes con la averiguación de los hechos que realmente ocurrieron y soportan la teoría del caso discutida el interior de un escenario procesal civil o penal.
7. Tanto en materia penal como en materia civil deberían evaluarse el escenario de las versiones libres y no la de formación de abogados expertos que logran con estrategias elocuentes y hábiles poner en contradicción a quien siendo interrogado sufre los desafortunados resultados de su nerviosismo sacrificando el objetivo real del proceso civil y penal en Colombia, desde el razonamiento probatorio, como se entiende es la búsqueda de la verdad.
8. Si bien la normativa en vigencia por la aplicación del Decreto 806 de 2020 y la Ley 2213 de 2022 permite la realización de las audiencias de forma virtual, se recomienda que para la práctica del interrogatorio de parte se utilice como regla general la presencialidad, no con esto desestimando por supuesto todos los beneficios que ha traído consigo la implementación de tecnologías de la información y comunicación en el proceso.
9. Otra propuesta para garantizar la práctica de pruebas de interrogatorio virtuales sería realizarla por este medio, pero acudiendo a centros de recepción de interrogatorio en donde se puede observar en ángulos completos al declarante para garantizar que no está siendo afectado por circunstancias como la conexión, intervención de otras personas o del abogado sugiriendo respuestas como puede observarse en la práctica en algunos casos.
10. Si bien la confesión es una institución que se obtiene en relación con el interrogatorio de parte, se debería evaluar sobre el enseñar a los futuros abogados sobre si su objetivo debería ser el confundir al declarante para que se entienda que se ha logrado una confesión pues estas técnicas de interrogatorio no serían realmente acordes con lo que se ha explicado es el fundamento del razonamiento probatorio.

CONCLUSIONES

Como se ha venido explicando desde el inicio lo que se pretende a partir de este escrito es el esbozo de algunas reflexiones que se pudieran tener en cuenta en Colombia para poder acercar el proceso a ese objetivo que se ha reconocido es de vital importancia para garantizar el acceso a la justicia y no es otro que la verdad como norte en la investigación sobre los hechos que soportan un caso.

Por lo que a partir de lo explicado podrían plantearse las siguientes conclusiones:

1. Las normas que regulan procesalmente la práctica del interrogatorio en materia civil y penal son diferentes en respuesta a la naturaleza de los derechos que se discuten al interior de ambos procesos.
2. Deberían reevaluarse varias figuras que si bien no afectan la práctica del interrogatorio tampoco le son de utilidad a la búsqueda la de la realidad de los hechos ocurridos al interior del proceso, como sucede con las relacionadas con el juramento.
3. La obtención de la confesión no debería ser el objetivo para lograr simplemente en la práctica del interrogatorio de parte.
4. Los generales de ley deberían ser ampliados para delimitar las capacidades del declarante y no solo limitarlos a la toma de datos generales.
5. La confesión ficta es una institución que debe ser interpretada y configurada en coherencia con la valoración racional de todas las pruebas existentes en un proceso civil.
6. La propuesta del sistema de versión libre debería ser analizado al interior del proceso civil y penal. No debemos ver a los interrogatorios y contrainterrogatorios como un simple enfrentamiento entre partes, o entre acusador y defensor.
7. La práctica de la prueba del interrogatorio de parte sea presencial o virtual debe garantizar una versión rendida bajo la espontaneidad y verdadero conocimiento sobre los hechos que se deponen ante el juez.

"Las reglas poseen virtudes silenciosas, ya que muchas veces nos resulta posible hacer lo que hacemos precisamente porque las reglas nos liberan de tener que hacer cualquier otra cosa"

Frederick Schauer

BIBLIOGRAFÍA

DEVIS ECHANDIA , H. (2010). Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Editorial Temis.

PARRA QUIJANO , J. (2009). Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, Colombia: Libreria Ediciones del Profesional.

LIEBMAN, T. E. (1980). Manual de derecho procesal civil. Buenos aires, argentina: editorial EJEA.

PALACIO, L. E. (1972). Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Congreso. (12 de julio de 2012). Ley 1564 . Bogotá, Colombia.

DEVIS ECHANDIA, H. (2017). Tratado de la Prueba Judicial (Vol. Tomo I). Bogota: Editorial Temis.

NISIMBLAT, N. (2018). Derecho Probatorio: Técnicas de Juicio Oral. Bogotá, Colombia: Editorial Doctrina y Ley.

CONTRERAS ROJAS, C. (2015). La Valoración de la Prueba de Interrogatorio. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.

DIGES JUNCO, M. (1980). Manual de Psicología Jurídica. Barcelona, España.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (26 de febrero de 2020). Stc2156-2020. Sentencia. Bogota, Colombia.

Cogreso. (31 de Agosto de 2004). Ley 906 de 2004. Bogotá, Colombia.

NIEVA FENOLL, J. (2010). La valoración de la prueba. Madrid, España: Marcial Pons .

SANABRIA VILLAMIZAR, R. (2019). Prueba Ilícita, Regla De Exclusión y Criterios de Admisibilidad Probatoria. Bogotá: Editorial Ibañez.

FERNANDEZ LOPEZ, M. (2005). Prueba y Presunción de Inocencia. Madrid: Editorial Iustel.

ARMENTA DEU, T. (2011). La Prueba Ilícita. Madrid: Marcial Pons.

ARMENTA DEU, T. (2013). La Convergencia Entre Proceso Civil y Penal. Madrid: Marcial Pons.

TARUFFO, M. (2008). La Prueba. Madrid: Marcial Pons.

CORTE CONSTITUCIONAL. (28 de Julio de 2005). Sentencia C-782 de 2005. Bogotá, Colombia.

SCHAUER, F. (2004). Las reglas del juego: un examen de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.

TUZET , G. (2014). Usos jurídicos de la abducción. En prueba y raznoamiento probatorio en derecho: debates sobre abducción. Granada: Editorial Comares.

LAUDAN, L. (2013). Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Editorial Marcial Pons.

CONTROVERSIAS FRENTE A LAS PRUEBAS POR DECLARACIONES: DECLARACIÓN DE PARTE Y TESTIMONIO

*Horacio Cruz Tejada**

ANOTACIONES PRELIMINARES

Cumplidos diez años de expedición del Código General del Proceso resulta de la mayor importancia realizar un balance acerca de los avances que ha tenido la práctica probatoria en los asuntos sometidos a la jurisdicción.

El fortalecimiento de la oralidad para la práctica de pruebas que trajo consigo el estatuto procesal debe llevar a los litigantes a repensar la manera como introducen pruebas al proceso y a saber escoger los medios de prueba que resultan más relevantes para acreditar los hechos que soportan su teoría del caso; por su parte, a los jueces a centrarse en lo particularmente relevante para resolver la controversia.

En sintonía con el fortalecimiento de la oralidad para la práctica probatoria, cabe precisar que el Código General del Proceso brindó especial importancia

* Abogado y especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia; máster universitario en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid; miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal; codirector de la revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; ex director del Área de Derecho Procesal y del Consultorio Jurídico de la Universidad de Los Andes; actualmente es profesor de la cátedra de Pruebas de dicha institución y de posgrado en diferentes universidades del país, como Externado de Colombia, Icesi, Nariño, Libre seccional Barranquilla, entre otras; miembro activo de la lista B de árbitros y de la lista de secretarios de tribunales arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá; abogado litigante y asesor de entidades públicas y privadas; autor y coordinador de varias publicaciones en derecho procesal, entre las cuales se destacan: El proceso civil a partir del Código General del Proceso y Nuevas tendencias del derecho probatorio, ediciones Uniandes.

a las pruebas por declaraciones y al valor que de ellas se desprende. De ahí que resulte de la mayor importancia hablar de la fuerza probatoria que surge de la versión que ofrece la parte. De igual manera, no puede dejarse de lado la discusión práctica acerca de la posibilidad de interrogar a las personas jurídicas de derecho público a través de sus respectivos representantes.

Es así que, sin pretender agotar el tema, en este escrito se plantean algunas discusiones que la práctica judicial ofrece frente a la declaración de parte y el testimonio, para lo cual se busca dar repuesta a interrogantes tales como: ¿es posible obtener la declaración de la parte por iniciativa propia?, ¿las personas jurídicas de derecho público pueden ser interrogadas a través de su representante?, de ser ello posible, ¿qué reglas de juego deben plantearse de cara a la valoración de la versión obtenida?; de requerir informe escrito a la persona jurídica de derecho público a través de su representante, ¿cómo controvertir dicho informe?; ¿qué pautas deben seguirse para una adecuada solicitud y práctica de la prueba testimonial?.

2. LA DECLARACIÓN DE LA PARTE EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

En vigencia del Código de Procedimiento Civil era frecuente observar en la práctica judicial cierto desprecio por la declaración de la parte cuando de esta no se desprendía confesión alguna, lo que llevaba a sostener que a la parte solo se le creía cuando en su dicho admitía hechos que, bien lo perjudicaban, o beneficiaban a su contraparte. Así lo reconocía la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como, en efecto, lo señaló en sentencia de 27 de julo de 1999, al sostener lo siguiente:

> *"La confesión es un medio de prueba por el cual la parte capacitada para ello relata en forma expresa, consciente y libre hechos personales o que conoce, y que a ella le son perjudiciales, o por lo menos, resultan favorables a la contraparte.* (…). *En consecuencia, la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen, o, simplemente, favorezcan al contrario, o, lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorezcan, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba".*

Pese a que dentro de los medios de prueba regulados por el anterior estatuto procesal civil se encontraba la declaración de parte (CPC, art. 174), la postura

restrictiva frente al escaso o nulo valor probatorio que ofrecía dicho medio de prueba cuando de la versión de la parte no se desprendía una confesión, se debió, en buena parte, al contenido de los artículos 194 y siguientes del Código de Procedimiento Civil derogado. En efecto, tales disposiciones se encargaron de regular el medio de prueba de la declaración de parte solo cuando de ella se obtenía una confesión. De hecho, el artículo 203 del estatuto procesal civil anterior sólo permitía a la parte solicitar la citación de la contraria con el fin de interrogarla, lo que nos lleva a concluir que el propósito de dicha citación era la de obtener una confesión provocada[1]. Por fortuna el Código General del Proceso se encargó de precisar dicho aspecto y señaló con claridad que *"la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas"* (CGP, art. 191).

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:[2]

> *"La declaración de parte se obtiene a través del interrogatorio de parte oficioso o provocado de acuerdo a lo normado en el artículo 372 del C.G.P., con la teleología no solo de obtener la confesión como antiguamente se pensaba, sino también con la de fijar correctamente los hechos objeto de litigio y conocer las versiones de las partes frente al caso concreto".*

Reconocerle fuerza probatoria a la declaración de la parte a pesar de que de ella no se desprenda una confesión tiene una connotación muy importante dentro del proceso, pues le permite al juez detener su atención en la información que suministra la parte, la cual muchas veces resulta relevante de cara a brindar una explicación, narración o aclaración de los hechos materia de investigación[3]. Asimismo, exige de la parte la debida preparación para

[1] Al respecto, Álvarez señala lo siguiente: "Por eso el Código de Procedimiento Civil, aunque al mencionar los medios de prueba incluía la declaración de parte (art. 175), sólo le daba eficacia probatoria a la que constituía confesión, al punto de incorporar un conjunto de disposiciones para que las partes pudieran obtenerla de su contraria, como lo establecía, con carácter restrictivo, el artículo 203 de esa codificación". Álvarez Gómez, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen III, medios probatorios. Bogotá, editorial Temis, 2017, p. 3.

[2] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Auto de 25 de enero de 2017. CP. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 17001233300020130055801 (A.G.)

[3] Al respecto, Rojas Gómez sostiene lo siguiente: "Es importante advertir que una "simple declaración de parte" puede contener información categórica y confiable sobre hechos relevantes que en el contexto del pleito se muestren neutros pero sean fundamentales para resolver, o sobre hechos que configuren indicios de los que se

atender la audiencia y suministrar al juez a través de su dicho, información clara, precisa y suficiente respecto de los hechos que son materia de controversia.

No queda entonces duda alguna de que el dicho de la parte, así de él no se desprenda una confesión, tiene valor probatorio.

Debe recordarse que la declaración de la parte se puede obtener de forma espontánea o provocada. La primera se logra a través del ejercicio de ciertos actos procesales promovidos por la misma parte, como son: la demanda, su contestación y las excepciones en ella formuladas, o bien en el desarrollo de la audiencia inicial del proceso verbal o la audiencia del proceso verbal sumario; tales actuaciones que por lo general se realizan a través del apoderado judicial (CGP, art. 193). Entretanto, la declaración de parte provocada se obtiene como consecuencia del interrogatorio que formula, bien la contraparte o el juez (CGP, art. 198).

3. ¿ES POSIBLE OBTENER LA DECLARACIÓN DE LA PARTE POR INICIATIVA PROPIA? DECLARACIÓN DE LA "PROPIA" PARTE

Como se dijo en el capítulo anterior, en vigencia del estatuto procesal civil anterior la declaración de la parte sólo prestaba utilidad si de ella se desprendía una confesión, lo que permitía sostener que su obtención dependía de la iniciativa de la contraparte o del juez[4].

El Código General del Proceso cambió dicha percepción al reconocer que la simple declaración de parte, bien sea espontánea o provocada, tiene valor probatorio, así no conduzca a la admisión de hechos que perjudiquen al declarante y que, en consecuencia, le favorezcan a la contraparte.

Ahora bien, si el dicho de la parte debe ser valorado por el juez (CGP, art. 191), y este además puede ser obtenido de manera espontánea a través de ciertos actos procesales que generalmente son realizados a través del apoderado judicial (demanda, contestación, formulación de excepciones, etc.), no existe

investigan". Rojas Gómez, Miguel Enrique. Código General del Proceso comentado. Bogotá, Esajú, 4ª edición, 2019, p. 369.

[4] El artículo 203 del Código de Procedimiento Civil señalaba: "Dentro de la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia, cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre los hechos relacionados con el proceso…". (subrayado fuera de texto).

razón alguna para impedir a la parte ofrecer su propia declaración, cuyo objetivo estará centrado, seguramente, en aclarar, precisar o explicar aspectos concernientes a los hechos sobre los que se soporta su teoría del caso, sin que, desde luego, le sea permitido ampliar o incluir nuevos hechos.

Cabe señalar que la redacción del artículo 198 del Código General del Proceso invita a pensar que la petición de interrogatorio no se limita a la citación de la contraparte, como lo hizo el estatuto procesal civil anterior. En efecto, esta disposición señala que *"el juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso"*. (subrayado fuera de texto).

Quizás valga la pena preguntarse acerca de la utilidad o conveniencia de interrogar a la propia parte a fin de obtener su versión, pues con ello se abre la puerta para que de su dicho se desprenda una confesión, además de la posibilidad con la que cuenta la contraparte y demás sujetos procesales de interrogar al declarante, en ejercicio del derecho de contradicción que les asiste. No obstante, será cuestión de estrategia probatoria, lo que da lugar a otra discusión.

Quienes han sostenido que el Código General del Proceso no abre la posibilidad de que la parte ofrezca su propia declaración, se apoyan en la ausencia de regulación normativa sobre la materia. Asimismo, si la demanda y su contestación constituyen actos procesales a través de los cuales la parte ofrece su versión de los hechos a través de su apoderado judicial, resulta inane abrir el espacio en un momento posterior para que se le permita rendir una declaración por su iniciativa.

Contrario a la postura restrictiva frente a la posibilidad de aceptar la declaración de la propia parte, son varias las razones que permiten afirmar que, en efecto, ello sí es admisible:

1.- El artículo 165 del CGP señala que *"el juez practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales"*. De acuerdo con esta disposición, de sostener que el legislador no reguló la declaración ofrecida por la propia parte, dicho vacío normativo deberá ser suplido por las normas que regulan un medio de prueba similar, respetando siempre el derecho de contradicción.

2.- El artículo 191 del estatuto procesal reconoce valor probatorio a la simple declaración de parte, la cual se obtiene, bien de manera espontánea, a través del ejercicio de conductas procesales desplegadas por la misma parte de

las cuales también se puede desprender una confesión, o bien de manera provocada mediante la práctica del interrogatorio realizado por el juez o la contraparte.

3.- De acuerdo con el artículo 198 del CGP la solicitud de interrogatorio que formula la parte no se refiere de manera exclusiva a la citación de la contraparte. De haber querido el legislador mantener esta restricción, se habría conservado la redacción del derogado artículo 203 del Código de Procedimiento Civil, el cual disponía lo siguiente: "*Dentro de la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia, cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso (…)*".

Lo anterior debe llevarnos a superar el aforismo según el cual *nadie puede constituir su propia prueba a su favor*. ¿por qué no creerle a la parte cuando habla a su favor? ¿por qué solo creerle cuando habla en su contra? ¿cuál es el fundamento constitucional y legal para negarle la posibilidad de declarar por su propia iniciativa?

En cuanto a la declaración que la parte rinde a través de su abogado mediante el ejercicio de ciertas conductas procesales, como la demanda o su contestación, si bien son escenarios a través de los cuales la parte ofrece su versión de los hechos, ello no es óbice para dejar de lado la posibilidad de que la parte, de viva voz, en audiencia, pueda precisar, explicar o aclarar aspectos concernientes a los hechos que resultan relevantes para el proceso. ¿por qué la restricción? Al fin y al cabo, es el juez a quien le corresponde valorar si el dicho de la parte ofrece credibilidad o no.

Si afirmamos entonces que es posible recibir la declaración de la parte por su propia iniciativa, es necesario que el juez señale las reglas que deben seguirse. A dicho propósito se pueden advertir dos posturas:

i. Algunos jueces han señalado que en el evento en que la parte solicite su propia declaración, debe ceñirse a las reglas sobre la práctica del interrogatorio de parte, lo que implica señalar un límite de preguntas para su apoderado (veinte o diez según se trate de un proceso verbal o verbal sumario). No puedo compartir dicha tesis, pues estas reglas son propias del interrogatorio que practica la contraparte, quien tiene como principal objetivo provocar la confesión[5]. De hecho, el artículo 392 del

[5] En igual sentido, López Martínez, sostiene: "las normas que si definitivamente no podrían aplicarse analógicamente son las propias del interrogatorio para provocar

Código General del Proceso señala con claridad que las partes no podrán formular más de diez preguntas a su contraparte en los interrogatorios.

ii) Otra postura que se puede advertir, la cual comparto, consiste en que debido a que el estatuto procesal no señaló de manera expresa las reglas de juego que se deben asumir para la recepción de la declaración de la parte cuando esta deviene de su iniciativa, deben acogerse las normas que regulan el medio de prueba más similar, esto es, el testimonio de terceros[6]. Así lo sugiere el artículo 165 del Código General del Proceso, al cual ya me referí. Ello significa que en el evento en que la parte solicite su propia declaración, para su práctica se atenderán las reglas propias del testimonio, lo que implica que no habrá límite de preguntas para su apoderado, más allá de las restricciones legales frente a cierto tipo de preguntas, tales como aquellas que resulten impertinentes, inconducentes, repetitivas, capciosas o sugestivas (CGP, art. 220). Una vez agotado el interrogatorio que le realice su apoderado, le corresponderá a la contraparte el ejercicio del derecho de contradicción, el cual se materializará a través del respectivo contrainterrogatorio, sin perjuicio de la posibilidad de interrogar nuevamente al declarante, con fines de aclaración o refutación (CGP, art. 221.4).[7]

Para la valoración del dicho de la parte obtenido por su propia iniciativa, le corresponde al juez apreciarlo conforme las reglas de la sana crítica, lo que exige de la autoridad judicial explicar el mérito que le asigna a dicho medio de prueba y contrastarlo, estudiarlo y confrontarlo con las demás pruebas que reposan en el proceso.

Si bien durante la práctica de la prueba testimonial el testigo puede aportar documentos relacionados con su declaración (CGP, art. 222.6),

confesión pues sus reglas resultarían contradictorias a los fines de la declaración de parte libre y voluntaria…". López Martínez, Adriana. "La declaración de parte como medio de prueba autónomo". En: XXXVII congreso colombiano de derecho procesal. Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2016, p. 484.

[6] Vale la pena traer a colación el artículo 394 del Código de Procedimiento Penal, el cual reza: "Acusado y coacusado como testigo. Si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en este código".

[7] En igual sentido: Álvarez Gómez, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen III, medios probatorios. Op. cit., pp. 16-17. Canosa Suárez, Ulises. "Código General del Proceso. Declaración de parte – documentos". En: XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2014, p. 214.

resulta conveniente restringir dicha posibilidad para la recepción de la declaración de la propia parte, a pesar de que esta deba seguir las reglas del testimonio[8]. Abrir el espacio para dicho propósito implica desconocer el principio de preclusión o eventualidad que opera en materia probatoria (CGP, art. 173), lo que puede conllevar al ejercicio de conductas desleales. En ese orden de ideas, al momento de decretar la prueba, el juez debe ser claro en señalar que durante su práctica la parte no podrá incorporar documentos relacionados con su declaración[9].

4.- Otro escenario que se advierte frente a la posibilidad de ofrecer su propia declaración, nace como consecuencia del ejercicio del derecho de contradicción que le asiste a las partes. En efecto, una vez el juez ha interrogado a la parte, su apoderado podrá formularle preguntas con fines de contradicción (CGP, art. 170), para lo cual debe ceñirse a la temática abordada por la autoridad judicial en su interrogatorio. Al respecto, vale la pena traer a colación lo dicho por nuestra Corte Suprema de Justicia en providencia de 28 de febrero de 2020[10]:

> *"De acuerdo con la arquitectura del artículo 372 ejúsdem, si la declaración de parte, en primer orden, la realiza oficiosamente el juez, su contradicción debe sujetarse a lo normado en el mandato 170 in fine y, de acuerdo con el principio de concentración".*

La Corte precisa entonces que, en virtud del derecho de contradicción que tienen las partes frente a las pruebas de oficio, estas cuentan con la posibilidad de interrogar, no solo a la contraparte, sino también a la misma parte por intermedio de su apoderado, reitero, con fines de contradicción. Similar situación debe sostenerse frente al derecho de controvertir la prueba obtenida en virtud del interrogatorio realizado por la contraparte. Así se desprende de lo dicho por la Corte en la sentencia citada, la cual señala:

> *"Por consiguiente, el interrogatorio oficioso de la audiencia inicial previsto por Ley, por virtud del derecho de las partes a contrainterrogar o a formular interrogatorio a las partes, puede surtirse junto con el de las partes, sin tropiezo en esa diligencia…".*

[8] En el mismo sentido, López Martínez, Adriana. "La declaración de parte como medio de prueba autónomo". Op. cit., p. 485.

[9] No obstante, en el evento en que el juez encuentre válidas las razones que invoca la parte para allegar X o Y documento en dicha diligencia, cuenta con la potestad oficiosa de incorporar dicha prueba, para lo cual debe garantizar el derecho de contradicción (CGP, art. 170).

[10] Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, sentencia STC 2156-2020 de 28 de febrero. MP. Luis Armando Tolosa Villabona.

De acuerdo con lo dicho por esta Corporación, en la audiencia inicial no solo se practicarán los interrogatorios a cargo de la autoridad judicial, sino que también le corresponderá a las partes llevar a cabo los interrogatorios que oportunamente fueron solicitados, todo ello sin perjuicio del derecho de contradicción que les asiste, no solo frente a la prueba de oficio, sino también frente a los interrogatorios realizados por iniciativa de la contraparte.

4. DECLARACIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL DE ENTIDAD DE DERECHO PÚBLICO

Los artículos 195 del Código General del Proceso y 217 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), disponen que "*No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas*". Del contenido de dichos preceptos algunos han concluido que no es posible citar al representante de entidad pública a fin de absolver interrogatorio, máxime si tales normas señalan, además, que "(…) *podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, determinados en la solicitud".* A continuación expondré mi posición frente a dicho escenario, afirmando desde ya que el representante de una entidad de derecho público, si así lo requiere el juez, debe absolver interrogatorio de parte.

4.1 ¿puede ser interrogada la parte pública a través de su representante legal?

Debe recordarse que del interrogatorio que se practica a las partes pueden surgir dos medios, a saber: i). la declaración de parte y, ii). la confesión. Como ya se dijo en líneas anteriores, el dicho o la versión que proviene de la parte debe ser valorada por el juez, así de ella no se desprenda una confesión. La restricción que consagran los artículos 195 del CGP y 217 del CPACA se centra en la imposibilidad de admitir la confesión que provenga del representante legal de las entidades de derecho público. Sin embargo, nada dice respecto de la validez de la declaración de la parte cuando de ella no se deriva confesión alguna.

Así las cosas, debe admitirse la posibilidad de interrogar a los representantes de entidades de derecho público siempre que ella tenga como propósito obtener la versión o el dicho de la parte respecto de los hechos que son materia de prueba, pero sin que de ella se pueda desprender confesión alguna, caso en el cual no podrá ser admitida por el juez. Así lo reconoce la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación civil, corporación que en sentencia STC13366-2021[11] señaló:

> *"Tratándose del deber de las partes de rendir interrogatorio no existe una norma que exima a tales entidades de cumplirlo, y lo cierto es que no hay razones para ello, si en cuenta se tiene que su versión sobre los hechos objeto de litigio es relevante para el proceso civil, al igual que el de los otros intervinientes.*
>
> *"Así que, cuando el juez cita a un ente administrativo para que rinda interrogatorio sobre las circunstancias que originaron el conflicto, debe comparecer a la respectiva audiencia por conducto de su representante legal. La ley se lo exige por el hecho de ser parte, y no existe una pauta que lo libere de esa responsabilidad".*

Ahora bien, existe también la posibilidad de recibir la declaración de la entidad de derecho público en cabeza de su representante, a través de la realización de un informe escrito bajo juramento, para lo cual, la contraparte contará con la posibilidad de formular el respectivo cuestionario, descartando desde luego, las preguntas asertivas. Sin embargo, reitero, este escenario no excluye la posibilidad de citar al representante para que absuelva interrogatorio, caso en el cual se valorará el dicho de la parte, pero si de él se desprende una confesión, ésta no podrá ser apreciada como tal.

4.2 La presunción de certeza frente ciertas conductas procesales del representante de la entidad de derecho público

Dada la importancia que el estatuto procesal le otorga al dicho proveniente de las partes, bien sea que se valore como una simple declaración de parte, ora como una confesión, el artículo 205 dispone que en caso de inasistencia del citado a la audiencia respectiva, así como la renuencia a responder y las respuestas evasivas, generan presunción de certeza respecto de los hechos susceptibles de confesión sobre los cuales versan las preguntas asertivas

[11] M.P. Octavio Tejeiro Duque.

contenidas en el cuestionario escrito, en caso de haberse presentado o, en su defecto, frente a los hechos contenidos en la demanda o aquellos en que se fundan las excepciones de mérito, según el caso.

Si al juez le queda vedada la posibilidad de valorar la confesión que se desprenda de la declaración rendida por el representante legal de una entidad de derecho público, la presunción de certeza generada a causa de la inasistencia del citado, su negativa a responder o la evasión en sus respuestas, tampoco puede aplicarse. La conducta procesal del representante legal de una entidad pública que se encuentre en una de estas tres situaciones deberá valorarse como un indicio grave en contra, tal como lo dispone el último del artículo 205 del CGP, según el cual "*Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada*". En el mismo sentido, el artículo 241 del estatuto procesal señala que "*El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes*".

Otra pareciera ser la postura de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, al señalar en la sentencia STC13366-2021, antes citada, que *"(…), si una entidad pública funge como parte en un litigio en el que debe celebrarse la audiencia consagrada en el artículo 372 del Código General del Proceso, debe asistir a ella, y si no lo hace ni justifica su inasistencia quedará sometido a las consecuencias previstas frente a la falta de comparecencia*". De acuerdo con el aparte transcrito, parece que la Corte admite que la ausencia de la parte pública a la audiencia a la que fue citada, su renuencia a responder o sus respuestas evasivas, hacen que opere la presunción de certeza, con lo que la contraparte se releva de probar los hechos sobre los que recae tal presunción. Si el propósito de la restricción probatoria descrita en los artículos 195 del CGP y 217 del CPACA, es proteger el interés general y el patrimonio público, no tiene mucho sentido presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funda la demanda o las excepciones formuladas por la parte pública, según corresponda. Cosa distinta es la consecuencia económica que debe imponerse a la parte que no comparezca a la audiencia sin la debida justificación (CGP, art. 372.4), la cual debe hacerse extensiva al organismo público.

4.3 El informe rendido por la entidad de derecho público a través de su representante

Como se dijo, las entidades de derecho público no están exentas de absolver interrogatorio de parte a través de su respectivo representante legal. No obstante, el juez cuenta con la posibilidad de que, en lugar de escuchar el

relato de la parte en virtud del interrogatorio que se le practique, la declaración pueda ser recibida mediante un informe escrito. Al respecto, en providencia de 25 de enero de 2017, el Consejo de Estado sostuvo:

> "*Como se expuso, debe esta unidad judicial separarse de la interpretación efectuada por el Tribunal, toda vez que considera que la normativa procesal actual permite expresamente la declaración por parte de los representantes de una entidad pública, solo que por tratarse de un sujeto con una condición especial, esta deba rendirse a través de un informe*". Sección Tercera, Subsección B. Auto de 25 de enero de 2017. CP. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 17001233300020130055801 (A.G.)

Si bien el Consejo de Estado deja claro que el legislador permite la declaración de parte de la entidad de derecho público, la cual se obtiene a través de su representante legal, parece indicar que este medio de prueba solo se puede obtener mediante la rendición de informe escrito, descartando así la posibilidad de realizar interrogatorio en audiencia. No puedo compartir esta interpretación por las siguientes razones:

i) Los artículos 195 del CGP y 217 del CPACA sólo restringen la posibilidad de otorgar valor probatorio a la confesión realizada por los representantes legales de las entidades de derecho público;

ii) Como ya se dijo, del interrogatorio de parte se pueden generar dos medios de prueba: i). la confesión y; ii). la declaración de parte. La restricción normativa se enfoca en la confesión, dejando incólume la declaración de parte.

iii) Los artículos señalados permiten, más no obligan, la presentación de informe escrito por parte del representante de la entidad de derecho público. No se trata entonces de un imperativo normativo que descarte la posibilidad de provocar la declaración de la parte mediante interrogatorio realizado en audiencia.

Un aspecto que no regulan las disposiciones citadas se refiere a la manera como debe controvertirse la declaración rendida por el representante de organismos públicos a través de informe escrito. Cabe señalar que dentro de las garantías procesales consagradas en el artículo 29 de la Constitución Política se encuentra el derecho de contradicción de la prueba, lo que demanda del juez una actividad proclive a garantizar dicho derecho.

Debido a que ni el artículo 195 del CGP, ni el 217 del CPACA señalan la manera como debe controvertirse el informe rendido por la entidad pública

a través de su representante, en atención a lo dispuesto en el artículo 165 del estatuto procesal[12], es necesario remitirse a las normas que regulan la prueba por informe (CGP, arts. 275 y ss.), dado que resulta el medio de prueba más semejante. Así las cosas, una vez presentado el informe en la oportunidad señalada por el juez, se pondrá en conocimiento de los demás sujetos procesales por el término de tres días (CGP, art. 277), a fin de que puedan solicitar aclaraciones, complementaciones o ajustes. Vencido dicho término, el juez le concederá a la parte pública a cargo de la rendición del informe, la mitad del término inicial para que aclare, complemente o realice los ajustes requeridos (CGP, art. 276-3), agotando así la contradicción de la prueba. Podrá notarse entonces que la contradicción de la declaración de parte de la entidad pública obtenida mediante informe escrito será también escrita.

Ahora bien, ¿qué sucede en el evento en que en el informe rendido por el representante legal de la entidad de derecho público se reconozcan hechos que favorezcan a la contraparte? ¿valdrá la confesión? Si bien no se encuentra mayor explicación desde el punto de vista teórico[13], lo cierto es que la norma es clara en imponer una restricción de orden probatorio, consistente en que *"no valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas"*[14].

[12] Señala este artículo que "El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales".

[13] Al respecto, Álvarez Gómez sostiene: "Esa declaración, como quedó visto, puede pedirse por la propia parte o por la contraria, sólo que no servirá en lo que perjudique a la entidad pública, prerrogativa esta que desde el punto de vista teórico es inadmisible, pero en la práctica necesaria, por lo menos en estas latitudes". Álvarez Gómez, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen III, medios probatorios. Ob, cit. p. 17.

[14] En sentido contrario Rojas Gómez sostiene lo siguiente: "En definitiva, no es razonable privar de valor a la confesión del representante de la entidad de derecho público, lo que obliga a pensar que el verdadero sentido de la expresión legal consiste en evitar que se le catalogue como confesión, atenuar su mérito probatorio e impedir que se erija en título ejecutivo…". Rojas Gómez, Miguel Enrique. Lecciones de Derecho Procesal. Tomo 3. Pruebas Civiles. Bogotá, Esaju, 2° edición, 2018, p. 392.

5. EL TESTIMONIO DE TERCERO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. ALGUNAS PAUTAS FRENTE A LA PETICIÓN Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Dados los avances científicos, técnicos y tecnológicos que día a día se presentan en nuestra sociedad, y la especialización del conocimiento, una buena parte de los asuntos que se someten a la jurisdicción ordinaria centran el debate probatorio en la prueba pericial. Ello sin dejar de lado la prueba documental, muy útil para dirimir conflictos de orden contractual. No obstante, la prueba testimonial sigue conservando plena vigencia, particularmente en controversias de familia o laborales, pues la narración que realiza el testigo le permite al juez acercarse al conocimiento de los hechos que se debaten en el proceso.

Si bien cualquier persona puede ser testigo en un asunto de orden judicial, el proceso civil actual demanda unas condiciones especiales para la debida selección de quienes suministrarán su relato. Es así que la parte interesada en la práctica de la prueba testimonial debe precisar cuál es la pertinencia y la utilidad del medio de prueba (CGP, art. 212), sin dejar de lado, desde luego, el análisis de conducencia de la prueba (CGP, art 168). No puede perderse de vista que el debate probatorio debe centrarse en las pruebas que permitan verificar los hechos alegados por las partes. Este requisito resulta importante no solo para que el juez verifique la utilidad y pertinencia del testimonio, de cara a su decreto, sino también para que la contraparte pueda preparar de forma adecuada el contra examen o contrainterrogatorio que le formulará al testigo. Ello impedirá o minimizará el riesgo de que el peticionario de la prueba sorprenda a su contraparte y al juez con preguntas sobre hechos que desbordan la solicitud de la prueba.

Lo anterior debe llevarnos a repensar la manera como se seleccionan las personas que suministrarán su relato ante el juez en calidad de testigos. Al momento de elaborar su teoría del caso el abogado debe ser muy cuidadoso en la escogencia de los testigos, de ahí que previo a la solicitud probatoria, deba examinar cuál es el conocimiento que tiene el testigo, de manera que le permita concluir si definitivamente será útil para acreditar los hechos que soportan su postura. Desatender este análisis conlleva el riesgo de que el relato del testigo sea tan vago o general que desvíe la atención del juez en detalles poco útiles o irrelevantes, lo que conduce a restarle fuerza probatoria al testimonio.

De igual manera, al momento de practicar la prueba, el interrogatorio debe orientarse correctamente de manera que le permita acercar al juez al conocimiento de los hechos objeto de debate. De ahí que la exposición general con la que suele iniciar el relato del testigo deba ser encaminada y direccionada hacia la explicación de los detalles más relevantes y sobre los cuales se centra la petición de la prueba. Ya será tarea de la contraparte, a través del respectivo contrainterrogatorio, desacreditar el dicho del testigo.

Otro aspecto que también resulta relevante al momento de escoger los testigos cuyo relato suministrarán al proceso, es tener presente que un buen testigo es aquel que puede aportar información de calidad y tiene la capacidad de informar en su relato, de forma clara y precisa, detalles que resultan relevantes para el esclarecimiento de los hechos que resultan tema de prueba.

Si bien el testigo no participa en el hecho o interviene en él, sí debió conocerlo porque estuvo presente durante su ocurrencia, escuchó lo ocurrido o percibió el suceso por alguno de sus sentidos, lo que permite señalar que tuvo noticia del acontecimiento[15]; de ahí que en la práctica de la prueba el juez deba indagar acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que cuenta el declarante, así como la manera como llegaron a su conocimiento, lo que constituye la razón de la ciencia del dicho del testigo (qué conoce, por qué le consta, qué sucedió, cuándo sucedió, cómo llegó a su conocimiento ese hecho, etc.). Lo anterior no descarta la admisibilidad del relato del testigo de oídas, el cual, en todo caso, debe ser sometido a la valoración conjunta de los distintos medios de prueba[16].

[15] Álvarez Gómez, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen III. Medios Probatorios. Op. cit., pp. 95-96.

[16] Con el ánimo de evitar que los hechos que relata el testigo de oídas lleguen alterados, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente: "(…) Precisamente para evitar que los hechos lleguen alterados al conocimiento del juez, como resultado de la transmisión que ha de ocurrir acerca de la versión de su acaecimiento cuando el conocimiento sobre los mismos se obtiene a través de testimonios indirectos o de referencia, el juzgador ha de ser particularmente cuidadoso en verificar, entre otros aspectos de importancia, i). las calidades y condiciones del testigo de oídas; ii). las circunstancias en las cuales el propio testigo de oídas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; iii). la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniere de fuentes anónimas o indeterminadas; iv). la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado que aquel que corresponda al grado sucesivo por ser el resultado de haber escuchado a otro relatar unos hechos de los cuales dicho tercero tuvo conocimiento por el relato que, a su turno, recibió de otra persona y así sucesivamente". Consejo de Estado, Sala

El peticionario de la prueba debe procurar que la declaración del testigo sea responsiva, exacta y completa, elementos estos que resultan fundamentales para la valoración que le corresponde hacer al juez[17] junto con los demás medios de prueba[18] y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Si el legislador le exige al peticionario de la prueba indicar cuál es su propósito, de manera que la contraparte y el juez sepan sobre qué va a versar el cuestionario que se le formulará al testigo, es conveniente que quien inicie el interrogatorio sea el solicitante de la prueba; al fin y al cabo es él quien tiene la tarea de lograr que la versión que brinde el testigo apunte a acreditar los hechos sobre los cuales se centró la solicitud de prueba. El juez solo debería interrogar si advierte contradicciones en el dicho del testigo o tiene dudas respecto de alguno de los temas abordados por el declarante. No debemos olvidar que, pese a que el juez tiene la tarea de esclarecer los hechos de la controversia puesta en su conocimiento, son las partes quienes tienen la carga de acreditar los hechos que soportan su teoría del caso. La actividad

de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de octubre 7 de 2009.

17 Al respecto, en sentencia de 22 de julio de 1975, citada en sentencia de 7 de septiembre de 1993, exp. 3475. MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló: "(…) forzoso es concluir que los juzgadores de instancia siempre deben tomar en consideración ciertas pautas de discreta prudencia que en el ámbito del que se viene hablando, inducen a examinar con cuidado las calidades morales de los deponentes, su ciencia, la credibilidad que merezcan luego de conocida ésta y el apoyo que al testimonio puedan prestarle otros elementos demostrativos contestes, motivo por el cual se tiene que es principio aceptado y muchas veces reiterado por la doctrina jurisprudencial el que enseña que la fuerza demostrativa de la prueba en cuestión "... se aquilata en función de ser las declaraciones de los testigos responsivas, exactas y completas..." (G.J. T. CXI, p. 54), siendo entendido que se da la primera de tales condiciones cuando cada contestación es relatada por su autor de manera espontánea suministrando la razón de la ciencia de lo dicho, la segunda cuando la respuesta es cabal y por lo tanto no deja lugar a incertidumbre y, en fin, la tercera se cumple "... cuando la deposición no omite circunstancias que puedan ser influyentes en la apreciación de la prueba…".

18 Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señala: "con tal procedimiento resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas todas como un compuesto integrado por elementos disímiles". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de junio de 1982, MP. Humberto Murcia Ballén. Citado por Canosa Suárez, Ulises. "La motivación de la prueba". En: Nuevas tendencias del derecho probatorio. Cruz Tejada, Horacio. (coord.), Bogotá, Universidad de los Andes, 2ª edición, 2015, p. 93

oficiosa del juez en materia probatoria no puede abrir el camino para relevar a las partes de sus cargas y deberes en materia probatoria.

Así las cosas, las preguntas que realiza el interrogador deben conducir a que el testigo ofrezca un relato claro, coherente, detallado y suficiente sobre los hechos que se pretende acreditar, de forma tal que le permita al juez llegar a un grado de convencimiento sobre la controversia sometida a su conocimiento[19].

6. EL TESTIMONIO PRACTICADO SIN INTERVENCIÓN DE AUTORIDAD JUDICIAL

Desde la expedición del decreto 2651 de 1991 se abrió la posibilidad para que las partes, de común acuerdo, practicaran pruebas que a la postre fueran allegadas al proceso. Pese a que dicha facultad fue incorporada como legislación permanente a través de la Ley 446 de 1998, la práctica judicial enseñó que no era frecuente encontrar escenarios en los que las partes hicieran uso de tales facultades. Quizás ello obedeciera a la equivocada percepción según la cual las únicas pruebas válidas son aquellas que se practican en presencia de la autoridad judicial.

Dado el desarrollo de mayores cargas y deberes que en materia probatoria trajo el Código General del Proceso, día a día los ciudadanos acuden cada vez más a la práctica de pruebas de forma directa, sin necesidad de intervención de un juez[20]. Un claro ejemplo de ello es la prueba testimonial, la cual puede ser practicada por ambas partes, caso en el cual al momento de incorporarla al proceso ya se encuentra agotado el derecho de contradicción.

De igual manera es posible que el testimonio sea practicado por iniciativa de una de las partes, sin presencia de su adversario, lo que conlleva a que deba someterse al filtro de la contradicción a través de la denominada ratificación (CGP, art. 222). Sin embargo, si no existe petición de ratificación por la parte contra quien se aduce, el testimonio se valorará conforme las reglas de la sana crítica.

19 Cruz Tejada, Horacio. "Inmediación, debido proceso y práctica probatoria en ambientes virtuales". En: XLI Congreso colombiano de derecho procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre. 2020, pp. 1185-1186.

20 Cruz Tejada, Horacio. "Las pruebas extraprocesales en el Código General del Proceso y su obtención de forma directa por las partes". En: XL Congreso colombiano de derecho procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2019, pp. 629-651.

Especial mención merece el contenido del artículo 262 del estatuto procesal, cuyo antecedente también se remonta al decreto 2651 de 1991 (artículo 22), el cual asimila los documentos declarativos emanados de terceros al testimonio extraprocesal recibido sin la intervención de la parte contra quien se pretende hacer valer. Al respecto, señala esta norma:

> *"Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación".*

De acuerdo con esta disposición, la manera de controvertir los documentos de contenido declarativo provenientes de terceros es a través de la ratificación, tal como se prevé para los testimonios extraprocesales. Es así que, si no se discute su contenido ni su origen, el documento será valorado por el juez conforme las reglas de la sana crítica; de mediar solicitud de ratificación, el tercero deberá rendir el respectivo testimonio, sin que le sea permitido leer el documento contentivo de la declaración (CGP, art. 222).

7. CONCLUSIONES

i. Los abogados y jueces debemos ser conscientes de que al proceso solo debe ingresar información de calidad, esto es, pruebas que sean absolutamente pertinentes, conducentes y útiles. No es de recibo desperdiciar tiempo valioso en el estudio de pruebas que nada aportan al esclarecimiento de los hechos relevantes para el proceso.

ii. Tanto la declaración de la parte como la confesión son dos medios de prueba que se pueden obtener de forma espontánea o provocada. Espontáneamente se pueden desprender de ciertos actos procesales realizados, por lo general a través del apoderado judicial, tales como, la demanda, la contestación y las respectivas réplicas, así como en la audiencia inicial del proceso verbal y la audiencia única del proceso verbal sumario. Entretanto, de forma provocada se pueden obtener a través del interrogatorio de parte.

iii. Reconocerle fuerza probatoria a la declaración de la parte a pesar de que de ella no se desprenda una confesión tiene una connotación muy importante dentro del proceso, pues le permite al juez detener su atención en la información que suministra la parte, la cual muchas veces resulta relevante de cara a brindar una explicación, narración o aclaración de los hechos materia de investigación.

iv. Si la declaración de la parte tiene, per se, valor probatorio, y este además puede ser obtenido de manera espontánea o provocada, no existe razón alguna para impedir a la parte ofrecer su propia declaración, cuyo objetivo estará centrado, seguramente, en aclarar, precisar o explicar aspectos concernientes a los hechos sobre los que se soporta su teoría del caso, sin que, desde luego, le sea permitido ampliar o incluir hechos no contenidos en los actos de postulación.

v. Debido a que el estatuto procesal no señaló de manera expresa las reglas de juego que se deben asumir para la recepción de la declaración de la parte cuando esta deviene de su iniciativa, deben acogerse las normas que regulan el medio de prueba más similar, esto es, el testimonio de terceros. Así lo sugiere el artículo 165 del Código General del Proceso.

vi. En virtud del derecho de contradicción que tienen las partes frente a las pruebas de oficio, estas cuentan con la posibilidad de interrogar, no solo a la contraparte, sino también a la misma parte por intermedio de su apoderado. Similar situación debe sostenerse frente al derecho de controvertir la prueba obtenida en virtud del interrogatorio realizado por la contraparte.

vii. Debe admitirse la posibilidad de interrogar a los representantes de entidades de derecho público siempre que ella tenga como propósito obtener la versión o el dicho de la parte respecto de los hechos que son materia de prueba, pero sin que de ella se pueda desprender confesión alguna, caso en el cual no podrá ser admitida por el juez.

viii. Debido a que ni el artículo 195 del CGP, ni el 217 del CPACA señalan la manera como debe controvertirse el informe rendido por la entidad pública a través de su representante, en atención a lo dispuesto en el artículo 165 del estatuto procesal, es necesario remitirse a las normas que regulan la prueba por informe (CGP, arts. 275 y ss.), dado que resulta el medio de prueba más semejante.

ix. Que la parte interesada en la práctica de la prueba testimonial precise la pertinencia y la utilidad del medio de prueba le permite al juez contar con las suficientes herramientas para su decreto y a las contraparte, preparar de forma adecuada el contra examen o contrainterrogatorio que le formulará al testigo.

x. La manera de controvertir los documentos de contenido declarativo provenientes de terceros es a través de la ratificación, tal como se prevé para los testimonios extraprocesales. Si no se discute su contenido ni su origen, el documento será valorado por el juez conforme las reglas de la

sana crítica; de mediar solicitud de ratificación, el tercero deberá rendir el respectivo testimonio, sin que le sea permitido leer el documento contentivo de la declaración.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Gómez, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen III, medios probatorios*. Bogotá, editorial Temis, 2017.

Cruz Tejada, Horacio. "Las pruebas extraprocesales en el Código General del Proceso y su obtención de forma directa por las partes". En: *XL Congreso colombiano de derecho procesal*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2019.

Cruz Tejada, Horacio. "Inmediación, debido proceso y práctica probatoria en ambientes virtuales". En: *XLI Congreso colombiano de derecho procesal*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre. 2020.

Canosa Suárez, Ulises. "Código General del Proceso. Declaración de parte – documentos". En: *XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal.* Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2014.

Canosa Suárez, Ulises. "La motivación de la prueba". En: *Nuevas tendencias del derecho probatorio*. Cruz Tejada, Horacio. (coord.), Bogotá, Universidad de los Andes, 2ª edición, 2015.

López Martínez, Adriana. "La declaración de parte como medio de prueba autónomo". En: *XXXVII congreso colombiano de derecho procesal*. Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2016.

Rojas Gómez, Miguel Enrique. *Código General del Proceso comentado*. Bogotá, Esajú, 4ª edición, 2019.

LA INSPECCIÓN JUDICIAL Y LA PRUEBA POR INFORMES

*Rodolfo Pérez Vásquez**

INTRODUCCIÓN

Partiendo de la base que el proceso judicial es el medio o método del cual se vale el Estado, a través del órgano jurisdiccional, para declarar el derecho ante la controversia o necesidad jurídica, de quien o quienes haciendo uso del derecho fundamental de acción pretenden la protección o reivindicación de un derecho o interés jurídico, que estima(n) les está siendo desconocido u vulnerado. Es válido entonces pensar que al acceder a la justicia y presentar su reclamación, al juez se le informa sobre la situación concreta, para su comprensión, estudio y posterior decisión.

Esa realidad jurídica que requiere de la potestad jurisdiccional se manifiesta mediante la información de los hechos que comprende el planteamiento del problema o la necesidad jurídica a definir. Ese componente fáctico, con la relevancia requerida debe contar con los elementos de convicción para su corroboración, para que cumpla con la finalidad de persuadir al fallador, a efecto de que declare el derecho acorde a lo pedido.

La causa sometida a la función jurisdiccional se desarrolla mediante un procedimiento reglado, con el cumplimiento de un mínimo de garantías que aseguren un proceso debido, que sirve además para concretar la actividad

* Abogado Especialista en Derecho Procesal Civil. Especialista en Proyectos educativos, Magister en derecho Procesal, Doctor en derecho Procesal Contemporáneo, Doctor en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro del Instituto Internacional de Derecho Procesal, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, presidente del Capitulo Atlántico del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, profesor universitario en pregrado y posgrado.

jurisdiccional. Como factor determinante en el proceso judicial surge de manera imperiosa la necesidad de la prueba, para esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos, en particular cualquier situación detallada en que sea necesaria su comprobación.

De ahí, que la doctrina del proceso judicial, dentro del derecho procesal que lo desarrolla, se comprende un régimen probatorio, que para el caso colombiano se ubica en el Libro Segundo, sección Tercera, en los artículos 164 a 277 del Código General del Proceso.

Los medios de pruebas que se abordan en este trabajo se limitan a los procesos que se regulan en el Código General del proceso, lo que no impide que se pueda hacer referencias a otras disciplinas jurídicas. Estos medios son: La inspección judicial y la prueba por informes, que, por sus particularidades, las finalidades que cumplen y las formas como se practican y se controvierten se constituyen como necesarias y fundamentales en la consolidación de la doctrina del proceso judicial, en especial para asegurar el estándar de objetividad que debe revestir la sentencia.

En este orden se abordarán, considerando algunos aspectos teóricos que se articulan con referentes jurisprudenciales y doctrina extranjera, a efecto de lograr su mayor comprensión que beneficie la inteligencia para su mejor disposición en la práctica judicial.

1. LA INSPECCIÓN JUDICIAL COMO MEDIO DE PRUEBA

El vocablo "inspección" proviene del latín "inspectio", que significa investigar, examinar, revisar, constatar o reconocer. Cuando esta actividad la realiza un juez, adquiere la denominación de ser inspección judicial, a efecto de diferenciarla de la que en forma general se denomina inspección ocular, que puede ser realizada por cualquier otra autoridad distinta al juez, lo que no excluye que esta denominación también sea del resorte de los jueces.

En nuestro régimen probatorio se regula como un medio de prueba, tal como se señala en el artículo 165 del Código General de Proceso. Podrá pedirse como prueba extraprocesal (Art. 189) o como prueba procesal (Art. 236 a 239). Cuando la Inspección Judicial se solicita como prueba extraprocesal su práctica debe recaer entre otras sobre personas, lugares, cosas o documentos, que hayan de ser materia de un proceso.

El interesado debe establecer con suficiente precisión y claridad el objeto sobre el cual debe recaer la práctica de la inspección judicial, el cual debe estar

estrechamente relacionado con los hechos relevantes del proceso, además que se cumpla con las reglas que la prueba debe ser conducente, pertinente y útil. Si bien es cierto que la Libertad probatoria faculta a las partes para hacer uso de cualquiera de los medios de pruebas, es igual de cierto, que esta libertad encuentra sus límites en las reglas que ritúan las pruebas. Esto significa que quién pretende aducir o valerse de cualquier medio de prueba, no debe considerar que su libertad es absoluta, por lo que debe acatar las restricciones de ley, independientemente de cual sea el medio de prueba, en los que se incluye por supuesto el que se está desarrollando. Al respecto el Consejo de Estado Sección Quinta, en auto de fecha 19 de octubre de 2020, con radicado No. 11-001-03-28-000-2020-00049-00, CP Rocío Arango Oñate, señaló que el medio de convicción debe respetar el debido proceso, así como garantizar que estos son conducentes, pertinentes y útiles.

Ahora, partiendo de la base que la solicitud fue hecha dentro de la oportunidad legal y pretendiéndose aplicar estas restricciones para la procedencia de la práctica de la prueba, se debe revisar que recaiga sobre hechos relevantes, que el medio de convicción sea conducente, es decir, que sea el adecuado para demostrar el hecho, ya que si el hecho se acredita con otro medio de convicción, el juez no debe decretar la prueba de Inspección, que sea pertinente, es decir, que el hecho a demostrar tenga relación con los demás hechos que interesan al proceso y que cumpla con la utilidad, bajo el entendido que el hecho que se pretende demostrar, no debe estar demostrado con otro medio de convicción.

2. PROCEDENCIA Y NEGACIÓN DE LA PRUEBA DE INSPECCIÓN JUDICIAL

Cuando para la verificación o el esclarecimiento de los hechos materia del proceso sea necesario la práctica de una Inspección judicial, la ley prevé que esta puede ser solicitada a instancia de parte interesada o de oficio (Art. 236 C.G.P.) En esta misma disposición se contempla un carácter excepcional de la inspección, en el sentido que el juez solo podrá ordenarla cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba. De ahí, la relevancia que tiene la parte interesada en la práctica de una inspección judicial, en precisar o concretar cuáles son los hechos, que busca demostrar con este medio de convicción, porque si estos pueden acreditarse con otro medio de convicción, estos prevalecen ante aquella.

Si bien la norma no lo dice y previendo que la inspección judicial no sea negada, es recomendable que se le indique al juez, las razones o motivos que sustentan la imposibilidad de verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial. Inclusive con el dictamen pericial, no habría mucha preocupación por cuanto que la norma dispone que el juez le otorgue a la parte interesada un término para presentarlo.

Así mismo el interesado debe verificar que pruebas existen en el proceso, a efecto de constatar si con estas se acreditan los hechos que pretendía demostrar con la inspección judicial, de estimar que, si están dadas, no obstante, la solicita, el juez podrá negarla con fundamento en el artículo 236 inciso cuarto del C.G.P.

3. LIMITE DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ CIVIL EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS MEDIANTE LA INSPECCIÓN JUDICIAL

Hacemos referencia a las limitaciones de la competencia que tienen los jueces civiles en la corroboración de los hechos, a través de este medio de convicción, por la sencilla razón, de constituir uno de los temas de este trabajo, pero, lo que se va a indicar aplica por igual a cualquier otro medio de prueba.

Si bien constituye una verdad que los jueces dirigen el proceso, en función de ello, no solo deben asegurar el debido proceso y las garantías constitucionales mínimas exigidas a las partes e intervinientes, sino que además en su rol de juzgador y de ser imparcial, también debe acatarla. Por ello, en materia probatoria el estudio del problema de los límites de la investigación judicial ha cobrado importancia en la práctica judicial. En los sistemas donde se le permite al juez decretar pruebas de oficio, no implica que se desconozca los límites de su competencia en la actividad de investigación. Dicho de otra forma, el deber de decretar pruebas de oficio, no legitima a los jueces para rebasar los límites de su competencia, en su tarea de averiguación de los hechos.

> Vishinski, sostiene *"El tribunal debe tener un concepto exacto y claro del objeto de su actuación, saber en qué estriba concretamente y cuales son los límites de su competencia. En caso contrario, la actividad del tribunal estará amenazada de tal imprecisión, inconcreción y vaguedad, que pueden reducir a la nada, la importancia del proceso, privándolo de todo valor práctico.*

> *"Al examinar el tribunal cualquier, no puede ocuparse de resolver los distintos problemas ligados con él de una u otra forma. Cuando se ve un litigio civil (por demanda de bienes, de alimentos, etc.) o un asunto criminal (hurto, asesinato, fraude), el tribunal no puede rebasar los límites del objeto de la demanda o denuncia, y de los intereses que se hallan ligados a este objeto, denuncia o demanda. Si el tribunal se aparta de su tarea, corre el peligro de convertirse en un laboratorio de investigación, en un club de discusiones, en un círculo de arte oratorio, etc., para dejar de ser tribunal "[...]*[1]

De hecho, se nota con alguna frecuencia, que jueces cumpliendo con el deber de decretar pruebas de oficio, no tienen claro los criterios que fundamentan ese deber, los cuales deben recaer en primer lugar en el problemas o problemas planteados por las partes, conforme a los hechos que los describen, debido a que son estos sujetos los que trazan las líneas sobre la cual debe verter la competencia del juez. La forma de sobrepasar los limites de su competencia, puede tener distintas manifestaciones, como: cuando se ocupa de problemas jurídicos que no han sido planteados por las partes, estos casos se pueden detectar con mayor facilidad, que aquellos en que, si bien las partes plantean el problema jurídico, presentan una deficiente actividad probatoria, que pasa a ser suplida por el juez, al cumplir el deber de decretar pruebas de oficio. Este deber no otorga competencias ilimitadas para la averiguación de los hechos, solo en la medida en que la actividad probatoria de las partes le ha dejado al juez, duda acerca de algunos hechos, puede buscar su esclarecimiento acudiendo a esta figura, pero no en cualquier circunstancia.

Las partes al conocer los hechos con trascendencia jurídica en el proceso, infieren que medios de pruebas requieren para su corroboración, quienes de acuerdo al proceso pueden inferir sobre la necesidad de solicitar la práctica de la inspección judicial, prueba fundamental e idónea para lograr la convicción del juez sobre la existencia y veracidad del hecho, sin embargo, no la solicitan, en efecto el juez la decreta de oficio, sin que previamente valore si se encuentra en la situación legal de ordenarla oficiosamente, o si puede estar incurso en una extralimitación de su competencia en la averiguación de los hechos.

No se desconoce que existen casos en que la regla establece el decreto imperativo de la inspección judicial, como ocurre en los procesos de pertenencia, servidumbre o deslinde y amojonamiento, no tiene discusión alguna que, en procesos como estos, si las partes no solicitan la prueba de inspección,

[1] A. Vishinski, La teoría de la Prueba, Ediciones Pueblos Unidos S.A., p. 116.

es categórico para el juez ordenar su práctica. Pero, en aquellas causas en que no exista esa imperatividad, el juez ante la omisión de las partes en pedir la prueba, cuando tienen la carga de hacerlo, debe analizar cada situación concreta y valorar si se dan los criterios de objetividad para proceder de oficio.

Es probable que la elasticidad sea producto de la interpretación del artículo 169 C.G.P. en el enunciado que dice "las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. […] (lo subrayado fuera del texto). La utilidad debe entenderse como la necesidad de la prueba para verificar los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, pero no para corroborar hechos que las partes no dispusieron en sus alegaciones.

Las partes que pidan que se practique la inspección judicial deben expresar con claridad y precisión los hechos que pretende probar. Esta es una regla que restringe la libertad del juez en la corroboración de los hechos. El legislador dispuso como carga procesal a quién pida esta prueba el delimitar los hechos, en el ejercicio al derecho a la prueba y con base en el principio de libertad probatoria. Pero, también ha de tenerse en cuenta que la otra parte, dispone del principio de contradicción, para que este le sea respetado como garantía del debido proceso, el peticionario debe acatar la regla y no solo expresar con claridad y precisión los hechos que pretende probar con la inspección judicial, si no que además tiene la carga de probarlos.

Entendida así la regla que impone la carga de establecer en la solicitud el objeto que debe cumplir la misma, se concibe entonces que con esta regulación se fijan varias finalidades, como: a) Conocer cuales son los hechos que se pretenden demostrar, b) garantizar la contradicción de la prueba, c) el carácter fundamental de su práctica, que incluso si alguna de las partes impide u obstaculiza su práctica se le impondrá multa de 5 a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y se presumirán cierto los hechos que la otra parta pretendía demostrar con ella, o se apreciará la conducta como indicio grave en contra si la prueba hubiera sido decretada de oficio, d) limita la competencia del juez para la averiguación de los hechos previstos en el objeto de la prueba y d) asegura su eficacia.

Para su perfeccionamiento, se debe tener en cuenta que si en el auto que decreta u ordena la práctica de la inspección judicial se indica el lugar donde se iniciará la diligencia, los interesados pueden trasladarse a ese lugar, de no señalarse debe entenderse que su inicio es en el juzgado, esto mismo ocurre y con mayor razón cuando se señale que su inicio es en el juzgado.

Regularmente el inicio de la diligencia ha sido en el juzgado, pero, el artículo 238 en su numeral 1., al señalar que la diligencia se iniciará en el juzgado o en el lugar ordenado, se infiere esta posibilidad.

4. INSPECCIÓN JUDICIAL Y DICTAMEN PERICIAL

Respecto a la concurrencia del dictamen pericial con la inspección judicial, al menos se han presentado dos posturas respecto a la participación del perito durante la diligencia de inspección judicial. Una de ellas, es que por la naturaleza de los hechos que van a ser objeto de la inspección judicial, es probable que el juez se acompañe de un perito, por petición de parte interesada o por designación oficiosa, en este evento lo fundamental es la inspección judicial, por lo que la participación del perito sería complementaria, para el esclarecimiento de los hechos que requieren de un aporte del conocimiento especializado. Este enfoque pareciera señalar que la inspección judicial tiene un carácter accesorio y no excepcional, es decir, salvo disposición en contrario, la inspección judicial se ordenará cuando sea imposible verificar los hechos por otros medios de pruebas. Desde este punto de vista el dictamen pericial no se considera independiente, hace parte de la inspección judicial.

Para ilustrar esta postura consideremos el siguiente ejemplo, si en un proceso civil de deslinde y amojonamiento, se precisa demostrar que se ha construido en terreno ajeno un muro el juez lo puede constatar con sus propios sentidos, ahora, si además quiere constatar que el muro no se construyó en el terreno del constructor, sino del colindante, se requerirá previo estudio y análisis de los títulos la intervención del perito. Al ordenarse la pericia serviría como un complemento o parte de la diligencia de inspección judicial, careciendo de autonomía. Imaginemos que el juez decreta la inspección judicial y designa un perito, lo fundamental es la actividad que el juez realiza en la diligencia, mientras que el papel que cumple el perito es de auxiliar al juez, para que lleve a cabo su rol de observador directo de los hechos, como en idéntico sentido podría el juez incorporar documentos que se relacionen con los hechos que forman parte del objeto de la inspección judicial. Contrario a la segunda postura en que podría el juez negarse a practicar la diligencia y ordenar la práctica del dictamen pericial en razón a que este medio de prueba posibilita la verificación de esos hechos, concibiéndose como autónomo.

> Esta postura, que compartimos es la que defiende Pedro Cañón Ramírez, al sostener "*La intervención del perito , en forma simultánea*

con la inspección judicial, solo es viable cuando existen hechos que exigen conocimientos o prácticas especiales, tal dictamen constituye prueba separada razón por la cual no fue consagrada por el C.G.P. pero conexa a la inspección judicial, cuyo valor no es el mismo que el del acta, por lo que se rige por las reglas propias del dictamen pericial conforme a las cuales se debe correr traslado y observar todas las formalidades y debates propias de la naturaleza de aquél medio de prueba por ser prueba concurrente pero independiente"[2]

Como criterio diferenciador entre las posturas mencionadas, se resalta en la primera su naturaleza jurídica que presenta la pericia que se práctica de manera simultanea con la inspección judicial, donde en la primera no tiene un carácter autónomo, si no que se considera parte integral de esta, lo cual se reflejaría en el acta que materializa la inspección. En la segunda se conserva su carácter principal, siendo el régimen jurídico aplicable el de este medio de convicción. Mientras que la segunda reconoce el carácter autónomo de la pericia, siguiendo su propio régimen.

5. BREVE RESEÑA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA INSPECCIÓN JUDICAL

Para el Consejo de Estado "La inspección judicial, de oficio o a solicitud de parte, como medio de prueba, consiste en que el juez, de manera personal y directa, podrá realizar el examen de personas, lugares, cosas o documentos, con el fin de verificar o esclarecer los hechos materia del proceso, a fin de formarse un adecuado convencimiento del aspecto que se quiere demostrar.

Así lo prevé el artículo 244 del C. de P.C, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A, norma en donde además se señala que "El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, o que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso".

Se observa que con la prueba de "inspección" solicitada por la parte actora se pretende "constatar las afirmaciones aquí realizadas, respecto a la destinación y ubicación del predio objeto de valorización", es decir, se procura controvertir el monto asignado por concepto de contribución de valorización al predio La Lorena, ubicado en el Municipio de

[2] Cañón Ramírez, Pedro, Teoría y Práctica de la Prueba Judicial, Editorial ABC S.A.S. Bogotá, pp. 578.

Tocancipá, en especial, demostrar que algunos de los factores tenidos en cuenta por la administración, no corresponden con la realidad, tales como, la destinación y el área.

Con lo anterior, además se cumple con lo señalado en el artículo 245 del C. de P.C. que prevé que "quien pida la inspección expresará con claridad y precisión los puntos sobre los cuales ha de versar" la prueba"[3].

Por la fecha en que ocurrieron los hechos la referida sentencia, se fundamenta jurídicamente en normas del C. de P.C. estas mantienen sus vigencias en el Código General del Proceso, así lo que fue previsto en el artículo 244 C.P.C, se contiene en el articulo 236 del C.G.P y lo previsto en el articulo 245 del C.P.C. se contiene en el artículo 237 C.G.P.

Lo fundamental es precisar que, si el dictamen pericial es suficiente para la verificación de los hechos, se deviene innecesaria la práctica de la inspección judicial, no tanto porque el juez se libra de concurrir al lugar de los hechos, si no por el conocimiento especializado que se requiere para el abordaje y comprensión de estos y la confianza que origina el experto, sin ignorar que puede ser objeto de contradicción en las formas previstas en el Código General del Proceso.

La doctrina de esta Corporación desarrolla los lineamientos legales que se consignan en el estatuto General del proceso, para afianzar la teoría que, del carácter excepcional de la inspección judicial, al no ser necesaria cuando existen otros medios que facilitan la probanza de esos hechos.

Para la valoración de esta prueba se debe revisar que se ha cumplido con los requisitos legales y no adolezca de serias falencias que puedan restarle valor probatorio, cosa que no cumplirse lo dicho, el juez deberá abstenerse de tenerla para que no sirva de sustento a la decisión.

En caso resuelto por la Corte Constitucional se detectó la inexistencia de un acta formal de la diligencia, aunque se había presentado un documento éste no estaba suscrito por el magistrado auxiliar comisionado, ni por las personas que participaron en la inspección judicial. Esta situación irregular no hizo posible que determinar las personas que intervinieron, los roles con que actuaron y las conclusiones a las que se pudo arribar. Así mismo en el mencionado documento da cuenta de la intervención de representantes de diversas organiza-

[3] Sentencia del 24 de febrero de 2014, del Consejo de Estado, Sección Cuarta, radicado No. 25000-23-27-000-2012-00046-01(19918), CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

ciones y entidades estatales. Sin embargo, estas personas en su gran mayoría no son identificadas, ni menos fue comprobada la calidad en que actuaban, a través de la exhibición de poderes, actas de posesión, certificados de existencia y representación legal u otros documentos que sirvieran para ese propósito. En ese sentido, no hay manera de verificar si dichos representantes o funcionarios públicos actuaban en ejercicio de sus funciones, sean ellas legales o convencionales.[4]

Para el Tribunal Constitucional si la práctica de la inspección judicial no cumple con los requisitos mínimos y es tenida en cuenta en una decisión, se debe restablecer el procedimiento para asegurar el debido proceso, debiéndose decretar la nulidad de las actuaciones que resulten viciadas por esa mala praxis probatoria.

6. ELEMENTOS QUE DETERMINAN LA IMPORTANCIA DE LA INSPECCIÓN JUDICIAL

La labor del juez en la práctica de las pruebas es fundamental, mas cuando se trata de la inspección judicial, en cuya diligencia tendrá la oportunidad de conocer e inferir con sus propios sentidos, las circunstancias que componen la ocurrencia de los hechos. La participación del juez en la inspección judicial, difiere de la práctica de otros medios de pruebas, como la declaración de testigos o el dictamen pericial, donde con estos las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los acontecimiento, son conocidos por el juez, a través de otras personas, es decir, el juez no llega en forma directa a la fuente, como si lo hace al inspeccionar los lugares, personas o cosas, donde tiene la posibilidad, que a través de ese contacto directo y con la averiguación en la fuente encuentre claridad en la realidad que se investiga.

De suyo, se pueden establecer algunos criterios, que permiten comprender de mejor forma la importancia de este medio de convicción:

A. Es un medio prueba, mediante el cual el juez, a través de sus sentidos tiene una percepción directa sobre los hechos.

B. Constata los hechos mediante la observación, logrando con sus propios sentidos obtener la certeza o no de los hechos alegados por las partes.

C. Mediante la observación directa el juez puede formarse una convicción sobre los hechos objetos de la inspección, con mayor credibilidad de las

[4] Corte Constitucional, auto 268/15 M.P. Mirian Ávila Roldán.

que le pueda proporcionar otro medio de prueba, como la declaración de terceros.

D. El juez experimenta un contacto con los hechos, mediante la observación y reconocimiento, como ocurre cuando inspecciona un lugar que se incineró a causa de una falla en la conducción eléctrica, que produjo el deterioro parcial o total del bien.

7. PRACTICA DE LA INSPECCIÓN

Para la práctica de la inspección judicial se debe acatar las reglas dispuestas en el artículo 238 del C.G.P. so pena que se incurra en alguna irregularidad. Lo primero que hay que tener en cuenta es la fecha y hora, así como el lugar de inicio de la diligencia, debido a que el juez puede darle curso con la asistencia de las partes que hayan comparecido. Si quién solicitó la prueba no se presenta, el juez podrá abstenerse de practicar la prueba. No necesariamente, la inasistencia causa la abstención de su práctica, porque si el juez considera que se debe practicar, lo puede hacer, caso en el cual quién dejó de comparecer se privó de la oportunidad de presenciar su desarrollo e intervenir y pronunciarse sobre la información que se consigna en el acta, para ejercer su derecho de controvertir lo que crea que no se corresponda con la realidad.

De acuerdo con el objeto de la prueba el juez procederá a examinar, observar y hacer los reconocimientos a que haya lugar y expresará los resultados que haya percibido. Si durante la práctica alguna de las partes impide que esta se lleve a cabo u obstaculice su práctica, el juez podrá hacer uso de sus deberes y aplicar las sanciones económicas y procesales, por realizar esos comportamientos. Si el juez estima necesario, que, durante la inspección judicial, se deben practicar otras pruebas podrá ordenarlas de oficio o a petición de parte, siempre que se relacionen con los hechos materia de la inspección judicial. También podrá ordenar planos, dibujos, calcos, reproducciones, grabaciones, y que durante la diligencia se proceda a la reconstrucción de hechos o sucesos, para verificar el modo como se realizaron.

Cuando el objeto de la prueba es inspeccionar personas, entendidas como seres humanos, el juez ordenará los exámenes necesarios con el cuidado de respetar su dignidad, intimidad e integridad.

Finalmente, cuando se trate de identificar predios rurales, el juez podrá ordenar que se haga mediante reconocimiento aéreo o con la utilización de medios técnicos que puedan garantizar su confiabilidad. En lo que respecta

a la inspección de cosas muebles o documentos que se hallen en poder de la parte contraria o de terceros se aplicarán las reglas de la exhibición contenidas en los artículos del 265 al 268 C.G.P.

8. PRUEBA POR INFORMES

Algunos hechos que requieren ser demostrados en un proceso judicial determinado pueden constar en libros, archivos o en cualquier documento que se hallen en oficinas de entidades públicas o privadas, en estos eventos el juez a petición de parte o de oficio podrá solicitar los informes para el esclarecimiento de los hechos litigiosos.

Ha de entenderse que los informes son rendidos bajo la gravedad del juramento, así la persona responsable del mismo tomará conciencia de la seriedad que la actuación reviste, no podrá consignar cualquier información, si no aquella que es requerida y que esté conforme con lo que verdaderamente se guardan en los archivos o registros, bajo pena de asumir las consecuencias por faltar a la verdad.

El Estatuto Procesal General legitima a las partes o a su apoderado de manera individual o de común acuerdo para solicitar ante cualquier entidad pública o privada copia 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. Esta regla impone el requerimiento a las entidades públicas o privadas, que dispongan de la información, relevante para la comprobación de los hechos objeto del litigio, así mismo, protege aquellas informaciones que están sujetas a reserva legal, de modo que si se llegase a solicitar, la persona responsable podrá abstenerse de enviarla y argumentar sobre su blindaje legal.

9. REQUISTOS, SANCIÓN Y TRASLADO

El principio de libertad probatoria autoriza a las partes para disponer de la prueba por informe, cuando la información de los hechos que aspira acreditar se encuentra en los archivos o registros de las entidades públicas o privadas, asumiendo la carga procesal de agotar su pedimento indicando que esa información es para hacerla valer en un proceso judicial, independientemente que el proceso ya se encuentre cursando o apenas se va a iniciar. Solicitada la información por el promovente, el responsable deberá suministrarla en el plazo legal, que podrá entenderse el previsto para dar respuesta a los derechos

de petición. Si el responsable no le entrega la información, el promovente se lo señalará al juez con la evidencia del requerimiento.

Si la información solicitada cumple con los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad, el juez solicitará los informes indicando en forma precisa su objeto y el plazo para rendirlos. Señalar el objeto reviste su importancia en la medida en que fija al responsable la competencia para seleccionar solo lo que se la ha pedido. El legislador le ha dado un voto de confianza al juez, para que fije el plazo en el cual se va a rendir el informe. A discreción del juez, el plazo puede variar dependiendo del informe.

Salvo reserva legal, para la persona requerida es imperativo rendir el informe cumpliendo con el objeto y el plazo señalado. La demora, renuencia o inexactitud injustificada para rendir el informe será sancionada con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv), sin perjuicios de las demás sanciones a que hubiere lugar. La sanción procede a juicio del juez cuando cualquiera de las conductas referenciadas no haya sido debidamente justificada.

Aunque la norma no lo menciona estimo factible que, si el responsable de suministrar la información considera que el plazo fijado por el juez no es suficiente, podrá solicitarle una ampliación justificada, con el fin de cumplir con el cometido, hacia el establecimiento de la verdad. Si la información solicitada se encuentra bajo reserva legal, total o parcialmente, deberá expresarlo en su informe y justificar su afirmación.

El objeto sobre el cual recae el informe debe ser cumplido a cabalidad, de tal modo que se pueda asegurar la corroboración de los hechos y no se restrinja la posibilidad de su acreditación, por esta razón el articulo 276 C.G.P. dispone que si el informe hubiese omitido algún punto o el juez considera que debe ampliarse, o que no tiene reserva legal, deberá rendirlo, complementarlo o aclarar lo correspondiente en un plazo que no superará la mitad del tiempo inicial.

Rendido el informe, se dará traslado a las partes por el término de tres (3) días, dentro del cual podrán solicitar su aclaración, complementación o ajuste a los asuntos solicitados.

CONCLUSIÓN

La inspección judicial es un medio de prueba que puede ser decretada de oficio o a petición de parte, su práctica consiste en que el juez de manera

personal y directa realiza el examen de personas, lugares, cosas o documentos, con el fin de esclarecer los hechos materia de la investigación, con la finalidad de formarse un convencimiento de los aspectos señalados por las partes en sus actuaciones.

Su carácter excepcional se determina por la posibilidad de existir otros medios de pruebas como videograbación, fotografías, pruebas por informe, que facilitan la verificación de los hechos. Este carácter excepcional no excluye su relevancia como medio de prueba, porque cuando sea imposible verificar los hechos con otros medios de pruebas, la inspección judicial se torna idónea, para el esclarecimiento de los hechos, hacia la búsqueda de la verdad que se investiga.

Si una de la parte ha solicitado la inspección judicial como medio de prueba, pero, a juicio del juez, los hechos pueden ser verificado por medio de otro medio de convicción, por ejemplo, la prueba pericial, el juez podrá negar la prueba solicitada y en su defecto ordenar la pericia, concediendo un término para su presentación, traslado y contradicción, es decir, cumplir con la regla de este medio de prueba. En similar modo, si la inspección judicial la solicita una parte para que se practique en su propia dependencia, como sucede con las personas jurídicas, pero los hechos se pueden verificar con libros, fotografías, documentos en general, se podrá acudir a la exhibición cuando las circunstancias lo ameriten o la presentación directa del documento con la demanda o contestación, según el rol de la parte.

La prueba por informe no es que sea un medio de prueba nuevo o traído por el Estatuto Procesal general, debido a que, con antelación a su expedición, la práctica judicial permitía acudir a este medio para lograr informaciones relevantes para el proceso judicial, solía denominarse "prueba por oficio", lo cual es muy distinto a la "pruebas de oficio". Sin equivoco alguno el gran aporte del Estatuto fue haberle dado una regulación, para su mejor implementación y eficacia, a través de la cual se aprecia su procedencia, requisitos, obligaciones de quien debe rendirlas, las sanciones, la contradicción, entre otros.

Los dos medios de pruebas compartidos en este trabajo, es para resaltar su importancia teórica y practica en la verificación de los hechos, el aporte o contribución que aseguran para la corroboración de la verdad que se investiga y socializar de cierta forma su regulación normativa.

LAS NOVEDADES DE LA CONFESIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA A PARTIR DE LA LEY 1952 DE 2019

Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo

RESUMEN

Se hace un análisis crítico de la confesión dentro del régimen disciplinario del servidor público y del abogado a partir de la vigencia de la Ley 1952 de 2019.

Palabras clave: Confesión, derecho disciplinario, regimen del servidor público, régimen disciplinario del abogado, pruebas, aceptación de cargos.

INTRODUCCIÓN

Desde la expedición del Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019), el derecho disciplinario colombiano adoptó un régimen de pruebas propio. Así, el legislador eliminó la necesidad de que los actores jurídicos debieran recurrir, por vía de remisión y/o el conocido principio de integración, a normas procesales de raigambre penal, específicamente la Ley 600 de 2000, y en algunos casos, la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que la norma aplicada fuera compatible con la naturaleza y las formas propias del juicio disciplinario.

A diferencia de lo sucedido con la Ley 734 de 2002, con la expedición y vigencia del actual Estatuto General Disciplinario, se definieron las carac-

* Abogado, Doctor en Derecho y profesor de la Universidad Externado de Colombia, Nuestra Señora del Rosario, Santo Tomás, Libre y Militar en posgrados y maestrías en materias disciplinarias y contratación estatal. Actualmente se desempeña como Magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

terísticas y reglas esenciales para que cada elemento probatorio respetara la legalidad, la formalidad y la legitimidad de la prueba.

Sobre este particular, es necesario destacar que lo dispuesto en la Ley 1952 de 2019 también marcó un derrotero en el régimen disciplinario del abogado toda vez que, según lo dispuesto en los artículos 16 y 96 de la Ley 1123 de 2007, actualmente es más que plausible aplicar en materia probatoria el Código General Disciplinario.

Respecto de la confesión, materia de interés, ante la adopción de un régimen probatorio propio en el marco disciplinario, la concepción de aquel elemento fue modificada sustancialmente desde la forma en que es utilizado, valorado y practicado.

En consecuencia, en el presente escrito se pretenderá abordar el análisis de los cambios estructurales que trajo consigo la Ley 1952 de 2019 en la práctica y valoración de la confesión, e igualmente serán evaluadas las consecuencias actuales de su obtención durante el desarrollo de la actuación disciplinaria.

1. LA CONFESIÓN EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

1.1 La noción de la confesión en el régimen disciplinario

La confesión corresponde al reconocimiento de la responsabilidad disciplinaria y no una simple afirmación de la ocurrencia de unos hechos naturalísticos. En ese sentido, puede ser entendido el medio de prueba como «las afirmaciones del disciplinado […] encaminadas a reconocer, no solo los hechos, sino además, y muy concretamente, que estos constituían una serie de infracciones al régimen disciplinario»[1].

Al respecto, es importante destacar que una mera declaración realizada por el implicado no puede reputarse como confesión salvo que exista un reconocimiento expreso de un hecho o acto que puede ser actualizado necesariamente en los elementos propios de falta[2].

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 27 de mayo de 2015, radicado n.° 2012-00056, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

[2] LÓPEZ GUTIÉRREZ, Jaime Andrés. Aspectos generales del derecho disciplinario colombiano. Bogotá, Ed. Ibáñez, 2019.

En la misma línea, la dogmática penal ha precisado la confesión, aplicable *mutatis mutandi* al derecho disciplinario, como toda «voluntaria declaración de admisión que un [investigado] hace de la verdad de los hechos o circunstancias que conllevan su responsabilidad [disciplinaria]»[3].

Frente a la noción conceptual de la confesión, nótese que tanto la jurisprudencia como la doctrina son coincidentes en que no solo basta con que la declaración contenga la aceptación de la ocurrencia de un hecho puntual o la materialización de una conducta para darle dicha connotación. En contraposición, la declaración debe estar acompañada del reconocimiento *ex ante* o *ex post*, dependiendo del momento procesal en que el agente realizó una o varias conductas que pueden o son adecuadas típicamente en falta(s) disciplinaria(s).

Como se precisará más adelante, aunque inicialmente la confesión en materia disciplinaria únicamente podía presentarse hasta antes de la formulación de cargos, a partir del parágrafo del artículo 161 de la Ley 1952 de 2019, en la actualidad el disciplinable puede aceptar la realización de las conductas que conllevan responsabilidad después de aquella etapa procesal.

Ahora bien, de las características especiales para que la declaración realizada por el disciplinable corresponda a una confesión, son compartidas las disquisiciones que en su momento planteó la Corte Constitucional para reconocer su aplicación en las especies del *ius puniendi*, puntualmente en materia penal dentro del marco jurídico colombiano. Veamos:

> Desde siempre en el proceso se ha exigido como requisito de la confesión que sea voluntaria, libre y espontánea, tanto en el proceso penal, como en los demás procesos, como quiera que ella se encuentra destinada a obrar como prueba en contra de la parte que confiesa. Sin embargo, dos características especiales ha tenido la confesión en lo penal: la primera, que no puede ser provocada mediante interrogatorio de parte sometido a la formalidad previa del juramento, y la segunda, que ha de ser corroborada por otros medios de prueba, características éstas que se encuentran ausentes en lo civil, materia en la cual ha sido posible siempre provocar la confesión como ocurría en la antigua absolución de posiciones, hoy transformada en el interrogatorio de parte con ritualidades y consecuencias específicas,

[3] MANZINI, Vicenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-Americana, 1952, p. 491.

entre ellas la confesión ficta o presunta, lo que no ocurre en materia penal, en la cual la confesión ha de ser siempre expresa, de un lado[4].

De lo expuesto, para que dentro de la actuación disciplinaria la declaración del investigado corresponda a una confesión, la aceptación de responsabilidad debe contener las siguientes características: (i) no puede ser provocada, y (ii) debe ser corroborada con otros medios de prueba. Igualmente, de la lectura del artículo 280 de Ley 600 de 2000, son requisitos *sine qua non* que «la declaración del inculpado debe producirse en forma libre y voluntaria, respetuosa del derecho a guardar silencio, y en todo caso ser expresa»[5].

En la misma línea, desde la entrada en vigencia del artículo 161 de la Ley 1952 de 2019, son postulados los siguientes requisitos para la práctica de la confesión: (i) que se haga «ante una autoridad disciplinaria competente para instruir, juzgador o ante el comisionado o designado», (ii) la persona debe estar asistida por defensor, es decir, un abogado, (iii) en atención a lo dispuesto en el artículo 33 de la Carta Política, la persona debe ser informada de no declarar contra sí misma, y de los beneficios y rebajas en la determinación y graduación de la sanción por confesar, y (iv) la autoridad que reciba la confesión ostenta el deber de constatar que aquella «se hace en forma voluntaria, consciente, libre, espontánea e informada».

1.2 Marco normativo de la confesión y su aplicación

Los artículos 130 de la Ley 734 de 2002 y 86 de la Ley 1123 de 2007 determinaron que la confesión correspondía a un medio de prueba válido para demostrar la responsabilidad disciplinaria del servidor público, los particulares que ejercen funciones públicas y los abogados.

El legislador en ambas disposiciones guardó silencio sobre la forma de apreciar e incluso practicar las pruebas, exigiéndose por remisión normativa la aplicación del Código de Procedimiento Penal. Así, a partir de la naturaleza y las formas propias del juicio disciplinario, esto es, un sistema inquisitivo, el juzgador aplicaba para los aspectos probatorios la Ley 600 de 2000.

[4] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-782-05 del 28 de julio de 2005, referencia: expediente D-5515, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[5] Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 3 de noviembre de 2021, radicado n.° 700011102000 2018 00348 91, M.P. Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo.

En el caso puntual de la confesión, resultó aún más exacerbada la aplicación de la norma referida porque aquel elemento probatorio quedó en desuso con la entrada en vigor de Ley 906 de 2004, a partir de la figura procesal de «allanamiento o aceptación de cargos» dentro del sistema penal acusatorio[6]. Por ende, a diferencia de las reglas de los demás medios de prueba, para el caso de la confesión, resultaba pacifico que los actores jurídicos debían remitirse al artículo 280 y ss. de la Ley 600 de 2000 cuando era pretendida la práctica y valoración de aquella prueba.

Sobre su aplicación, antes de la vigencia de la Ley 1952 de 2019, el juzgador disciplinario, por lo general, únicamente recurría al artículo 280 de la Ley 600 de 2000, para delimitar a partir de los numerales 3.° y 4.°, si lo entendido como una confesión simple, esto es la «aceptación [de] la realización de las conductas que conllevan la propia responsabilidad, sin más aditamentos»[7] revestía de legalidad. En ese sentido, el instructor, se limitaba a corroborar si cuando el disciplinable confesó: (i) se le informó del derecho a no declarar contra sí mismo (principio de no autoincriminación), y (ii) si su declaración se hizo de forma espontánea, consciente y libre[8].

De ahí que no existía una diferenciación de la confesión realizada por el disciplinable de si era *simple*, *calificada* o *parcial* porque prácticamente en todos los casos era entendida como *simple*[9]. Así, más allá de cualquier consideración respecto del contenido de su manifestación, lo esencial para delimitar su validez dependía de que la confesión fuera «espontánea, concreta y voluntaria, vale decir sin apremio del juramento, […] en donde éste admit[ía] la comisión de la falta disciplinaria, ya como autor, o como determinador de la misma»[10].

En la misma línea, ante la situación de que el intérprete debía aplicar unos requisitos de la confesión contenidos en un procedimiento distinto al

[6] REYES NÚÑEZ, Luigui José. Allanamiento a cargos y preacuerdos en el sistema penal acusatorio, Bogotá, Ed. Leyer, 2010.

[7] PACHECHO RUIZ, Zoranny. La confesión como medio probatorio en Derecho Disciplinario y sus cambios sustanciales en el nuevo Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019), Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2020.

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 18 de enero de 2017, radicado n.° 11001-03-15-000-2016-03385-00 (AC), C.P. César Palomino Cortés.

[9] VILLEGAS GARZÓN, Óscar. El proceso disciplinario, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2019, p. 442.

[10] FORERO SALCEDO, José Rory. De las pruebas en materia disciplinaria. Bogotá, Ed. Ibáñez, 2007, pg. 50.

disciplinario, sin mayor sustento o motivación, las autoridades titulares de la acción disciplinaria obviaban el cumplimiento de los siguientes presupuestos: (i) «que sea hecha ante funcionario judicial», y (ii) «que la persona esté asistida por defensor».

Lo anterior resultaba apenas lógico, si se tenía en consideración que quien cumplía el rol de instrucción y juzgamiento correspondía a una autoridad administrativa en la mayoría de las ocasiones[11], y en consonancia con la Ley 734 de 2002, el sujeto disciplinable podía ejercer su defensa sin requerir de la asistencia de un profesional del derecho, por cuanto, a diferencia del procedimiento penal, se pregonaba una defensa material y no técnica[12]. Por consiguiente, la confesión no exigía la presencia y asesoramiento de un abogado.

Por otro lado, para nosotros, la confesión pasaba a ser un «arma de doble filo» como estaba regulado en el Estatuto Disciplinario Único. Si bien era cierto que el medio de prueba resultaba beneficioso para el disciplinable en el régimen disciplinario del servidor público (literal c., numeral 1.° del artículo 47 de la Ley 734 de 2002) y en el del abogado (numeral 1.° del literal b. de la Ley 1123 de 2007) por constituir un criterio de atenuación para la determinación y graduación de la sanción, también lo era que su práctica hasta **antes de la formulación de cargos** limitaba la consciencia del agente en admitir la responsabilidad.

En consecuencia, nótese que cuando era practicada la confesión, no se tenía certeza de si el encartado estaba admitiendo la responsabilidad de la falta, la comisión de los hechos sujetos de investigación, o la calidad de responsable de unos supuestos fácticos de los que quizás no se había verificado su ocurrencia.

Por lo tanto, más allá de contemplarse formalmente la confesión en el derecho disciplinario, en la mayoría de los casos, materialmente, la manifestación hecha por el investigado realmente no correspondía a una confesión porque, como bien lo ha señalado la doctrina, si el sujeto implicado no tiene

[11] Salvo en el caso de los abogados y servidores judiciales quienes son investigados y juzgados disciplinariamente por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, antes la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Igualmente, en el caso de los empleados judiciales desde que empezó a funcionar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

[12] GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La lucha de los derechos en el Derecho Disciplinario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

certeza de los hechos o conductas punibles que está admitiendo, su relato de aceptación está viciado de ilegalidad[13].

Corolario de lo anterior, no era casualidad que algunas autoridades disciplinarias, en su momento, concibieran que el sujeto disciplinable no tenía legitimidad para impugnar la sentencia sancionatoria cuando confesaba, porque a su discreción se configuraba un «menor estándar de garantía al derecho de defensa por cuenta de la confesión de la falta»[14].

Ahora bien, con la entrada en vigor de la Ley 1952 de 2019, el legislador dirimió muchas de las problemáticas que se estaban presentado con la práctica de la confesión. Así, en el artículo 161 y ss. se reglamentó la prueba en materia disciplinaria sin necesidad de recurrir al procedimiento penal.

Puntualmente, en el artículo 161 *ejusdem*, se definieron los requisitos propios de aquel medio de prueba. Igualmente, en el parágrafo del mismo precepto normativo, se delimitó que la confesión sería procedente no solo en la etapa de investigación sino en la de juzgamiento.

Adicionalmente, como aspectos relevantes, con la inclusión de la figura de «los hechos disciplinariamente relevantes» como exigencia del auto de apertura de investigación y el pliego de cargos, dejó de percibirse la aceptación de responsabilidad como una confesión «simple», por cuanto la delimitación expresa de los supuestos fácticos investigados le permitió al disciplinable, de manera consciente, asumir la responsabilidad sobre algunos hechos o la comisión de ciertas falta dependiendo de la etapa en la que se encontraba el proceso.

Finalmente, en el artículo 162 de la Ley 1952 de 2019 en consonancia con el numeral 1.°, literal b), del artículo 50 *ibidem* fue definido con suficiencia la rebaja del importe de la sanción por confesión, dependiendo del momento en el que era admitida la responsabilidad, haciéndose la salvedad que ya no concernía a una aceptación *indefinida*, esto es, sin la certeza de los hechos investigados o los tipos disciplinarios imputados.

[13] TESORO, Giorgio y BELLAVISTA, Girolamo. El testimonio y la confesión en el proceso penal. Traducción de Julio Romero Soto, Ed. Presencia, 1975, p. 141.

[14] Comisión Nacional de Disciplina Judicial, sentencia del 7 de febrero de 2022, radicado n.° 110011102000 201707258 01, M.P. Alfonso Cajiao Cabrera.

2. LA CONFESIÓN A PARTIR DE SU REGLAMENTACIÓN EN LA LEY 1952 DE 2019

2.1 La exigencia relacionada con que la confesión sea realizada ante una autoridad disciplinaria o comisionado / designado

El artículo 161 de la Ley 1952 de 2019 dispuso que la confesión produciría efectos jurídicos dentro del juicio disciplinario cuando sea practicada ante la «autoridad disciplinaria competente […] o ante el comisionado o designado».

Sobre este punto, consideramos que aquel presupuesto es un acierto para garantizar una adecuada valoración de la confesión en sede disciplinaria desde los elementos especiales de aquel medio de prueba.

Aunque en vigencia de la Ley 734 de 2002, los actores jurídicos daban por descontado que la confesión debía ser presentada ante la autoridad disciplinaria correspondiente, lo cierto es que, en algunas oportunidades, como lo precisa Villegas Garzón, el juzgador avalaba como confesión, la «acepta[ción] [del] hecho dentro del trámite de un proceso distinto al disciplinario (fiscal, tributario, penal, aduanero, etc.)» [15].

En sentencia del 26 de agosto de 2010, por ejemplo, la Sección Segunda del Consejo de Estado le otorgó al allanamiento de cargos en sede penal los efectos probatorios de la confesión dentro de una actuación disciplinaria, a pesar de que el inculpado reconoció la responsabilidad únicamente ante el juez penal. Veamos:

> […] el demandante se allanó a los cargos imputados en el proceso penal, lo que hizo de manera libre, a salvo de todo apremio y de manera voluntaria, conducta especialmente valorada por la jurisprudencia, **como que tiene efectos probatorios de confesión**.
>
> Así las cosas, en tanto actuación [sic] disciplinaria se sirvió de las pruebas producidas en el proceso penal que se adelantó en contra del hoy demandante y en el que éste se allanó a los cargos, los reparos contra los informes de policía judicial y las entrevistas, resultan intrascendentes si se toma en cuenta que entre las pruebas trasladadas desde el proceso penal seguido contra el demandante, **obra su confesión, medio idóneo y suficiente para acreditar la ocurrencia reprochable y de la responsabilidad del disciplinado** […][16] [Negrillas fuera de texto].

[15] VILLEGAS GARZÓN, Óscar. El proceso disciplinario, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2019, p. 445.

De lo expuesto, nótese que, aunque la Ley 734 de 2002, y la Ley 1952 de 2019 conciben la prueba trasladada como forma válida para la demostración de la imputación jurídica, a partir del artículo 161 *ejusdem* actualmente no es válido que el juzgador le otorgue los efectos de confesión a una aceptación de responsabilidad ajena al proceso disciplinario porque su valoración atentaría con una formalidad especifica del medio de prueba[17], esto es que la declaración del disciplinado sea realizada ante la «autoridad disciplinaria competente […] o ante el comisionado o designado».

Así las cosas, resulta evidente que, en caso de desatender el requisito bajo estudio, así sea utilizada la figura de la prueba trasladada, el intérprete de la norma estaría cercenando el presupuesto de voluntariedad propio de la confesión, porque puede ocurrir que «una persona puede "confesar" un hecho ante el temor de que se le imponga una sanción penal de su privación de su libertad, pero no estar dispuesto a hacerlo en un proceso disciplinario que podría conducirlo a una inhabilidad general hasta de veinte (20) años»[18].

Por último, debe rescatarse que el requisito referido persigue también «armonizar el principio de celeridad, que tiende a que el proceso se adelante en el menor lapso posible»[19] porque nótese que la práctica de la confesión en sede disciplinaria permite que cualquier otro empleado comisionado o designado pueda practicar la confesión sin necesidad de la presencia del titular directo de la acción disciplinaria.

2.2 La necesidad de ser asistido por defensor de oficio o de confianza en la confesión

A partir del artículo 92 de la Ley 734 de 2002, cuando eran revisados los requisitos de la confesión, el intérprete de la norma omitía el cumplimiento

[16] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-782-05 del 28 de julio de 2005, referencia: expediente D-5515, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[17] Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-204-18 del 28 de mayo de 2018, referencia: expediente T-6.423.156, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[18] VILLEGAS GARZÓN, Óscar. El proceso disciplinario, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2019, pp. 445-446

[19] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-699-00 del 14 de junio de 2000, referencia: expediente D-2717, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

del presupuesto descrito en el artículo 280.3 de la Ley 600 de 2000, el cual se refería a que la persona estuviera asistida por defensor. Al respecto, la doctrina consideraba que no podía exigirse que el implicado hiciera la confesión con apoderado de manera obligatoria porque el juicio disciplinario no exigía de una defensa técnica. El autor Villero Pallares indicaba lo siguiente:

> El artículo 92 del Código Disciplinario único, establece cuales son los derechos del investigado, enlistándose allí "Acceder a la investigación" y/o "Designar defensor", a la vez que el artículo 93 regla que "Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del investigado; cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero", ello significa que el implicado podrá comparecer al proceso por sí mismo y ejercer su defensa, o por medio de apoderado, la confesión no requiere el rigorismo de que aquel se haga asistir por abogado[20].

En la actualidad, el artículo 161 de la Ley 1952 de 2019 dispuso como requisito de legalidad de la confesión que el disciplinado esté «asistido por defensor».

Creemos entonces que la asistencia de un profesional del derecho en la práctica de la confesión en nada afecta la naturaleza o características propias del derecho disciplinario. El Consejo de Estado ha reiterado que a partir de las formas propias del juicio solo es requerida la defensa material[21]. Por el contrario, la Corte Constitucional sostuvo que la defensa técnica es propia del derecho penal porque además de constituir una exigencia expresa del constituyente primario (artículo 29 de la Carta Política), el fin de la sanción penal involucra la afectación directa de los derechos fundamentales, específicamente la libertad del ciudadano[22].

Así, aunque previamente no había sido aceptada la defensa técnica como requisito para el desarrollo del procedimiento disciplinario, lo cierto es que la exigencia de la nueva disposición legal no torpedea en nada la actuación porque, además de constituir una garantía sustancial en *pro* del debido proceso del investigado, únicamente es un requisito *parcial* como puede evidenciarse en el artículo 277 *ibidem*.

[20] VILLERO PALLARES, Jesualdo. El procedimiento verbal. Lecciones de Derecho Disciplinario. Vol. II, 2017, p. 336.

[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 7 de noviembre de 2013, radicado n.° 25000-23-25-000-2008-00078-01 (2263-10), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

[22] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-069-09 del 10 de febrero de 2009, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Aunado a ello, la Corte ha resaltado que la defensa material y la defensa técnica no son excluyentes sino complementarias. Y en todo caso, la defensa material, así sea de manera temporal, trae consigo la posibilidad de que el disciplinable consiga un acompañamiento y una asesoría de una persona que cuenta con los conocimientos especializados para una adecuada gestión de sus intereses. En palabras de la alta corporación:

> En este marco, para controvertir la actividad acusatoria del Estado el ordenamiento prevé dos modalidades de defensa que no son excluyentes sino complementarias. De un lado, la defensa material, *"que es la que lleva a cabo personalmente el propio imputado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades"*. De otro, la defensa técnica, *"que es la ejercida por un abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes"*.
>
> [...]
>
> La Corte ya ha tenido ocasión de referirse a la importancia y características de la defensa técnica en materia penal, para advertir que hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses[23].

A partir de lo anterior, es evidente la intención del legislador de darle mayor relevancia a la confesión sobre los demás elementos probatorios, presupuesto que está sustentado en dos efectos relevantes de aquella prueba, los cuales se recogen así: «contribuye al propósito de demostrar la responsabilidad, [...] y, por el otro lado, es un criterio de atenuación a los defectos de graduación de la sanción» [24].

2.3 La garantía concerniente a que la declaración sea "voluntaria, consciente, libre, espontánea e informada"

El autor Villegas Garzón realiza una concreción de los requisitos y/o características especiales que cuenta la confesión para que esta produzca plenos

[23] Ibidem.

[24] Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 5 de octubre de 2021, radicado n.° 630011102000 2017 00478 01, M.P. Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo.

efectos jurídicos dentro de una actuación disciplinaria. Al respecto, es delimitada cada dimensión de manera práctica de la siguiente forma:

> De la confesión se ha sostenido siempre que debe ser libre y espontanea, o consciente libre, […] términos que no son equivalentes. Se dice que la confesión es *libre* cuando el confesante no ha sido ni apremiado ni coaccionado, *espontánea* cuando se ha obrado sin insinuación de nadie y *consciente* si se hace libre de cualquier error[25].

Respecto a que también sea *informada*, el artículo 161 de la Ley 1952 de 2019 estableció expresamente el cumplimiento del presupuesto. Sobre este particular, la norma referida señaló que: «[l]a persona será informada sobre el derecho a no declarar contra sí misma, y de las garantías consagradas en el artículo 33 de la Constitución Política y de los beneficios y de las rebajas de las sanciones contempladas en este código».

Del recuento anterior, al evaluar los requisitos que pregonan la legalidad de la confesión, se considera que una de las problemáticas existentes antes de la vigencia de la Ley 1952 de 2019 correspondía a que la aceptación de responsabilidad del confesante realmente no era *consciente*.

Como se precisó en líneas anteriores, previa vigencia del parágrafo del artículo 161 *ibidem*, la práctica de la confesión estaba limitada al *momentum* procesal de antes de la formulación de cargos. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre con en el allanamiento de cargos, el disciplinable no tenía certeza de si estaba admitiendo la responsabilidad de la falta, la comisión de los hechos sujetos de investigación, o la calidad de responsable de unos supuestos fácticos de los que quizás no se había verificado su ocurrencia.

Por lo tanto, únicamente era evidenciada la configuración de una mera confesión *simple* que en últimas le impedía al investigado discernir o si quiere condicionar su aceptación de responsabilidad.

Sin embargo, como lo precisa la doctora Vargas Reyes, aquella situación fue modificada drásticamente con la carga procesal impuesta al operador disciplinario de fijar los «hechos disciplinariamente relevantes» desde el auto de apertura de investigación, de conformidad con el artículo 215 *ejusdem*. En palabras de la jurista:

> Es claro que la apropiada construcción de los hechos disciplinariamente relevantes resulta ser esencial, en tanto que, de acuerdo con estos, es preciso que el procesado, al reconocer su condición humana de equivocarse y al asumir las consecuencias jurídicas, decida confesar o aceptar cargos en las estancias de la instrucción o en el juzgamiento. De igual manera, los hechos disciplinariamente relevantes marcarían el derrotero o la línea de investigación del proceso disciplinario, que deben ser congruentes en el auto de apertura; el pliego de cargos de acuerdo con la opción del proceso que se fije el juzgador, es decir, si se ha de adelantar por el proceso ordinario o verbal especial; y la misma decisión final. Esta congruencia garantizará la suficiente motivación de la decisión y, de manera trasversal, el reconocimiento de la garantía convencional y procesal del debido proceso[26].

[25] VILLEGAS GARZÓN, Óscar. El proceso disciplinario, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2019, p. 444.

Adicionalmente, en el caso de que el agente opte por confesar después de la formulación de cargos, es aún más clara la potestad del disciplinado de aceptar la responsabilidad de manera *consciente* porque podrá discernir sobre qué faltas desea confesar –confesión *relativa*– o bajo qué condicionamientos –confesión *calificada*–.

2.4 Error en la utilización de la confesión y aceptación de cargos indistintamente en la norma procesal disciplinaria

En el artículo 161 de la Ley 1952 de 2019 el legislador postuló la confesión y la aceptación de cargos de manera indistinta sin siquiera plantear algún tipo de diferenciación o disertación.

Al respecto, aunque se mantuvo la confesión como elemento de prueba válido para demostrar la responsabilidad disciplinaria del investigado en conjunto con los demás elementos de prueba, también expresamente se refirió a la aceptación de cargos.

De la lectura del artículo 161 y ss. *ejusdem*, algunos actores jurídicos plantearon que básicamente la norma incluyó tanto a la confesión como la aceptación de cargos, haciéndose la salvedad que la primera constituía un medio de prueba, y la segunda correspondía a una potestad unilateral del investigado. Veamos:

> […] se establece además como atenuante de la sanción (art.47 numeral 1 literal d) como causal para la aplicación del procedimiento verbal

[26] VARGAS REYES, Ruth Yamile. El debido proceso y los hechos disciplinariamente relevantes, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2021.

(artículo 175 inciso 1) y respecto de su regulación, realiza remisión normativa al artículo 280 de la Ley 600 de 2000 o como segunda posibilidad, optar por la aceptación de cargos.

Esta última no es similar a la confesión, sino que puede ser definida como aquella potestad unilateral del investigado, la cual no se encontraba contemplada en el ámbito disciplinario, sí en el penal, por lo que tales figuras conllevan a la terminación anticipada del proceso disciplinario con sanción, salvo que se establezcan algunas de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria (art. 31 CGD) o que en lo que corresponde a la confesión y su valoración con las demás pruebas, se establezca la ausencia de responsabilidad. Además, por medio de ellas (confesión y aceptación de cargos) es procedente la materialización de la justicia disciplinaria, pero no son iguales, en tanto que, a la luz de la norma (artículos 161,162 y 163 del CGD modificado por la Ley 2094 de 2021), una es un medio probatorio, ahora con regulación propia y la otra, es una facultad del procesado de la cual no se hace mayor alusión en la nueva normativa[27].

Sobre ese particular, tomamos distancia y no compartimos la anterior interpretación que se hizo de la norma, por cuanto si bien es cierto que el legislador contempló la confesión y la aceptación de cargos, realmente desde su utilidad, no existe una variante procesal en su aplicación.

Aunque desde una visión procesalista, el allanamiento o aceptación de cargos se erige como «una manifestación unilateral y oral que hace el imputado o acusado de aceptar su responsabilidad, en los precisos momentos procesales señalados en la ley»[28], lo cierto es que al revisar con sumo detalle la Ley 1952 de 2019 no existe una diferenciación legal o procedimental entre la confesión y la aceptación de cargos.

Incluso, se considera que el término de aceptación de cargos no es práctico porque además de no hacerse mayor alusión en la nueva normativa, materialmente su inclusión confunde al intérprete debido a que se está confundiendo una institución procesal propia del sindicado en materia penal con un medio de prueba que se viene aplicando de antaño en el sistema disciplinario.

Por lo anterior, es plausible sostener que la inclusión del término de aceptación de cargos no genera algún tipo de aporte desde lo procesal porque

[27] Ibidem.

[28] Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-645-12 del 23 de agosto de 2012, referencia: expediente D-8922, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

básicamente se pondera una figura que no fue reglamentada, la cual se remite a los requisitos, momentos y formas de practicar la confesión.

3. CONCLUSIONES

1. Con la vigencia de la Ley 1952 de 2019 se desarrolló el medio de prueba de confesión para que en la práctica se garantizara con mayor recelo el debido proceso del disciplinable.
2. Antes de la vigencia de la Ley 734 de 2002 existían problemas estructurales en la práctica de la confesión por remitirse a una norma procesal penal, circunstancia que impedía que el confesante declarara o asumiera la responsabilidad disciplinaria de manera *consciente* y *voluntaria*.
3. Con la vigencia de la Ley 1952 de 2019 se garantizaron los efectos de la confesión a partir de la exigencia que la declaración sea presentada ante autoridad disciplinaria competente. Así, se impidió trasladar la confesión de un proceso ajeno al disciplinario en garantía de que la aceptación de responsabilidad sea *voluntaria*.
4. Como novedades relevantes para la práctica de la confesión se postularon las siguientes nuevas características: (i) la necesidad de ser asistido por defensor de oficio o de confianza, y (ii) especificar en el pliego cargos y/o en el auto de apertura de investigación los hechos disciplinariamente relevantes sobre los que será aceptada la responsabilidad.
5. Con la exigencia desde el auto de apertura de fijar los hechos disciplinariamente relevantes, es plausible concebir en materia disciplinaria la confesión *simple*, *calificada* o *relativa*.
6. La aceptación de cargos fue incluida en la Ley 1952 de 2019; sin embargo, para el autor la utilización de la institución procesal es más formal que material porque no ostenta algún tipo de característica o requisito distinto a la confesión. Por el contrario, es confundido un medio de prueba con una potestad unilateral del sindicado, en este caso disciplinado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

FORERO SALCEDO, José Rory. *De las pruebas en materia disciplinaria*. Bogotá, Ed. Ibáñez, 2007.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *La lucha de los derechos en el Derecho Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

LÓPEZ GUTIÉRREZ, Jaime Andrés. *Aspectos generales del derecho disciplinario colombiano*. Bogotá, Ed. Ibáñez, 2019.

MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II,* Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-Americana, 1952.

PACHECHO RUIZ, Zoranny. *La confesión como medio probatorio en Derecho Disciplinario y sus cambios sustanciales en el nuevo Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019)*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2020.

REYES NÚÑEZ, Luigui José. *Allanamiento a cargos y preacuerdos en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, Ed. Leyer, 2010.

TESORO, Giorgio y BELLAVISTA, Girolamo. *El testimonio y la confesión en el proceso penal. Traducción de Julio Romero Soto*, Ed. Presencia, 1975.

VARGAS REYES, Ruth Yamile. *El debido proceso y los hechos disciplinariamente relevantes*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2021.

VILLEGAS GARZÓN, Óscar. *El proceso disciplinario*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2019.

VILLERO PALLARES, Jesualdo. *El procedimiento verbal. Lecciones de Derecho Disciplinario.* Vol. II, 2017.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-699-00 del 14 de junio de 2000, referencia: expediente D-2717, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-782-05 del 28 de julio de 2005, referencia: expediente D-5515, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-069-09 del 10 de febrero de 2009, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-204-18 del 28 de mayo de 2018, referencia: expediente T-6.423.156, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 7 de noviembre de 2013, radicado n.° 25000-23-25-000-2008-00078-01 (2263-10), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 27 de mayo de 2015, radicado n.° 2012-00056, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 18 de enero de 2017, radicado n.° 11001-03-15-000-2016-03385-00 (AC), C.P. César Palomino Cortés.

Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 5 de octubre de 2021, radicado n.° 630011102000 2017 00478 01, M.P. Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo.

Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 3 de noviembre de 2021, radicado n.° 700011102000 2018 00348 91, M.P. Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo.

Comisión Nacional de Disciplina Judicial, sentencia del 7 de febrero de 2022, radicado n.° 110011102000 201707258 01, M.P. Alfonso Cajiao Cabrera

GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN EL MANEJO DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

*Edizon Gonzalo Porras López**

INTRODUCCIÓN

Hace ya bastantes décadas que se vienen advirtiendo los cambios e impactos que las Nuevas Tecnologías han ocasionado en distintas áreas de la vida en sociedad, incluyendo el sistema judicial, porque el Derecho es como la sociedad: vivo, y por lo tanto, está sujeto a constantes cambios[1]; en consecuencia, los cambios que se han gestado en los últimos años frente a las instituciones jurídico procesales y probatorias merecen no solo un estudio sino una aplicación que se encuentre a la par de los avances que ha presentado la ciencia y la tecnología[2] con el fin de procurar la mejora en el acceso a la

* Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Docente de las áreas Teoría General del Proceso, Derecho Probatorio y Derecho Procesal Civil. Autor de obras como: "Acceso a la Justicia VS Acciones de Tutela contra Providencias Judiciales" y "la JEP y el Acceso a la Administración de Justicia para las Víctimas del Conflicto Armado en Colombia"

1 Nieva, J. Inteligencia artificial y Proceso Judicial, Editorial Marcial Pons. 2018.

2 Vale la pena recordar y enfatizar en que los conceptos de Ciencia, Tecnología e Innovación han venido cobrando una creciente relevancia en los últimos años y se han transformado en un determinante fundamental en las distintas aristas que competen a la vida en sociedad (Libre mercado, comercio, en materia contractual, incluso en la vida cotidiana). Con bastante frecuencia suele confundirse estos dos conceptos, es importante entonces diferenciarlos; las ciencias se encargan o buscan comprender el universo y su funcionamiento, dilucidar las reglas, los procedimientos y los sistemas que hacen que el universo exista tal y como es. Son descriptivas por cuanto contemplan y explican los fenómenos, tienen por objeto colaborar en el entendimiento, el resultado final de éstas es la explicación mediante teorías de lo que ahí y de qué manera funciona. Por su parte, las tecnologías no se encargan de describir el

administración de justicia, con la plena garantía de respeto y cumplimiento de las garantías fundamentales que rodean, y hacen parte esencial del proceso.

En Colombia, la discusión frente a la aplicación de las Nuevas Tecnologías en el ámbito procesal y probatorio han venido dándose de antaño, no obstante, fue con la expedición del Decreto 806 de 2020 (con ocasión de la pandemia generada por el Covid – 19) que tuvo como objeto la "*implementación y uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales e impulsar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo,, jurisdicción constitucional y disciplinaria"* (artículo 1, Decreto 806, 2020) que se originó el debate acerca de la virtualidad en el proceso, el uso de herramientas tecnológicas en el desarrollo de las diversas actuaciones procesales, en especial en lo que tiene que ver con la práctica y valoración de pruebas electrónicas y pruebas en entornos virtuales, por cuanto se materializo la justicia virtual, dando paso a la presentación de demandas, memoriales, por medios electrónicos, audiencias virtuales y la fijación de estados judiciales a través de entornos digitales, en concreto mediante las herramientas que la Rama Judicial dispuso para tal fin.

El propósito del presente escrito es analizar algunas de las garantías fundamentales que deben observarse en la incorporación, práctica y valoración de la prueba electrónica. Para desarrollar el tema a profundidad de manera clara y ordenada, se abordaran las siguientes temáticas: 1. La evolución normativa en Colombia frente al uso de la tecnología en los procesos judiciales. 2. Aspectos generales de la prueba, 3. Prueba electrónica y evidencia digital, 4.Algunas garantías fundamentales en el manejo de la prueba electrónica.

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN COLOMBIA FRENTE AL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LOS PROCESOS JUDICIALES

El uso de herramientas tecnológicas ha venido implementándose con mayor rigor en las últimas décadas, tan es así, que en la actualidad el uso de éstas no es un privilegio sino una necesidad que hace parte de las actividades del

mundo, sino que lo modifican para adaptarlo a las necesidades humanas, su objetivo es moldear lo existente con el fin de hacerlo mejor para los seres humanos, en pocas palabras, la finalidad de la tecnología es utilitaria y la razón de su existencia no es otra que la de mejorarlas condiciones de la humanidad.

devenir diario, el uso de internet, correo electrónico, sistemas de mensajería como telegram, Whatsapp, entre otros, juegan un papel vital en las relaciones sociales, económicas, y otras de la sociedad.

Conocedor de los cambios que en materia de nuevas tecnologías y comunicaciones se estaban generando, y seguro de que los mismos eran imparables, el legislador expide la Ley 270 de 1996[3] (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) mediante la cual insta al uso de medios técnicos, electrónicos informáticos, y telemáticos para el cumplimiento de las funciones propias de los juzgados y en general de todas las corporaciones judiciales; en materia probatoria dispuso lo siguiente:

> Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozaran de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. (Ley 270 de 1996, articulo 95).

Posteriormente, en el año 1999 se dio paso a la expedición de la Ley 527[4] o Ley de Comercio Electrónico, cuyo objeto fue regular lo concerniente al comercio electrónico, las operaciones mercantiles realizadas mediante herramientas electrónicas o tecnológicas, y la inseguridad que causaba el uso de mensaje de datos como medios probatorios. Desarrolló el concepto de equivalente funcional que hace referencia a la equivalencia de los requisitos legales exigidos a los documentos tradicionales en físico frente a los documentos o pruebas originadas en las actividades comerciales electrónicas, pruebas dotadas igualmente de validez y fuerza probatoria.[5] Esta Ley tiene

[3] Mediante el artículo 95 de la precitada Ley el legislador insta al Consejo Superior de la Judicatura a propender por la incorporación de la tecnología al servicio de la administración de justicia. Entre otras acciones, el legislador consagro que el uso de tecnología de avanzada estaba enfocada en el mejoramiento de práctica de pruebas.

[4] La Ley 527 de 1999 establece en su artículo 1: la presente ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, haciendo una excepción en los siguientes casos: i) en las obligaciones contraídas por el Estado Colombiano, en virtud de convenios o tratados internacionales ii) en las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo.

[5] La ley 527 de 1999 establece que la Ley no puede ser impedimento para la constante evolución de las tecnologías, por el contrario, plantea la idea de que la Ley debe adecuarse con el fin de conseguir una aplicación e interpretación que brinde seguridad jurídica a los usuarios de medios electrónicos y, en consecuencia, a las pruebas electrónicas obtenidas a partir de tales prácticas.

fundamento en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y como lo afirma el profesor Horacio Cruz (2015) es la primera norma que se encarga de regular de manera integral el tema en Latinoamérica.

En tercer lugar, la Ley 1564 expedida en el año 2012 (Código General del Proceso), se ocupó de incluir en su cuerpo normativo el uso de las Tics en el proceso, en virtud de la implementación del Plan de Justicia Digital[6], que se traduce en la digitalización del proceso en su completud, es decir, la formación de un expediente digital y el paso al litigio en línea[7]. Sin lugar a dudas, el CGP se preocupó por reglar el uso de herramientas tecnológicas y de comunicación en los procesos jurisdiccionales, bajo la observancia y cumplimiento de garantías procesales mínimas, como la igualdad de las partes, garantía que se observa en toda clase de actuaciones judiciales, y que establece que se debe asegurar a las partes en condiciones de igualdad el acceso a las herramientas electrónicas dispuestas para usos judiciales. El Código General del Proceso dio paso al uso de herramientas tecnológicas en diversas etapas del proceso, es así como instituye la posibilidad de presentación de la demanda mediante mensaje de datos y para el tema que nos ocupa en la presente ponencia, el artículo 247 se ocupa de regular la valoración probatoria de mensaje de datos, determinando que serán valorados como tal, aquellos documentos que sean aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, y su autenticidad se presume en las mismas condiciones de los documentos aportados en físico soporte papel, es decir, que a tales pruebas no se les puede negar capacidad demostrativa, efectos ni validez jurídica, en cualquiera actuación administrativa y judicial, ni siquiera cuando el mensaje de datos sea aportado mediante la impresión[8] del mismo[9].

[6] El plan de justicia digital e erige como sombrilla integradora coordinada por el Consejo Superior de la Judicatura y vinculante para los servidores judiciales, quienes además deben procurar el uso de las TIC en la gestión y el trámite de los procesos judiciales. En este sentido el artículo 103 del Código General del Proceso instituye que "el Plan de Justicia Digital estará integrado por todos los procesos y herramientas de gestión de la actividad jurisdiccional por medio de las tecnologías de la información y la comunicación que permitan, formar y gestionar expedientes digitales y litigio en línea".

[7] Con bastante frecuencia suele confundirse el concepto de expediente digital con el concepto de proceso virtual, siendo éste último el conjunto de actuaciones y el primero el contenedor de las memorias de tales actuaciones (Nissimblat, 2020)

[8] Es importante recordar que el Código general del Proceso establece en el artículo 247 que la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de acuerdo a las reglas generales de valoración de los documentos, en consecuencia, en repetidas ocasiones la Corte Constitucional y algunos doctrinantes han referido que no es cierto

Al respecto la Corte Constitucional se pronunció en sentencia de constitucionalidad en los siguientes términos:

> En tanto el legislador ordena apreciar los mensajes de datos a la luz de sus particularidades; es decir, de sus propiedades técnicas, los elementos de juicio a tener en cuenta, además de las reglas de la sana critica, serán la confiabilidad de su contenido, derivada de las técnicas empleadas para asegurar la conservación de la integridad de la información, su inalterabilidad, rastreabilidad y recuperabilidad, así como la manera de identificación del iniciador del mensaje. (Corte Constitucional, sentencia C – 604, 2016).

Si bien es cierto, el Código General del Proceso, significo un paso fundamental en lo que respecta a la utilización de herramientas tecnológicas en el proceso, no fue hasta sino hasta el año 2020, año en el que a raíz de la crisis sanitaria ocasionada por el covid – 19 se llevó a cabo la expedición del Decreto Legislativo 806 de 2020, que instituyo el uso de las TIC como regla general y no excepcional en todos los procedimientos jurisdiccionales con excepción de aquellos eventos que requerían la presencialidad, la expedición de este decreto revivió las discusiones acerca del uso de tecnologías de la información y de la comunicaciones en todas las etapas del proceso incluyendo la probatoria, junto con las implicaciones tanto positivas como negativas que el uso de este tipo de herramientas puede conllevar[10].

El término de vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020 fue de dos años; no obstante, el pasado 13 de junio se promulgo la ley 2213 de 2022 "*por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y de las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio*

que la impresión del mensaje de datos conlleve a una valoración errónea o deficiente por parte del juzgador, y, en todo caso, estos documentos son objeto de contradicción mediante la tacha de falsedad y el desconocimiento del mismo, mecanismos de los que puede hacer uso, para la demostración de alguna irregularidad en el medio probatorio.

[9] Corte Constitucional, sentencia C- 604 de 2016.

[10] Las discusiones generadas en torno a esta temática, sin lugar a dudas resultaron imprescindibles no solo para fortalecer el ámbito académico sino lo concerniente al poder jurisdiccional, y en consecuencia, la optimización del acceso a la administración de justicia mediante el uso de herramientas tecnológicas útiles tanto para las partes, apoderados y funcionarios judiciales.

de justicia…"[11], que garantiza el uso permanente de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los actos procesales: otorgamiento de poderes, notificaciones, desarrollo de audiencias, entre otros[12]; siendo esta la regla general que deba seguirse en los procesos judiciales en adelante.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA

Desde un punto de vista genérico, se ha dicho que la prueba[13] es toda actividad que tiene como objeto demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, o la verdad o falsedad que existe en torno a una afirmación realizada (Cabrera, 1991), desde el punto de vista jurídico, se entiende por prueba todo hecho susceptible de ser probado, es decir, que se tenga acreditado por la experiencia, o aquello que la autoridad judicial tenga acreditado como verdadero. Ahora bien, desde el punto de vista procesal, la prueba se concibe como el acto o la serie de actos procesales mediante los cuales se pretende dar convencimiento al juez acerca de la existencia o inexistencia de datos facticos o lógicos que deben tenerse en cuenta en la sentencia.

De manera puntual, por derecho probatorio, se entiende como lo declara el profesor Antonio Rocha (1967) como la verificación social de los hechos; o en otras palabras, la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal[14].

Ahora bien, la noción de prueba requiere la inclusión de las características propias del derecho y del proceso, entendido esto, como el marco dentro

[11] Es importante recalcar que la Ley 2213 establece el respeto y garantía por el derecho a la igualdad, en consecuencia determina que las disposiciones de la Ley (es decir el uso de herramientas tecnológicas y de las comunicaciones) serán aplicables siempre y cuando tanto autoridades judiciales como sujetos procesales y profesionales del derecho dispongan de medios idóneos para acceder de forma digital, en el caso contrario, prevalecerá la atención presencial, y, en todo caso, se aplicaran por parte de las autoridades judiciales medidas especiales para las poblaciones que se encuentran en condición de vulnerabilidad o en sitios que no dispongan de conectividad para llevar a cabo las distintas actuaciones judiciales dentro del proceso.

[12] Seguramente que el desarrollo tecnológico que estamos presenciando en la actualidad, dará paso amas pruebas generadas en entornos electrónicos.

[13] Afirmaba el maestro Devis Echandía que la noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana, en consecuencia existe una noción ordinaria o vulgar de la prueba, a lado de una noción técnica, así como dela variación que este concepto presenta de acuerdo a la clase de actividad de la ciencia que se aplique. (Devis Echandía, 1979.)

[14] ROCHA, A. Derecho probatorio, Facultad De Derecho del Rosario, Bogotá, 1967.

del que se desarrolla la primera, las características refieren a limitaciones impuestas desde el proceso judicial, como la institución de la cosa juzgada y las reglas sobre la prueba (Devis E, 1979).

En lo que refiere a las reglas sobre la prueba, son aquellas que forman el ámbito en el cual se desarrolla la actividad probatoria, ese ámbito que se desarrolla en el proceso judicial con la asignación de ciertos parámetros probatorios y con el respeto por la independencia de las reglas que cada ordenamiento jurídico adopte acerca de las mismas, es precisamente ese contexto el que permite al juzgador la adopción de la decisión que se soporta en los hechos probados.

En este orden de ideas, para Bentham (1979) la prueba es el hecho supuestamente verdadero que debe aportar credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho. En consecuencia, como lo explica Bentham, toda prueba comprende por lo menos dos hechos dispares: el primero, denominado hecho principal, cuya existencia o inexistencia se trata de probar, y el segundo, denominado hecho probatorio que es el usado para demostrar la afirmativa o negativa del hecho principal.

Asimismo, Florian (1950) expone que deben distinguirse tres aspectos de la noción de prueba, a saber: i) su manifestación formal, es decir, los medios utilizados para llevarle el conocimiento de los hechos al Juez[15]; ii) su contenido sustancial[16], que son las razones o motivos que de esos medios[17] logran deducirse en favor de la existencia o inexistencia de los hechos, y iii) su resultado subjetivo, que es el convencimiento de que con ellas se trata de producir en la mente del juzgador; dicho de otra manera, termina el juez concluyendo si hay o no prueba de determinados hechos. En resumen, puede definirse la prueba como:

[15] Cuando el autor refiere los medios a través de los cuales se les lleva el conocimiento al Juez hace alusión a los testimonios, documentos, indicios, entre otros; o en otras palabras, lo que conocemos como los diversos medios de prueba dispuestos para tal fin.

[16] Cabe mencionar que algunos autores dentro de los que se encuentra el mismo Florian, lo han denominado también como contenido esencial con el fin de que no sea objeto de una mala interpretación por los lectores, de modo que la palabra no se deduzca como opuesta a procesal.

[17] Diversos académicos han insistido en la diferencia entre prueba y medio de prueba, siendo el primero las razones o los motivos que sirven para levarle certeza al Juez sobre los hechos, y los medios de prueba, han sido definidos como los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, entre otros), utilizados tanto por las partes como por el Juez para suministrar esas razones o esos motivos.

Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados por la ley, los motivos o las razones para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos. (Devis, 1979)

Luego, para ahondar en el concepto de prueba, es menester hacer mención de la noción que reviste a la prueba como garantía fundamental, consagrada de esa manera en la Carta Política de 1991; esta garantía implica la lectura y revisión del artículo 29 constitucional, que establece la presentación de pruebas y la contradicción de las mismas en aras de encaminarse en la defensa del interés material que se demanda o que se defiende.

El derecho al debido proceso y lo que de él se desliga está consagrado a nivel internacional en la declaración de derechos humanos y, en nuestro ordenamiento jurídico como derecho fundamental, de manera que, el debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas[18], su apartado final, precisa que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso[19]. En suma, puede afirmarse que al ser el debido proceso un precepto constitucional se reconoce su aplicación en todas las actividades procesales.

En tal sentido, el operador jurídico debe ajustar su criterio no solamente al mandato legal sino, en igual medida a los mandatos constitucionales que rigen las actuaciones y el desarrollo del proceso, dado que en caso contrario incurre en la violación de las garantías fundamentales que la constitución atribuye a las personas. Estas garantías procesales deben ser aplicadas en toda actuación que siga la administración de justicia, en el entendido de que como lo afirma Zagrebelsky (1995) la Constitución Política de 1991 consagra derechos propios al ser humano, bajo la categoría de principios, situación que exige a los jueces la interpretación de los derechos, fundamentada en la carta constitucional que evita la indefensión[20] justamente con la aplicación del debido proceso.

[18] Constitución Política de Colombia, artículo 29, 1991.

[19] La Carta Política de 1991 establece las reglas bajo las cuales deben ser aportadas y valoradas las pruebas dentro del proceso judicial, asegurando que los derechos fundamentales y las garantías procesales que rigen todas las actuaciones procesales sean observadas y materializadas tanto en actuaciones administrativas como en actuaciones judiciales.

[20] Es sustancia, dejar en claro que la indefensión, por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico está prohibida, razón por la cual el texto constitucional y las normas procesales consagran los medios pertinentes y adecuado en cabeza del ciudadano para llegar a la resolución de los conflictos en sede de justicia, donde sea cimiento y bandera la transparencia, igualdad, imparcialidad, entre otras. (Ardiles, 2004, p. 16).

Por otro lado, el Estado Social de Derecho[21] tiene dentro de sus objetivos la búsqueda y consecución de un orden justo que no puede ser desconocido por la Ley, razón por la cual al Estado le asiste la obligación de brindarle a los asociados instituciones y procedimientos claramente definidos para la resolución de los conflictos; de modo que, es tarea a cargo de la autoridad judicial ser garante del derecho fundamental de las personas de acceder a la administración de justicia en procura de sus intereses y derechos, lo que se traduce en un acceso a la justicia real y efectivo, pero además la erige como un instrumento suficiente para alcanzar la justicia material. (Corte Constitucional, sentencia T–587 M.P. Ciro Angarita, 1992).

De la misma forma, y en este sentido, la prueba se instaura como uno de los fines más relevantes dentro de cualquier proceso jurisdiccional o incluso administrativo, por cuanto busca conocer o llegar a la verdad de lo sucedido; o como lo expone Dellpiane (1961) la prueba se convierte en una reconstrucción de los hechos[22].

Lo importante o el carácter fundamental del derecho a la prueba[23] está en que es un derecho individual, o, dicho en otras palabras, es un derecho inherente

[21] El estado Social de Derecho se propone fortalecer servicios y garantizar derechos considerados como esenciales para mantener el nivel de vida necesario para participar como miembro pleno en la sociedad. El concepto es propio de la ideología política alemana. Entre las condiciones que busca asegurar el estado Social de Derecho se encuentran: asistencia sanitaria, salud, educación, trabajo y vivienda dignos, asistencia social, garantía de os denominados derechos sociales con su reconocimiento en la legislación, y defensa jurídica y asistencial, que se traduce en los mecanismos jurídicos de los que dispone el Estado para llevar a cabo la resolución de conflictos, y en consecuencia, asegurar la consecución de fines esenciales tales como la paz, la convivencia y armonía social, entre otros.

[22] El maestro Capograssi (1950), manifiesta que la prueba consiste en hacer reaparecer aquello que ha pasado, un hacer tornar inmediato a aquello que ha desaparecido en su inmediatez; un hacer representar vivos, sentimientos que se han consumido, y, en general, hacer tomar integra una situación que se ha descompuesto.

[23] De acuerdo a la reiterada jurisprudencia constitucional la defensa tiene el derecho a presentar pruebas, y controvertir de manera real y efectiva las que se alleguen en su contra, mandato del cual se desprende que el juez solo puede condenar con base en los elementos que hayan sido susceptibles de controversia. Así mismo, debe garantizarse el escenario y la oportunidad para la contradicción, el recaudo y participación de la defensa en la práctica de pruebas, así como para la valoración judicial de las mismas. Además, el funcionario encargado de dirigir el proceso debe decretar y practicar, de ser necesario, los medios de prueba pertinentes y conducentes solicitados por la defensa que resulten fundamentales para demostrar sus pretensiones. (Corte Constitucional, Sentencia C -163 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera).

a la persona, que goza, por lo tanto, de aplicación directa, en un derecho que no es susceptible de suspensión durante la vigencia de los denominados estados de excepción[24]. El derecho fundamental a la prueba tiene un contenido esencial consistente en la facultad que tienen las personas de colaborar en la formación de la convicción del juez sobre la verdad de los supuestos facticos aludidos en defensa del interés o derecho material en litigio[25]. Es decir, que el derecho a la prueba presenta la posibilidad de llevar al operador judicial o administrativo, lo que la persona que hace parte del proceso pretenda hacer valer como verdadero.

Justamente, el concepto de prueba como convicción hace parte del derecho esencial o fundamental de probar, por cuanto asegura entro otras cosas: las fuentes o herramientas de la prueba, y, asegura la solicitud en cabeza de las partes de los medios probatorios que a bien dispongan[26] y a que se realice la admisión, práctica y valoración probatoria y a la par asegura la contradicción de los medios de prueba.

Hechas estas acepciones acerca de la prueba, las nociones generales y fundamentales de la misma, conviene preguntarse entonces, ¿Qué es probar? No es otra cosa que justificar, manifestar, pero además, mantener latente la certeza de un hecho o la verdad de una situación fáctica con razones o instrumentos que conlleven a corroborar esa verdad en litigio, probar, es en suma, llevarle conocimiento al juez acerca de los hechos que se discuten en el proceso (Cabrera, 1991)[27].

En las definiciones anotadas, es posible evidenciar que la prueba cumple uno de los fines más trascendentales dentro del proceso, el cual consiste en conocer la verdad material de lo sucedido que dio origen a la litis[28] con el fin de procurar una resolución justa. Por otro lado, dentro de las mismas

[24] La Constitución Política consagra tres eventos en los que procede la declaratoria de estado de excepción: guerra exterior, conmoción interior, y emergencia. En todo caso, el propósito del constituyente fue el de lograr la distinción de los escenarios de normalidad y de los escenarios de anormalidad, dejando en claro que incluso éste último se encuentra supeditado al cuerpo normativo dela Constitución Política.

[25] RUIZ, L. El Derecho a la Prueba como un Derecho Fundamental. 2006. Tomado de: https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/2552/2076.

[26] Cabe recordar que nos encontramos bajo un sistema de libertad probatoria.

[27] En palabras de Caferata (1988), probar es la labor a cargo de las partes de trasladar al juzgador el conocimiento de los hechos, como parte esencial de esa labor que desarrolla el juez, cual es, como su nombre lo indica, la de juzgar.

[28] O lo que comúnmente se denomina como los hechos o situaciones fácticas argumentadas por las partes.

definiciones se hace alusión a los medios de prueba que son el instrumento o vehículo a través del cual se le lleva el conocimiento al juez, medios que en nuestro ordenamiento jurídico, como se indicó con anterioridad gozan de la prerrogativa denominada "libertad probatoria" lo que conlleva a excluir, de acuerdo a lo que dicta el mandato superior, solamente aquellas pruebas que hayan sido obtenidas con violación a derechos fundamentales o las que no han surtido el trámite legal previsto para ello[29]. Por lo que puede afirmarse que la exclusión probatoria desarrollada en la Carta Política busca en todo caso, la protección de los derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten a toda persona en el curso de un proceso (esto es desde que inicia, hasta que se profiere sentencia que pone fin a la controversia) o como lo ha dicho la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia:

> La regla de exclusión en materia probatoria, es un remedio de carácter constitucional con el fin de evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso. (Corte Constitucional, sentencia T–918 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Para concluir, la noción de prueba busca conseguir el resultado de seguridad o certeza en el conocimiento de los enunciados adquiridos por el juzgador, pues a través de ella las actuaciones y decisiones de la autoridad jurisdiccional se revisten de coherencia y objetividad (Dellpiane, 1961, p. 2) y en consecuencia, se hace posible hablar de una administración de justicia eficaz, eficiente y garante de los derechos fundamentales y las garantías procesales.

3. PRUEBA ELECTRÓNICA Y EVIDENCIA DIGITAL

La prueba electrónica, o también denominada prueba digital o informática hace referencia a toda aquella información que puede llegar a tener valor probatorio, es decir, que puede llevarle conocimiento al juzgador, pero que fue generada gracias al uso de herramientas tecnológicas y en consecuencia, esta almacenada o contenida en dispositivos electrónicos, (trátese de celulares inteligentes, tabletas, computadores, DVD, CDs, entre otros) o en medios digitales como puede ser una página web, un blog de internet, un

[29] "Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso" Constitución Política de Colombia, articulo 29, 1991.

correo electrónico, redes sociales, landing page[30], videos online, y muchos más. Una de las principales características de la prueba electrónica es el de ser elemento intangible, lo que permite definirla como la información que sujeta a la intervención humana o alguna similar puede extraerse de un medio informático.

Ahora bien, es importante señalar el concepto de documento electrónico, en aras de evitar confusiones, que no es otra cosa que la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, que se archiva en un soporte electrónico, en determinado formato, y en consecuencia, es susceptible de identificación; el anterior enunciado hace referencia tanto a documentos públicos como privados, y aquellos documentos expedidos y firmados de manera electrónica.

3.1 Características de la prueba electrónica

La prueba electrónica cuenta con características determinantes que permite su distinción frente a la denominada prueba tradicional o prueba en papel o soporte fisico:

1. Intangible: como se indicó en líneas anteriores, la prueba electrónica o digital hace referencia a aquella que se encuentra en formato electrónico, por lo tanto no es una prueba palpable como lo suele ser la prueba en papel, no obstante, es perceptible, y puede de ella deducirse lo correcto o incorrecto acerca de determinado hecho, esta característica permite tantas copias idénticas a la original como se deseen.
2. Volátiles: hace referencia a la facilidad en la modificación de los elementos electrónicos o aquellos contenidos en herramientas tecnológicas, toda vez que sus particularidades así lo permiten.
3. Delebles: las pruebas electrónicas pueden ser eliminadas del soporte electrónico que las contiene, o en el cual están almacenadas.
4. Parciales: las evidencias electrónicas, tanto en soporte físico como en soporte virtual, pueden estar a disposición de cualquier persona.

[30] En español, página de aterrizaje; se denomina de esta manera a una página web a la que la persona llega tras pulsar un enlace o botón en una guía, un portal o algún banner, situado en otra página web, aplicación, red social, correo electrónico o portal de internet.

5. Intrusivas: pueden afectar a derechos y libertades fundamentales de las personas, por ejemplo, pueden resultar vulnerados los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Con el desarrollo y las discusiones que se han presentado en torno al uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en las actuaciones procesales en concreto acerca de las pruebas electrónicas o digitales han surgido entre los doctrinantes y académicos distintas teorías acerca de estas; una de las primeras teorías apunta a afirmar que la prueba documental electrónica es totalmente distinta e independiente de la prueba documental en papel, por lo que, los requisitos exigidos para su aportación, practica y valoración deben ser más rigurosos que los de la prueba en papel, por ser el primero un medio de prueba susceptible de modificaciones, o alteraciones que puedan conllevar a la comisión de un fraude y, por lo tanto, la obtención de un fallo alejado de la verdad.

En segundo lugar, la teoría analógica, plantea que la prueba electrónica no es más que la actualización de la prueba documental porque las condiciones antiguas permitían un documento escrito en soporte papel, pero el avance tecnológico, consiente convalidar este por cualquier tipo de soporte. Y como no es otra cosa que la misma prueba documental actualizada en soporte distinto, es posible la aplicación del régimen probatorio que rige la prueba documental a toda aquella prueba electrónica[31].

Finalmente, la teoría de la equivalencia funcional plantea que tanto la prueba documental en soporte electrónico como aquella que se encuentra en soporte papel contienen o generan los mismos efectos jurídicos, no obstante, los documentos que se presenten en los dos tipos de soporten deberán detentar las características[32] que a continuación se enuncian:

- Identidad del contenido del documento de todas las partes que intervengan ella creación, envío o recibo del mismo.
- El documento debe ser legible mediante sistemas de software y hardware.

[31] Esta teoría admite la aplicación de las reglas de la sana crítica por parte del juzgador, y a la par las reglas de valoración de documentos que puedan regular la valoración de documentos de acuerdo a los diversos sistemas procesales.

[32] Estas características o más bien exigencias están diseñadas sobre todo para los documentos soportados en herramientas electrónicas, como se verá, algunas de las características nombradas no pueden ser aplicadas para los documentos en soporte papel, por cuanto son específicas solamente para aquellos que se encuentren almacenados o generados en medios electrónicos.

- Es importante su conservación y recuperación.
- Debe ser viable su traducción a lenguaje convencional[33]
- Debe existir la posibilidad de atribuirle la autoría del documento a una persona determinada.
- El documento debe contener garantías de fiabilidad, integridad, originalidad y autenticidad.

3.2 Jurisprudencia sobre la prueba electrónica

No son pocas las oportunidades en las que la Corte Constitucional se ha pronunciado no solo frente a los avances tecnológicos logrados en las últimas décadas sino frente al contenido de la Ley 527 de 1999 que fue la encargada de reglamenta el uso de los medios de comunicación modernos, el uso de EDI[34], mensaje de datos, su valides y fuerza probatoria, y en efecto, las transacciones y relaciones mercantiles que se lleven a cabo por vía electrónica y telemática. En sentencia C – 662 de 2000 el alto tribunal determina que el criterio o teoría adoptado tanto por la ley Modelo De la CNUDMI[35] como por la Ley

[33] Esta característica no es posible cumplirla en todos los casos, por cuanto la gran mayoría de la información generada a través de herramientas tecnológicas o herramientas que hacen uso de la inteligencia artificial contienen leguaje especifico y propio sin que sea posible su traducción, por lo tanto, en determinados casos será necesaria la intervención de peritos en el proceso, esto es, personas que conocen ese tipo de lenguaje especial que da vida a los sistemas tecnológicos y de inteligencia artificial con el fin de proporcionarle conocimiento técnico y especializado tanto al juez como a las partes.

Al respecto el Maestro Jairo Parra (2007) ha expresado que es posible que para que el documento electrónico pueda ser percibido por el ser humano se requiera de una maquina especifica con funciones de traductor, como sucede, cuando el documento tradicional está en idioma extranjero.

[34] Significa intercambio electrónico de datos, y hace referencia a la comunicación entre empresas de documentos comerciales entre empresas, en un formato estándar. La simple definición de EDI en un formato electrónico estándar que sustituye documentos en papel, como pedidos de compra o facturas.

[35] La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico tiene por objeto posibilitar y facilitar el comercio por medios electrónicos ofreciendo a los legisladores un conjunto de reglas internacionales aceptables encaminadas a suprimir los obstáculos jurídicos y a dar una mayor previsibilidad al comercio electrónico. En particular, la ley modelo tiene la finalidad de superar los obstáculos que plantean las disposiciones legislativas y que no pueden modificarse mediante contrato equiparando el trato dado a la información electrónica. Esa igualdad de tratamiento es esencial para hacer posibles las comunicaciones sin soporte de papel y para fomentar así la eficacia en el comercio internacional.

527 de 1999[36] sigue el criterio o teoría como se expuso con anterioridad de los "Equivalentes Funcionales" que se fundamenta en un análisis y funciones de la exigencia tradicional del documento en soporte papel, con el fin de determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas o documentos en soporte electrónico.

En Colombia, se adoptó un criterio flexible de la "teoría del equivalente funcional" en el que se tiene en cuenta los requisitos de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a los documentos en soporte papel, por cuanto los mensajes de datos, por su naturaleza y características no se encuentran consignados en soporte papel sino electrónico.

En suma, lo que ha dicho la ley, la doctrina, y la jurisprudencia colombiana es que los documentos electrónicos están en la capacidad de brindar similares niveles de seguridad que los documentos en soporte papel y, en casi todos los casos son capaces de brindar un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente en lo que concierne al origen y contenido de los datos, siempre y cuando se observen y cumplan los requisitos que la ley determino para estos documentos. El anterior criterio fue confirmado en sentencia C – 831 de 2001, pronunciamiento en el que además la Corte se adelantó al asegurar que las regulaciones contempladas en la Ley 527 de 1999 no eran aplicables solamente para las relaciones comerciales y mercantiles, sino que tales disposiciones se extendían a otro tipos de jurisdicciones incluida la especialidad penal.

En lo que respecta a la prueba electrónica, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C–604 de 2016 y en tal sentido afirmo que la ley[37] establece a los mensajes de datos como medios de convicción y su fuerza en cuanto tales, corresponde en la actualidad, a la fuerza que les otorga a los documentos en general el Código General del Proceso. Razón por la cual, el mismo ordenamiento jurídico prohíbe expresamente negarle capacidad demostrativa, efectos o validez jurídica, en cualquier actuación judicial o administrativa a la información que está contenida en un mensaje de datos, por el hecho de estar contenida en ese tipo de soporte o por no presentarse en su forma original[38].

[36] Cabe recordar que la Ley 527 de 1999 adopto gran parte dela normatividad contemplada en la Ley Modelo de Comercio Electrónico.

[37] Ley 527 de 1999.

[38] La Corte Constitucional admite la normatividad contemplada en la Ley 527 de 1999 frente a la regulación, validez y fuerza probatoria que tienen los mensajes de datos.

El alto tribunal es claro en aseverar que el legislador fijo reglas diferenciales en la apreciación de los mensajes de datos y en la apreciación de la impresión del mensaje de datos, por tratarse este último de una copia y no de su forma original.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010, puntualizo que, en efecto, en Colombia se le reconocen efectos jurídicos a los mensajes de datos, y entre ellos al correo electrónico, siendo el pilar normativo de tal disposición el principio o teoría de equivalencia funcional. No obstante, la Corte determinó que la valoración probatoria de los mensajes de datos o pruebas electrónicas se encuentra supeditada a criterios delimitados tales como: la confiabilidad[39] en la forma en la que se conserve la integridad de la información, y la forma como se identifica a su iniciador. En lo que refiere a la integridad[40] el alto tribunal manifestó que es el hecho de que la información contenida en el mensaje de datos sea recibido en su integridad por el destinatario, y que pueda cumplirse técnicamente con el proceso tecnológico denominado "sellamiento de mensaje"[41]. La integridad o integralidad de la información guarda un vínculo estrecho con la inalterabilidad[42], rastreabilidad[43], recuperabilidad[44], y conservación[45]. La autenticidad, refiere el alto tribunal la determina la seguridad con la que está dotado el mensaje de datos sobre la forma en que se generó y se conservó la información, y la forma en la que se logre identificar al iniciador. Para la Corte Suprema de Justicia tiene gran importancia la firma electrónica y la firma

[39] También fiabilidad.

[40] Algunos autores la definen como integralidad

[41] Es el procedimiento mediante el cual aquel se condensa de forma algorítmica y se acompaña el mensaje de datos durante su transmisión. El procedimiento de sellamiento de mensaje por su complejidad generalmente lo realiza un laboratorio de evidencias digitales.

[42] Hace referencia a la certeza de que el documento ha permanecido completo, si haber reinscrito o reutilizado el soporte informático que fue utilizado para su elaboración.

[43] Puede definirse como el conocimiento acerca de la procedencia y la ubicación del documento, así como la posibilidad de acceder al estado en el que se encontraba en una determinada fecha para revertir cambios.

[44] Es la posibilidad de volver a tener el documento electrónico en su completud, o en el estado en el que se encontraba en determinada fecha.

[45] Su objetivo es conservar inalterada la información del documento digital. En formato digital, para poder preservarlo es necesaria la transformación de su formato a lo largo del tiempo para permitir que la información contenida en el documento siga siendo legible, autentica e integra.

digital en la identificación de la autenticidad del mensaje; en este sentido, enfatiza la Corte que el método que garantiza la identificación del autor, la integralidad y confidencialidad del mensaje de datos es la criptografía asimétrica[46] utilizada para la creación de la firma digital.

Por consiguiente, en el caso que ocupo el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, al correo electrónico no le fue reconocida su autenticidad por el hecho de no aparecer en él la firma del autor. A pesar de esta concepción, la Corte Suprema de Justicia admite que, si el mensaje de datos carece de firma, el juez podrá adquirir certeza sobre su autoría a través de otras herramientas, o con el reconocimiento del documento por parte de la persona a quien se le atribuye su autoría.

Finalmente, la sentencia T – 043 del año 2020 de la Corte Constitucional abre nuevamente el debate acerca de las pruebas electrónicas y la validez que poseen éstas en el proceso jurisdiccional, específicamente se ocupó de la validez de la impresión de los pantallazos[47] de un dispositivo electrónico. Es importante mencionar, que el pronunciamiento de la Corte no define el concepto de la prueba electrónica, ni el uso de ésta, tampoco establece las características de que deben disponer este tipo de pruebas; únicamente se enfoca en realizar una explicación acerca del valor probatorio de los pantallazos impresos del aplicativo de whatsapp, otorgándoles tratamiento de prueba indiciaria[48].

La Corte adopta la determinación de concederle el valor de prueba indiciaria a los pantallazos impresos de whatsapp, fundamentando su decisión en el

[46] También conocida como criptografía de clave publica o criptografía de dos claves, es un sistema criptográfico que se caracteriza por usar dos claves, una calve publica y una privada, para el envío de mensajes o datos. Permite establecer una conexión segura entre dos partes, autenticando mutuamente a las dos partes y permitiendo el envío de información entre éstas. Generalmente es utilizada para la protección de archivos, carpetas y unidades contra el acceso no autorizado e intercambiar mensajes confidenciales.

[47] El caso concreto de que se ocupó la Corte Constitucional en la sentencia T-043 de 2020 es acerca de la validez de los pantallazos impresos del aplicativo whatsapp.

[48] El valor probatorio como prueba indiciaria que la Corte otorga a los pantallazos impresos de whatsapp tiene sustento en la tesis desarrollada por algunos autores tales como Federico Bueno de Mata y Gastón Bielli. Al respecto es posible consultar el artículo que desarrolla lo concerniente a la prueba electrónica, sus características, el uso y validez dentro del proceso y el valor probatorio de los pantallazos impresos de whatsapp desarrollado por el último autor: https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4384-prueba-electronica-incorporacion-admision-y-valoracion-capturas.

hecho de que estas, pruebas revisten informalidad, y generan dudas acerca de su origen, autenticidad y mismidad[49], toda vez que como lo afirma el alto tribunal no existen mecanismos técnicos o tecnológicos que determinen esas características como si procede con la prueba electrónica o digital. Es menester mencionar, que la Corte determina que en ningún caso puede concebirse el pantallazo como una prueba electrónica, por cuanto no cumple las atribuciones propias de éstas. De modo que, al ser valorado el pantallazo como una prueba indiciaria su valor es reducido, y solo tendrá fuerza probatoria cuando esté acompañada de otros elementos que permitan concluir que un hecho es correcto o incorrecto.

En contraposición, a la postura de la Honorable Corte Constitucional, encuentra este autor, que si bien es cierto, la impresión de pantallazos de hechos contenidos en dispositivos electrónicos no son prueba electrónica, por cuanto como en efecto lo afirma la Corte, no cumple con la características que identifican a la prueba electrónica o digital, lo cierto es que la impresión como bien se determinó en jurisprudencia de antaño y, como lo consagra el Código General del Proceso, es un documento, por ser éste copia de la prueba original, salvo que se encuentra soportada en papel, razón por la cual, debe valorarse de acuerdo a las reglas estimadas para la prueba documental, sin dejar de lado la aplicación de las reglas de la sana critica en cabeza de la autoridad judicial. En consecuencia, y en ejercicio del derecho de defensa y contradicción cuando se tenga dudas acerca de su autenticidad, origen y mismidad, siguiendo los preceptos diseñados por el legislador, deberá proponerse la tacha de falsedad y el desconocimiento del documento. Es relevante entonces, mencionar que para la formulación de estos instrumentos de contradicción en algunos casos será necesario el dictamen de peritos o laboratorios técnicos y expertos en manejo de evidencias y en general documentos o archivos generados, transmitidos, y contenidos en espacios electrónicos o digitales, que permitan la refutación de la prueba electrónica.

4. ALGUNAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN EL MANEJO DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

El desarrollo de la actividad procesal y judicial lleva consigo el respeto y cumplimiento de las garantías procesales y los derechos fundamentales que

[49] El principio de mismidad establece que la evidencia probatoria que se lleva a los estrados judiciales o a la autoridad judicial debe ser la misma que se recogió en la escena del delito o en el curso de las actuaciones adelantadas por los investigadores.

le asisten a quienes participan en calidad de partes, terceros y representantes en el proceso judicial. Las garantías convencionales, constitucionales y legales son la seguridad que se otorga a quienes acuden a la administración de justicia para impedir que el goce efectivo de sus derechos fundamentales se vea cercenado por ejercicios arbitrarios de la autoridad judicial.

Dentro de este orden de ideas, las garantías constitucionales que hacen parte de todo proceso judicial y administrativo contienen un cumulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos no solamente en la Constitución sino también en Tratados Internacionales debidamente adoptados y ratificados por el Estado Colombiano, que tienen como finalidad otorgar a los intervinientes en el proceso un marco de seguridad jurídica y la necesidad de que el Estado representado por la autoridad judicial vele por el respeto, observancia y protección de los derechos fundamentales a lo largo de la actividad procesal.

El uso de herramientas de tecnologías de la información y de la comunicación no cambia en aspecto alguno la observancia de las garantías procesales, por el contrario, el uso de este tipo de instrumentos en la actividad judicial implica un mayor cuidado en el esmero en la protección y observancia de las garantías constitucionales y, por consiguiente, de los derechos fundamentales que le asiste a las personas por el hecho de serlo. A continuación detallaremos algunas[50] de las garantías que deben tenerse en cuenta en el proceso cuando, en él medie el uso de herramientas tecnológicas y electrónicas.

4.1 Igualdad

La igualdad en el proceso se predica de cada una de las partes procesales, e implica la posibilidad de establecer e implementar, sin lugar a discriminaciones, cada uno de los mecanismos que pone bajo su disposición el derecho para actuar y para defenderse dentro de un proceso. La desigualdad procesal, conlleva entonces, a la vulneración de principios y de derechos de suma importancia en un estado que como el nuestro se pregona Social y de Derecho, tales como el debido proceso y el derecho a la defensa y a la contradicción. (Corte Constitucional, Sentencia C-690 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

Esta garantía y principio impone a las autoridades judiciales la obligación y el deber de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en un proceso judicial,

[50] Es menester mencionar que es larga la lista de garantías que rodean el proceso o la actividad jurisdiccional.

buscando sobre todo la protección especial de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias[51] de debilidad manifiesta.

Al respecto la Corte Constitucional afirmo:

> La igualdad de oportunidades en un mundo caracterizado por diferencias de tipo étnico, cultural, económico, social, entre otros; se garantiza mediante la protección y trato proveniente de las mismas autoridades judiciales. Razón por la cual éstas tienen la oportunidad de establecer las diferencias a favor de personas que se encuentren en condiciones de desigualdad por sus circunstancias de discriminación o debilidad manifiesta. (Corte Constitucional, Sentencia T–869 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Por consiguiente, el uso de herramientas tecnológicas en el proceso judicial no acarrea el olvido o la exclusión de la igualdad en el proceso; al contrario, esta se predica de todo tipo de actuaciones, por lo que, debe garantizarse iguales oportunidades de defensa, aun cuando se trata del manejo y contradicción de la prueba electrónica. En suma sin, importar el tipo de proceso, o las herramientas que se utilicen en el desarrollo del mismo, la autoridad judicial debe propender por la protección y trato igualitario de las partes en el proceso a fin de que gocen de los mismos derechos y oportunidades dentro de éste, sin obviar las diferencias que marcan a los seres humanos en los distintos ámbitos de la vida, es más, como lo ha reiterado la Corte Constitucional, las autoridades judiciales deben partir de ese hecho factico para hacer efectiva la igualdad[52].

Garantizar la igualdad, entonces refiere a que la autoridad judicial debe asegurarse de que las partes, intervinientes y representantes judiciales tienen

[51] Este precepto está estipulado en la normatividad procesal, y en consecuencia, fue establecida en la Ley 2213 de 2022, determinando que: el acceso a la administración de justicia a través de herramientas tecnológicas e informáticas debe respetar el derecho a la igualdad, por lo cual las mismas serán aplicables cuando las autoridades judiciales y los sujetos procesales y los profesionales del derecho dispongan de los medios tecnológicos idóneos para acceder de forma digital, no pudiendo, so pena de su uso, omitir la atención presencial en los despachos judiciales cuando el usuario del servicio lo requiera y brindando especiales medidas a la población en condición de vulnerabilidad o en sitios del territorio donde no se disponga de conectividad dada su condición geográfica".

[52] Los doctrinantes, académicos, y la jurisprudencia en general, ha tomado como regla base para el entendimiento de la igualdad la frase que reza: "hay que tratar igual a lo igual y desigual a o desigual respecto de situaciones fácticas específicas".

iguales condiciones de acceso a internet, de acceso y conocimiento de herramientas tecnológicas, de modo que, de modo que no se vea cercenado su derecho a la defensa, a la contradicción y genéricamente el derecho al debido proceso.

4.2 Contradicción y defensa

El contenido del artículo 29[53] de la Constitución Política entraña el derecho de defensa y contradicción en cabeza de todas las personas, que hace referencia a la oportunidad que tiene la persona en el ámbito de un proceso judicial o administrativo de ser oído, se hacer valer los argumentos que refiere en la defensa de su interés, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas que en contra suyo se presenten, y en ese sentido tiene la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas que considere pertinente a su favor, así como la posibilidad de hacer uso de los recursos de impugnación que la ley le otorga. El ejercicio de la contradicción y de la defensa limita la arbitrariedad de la autoridad judicial y de agentes estatales con el objeto de buscar un fallo justo, mediante la búsqueda y obtención de la verdad material, con la activa participación de quien demanda algún interés en favor suyo, y de quien se opone a tal pretensión por eventualmente verse afectado. (Corte Constitucional, sentencia C – 025 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

4.3 Universalidad

El uso de tecnologías de la información y la comunicación en la actividad judicial debe asegurar el acceso, la consulta, el manejo y la adaptabilidad de los mismos a las personas[54] que se involucran en un proceso o que eventualmente pueden recurrir a la administración de justicia[55], de modo que las acciones que se realicen a lo largo de la actividad judicial deben resultar beneficiosas para todos, en aplicación de la garantía de igualdad, atrás estudiada.

[53] "…Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho…"

[54] Trátese de partes, profesionales del derecho, autoridades judiciales e incluso los operadores jurídicos.

[55] Bien lo decía Kant, si una acción no es correcta para todas las situaciones entonces no es correcta para ninguna situación específica.

La implementación y uso de nuevas tecnologías en el proceso debe atender a las necesidades especiales que caracterizan a ciertos grupos poblacionales, (personas en situación de discapacidad, personas de la tercera edad, personas víctimas del conflicto armado, personas en situación de vulnerabilidad) de manera que, el uso de estas herramientas garantice el acceso pleno a todos los usuarios, situación que exige por parte del Estado la implementación de programas que propenda por el derecho pleno al acceso al desarrollo tecnológico[56].

4.4 Buena fe y lealtad

Todas las actuaciones procesales que se desarrollen deben hacerse con observancia de la rectitud, probidad, honestidad, publicidad, y responsabilidad. Estas actuaciones se reconocen exigen, por un lado respecto de las actuaciones de las partes entre sí mismas y de cara al proceso judicial; y en segundo lugar, respecto de la conducta de los jueces y servidores judiciales en el desarrollo propio de sus funciones en la administración de justicia.

En virtud de ello, tanto a las partes como a los funcionarios y autoridades judiciales les está prohibido las conductas que busquen entorpecer el curso correcto y normal del proceso, la formulación de recursos que resulten improcedentes, la presentación de pruebas en momentos inadecuados, y el retiro de las mismas solamente en los momentos en que proceda, se proscribe las afirmaciones o negaciones cuya intención sea maliciosa o impertinente, las imputaciones descontextualizadas, deshonrosas, entre otras.

> El principio de no repudio o irrenunciabilidad de los actos permite demostrar los extremos de una comunicación electrónica, de modo que el emisor no pueda negar su origen o su envío, ni el receptor pueda negar su recepción, en la medida en que ambos cuentan con pruebas de tales hechos. (Nattan Nissimblat, 2014, p. 80).

En lo que respecta a las actuaciones judiciales que hacen uso de las herramientas electrónicas el principio de buena fe y lealtad procesal se hallan contenidos en la presunción de autenticidad de los mensajes de datos, así como en los principios de originalidad y mismidad; no obstante, no está de más recordar, que una de las características estudiadas de la prueba

[56] Esta situación, por lo menos para el caso colombiano, se estrella con barreras de tipo social, económico y jurídico.

electrónica es la volatilidad de la misma, por lo que podría verse afectada por cambios introducidos por quienes siendo parte en el proceso pretenden con tal actuación inducir a error al juzgador de tal forma que la sentencia o el fallo resulten favorables para sí, incurriendo de esta manera en una conducta que vulnera la lealtad y las practicas morales que se exigen de las partes[57].

4.5 Ilicitud de la prueba y Derecho a la Intimidad

Una de las discusiones más relevantes surge en torno a la intimidad o privacidad de las personas y el potencial que tienen las herramientas tecnológicas para develar aspectos de suma importancia pertenecientes a la esfera privada de la vida de las personas. Las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones no solo nos presentan formas más fáciles de comunicación, sino que traen consigo la posibilidad de injerencia en la intimidad de las personas, la consecución de medios probatorios puede conllevar a una violación y transgresión de las libertades y autonomía en cabeza de la persona; grabaciones de situaciones que afectan la intimidad de la persona, aportación de conversaciones que develan datos personales, son apenas algunos de los ejemplos que en materia probatoria pueden ser causal de transgresiones a derechos fundamentales, situación que da lugar a sanciones dentro de la actividad judicial, como se verá más adelante.

Por su parte, el derecho a la intimidad ha sido definido por la constitución, la jurisprudencia y la ley como un derecho fundamental que les permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores; a la par este derecho le permite a las personas fortalecer y desarrollar su condición de seres libres y autónomos (presupuesto esencial de un Estado como el nuestro[58]). Como lo ha expresado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, solamente reconociendo la autonomía e individualidad de las personas puede hablarse del respeto por la dignidad humana que sirve de fundamento al Estado Colombiano. (Corte Constitucional, sentencia C – 640 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo).

En segundo lugar, cuando se habla de prueba ilícita, no es otra cosa que aquella prueba que se obtiene con vulneración a los derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincri-

[57] Cabe recordar que tales conductas acarrean consecuencias, disciplinarias y penales.

[58] Estado Social de Derecho.

minación y aquellas pruebas en cuya producción y practica se somete a las personas a torturas tratos crueles e inhumanos[59].

Debe señalarse que ante la presencia de una prueba ilícita el ordenamiento jurídico colombiano, desde lo que funda la constitución, las leyes y la interpretación que han realizado las altas cortes frente al tema, ha establecido una sanción para quienes allegan al proceso una prueba ilícita; la sanción consiste en la declaratoria de nulidad de pleno derecho del medio probatorio, y en consecuencia, la exclusión de éste de la Litis[60].

Por lo tanto, del anterior tamiz no se excluye ningún medio probatorio; lo que quiere decir que a las pruebas electrónicas ilícitas le aplica en igual modo la sanción descrita, lo que garantiza la protección de los derechos fundamentales de la persona aun cuando la prueba se ha generado en ambientes electrónicos o en caso de que la actividad judicial sea desarrollada con el uso de herramientas de las nuevas tecnologías y de las comunicaciones, porque recordemos un Estado como el nuestro Social de Derecho debe propender por la garantía del acceso a la administración de justicia en condiciones de eficiencia y efectividad y en un ambiente de respeto por los derechos fundamentales.

Los avances tecnológicos y su uso en distintos ámbitos de la vida, incluyendo lo judicial, está provocando la idea de que sea redefinido el concepto del derecho a la intimidad con base en las injerencias que las herramientas tecnológicas hacen en los datos y vida cotidiana de las personas; no obstante, vale la pena recordar que la protección a la intimidad se erige como un requisito para la construcción de la autonómica individual, característica propia de un sujeto democrático, por lo que deben aplicarse todos los mecanismos constitucionales, procesales y legales dispuestos para la protección del derecho fundamental a la intimidad, derecho que, como es sabido, no se circunscribe a ciertas personas sino a todas por el simple hecho de serlo y de encontrarse amparadas por la Carta Política. En consecuencia, el uso provechoso de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones en la actividad jurisdiccional e incluso en la vida cotidiana no puede ser sinónimo de vulneración e incumplimiento de los derechos fundamentales, y en especial de la dignidad humana y el derecho a la intimidad, que deben en todo caso, ser protegidos por el Estado, en cabeza de las autoridades judiciales. El avance tecnológico no puede significar retroceso en materia de garantías fundamentales cuya consecución han significado años de lucha social.

[59] Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación No. 26.833. M.P. Javier Zapata Ortiz.

[60] Corte Constitucional, Sentencia C- 591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

5. CONCLUSIONES

1. El cambio tecnológico que presenta el mundo en la actualidad, sin lugar a dudas plantea retos en el régimen jurídico nacional, de modo responder de manera eficaz a la demanda que se plantea en los ámbitos sociales, económicos y empresariales.
2. El debido proceso es una garantía que relumbra todo proceso jurisdiccional o administrativo independientemente de si los actos procesales se desarrollan de manera presencial o haciendo uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones.
3. La prueba o el derecho a probar es un derecho fundamental en cabeza de todas las personas, por cuanto permite llevarle conocimiento al juez acerca de las situaciones fácticas y de este modo formar convicción en el juez sobre lo correcto o incorrecto de los hechos, de modo que, pueda tomar una decisión debidamente motivada.
4. La garantía del derecho de defensa y del derecho a la igualdad que se predican de todos los procesos judiciales implica que se estandaricen y se obre en pro de la universalidad de las herramientas tecnológicas que se empleen en la actividad judicial; de modo que, el juez como director del proceso asegure las garantías tales como: herramientas tecnológicas al alcance de todos, de manera que asegure, la igualdad de las partes, el ejercicio de contradicción de las pruebas y, el derecho a impugnar y demás garantías que se erigen como corolario del debido proceso contemplado en el artículo 29 constitucional.
5. El uso de herramientas tecnológicas en el desarrollo de la actividad judicial impone grandes beneficios pero a la par grandes retos, por lo que en aras de asegurar la universalidad y la igualdad de las partes, el Estado Colombiano debe trabajar porque toda la población colombiana tenga acceso a internet y al uso de herramientas tecnológicas, de manera que quienes no cuenten con equipos de cómputo y consecuencia su acceso a internet sea limitado, puedan acceder a esto a través de entidades como personerías, defensorías, alcaldías, entre otras.
6. En virtud del principio de libertad probatoria, son válidos aquellos medios de prueba que han sido generados y almacenados en espacios o ambientes electrónicos, el ordenamiento jurídico colombiano, así como la jurisprudencia han determinado que las pruebas electrónicos gozan de total validez y fuerza probatoria.

7. La incorporación de pruebas electrónicas al proceso no es sinónimo de violación de garantías y derechos fundamentales, toda vez que éstas son transversales a toda actuación judicial y administrativa y su observancia no está sometida a discusión.
8. Las herramientas tecnológicas llegaron para quedarse, por lo que el sistema judicial debe aprovechar todos los beneficios que éstas traen en aras de garantizar un acceso real y efectivo a la administración de justicia en condiciones de igualdad para todas las personas.

BIBLIOGRAFÍA

Acuña, J. El Principio de Igualdad en la Legislación Colombiana, Universidad Libre, 2009. Bogotá.

Azula, J. Pruebas Judiciales. Manual de derecho Procesal. 3ª edición. Bogotá. Temis. 2008.

Beltrán, J. Prueba y Verdad en el Derecho. 2ª Edición. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2005.

Bentham, J. Tratado de las Pruebas Judiciales. Tomo I. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa – América.1979

Bielli, G. Prueba Electrónica: Incorporación, Admisión y Valoración de capturas de Pantalla en el Proceso de Familia. 2019. Tomado de: https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4384-prueba-electronica-incorporacion-admision-y-valoracion-capturas.

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

Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz. Bogotá. 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá. 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-690 de 2008. M.P Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá. 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-025 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá. 2009.

Corte Constitucional. Sentencia T-043 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá. 2020

Corte suprema de Justicia. Sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010, Rad. 11001311000520040107401. M.P. Antonio Munar Cadena. Bogotá. 2010.

Cruz, H. Inmediación, Debido Proceso y Practica Probatoria en entornos Digitales. Memorias del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 2020.

Dellipiane, A. Nueva Teoría General de la Prueba. 9ª Edición. Temis. Bogotá. 1983.

Devis, H. Prueba Judiciales. Compendio de Derecho procesal. Sexta Edición, Tomo II. Bogotá. 1979.

Devis, H. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá. Temis. 2002.

Herrera, J. Estudio de la Prueba Electrónica, su Preservación Adulteración, Mecanismos de Defensa y valoración en el Proceso Judicial. [Monografía de maestría] Universidad Externado de Colombia, 2021. Bogotá. Tomado de:https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/3948/GHAAA-spa-2021-Estudio_de_la_prueba_electronica_su_preservacion_adulteracion_mecanismos_de_defensa_y_valoracion_en_el_proceso?sequence=1&isAllowed=y.

Huertas, O., Prieto, J., Jiménez P., La Prueba Ilegal e Ilícita, Su Tratamiento de Exclusión en el Proceso Penal Colombiano, Revista Misión Jurídica, 2015. Tomado de: https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/La-prueba-ilegal-e-ilicita-su-tratamiento-de-exclusion-probatoria-en-el-proceso-penal-colombiano.pdf.

Ley 2213 de 2022. Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales. 13 de junio de 2022. D.O. No. 52.064.

Luo, A. La valoración de la Prueba Electronica en el Proceso Civil. Universidad Pontificia icai Icade Comillas. Madrid, 2018. Tomado de: https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/20814/TFG%20-Luo%20Qiu%2C%20Angela.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Molina, O., Beltran, L., Contreras, O., La Prueba Electrónica y Digital Aclaración de las Diferencias Jurídicas en Colombia. Institución Universitaria Politécnico Gran colombiano. S.f.

Morales, F. Validez de la Prueba Electrónica, un Estudio sobre la Firma Digital y Electrónica. Universidad Católica de Colombia, 2016. Tomado de: https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13779/4/VALIDEZ%20DE%20LA%20PRUEBA%20ELECTRONICA.pdf.

Parra, J. Manual de Derecho Probatorio. 18 Edición. Ediciones del Profesional. Bogotá. 2011.

Parra, D. Requisitos Jurídicos para la Validez Jurídica de la Prueba Digital. Universidad Católica de Colombia. 2019. Tomado de: https://repository.ucatolica.

edu.co/bitstream/10983/23853/1/Trabajo%20Prueba%20Digital%20aprobado.pdf.

Ruiz, L. El Derecho a la Prueba como un derecho Fundamental. 2007. Tomado de: https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/2552/2076.

Tamayo, J. La Prueba Electrónica: Cinco Aspectos Fundamentales para su Debida Valoración por el Juez. 2021. Tomado de: https://abogadostamayotamayo.com/la-prueba-electronica-cinco-aspectos-fundamentales-para-su-debida-valoracion-por-el-juez/.

Taruffo, M. La Prueba. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 20087.

Zagrebelsky, G. Derecho Dúctil. Madrid Editorial Trotta. 1995.

REFLEXIONES EN TORNO A LOS REQUISITOS FORMALES DEL DICTAMEN PERICIAL*

*Miguel Andrés Ibáñez Castañeda***

RESUMEN

En el ámbito procesal civil colombiano, la adopción preferente del modelo de dictamen pericial[1] de parte conllevó a que el legislador procesal dispusiera una serie de requisitos formales[2] que toda experticia debía cumplir con el fin de materializar, entre otros, el postulado de tutela judicial efectiva. En la práctica, muchas probanzas expertas no cumplieron tales exigencias, lo que derivó en que algunos jueces inadmitieran el dictamen para que se subsanaran las falencias advertidas, otros negaban el decreto de la prueba por incumplir esos requisitos y, finalmente, algunos optaron por decretarla a pesar de las deficiencias, para luego, restarle valor probatorio en la sentencia. De las distintas posibilidades advertidas, la Sala de Casación tomó partido a través de distintos pronunciamientos que en este texto serán relacionados.

Palabras clave: Dictamen pericial, requisitos formales, rechazo probatorio, valoración, requisitos de admisibilidad probatoria.

* El presente escrito hace parte de la investigación realizada en el proyecto de grado presentado para optar como Magister en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia titulado: Control de admisibilidad específico para la prueba científica en el Proceso Civil Colombiano.

** Miguel Andrés Ibáñez Castañeda, Profesional especializado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, docente de pregrado y posgrado, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, magister en Derecho Procesal y especialista en pedagogía y docencia universitaria.

1 Cfr. Azula Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal Tomo VI Pruebas Judiciales. Editorial Temis, Bogotá, 2015, p. 301.

2 Código General del Proceso.

1. MODELO DE APORTACIÓN ACTUAL DE LA PRUEBA PERICIAL

El código general del proceso adoptó un modelo mixto de dictamen pericial en lo que a su presentación al proceso se refiere, toda vez que se dispone la prueba de parte en el artículo 227 o de oficio en el artículo 230 y siguientes, es por ello que no se comparte totalmente la idea de concebir un modelo único de dictamen pericial de parte, máxime, si la misma legislación en casos particulares, como el del proceso ejecutivo frente al avalúo de los bienes sujetos a remate, distintos de inmuebles o automotores, caso en el cual se faculta al Juez para decretar la pericia de oficio en virtud del artículo 444, numeral 6[3].

A pesar de lo anterior es necesario recalcar la intención del legislador de dar preponderancia[4] al dictamen de parte o previo, atendiendo a múltiples principios procesales como el de celeridad procesal y tutela judicial efectiva, atendiendo a que tal modelo de aportación facilita la contradicción, la práctica y por ende ayuda en la eficiencia de los procesos en cuanto a la duración razonable de los mismos.

2. CRITERIOS ACTUALES DE ADMISIBILIDAD O RECHAZO DE LA PRUEBA PERICIAL

En lo que compete al decreto de ese tipo de pruebas se observa en parte de la doctrina nacional[5], una posición formal-procesal, frente al decreto de la prueba pericial de oficio y de parte, percibiéndose tal medio de convicción como una útil herramienta para la corroboración de hechos, pero a la cual

[3] Azula Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal Tomo VI Pruebas Judiciales. Editorial Temis, Bogotá, 2015, p. 301.

[4] Ochoa., Mauricio. Tratado de los dictámenes periciales Instituciones Jurídicas Económicas, Contables y Tributarias, Biblioteca Jurídica Dáke, Medellín, 2017, pp. 66 y ss.

[5] Bermúdez, Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte. Su regulación en el Código de Procedimiento Administrado y de lo Contencioso Administrativo y en el Código General del Proceso. ob. Cit., pp. 206 y ss.

Azula Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal Tomo VI Pruebas Judiciales. Editorial Temis, Bogotá, 2015, pág. 301, Rojas, Miguel. Lecciones de Derecho Procesal Tomo III pruebas civiles. Editorial Escuela de Actualización Jurídica, Bogotá, 2015, p. 391

Canosa, Ulises. Código General del Proceso. Aspectos probatorios. En: Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Editorial Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Universidad Libre, Bogotá, 2012, p. 48.

no se le presta gran atención en cuanto a requisitos de validez metodología o formal.

Para Pabón Liliana y Vargas Orión, refiriéndose a la "admisión del dictamen pericial" la prueba pericial "*será admisible siempre que cumpla con los criterios científicos que como tal exige dicha prueba (…)*"[6] a lo cual le añaden la verificación de lo que doctrinalmente se conoce, al menos en Colombia, como requisitos intrínsecos de la prueba.

De tal apreciación, parece desprenderse la idea de que si la prueba requiere conocimientos expertos y la misma no los ostenta no podrá ser admisible, situación que no resulta del todo acorde con la hermenéutica expresa de la legislación procesal civil que no regula como regla de exclusión el referido criterio.

Al margen de lo anterior, no se observa una fuerte postura doctrinal que contraríe que el Juez y las partes no disponen de criterios específicos que permitan negar el decreto de una prueba pericial, salvo por los casos establecidos de ilicitud, impertinencia, inconducencia e inutilidad, que consagra el legislador adjetivo[7].

Y no se trata de que el juez valore los resultados de la prueba pericial en una etapa previa al decreto, se trata de que el juez comprenda si la metodología aplicada a la realización de la experticia, satisface estándares metodológicos que garanticen el fin epistémico del proceso judicial; situación que por lo menos en la doctrina colombiana, indistintamente de los motivos, no ha sido exhaustivamente tratada, a diferencia de otras etapas probatorias como la solicitud o aporte de pruebas, la práctica y contradicción y la valoración judicial.

3. CONTROL DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

Uno de los objetivos principales del derecho probatorio es lograr la reconstrucción de los hechos para saber a quién le asiste el derecho[8], lo relativo a

[6] Pabón, Liliana y Vargas, Orión. La prueba pericial en el proceso civil en Colombia. Regulación, dudas, incertidumbres y desafíos. En: El derecho probatorio y la decisión judicial. Agudelo Mejía, Dimaro; et ad. Sello editorial Universidad de Medellín. Medellín. 2016, p. 169.

[7] Código General del Proceso, artículo 226.

[8] Parra Quijano Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá D.C., 2011, p. 3.

decidir quién tiene la razón es una tarea naturalmente del juez, sin embargo, la tarea de la reconstrucción de los hechos corresponde a diferentes sujetos, atendiendo a la naturaleza del sistema jurídico y las facultades oficiosas que se concedan o no al juez. Independiente de lo anterior, la tarea de reconstrucción se lleva a cabo a través de las pruebas que ingresan al proceso, pero, ¿todas las pruebas pueden ingresar al proceso?

Abundante es la doctrina en torno a algunas etapas de la actividad de la prueba como la práctica y la valoración, no obstante, la etapa de admisión de la prueba, dependiendo del sistema jurídico, tiende a tener distintos tratamientos, que en pocas ocasiones encuentran amplio desarrollo por parte de los actores del escenario jurídico.

Al respecto Jordi Nieva Fenoll indica:

> "La fase de admisión de pruebas es una de las grandes olvidadas por los tratadistas. Se practica enteramente de oficio, pese a lo cual no ha despertado suspicacias por parte de los grandes detractores de la prueba de oficio en el proceso, probablemente por haber pasado inadvertida. (…).
>
> Sea como fuere, lo que se observa en la práctica es que la actividad de admisión de las pruebas en el proceso civil padece de un cierto automatismo. Lo que suele suceder es que se admite toda la documental aportada, sorprendentemente se admite siempre el interrogatorio de las partes, aunque no suele contribuir –como ya se dijo- a esclarecer absolutamente nada, se rechaza sistemáticamente el reconocimiento judicial , que suponga traslado del juez de su sede, centrándose la única duda, solamente en las pruebas testificales y periciales. Y ni siquiera realmente en estas últimas puesto que al menos en España donde prepondera el perito de parte –no así el de designación judicial-, los dictámenes periciales acompañados a la demanda y a la contestación se admiten como un documento más. (…)."[9] (Subrayas resaltadas)

Para efectos de evitar demoras y complicaciones en el funcionamiento del proceso[10] se hacen necesarios filtros que faciliten que al proceso únicamente ingresen pruebas que como se verá más adelante correspondan a unos estándares comunes que ayuden a la consecución de una resolución judicial ajustada a derecho, sin dilaciones y por ende eficiente. Tales filtros

[9] Nieva Fenoll, Jordi. Inteligencia artificial y proceso judicial, pp. 36 y 37

[10] Taruffo Michele. La prueba. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 37.

de admisibilidad adquieren mayor importancia si se tiene en cuenta que la determinación de los hechos se efectúa únicamente con base en las pruebas "admitidas y practicadas en el juicio"[11].

Dependiendo del si se trata del sistema jurídico de common law o civil law[12], tales filtros tienden a ser más o menos exigentes, atendiendo el primero, a circunstancias que generan que la mayoría de casos ni siquiera lleguen a juicio, quizás por la exigencia requerida para la admisión probatoria. Por el contrario, en los sistemas de civil law, los criterios de admisibilidad tienden a ser más generales por no decir laxos, al momento de permitir el ingreso de las pruebas al proceso, lo que evidentemente tiene, transversal importancia en la admisión de la prueba pericial, atendiendo al contenido epistémico y metodológico de la misma.

De lo anterior podemos inferir que la labor de admitir las pruebas corresponde al Juez, pero dejar a su amplio e ilimitado arbitrio dicha labor, no es tolerado aun en los sistemas jurídicos en que el juez tiene amplios poderes oficiosos y de instrucción[13]. Es por ello, que el legislador le otorga a quienes participan en el rol jurisdiccional unos criterios o parámetros que permiten dilucidar cuales son las pruebas que pueden ingresar al proceso, indubitablemente, esos criterios de admisión probatoria, pueden ser estudiados paralelamente como reglas de exclusión[14] de las pruebas, refiriéndose a aquellas que, por no cumplir con los parámetros dispuestos por el legislador, deben ser rechazadas en el marco del proceso.

Ferrer Beltrán[15], Citando a Bentham, Taruffo y Gascón al referirse a la importancia del fin epistémico del proceso, enmarca un macro criterio de admisibilidad, la relevancia:

> *"De este modo, adquiere una relevancia destacada el estudio de los filtros para la admisión de pruebas en el proceso. Un primer filtro, de orden epistemológico, prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante sobre los hechos que se juzgan."*

[11] Vázquez Carmen. De la prueba pericial a la prueba científica. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 28.

[12] Vázquez Carmen. Estándares de Prueba y Prueba Científica: Ensayos de epistemología jurídica. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 12.

[13] Taruffo Michele. La prueba. Ob. cit., p. 37.

[14] Vázquez, Carmen. De la prueba pericial a la prueba científica. Ob. cit., p. 31.

[15] Ferrer Beltrán Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. En: Vázquez, Carmen Estándares de Prueba y Prueba Científica: Ensayos de epistemología jurídica. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 25.

Sin embargo, la simple relevancia o pertinencia de la prueba no es suficiente para admitir, sin más, la prueba, pues, junto a tal filtro o criterio de admisibilidad se erigen otros filtros de similar importancia, haciendo que solo se admita la prueba relevante cuando no deba excluirse en virtud de los criterios adicionales prescritos por las reglas jurídicas[16], tales como los instituidos en virtud de los derechos fundamentales.

Los criterios de admisibilidad generales, dispuestos por el legislador en cada sistema jurídico son una guía de no muy alta dificultad para el entendimiento de las partes y mucho menos del Juez, a fin de facilitar el ejercicio de excluir las pruebas que en últimas no sean relevantes y aquellas que atenten en contra de valores generales o intereses individuales"[17] de singular protección legal-constitucional.

4. ADMISIBILIDAD DEL DICTAMEN PERICIAL

La prueba pericial no escapa a superar los mencionados filtros de admisibilidad, sin embargo, vale la pena preguntarse, si los presupuestos generales de admisibilidad previstos por el Código General del Proceso[18] son suficientes cuando se trata de permitir o negar la entrada de conocimiento experto al proceso, que eventualmente y de acuerdo al grado de especialidad del mismo, puede ser una útil y trascendental herramienta en la reconstrucción de los hechos y el posterior reconocimiento de derechos que plasma la sentencia.

Cuando se trata de negar la entrada de conocimiento experto a través de cualquier medio de prueba, el nivel de exigencia aumenta para el juez como gatekeeper[19] o guardián que permite el ingreso de pruebas al proceso. Tan riesgosa es, no solo valorativamente, sino en la etapa de admisión, la "sumisión acrítica"[20] como el desistimiento no motivado de la prueba pericial.

Pues bien, existen unos parámetros generales o procesales (conducencia, pertinencia y utilidad) que permiten ejercer control sobre las pruebas que merecen por su contenido, medio y finalidad, ingresar al proceso y de los cuales la prueba pericial no escapa.

[16] Ibídem., p. 25.

[17] Taruffo Michele. La prueba. Ob. cit., pp. 37 y 38.

[18] Código General del Proceso, art. 168.

[19] Gascón Abellán, Marina. Prueba científica, un mapa de retos. En: Vázquez, Carmen. Estándares de Prueba y Prueba Científica: Ensayos de epistemología jurídica. Ob. cit., p. 191.

[20] Lluch Xavier Abel. Las reglas de la sana crítica. Editorial La Ley, Madrid, 2015, p. 115.

Sin embargo, al basarse la prueba pericial en situaciones desconocidas para el juez, se hace dificultosa la labor de determinar su admisibilidad o su rechazo, pues su contenido goza de inminente respetabilidad y en la mayoría de los casos, por no decir, siempre, la prueba experta se considera conducente si se aporta a través de un medio de prueba idóneo para la demostración del hecho al que está destinada; pertinente, no solo si demuestra el hecho, sino cuando la misma ostenta relación directa con el hecho que pretende probarse, indistintamente de si logra demostrarlo o no (relevancia); y utilidad, cuando la misma está encaminada a probar hechos no plenamente demostrados con otras pruebas. Lo anterior deriva en que indistintamente del grado de rigorismo o detalle de la prueba, el régimen procesal civil colombiano carece de herramientas certeras y suficientes que permitan, sin vulnerar el derecho a la prueba, ejercer un control de admisibilidad exhaustivo que facilite el rechazo del dictamen cuando se observe su bajo nivel epistémico o su insatisfacción de sus requisitos formales.

5. RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RELATIVOS A LOS REQUISITOS FORMALES DEL DICTAMEN PERICIAL

Los recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia permiten identificar con meridiana claridad que ese máximo órgano de cierre de la especialidad civil optó por dejar la discusión relativa al cumplimiento o inobservancia de los requisitos formales del dictamen pericial, a la etapa procesal que corresponde a la valoración de las pruebas, es decir, proscribió que fuera en la etapa inicial o de decreto probatorio en el que se asumiera el estudio de tales exigencias.

Tal postura que se dirige a dar prevalencia al derecho de probar, aumenta en los litigantes el deber de preparar con detalle los dictámenes periciales que aportaran a los juicios. Lo anterior, como quiera que, de no cumplir con las exigencias legales, se verán perjudicados en la etapa de juzgamiento en la que su probanza será descartada por la insatisfacción de tales requisitos formales; claro, sin dejar de lado que en la fase de la practica probatoria podrían superarse algunas deficiencias mediante las respuestas que el perito pueda rendir al respecto y como se dejará reseñado a continuación.

5.1. *STC2066-2021 de tres de marzo de dos mil veintiuno. Radicación nº 05001-22-03-000-2020-00402-01. Magistrado Ponente Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque.*

En este pronunciamiento se destaca que los requisitos del dictamen se deben evaluar en la sentencia, no antes, pues su incumplimiento no da lugar a rechazo de la prueba sino a su eventual apreciación negativa. En concreto se predicó que:

> *"En definitiva, a pesar de que la credibilidad de la pericia depende de la solidez de sus conclusiones, de la imparcialidad e idoneidad del perito, el juez no está facultado para sacar automáticamente del acervo el informe arrimado con defectos en tales presupuestos porque las falencias o carencias del dictamen no son motivos suficientes para impedir su recaudo, pues ese análisis está reservado para la sentencia, donde deberá motivarse de qué manera esas omisiones disminuyeron la verosimilitud del informe."*

5.2. *STC7722-2021 de veinticuatro de junio de dos mil veintiuno. Radicación nº 11001-02-03-000-2021-01718-00. Magistrado Ponente Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque.*

Allí se relievó que los requisitos del dictamen deben ser apreciados en cada caso concreto a fin de determinar la fiabilidad de la experticia. De ninguna manera pueden ser vistos como un simple test de cumplimiento. Particularmente se indicó que:

> *"(…) [A] fin de que el dictamen sea dotado de credibilidad, el artículo 226 ibídem ha contemplado, en torno a la idoneidad, los requisitos consagrados en los numerales 3, 4, 5 y 7 del mencionado canon; en punto a la fundamentación los 8, 9 y 10; y respecto de la imparcialidad el 6. Por su parte, las exigencias restantes, obedecen a la identidad del perito en pro de facilitar la eventual etapa de contradicción.*
>
> *Con apoyo en lo anterior, el citado precepto más allá de disponer una mera lista de chequeo (inmanente de un sistema rígido de tarifa legal), concibió un listado metodológico que aspira a que en cada caso concreto se estudie el cumplimiento de tales presupuestos a fin de determinar el grado de fiabilidad que se debe asignar al dictamen, pues, a modo de ejemplo, puede acontecer en un proceso la existencia de dos pruebas periciales cuyas conclusiones sean diametralmente opuestas a pesar de satisfacer a cabalidad los requisitos enlistados en el código procesal, caso en el cual, la credibilidad no dependerá de la llana revisión de los requisitos, sino de la «solidez, claridad, exhaustividad, precisión[, (…)]calidad de (…) fundamentos, la idoneidad del perito (…) su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso» (art. 232 del Código General del Proceso)."*

5.3. *STC 10201-2021 de doce de agosto de dos mil veintiuno. Radicación nº* 11-001-02-03-000-2021-01478-00*. Magistrado Ponente Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque.*

En torno a la discusión formal relativa a los elementos integradores de una prueba pericial, la Corte precisó que ese medio de convicción se conforma tanto por el informe escrito como por la intervención oral, siempre que haya audiencia en que se realice contradicción y sustentación del experto. Ciertamente, se concluyó que:

> *"(…) [e]n vigencia del nuevo estatuto adjetivo la valoración de este medio de prueba puede recaer únicamente sobre el informe escrito elaborado por el perito siempre que no se haya requerido, a petición de parte o de oficio, su comparecencia a la audiencia con fines de contradicción; empero, si el experto ha sido convocado a vista pública y ha absuelto los respectivos interrogatorios, mal se haría en despreciar las respuestas y argumentaciones que brinde.*
>
> *Expresado en otros términos, si el especialista ha sido llamado a juicio a fin de sustentar su escrito pericial, debe valorarse tanto el documento como la intervención oral por ser ambas circunstancias constitutivas del mismo medio suasorio".*

5.4. *STC 12523-2021 de veintitrés de septiembre de dos mil veintiuno. Radicación nº* 11-001-02-03-000-2021-03282-00*. Magistrado Ponente Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque.*

En esta providencia se determinó que el incumplimiento de algunos requisitos del artículo 226 del Código General del Proceso, por sí, no conlleva a la desestimación de la prueba pericial. Específicamente se indicó que *"(…) para restar mérito suasorio a la experticia rendida en un juicio, no es suficiente el mero alegato sobre la insatisfacción formal de alguno de los requisitos del art. 226, pues bien puede ocurrir que, a pesar de la ausencia de uno de esos requisitos, sea dable concluir el fundamento e idoneidad de la prueba pericial practicada, caso en el cual, el juez deberá valorarla conforme a las reglas de la sana critica impuestas por la legislación adjetiva".*

CONCLUSIONES

En un modelo de administración de justicia civil como el colombiano y dado que el incumplimiento de los requisitos formales del dictamen pericial podría derivar, bien en el rechazo temprano de la prueba, o en su apreciación

negativa en la sentencia, es evidente que el órgano jurisdiccional de cierre en esa materia optó por indicar que el asunto debía ser objeto de análisis en la fase final del juicio con el fin de dar prevalencia a intereses de valor superior como el derecho a la prueba, sobre otros como la celeridad o eficiencia que conllevaría el rechazo prematuro de la probanza.

Al margen de que pudiera o no compartirse tal postura, lo cierto es que en la actualidad existe consenso al respecto y ello redunda en que los litigantes y jueces tengan claras las pautas de interpretación que imperan sobre la materia, lo que traslada el estudio del asunto a un plano académico que, en muchas ocasiones, parece interesar más a los abogados que a los justiciables, quienes ven en el proceso judicial un mecanismo pacífico y legítimo para la adquisición de sus derechos sustanciales, y no propiamente como un escenario para las discusiones procesales que de ellos pudieran suscitarse.

BIBLIOGRAFÍA

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal Tomo VI Pruebas Judiciales. Editorial Temis, Bogotá, 2015.

Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012.

OCHOA, Mauricio. Tratado de los dictámenes periciales Instituciones Jurídicas Económicas, Contables y Tributarias, Biblioteca Jurídica Dáke, Medellín, 2017, pág. 66 y ss.

BERMÚDEZ, Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte. Su regulación en el Código de Procedimiento Administrado y de lo Contencioso Administrativo y en el Código General del Proceso.

ROJAS, Miguel. Lecciones de Derecho Procesal Tomo III pruebas civiles. Editorial Escuela de Actualización Jurídica, Bogotá, 2015.

CANOSA, Ulises. Código General del Proceso. Aspectos probatorios. En: Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Editorial Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Universidad Libre, Bogotá, 2012.

PABÓN, Liliana y VARGAS, Orión. La prueba pericial en el proceso civil en Colombia. Regulación, dudas, incertidumbres y desafíos. En: El derecho probatorio y la decisión judicial. Agudelo Mejía, Dimaro; et ad. Sello editorial Universidad de Medellín. Medellín. 2016.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá D.C., 2011.

NIEVA FENOLL, Jordi. Inteligencia artificial y proceso judicial.

TARUFFO, Michelle. La prueba. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 37.

VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba pericial a la prueba científica. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2015.

VÁZQUEZ, Carmen. Estándares de Prueba y Prueba Científica: Ensayos de epistemología jurídica. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. En: Vázquez, Carmen Estándares de Prueba y Prueba Científica: Ensayos de epistemología jurídica. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prueba científica, un mapa de retos. En: Vázquez, Carmen. Estándares de Prueba y Prueba Científica: Ensayos de epistemología jurídica.

LLUCH, Xavier Abel. Las reglas de la sana crítica. Editorial La Ley, Madrid, 2015.

LA CONTRADICCIÓN MATERIAL DE LAS PRUEBAS EN EL C.G.P. -CON ÉNFASIS EN LA PRUEBA PERICIAL Y DOCUMENTAL-

*Ramón Antonio Peláez Hernández**

INTRODUCCIÓN

Abordar el estudio de la prueba desde la perspectiva del derecho de contradicción, supone una aproximación a uno de los actos de mayor trascendencia en la actuación, pues termina siendo, el que define el sentido de la decisión,

* Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia y en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Miembro de los Institutos, Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro Honorario del Instituto Colombo-Panameño de Derecho Procesal. Docente Posgrados en las Especializaciones en Derecho Procesal Civil de las Universidades Externado, Cecar y Autónoma de Colombia; en Derecho Probatorio de las Universidades Sergio Arboleda y Católica; en Derecho Procesal de las Universidades del Rosario, Santo Tomás —Seccional Bucaramanga—, y la Corporación Universitaria Antonio José de Sucre; en Instituciones Jurídico Laborales de la Universidad Nacional de Colombia; en Derecho de Tierras de la Universidad Externado de Colombia y de las Maestrías en Tutela y Justicia de los Derechos, de la Universidad Externado de Colombia, y en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Colombia. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia.

Fue reconocido en julio 4 de 2014, por el Senado, mediante la Orden del Congreso de Colombia, en el "Grado de Caballero" por su "Aporte al desarrollo de la ciencia jurídica" y el 27 de septiembre de 2021, por la Cámara de Representantes, por su "Destacada vida profesional". Investigador reconocido por Minciencias.

Autor de varias obras jurídicas en el ámbito del derecho procesal y probatorio, dentro de las que merece destacarse, *"Manual para el manejo de la prueba"* "*La prueba Ilícita*

por virtud del principio de la necesidad de la prueba[1], y máxime cuando de hacer uso de la prueba pericial y documental, se trata, pues son estas, de capital importancia, entre otros, en el proceso civil.

Antes de abordar tan interesante tema, sea esta la oportunidad para agradecer a las directivas del Instituto Colombiano de Derecho Procesal en cabeza de nuestro querido presidente, Dr. Ulises Canosa Suárez, y por supuesto del maestro Jairo Parra Quijano, por haberme hecho extensiva la invitación para disertar sobre ello, en el marco del XLIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, en su versión presencial, lo que constituye para mí, un verdadero privilegio, especialmente por ser éste, un reencuentro para quienes profesamos un sentimiento profundo de amor, por el estudio del derecho procesal.

Pues bien, comencemos por afirmar que el asunto a tratar, conlleva a su vez a la compresión de la importante trasformación que, en punto de naturaleza jurídica, ha sufrido la prueba, pues si bien, se consideró a ésta, en el contexto de la Constitución de 1886, como un acto procesal, con marcada tendencia a la formalidad y cuya naturaleza se explicaba de manera indirecta, a la luz de la garantía procesal de las formas propias de cada juicio, que integradora del debido proceso, aludía en su contenido el artículo 26 de la Constitución de 1886; con la reforma constitucional acontecida en el año de 1991, donde se redimensionó su valor, adquiriendo una verdadera autonomía, la que resultó determinante para ser considerada, hoy por hoy, como un derecho fundamental, catalogado como derecho a la prueba, conforme se colige del contenido del actual artículo 29 constitucional, por virtud del enunciado según el cual, quien concurra a un proceso tiene derecho a *"presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra"*; categoría aquella, a la que aludió em efecto, la Corte Suprema de Justicia, como luego, lo explicaremos.

Bajo la anterior perspectiva, la manera de concebir la prueba resulta clave para abordar el problema que se plantea en el presente capítulo, y que gira en torno a establecer ¿bajo qué parámetros debe considerarse la contradicción material de la prueba en el contexto del derecho a la prueba, con énfasis en la prueba pericial y documental? y para responder a este interrogante, en el sentido de que, constituyendo un presupuesto necesario para que opere la

desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil", *"Elementos Teóricos del Proceso"* en dos Tomos, *"La Oralidad en el Sistema Jurídico Colombiano"*; y *"Los Procesos Policivos"*; entre otras.

[1] En efecto, el artículo 164 del Código General del Proceso señala que: "*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho*"

contradicción, la adecuada publicidad del acto probatorio, termina siendo esta situación la que a la postre marca el accionar de los sujetos procesales, habida cuenta que, es discrecional para la parte contra quien se exhibe la prueba, controvertirla materialmente, bien sea, interviniendo en su producción, o, por vía del control de legalidad que sobre ella se haga, y dado el carácter de derecho fundamental que ésta adquirió, se amplió el espectro de esa contradicción, al ejercicio de la regla de exclusión, cuando frente a una eventual ilicitud del acto, se trate, y que en el ámbito de la prueba pericial y documental, se circunscribe además, a aspectos inherentes a la producción de dichas pruebas, las que, si bien suelen producirse antes de darse inicio al proceso; es posible dentro de la actuación procesal, llegar a controvertir su contenido, a partir de los parámetros que serán analizados, a continuación.

Para lograr este propósito, se torna indispensable una aproximación al tratamiento constitucional que se le brinda a la prueba en la actualidad, pues, al ostentar el carácter de derecho fundamental, lleva intrínseco un control de legalidad por vía de la regla de exclusión; respecto a las pruebas en cuya producción, se hubieren vulnerado derechos fundamentales o garantías procesales, y a la luz de las pruebas pericial y documental, precisaremos a su vez, las variables que brinda la contradicción material de tales medios de prueba; todo esto, acudiendo a la técnica de recolección de información contenida en fuentes jurisprudenciales, y doctrinales, siendo los métodos generales de análisis, síntesis y deducción y el método especifico del diseño bibliográfico, la metodología que se seguió, para este propósito.

1. LA PRUEBA EN EL ÁMBITO DEL DEBIDO PROCESO

Comencemos por afirmar que la prueba no ha perdido el carácter de acto procesal, y de ahí que la forma en que debe ésta producirse, se encuentra contenida en las normas procesales, las que fijan las pautas para su materialización en el proceso y por ende, está ligada a la garantía procesal de las formas propias de cada juicio; y por ello, ha sido explicada su naturaleza, a la luz del derecho fundamental a un debido proceso y fue sobre esa base, que, en el contexto de la Constitución de 1886, el artículo 26 que regulaba tal derecho, contenía dicha garantía, conocida también como la de la ritualidad garantizadora; explicándose a la prueba, de manera indirecta, en el ámbito de las formalidades en punto de su práctica, en la medida en que la norma procesal indicaba la etapa en que debía producirse y a su vez, la condicionaba,

al despliegue de ciertas formalidades y cuya validez, dependía no solamente del cumplimiento de las formas, sino además, del ejercicio del derecho de la contradicción, en relación con dicho acto.[2]

Con la reforma constitucional de 1991, que cambió el paradigma de Estado[3], el debido proceso no solo se llenó de mayor contenido, sino que se insertó dentro del mismo, en el inciso cuarto del artículo 29; entre otros derechos, **el de aportar y controvertir las pruebas**, amén del inciso final del artículo 29, que dispuso que, *"Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso",* lo que amplió por tanto, el ejercicio del derecho de contradicción, pues permite además, por virtud de este último inciso, el ejercicio de un régimen de supresión probatoria, como luego se explicará.

Obsérvese como del contenido de ese artículo, emergen tres categorías de debido proceso[4]: la del debido proceso general, integrado por el mínimo de garantías que espera quien concurre a un proceso le sean reconocidas, el debido proceso administrativo, el que, en el ámbito de la actuación administrativa, además de hacerse extensiva las garantías en cuestión, deben armonizarse en su aplicación, con los principios previstos en el artículo 209 de la Constitución[5], y el debido proceso probatorio.

A lo anterior habría que agregar que, una de las innovaciones del referido artículo 29, fue que la prueba adquirió el carácter de derecho fundamental[6],

[2] En efecto, basta con analizar el contenido del derogado artículo 140 del C.P.C. que estuvo vigente en ese marco constitucional, para evidenciar como, una causal de nulidad del proceso en los términos del numeral 5, aludía a la **publicidad y contradicción,** como pilares fundantes en la actividad probatoria, al señalarse que el proceso era nulo, entre otros eventos: *"Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas (…)".,* disposición que es recogida en términos similares en el artículo 133 numeral 5, del C.G.P., aunque , se amplía el espectro que da lugar a tal nulidad, agregándose una nueva variable en tratándose de pruebas de obligatoria práctica, al señalar: *"Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar y práctica pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria".*

[3] Enmarcado dentro de una concepción antropocéntrica, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

[4] Peláez Hernández, Ramón Antonio. (2017) La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil. Colección tesis Doctorales número 9. Publicación Universidad Externado de Colombia, pp. 40-41.

[5] Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-034 del 29 de enero de 2014 M.P. María Victoria Calle.

[6] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de casación de fecha 28 de junio de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, en donde se dijo:

soportado en la garantía procesal de la prueba debida, que emerge del contenido del inciso final de esa disposición, y que la Corte Constitucional calificó, como una regla de exclusión, pues tradicionalmente se le había dado a ese enunciado, el alcance de una régimen de nulidad procesal y probatoria, como en efecto se indicó en la sentencia C-150 del 22 de abril de 1993, con ponencia de Fabio Morón Díaz, en cuyo contenido se señaló que esa nulidad, provenía precisamente de la violación del ***principio de contradicción*** y luego, a través de la sentencia C-491 del 2 de noviembre 1995 con ponencia de Antonio Barrera Carbonell, se afirmó que por virtud de ese mismo inciso, se consagró una causal de nulidad específica, que operaba de pleno derecho cuando se desplegaba la actividad probatoria *"(…) sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el **derecho de contradicción** por la parte a la cual se opone ésta (…)",* no obstante que, fue a través de la sentencia SU 159 del 6 de junio de 2002[7], con ponencia de Manuel José Cepeda y Marco G. Monroy C. donde se dio paso al mencionado régimen de la regla de exclusión.

En este orden de ideas es necesario resaltar, que la violación que se pregona del debido proceso en el ámbito propio de la actividad probatoria, opera por una parte, como consecuencia de la violación del **principio de la contradicción**, pues termina siendo éste, el que le va a permitir a quien concurre a cualquier tipo de actuación, poder oponerse en el marco propio del derecho de defensa, a la prueba que se exhiba en contra de sus intereses, y de ahí que se configure dicho principio rector como uno de los pilares de esa nueva

*"(…) **Ahora bien, dentro del plexo de derechos fundamentales que, vinculados al debido proceso, reconoce la Constitución Política, se encuentra el de "presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra"*** (inc. 4º, art. 29) (…). ***El derecho a presentar pruebas y a controvertirlas se traduce, entonces, en un derecho a la prueba,*** (…), ***lo cual implica, en primer lugar y de manera plena, hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar, admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta simplemente en su ordenamiento, sino que impone un compromiso del juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, disponer y practicar aquellas pruebas que de acuerdo con la ley, u oficiosamente el juez, se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia.(…)".***(lo resaltado fuera de texto).

[7] La Corte Constitucional, al interpretar el inciso en cuestión, señaló que el verdadero alcance del mismo, es el de una regla de exclusión, superando la concepción que se le había dado al mismo, al enmarcarlo dentro del régimen de nulidad procesal. Corte Constitucional.

categorización, y por otra parte, cuando se pretermite el cumplimiento de las formalidades previstas para la producción de cada medio de prueba, de la manera en que para el efecto, establece las normas procesales.

2. EL DEBIDO PROCESO PROBATORIO

Indiquemos que éste opera por virtud del cumplimiento de las formalidades previstas para la producción y valoración de la prueba, enmarcada tal actividad, dentro de los principios rectores propios de los modelos por audiencias, como lo son, el de la publicidad, inmediación, concentración, oralidad, publicidad y por supuesto, el de contradicción.

En este sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia[8], además de delimitar cada una de las categorías de debido proceso, refiriéndose a esta específica modalidad, reafirmó como, el principio de la contradicción, fija el marco de acción para poder controlar la producción de la prueba.

La contradicción, se soporta entonces, en la idea de que *"(…) se debe mirar no solo como un acto: recibir la prueba. Se debe mirar en actividad, es decir, que cuando el funcionario haga cargos con base en ellas, debe ser lo suficientemente explícito en contar los hechos que exige y los cargos que formula, para que efectivamente se pueda controvertir"*[9], y de ahí que comprenda, además *"(…) el ejercicio de su derecho a contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; (…)"*[10], precisamente para poder dejar sin efectos, los argumentos sobre los cuales se soporta la afirmación.

[8] Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto de 28 de noviembre de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, en donde se indicó que:

"(…) el primero, como manifestación del principio lógico "antecedente consecuente", se relaciona con una sucesión compuesta, escalonada y consecutiva de actos regulados en la ley procesal, (…) orientados dichos actos a obtener una decisión válida y con fuerza de cosa juzgada acerca de los mismos temas. (…) ***A diferencia de lo anterior, el debido proceso probatorio atañe al conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba,*** *dado que esta, en el nuevo sistema puesto en marcha con la ley 906 de 2004,* ***debe sujetarse a principios basilares como son los de legalidad, publicidad, oralidad, contradicción, inmediación y concentración, so pena de desnaturalizar el respectivo acto probatorio (…)""*** (lo resaltado fuera de texto).

[9] Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del profesional, Décima sexta edición, 2008, p. 78.

[10] Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial ABC, quinta edición 1995, Bogotá, p. 123.

No obstante, lo anterior, se ha dicho que, para cumplir con este principio, no es necesario *"(…) que la parte en cuyo favor se surte participe efectivamente en la realización de la prueba, por cuanto es suficiente que se entere y tenga la oportunidad para hacerlo, por tratarse de la observancia de una carga"*[11], de ahí su intrínseca relación con el principio de la publicidad, pues es éste el que soporta la garantía de poder controvertir.

Es así como, la contradicción de la prueba, juega un papel importante, pues *"(…) con ella, si quiere emplearla como fundamento de la decisión final de la cue*stión *debatida tiene que someterla antes al examen de las partes (…)"*[12]

Siendo así las cosas, es posible afirmar, que termina siendo discrecional de la parte a quien se le exhibe la prueba, desplegar su contradicción, por vía de la producción de la misma, lo cual se logra cuando interviene en su práctica, o ejerciendo acorde a esa nuevo marco constitucional, el mecanismo de supresión probatoria de la regla de exclusión y en última instancia, por vía de la acción de tutela, cuando se incurran en defectos fácticos, sean estos, en dimensión negativa o positiva.[13]

En este sentido, la contradicción material, entendida como la posibilidad con la que cuentan los sujetos procesales para intervenir de manera efectiva en la práctica de la prueba, debe estar precedida del conocimiento previo que se debe tener de estas, y que opera en el ámbito del proceso civil, por virtud de la notificación del auto admisorio de la demanda y del auto que ordena correr traslado del escrito de contestación de la demanda y de excepciones, lo que va a permitir luego, por virtud del auto que las decreta, controlar la producción de la prueba en la etapa de la práctica; ello, por cuanto, que *"(…) para ser estimadas por el Juez, en sus decisiones de fondo, deben, previamente, haber sido controvertidas por los sujetos que intervienen en el proceso o, al menos haber existido la posibilidad de realizar dicha contradicción (…)."*[14]

Siendo así las cosas, en el ámbito del Código General del Proceso, es la publicidad del auto que fija el momento procesal en que se va a desplegar la

[11] Azula Camacho, Jaime. Manual de Derecho Probatorio. Editorial Temis, Segunda edición, 2003, Bogotá, p. 5.

[12] Rojas Gómez, Miguel Enrique. Lecciones de Derecho Procesal -Pruebas Civiles-, Tomo III, tercera edición, Ediciones Esaju, Bogotá, p. 89.

[13] Enmarcado dentro de requisito específico de procedibilidad del defecto fáctico. Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, y que tuvo también la Corte la oportunidad de aludir en la sentencia SU 159 del 6 de junio de 2002, mencionada anteriormente, bajo la categorización de vías de hecho.

[14] López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil -Pruebas-, Dupré Editores, Bogotá, 2001, p. 25.

producción de la prueba, proferido en la audiencia inicial, y que se traduce en el decreto y correlativo señalamiento de la fecha en la que se llevará a cabo la audiencia de instrucción y juzgamiento la que le va a permitir a las partes, conocer el momento exacto en que se surtirá ésta; no obstante que, termina siendo facultativo para dichos sujetos -partes del proceso- concurrir a dicha práctica; esto en consideración a que la inmediación en la actividad probatoria, se pregona como obligatoria, para el administrador de justicia, quién es el llamado a proferir la decisión de fondo, en la medida en que el artículo 6º del Código General del Proceso que lo desarrolla, constituye un imperativo para el juez, y que se reafirma en el deber previsto en el artículo 42 numeral 1º, generándose una consecuencia procesal por dicha inasistencia, traducida en la nulidad de la actuación, en la forma indicada en el artículo 107, numeral 1º de dichas normativa; sin que por el contrario, la inasistencia de alguna de las partes, genere efecto negativo sobre el acto, ni mucho menos, sobre la actuación procesal.

Todo lo anterior para concluir que es perfectamente posible materializar dos formas de contradicción en materia probatoria: por una parte, esgrimiendo el régimen de supresión probatoria de la regla de exclusión, cuando con la prueba se afectan derechos fundamentales o garantías procesales, o cuando en efecto, se controla la producción de la prueba al momento de su práctica, en cuyo propósito si se llegare a prescindir del cumplimiento de las formalidades que regula la producción de la prueba, también es posible atacarla por vía de la ilicitud del acto.

3. LA CONTRADICCIÓN MATERIAL DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y PERICIAL

3.1 Consideraciones preliminares

La forma en que aparecen regulados estos dos medios de prueba en la Ley 1564 de 2012, permite colegir que su producción se despliega, **aún antes de que surja el conflicto, de forma tal**, que el arribo a la actuación procesal del dictamen pericial y del documento, se orienta a evidenciar la forma en que quedó recogida la voluntad de quien concurrió en su producción, para hacerla oponible a uno de los extremos de la *litis*, por lo que a continuación, analizaremos las diversas variables que brinda dicha contradicción, de cara a cada uno de esos medios de prueba, en el contexto del actual Código General del Proceso.

3.2 Contradicción de la prueba pericial

Comencemos por señalar previamente sobre esta prueba, que *"(…) el discutido problema de la naturaleza del dictamen pericial como clase de prueba debe ser resuelto en el sentido de que no es admisible confundir a los peritos con los testigos. El dictamen pericial es un tipo específico e independiente de prueba. (…) Basándose en sus conocimientos especiales, el perito está obligado a responder por escrito a los problemas que se le plantean, de acuerdo con todos los medios científicos que tenga a su alcance y, en perfecta consonancia con los dictados y datos de la ciencia o de su experiencia"*[15], aspecto éste que es importante precisar, pues las reglas que rigen el interrogatorio del perito son las previstas para el testimonio, como en efecto lo señala el artículo 228 del Código General del Proceso, no obstante que las variables para estructurar las preguntas, pueden ser diferentes.

En este sentido, se ha señalado que, *"A la prueba por perito han de **aplicarse en principio los preceptos sobre la prueba testifical,** en tanto no se deduzca de la ley nada en contrario. Las diferencias más importantes son, que la prueba pericial puede practicarse no solamente a petición de parte, sino también de oficio y además que no existe un deber general a ser perito"*[16], a lo que habría que agregar que, el testigo depone acerca de unos hechos por él conocidos, en tanto que, el perito funda su declaración en el resultado arrojado por los experimentos o actividades delegadas en punto al tema de prueba, contrastado con sus competencias cognoscitivas.

Estas consideraciones preliminares son importantes en señalar; pues, en el contexto del actual del Código General del Proceso, a la luz de las previsiones contenidas en los artículos 226 a 228, constituye una verdadera novedad la forma en la que se produce este medio de prueba, en la medida en que trascendió la concepción tradicional del denominado dictamen pericial judicial, para adquirir el carácter de un dictamen pericial de parte, cuya práctica se materializa con antelación a la presentación de la demanda en el caso del demandante, o dentro del término de traslado o por vía excepcional, dentro del plazo que se le confiera para el efecto, al demandado como en efecto lo señala el artículo 227; de forma tal, que es incorporado al proceso debidamente confeccionado, generando dos consecuencias procesales de capital importancia: la primera que se podrá acudir a los servicios de expertos

[15] Vishinski A. La Teoría de la prueba, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo Uruguay. 1950, p. 254.

[16] Schönke, Adolf. Derecho Procesal Civil. Editorial Bosch Barcelona, 1950, p. 233.

respecto de los cuales, no necesariamente se debe pregonar su inclusión en la lista de auxiliares de la justicia y en segundo lugar, que desaparece en la práctica, el traslado para provocar la aclaración, complementación u la eventual objeción por error grave, puesto que esas actividades, pueden ejercitarse perfectamente cuando de interrogar o contrainterrogar al perito, se trate, pues constituye ésta, la forma propicia para controvertir dicha prueba, conforme al nuevo esquema previsto en la Ley 1564 de 2012.

Bajo este contexto es posible afirmar que el cuestionamiento del dictamen puede girar en torno a dos situaciones: por un lado, respecto a la idoneidad del perito y por otro, en relación con el contenido del trabajo pericial.

3.2.1 Contradicción acerca de las calidades del perito

Este primer cuestionamiento se orienta a poner en duda la idoneidad del perito, aspecto que se logra cuando se tiene conocimiento de las calidades y experiencia que este ostenta, de ahí que sea necesario allegar con el dictamen pericial, la información que permita determinar, de quien se trata.

Es por esta razón, que el artículo 226 de la Ley 1564 de 2012, prevé un mínimo de condiciones que deben acreditarse, lo que a nuestro juicio constituye un requisito para la validez del acto probatorio, pues ello va a permitir identificar la capacidad de órgano de prueba; la que siendo considerada un requisito extrínseco del acto probatorio, y ligada al cumplimiento de las formalidades legales para la producción de la prueba, determina dicha validez.[17]

De ahí que no se comparte la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento, que por vía de tutela se ocupó de analizar una situación en donde se debatía sobre los efectos de un dictamen que fue alegado sin ese tipo de información. En ese sentido, dijo la Corte, que:

> *"(…). el fallador apreciará el dictamen en su sentencia; labor que emprenderá de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en la que evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso (art. 232).*
>
> *Es este el momento, entonces, en el que se deberá examinar con rigor el trabajo pericial en todas sus dimensiones a efectos de asignarle fuerza demostrativa. Dicho de otra manera, es aquí que se escudriña la*

[17] Peláez Hernández, ob. cit. pp. 68-70. En efecto, a estos dos se suman: 1) La competencia del juez, 2) la oportunidad procesal, 3) La legitimación del proponente.

> *imparcialidad e idoneidad del experto, así como la fundamentación de la investigación y sus conclusiones. No antes.*
>
> *De modo que el análisis acerca del cumplimiento o no de los requisitos enlistados en el citado precepto 226* ***corresponde a una actividad propia del momento en que se dirime la controversia, razón por la cual la ausencia de los mismos no da lugar al rechazo automático de dicho medio de convicción.*** *Esto es, a que se impida su ingreso al proceso, puesto que los únicos motivos que llevan a esa determinación son los referidos en el artículo 168 ídem, huelga reiterar, respecto de «las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles». Y no existe disposición especial en materia de experticia que autorice excluir la prueba por esa razón. (…)"*[18] (Lo resaltado fuera de texto).

Obsérvese que, en la medida en que hemos venido afirmando, que tales requisitos están relacionados con las formalidades previstas para la producción de la prueba, es perfectamente posible desatender el arribo a la actuación procesal de un dictamen que presente esa falencia, precisamente por no ceñirse el accionar del aportante de la prueba, a los claros direccionamientos que a título de formalidades, dispone el artículo 226, conllevando con ello, al incumplimiento de las formalidades previstas para la producción del acto y la falta de identificación de capacidad del órgano de prueba, y por ende, se enmarcaría tal circunstancia, dentro de la causal de rechazo de prueba, por ilícita; pues, de permitirse el ingreso a la actuación de un dictamen que presente dicha falencia, restringiría la posibilidad a la parte contra quien se pretende exhibir, de llegar a controvertir las calidades del perito, postura procesal que permite el artículo 228 dl Código General del Proceso, en el sentido de poder cuestionar al profesional que elaboró el dictamen, en torno a su idoneidad, lo que se tornaría dificultoso, cuando se desconoce, desde el mismo momento de la presentación del dictamen, las calidades de aquel que lo confeccionó.

En este aspecto, debemos afirmar que cuando la norma procesal establece el cumplimiento de los requisitos que deben reunir las pruebas, es deber del juez verificar que se cumplan con tales formalidades; pues, como lo indicó la Corte Constitucional, para denegar el amparo de una parte que pretendió

[18] Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. STC2066-2021 Radicación No. 05001-22-03-000-2020-00402-01 de fecha 3 de marzo de 20221. (Aprobado en sesión de veinticuatro de febrero dos mil veintiuno)

que le fueran decretadas unas pruebas, a propósito de un proceso en donde habiéndose solicitado unos testimonios, ni en la demanda, ni en su adición, se cumplió con el requisito exigido de señalar el domicilio y residencia de los declarantes; que:

> *"(…) ha de tenerse en cuenta, que en el modo de pedir, ordenar y practicar las pruebas* ***se exigen ciertos requisitos*** *consagrados en el Código de Procedimiento Civil* ***que constituyen una ordenación legal, una ritualidad de orden público, lo que significa que son reglas imperativas y no supletivas,*** es decir, ***son de derecho estricto y de obligatorio acatamiento por el juez y las partes.****"*[19] (Lo resaltado fuera de texto)

3.2.2 Contradicción del dictamen pericial

Este es el otro escenario que se presenta cuando se ordena tener en cuenta el dictamen aportado por las partes, y para el efecto, en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso el perito será citado a la audiencia de instrucción y juzgamiento para que por vía del interrogatorio que bajo juramento se le haga, sustente el dictamen, en cuyo propósito, podrá ser interrogado además de su idoneidad como quedó señalado anteriormente; acerca del contenido del dictamen; de forma tal que si no comparece, se considerará como no fue presentado, dicho trabajo.

Pues bien, en este punto, el cuestionamiento girará en tono a la técnica, el método y los resultados obtenidos, y que aparecen incorporados en el dictamen pericial por lo que dicha contradicción puede fundarse en los siguientes aspectos:

- Invitación a dar explicaciones más detalladas.
- El modo de trabajar el dictado del dictaminador.
- La tesitura del perito y su especialización.
- El grado de certeza del dictamen.
- Probatura más exacta del grado de certeza.
- Carácter complicado de la tarea encomendada al dictaminador.[20]

[19] Corte Constitucional Sentencia T-504 del 10 de septiembre de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, esto a propósito de un proceso en donde habiéndose solicitado unos testimonios, en la demanda, ni en su adición, **NO** se cumplió con el requisito exigido de señalar el domicilio y residencia de los testigos.

[20] Döhring, Erich. La prueba su práctica y apreciación. Ediciones Jurídicas Europa-América Buenos Aires, Argentina. 1972, pp. 251-253.

4.3 Contradicción de la prueba documental

Una de las particularidades que denota el documento, es que su producción en todos los casos, se suele materializar antes de que surja el conflicto de intereses, precisamente porque su fundamento se encuentra en el hecho de concebirse como un instrumento regulador de relaciones jurídicas, razón por la cual, cuando de surgir algún tipo de conflicto en relación con los derechos que emanan de dicha relación, se trata, termina siendo el documento, la prueba idónea por excelencia, para deducir de su contenido, la intencionalidad de quienes intervinieron en el acto, y por ende, las consecuencias jurídicas que de tales manifestaciones se deduzcan.

Pues bien, para precisar los escenarios en los que se puede vislumbrar la contradicción identificaremos los momentos procesales que permiten la llegada de esta prueba al proceso, para que, según sea el caso, pueda ser esta prueba, controvertida.

1. La aportación o presentación; actividad ésta que se surte con los actos procesales de la demanda, y su correlativa contestación y por supuesto, con el escrito que descorre el traslado tanto en la demanda de reconvención si hubiera lugar a ella y al escrito que contiene la postura procesal en torno a las excepciones perentorias, presentadas por el demandado, en aquella contestación.

En efecto, la aportación o presentación del documento en esta etapa, se surte a través de los actos procesales de introducción, pues así lo dispone el artículo 82 respecto a los documentos que obran en poder del demandante y el articulo 96 del Código General del Proceso, al momento que el demandado contesta la demanda, y es dentro de esta etapa de aportación, en los términos del artículo 269 del Código General del Proceso, donde surge la posibilidad de impetrar el incidente de tacha de falsedad y en cuyo tenor literal se lee con claridad que procederá al momento de la contestación de la demanda precisamente por el hecho que dicho documento fue presentado con ella.

Ahora bien, debemos preguntarnos qué sucede cuando el documento se aporta por parte del demandado con la contestación de la demanda, para soportar las excepciones perentorias propuestas, y al respecto debemos indicar que para el ejercicio del derecho contradicción que al demandante le asiste, es necesario hacer dos consideraciones, muy importantes; una es que, si el documento se acompañó verbigracia, con la demanda de reconvención, resulta por demás claro que el incidente de tacha de falsedad debe surtirse en los mismos términos del artículo 269 citado anteriormente; es decir, debe

promoverse la tacha con el escrito de contestación de la demanda de reconvención.

Ahora bien, cuando el documento se acompaña con el escrito de contestación de la demanda que contenga las excepciones perentorias, señalemos que como quiera que el artículo acorde 370 dispone, que acontecida tal situación, es necesario correr traslado por cinco (5) días, al demandante, con el propósito de ***"(…) que éste pida pruebas sobre los hechos en que ellas se fundan"***; queda por definirse en qué momento se debería promover el incidente de tacha de falsedad de tal documentos, por lo que es necesario acudir al lineamiento que traza el artículo 269 que dispone, que se promoverá ***"(…) en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba";*** audiencia que por supuesto seria la inicial prevista en el artículo 372 de Código General del Proceso, pues es en ella donde se decreta la prueba, y por ende uno de esos casos a los que alude el mencionado artículo 269, sería cuando se allega el documento, con el escrito de excepciones.

Dicho lo anterior, lo que se quiere señalar es que no puede pretenderse interpretar el artículo 269 para condicionar el incidente de tacha de falsedad que pueda ejercer la parte la demandante, en relación con los documentos allegados con el escrito de contestación, al reducido termino de los cinco (5) días que se le corre para que pida pruebas con relación a las excepciones perentorias propuestas por aquel, pues de ser ello así, se evidenciaría un verdadero desequilibrio procesal que configuraría una manifiesta violación del principio de la igualdad contenido en el artículo 4º del Código General del Proceso; principio que busca garantizar una igualdad real de la que debe gozar el demandante; pues, en la práctica, pensar de esa manera, tendríamos que afirmar que el demandado contaría con un término mucho más amplio, que es el del traslado, para ese propósito, en tanto que, el demandante tan solo tendría cinco (5) días y si se aceptase esa postura, dificultaría aún más la condición por ejemplo, en el caso de que la demandante sea una persona jurídica, de cara al rol o papel que pueda cumplir el representante legal, en relación con la prueba documental exhibida en contra de la sociedad, especialmente cuanto dicho representante no haya estado al frente de tal representación, cuando se expidió el documento.

Todo lo anterior para significar que en tratándose de documentos aportados por la parte demandada con el escrito de excepciones, es perfectamente posible promoverse el incidente de tacha de falsedad, hasta antes de que se ordene tener como prueba dichos documentos; pues se reitera, el actuar de manera diferente y pretender que el incidente se promueva dentro del

término que tiene el demandante para pedir pruebas. orientadas a desvirtuar las excepciones, terminaría siendo a la postre, violatorio del principio de la igualdad material y dejaría sin sentido el enunciado contenido en la parte final del primer inciso del artículo 269 del Código General del Proceso y terminaría siendo inocua la intención que tuvo el legislador de consagrar esa posibilidad; la que se insiste, es pregonable en el evento que los documentos se acompañen entre otros, con el escrito de contestación de la demanda, para soportar las excepciones perentorias.

2. El decreto y práctica de la prueba, este se suele materializar en la audiencia inicial en los términos del artículo 372 numeral 10 del Código General del Proceso, respecto de lo cual, basta simplemente con afirmar que, en relación con los documentos presentados, se ordenará ser tenidos en cuenta para su respectiva valoración.

Ahora bien, es por virtud del principio de publicidad, que opera con la notificación del auto admisorio o del mandamiento ejecutivo que puede controvertirse la prueba documental, entre otros mecanismos, a través de una eventual tacha de falsedad, cuando quiera que se afirme que éste fue suscrito o manuscrito por dicha parte, o por virtud del desconocimiento de dicho documento en la forma prevista en el artículo 272, cuando se le atribuye a dicha parte, un documento no firmado ni manuscrito por ella, según el caso; en cuyo propósito, es necesario identificar en cuales actos procesales aconteció tal situación y de allí que la interpretación que se le deba dar al artículo 269 del Código General del Proceso, es el que de su contenido, aparecen definidos dos momentos procesales, el primero, que es el de la contestación de la demanda, precisamente para garantizar dicho cuestionamiento en relación con los documentos aportados con aquel acto procesal incluidos, los allegados con la demanda de reconvención y un segundo momento, lo seria, cuando dichos documentos se allegan con el escrito de excepciones perentorias, pues no se trata de una demanda y por ende, estaría ésta situación enmarcada dentro de la posibilidad de que dicho cuestionamiento se haga en el desarrollo de la audiencia en el que será tenida como prueba, el documento aportado; pues interpretar de manera diferente esa disposición, supondría una desigualdad.

Por otra parte, al suscitarse controversia respecto a la verdad de un documento, se ha indicado que las vías principales y ordinarias que conducen a su comprobación, serían las siguientes:

En primer lugar, está el interrogatorio de la persona que lo escribió.

En segundo lugar, la verdad del escrito puede establecerse por medio de testimonios de quienes oyeron hablar del escrito, de quienes estuvieron presentes

en su redacción, de quienes participaron en él, o de quienes conocen la letra del pretendido autor; y estos testimonios, según su diferente contenido, tendrán naturalmente te mayor o menor eficacia probatoria.

Por último, pueden afirmar la verdad del escrito, los mismos testigos que lo firmaron; y su declaración tiene máxima o mínima eficacia probatoria, según la naturaleza de la impugnación de la verdad del escrito.

Un tercer medio para comprobar la verdad de un escrito controvertido es el cotejo grafológico.[21]

3. La Valoración, qué constituye la etapa de cierre de la actividad probatoria y con ella, lo que se busca es deducir los efectos jurídico probatorios que el documento como prueba tiene, como resultado de su decreto, en cuyo propósito, la normativa procesal establece los criterios a tener en cuenta para efectos de su valoración en los términos de los artículos 246, 247, 257 y 260, respectivamente, de forma tal que el cuestionamiento que se haga de la valoración dada por el funcionario, varía, pues si se está en presencia de un documento que se enmarque dentro de un sistema tarifado de prueba, disminuye la posibilidad de dicho cuestionamiento; a diferencia del lo que sucede con otro tipo de documentos como serían los privados; pues se amplía el espectro para dicha valoración, tal y como lo señala el 176 del Código General del Proceso.

4. CONCLUSIONES

1- Al adquirir la prueba, el carácter de derecho fundamental, permite que la afectación que recaiga sobre ésta, se controle por vía de los recursos ordinarios, e inclusive el extraordinario de casación, a lo que se suma, el mecanismo excepcional de la tutela.

2- La contradicción, supone la posibilidad de controlar la producción y se extiende a provocar la exclusión de las pruebas, cuando se violen derechos o garantías del sujeto procesal contra quien se pretende hacer oponible los efectos de las mismas, quedando dentro del ámbito de la discrecionalidad de la parte a quien se le exhibe el acto probatorio, dicho ejercicio; siendo la publicidad, la que garantiza dicha contradicción, de ahí que dicha regla de exclusión, esté prevista en los artículos 14, 164 y 167 de la Ley 1564 de 2012.

[21] Framarino Dei Malatesta, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Editorial Temis, Volumen II, segunda edición, Bogotá Colombia 1978, pp. 390-391-393

3- En relación con la prueba pericial, la contradicción material no solamente se puede desplegar sobre el contenido del dictamen, sino además en torno a las calidades del perito, de ahí la importancia de conocer de manera previa, a través de las pruebas del caso, la formación profesional que aquel ostenta, para que, bajo determinadas circunstancias, se pueda cuestionar dicha idoneidad.

4. Respecto a la prueba documental, si bien existen unos términos perentorios para objetar el documento por vía del incidente de tacha de falsedad o por otra parte por vía de la oposición, en todos los casos una cosa es en relación con los documentos aportados con la demanda, y otra muy diferente la que se pregona cuando se aportan con el escrito de contestación de la demanda; en cuyo propósito, dicho cuestionamiento se puede hacer hasta antes de la audiencia en que se ha considerar tener como prueba, dicho documento.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

Azula Camacho, Jaime. Manual de Derecho Probatorio. Editorial Temis, segunda edición, Bogotá. 2003.

Devis Echandía, Hernando. (1995). Teoría general de la Prueba Judicial. Editorial ABC, quinta edición. Bogotá.

Döhring, Erich. (1972) La prueba su práctica y apreciación. Ediciones Jurídicas Europa-América Buenos Aires Argentina

Framarino Dei Malatesta, Nicola. (1978). Lógica de las pruebas en materia criminal. Editorial Temis, Volumen II, segunda edición, Bogotá Colombia

López Blanco, Hernán Fabio. (2001). Procedimiento Civil -Pruebas-. Dupré Editores, Bogotá.

Parra Quijano Jairo. (2008). Manual de Derecho Probatorio, Ediciones Librería Del Profesional. Bogotá.

Peláez Hernández, Ramón Antonio. (2017) La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil. Colección tesis Doctorales número 9. Publicación Universidad Externado de Colombia.

Peláez Hernández, Ramón Antonio. (2019) Manual para el manejo de la prueba. Ediciones Doctrina y ley, Bogotá.

Rojas Gómez, Miguel Enrique. (2021). Lecciones de Derecho Procesal –Pruebas Civiles, Tomo III, tercera edición, Ediciones Esaju, Bogotá.

Schönke, Adolf. (1950) Derecho Procesal Civil. Editorial Bosch Barcelona, España.

Vishinski A. (1950). La Teoría de la prueba. Ediciones pueblos unidos Montevideo Uruguay.

Fuentes constitucionales

Corte Constitucional

-Sentencia C-150 del 22 de abril de 1993 M.P. Fabio Morón Díaz

-Sentencia C-491 del 2 de noviembre 1995 M.P: Antonio Barrera Carbonell

-Sentencia T-504 del 10 de septiembre de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

-Sentencia C-034 del 29 de enero de 2014 M.P. María Victoria Calle

-Sentencia SU 159 del 5 de junio de 2002 M.P: Manuel José Cepeda

-Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Suprema de Justicia

Sala Civil

Sentencia del 28 de junio de 2005 en el expediente Nº 7901 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Sentencia del 15 de febrero de 2021, SC286-2021, Radicación N° 11001-31-10-006-2011-00726-01 M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

Sentencia del 3 de marzo de 2021, STC2066-2021, Radicación No. 05001-22-03-000-2020-00402-0, M.P.. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Sala Penal

Auto de 28 de noviembre de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

6.

Derecho Procesal Civil

LOS PRINCIPIOS DEL CGP Y SU INMINENTE APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA DEL LITIGIO 643
Alejandra Gómez Moreno

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA LEY 2213 DE 2022 661
Ricardo Enrique Bastidas Ortiz

LA AUDIENCIA DE PRÁCTICA DE PRUEBAS EN LA LEY 2213 DE 2022 671
Jairo Parra Cuadros

DEBATES Y PERSPECTIVAS SOBRE LA EXTRALIMITACIÓN DEL JUEZ EN LA APELACIÓN 695
Armando Augusto Quintero González

LUCES Y SOMBRAS DE DOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS Y CASACIÓN 713
Marcos Quiroz Gutiérrez

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU COMPARECENCIA AL PROCESO CIVIL 733
Miguel Enrique Rojas Gómez

VICISITUDES DE LA POSESIÓN MATERIAL EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO 751
Carlos Alberto Colmenares Uribe

REPENSAR EL PROCESO EJECUTIVO 785
Luis Guillermo Acero Gallego

LA LEY 2213 DE 2022 Y SU ARTICULACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL 805
Henry Sanabria Santos

LOS PRINCIPIOS DEL CGP Y SU INMINENTE APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA DEL LITIGIO

*Alejandra Gómez Moreno**

"El proceso por el proceso no existe"
Eduardo Couture

INTRODUCCIÓN

El título preliminar del Código General del Proceso (en adelante "CGP"), señala en sus primeros catorce artículos (1 al 14) las disposiciones generales que constituyen la carta de navegación de cualquier tipo de proceso. Esto significa que son el fundamento para la integración, interpretación y dirección de los sujetos procesales y, por supuesto, de la actividad del litigante como actor fundamental del proceso.

Los puntos que expondré en este escrito se deben a las características de quien escribe, toda vez que he podido ejercer la profesión de abogada desde la "baranda" y al otro lado de la "baranda" (hoy podría decirse que con ocasión a la virtualidad preferente señalada por la Ley 2213 de 2022, desde "el otro lado de la pantalla"). En mi experiencia como servidora judicial y, actualmente, como litigante y árbitro, he venido tomando nota de algunas gratas y no tan gratas experiencias que me han conducido a escribir estas líneas. Los análisis e inquietudes que surgen por los anteriores precedentes, buscan que el lector tenga un espacio de reflexión en su actuación como actor del proceso, bien sea como servidor judicial o como litigante. Todo esto tiene una sola finalidad y es que vayamos de la mano, con los principios constitucionales del CGP, en

* Alejandra Gómez Moreno, Abogada de la Universidad de Caldas, con especialización en derecho procesal civil de la Universidad Externado de Colombia. Docente Universidad El Bosque. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Coordinadora de Jóvenes del Comité Colombiano de Arbitraje.

la navegación de cualquier proceso y así obtener una tutela judicial efectiva, pues no solo es una obligación del juez concederla sino un trabajo de los sujetos procesales involucrados en un litigio. En primer lugar, expondré una breve aproximación a los principios constitucionales del CGP. Luego, identificaré la importancia de los deberes de los apoderados y los jueces para la eficiente conducción del proceso. A continuación, mencionaré algunas reflexiones acompañadas de algunas propuestas de buenas prácticas tanto para los apoderados como los servidores judiciales.

1. APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL CGP

Empezaré por recordar la definición de principio, para luego redefinir el concepto de principios del CGP, revisar la conexidad entre los principios procesales y los constitucionales, finalmente construir para efectos del ejercicio plasmado en este escrito los principios constitucionales del CGP.

Con la finalidad de hacer entendible este primer capítulo, partiré con un símil entre las definiciones de la estructura de principios de la Constitución Política de 1991 y las disposiciones generales del CGP.

Si bien hay un sinnúmero de conceptos para precisar la palabra "principio", para efectos de este escrito tomaré varias definiciones, la Corte Constitucional señala en la sentencia T-406 de 1992, que estos son: *"(…) son normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden."* Para Robert Alexy, en algunos de sus múltiples libros, los principios son: *"mandatos de optimización"*[1].

En cuanto a la definición de principio constitucional, la Corte Constitucional en la sentencia T-406 de 1992 señala que estos: "*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."*

Para demostración de lo señalado, el preámbulo de la Constitución Política de 1991[2] establece el marco de los valores que fundamental el Estado Social

[1] ROBERT ALEXY, "Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad". Palestra Editores S.A.C. 2019, p. 5.

[2] "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,

de Derecho, a continuación en los artículos 1 al 10 define cada uno de los principios constitucionales, que si bien la definición de valores dista de lo que estrictamente es un principio, para efectos de este ejercicio tanto el preámbulo y los artículos mencionados de la Constitución Política de 1991, serían equiparables a los primeros catorce artículos del CGP.

Es así como la conexión entre tales principios que estable el CGP, que devienen de la propia Constitución Política, constituye pues, no solamente un postulado de ideales sino que su proposición como "disposiciones generales" es un catálogo de intenciones mediante los cuales se logra la impartición de una tutela judicial efectiva a través del proceso judicial y en cada una de sus etapas.

Para efectos de dar lectura a los próximos capítulos, entenderemos que cuando nos referimos a los principios estaremos refiriéndonos a los principios del CGP equiparables a los principios constitucionales extendidos y relacionados intrínsicamente como mandatos de optimización que tienen como finalidad la garantía de la tutela judicial efectiva y por ende la materialización de la justicia (en adelante "principios del CGP").

Siendo así las cosas, los Principios del CGP deber ser la carta de navegación de todas las actuaciones judiciales, de no ser así, el ejercicio del litigio y la función judicial sería vacía sin norte ni fin.

Empezaré por mencionar y remembrar algunos de esos principios que deben estar presentes en la actividad litigiosa y por supuesto en el proceso judicial.

1. **Acceso a la justicia:** este principio se encuentra definido en el artículo 2 del CGP[3], y su estructura tiene como finalidad no solamente la garantía del acceso sino también que el acceso garantice la impartición de justicia, una tutela jurisdiccional efectiva. En este aspecto el proceso como tal adquiere un papel fundamental en las garantías de los derechos tanto de las personas o grupo de personas, pues le impone en palabras de Eduardo Couture una

la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:"

[3] Artículo 2o. ACCESO A LA JUSTICIA. 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 de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.

función de servicio consistente en ser "instrumento de creación vivificante, como una constante renovación de las soluciones históricas forjadas en el pasado."[4] A modo de ejemplo de la materialización de este principio, sin perjuicio de ser ampliado mas adelante, se encuentra la eliminación de barreras de acceso a la justicia, excesos de ritualismos o formas procesales innecesarias, posibilidad de acceso a las herramientas tecnológicas (hoy con la Ley 2213 de 2022, se requiere de este tema fundamentalmente), eliminación de sesgos por condiciones económicas, de género, de raza, entre otros aspectos.

2. **Oralidad**: este principio se encuentra definido en el artículo 3 del CGP[5], la Corte Constitucional ha señalado que su implantación en el CGP: *"es un mecanismo para el logro de una justicia pronta y eficaz."*[6] Agregó en la sentencia citada que, con este principio se pretende imprimir celeridad al trámite de las actuaciones del proceso y se supera la congestión judicial. La oralidad como principio, permite la materialización de la justicia pues acerca a las partes y al juez y a estas entre sí.
3. **Igualdad**: este principio se encuentra definido en el artículo 4 del CGP[7], este es sin duda uno de los principios mas importantes del CGP, pues su aplicación va más allá de que el juez de un trato igualitario a las partes, sino que la igualdad debe ser real, esto significa que en un caso en el cual las partes por determinadas condiciones no sean materialmente iguales, es su deber usar todos los poderes para lograr la materialización de la igualdad, por ejemplo en un caso en el cual se evidencie la necesidad de resolver una situación que implique decidir con enfoque de género, tiene el deber de hacerlo so pena de contrariar este principio. Igualmente, la sentencia C-836 de 2001, señaló que: *"La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley."*

[4] EDUARDO J. COUTURE. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Roque Delapalma Editor, Buenos Aires 1958, p. 147

[5] Artículo 3o. PROCESO ORAL Y POR AUDIENCIAS. Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva.

[6] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2008.

[7] Artículo 4o. IGUALDAD DE LAS PARTES. El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes.

4. **Concentración, inmediación e iniciación de los procesos**: se encuentran definidos en los artículos 5, 6 y 8 del CGP[8], estos principios son estrictamente relacionados, pues la materialización de cada uno permite la realización del otro, en otras palabras si las audiencias se realizan sin solución de continuidad y presididas por el juez (no deben ser presenciales, teniendo en cuenta lo dispuesto por la Ley 2213 de 2022), le permiten al juez conocer el caso, acercarse a las partes y resolver el asunto sin dilaciones, con eficiencia y respeto por el tiempo de las partes, el cual tiene gran valor y sin duda va de la mano con una tutela judicial efectiva. En palabras de Chiovenda *"la experiencia derivada de la historia permite añadir aunque el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien garantizado, la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente."*[9].
5. **Legalidad y observancia de las normas procesales**: se encuentran definidos en los artículos 7 y 13 del CGP[10], son principios innovadores del CGP, el de legalidad por su parte impone no solo la observación de

[8] Artículo 5o. CONCENTRACIÓN. El juez deberá programar las audiencias y diligencias de manera que el objeto de cada una de ellas se cumpla sin solución de continuidad. No podrá aplazar una audiencia o diligencia, ni suspenderla, salvo por las razones que expresamente autoriza este código.

Artículo 6o. INMEDIACIÓN. El juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan. Solo podrá comisionar para la realización de actos procesales cuando expresamente este código se lo autorice.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido respecto de las pruebas extraprocesales, las pruebas trasladadas y demás excepciones previstas en la ley.

Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos si es ocasionada por negligencia suya.

[10] JOSE CHIOVENDA. Principios de Derecho Procesal Civil. Traducción española de la edición italiana. Editorial Reus, 1925, p. 127.

[11] Artículo 7o. LEGALIDAD. 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.

las disposiciones legales, sino que obliga al juez a tener en cuenta los precedentes judiciales, la doctrina probable y le impone la obligación de justificar las razones por las cuales se aparta del precedente. En palabras del doctor Luís Ernesto Vargas Silva: *"lo que este nuevo principio de legalidad exige al juez es que incorpore como fuente de derecho vinculante las decisiones judiciales que, (i) al ser adoptadas por las Altas Cortes en ejercicio de su función constitucional de unificación de jurisprudencia, conforman precedente vertical; y (ii) sus propios fallos en asuntos análogos, que tienen valor jurisprudencial sobre la base de la vigencia del derecho de igualdad de trato ante autoridades judiciales y que, en consecuencia, constituyen precedente horizontal."*[11] Igualmente, elimina la posibilidad de que las partes creen obstáculos que impidan el acceso a la justicia.

6. **Gratuidad**: este principio se encuentra definido en el artículo 10 del CGP[12], y su estructura tiene su origen en los principios del Estado Social de Derecho, al respecto la definición más precisa la ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996: *"operatividad de la justicia "se hace efectiva cuando las instituciones procesales creadas como instrumentos para asegurar su vigencia, arbitran los mecanismos idóneos para que puedan acceder a ellas todas las personas en condiciones de igualdad. Pero, valga anotarlo, esas condiciones de igualdad no se predican únicamente de las oportunidades para acceder a la administración de justicia, sino también de las condiciones mismas en que se accede. Y en este punto*

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.

ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. 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.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

[11] LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, "La función constitucional de los principios del Código General del Proceso".

[12] Artículo 10. GRATUIDAD. El servicio de justicia que presta el Estado será gratuito, sin perjuicio del arancel judicial y de las costas procesales.

juega un papel preponderante la capacidad económica de las partes, la cual, como señala la sentencia citada, "no puede colocar a una de ellas en situación de privilegio frente a la otra ni propiciar, por consiguiente, la discriminación".

7. **Interpretación de las normas procesales**: este principio se encuentra definido en el artículo 11 del CGP[13], y en este caso le impone al juez la obligación de tener como finalidad y meta del proceso lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Es en este artículo en el cual el legislador estableció con claridad que en caso en que exista dudas de interpretación deberá tenerse en cuenta como primera medida los principios constitucionales y generales del derecho procesal, en segunda medida el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales, estos deberán ser la carta de navegación en caso de duda en la aplicación sin la posibilidad de excluir alguno de ellos.

   Finalmente, impone la obligación de abstenerse de exigir y cumplir formalidades innecesarias. En este punto es fundamental definir la palabra abstenerse, según la RAE[14], abstenerse significa privarse de algo, y esto no es una opción es un mandato y principio que debe proveerse por el juez como director del proceso. En palabras de Chiovenda: *"El proceso es por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su contenido"*[15].

8. **Debido proceso**: este principio se encuentra definido en el artículo 14 del CGP[16], y aunque la definición no es amplia, creo que el legislador lo

[13] 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.

[14] Real Academia de la Lengua Española.

[15] JOSE CHIOVENDA. Principios de Derecho Procesal Civil. Traducción española de la edición italiana. Editorial Reus, 1925, p. 148.

[16] Artículo 14. DEBIDO PROCESO. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en este código. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.

hizo así pues la propia Constitución Política lo define íntegramente[17], sin embargo, traeré un extracto reciente citado en una decisión en sede de tutela sentencia STC9369-2022[18], en el cual la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia define cuando hay vulneración del debido proceso por parte del funcionario judicial en una actuación: *"cuando el juez (i) aplica disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exige el cumplimiento de requisitos formales de manera irreflexiva, aunque en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; [y] (iii) incurre en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas» (CC T-031/16), también cuando "por un apego extremo y una aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial» (CC T-234/17)."*

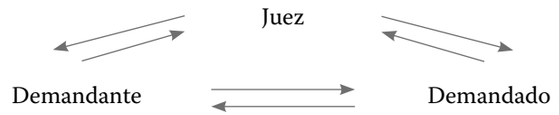
Una vez establecidos cuáles son los principios del proceso, no quiero pasar a los próximos capítulos sin antes citar a Eduardo Couture que con gran acierto indicó que el proceso satisface *"al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción"*. Es por ello que, me atrevo a decir a pesar de la "lluvia de tomates" que pueda caer sobre este escrito que el proceso es un trabajo en equipo, de partes en contienda, pero con una sola finalidad, que el juez imparta justicia.

Pasaré a indicar algunos de los deberes tanto de las partes como del juez entendiendo a estos como sujetos procesales a la luz de la definición que

[17] Artículo 29. 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. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

[18] Sala Civil Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC9369-2022. Magistrado Ponente Luis Alonso Rico Puerta

incluyó la Ley 2213 de 2022, al involucrar al juez como actor principal y destinatario de las obligaciones de los sujetos procesales. Eduardo Couture en su libro "Fundamentos de Derecho Procesal"[19], al referirse a la definición de proceso incorpora una gráfica que refleja lo señalado:



Entender el proceso como una relación juez-demandante, juez-demandado y excluir las relaciones entre partes, hace que se olviden los deberes que como sujetos se tienen en el proceso, con la finalidad en común buscada.

2. REFLEXIONES PARA LOS ACTORES DEL PROCESO A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS DEL CGP

En la estructura del CGP, luego de que el legislador estableció los principios reguladores del proceso, destinó varios artículos a señalar cuales son los deberes de los actores en el proceso, cuando hago referencia a los actores, entiéndase a los jueces y a los apoderados de las partes en el litigio. Estas reflexiones están encaminadas a repensar ciertas situaciones para luego finalizar con la propuesta de algunas buenas prácticas para la conducción del proceso.

2.1 Reflexiones para los jueces

Por su parte el Título III de la Sección Primera del Libro Primero del CGP, señala cuales son los deberes y poderes del juez. En el artículo 42 están cuales son los deberes, en el artículo 43 señala cuales son los poderes de ordenación e instrucción y en el artículo 44 indica cuales son los poderes correccionales.

Sin detenerme en cada uno de ellos, este capítulo está destinado a ser el preludio de las propuestas finales. Iniciaré con algunas preguntas que quisiera se hicieran los lectores que son servidores judiciales, puede responder: *siempre, *regularmente, *nunca.

a. Lleva un control interno en su despacho que le permita verificar la duración de cada uno de sus procesos. (*siempre, *regularmente, *nunca)

[19] EDUARDO J. COUTURE. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Roque Delapalma Editor, Buenos Aires 1958, p. 135

b. Cuenta con un catálogo de medidas internas en su despacho que regularmente use para impedir la paralización del proceso. (*siempre, *regularmente, *nunca)
c. Cuando evidencia que en un proceso debe darse aplicación a criterios con enfoque de género lo hace. (*siempre, *regularmente, *nunca)
d. Previene, remedia, sanciona o denuncia aquellas conductas que evidencian deslealtad procesal, dilaciones o paralizaciones injustificadas. (*siempre, *regularmente, *nunca)
e. Cuando se trata de asuntos como nombramiento de árbitros (en casos de jueces civiles del circuito) y funciones de apoyo al arbitraje, solicitud extraprocesal de medidas cautelares, pruebas extraprocesales. Preside el reparto preferencial de tales asuntos. (*siempre, *regularmente, *nunca)
f. Usa bitácoras, resúmenes, cuadros de control que le permitan dirigir el proceso de manera efectiva y hacer el control de legalidad en la respectiva actuación procesal. (*siempre, *regularmente, *nunca)
g. Rechaza las solicitudes notoriamente improcedentes sin necesidad de que el proceso se paralice. (*siempre, *regularmente, *nunca)
h. Se abstiene de solicitar el cumplimiento de formalismos innecesarios en los procesos de su despacho. (*siempre, *regularmente, *nunca)

Una vez usted haya respondido cada una de estas preguntas, podremos revisar las sugerencias que estarán en el próximo capítulo. No sin antes tener unas reflexiones para los apoderados de las partes, que son los que en gran parte tenemos la responsabilidad de que la administración de justicia no se paralice cona actuaciones sin sentido e improcedentes.

Si bien la congestión judicial en Colombia es causada por los años que nos han precedido, en los cuales no se han implementado las tecnologías, no se le ha dado la prioridad presupuestal que merece la administración de justicia, también es cierto que la responsabilidad también deviene la inaplicación de los principios que el CGP establece.

2.2 Reflexiones para los apoderados

Por su parte el Capítulo V de la Sección Segunda del Libro Primero del CGP, señala cuales son los deberes de las partes y sus apoderados, que para efectos de este ejercicio me enfocaré en estos últimos. En el artículo 78 están cuales son los deberes y en el artículo 79 define cuando se considera que se obra con temeridad o mala fe.

Sin detenerme en cada uno de ellos, este capítulo está destinado a ser el preludio de las propuestas finales, en línea con las sugerencias para los servidores judiciales. Iniciaré con algunas preguntas que quisiera se hicieran los lectores que son litigantes, puede responder: *siempre, *regularmente, *nunca.

a. En cada uno de los actos procesales usted actúa con lealtad y buena fe. (*siempre, *regularmente, *nunca)
b. Se abstiene de presentar escritos improcedentes, inconducentes e inútiles. (*siempre, *regularmente, *nunca)
c. Hace un análisis exhaustivo de sus pretensiones o defensas antes de presentarlas. (*siempre, *regularmente, *nunca)
d. Antes de presentar alguna solicitud de las contempladas en los artículos 285 al 287 del CGP revisa su conducencia y procedencia. (*siempre, *regularmente, *nunca)
e. Previamente a presentar algún recurso contra una providencia judicial, efectúa un análisis de su conducencia y posibilidad de éxito. (*siempre, *regularmente, *nunca)
f. Presta colaboración con la práctica y recaudo de las pruebas así sean de su contraparte. (*siempre, *regularmente, *nunca)
g. Se abstiene de hacer solicitudes probatorias al juez respecto a pruebas que pudo aportar con la demanda o contestación. (*siempre, *regularmente, *nunca)
h. Le informa a su cliente sobre el alcance y consecuencias del juramento estimatorio, demanda de reconvención y vinculación de otros sujetos procesales. (*siempre, *regularmente, *nunca)
i. En sus escritos limita el uso de transcripciones de documentos, citas doctrinales o jurisprudenciales. (*siempre, *regularmente, *nunca)
j. En sus alegatos de conclusión parte de los problemas jurídicos a resolver, la fijación del litigio y limita la citación de normas, jurisprudencia y doctrina que ya citó en sus escritos iniciales. (*siempre, *regularmente, *nunca)
k. Para cualquier situación de inconformidad en el proceso, piensa en la acción de tutela contra providencias judiciales como medio de remedio inicial. (*siempre, *regularmente, *nunca)
l. Revisa las citas y transcripciones que hace sean las correctamente señaladas por el autor. (*siempre, *regularmente, *nunca)
m. Le envío a mi contraparte simultáneamente los memoriales que radico ante el despacho. (*siempre, *regularmente, *nunca)

Una vez usted haya respondido cada una de estas preguntas, podremos revisar las sugerencias que estarán en el próximo capitulo. No sin antes resaltar que son más las obligaciones que están destinadas para los apoderados que para los jueces, y esto no es una coincidencia o falta de legislación al respecto, es porque la labor judicial y la administración de justicia requieren de apoderados que ejerzan el litigio con la finalidad de alcanzar justicia, pero sin solamente demandarla, trabajando en equipo aun siendo contrapartes para que el juez pueda conducir el proceso y administrar la justicia que se le demanda.

3. ALGUNAS PROPUESTAS DE CAMBIO EN LA PRÁCTICA SEGÚN LAS ETAPAS PROCESALES

Este capítulo está compuesto de varias sugerencias, que por supuesto no son taxativas en el CGP, pero que considero son la materialización de buenas prácticas procesales de la mano de los principios del CGP que vimos al inicio de este escrito.

3.1 Buenas prácticas transversales en el proceso

He decidido agregar una parte transversal al proceso, que le puede imprimir celeridad a todas las actuaciones y garantía de un proceso eficiente.

Buenas prácticas transversales en el proceso		
Actuación	**Juez**	**Apoderados**
Radicaciones de escritos	N/A	• En el asunto del correo deberá indicarse con exactitud el número de radicado del proceso • Copiar simultáneamente a los demás sujetos procesales del respectivo memorial con excepción de las medidas cautelares • Procurar el envío de archivos en formatos no editables como PDF. • Verificar previamente los enlaces de documentos que se remiten como Wetransfer, entre otros (que el enlace no caduque)

Buenas prácticas transversales en el proceso		
Actuación	**Juez**	**Apoderados**
Solicitudes	Rechazar las solicitudes improcedentes e injustificadas.	Abstenerse de presentar solicitudes improcedentes y dilatorias.
Aplaza-mientos y suspensiones	Dar prelación a las fechas señaladas y verificar previamente a la fijación de una diligencia/audiencia los asuntos previos a resolver en el proceso para evitar aplazamientos y desplazamientos de las partes en cuanto sea presencial.	Es común ver solicitudes de aplaza-mientos de audiencias o diligencias debidamente programadas, es una falta a la lealtad procesal incurrir en este tipo de prácticas.
Fijación de fechas para diligencias	Si bien los despachos judiciales no están obligados a coordinar fechas con los apoderados para las diligencias/audiencias, podrían revisarse previa-mente con los apoderados sus agendas para señalar fechas.	Colaborar en la realización de las audiencias/diligencias y coordinar sus agendas con los despachos e informar a su poderdante y o citados como testigos, peritos, entre otros.
Asuntos que no tienen prelación expresa pero son importantes para la justicia	Dar prioridad luego de los asuntos con prioridad constitucional o legal definida, como en las funciones de apoyo al arbitraje, pruebas extrapro-cesales, medidas cautelares extraprocesales. Pues esto ayuda a la descongestión de asuntos y es colaboración armónica con otros actores que administran justicia.	N/A

3.2 Buenas prácticas en la etapa inicial del proceso

Esta etapa está destinada a las actuaciones en las cuales tanto el juez como los apoderados están contando sus primeras versiones y dando el preámbulo de lo que será la fijación del litigio.

Buenas prácticas en la etapa inicial del proceso		
Actuación, escrito o memorial	**Juez**	**Apoderados**
Demanda-contestación	El auto admisorio/ mandamiento de pago sea la providencia más juiciosa que se dicte. Esto implica que se tenga una idea inicial de lo que está solicitando la parte demandante y en caso de no entenderse poder solucionarlo desde esta etapa. El uso de bitácoras, control de procesos, en acuerdo con los servidores judiciales del despacho, sustanciadores, escribientes que estén encargados de la colaboración de la sustanciación del proceso, entiendan lo que la parte está solicitando. Revise y verifique las reglas procesales sobre su competencia frente al asunto. Tenga en cuenta que hay asuntos en los cuales podrá dictar sentencia anticipada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 278 del CGP.	• Revisar la existencia de cláusula compromisoria o compromiso • Redactar las pretensiones/ excepciones precisas, congruentes con los hechos alegados • Hechos determinados, evitando hechos aislados, transcripciones jurisprudenciales, conceptuales o doctrinales. Contestación a los hechos puntual, evitando lo señalado anteriormente. • Demandante: Hechos en orden cronológico, señalando de ser posible en capítulos la historia que le está contando al juez. Cuando redacte piense en que está contando una versión inicial de sus peticiones. • Demandado: Cuando redacte piense en que está contando una versión nueva a la que señala el demandante n algunos hechos o en todos. • En sus hechos o defensa haga referencia a las pruebas que los sustentan, enumeradas, clasificadas. • Revise y verifique la competencia en el asunto.
Solicitudes probatorias	Determinar con prudencia y teniendo como brújula la fijación del litigio, cuáles pruebas cumplen con los criterios de admisilidad, coordinar con sus sustanciadores los criterios de acuerdo al problema o problemas jurídicos la conducencia, utilidad y pertinencia de las pruebas a decretar o negar.	• Revisar el número de testigos a solicitar, no por muchas testigos sobre el mismo hecho va a tener éxito. • Escogencia de los peritos esté ajustada al objeto probatorio. • Los documentos que se aporten sean referenciados a los hechos o defensa.

3.3 Buenas prácticas en la etapa probatoria

Quizás esta sea la etapa que más durabilidad tiene en el proceso, por eso es tan necesario que se apliquen buenas prácticas con la finalidad de evitar congestiones en la administración de justicia y por sobre todo obtener una tutela judicial efectiva, como materialización de los principios del CGP.

Buenas prácticas en la etapa probatoria		
Prueba-actuación	**Juez**	**Apoderados**
Pruebas documentales	Requerir a las partes en caso que uno de los documentos no sea legible, esté incompleto, no esté en los enlaces respectivos, no esté debidamente identificado en el respetivo escrito que se solicitó. El uso de bitácoras, control de procesos, en acuerdo con los servidores judiciales del despacho, sustanciadores, escribientes que estén encargados de la colaboración de la sustanciación del proceso, entiendan lo que la parte está solicitando. Revise y verifique las reglas procesales sobre su competencia frente al asunto. Tenga en cuenta que hay asuntos en los cuales podrá dictar sentencia anticipada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 278 del CGP.	• Evitar presentar documentos en formatos editables • Los documentos estarán debidamente enumerados e identificados en una tabla referenciada en el respectivo escrito en el que se solicitó el documento como prueba, así mismo deberá estar identificado en el nombre del archivo de manera congruente con su identificación de la tabla mencionada. • En caso de ser videos, fotos, grabaciones, aplicará la misma regla, por tararse también de documentos según el artículo 243 del CGP.
Testigos	En caso que los testigos mencionen a personas necesarias para el esclarecimiento de los hechos, decretarlas de oficio.	• Reunirse con los testigos previamente a su declaración informándole sobre el objeto de la prueba y que se documente sobre el mismo, para que la prueba sea realmente eficiente.
Prueba pericial	Tener presente el objeto de la prueba y así mismo interrogar a los expertos.	• Revisar la experiencia y antecedentes del perito aún para la contradicción.

Exhibición de documentos	Requerir a la parte que en su exhibición exhiba determinados los documentos que solicitó la contraparte.	• En la solicitud de la prueba identificar los documentos que se solicitan sean exhibidos, evitando hacer solicitudes superfluas al objeto de la prueba. • Al momento de exhibir los documentos, por lealtad procesal evitar enviarlos sin identificar y cumplir las reglas señaladas en el punto de documentos anteriormente señalado, esto es en una tabla identificar los documentos y que coincidan con lo exhibido.

3.4 Buenas prácticas en la etapa de alegatos

Buenas prácticas en la etapa de alegatos		
Etapa relevante	**Juez**	**Apoderados**
Fijación del litigio	La fijación litigio deberá ser la brújula para el decreto de pruebas, pero también para los alegatos que se vayan a escuchar de las partes. Si desde ese momento el juez practica las pruebas siguiendo los problemas jurídicos que posiblemente resolverá en la sentencia, la construcción de la misma será menos compleja. Se aconseja contar con la bitácora, control o historia del proceso, junto con el sustanciador, escribiente o servidor judicial que estará acompañando al juez en la sustanciación del proceso e ir tomando nota de lo que acontece en el trámite del proceso.	

Probatoria	En la práctica de las pruebas, ir teniendo las conclusiones que serán el fundamento de la sentencia conforma al problema o problemas jurídicos planteados.	• Tener una tabla de control de conclusiones de cada medio probatorio, para que al momento de construir los alegatos no se le pase ninguna prueba fundamental.
Sentencia/ Alegatos	Sentencias precisas, abstenerse de expedir sentencias llenas de citas doctrinales o jurisprudenciales innecesarias.	• Alegatos que partan de los problemas jurídicos, que indiquen cómo se logró probar su pretensión o excepción con fundamento en las pruebas practicadas. • Abstenerse de expedir presentar alegatos llenos de citas doctrinales o jurisprudenciales innecesarias.

A modo de conclusión, me atrevo a recomendar hacer del litigio un trabajo leal, con respeto de los principios del CGP, y sobre todo como litigantes pensar en el juez como funcionario que imparte justicia, no entorpeciendo su labor, sino colaborando para que pueda impartir una tutela judicial efectiva, me atrevería a decir que haciéndole la vida más fácil al juez, en el buen sentido de la palabra. Muchas veces nos olvidamos ponernos en los zapatos el otro, y esto aplica también para los jueces ponerse en los zapatos del litigante. Así podremos hacer que el proceso cumpla su finalidad.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA LEY 2213 DE 2022

*Ricardo Enrique Bastidas Ortiz**

INTRODUCCIÓN

Reconociendo las innumerables ventajas que para la transformación digital de la justicia trajo el Decreto 806 de 2020 que rigió hasta el pasado 4 de junio, la Ley 2213 de junio 13 de 2022 le dio continuidad impulsando el fortalecimiento y la utilización de los servicios digitales y de tecnología en la prestación de este servicio público esencial pues la experiencia demostró que la adaptabilidad del sistema a la actual era digital resultaba ser una necesidad, máxime que con ella la administración de justicia se acerca a los ideales de eficacia, eficiencia, oportunidad, accesibilidad, equidad, autonomía e independencia.

Por esta razón, es importante analizar esta última normatividad desde la perspectiva constitucional y estatutaria, no sin antes revisar los antecedentes que dieron origen a la misma.

1. ANTECEDENTES DE LA LEY 2213 DE 2022

La Constitución Política de 1991 generó importantes transformaciones institucionales orientadas a garantizar a los colombianos la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro

* Magistrado de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, capítulo Tolima. Catedrático de la Universidad de Ibagué. Formador de formadores de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo[1].

Y al ser un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, fundada en el respeto a la dignidad humana, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general[2], determinó que las autoridades públicas están instituidas para proteger a todas ellas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades sociales del Estado y de los particulares[3].

Para cumplir tales fines le encomendó a la Rama Judicial como integrante del poder público la noble misión de administrar justicia a través de sus órganos[4], garantizando así el derecho de toda persona para acceder a ella en pie de igualdad real y efectiva, protegiendo especialmente a aquellas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta[5].

Consciente de tan importante compromiso, las diferentes autoridades públicas ejecutiva y legislativa de la mano del Consejo Superior de la Judicatura, máximo ente de gobierno de la Rama Judicial[6], han mejorado el sistema judicial permitiendo cambios positivos no solo en la gestión procesal sino en la manera y forma como se administra justicia soportada en medios tecnológicos.

Así, desde el documento CONPES 2744 de 1994 que advirtió una notable congestión judicial, se empezó a enfrentarla a través de la transformación digital de la justicia y por tanto la necesidad de dar soluciones que involucraran las tecnologías de la información y de las comunicaciones.

La Ley 270 de 1996 determinó las bases para incorporar las tecnologías de la información con el propósito de mejorar el cumplimiento de las funciones de los despachos judiciales, principalmente para la práctica de pruebas, la formación, conformación y reproducción de expedientes, la comunicación entre los despachos y el funcionamiento del sistema de información, además de reconocer la validez de los documentos emitidos en cualquier medio

1 Preámbulo de la Constitución Política.

2 Artículo 1º Constitución Política

3 Artículo 2º C. P.

4 Artículo 116 C. P.

5 Artículo 13 C. P.

6 Arts. 256 y 257 C.P.

tecnológico y establecer garantías para la identificación y el ejercicio de la función por el servidor judicial y la protección de los datos de carácter personal[7]. Tal normatividad, en lo pertinente, fue declarada exequible por la Corte Constitucional[8]

Posteriormente se expidió la Ley 1437 de 2011 que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en donde incorporó en el procedimiento administrativo general (título III), todo un capítulo para la utilización de medios electrónicos, el documento público, la notificación, el acto administrativo, el expediente y la sede electrónica entre otros aspectos. En las actuaciones judiciales del proceso contencioso, el código establece medidas para que se puedan surtir por medios digitales y ordena al Consejo Superior de la Judicatura adoptar las medidas necesarias para materializar lo anterior[9].

A través de la Ley 1564 de 2012 se adoptó el Código General del Proceso en donde ordena que en todas las actuaciones judiciales el Consejo Superior de la Judicatura debe procurar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales a través de la implementación gradual del Plan de Justicia Digital para su uso obligatorio[10].

Precisamente dando cumplimiento a estos últimos mandatos dicha Corporación expidió el Plan Sectorial de Desarrollo 2019-2022 "Justicia Moderna con Transparencia y Equidad" dando inicio formal a la modernización tecnológica de la Rama Judicial, buscando así el buen uso y aprovechamiento de la tecnología y el mejoramiento de la infraestructura, definiendo dicho Plan como "el conjunto de proyectos dirigidos a fortalecer y mejorar el servicio de la administración de justicia en el país, a través del impulso de la tecnología, la innovación tecnológica y la ciencia de datos a través de herramientas disruptivas", con el fin de acercar el servicio de justicia al ciudadano, mejorar su confianza a través de procedimientos transparentes; facilitar el trabajo de los operadores judiciales, mejorar la productividad judicial, disminuir los tiempos de atención y de gestión de los procesos, mejorar la calidad de las decisiones y la capacidad de toma de decisiones en todo el sistema de justicia[11].

7 Artículo 95 Ley 270 de 1996.

8 Sentencia C-037 de 1996.

9 Artículo 186 Ley 1437 de 2011.

10 Artículo 103 Ley 1564 de 2012.

11 Se puede consultar en la página de la Rama Judicial: www.ramajudicial.gov.co

El Consejo Superior de la Judicatura aprobó el Plan Estratégico de Transformación Digital PETD 2021-2025, en el cual convergen un conjunto de programas, proyectos y actividades trascendentales que están llevando a la Rama Judicial a una transformación institucional de un mejor aprovechamiento de las nuevas tecnologías digitales[12].

Por razón de la pandemia derivada del COVID 19, la transformación digital de la justicia aceleró el proceso de implementación y con este el de inclusión y adaptación del sistema a las herramientas tecnológicas. En ese contexto y para dar respuesta a la gravedad de los hechos que causaban la crisis, el gobierno nacional aprovechando el estado de excepción[13] expidió el Decreto Legislativo 806 de 2020, y adoptó medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, concretamente en los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, así como en las actuaciones de las autoridades administrativas que ejercían funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales, a más de flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y contribuir a la pronta reactivación de las actividades económicas que dependen de este.

En ese sentido dicho Decreto Legislativo estableció que por regla general todas las actuaciones judiciales (presentación de la demanda, contestación de la demanda, audiencias, notificaciones, traslados, alegatos, entre otras) debían tramitarse a través de medios virtuales, y excepcionalmente de manera presencial, siempre que fueran manifestadas las razones por las cuales no se podía adelantar la gestión mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. De esa manera se garantizaba el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia tanto a quienes podían acceder a la tecnología, como a quienes no podían hacerlo.

Con tal fin, se dispuso prestar especial atención a las poblaciones rurales y remotas, a los grupos étnicos y a las personas con discapacidad que enfrentaban barreras para el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de permitirles un acercamiento al sistema en igualdad de condiciones respecto a las demás personas.

[12] Acuerdo PCSJA-20-11631-2020.

[13] Artículo 215 C. P. Decreto Legislativo 637 de 2020.

En general el Decreto 806 contribuyó no solo a superar la contingencia causada por la pandemia sino a lograr el acercamiento efectivo de la justicia al ciudadano, a quien se le permitió, entonces, gozar y disfrutar de sus derechos.

2. Justificación e importancia de la Ley 2213 de 2022

Superado el control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 806 de 2020[14] y dado el éxito alcanzado en su aplicación pues en él se materializaron los mandatos constitucionales relacionados con el acceso a la administración de justicia[15], el principio de igualdad[16], publicidad[17], buena fe[18] y el ejercicio del derecho al debido proceso[19], el Congreso de la República expidió la Ley 2213 de 2022 "Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones".

Acogió como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto 806 de 2020 con el fin de implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, así como las actuaciones de las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales.

En el mismo artículo primero determinó que el acceso a la administración de justicia a través de herramientas tecnológicas e informáticas debía respetar el derecho a la igualdad real, no pudiendo, so pena de su uso, omitir la atención presencial en los despachos judiciales cuando el usuario del servicio lo requiera y brindando especiales medidas a la población en condición de vulnerabilidad o en sitios del territorio donde no se disponga de conectividad por su condición geográfica.

[14] Sentencia C-420 de 2020

[15] Artículos 2 y 229 C. P.

[16] Artículo 13 C. P.

[17] Artículo 228 C. P.

[18] Artículo 83 C. P.

[19] Artículo 29 C. P.

Advirtió igualmente, tal como se dijo en la parte motiva del Decreto 806, que la ley era complementaria a las normas contenidas en los códigos procesales propios de cada jurisdicción y especialidad.

En relación con el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la especialidad penal de la jurisdicción ordinaria y penal militar, quedó a discreción del juez o magistrado a cargo del respectivo proceso evaluar su aplicación en cada caso acorde con las pautas dadas en la ley estatutaria de administración de justicia y que se refieren al respeto de los principios que rigen la administración de justicia[20].

En el artículo segundo que se refiere al uso efectivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, se privilegia el derecho a la igualdad dándole acceso a quienes están en condiciones similares de acceder a la tecnología, mientras que a la población rural, los grupos étnicos, las personas con discapacidad y las demás personas que tengan alguna dificultad para hacer uso de los medios digitales, se le concede el derecho de acudir directamente a los despachos judiciales y gozarán de atención presencial. De la misma manera, se presume la buena fe en las actuaciones de los particulares frente a la administración de justicia, evitando exigir y cumplir formalidades presenciales o similares que no sean estrictamente necesarias y por lo tanto las actuaciones no requerirán de firmas manuscritas o digitales, presentaciones personales o autenticaciones adicionales, ni incorporarse o presentarse en medios físicos. El respecto al debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia que demanda deben respetarse.

En el tercero que alude a los deberes de los sujetos procesales en relación con las tecnologías de la información y las comunicaciones, tiene íntima correspondencia con el deber de todo ciudadano a: "Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de Justicia"[21] y actuar con lealtad y buena fe frente al juez y los demás sujetos procesales[22] enviándoles a través de los canales digitales un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones que realicen, simultáneamente con copia incorporada al mensaje enviado a la autoridad judicial.

Los artículos cuarto (expedientes), quinto (poderes), décimo (emplazamiento para notificación personal), once (comunicaciones, oficios y Despachos), se mantuvieron en los mismos términos establecidos en el Decreto 806 de 2020.

[20] Artículos 1 a 9 Ley 270 de 1996

[21] Artículo 95 numeral 7º C. P.

[22] Artículo 78 numerales 1 y 5 del Código General del Proceso

En cuanto a la demanda (art. 6º de la ley) se dispuso que debía ser presentada en forma de mensaje de datos, lo mismo que todos sus anexos, a las direcciones de correo electrónico que el Consejo Superior de la Judicatura disponga para efectos del reparto, indicándose en ella el canal digital donde deben ser notificadas las partes, sus representantes y abogados, testigos, peritos y cualquier tercero que deba ser citado al proceso. Con la finalidad de garantizar la lealtad procesal entre las partes, se ordenó que copia de la demanda y de sus anexos debía enviarse simultáneamente a los demandados, salvo que en ella se solicitaran medidas cautelares o se desconociera el lugar o sitio de notificaciones de estos, siendo innecesario entonces volver a correr traslado de las mismas luego de admitida la demanda para los efectos de la notificación.

Se mantuvo la regla general de la virtualidad en la realización de las audiencias, salvo que por razones de seguridad, inmediatez y fidelidad destinadas a la práctica de pruebas fuera estrictamente necesario adelantarlas de forma presencial, especialmente en la justicia penal con la presencia física del juez y el sujeto de prueba. (Art. 7º)

En materia de notificaciones personales se mantuvo el mismo esquema que traía el Decreto 806, advirtiendo el artículo 8º adicionalmente que los términos únicamente empezarán a correr cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda constatar el acceso del destinatario al mensaje, dando así aplicación a lo dispuesto en la parte resolutiva de la sentencia C-420 de 2020; en este sentido se puede afirmar que fueron complementados los artículos 291 y 292 del Código General del Proceso. Se autorizó adicionalmente que las partes pueden hacer uso del servicio de correo electrónico postal certificado y los servicios postales electrónicos definidos por la Unión Postal Universal –UPU–[23] con cargo a la franquicia postal lo que constituye un gran avance en la aplicación de las nuevas tecnologías.

Las notificaciones por estado y traslados mantuvieron el mismo esquema anterior, advirtiéndose que cuando una de las partes acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del traslado por secretaría, el cual se entenderá realizado a los dos días hábiles siguientes

[23] La Unión Postal Universal -UPU- es el organismo especializado de las Naciones Unidas para los servicios postales internacionales. La UPU desempeña una función fundamental en promover y desarrollar la comunicación entre todos los Estados a través del mejoramiento de los servicios postales. En Colombia está atendida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a contarse cuando el iniciador recepcione el mensaje o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mismo. (Art. 9º)

El trámite de las apelaciones de sentencias en materia civil y familia previsto en el artículo 12 de la ley modificó, en lo pertinente, el artículo 327 del Código General del Proceso, destacándose que el recurso debe sustentarse "a más tardar" dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del auto que lo admitió, vencido el cual se correrá traslado del mismo a la parte contraria por similar término; acto seguido se proferirá sentencia escrita que deberá notificarse por estado. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad oficiosa que tiene el juez de decretar pruebas en segunda instancia o que alguna de las partes se las solicite bajo los parámetros regulados en el mismo artículo 327 procesal. Para los efectos de interpretación y aplicación de esta norma en su justo sentido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha proferido varias providencias[24], privilegiando así el derecho sustancial y el del acceso de toda persona para acceder a la segunda instancia[25]. En el mismo sentido puede interpretarse el artículo 13 que regula la apelación de las sentencias en materia laboral.

CONCLUSIONES

1. La Ley 2213 de 2022 que adoptó medidas procesales en los asuntos allí establecidos tiene como finalidad incrementar la efectividad, eficiencia y la transparencia del sistema de justicia pues la implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones ha demostrado tener un impacto enorme en el mejoramiento de la productividad del aparato jurisdiccional, toda vez que permite prestar un servicio de mejor calidad, en menor tiempo y a un menor costo, todo ello en pro de generar beneficios a todos y cada una de las personas que intervienen en los procesos judiciales.
2. Sobre la base de que el Estado Social de Derecho no puede ser ajeno a la era digital, y en este sentido debe procurar una mejor gestión de lo público y las necesidades jurídicas de la población, en un escenario responsable, bajo altos estándares éticos compatibles con los derechos humanos, el pluralismo jurídico y las diversidades socioculturales, la ley supera el juicio de constitucionalidad ya que está soportada en el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el debido proceso, la buena fe, la lealtad procesal, la transparencia, y las disposiciones que prevén nuevos deberes para las partes en los procesos que se tramitan mediante el uso de las TIC no suscitan dudas en materia de igualdad pues no implican, de suyo, tratamientos diferenciados entre las partes procesales al mantenerse la presencialidad en casos excepcionales para aquellas personas que no tengan acceso a dichas herramientas tecnológicas.
3. Con el apoyo del Consejo Superior de la Judicatura, los jueces de la república y la actividad de defensa jurídica de los abogados y litigantes, con seguridad se lograrán los altos fines propuestos por la Ley 2213 de 2022.

[24] Sentencias de tutela: STC5498-2021; STC5790-2021; STC10055-2021; STC11451-2021, entre otras.

[25] Artículos 31, 228, 229 y 230 C. P.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de Colombia.

Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-; Leyes 1437 de 2011, 1564 de 201 y 2213 de 2022.

Acuerdo PCSJA-20-11631 de 2020: Plan Estratégico de Transformación Digital 2021-2025. Consejo Superior de la Judicatura.

Sentencias: C-365 de 2000; C-1149 de 2001; C-879 de 2003; C-326 de 2006; C-420 de 2020. Corte Constitucional.

"Constitución y Justicia Digital". Universidad Libre de Colombia, 2021, Editorial Grupo Editorial IBAÑEZ.

LA AUDIENCIA DE PRÁCTICA DE PRUEBAS EN LA LEY 2213 DE 2022

*Jairo Parra Cuadros**

INTRODUCCIÓN

Indiscutiblemente, la justicia estaba rezagada de la tecnología. La incorporación de las TIC en los procesos judiciales en Colombia era muy poca, por no decir que nula. Sin embargo, hoy podemos decir todo lo contrario, somos uno de los primeros países en consagrar de forma permanente, como regla general, que las audiencias de práctica de prueba se adelanten de forma virtual.

En ese sentido, el escrito tendrá como propósito explicar la audiencia de práctica de pruebas en la Ley 2213 de 2022, partiendo de la exposición de los sistemas tecnológicos actuales que permiten los juicios telemáticos, para luego sostener que la regla general de la nueva ley en lo que tiene que ver con dichas audiencias es la virtualidad, al punto que, la presencialidad es la excepción. Acto seguido, expondré las hipótesis en las que la práctica de las pruebas se adelantará físicamente en la sede del juzgado y la forma de entender dichas excepciones de cara al uso de las TIC en las actuaciones judiciales. Asimismo, se revisarán las particularidades en materia penal y penal militar. Finalmente, se pondrán de presente unas recomendaciones y una propuesta de protocolo para las audiencias de práctica de pruebas personales.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho comercial y en derecho procesal civil de la misma universidad. Se ha desempeñado como abogado del Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, y como director del Departamento de Litigios de Archila Abogados. Socio de la firma Parra Quijano & Cuadros Abogados. Profesor Universitario. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

1. SISTEMAS TECNOLÓGICOS PARA ADELANTAR AUDIENCIAS VIRTUALES

Los juicios virtuales han tenido una importante evolución a nivel tecnológico. En sus primeros inicios, se utilizaba la teleconferencia para llevar a cabo algunas audiencias a distancia, luego, se implementó un circuito bidireccional de televisión para algunos casos particulares con el objetivo de que el declarante no tuviese que estar en la misma sala[1] y, posteriormente, se empezaron a adelantar los primeros juicios utilizando sistemas de videoconferencia.

Bien, en nuestro caso, la Ley 2213 de 2022[2] no se limitó a un sistema tecnológico en particular para adelantar los juicios virtuales, al contrario, dejó la puerta abierta tanto para los medios que actualmente se utilizan, como para aquellos que surjan en el futuro. Permitiendo, inclusive, que se puedan realizar de manera telefónica.

De ahí que sea relevante analizar desde el punto de vista técnico, las diferencias y beneficios entre los sistemas que actualmente se utilizan, estos son, la teleconferencia y la videoconferencia, siendo esta última la más popular.

La teleconferencia permite el intercambio simultáneo de voz entre distintas personas, pudiéndose adelantar por medio de línea telefónica o por internet (plataforma o aplicación)[3]. Por lo tanto, la experiencia es mucho más alejada

[1] "Ha sido Estados Unidos uno de los países pioneros en la implantación y desarrollo de la video conferencia en el mundo de la Justicia, siendo a través de la jurisprudencia de sus tribunales como se ha ido admitiendo su empleo en los juzgados norteamericanos. Concretamente fue en el año 1982, cuando el Condado de Dade (Florida) por primera vez utilizó un circuito bidireccional de televisión en las primeras declaraciones realizadas por detenidos en casos de delitos menores (misdemeanor causes); con el paso de los años, los tribunales estadounidenses comenzaron a emplear esta tecnología en aquellos supuestos de abusos de menores, destacando la Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos relativa al caso Maryland v. Craig, en donde el tribunal permitió a un menor de edad, supuesta víctima del abuso sexual, que testificara a través de un circuito cerrado de televisión. Ante tal pronunciamiento, el Congreso respondió promulgando la Child Victims and Child Witnesses Rights Act de 1994, que contempló el empleado de esta nueva tecnología" (Montesinos, 2009, p. 35).

[2] Art. 7 de la Ley 2213 de 2022: "…deberán realizarse utilizando los medios tecnológicos a disposición de las autoridades judiciales o por cualquier otro medio puesto a disposición por uno o por ambas partes y en ellas deberá facilitarse y permitirse la presencia de todos los sujetos procesales, ya sea de manera virtual o telefónica".

[3] La mayoría de las plataformas o aplicaciones que permiten videoconferencias, también dan la posibilidad de que se desarrolle únicamente con audio (teleconferencia). Algunos de estos son: Zoom, Telegram, WhatsApp, Teams, entre otros.

a la de una audiencia presencial, dado que interviene un solo sentido (oído), sin que se pueda identificar físicamente a los intervinientes, como tampoco el entorno en el que se encuentran.

Por el otro, la videoconferencia es "…un servicio multimedia de comunicación que permite los encuentros a distancia en tiempo real entre distintos grupos de personas que se hallan en diferentes lugares. Etimológicamente, combina la noción de transmisión de imágenes y sonido a distancia (vídeo), y la de conversación o dialogo entre diferentes personas que se expresan alternativamente (conferencia)"[4].

En consecuencia, al intervenir dos sentidos (oído y vista) en esos sistemas, la comunicación tiende a ser más cercana a lo que ocurre cuando se lleva a cabo de forma física. Adicionalmente, se puede tener un mayor control respecto del entorno de los intervinientes dado que, por medio del video se puede identificar cómo y en dónde se encuentra la persona.

Sin embargo, a pesar de que, como dije, la Ley 2213 de 2022 no se limitó a un determinado sistema, sin perjuicio de que los códigos procesales propios de cada especialidad sí lo prevean[5], considero que se deben preferir aquellos que permitan simultáneamente la transmisión de audio y video (videoconferencia). Esto, en tanto que: i) el video permite un mayor control del entorno de los intervinientes; ii) se garantiza la presencia del juez durante toda la audiencia, pues al encender su cámara el ciudadano puede tener la tranquilidad y certeza de que el fallador se encuentra al otro lado de la pantalla, practicando la prueba y con su atención puesta en ello; iii) facilita la detección de cualquier problema de conectividad de los intervinientes, así como fallas en los micrófonos; iv) mayor grado de identificación.

Por todo lo anterior, reitero que se debe privilegiar el uso de la videoconferencia sobre la teleconferencia. Y quisiera en este punto llamar la atención de que no existe nada más odioso e indiferente que aquellos "jueces sin rostro" que adelantan la audiencia con la cámara apagada. Dejando el mensaje de total desprecio hacia el usuario y la majestad de la justicia, pues, de esta forma, los usuarios no pueden conocer a ciencia cierta si el juez realmente está al otro lado, participando directamente o, al contrario, se encuentra

[4] Montesinos, 2009, p. 26.

[5] De conformidad con el parágrafo 2 del art. 1 de la Ley 2213 de 2022, "[l]as disposiciones de la presente ley se entienden complementarias a las normas contenidas en los códigos procesales propios de cada jurisdicción y especialidad".

ausente o en su remplazo, un funcionario del juzgado. Además, ¿cómo se puede exigir a los demás que la enciendan sus cámaras si el director del proceso no lo hace? Claro, en algunas ocasiones se justificará que se apague por problemas de conexión, etc. En todo caso, afortunadamente son pocos los jueces que acuden a esta práctica.

Finalmente, con los avances que se han dado hasta el día de hoy, sin duda, vamos a contar con tecnología que nos va a permitir vivir una experiencia igual, en términos sensoriales, a como se desarrolla una audiencia o una reunión de forma física. Incluso, existen desarrollos muy importantes en telepresencia[6], realidad aumentada[7] y realidad virtual, lo que va a generar que cada vez más se disipen las críticas frente a los juicios virtuales, pues va a ser equiparable a encontrarnos en una sala de audiencias física.

[6] "Telepresence Of all the jaw-dropping technology demonstrations I have attended over the years, including that defining visit to Martlesham, none opened my mouth (and mind) wider than my first view of Cisco's telepresence. I had been invited in 2006 to Cisco's offices in central London to 'meet' their General Counsel (GC) in California. I walked into the purpose-built room and saw BT's vision realized. Although he was sitting in an office over five thousand miles away, the GC appeared to me on a screen, as large as life. The sound was directional, the display was crystal clear, there was no latency (delay), and we sat together surrounded by matching chairs, tables, wall coverings, so that the impression was that we were (immersed) in the same room. It was wholly remarkable—high-quality video conferencing on steroids. When these systems are used, the mind joins the dots so that you feel you are physically in the same space as those to whom you are linked" (Susskind, 2019, p. 255).

[7] "A different technology that has received much less attention by the legal fraternity is augmented reality (AR). Most science fiction movies of the last few years have this technology on full display, typically when a protagonist's view of the outside world is overlain by some data—the name of a passerby, the route to an assignation, the underlying structure of a building. The idea is that humans' perception of the real world is supplemented by machine-generated perceptual information, most usually in visual or auditory form (it can also be olfactory, but I leave others to tease out the implications of this for legal service). When executed effectively, the perception of the natural environment and the annotations merge into one and become a seamless experience. A variety of devices, some cooler than others, are used in support of AR—spectacles (better to call them 'smartglasses'), contact lenses, head-mounted displays, headset computers, and even virtual retinal displays. With these in or around your head, physical objects are digitally annotated in real time. In providing additional information about the world around us, AR systems (also referred to as hybrid reality, computer-mediated reality, or mixed reality systems) are designed to enhance and supplement our perception of reality" (Susskind, 2019, p. 257).

2. LEY 2213/22: LA REGLA GENERAL SON LAS AUDIENCIAS VIRTUALES DE PRÁCTICA DE PRUEBAS

De la revisión integral del texto de la Ley 2213 de 2022, puedo decir con toda seguridad que la regla general en lo que tiene que ver con las audiencias de práctica de pruebas es la virtualidad, sin importar el medio de prueba de que se trate. Analicemos las razones.

En primer lugar, el objeto de la ley no es otro que implementar las TIC en todas las actuaciones judiciales.

En segundo lugar, es tan intenso el deber de utilizar los medios tecnológicos que, para poder acudir a la presencialidad debe existir una razón objetiva que lo justifique, dejando constancia de ello en el expediente[8]. Decisión que será susceptible de ser recurrida[9], salvo en materia penal y penal militar[10].

En tercer lugar, en el artículo 2 de la Ley 2213 se establece que se "…utilizarán los medios tecnológicos, para todas las actuaciones, audiencias y diligencias y se permitirá a los sujetos procesales actuar en los procesos o trámites a través de los medios digitales disponibles".

En cuarto lugar, con el fin de cumplir con el objetivo de la ley, consistente en el uso de las TIC en las audiencias, se prevé que, en lugar de citarla de forma presencial, eventualmente se pueda acudir a la colaboración de las autoridades administrativas[11]. Esto implica una evidente preferencia de

[8] Parágrafo 1 del art. 1 de la Ley 2213 de 2022: "Los sujetos procesales y la autoridad judicial competente deberán manifestar las razones por las cuales no pueden realizar una actuación judicial específica a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones de lo cual se dejará constancia en el expediente y se realizará de manera presencial".

[9] Art. 318 C.G.P: "Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen".

[10] Parágrafo 1 del art. 1 de la Ley 2213 de 2022: "El uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la especialidad penal de la jurisdicción ordinaria y penal militar, será evaluada y decidida autónomamente, mediante orden, contra la que no caben recursos, conforme a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, por el juez o magistrado a cargo del respectivo proceso o actuación judicial".

[11] Parágrafo 2 del art. 2 de la Ley 2213 de 2022: "Los municipios, personerías y otras entidades públicas, en la medida de sus posibilidades, facilitarán que los sujetos procesales puedan acceder en sus sedes a las actuaciones judiciales".

la virtualidad ya que, de no ser así, simplemente se hubiera dicho que la actuación se adelantaría de forma presencial. Todo esto con el único fin de que se pueda adelantar por medio de las TIC.

En quinto lugar, impone un claro deber en cabeza de los sujetos procesales de realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de los medios tecnológicos (art. 3 – Ley 2213 de 2022).

En sexto lugar, en el artículo 7 que regula los aspectos referentes a las audiencias establece que, se "deberán" realizar utilizando los medios tecnológicos, permitiéndose la asistencia virtual. Es más, cuando en la norma se refiere a la posibilidad de adelantarla de manera presencial, se utiliza la expresión "excepcionalmente".

Finalmente, al momento de escribir estas líneas se encontraba vigente el Acuerdo PCSJA22-1197 de 2022, del Consejo Superior de la Judicatura, en donde se lee: "Las audiencias se continuarán realizando preferentemente en forma remota mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (…)".

3. CASOS EXCEPCIONALES EN DONDE LA AUDIENCIAS DESTINADAS A LA PRÁCTICA DE PRUEBAS SE REALIZARÁN PRESENCIALMENTE

Lo expuesto hasta este momento permite concluir que la regla general es que las audiencias de práctica de pruebas se adelanten de forma virtual, sin importar el medio de prueba de que se trate. Entenderlo de otra forma, implicaría desconocer el objeto de la Ley 2213. Por esa razón, la audiencia presencial es la excepción:

> "Cuando las circunstancias de seguridad, inmediatez y fidelidad **excepcionalmente** lo requieran, serán presenciales las audiencias y diligencias destinadas a la práctica de pruebas. La práctica presencial de la prueba se dispondrá por el juez de oficio o por solicitud motivada de cualquiera de las partes" (Art 7 Ley 2213 de 2022 – Negrillas fuera de texto).

Y recalco que se habla de "excepcional", es decir, aquello que "constituye excepción de la regla común"[12]. Siendo la regla común, en este caso, la virtualidad.

[12] RAE.

Resulta claro entonces que para celebrar la audiencia de forma presencial se requiere de unas condiciones que justifiquen virar la regla imperante del uso de las TIC para todas las actuaciones judiciales. De tal suerte que no se puede convertir en un asunto de gustos del juez, tampoco de arbitrariedad, ya que debe existir una razón suficiente y comprobable para que no se adelante de forma telemática, al punto que, la providencia que resuelva que la audiencia se llevará a cabo de forma presencial es susceptible del recurso de reposición, salvo en materia penal y penal militar.

En esta perspectiva, al revisar el texto de la ley se identifican dos escenarios en donde la audiencia se podrá practicar de forma presencial. El primero de ellos es cuando la autoridad judicial, los sujetos procesales y/o abogados no cuenten con los medios tecnológicos para acceder de forma digital. El segundo, por motivos justificados de "seguridad, inmediatez y fidelidad". Analicemos cada uno de ellos.

3.1 No contar con los medios tecnológicos para acceder de forma digital

Uno de los casos para adelantar la audiencia de forma presencial es que no se cuente con los medios tecnológicos para acceder de forma digital (art. 1). Lo que debe ser analizado en conjunto con el artículo 2, en donde se dispone que, "[s]e podrán utilizar las tecnologías de la información y de las comunicaciones, cuando se disponga de los mismos de manera idónea".

Surge entonces la pregunta, cuándo podemos estar frente tecnologías de la información y de las comunicaciones "idóneas". Pues debe entenderse en el sentido exacto de dicha palabra, es decir que sea "adecuado"[13] para poder conectarse a la audiencia y mantener una comunicación fluida en términos generales. No podemos, vía esta expresión, llegar a exigir requisitos exagerados en equipos tecnológicos y conexión a internet para de esta manera desconocer el objeto de la ley (uso de las TIC en todas las actuaciones judiciales) y regresar a lo presencial. No, basta con una conexión y equipos que posibiliten la comparecencia virtual a la audiencia, sin mayores tropiezos en términos técnicos y de fluidez en la comunicación.

Así las cosas, en caso de que no se cuente con los medios tecnológicos para acceder o, los que tenga no permitan que se desarrolle la audiencia con normalidad, pues deberá adelantarse de forma presencial, dejando constancia

[13] RAE.

de ello en el expediente. Con una particularidad conforme expondré en el numeral 5 referente a la audiencia híbrida y es que, si los demás cuentan con los medios, podrán comparecer, si lo prefieren, haciendo uso de las TIC, por lo que tendríamos una audiencia mixta (virtual y presencial).

Es necesario reflexionar sobre un aspecto y es el parágrafo 2 del art. 2 de la Ley 2213 de 2022, en donde, "[l]os municipios, personerías y otras entidades públicas, en la medida de sus posibilidades, facilitarán que los sujetos procesales puedan acceder en sus sedes a las actuaciones virtuales". De manera que, no en todos los casos el hecho de no contar con los medios tecnológicos va a implicar que la audiencia se realice de forma presencial puesto que, si existe la posibilidad de conectarse con apoyo de una oficina de una entidad pública, el juez o el usuario pueden hacer uso de esta opción.

3.2 Cuando las circunstancias de "seguridad, inmediatez y fidelidad" lo requieran

La posibilidad de adelantar la audiencia de forma presencial por motivos de "seguridad, inmediatez y fidelidad", únicamente aplica para aquellas destinadas a la práctica de pruebas. En otras palabras, para las audiencias y diligencias en donde no se practiquen pruebas, solamente aplica la primera excepción referente a que se realizarán de forma presencial en aquellos casos en donde no se cuente con los medios tecnológicos. Mientras que, para aquellas destinadas a la práctica de pruebas, tenemos dos hipótesis: falta de medios tecnológicos y por motivos de "seguridad, inmediatez y fidelidad".

En lo que concierne a esta excepción de "seguridad, inmediatez y fidelidad", procede de oficio o a petición de parte (motivada) y será susceptible del recurso de reposición. Salvo, en materia penal y penal militar.

Igualmente, debo destacar que los aspectos que más debate generaron en el trámite legislativo eran el supuesto desconocimiento de la inmediación en la práctica de pruebas por medios virtuales y que el declarante estuviere siendo conducido de alguna forma en sus respuestas. En el informe de ponencia para segundo debate del proyecto se expuso:

> "Leída la proposición con que termina la ponencia favorable al proyecto de ley se abrió la discusión con la intervención de los congresistas, que se orientaron a cuatro temas específicos: (…)
>
> (iv) la recepción de pruebas por medios virtuales de manera especifica los testimonios e interrogatorios de partes en cuanto rompe el principio de inmediatez del juez y puede generar prácticas indeseadas de que los testigos o partes en la diligencia se encuentren respondiendo a través del abogado"

Precisamente, algunos se dedicaron a repetir que, "en las audiencias virtuales se desconoce la inmediación" y creyeron que simplemente por replicarlo, se había convertido mágicamente en una realidad. No. La inmediación, sin lugar a duda, se mantiene en la práctica de pruebas por medio de las TIC. Por lo tanto, para evitar caer en ese sofisma, considero importante que entendamos concretamente qué es la inmediación y cómo se presenta en las audiencias virtuales, para impedir que, so pretexto de una equivocada interpretación de ésta, se termine desconociendo el objeto de la ley y prefiriendo adelantar audiencias presenciales.

Adicionalmente, frente a la preocupación de que el declarante se encuentre leyendo sus respuestas o alguien se las esté diciendo, conforme expondré, la misma tecnología puede solucionar estos inconvenientes y, en casos muy excepcionales en donde no sea suficientes, pues ahí sí se llevará a cabo presencialmente.

3.2.1 ¿Qué es la inmediación?

La inmediación ha sido entendida como la participación personal y directa del juez en la producción de la prueba. Particularmente, en el artículo 6 del Código General del Proceso se exige:

> "El juez **deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan**. Solo podrá comisionar para la realización de actos procesales cuando expresamente este código se lo autorice.
>
> Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido respecto de las pruebas extraprocesales, las pruebas trasladadas y demás excepciones previstas en la ley"

Igualmente, para acabar con la práctica que se llevaba a cabo antes del C.G.P, en donde otro funcionario del despacho distinto al juez era quien recaudaba la prueba, se dispuso que, "[t]oda audiencia será presidida por el juez y, en su caso, por los magistrados que conozcan del proceso. La ausencia del juez o de los magistrados genera la nulidad de la respectiva actuación" (art. 107).

En consecuencia, es claro que la inmediación fue consagrada de forma intensa en la normatividad procesal, pues a partir de esta el juez tiene un papel activo en la producción de la prueba, pudiendo solicitar aclaraciones, complemen-

taciones, profundizar en algunos aspectos que, de no estar presente, no lo hubiera podido hacer.

Empero, no se puede perder de vista que la inmediación tiene un carácter instrumental[14], erigiéndose en un medio para la formación de la prueba, pero no de valoración[15]. Y este es el origen de la supuesta tensión entre las audiencias virtuales y la inmediación, pues surge a partir de una incorrecta consideración de esta última, al suponer que de allí brotan unos elementos particulares que permiten identificar la mentira y otros que únicamente son percibidos por el juez que participó directamente, como si se tratara de una especie de acto íntimo que transmite unas sensaciones y respuestas intransmisibles e inexplicables, lo que, peligrosamente puede llevar al proceso a un estado de irracionalidad en donde el simple "sentir" del operador judicial termine trasmitiéndose en el fallo.

A fin de cuentas, en algún momento la inmediación adquirió un aire de misticismo, que en algunos casos lo ha convertido en una muralla para el control y contradicción de la valoración probatoria[16]. Es como si esa participación directa estuviera revestida de elementos extrasensoriales que radican en exclusiva en el juez que participó y que de ninguna manera pudieran ser reproducidos, incluso observando el audio y el video de la audiencia.

Esto nace de la falsa idea de que las personas, con algunos elementos exteriores no verbales pueden identificar la mentira, por lo tanto, esa información no puede ser transmisible pues se imprime únicamente en ese juez que estaba frente a esa persona y "vio" como "temblaba", como "sudaba", como "miraba", como se "comportaba", sus "micro-gestos". Lo que se terminó enlazando con la inmediación.

Dichas ficciones fueron repetidas sin corroboración durante los años, introduciéndose automáticamente y siendo replicadas en múltiples sentencias bajo la figura de la inmediación:

[14] Andrés Ibáñez, 2003, p. 58.

[15] "En síntesis, siguiendo la brillante exposición de IACOVIELLO, podemos concluir este punto señalando que la inmediación no es un método para que el tribunal valore la prueba o alcance su convencimiento, sino que ella solo constituye una técnica de formación de la prueba, o sea, el modo en que debe incorporarse la prueba al proceso y que permite extraer todas las informaciones relevantes que ella esconde" (Contreras, 2015, p.84).

[16] Contreras, 2015, p. 320

> "…la doctrina procesalista posterior delimitó las valoraciones de la prueba testifical al considerar que el juez debería tener contacto directo con el testigo para tener condiciones de formar su 'opinión subjetiva sobre ese testimonio recabado', incluyendo el 'análisis de las reacciones, la postura y los gestos de la persona que declara', factores como 'el color de las mejillas, los ojos, el temblor o la consistencia de la voz, los movimientos', recomendándose, incluso, que el juez hiciera constar en los autos dichas situaciones 'en este punto, el testigo se ruborizó'. Todo ello sería un elemento valioso para el órgano juzgador en segunda instancia. Y la doctrina posterior siguió repitiendo estos dogmas. En los años noventa, por ejemplo, se dijo que 'tiene un gran valor la impresión personal que la declaración le causa [al juez] y es este el fundamento del principio de inmediatez.
>
> (…)
>
> Por tanto, todas las ideas antes citadas se basan en la creencia de que el juez podría, durante la declaración, y con base en su experiencia, analizar las circunstancias subjetivas (forma de hablar, grado de confianza, postura durante la declaración, etc.), que serían muy importantes para saber si el sujeto está o no mintiendo"[17].

Como resultado, al interpretar de forma correcta la inmediación, tenemos que en las audiencias virtuales se mantiene en tanto que, el juez tiene una participación personal y directa en la producción de la prueba al otro lado de la pantalla.

3.2.2 La inmediación virtual o sensorial: en las audiencias virtuales NO se desconoce la inmediación

La inmediación, correctamente entendida implica: i) participación personal y directa del juez en la producción de la prueba[18]; ii) eliminación de las interferencias[19]. Todo esto se mantiene en las audiencias virtuales.

[17] Ramos, 2019, p. 59.

[18] Sobre este principio, el profesor Jairo Parra Quijano pone de presente que, "[s]i la percepción es el proceso de llegar a conocer determinado objeto, es decir, que la percepción está regida por la atención, la inmediación supone la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio (…) La percepción del juez, cuando participa en la producción de la prueba, no debe ser de simple registro (pensamiento en situación), sino en acto, es decir que todas las sensaciones estén ´esclavizadas por la atención`, para que pueda ir controlando y relacionando lo que el medio va poniendo de presente, y cuando llegue

i) *Participación personal y directa*: Es la "…exigencia, dirigida al juzgador de los hechos, para que esté presente en la práctica de la prueba"[20]. ¿En la audiencia virtual el juez está presente en el debate probatorio? Claro, lo está, al otro lado de la pantalla, participando de forma personal y directa, con su atención puesta en el desarrollo de la audiencia. Es muy importante que no se confunda "personal" y "directa", con "presencial", pues la finalidad es que sea el juez y nadie más que él quien se encuentre al frente de la producción de la prueba, así lo está en el juicio telemático, pues es él, quien está, repito, al otro lado de la pantalla.

ii) *Eliminación de interferencias:* La inmediación se constituye en "… un mecanismo de reducción de errores al eliminar intermediarios en la transmisión de la información que aportan las pruebas (especialmente las personales)"[21]. En el juicio virtual no existe ningún intermediario o interferencia entre el juez y la prueba, pues él está sentado frente a su computador, escuchando y viendo lo que sucede, con total posibilidad de intervención, dirección y control en condiciones análogas a las de una audiencia presencial.

De ahí que, a partir de los juicios telemáticos se acuñara el término de inmediación "virtual", puesto que la inmediación no tiene que ser física, sino sensorial[22]. Lo que fue confirmado por la Corte Constitucional al hacer el control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 806:

> "Ahora bien, la inmediación no implica necesariamente una proximidad física entre el juez, las partes y las pruebas. El uso de las TIC permite garantizar el principio de inmediación, incluso en mayor medida que la presencialidad, en aquellos eventos en que el contacto físico entre el juez y las partes supone un riesgo para la vida. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha admitido que las TIC son herramientas útiles para el logro del principio de inmediación en las actuaciones procesales por cuanto permiten al juez conocer de viva voz las razones de las partes, aun si esto solo ocurre mediante tecnologías de transmisión de audio, como las llamadas telefónicas. Incluso, en materia penal, la Corte Suprema de Justicia ha admitido que el juez se relacione de manera directa con la prueba o las actuaciones de las partes mediante la consulta de las grabaciones de audio y video de las audiencias practicadas en el proceso cuando las circunstancias lo requieran".

el momento de valorar la prueba, ésta sea el resultado de una actividad preparada y no un acto súbito y apresurado" (Parra Quijano, 2009, p. 67).

19 "La garantía implícita en la inmediación tiene que ver, pues, con el carácter in-mediato, es decir, no mediado o libre de interferencias, de la relación de todos los sujetos procesales entre ellos y con el objeto de la causa, que propicia tal modo de concebir el enjuiciamiento" Ibáñez, P (2003). Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)

20 Ferrer Beltrán, 2021, p. 249.

21 Ibídem.

22 En el salvamento de voto de la sentencia STC672-2019, se ha puesto de presente que "…las TIC`s constituyen un conjunto de mecanismos eficaces para garantizar que el proceso civil siga siendo primordialmente oral y con inmediación, como lo señalan los mandamientos 3 y 6 de la ley 1564 de 2020. Adviértase que la inmediación a la que se refiere la segunda disposición, en casos como el de ahora, no tiene que ser física (mediante la presencia del apoderado en la vista procesal), sino sensorial (…)".

Así pues, la inmediación se cumple en las audiencias virtuales, tanto, en su sentido amplio, es decir que "…las actuaciones procesales sean desarrolladas en presencia judicial"[23], como en su sentido estricto, "…que la sentencia sea dictada por el mismo juez o colegio que ha presenciado la práctica de las pruebas, ya que el contacto directo que ha tenido con este material le ubica en una situación idónea para fallar el caso"[24].

3.2.3 El juez, por más experimentado que sea, NO puede detectar la mentira

De la mano con la inmediación, algunos repelen las audiencias virtuales pues consideran que en la práctica de "pruebas personales" por medio de las TIC se pierden elementos fundamentales para el funcionario judicial, como son "movimientos de las manos", "sudoración", "micro gestos", "nerviosismo", "rubor", ya que, por medio de estos "signos", supuestamente, se puede identificar si alguien está mintiendo.

Todo esto es falso, pues el juez y los abogados, por más experimentados que sean, no están en capacidad de distinguir de forma precisa si alguien está faltando a la verdad.

Por ende, el objetivo de este acápite es demostrar que este lenguaje no verbal no es útil para el proceso y tampoco permite detectar al declarante "mentiroso", luego, NO se puede utilizar este argumento de la pérdida de la comunicación corporal en los juicios virtuales (micro-gestos, rubor, movimiento de las manos, cruce de las piernas, etc.) para citar a audiencias presenciales porque

23 Contreras, 2015, p. 81.

24 Ibídem.

no sería nada más que una arbitrariedad y un argumento que se acompasa más con lo absurdo que con lo jurídico. Además de desconocer el claro objeto de la Ley 2213 de 2022 y los deberes del juez, así como de los sujetos, en relación con las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales.

Ahora bien, la mayoría profesa una fe ciega en la memoria, creyendo que el "recuerdo" se almacena de forma intacta. En últimas, equiparan la memoria del ser humano a un sistema impecable de almacenamiento de información, como si recordar fuese semejante a oprimir un botón de reproducción y extraer el recuerdo sin ninguna distorsión. Y la ciencia ha demostrado todo lo contrario, nuestra memoria es bastante falible:

> "Los recuerdos de los testigos no solo son cruciales en los casos penales, sino también en los civiles: por ejemplo, en los accidentes de tráfico la declaración de testigos presenciales tiene suma importancia para establecer quién fue el culpable.
>
> La aceptación de tales testimonios como pruebas concluyentes lleva implícita la suposición de que la mente humana graba y almacena acontecimientos con la precisión de una máquina. Los seres humanos nos aferramos encarnizadamente a la creencia de que conservamos los recuerdos intactos, de que nuestros pensamientos son imperecederos en esencia, de que jamás olvidamos verdaderamente las impresiones (…) Sin embargo, en realidad, la memoria humana no es, ni mucho menos, perfecta ni permanente y los olvidos están a la orden del día. Una de las causas más obvias de los olvidos es que la memoria puede no haber llegado a recoger la información de lo sucedido en su momento; a menudo, ni las cosas más comunes y corrientes logran encontrar un huequito en nuestros recuerdos"[25]

Como resultado, se pueden presentar dos situaciones[26]. La primera, el declarante es consciente de que está faltando a la verdad pues sabe que su dicho no corresponde con la realidad (testigo no sincero y falso). La segunda, cuando el testigo cree firmemente que está diciendo la verdad, pero ciertamente su declaración no se encuentra en línea con lo realmente ocurrido, pues se trata de un falso recuerdo, producto de una modificación inconsciente del suceso (testigo sincero y falso). Por lo tanto, en esta segunda hipótesis de nada servirían los microgestos (sudoración, temblores, etc) -suponiendo,

[25] Loftus & Ketcham, 2010, p. 43.

[26] Ramos, 2019, p. 103

aunque no sea así, que son indicadores de la mentira - pues el testigo no "sabe" que está diciendo mentiras, al contrario, está convencido de que su relato es cierto.

Adicionalmente, algunos erróneamente continúan pensando que el nerviosismo y la duda es un signo inequívoco de la mentira. Sin embargo, la sensación de seguridad del relato no significa que sea cierto[27] pues deja de lado los falsos recuerdos[28], al punto que algunos estudios han identificado que 1 persona de cada 5 relata haber experimentado sucesos que no eran reales[29]. Y, los nerviosismos pueden ser producto de la ansiedad que genera una audiencia judicial[30].

Incluso, se ha comprobado que no existe un método científico o tecnológico seguro para detectar la mentira:

> "…con lo que hay hasta el día de hoy, la psicología experimental demuestra de forma muy clara (con un alto grado de comprobación

[27] Sobre este punto, Gorphe destaca que, "[e]s incontestable que el sentimiento subjetivo de certidumbre, en el testigo, no garantiza de ningún modo la verdad objetiva del recuerdo" (Gorphe, 2021, p. 227). En esa misma línea, Guiliana Manzzoni aclara que "[e]l efecto de esta presión social sobre la seguridad del testigo se ha estudiado en algunos trabajos relativamente recientes, en los que se ha visto que poner un empeño especial en recordar la realidad no necesariamente aumenta la exactitud del recuerdo, aunque sí aumenta su seguridad (…) de ahí que la seguridad que muchos testigos demuestran delante de los jueces o del jurado sea en realidad el resultado ficticio del empeño que ponen en la tarea que están llevando a cabo, no de la habilidad real para analizar la bondad de su propio recuerdo o de la bondad objetiva del recuerdo en sí" (Mazzoni, 2019, p. 98).

[28] "¿Somos conscientes de que la mente distorsiona las experiencias pasadas? En la mayoría de los casos la respuesta es no. El transcurso del tiempo y el cambio gradual de los recuerdos llegan a convencernos de que en realidad vimos, dijimos o hicimos lo que recordamos. Consideramos completa y absolutamente cierta la fusión de realidad y ficción que constituye un recuerdo. Somos víctimas inocentes de las manipulaciones de nuestra mente" (Loftus & Ketcham, 2010, p. 43).

[29] "La memoria sin embargo puede ser modificada y las personas pueden recordar cosas que no corresponden con la realidad, y los falsos recuerdos son experiencias relativamente comunes. En una investigación bastante reciente (Mazzoni, Scoboria y Harvey, 2010) hemos hallado que una persona de cada cinco relata tener recuerdos vívidos de sucesos que después más tarde ha descubierto que no han tenido lugar" (Mazzoni, 2019, p. 75).

[30] "Se ha demostrado empíricamente que sujetos completamente sinceros en sus declaraciones presentan abundantes signos de nerviosismo y estrés, debidos al temor que les infunde el propio entorno en el que se encuentran. Con frecuencia, dichos signos inducen a error al intérprete" (De Miranda Vázquez, 2014, p. 353).

científica) que no hay manera de que una persona pueda detectar la mentira; así, con los operadores jurídicos no hay razones para suponer que sea diferente, de modo que lo que se hace normalmente en el ámbito jurídico (cuando se buscan separar los testigos sinceros de los no sinceros) son ejercicios de adivinación, muchas veces menos precisos que el lanzamiento de una moneda al aire. Con ello, introduciendo informaciones y «confirmaciones»cuya calidad epistémica es nula en la búsqueda de la verdad que se lleva a cabo en un proceso, haciendo también que esta sea de muy baja calidad (…) Por más duro que pueda parecer, lo que el estado actual de la ciencia demuestra es que la idea de que el juez puede mirar a un testigo y «saber» si está mintiendo o cometiendo errores sinceros no tiene más valor epistemológico que cuando en la Edad Media se «comprobaba» que alguien era culpable con la prueba del hierro candente o del duelo. Se trata de una forma de «obtención» de conocimiento tan irracional como esta"[31].

En suma, esos elementos no verbales no interesan al proceso judicial en la medida que: i) científicamente se ha demostrado que no hay un método seguro que permita identificar que alguien está mintiendo[32]; ii) la persona puede estar diciendo mentiras sin estar consciente de ello; iii) la sensación de "seguridad" de un testigo puede ser simplemente el efecto de su esfuerzo por recordar, sin que esto refleje una mayor veracidad de su relato[33]; iv) la persona puede estar nerviosa, no porque sea mentirosa, sino como consecuencia del ambiente generado por la audiencia, en especial, si nunca había

[31] De Paula Ramos, 2019, p. 114

[32] "…un ejemplo banal pero habitual, depende estrictamente de la percepción de determinar si un testigo se muestra manifiestamente nervioso, pero concluir de ello que el testigo no es fiable, depende de una inferencia probatoria a la que se incorpora la premisa de que el nerviosismo de un testigo es síntoma de su mendacidad. Esa inferencia no depende en absoluto de la percepción, sino de generalizaciones o máximas de experiencia que han sido estudiadas por la psicología del testimonio y demostradas absolutamente infundadas" (Ferrer Beltrán, 2021, p. 249).

[33] Guiliana Manzzoni aclara que "[e]l efecto de esta presión social sobre la seguridad del testigo se ha estudiado en algunos trabajos relativamente recientes, en los que se ha visto que poner un empeño especial en recordar la realidad no necesariamente aumenta la exactitud del recuerdo, aunque sí aumenta su seguridad (…) de ahí que la seguridad que muchos testigos demuestran delante de los jueces o del jurado sea en realidad el resultado ficticio del empeño que ponen en la tarea que están llevando a cabo, no de la habilidad real para analizar la bondad de su propio recuerdo o de la bondad objetiva del recuerdo en sí".

estado en un estrado judicial. Por esta razón, en ninguna circunstancia se podrá citar a la audiencia de forma presencial para que se pueda identificar si el declarante está "sudando", "ruborizado", "cruzando las manos o las piernas", etc., pues, caeríamos en el abismo de la arbitrariedad y la "adivinación".

3.3 "Seguridad y fidelidad": el juez director del proceso

Exista la preocupación, particularmente en las "pruebas personales", de que el declarante se aproveche de las restricciones de la virtualidad y se pierda la espontaneidad al leer las respuestas (teleprompter, pantalla, mensaje de texto, mensajes de WhatsApp, carteles, entre otros) o que sea conducido de alguna otra forma en sus respuestas (señas, pinganillos, etc.).

Respecto de este punto, no podemos olvidar que el juez, tiene dentro de sus deberes, "[d]irigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal", así como, "[p]revenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal" (art. 42 C.G.P.). Además de los poderes de ordenación y correccionales (arts. 43 y 44 del C.G.P.).

En atención a esos deberes y poderes, el juez puede solicitarles a las partes, abogados, demás intervinientes que realicen ciertos actos en un entorno digital tendientes a garantizar la "seguridad y fidelidad" de la prueba a recaudar, dentro de ellos se encuentran requerir para que el declarante se ubique en una habitación, solo, con la puerta cerrada, realizando con la cámara del equipo que utilice, un paneo en 360 grados del lugar para mostrárselo al despacho. También, puede ordenar que no se apague la cámara y el micrófono durante toda la declaración, no utilice fondos virtuales, ubique la cámara a una distancia que le permite ver el rostro y las manos del declarante al mismo tiempo, entre otras soluciones. Incluso, compartir pantalla. Por lo que, la misma tecnología puede disminuir y superar estos eventuales riesgos. De todas maneras, al final de este artículo expondré en detalle los eventuales métodos a los que puede acudir la autoridad judicial (numeral 9).

Por todo lo sostenido en los párrafos anteriores, la práctica de una prueba personal no implica entonces que por motivos de "seguridad y fidelidad" se

deba adelantar necesariamente de manera presencial. No, pues reitero, esto desconocería por completo la Ley 2213 ya que las audiencias físicas son la excepción, cuando exista un fundamento serio, razonable y comprobable. Asimismo, no se puede perder de vista que existe otra opción para mantener la audiencia virtual a pesar de los motivos de "seguridad y fidelidad" y es acudiendo a la posibilidad prevista en el parágrafo 2 de la Ley 2213, requiriendo al declarante para que asista a la sede de una entidad pública.

4. LA AUDIENCIA HÍBRIDA

Se verificó en los numerales anteriores de este artículo que existen dos hipótesis en las que la audiencia de práctica de pruebas se realizará de forma presencial. Estas circunstancias pueden dar lugar a que exista una audiencia híbrida en donde algunos comparezcan de forma física y otros lo hagan de manera digital, salvo, en aquellos eventos en que sea la autoridad judicial la que no cuente con los medios tecnológicos, por razones evidentes.

En relación con la audiencia mixta o híbrida, se debe traer a colación lo dispuesto por el art. 7 de la Ley 2213 de 2022:

> "Cuando las circunstancias de seguridad, inmediatez y fidelidad excepcionalmente lo requieran, serán presenciales las audiencias y diligencias destinadas a la práctica de pruebas. La práctica presencial de la prueba se dispondrá por el juez de oficio o por solicitud motivada de cualquiera de las partes.
>
> Para el caso de la jurisdicción penal, de manera oficiosa el juez de conocimiento podrá disponer la práctica presencial de la prueba cuando lo considere necesario, y deberá disponerlo así cuando alguna de las partes se lo solicite, sin que las mismas deban motivar tal petición. Excepcionalmente la prueba podrá practicarse en forma virtual ante la imposibilidad comprobada para garantizar la comparecencia presencial de un testigo, experto o perito al Despacho judicial.
>
> **La presencia física en la sede del juzgado de conocimiento solo será exigible al sujeto de prueba, a quien requirió la práctica presencial y al juez de conocimiento, sin perjuicio de que puedan asistir de manera presencial los abogados reconocidos, las partes que no deban declarar, los terceros e intervinientes especiales y demás sujetos del proceso, quienes además podrán concurrir de manera virtual**" (Negrillas fuera de texto).

De la lectura de la norma, surge entonces la duda si el inciso resaltado resulta aplicable para las demás especialidades distintas a la penal. Considero que sí, por varias razones. No existe ningún fundamento legal que impida darle aplicación. Además, esta interpretación es la que mejor se acomoda al objeto y la naturaleza de la Ley 2213 de 2022. Es más, no podemos olvidar que la misma ley impone un deber en cabeza de los sujetos de realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de medios tecnológicos, evitando exigir formalidades presenciales. Aunado a que la autoridad judicial debe facilitar y permitir la asistencia de manera virtual (inciso 1 del art. 7). En todo caso, no se justificaría que sí se aplique en penal y no en las demás especialidades, cuando en estas el uso de las TIC en las actuaciones judiciales se consagró con mayor intensidad.

En esa medida, se puede presentar una audiencia híbrida cuando: i) alguno de los sujetos, abogados, demás intervinientes no cuente con los medios tecnológicos, pero los demás sí y prefieran comparecer de forma virtual; ii) cuando se determine que la práctica de la prueba se realizará de forma presencial, caso en el cual, deberán comparecer físicamente el juez, el sujeto de prueba y el solicitante, en caso de que haya sido así, los demás, tendrán la posibilidad de asistir físicamente o de manera digital, en caso de elegir esta última, estaremos frente a una audiencia híbrida.

En último lugar, algunos han concluido incluso que, cuando estemos frente a cuerpos colegiados y se adelante la audiencia de forma presencial, bastará con que el ponente se encuentre de forma física en la sala de audiencias, pudiendo los demás magistrados asistir de manera virtual.

5. SUSPENSIÓN DE LA AUDIENCIA PARA QUE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA SE ADELANTE DE FORMA PRESENCIAL POR MOTIVOS IDENTIFICADOS EN SU DESARROLLO

Puede suceder que se evidencie en la audiencia virtual que el declarante está leyendo o que está siendo conducido en sus respuestas, pudiendo el funcionario judicial hacer uso de los métodos que se exponen en la parte final de este escrito. Si, a pesar de todo no se supera, el juez podrá suspender la audiencia para que la práctica de esa prueba se realice de forma presencial (numeral 3 del art. 218 del C.G.P.). Igual circunstancia en caso de que existan fallas de conexión o técnicas y se considere fundamental su declaración.

6. PARTICULARIDADES EN MATERIA PENAL

En materia penal y penal militar, la Ley 2213 de 2022 trae unas reglas particulares. La primera de ellas es que, el uso de las TIC en esas especialidades será evaluada y decidida autónomamente por el juez o magistrado a cargo del proceso o la actuación judicial. Dicha decisión no es susceptible de ningún recurso (parágrafo 4 del art. 1 de la Ley 2213 de 2022).

La otra particularidad se encuentra en el art. 7 relacionado con las audiencias en donde se practiquen pruebas:

> "Para el caso de la jurisdicción penal, de manera oficiosa el juez de conocimiento podrá disponer la práctica presencial de la prueba cuando lo considere necesario, y deberá disponerlo así cuando alguna de las partes se lo solicite, sin que las mismas deban motivar tal petición. Excepcionalmente la prueba podrá practicarse en forma virtual ante la imposibilidad comprobada para garantizar la comparecencia presencial de un testigo, experto o perito al Despacho judicial".

Esto quiere decir que, basta en lo penal con que alguna parte lo solicite, sin motivación alguna, para que se realice de forma presencial o en caso de que el juez de oficio así lo considere. Ahora, cómo debe entenderse la parte en donde se señala que, "[e]xcepcionalmente la prueba podrá practicarse en forma virtual ante la imposibilidad comprobada para garantizar la comparecencia presencial de un testigo, experto o perito al Despacho judicial" ¿Quiere decir esto que la excepción en penal es la audiencia virtual de práctica de pruebas y la regla general es la presencial? Opino que no, pues esa expresión "excepcionalmente" hace referencia es a aquellos casos en donde, incluso, a pesar de haberse ordenado la práctica presencial, ya sea de oficio o a solicitud de parte, se realizará haciendo uso de las TIC al comprobarse la imposibilidad de comparecer físicamente del testigo, experto o perito.

Habitualmente algunos consideran que la declaración del testigo es más espontánea cuando se realiza de forma presencial, no obstante, en determinadas circunstancias ocurre todo lo contrario pues la virtualidad elimina eventuales "temores" y "presiones psicológicas":

> "Además, su aplicación resultará sumamente relevante si tenemos en cuenta el siguiente argumento: se viene diciendo que la declaración mediante videoconferencia protege o, al menos, ayuda a la protección de la libre y espontánea declaración de los testigos, quienes pueden sentirse menos coaccionados a la hora de prestar sus declaraciones, pues la deposición por medio de este instrumento disminuye la posible presión psicológica sufrida por determinadas personas, especialmente cuando nos encontramos ante delitos de agresión sexual, así como ante supuestos de narcotráfico y delitos de banda organizada, en los que los testigos acuden temerosos a la Sala de juicio ante el peligro de una posterior represalia por parte de los autores de tales delitos"[34].

7. DEBERES Y RECOMENDACIONES PARA LAS PARTES Y SUS APODERADOS

Es conveniente subrayar algunos deberes y recomendaciones en las audiencias en las que se practiquen pruebas de manera virtual:

i) *Procurar la comparecencia del testigo en el entorno digital:* En el artículo 217 del C.G.P., se establece que, "[l]a parte que haya solicitado el testimonio deberá procurar la comparecencia del testigo". Este deber, en un entorno digital se traduce en que, la parte debe facilitar a ese testigo el enlace y los medios para que se pueda conectar, en caso de que no cuente con ellos. Teniendo especial cuidado de que esa falta de comparecencia virtual, no de lugar a que se prescinda de ese testimonio. Lo mismo ocurre respecto de la citación del perito para efectos de la contradicción (art. 228 del C.G.P.).

ii) *Por más que sea virtual, sigue siendo una audiencia judicial*: Muchos jueces se quejan de que los intervinientes no son conscientes de la altura del escenario en el que se encuentran (audiencia judicial), especialmente en el caso de los testigo en tanto que esa "solemnidad" se desdibuja cuando se adelante por medio de las TIC. En ese sentido, la labor de los abogados juega un papel fundamental a la hora de sensibilizar a los clientes, testigos, peritos, entre otros, que por más de que sea virtual, sigue siendo una audiencia judicial.

iii) *Iluminación*: Normalmente los abogados no somos muy precavidos respecto de las condiciones de iluminación en las que nos encontramos o las de los declarantes en los juicios virtuales, ya que creemos que es suficiente con conectarse y encender la cámara. Pues bien, se han realizado unos estudios interesantes respecto de los cambios de luz y el efecto que tiene en la forma en que se percibe la declaración. En otras

[34] Montesinos, 2009, p. 72.

palabras, si el testigo se encuentra en un espacio mucho más iluminado, la respuesta emocional y percepción de quien se encuentre practicando la prueba será la de "amabilidad" y "sinceridad". Al contrario, al encontrarse el testigo en un espacio oscuro, va a generar inconscientemente "aptitudes negativas" como "falta de confianza"[35].

iv) *Audio*: La calidad del audio tiene un efecto importantísimo en la forma en que se percibe lo que se expone. En un estudio en el 2018, "…los investigadores alteraron la calidad del sonido de dos audios en donde se hablaba sobre ingeniería, física y genética. Luego pidieron a los participantes que escucharan uno de los clips y calificaran la calidad de la información que se presentaba. En promedio, los participantes calificaron la información presentada con mala calidad de audio peor que la información con alta calidad de audio, a pesar de que el contenido era idéntico"[36].

8. PROPUESTA DE PROTOCOLO PARA LA PRÁCTICA DE PRUEBAS PERSONALES

Algunas de las pautas que se pueden utilizar para el buen desarrollo de las audiencias virtuales y superar cualquier eventualidad relacionada con la pérdida de espontaneidad de las declaraciones son las siguientes:

1. Interrogar al declarante sobre el lugar en el que se encuentra y con quién está.
2. Si el juez considera prudente corroborar el entorno en el que se encuentra, solicitarle al declarante que realice con la cámara un paneo 360 del lugar.
3. En caso de que el despacho lo encuentre prudente, teniendo en cuenta las limitaciones de espacio del lugar en el que esté el declarante, podrá solicitarse que se ubique en una habitación solo.

[35] "Film literature and theory have consistently supported the notion that film lighting can have a significant impact on a viewer's emotional response to a narrative. Images that are "highly shadowed, dark, and contrasting" are often associated with danger, mystery, and evil, and characters captured in this mode are meant to be interpreted as having "evil intentions, being manipulative, and untrustworthy." It may also more negatively impact people with dark complexions for the same reasons. Conversely, bright lighting and less contrast provoke emotional responses like joy, happiness, and honesty; characters portrayed in this light are extolled as good-hearted and lovable. The viewer is not necessarily conscious of the associations being made in their minds by the visual effects, but filmmakers take great pains to exploit the ways in which lighting can affect interpretations of the characters and narrative" (Benninger et al., 2021, p. 18).

[36] Benninger et al., 2021, p. 18.

4. Si el testigo se encuentra en compañía de la parte o del apoderado, podrá solicitarle el juez que ellos se ubiquen de forma tal que aparezcan en cámara.
5. Solicitar en cualquier momento de la declaración que realice nuevamente un paneo en 360 del lugar.
6. Que no apague su cámara en ningún momento de la declaración. Si la comunicación se interrumpe o la imagen se corta y el juez lo considera necesario o las partes lo solicitan, deberá hacer nuevamente un paneo en 360 del lugar.
7. No apagar el micrófono en ningún momento de su declaración, salvo que el juez así lo requiera.
8. No utilizar ningún fondo virtual pues impide identificar el entorno real en el que se encuentra el declarante.
9. Ubicar la cámara a una distancia que le permite a los asistentes ver el rostro y las manos del declarante al mismo tiempo.
10. Si el juez lo considera necesario y el declarante lo autoriza, se puede hacer uso de un programa que permita al operador observar la pantalla del declarante.
11. El declarante deberá abstenerse de utilizar dispositivos electrónicos diferentes al que se usa para la videoconferencia.
12. El declarante debe evitar cualquier tipo de distracciones y no mantener ningún tipo de conversación con las personas con las que se encuentre físicamente.
13. En algunos casos, si a pesar de todo lo anterior, el juez considera que se está ante un riesgo, puede resolver que la práctica de la prueba continúe de forma presencial o, si el declarante accede, que se utilicen dos cámaras, una que enfoque la parte frontal de la persona y otra la parte posterior.
14. Poner de presente estas recomendaciones, ya sea en un protocolo o en el mismo auto que cita a audiencia. Es deber del abogado explicarles a los declarantes cada uno de los puntos.
15. El lugar en el que se encuentre el declarante debe tener buena iluminación.
16. La parte interesada, en compañía de su abogado, deberá probar antes de la audiencia los sistemas, conexiones y ambiente del declarante, para identificar, si es necesario ponerle a disposición un espacio que cumpla con los requisitos del protocolo.
17. En caso de desconexión o de fallas, el juzgado deberá señalar el sistema o vía de comunicación alterna.

BIBLIOGRAFÍA

Andrés Ibáñez, P. (2003). Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica). *Jueces Para La Democracia*, *46*, 57–66.

Benninger, T., Colwell,, C., Mukamal, D., & Plachinski, L. (2021). (rep.). *Virtual Justice? A NATIONAL STUDY ANALYZING THE TRANSITION TO REMOTE CRIMINAL COURT*. Stanford Criminal Justice Center.

Contreras, C. (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Marcial Pons.

De Miranda Vázquez, C. (2014). El mito de la influencia de la inmediación judicial en la valoración de la prueba personal. *Justicia: Revista De Derecho Procesal*, *2*, 339–372.

Ferrer Beltrán, J. (2021). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia Inmediación e inferencias probatorias. Revista Cubana de Derecho, 1. Recuperado de, https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/50/141.

Loftus, E., & Ketcham, K. (2010). *Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpable* (1era ed.). Alba Editorial.

Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo?* Editorial Trotta.

Mazzoni, G. (2019) *Psicología del testimonio*. Editorial Trotta.

Montesinos, A. (2009). *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*. Marcial Pons.

Parra Quijano, J. (2009). *Manual de Derecho Probatorio*. Librería Ediciones del Profesional.

Ramos, V. de P. (2019). *La prueba testifical*. Marcial Pons.

Susskind, R. (2019). *Online Courts and the Future of Justice* (1era ed.). Oxford University Press.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-420 de 2020 (M.P (e) Richard S. Ramírez Grisales: 24 de septiembre de 2020).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Salvamento de voto de la Sentencia STC672-2019 (M. Aroldo Wilson Quiroz, 30 de enero de 2019).

DEBATES Y PERSPECTIVAS SOBRE LA EXTRALIMITACIÓN DEL JUEZ EN LA APELACIÓN

*Armando Augusto Quintero González**

RESUMEN

Muy pronto el Código General del Proceso será objeto de revisión, con el propósito de establecer qué reformas le son indispensables para procurar un mejor desenvolvimiento de la justicia civil en Colombia. Así lo comunicó nuestro presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, doctor Ulises Canosa Suarez, quien pronosticó dicho evento para el año 2023. Propuesta que atiendo como pertinente en la medida en que la pandemia provocada por el Covid-19, con las desastrosas consecuencias ya conocidas en la vida y salud de nuestros amigos y familiares, también cambió nuestra forma de concebir el derecho, la cotidianidad y, entre otros, la manera en que podemos desenvolvernos en la prestación del servicio público aludido. Por ello he querido traer algunas reflexiones que pretenden poner en la lupa el recurso de apelación.

Múltiples discusiones e interpretaciones han tenido las particularidades del mentado recurso. Pasamos de discutir sobre los pormenores de cuestionar decisiones judiciales bajo las reglas de la oralidad a tratar de direccionar la mejor manera de llevar a cabo dicho fin en vigencia del Decreto 806 de 2020. No obstante, algunos aspectos de todo ello no han tenido consenso. Estos son, por lo menos, ¿cuál es el límite del juez de la apelación? y ¿qué mecanismos idóneos contempla la legislación procesal para reparar o corregir una «labor

* Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Vicepresidente del Capítulo Villavicencio y miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

extralimitada» del juez? En esta ocasión, me he propuesto sugerir y defender la forma en la que podríamos responder los últimos cuestionamientos aludidos. Por supuesto, seguramente habrá otras respuestas…

Palabras clave: Apelación, congruencia, no reforma en perjuicio, recursos.

DESARROLLO

Partamos de lo que está meridianamente aceptado por todos. El recurso de apelación regulado por el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), en su esencia o naturaleza jurídica, mutó de lo que entendíamos en vigencia del Código de Procedimiento Civil -al menos en la norma original- (Decreto 1400 de 1970). La última codificación contempló la alzada como un recurso panorámico en el que el juez de la apelación entendía que había sido interpuesto «*en lo desfavorable al apelante*» (art. 357). Por ello era común que los jueces decidieran aspectos que no habían sido propuestos por el apelante. La autoridad revisaba la totalidad del litigio en lo que le generaba agravio al censor. Ello era así, porque cuando se promulgó el aludido decreto el legislador no exigía que el apelante señalara las razones de su disenso, fue solo hasta el año 1984, con la Ley 2ª, en su artículo 57, y luego con la Ley 794 de 2003 (art. 36), que introdujo nuevamente lo que había olvidado la reforma que trajo el Decreto 2282 de 1989, que se exigió presentar una sustentación con «*los argumentos de inconformidad*», so pena de declararse desierta la impugnación (CSJ SC de 8 de septiembre de 2009, exp. 2001-00585-01).

Ahora, no es de olvidar que tal apelación panorámica en lo últimos tiempos de vigencia del Código de Procedimiento Civil fue abandonada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil (CSJ SC de 30 de junio de 2006, exp. 0002601, entre otras) para afirmarse que «*el Tribunal carece de competencia para abordar las decisiones del juzgado de primera instancia que hayan sido excluidas de la labor impugnaticia del apelante, pues el juez de segundo grado no puede penetrar en los aspectos que son pacíficos para el recurrente*» (primera sentencia citada).

El Código General del Proceso, en su artículo 320, plasmó y ratificó la última forma de concebir la labor del juez de la apelación, en tanto este únicamente podrá examinar la cuestión decidida «*en relación con los reparos concretos formulados por el apelante*». Disposición que, algunos contemplan, como la incorporación del modelo de la «*pretensión impugnativa*». Ello significa que «*[e]l juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba*

adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley» (art. 328, ibidem). Si eso es así, lo que, dígase de una vez, comparto, el juez de la alzada está sometido, en la actualidad, a la inconformidad que el recurrente expone. Con las excepciones de aspectos íntimamente relacionados con la decisión que se deban adoptar, así como de aquellas decisiones que correspondan acoger de oficio. Pero, en últimas, la función de la autoridad judicial tiene límites relativamente claros.

La cuestión radica en que, en los tiempos que corren, son abundantes los casos en que los jueces de la apelación deciden sobre aspectos que no le han sido propuestos por el apelante. Y ello nos ha llevado a preguntarnos ¿cuál es, de manera concreta, los límites del poder jurisdiccional en segunda instancia?, así como ¿qué mecanismos o herramientas tienen los agraviados para controvertir lo así sucedido?

A. De los límites del juez de la apelación

Naturalmente los jueces de alzada tendrán las potestades y límites que cada ordenamiento de un Estado establezca a través de la regulación que sobre ello realice el órgano legislativo. No obstante, eso depende de, por lo menos, tres aspectos a tener en cuenta: la concepción que se tenga sobre el recurso de apelación, lo establecido frente a la regla (para algunos, principio) de la congruencia, y lo que se precise respecto de la prohibición de reformar en perjuicio.

En lo que tiene que ver con la «*concepción del recurso de apelación*», es importante recordar que la alzada ha sido comprendida, con posterioridad a la revolución francesa, por lo general, de dos maneras. De un lado, como un proceso y, por el otro, como un recurso. Cuando se concibe como lo primero, se ha dicho que el superior puede revisar en su integridad lo decidido frente a la controversia, por lo que está facultado para analizar nuevas pretensiones, excepciones y pruebas. Cuando lo segundo, se ha entendido que el juez tiene como tarea la revisión del agravio provocado con el fallo al apelante, por lo que únicamente debe examinar lo que este le propuso al sustentar el recurso.

Así lo enseñó Enrique Vescovi[1] cuando al respecto dijo:

> *A partir de la época posterior a la Revolución Francesa, se comienza a perfilar dos diferentes sistemas de apelación que van a coexistir en el Derecho comparado hasta nuestros días: el de la revisión total de la*

[1] Vescovi, E. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, 101-102.

> *primera instancia y el que sólo admite que se reexamine la sentencia. El primero, que proviene del Derecho romano, es el verdaderamente puro, según se dice, y se introduce, a través del Derecho francés, en la mayoría de los países de Europa, a excepción de Austria primero y luego de la misma Francia. Se trata del sistema que autoriza, en la segunda (y tercera) instancia, la revisión total del proceso, pudiendo incorporarse nuevas excepciones (y pretensiones, en general) y nuevas pruebas. El otro sistema opuesto es el de Austria, de revisión solamente de la sentencia; es el que pasa a España y a través de ésta a nuestros países latinoamericanos, en su gran mayoría (en algunos casos con ciertas impurezas).*
>
> *(…)*
>
> *Actualmente se mantienen las referidas tendencias: la apelación aparece, en la mayoría de los sistemas, sólo como una revisión de la sentencia, y no la renovación de todo el juicio, se admite por una sola vez (suprimiéndose la tercera instancia, sustituida por la casación en la mayoría de los países). Y se proclama el principio dispositivo que lleva a la abolición de la regla de los comuni remedii, estableciéndose el principio de la personalidad de la apelación. Y la regla de limitación de los poderes del tribunal a lo apelado por las partes (expresión de agravios, escritos de sustentación de la apelación).*

En lo que atañe al objeto de la alzada y los poderes del juez de segunda instancia, en el modelo de apelación como recurso, el principio «*tantum devolutum quantum appellatum*» es el que impera en la materia, limitación que

> *(…) se refiere a la expresión del agravio (perjuicio) que la sentencia recurrida ha causado al apelante. Está relacionada con el principio dispositivo, con aquel que dice que el agravio (perjuicio, sucumbencia) es la medida del derecho (poder) de apelar. Y se diferencia del sistema inquisitivo que establece un control automático por un órgano superior de todas (o determinadas) sentencias. Y con el instituto ya estudiado de la apelación ex officio, la consulta, etc.*
>
> *Dentro del principio dispositivo se incluye éste que se menciona como el de "tantum devolutum quantum appellatum", puesto que significa que el efecto devolutivo, que traslada los poderes de decisión al tribunal superior, está limitado por la apelación. También se expresa diciendo que el agravio es la medida de la apelación.*
>
> *Esto tiene como consecuencia la admisión de la cosa juzgada parcial.*

> *En realidad, dentro de este tema, también dentro de los principios manejados, hay diversas cuestiones. Por un lado, reiteramos la de que el tribunal superior (ad quem) no puede conocer fuera de los puntos recurridos. También la cuestión (que a veces se confunde con la anterior, por lo menos, prácticamente, parece ser su consecuencia natural) de saber si el tribunal puede resolver en perjuicio del apelante (reformatio in pejus). Es decir, para poner un ejemplo claro, si apela una sola de las partes, si el tribunal pudiera admitir los "agravios" de la otra y falla en su favor, esto es, en perjuicio del apelante. Lo que también es muy conexo (hasta confundirse) con la tercera cuestión: si el tribunal puede conocer los agravios de quien no apeló (sistema de los comuni remedii del Derecho comparado*[2].

De allí la importancia de la sustentación del recurso, pues esta tiene como efecto la limitación de los poderes del juez superior, en la medida que «*la expresión de agravios limita los poderes del tribunal ad quem, puesto que fija el objeto de alzada, ya que lo que no es objeto de impugnación adquiere autoridad de cosa juzgada. De ahí la posibilidad de la cosa juzgada parcial*»[3].

Ahora bien, como lo comentamos en la parte superior, el decreto 1400 de 1970, al menos en sus inicios, contemplaba la apelación con rasgos de mayor protuberancia frente a la primera concepción aludida y, el Código General del Proceso, en contraposición, la afilió a la segunda. Dicho de otra manera, la apelación que impera en la actualidad está concebida como recurso y limita al *ad quem* a revisar exclusivamente los motivos de disenso expuestos por el apelante.

Dicha concepción es muy diciente, comoquiera que les da valor y contenido a las reglas de consonancia y de no reforma en perjuicio, en tanto la primera obligará a respetar la pretensión impugnativa formulada por el recurrente y la segunda a no adoptar ninguna decisión que haga gravosa, o más gravosa, la situación del apelante único.

Ciertamente, el artículo 281 de la Ley 1564 de 2012 prescribe que la «*[l]a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así*

[2] Vescovi, E. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, 159.

[3] Vescovi, E. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, 163.

lo exige la ley» (Subrayas de ahora). De suerte que resulta notorio que el legislador colombiano impuso límites concretos al juez de la apelación, cuando ordenó que su sentencia estuviera en armonía con la pretensión que formulara el recurrente en la sustentación de la impugnación, otra de las oportunidades que sin duda contempló el código. Es que, si entendemos que la «*expresión de agravios*» es la pretensión/acción del recurso, resulta consecuente afirmar que el juzgador no puede adoptar ninguna decisión que esté por fuera del marco de lo pedido, porque ello rebasaría, por extra o ultra petita, la jurisdicción a él entregada.

Por su parte, el artículo 328 de la ley en comento fue certero en indicar, en su 4º inciso, que «*[e]l juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella*». De donde se extrae que la prohibición de reformar en agravio del apelante único está proscrita. Lo contrario vulneraría el derecho al debido proceso. Pues resulta elemental que, si el no recurrente guardó silencio frente a los aspectos decididos en la sentencia de primera instancia y el apelante, a su vez, frente a los que no fueron objeto de reparo, ninguna discusión puede haber al respecto comoquiera que las partes, con su conducta, convirtieron en inmutable lo no impugnado. De modo que si el juzgador de alzada se inmiscuye en aspectos no recurridos, dependiendo de la parte a quien afecte, reformará en perjuicio de esta la sentencia.

Por ello una interpretación sistemática y desde el campo de la principialística no permite llegar a concluir que el poder del juez de primera instancia de declarar de oficio las excepciones de mérito que encuentre probadas se extiende al de la apelación, porque ello iría en contravía de la naturaleza jurídica del recurso de alzada, la cual tiene como núcleo esencial el principio dispositivo (autonomía privada de la voluntad)[4], la regla de la congruencia (tantum devolutum quantum apellatum) y la prohibición de reformar en

[4] Al respecto LOUTAYF RANEA, Roberto. En su texto: Principio dispositivo. Buenos Aires. Editorial Astrea, 2016. p.323, señala: «(...) el poder de disposición se manifiesta por el poder del justiciable de fijar la extensión del conocimiento del tribunal de apelación (tantum devolutum quantum appellatum) y no puede modificar la sentencia en perjuicio del apelante si no existe recurso de la otra parte (es decir, si esta última no ha tomado la iniciativa de interponer también recurso de apelación) Si se modificara la sentencia en perjuicio del apelante sin que hubiera mediado apelación de la contraria, se estaría negando el derecho de disposición de esta última, al conceder sele algo que no ha solicitado en segunda instancia».

perjuicio del apelante único[5]. Pensar lo contrario es distorsionar este recurso y el querer del legislador, quien en la exposición de motivos del actual Código General del Proceso, indicó:

> *En cuanto al recurso de apelación, el juez de segunda instancia sólo se pronunciará sobre los argumentos expuestos por el apelante, que serán los que expuso al sustentar el recurso en primera instancia. Esto contribuirá a la ponderación y cuidado que se debe tener para interponer el recurso y en facilitarle la labor al juez.* (Gaceta del Congreso. Año XX – Nº 119. 29 marzo de 2011).

No se pierde de vista que el artículo 328, recientemente aludido, dispuso que «*[e]l juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*» (subrayas de ahora). Y es aquí cuando vale la pena preguntarse ¿qué quiso decir el legislador cuando a la regla aludida le incorporó la salvedad de que se pudieran adoptar decisiones de oficio? ¿será que se hizo alusión a las excepciones de mérito como una de ellas? Estoy completamente convencido de que esto no fue así. Un ejemplo nos ayuda a visualizar lo que quiero decir: no existe discusión que si al demandante lo vencieron en juicio porque prosperó una de las varias excepciones de mérito propuestas por el demandado, y aquél apeló con el fin de revocar la determinación sobre la defensa que prosperó y lo logra, es natural que el juez de la segunda instancia deba pasar a estudiar las otras excepciones perentorias que no fueron revisadas por el *a quo*, pues resulta elemental que esa es la labor esperada para ese caso concreto en tanto no habían sido estudiadas la totalidad de las defensas. Es más, así lo ordena el artículo 282, inciso tercero, del Código General del Proceso. No obstante, la cuestión que he venido planteando no se enmarca en ese contexto factual. Mi inquietud radica en los casos en que el juez de la primera instancia consideró probados todos los presupuestos de hecho de las pretensiones formuladas por el demandante y el demandado apela para rebatir uno de ellos. Con el mal atino de que el presupuesto escogido en el ataque fue debidamente estudiado por el juzgador de instancia pero, de bulto, se observa que otro de los supuestos no fue apropiadamente acreditado. Allí el juzgador no podrá entrar a estudiar los otros elementos de la acción (entiéndase pretensión) porque lo decidido frente a estos hizo

[5] Al respecto ver: CSJ SC3148-2021, SC3918-2021, SC4106-2021 y SC4415-2016.

tránsito a cosa juzgada parcial en razón al silencio del vencido[6]. Y no pueden ser examinados, como si se tratara de una excepción de mérito (Art. 282), porque eso únicamente puede ocurrir, como se dijo en el otro ejemplo, cuando el demandante derrumba la defensa que, en principio, prosperó del demandado y este había formulado otras que no se estudiaron.

Desarrollemos un poco más la idea: imaginémonos que A demanda a B en un proceso de pertenencia de bien inmueble por prescripción extraordinaria. Para el *a quo*, A probó que era poseedor, que ejerció dicha posesión por más de 10 años y que el bien pretendido, además de ser prescriptible y una cosa singular, era el mismo del que era propietario el demandado. Ahora piénsese que el demandado atacó cada uno de esos enunciados, el juez *a quo* los estudió todos y los desestimó. Al apelar el vencido, esto es, el demandado (B), únicamente formuló reparos y desarrolló su sustentación apoyado en que el bien pretendido no era el mismo que el poseído. Con ese panorama, ¿será admisible que el *ad quem* al proferir su fallo revise directamente, por ejemplo, si el demandante en verdad acreditó ser poseedor? O, tras estudiar el reparo antedicho y desecharlo por atisbar que el inmueble sí era el mismo que el poseído, ¿podrá estudiar otra excepción que ya fue desatada de forma negativa y de la cual el demandado no dijo nada al respecto? Considero que no. Es evidente que se infringe la consonancia y la no reforma en perjuicio como limitantes de la actividad jurisdiccional en ese concreto asunto.

Pero retomemos. Entonces, ¿qué quiso decir el legislador con la salvedad señalada en el artículo 328? En mi opinión lo que allí se consignó es lo que con claridad han dilucidado otras codificaciones. Por ejemplo, Enrique Vescovi, en la obra en comento, refirió que:

> *El C.P.N* [en Argentina] *establece en su art. 277: "El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia. Y el C.P.C. del Uruguay, en su art. 728, dice: "En segunda instancia no se podrá modificar la demanda, pero podrán reclamarse intereses, frutos, daños y perjuicios y otras prestaciones accesorias a la definitiva de primera instancia*[7].

[6] Aunque algunos puedan no compartir la existencia de la cosa juzgada parcial, considero que ella opera en tanto estimo la sentencia como un conjunto de decisiones fragmentadas. Lo que provoca que si alguna de las decisiones adoptadas en el fallo no es impugnada, hace tránsito a cosa juzgada. Al respecto, José Chiovenda, en su libro Principios de Derecho Procesal Civil. Madrid: Editorial Reus S.A, 1925. p.663-664, sostuvo: «Cuándo la sentencia contiene varios extremos puede ocurrir que sea impugnada por uno de ellos y no por los demás. La impugnabilidad se determina en relación con cada extremo. (...) Si sólo alguno de los extremos fue impugnado, se entiende que el apelante ha aceptado los demás extremos. Si no se ha hecho indicación de extremos, la apelación se entiende propuesta contra todos (art. 486, 2°párrafo Cód. proc. civ.; §84, Na). Los extremos de sentencia corresponden a los extremos de demanda del art. 73.».

No sobra advertir que esas normas ya fueron modificadas con nuevos estatutos procesales; sin embargo, lo valioso de ellas, además de su contenido histórico, gravita en que dan herramientas para entender cuáles son las decisiones que puede adoptar de oficio el juez superior. De manera que no es que el juez de segunda instancia pueda revisar todo la controversia como si se tratara de una apelación panorámica, en tanto su labor inicia y termina en los límites impuestos por la «*exposición de los agravios*». Lo que el legislador aprobó, como salvedad a esa regla, no es otra cosa que las excepciones que tienen la congruencia y la no reforma en perjuicio, esto es, hechos modificativos o extintivos del derecho sustancial ocurridos con posterioridad a la sentencia de primera instancia, así como asuntos que haya olvidado resolver el *a quo* y que debieron ser fijados conforme a la decisión adoptada, como lo sería la condena en concreto (art. 283) o la regulación de la custodia, visitas y alimentos en los procesos de divorcio (art. 389), entre otros casos. Lo que de verse como aquí es propuesto resalta la coherencia del sistema.

Pero ahondemos un poco más. La legislación española, que cuenta con una normativa similar en lo que respecta a los fines del recurso de apelación[8], también concluye que el juez de la alzada tiene como límites la congruencia y la no reforma en perjuicio. Así el Tribunal Supremo Español en TS 1ª 30-3-16, EDJ30599, sostuvo:

> *(…) no habiendo sido apelada la sentencia que desestimó la excepción de prescripción por parte del demandado que la opuso en primera*

[7] Vescovi, E. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, 149.

[8] El artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento española señala en su numeral 5° lo siguiente: «El auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.

instancia, ni habiendo este impugnado la sentencia en los extremos que pudieran resultarle desfavorable con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la contraparte, la desestimación de esta excepción debe considerarse consentida y no pudo ser revocada por la sentencia de apelación. (…) De no exigir la impugnación por el recurrido del pronunciamiento desestimatorio de la excepción que formuló, se estaría privando a la parte favorecida por el pronunciamiento de la posibilidad de rebatir estos argumentos impugnatorios, o se le obligaría a realizar en su recurso de apelación, por adelantado, unas alegaciones en defensa de ese pronunciamiento, sin conocer si quiera si va a ser cuestionado por la parte que vio desestimada la excepción que formuló o, de serlo, cuáles pudieran ser los argumentos impugnatorios, y se afectaría seriamente su derecho a la tutela judicial efectiva, en las garantías de contradicción e interdicción de la indefensión, pues podría ver desestimado su recurso con base en alegaciones impugnatorias a las que no habría podido replicar dialécticamente.

(…)

(…) puesto que la pretensión de impugnación de la parte apelante queda fijada en su escrito de interposición del recurso (al exponerse las alegaciones que fundamentan el recurso se configura definitivamente el ámbito de la pretensión), con la formulación del recurso de apelación se traslada al tribunal de segunda instancia el conocimiento de las cuestiones expresamente planteadas en el recurso y también el conocimiento de aquellas cuestiones que, razonablemente, han de entenderse implícitas en la pretensión del recurso de apelación, por ser cuestiones dependientes o subordinadas respecto al objeto de la impugnación (STS de 10 de marzo de 2003, rec 989/2033), de tal forma que, como declaró la STS de 30 de marzo de 2011, rec. 1845/2007, «los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnativa deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia so pena de incurrir en una reformatio in peius (reforma para peor) que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia extra petita (más allá de lo pedido) (…).

A su vez, el mismo tribunal en TS 1ª 19-2-16, EDJ 15187, dijo:

Esta Sala en sentencia de 19 de septiembre de 2013, rec. 2008/2011, declaró que debía planearse impugnación para que el tribunal de

apelación pudiera analizar cuestiones rechazadas en la primera instancia. Añadió que el hecho de que el resultado de la primera instancia le fuese desfavorable al demandado y que el recurso lo interpusiese el actor, no permitía al tribunal de apelación volver a analizar cuestiones debatidas y rechazadas en primera instancia, salvo que se recurra o impugne el recurso en base a ellas por el demandado.

En suma, la apelación en Colombia, concebida como recurso, impone al juez de segundo grado como límite de su labor el respeto por la consonancia que debe existir entre la sentencia y la pretensión impugnativa, así como no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo cuando deba adoptar decisiones de oficio (que, como se dijo, desde mi perspectiva, no se refiere a excepciones de mérito) o que debido a la modificación provocada por el apelante fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

No obstante, en honor a develar las diferentes posturas que existen sobre la materia, debo reconocer que la jurisprudencia colombiana, hasta el momento, ha sentado por vía constitucional una hermenéutica diferente a la planteada. La sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, ha sostenido dos posturas en relación con los poderes del juez de segunda instancia. La primera respalda que este se encuentra facultado para resolver sobre las excepciones de mérito salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa debido a la interpretación que realiza de los artículos 328 y 282 del Código General del Proceso, al establecer que, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente. (STC 21818-2017, STC 14793-2018, STC 950-2018 y muchas otras recientes). La segunda postura de aceptación minoritaria sostiene la potestad de declarar las excepciones de mérito de oficio en segunda instancia pero sólo si fueron alegadas en las oportunidades procesales válidas, es decir, no basta con que hayan sido probadas pues aceptarlas vulnerarían el derecho de defensa del no recurrente quién no tuvo oportunidad de referirse a ellas (STC 4272-2018). Por lo anterior, aunque se pueda entrever una eventual opinión de la Corte en sede de decisión de acciones de tutela, el estudio de esta temática no ha sido finiquitado, pues estoy convencido de que muy pronto este asunto deberá estudiarse con más detenimiento en sede de casación o revisión, escenario adecuado para sentar una postura por ese órgano colegiado.

B. De los recursos con los que cuenta el agraviado para restaurar la violación al debido proceso provocada por la extralimitación del juez de la apelación

Hasta aquí he sostenido que se incurre en dos yerros que vulneran el debido proceso cuando el juez de la apelación se extralimita en sus funciones, estos son: se quebranta la congruencia y la prohibición de reformar en perjuicio. Ahora nos importa reflexionar sobre cuáles son los mecanismos judiciales idóneos con los que el agraviado puede restaurar la lesión que se le ha provocado.

Como contra el fallo con el cual se resuelve el recurso de apelación no es procedente ningún recurso ordinario en tanto «*[l]a sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció*» (art. 285), bien pronto se advierte que nuestro campo de estudio se limitará a los recursos extraordinarios y a la acción de tutela como mecanismo constitucional residual. Ahora, no desarrollaré a fondo estos instrumentos en la medida en que no son el objeto de este escrito. Por ello sugiero al lector remitirse a lo que sobre el punto ha enseñado la doctrina y la jurisprudencia.

i. La acción de tutela contra providencias judiciales únicamente repara una «*vía de hecho*».

El amparo constitucional no está contemplado como un mecanismo de impugnación de las providencias judiciales, así en la práctica algunos consideren lo contrario. Lo dicho, porque no es de olvidar que aquél no busca imponer la manera adecuada de entender el derecho o de resolver un asunto sometido a la jurisdicción, sino la de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por lo que se considera que una decisión judicial en firme no lesiona los intereses del conglomerado al ser la expresión de la jurisdicción del Estado, en tanto están cobijadas por la presunción de acierto y legalidad. De modo que resulta entendible que la única forma en que es viable calificar de inconstitucional una actuación del poder judicial ocurra cuando se le tilde de constituir una vía de hecho. Es decir, una actuación abiertamente grosera, antojadiza e irreflexiva del juez, que se aparta sin explicación o justificación de la ley. Por ello cuando el juez constitucional advierte que la providencia confrontada, así no la secunde, puede calificarla de «*razonable*», esto es, apoyada en alguna de las varias posibles interpretaciones o soluciones del caso a las que un juez pueda arribar, la tutela no resulta exitosa.

Con ese panorama, considero que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para enmendar los yerros en que incurre el juez de la apelación

cuando se extralimita, en la medida en que aunque algunos puedan compartir mi postura, también los habrá quienes compartan otras, que, por motivos ideológicos o políticos, inclusive, entiendan como loable la intromisión del *ad quem*. Lo que, al ser respetable, por supuesto, evitaría un estudio de fondo del caso en sede constitucional.

ii. Los recursos extraordinarios de casación y revisión como posibles mecanismos idóneos.

Desde ya anuncio que los recursos extraordinarios sí son los idóneos para rectificar la labor extralimitada del juez de la apelación. Sin embargo, en cada caso habrá que establecer cuál de ellos es el adecuado para cumplir con el fin propuesto. No sin antes advertir que, en todo caso, sigue existiendo controversia sobre lo que aquí se propone.

Si la decisión emitida en la apelación fue proferida por un tribunal superior de distrito judicial, dentro de un proceso declarativo, y en este se cumple con los supuestos de interés (cuantía) y naturaleza del asunto, es, entonces, la casación la herramienta con la que cuenta el agraviado. Lo dicho, porque esta herramienta cuenta con, por lo menos, una causal diáfana, y otra eventual, que permite revisar la sentencia del *ad quem*.

En efecto, el artículo 336 del Código General del Proceso contempla como cuarta causal de casación «*[c]ontener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único*». Así las cosas, como uno de los yerros en que incurriría el tribunal al resolver sobre un aspecto diferente al planteado por el apelante único que beneficie a su contraparte es precisamente el de reformar en perjuicio de aquél la decisión apelada, podrá acudirse a la Corte con apoyo en el mentado recurso extraordinario, a fin de que se «*anule*» el fallo impugnado para que vuelva a ser definido el litigio con respeto de esa garantía por «*la autoridad competente*» (art. 349).

También, el agraviado podrá interponer el recurso de casación con miras a que se realice un juicio de legalidad de la sentencia del tribunal por incongruencia, fincado en la causal tercera. Sin embargo, habrá quienes no compartan esta posibilidad en la medida en que el motivo literalmente reconocido gravita en «*[n]o estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio*», de donde se podrá pensar que la pretensión formulada en la apelación no se incorporó en dicha causal de casación, sin que pueda asociarse por una interpretación en

sentido amplio (lato sensu), dada la naturaleza taxativa de las circunstancias o yerros que activan la impugnación especial a la que se alude.

No obstante, la Sala de Casación Civil en CSJ SR4415-2016, reiterada en SR4106-2021, sostuvo que «(…) si el fundamento de la acusación obedece a una desviación del tema que fue objeto de la pretensión deducida en la sustentación del recurso, el ataque deberá dirigirse por la senda de la causal segunda de casación, por vicio de incongruencia entre lo pedido por el impugnante y lo resuelto por el ad quem», de donde emerge la posibilidad, al menos por vía jurisprudencial, de ser aceptado el juicio de legalidad de la sentencia del tribunal por incongruencia cuando el fallo no esté en consonancia con las pretensiones del recurso de apelación.

De otro lado, el recurso de revisión de la cosa juzgada también parece ser idóneo. Lo dicho, porque si bien se ha sostenido por la literatura universal que este mecanismo tiene como propósito "únicamente" el de examinar las circunstancias *exógenas* al proceso que provocaron una sentencia injusta, lo cierto es que el ordenamiento colombiano también ha incorporado motivos *endógenos* al juicio cuando considera que son violatorios del debido proceso. Así, en la reciente codificación procesal (Ley 1564), por lo menos, el mentado recurso contempla 3 motivos que incumben a aspectos que debieron (o pudieron) tratarse dentro del proceso, pero que, por la gravedad de la lesión, son apacibles de revisarse con posterioridad a que la determinación del juzgador haya hecho tránsito a cosa juzgada. Ciertamente, los motivos de los numerales 7º a 9º permiten el control de la sentencia injusta cuando el recurrente estuvo indebidamente representado o notificado, cuando con la sentencia se originó nulidad o cuando esta contrarió otra anterior que constituyó cosa juzgada. Naturalmente, siempre y cuando estos motivos no hayan sido saneados, ya fueron examinados en el juicio o no hayan sido susceptibles de otros recursos.

De modo que si el denominador común de tales causales de revisión es la lesión al debido proceso y su contera provocación de una sentencia injusta, resulta natural que se advierta la viabilidad de revisar la cosa juzgada de un fallo que ha irrespetado el derecho fundamental aludido cuando con la sentencia se origina una nulidad procesal (causal 8ª) al irrespetar la congruencia y la no reforma en perjuicio del apelante único.

No es de olvidar que una parte de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil al tratar los motivos que configuran la causal 8ª de revisión ha sostenido que en este caso únicamente es posible calificar como nulidad originada en

la sentencia aquellos motivos que taxativamente contempla el ordenamiento como causales de nulidad procesal. De suerte que los yerros a que he hecho alusión no lo serían. No obstante, tampoco se pierda de vista que en otras ocasiones se ha admitido la existencia de nulidades originadas en los fallos por motivos que no están expresamente contemplados en la ley como causas de anulación de actos procesales, como ocurre por la «*falta de motivación*», «*deficiencias graves de motivación*» o «*defectos graves de argumentación*», o en aquellos eventos en los que se dicta sentencia en un proceso ya terminado por transacción o desistimiento. Modifica una anterior, so pretexto de aclararla. Condena a quien no es parte en el litigio. O proviene de un número inferior de magistrados al que fija la ley[9]. De modo que, dada la gravedad de la afrenta al derecho al debido proceso en el caso de falta de congruencia y de irrespetarse la prohibición de reforma en perjuicio, no resulta descabellado afirmar que estamos en presencia de otra circunstancia que origina una nulidad en la sentencia.

Es más, si se revisa el tratamiento que se le ha dado a la extralimitación del juez de la apelación en la especialidad de lo contencioso administrativo, es posible aseverar que el recurso de revisión ha sido el camino con el cual se repara allá al apelante único agraviado. Por ejemplo, en sentencia de 13 de octubre de 2020, dictada en el radicado 2019-00119-00, el Consejo de Estado en su Sala Plena sostuvo:

> *La jurisprudencia constitucional y la de lo contencioso administrativo han entendido que la violación al debido proceso constituye una causal de nulidad, cuando el juez determina de manera razonable y justificada que los hechos alegados contrarían este derecho fundamental. De ahí que, la vulneración al núcleo esencial por cuenta de aspectos o asuntos probatorios pueda constituirse como causal. Es importante aclarar que el juzgador no está creando una causal, porque esta se deriva del desconocimiento de un mandato constitucional. Sobre el particular, se ha establecido:*
>
> *"(…) la invocación de cualquier causal que implique la nulidad originada en la sentencia, se requiere que el hecho que la motiva ocurra en la misma providencia; que se trate de una anomalía procesal y que sea de tal envergadura que, de no haberse presentado, la decisión a adoptar*

[9] Al respecto ver CSJ SC 1° de junio de 2010, rad. 2008-00825-00; SC 8 abr. 2011, rad. 2009-00125-00; SC12377-2014, rad. 2010-02249-00; SC12559-2014, rad. 2012-02110-00, SC5408-2018, rad. 2014-00691-01.

> *hubiera sido distinta. No se admite, para este evento, que, so pretexto de aducir la violación al debido proceso constitucional, se utilice el recurso extraordinario de revisión para reabrir un debate jurídico o probatorio que se dio en la instancia correspondiente."38 (Se destaca)*
>
> *52. De esta forma, el Consejo de Estado ha considerado como causal de nulidad la carencia absoluta de motivación de la sentencia, , la prueba obtenida con violación del debido proceso, la expedición de una sentencia condenatoria contra un tercero que no estuvo vinculado en el proceso, , la falta de votos necesarios para la aprobación de una sentencia y la expedición de un fallo inhibitorio injustificado.* (Negrillas de ahora).

Total, al lesionarse de forma trascendental el derecho al debido proceso del apelante único, cuando el juez de la alzada irrespeta la pretensión impugnativa y la prohibición de reformar en perjuicio, el acto decisorio del juzgador queda viciado de nulidad, el cual podrá ser revisado con fundamento en la causal 8ª contemplada en el artículo 355 del Código General del Proceso.

Con ese panorama, sólo restaría definir una cuestión más, esto es, ¿cuándo procedería la casación o la revisión?, en tanto no resulta lógico que operen al tiempo. Ciertamente, por cuestiones de método, siempre que el recurso extraordinario de casación sea admisible, deberá promoverse para que se le haga un juicio de legalidad a la sentencia del tribunal por incurrir en los yerros *in procedendo* contemplados en las causales tercera y cuarta. No obstante, como este medio de impugnación es «*especialísimo*», en la medida en que no está contemplado para todos los litigios ni por cuantía inferior a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (actualmente), serán pocos los casos en los que se utilizará. Allí es cuando surge la importancia del recurso de revisión, el cual sí está contemplado para todos los procesos judiciales y todas las autoridades con funciones jurisdiccionales. Lo que significa que es el verdadero recurso residual con el que es viable conjurar la extralimitación del juez de la apelación.

Finalmente, como puede ser percibido por el lector, la cuestión actual de la discusión sobre lo aquí planteado no es pacífica y requiere de la voluntad de la Corte Suprema de Justicia para determinar, por vía jurisprudencial, de las varias perspectivas, cuál es la solución adecuada a la problemática. Lo que estoy seguro hará en el momento indicado. Aunado a lo anterior, estimo como importante el inicio de labores tendientes a modificar el Código General del Proceso, habida cuenta que también el legislador podrá ayudar a fijar pautas indiscutibles con las que sea superado el agravio del apelante único.

CONCLUSIONES

La apelación en Colombia, concebida como recurso, impone al juez de segundo grado como límite de su labor el respeto por la consonancia que debe existir entre la sentencia y la pretensión impugnativa, así como no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo cuando deba adoptar decisiones de oficio (que, como se dijo, desde mi perspectiva, no se refiere a excepciones de mérito) o que debido a la modificación provocada por el apelante fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

La acción de tutela no es el mecanismo idóneo para enmendar los yerros en que incurre el juez de la apelación cuando se extralimita, en la medida en que este proceso constitucional no está diseñado para determinar la manera adecuada en que se entienda la ley o se resuelva un litigio, sino para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. De suerte que si el juez constitucional advierte que la opinión de la autoridad accionada no es antojadiza o caprichosa, podrá concluir, así no comparta la providencia atacada, que lo proveído es razonable y no constituye una vía de hecho.

Los recursos extraordinarios de casación y revisión son idóneos para enmendar los yerros en que incurre el juez de la apelación cuando se extralimita. El primero por las causales tercera y cuarta de casación en Colombia. El otro por la causal 8ª (nulidad originada en la sentencia). Cuando sea procedente el recurso de casación contra la sentencia en la que se cometió el desafuero, deberá intentarse sin excepciones. Cuando no lo sea es el de revisión de la cosa juzgada el llamado a reivindicar los derechos humanos procesales del litigante.

Referencias

CHIOVENDA, José. Principios de Derecho Procesal Civil. Traducción española de la tercera edición italiana, prólogo y notas del profesor Jose Casais y Sándalo. Tomo II. Madrid: Editorial Reus S.A, 1925. p.663-664.

Consejo de Estado. Colombia. Sala Plena. S. 13 oct. 2020, rad. 2019-00119-00.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Colombia. Decisiones: SC de 8 de septiembre de 2009, exp. 2001-00585-01; SC de 30 de junio de 2006, exp. 0002601; SC 1° de junio de 2010, rad. 2008-00825-00; SC 8 abr. 2011, rad. 2009-00125-00; SC12377-2014, rad. 2010-02249-00; SC12559-2014, rad. 2012-02110-00, SC5408-2018, rad. 2014-00691-01.; STC 21818-2017, STC

14793-2018, STC 4272-2018, STC 950-2018, SC3148-2021, SC3918-2021, SC4106-2021 y SC4415-2016; SR4415-2016, SR4106-2021.

Gaceta del Congreso. Colombia. Año XX – Nº 119. 29 marzo de 2011.

LOUTAYF RANEA, Roberto. Principio dispositivo. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2016. p.323. ISBN: 9789877060225.

Tribunal Supremo. España. Decisiones: TS 1ª 30-3-16, EDJ30599; *TS 1ª 19-2-16, EDJ 15187.*

Vescovi, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988

LUCES Y SOMBRAS DE DOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS Y CASACIÓN

*Marcos Quiroz Gutiérrez**

1. ASPECTOS GENERALES

El presente trabajo pretende demostrar que la visión conjunta de dos recursos extraordinarios muestra unos desajustes significativos en su funcionamiento normativo. Para lograr ese objetivo, en primer lugar se explica en qué consisten los recursos extraordinarios. En segundo término se aborda la acción de tutela contra providencias con el ánimo de mostrar que, en realidad, es un verdadero recurso extraordinario; con ese fin se explica de dónde surgió y cómo, y cuáles son sus principales dificultades. En tercer y último lugar se aborda el recurso extraordinario de casación con el fin de demostrar que no existe una sola casación, sino varias, que no está soportado por la dispositividad como suele decirse y que no existe un derecho fundamental a obtener un pronunciamiento por parte de las cortes supremas o tribunales superiores.

* Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia. Fue becario del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP) en la especialización de derecho contractual y relaciones jurídico-negociales de la misma universidad. Ha sido litigante, consultor y ha hecho parte de la lista oficial de secretarios arbitrales del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En la actualidad es miembro del ICDP, profesor titular del Externado de Colombia (pregrado y posgrado) y magistrado auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

2. UN RECURSO EXTRAORDINARIO ES...[1]

Los mecanismos de impugnación de providencias judiciales se clasifican en ordinarios y extraordinarios. Aunque la diferencia entre una y otra clase suele depender del criterio por el que opte el legislador, los extraordinarios tienen como notas características que deben sustentarse solamente por medio de causales previamente definidas y proceden contra sentencias por lo general ejecutoriadas o en firme.

La característica más importante de los recursos extraordinarios consiste en que tengan causales previamente definidas. Se trata de una limitación del derecho a impugnar decisiones desfavorables para el recurrente, pues con anticipación el legislador ha definido que sólo unas equivocaciones podrán derruir la decisión, mientras que las demás que no se subsuman en los motivos definidos previamente no derribarán la decisión.

Aunque no es un elemento esencial que los identifique, es posible que los recursos extraordinarios también tengan filtros o requisitos de viabilidad. Por ejemplo, el recurso de anulación procede contra todos los laudos arbitrales, es decir carece de filtros, mientras que el de casación sólo procede frente a las sentencias que afecten al recurrente en, al menos, 1.000 SMLMV cuando las pretensiones sean esencialmente económicas.

Son ejemplos de recursos extraordinarios el de anulación de laudos arbitrales, la revisión, la casación y, como se sustentará en este escrito, el de acción de tutela contra providencias judiciales. Los demás recursos, es decir, los que carecen de causales y pueden sustentarse libremente por el recurrente con el fin de demostrar sin limitaciones que la decisión impugnada debe revocarse o reformarse, son ordinarios como se presenta, por ejemplo, con la apelación, la reposición, la súplica o la queja.

3. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La acción de tutela es una de las conquistas democráticas más importantes de los colombianos a partir de la Constitución Política de 1991. Se trata de un mecanismo judicial efectivo, eficaz y garantista que permite a todas las personas proteger de manera oportuna sus derechos fundamentales, es

[1] SANABRIA SANTOS, Henry. Derecho procesal civil general, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 670 y ss.

decir, los más relevantes. Por eso, la acción de tutela es necesaria y debe mantenerse en el ordenamiento jurídico nacional.

Sin embargo, la práctica ha convertido la acción de tutela **contra providencias judiciales** en un verdadero recurso extraordinario que, en vez de ser excepcional, se ha vuelto recurrente, pues nada impide que en un mismo proceso se utilice en varias oportunidades inclusive para resolver la controversia que compete al juez ordinario. Tal realidad también ha tornado a quienes lo resuelven en verdaderos jueces supremos que determinan, tanto en causas fáciles como difíciles, el verdadero entendimiento de las fuentes jurídicas o lo que debe tenerse como decisión correcta, sin reparar si ese era el deseo del constituyente primario.

A. En el principio dios creó los cielos y la tierra...

El autor de este artículo realiza en sus clases un ejercicio académico que ha producido resultados interesantes. Antes de explicar cualquiera de estos temas, encuesta a sus alumnos con la siguiente pregunta: ¿qué rama del poder público (legislativa, ejecutiva o judicial) creó la acción de tutela contra providencias judiciales?

Generalmente, la gran mayoría (casi el 80% de los alumnos) opta por la Rama Judicial. El segundo lugar (más o menos el 15%) escoge el poder legislativo. El tercer y último puesto (aproximadamente un 5%) es asignado al poder ejecutivo. Los encuestados suelen explicar sus razones así: la mayoría refiere el concepto de "vías de hecho" o "defectos", identifica a la Corte Constitucional como creadora de la institución y cita la sentencia C-590 de 2005 como origen de la figura; los del segundo lugar escogen al Congreso de la República por descarte o refieren que la tutela fue establecida por el constituyente y suponen que ese mismo poder fue el responsable de su procedencia contra providencias judiciales; finalmente, la minoría se muestra tímida e insegura y, por lo general, citan el decreto 2591 de 1991 o, en algunos casos, especulan que las decisiones judiciales pueden afectar al ejecutivo y, por tanto, les parece razonable que ese poder haya establecido la acción de tutela para cuestionar decisiones judiciales que le resulten contrarias.

Este ejercicio informal permite sustentar que las narrativas construidas en el imaginario de las personas sobre la acción de tutela contra providencias judiciales son poco claras y alejadas de la realidad, al punto que parecen estar rodeadas por las tinieblas.

Sin lugar a dudas, la acción de tutela colombiana fue creada por el constituyente primario que en el artículo 86 de la Constitución Política estableció:

> *"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 éstos resulten vulnerados o* ***amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.***
>
> *"La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*
>
> *"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*
>
> *"En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*
>
> *"La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión"* (se destaca).

Aunque esa norma precisa que la tutela procede contra comportamientos de las autoridades públicas, dentro de las cuales se encuentran los jueces, es dudoso que, a la luz de la Constitución Política, proceda contra sus providencias o, al menos, ello no se desprende expresamente de su texto. Además, las providencias son decisiones de los funcionarios judiciales que pueden tomar la forma de autos o sentencias, según la clasificación tradicional, están sujetas a recursos y son distintas de las meras actuaciones.

En últimas, no existen razones diamantinas para afirmar que el constituyente de 1991 creó la tutela contra providencias judiciales. Es más, una revisión a la historia reciente demuestra que la acción de tutela contra providencias judiciales no fue un producto del constituyente.

Por el contrario, la tutela contra providencias judiciales sí se desprende de una fuente jurídica con alcances generales, los artículos 11, 12 y 40 del decreto 2591 de 1991 que, en su orden, establecían:

> *"ARTICULO 11. La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo* ***salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducirá (sic) a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente.***
>
> *"ARTICULO 12. La caducidad de la acción de tutela no será obstáculo para impugnar el acto o la actuación mediante otra acción, si fuere posible hacerlo de conformidad con la ley…*
>
> *"ARTICULO 40. Cuando* ***las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso,*** *proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado****, amenacen o vulneren un derecho fundamental****, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.*
>
> *"Cuando dichas providencias emanen de Magistrados, conocerá el Magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.*
>
> *"Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma corporación.*
>
> *"PARAGRAFO 1. La acción de tutela contra tales providencias judiciales* ***sólo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de éstas por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutiva,*** *se hubieren agotado todos los recursos en la vía judicial y no exista otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. Cuando el derecho invocado sea el debido proceso, la tutela deberá inteponerse (sic) conjuntamente con el recurso procedente.*
>
> *"Quien hubiere interpuesto un recurso, o disponga de medios de defensa judicial, podrá solicitar también la tutela si ésta es utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También podrá hacerlo quien, en el caso concreto, careciere de otro mecanismo de defensa judicial, siempre y cuando la acción sea interpuesta dentro de los sesenta días siguientes a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso.*
>
> ***"La tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas.***

"PARAGRAFO 2. El ejercicio temerario de la acción de tutela sobre sentencias emanadas de autoridad judicial por parte de apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para estos efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente.

"PARAGRAFO 3. La presentación de la solicitud de tutela no suspende la ejecución de la sentencia o de la providencia que puso fin al proceso.

"PARAGRAFO 4. ***No procederá la tutela contra fallos de tutela****".*

De estas disposiciones se desprende que el poder ejecutivo no sólo creó la acción de tutela contra providencias judiciales, sino que además estableció reglas claras de procedencia e improcedencia: (1) era viable contra aquellas providencias que terminaran un proceso, (2) procedía ante la afectación de derechos fundamentales que se pudiera constatar de forma directa y manifiesta de la parte resolutiva de la decisión judicial, y (3) no servía para cuestionar la interpretación normativa sustancial o procesal ni para impugnar la valoración probatoria.

Sin embargo, las anteriores reglas fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-543 de 1992 con fundamento en la siguiente *ratio decidendi*:

"…la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a ***situaciones de hecho*** creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, ***respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho****; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a* ***circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental.*** *De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción* ***no sea procedente cuando exista un medio judicial apto*** *para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable entendido éste último como aquél que tan sólo puede resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización…*

"…la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto ***no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley****; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria.*

"La acción de tutela ***no es… un medio alternativo, ni menos adicional o complementario*** *para alcanzar el fin propuesto.* ***Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor****, ya que su naturaleza,* ***según la Constitución, es la de único medio de protección,*** *precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.*

…

"de conformidad con el concepto constitucional de ***autoridades públicas****, no cabe duda de que* ***los jueces tienen esa calidad*** *en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición* ***no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias.*** *Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en* ***dilación injustificada en la adopción de decisiones*** *a su cargo que proceda a resolver o* ***que observe con diligencia los términos judiciales,*** *ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura* ***ante actuaciones de hecho imputables al funcionario*** *por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco* ***cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto,*** *por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.*

"… ***no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en*** *el trámite de* ***un proceso judicial*** *en curso,* ***adoptando decisiones paralelas*** *a las que cumple, en ejercicio de su función, quien lo conduce, ya que* ***tal posibilidad está excluida de plano en los conceptos de autonomía e independencia funcionales*** *(artículos 228 y 230 de la Carta), a los cuales ya se ha hecho referencia.*

> *"**De ningún modo es admisible**, entonces, **que quien resuelve** sobre **la tutela extienda su** poder de **decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte**.*
>
> *"**No puede**, por tanto, **proferir resoluciones o mandatos que interfieran u obstaculicen diligencias judiciales ya ordenadas por el juez de conocimiento, ni modificar providencias por él dictadas,** no solamente por cuanto **ello representaría una invasión en la órbita autónoma del juzgador y en la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia** (artículo 228 C.N.), sino porque, **al cambiar inopinadamente las reglas predeterminadas por la ley** en cuanto a las formas propias de cada juicio (artículo 29 C.N.), **quebrantaría abierta y gravemente los principios constitucionales del debido proceso**. Lo anterior sin tener en cuenta la **ostensible falta de competencia** que podría acarrear la nulidad de los actos y diligencias producidos como consecuencia de la decisión con los consiguientes perjuicios para las partes, **la indebida prolongación de los procesos y la congestión que, de extenderse, ocasionaría esta práctica en los despachos judiciales.***
>
> *"De las razones anteriores concluye la Corte que **no procede la acción de tutela contra ninguna providencia judicial, con la única salvedad del perjuicio irremediable,** desde luego aplicada en este evento **como mecanismo transitorio supeditado a la decisión definitiva que adopte el juez competente"*** (se destaca).

En la sentencia C-543 de 1992 la Corte Constitucional estableció con claridad una regla según la cual la acción de tutela no procede contra providencias o decisiones judiciales, sino contra actuaciones o "situaciones de hecho" que no sean susceptibles de recursos, tales como la dilación injustificada de decisiones o el desconocimiento de términos judiciales. La acción de tutela solamente procedería como mecanismo transitorio contra providencias judiciales que, además de lesionar o amenazar derechos fundamentales, ocasionen perjuicios irremediables. En todo caso, el juez de tutela no podía inmiscuirse en el proceso judicial, tomar decisiones sobre el mismo, modificar providencias, cambiar las reglas previamente establecidas o pronunciarse sobre el debate litigioso, pues, en caso contrario, desconocería la autonomía, independencia y desconcentración judicial, lo cual prolongaría sin razón los procesos y congestionaría los despachos judiciales.

Las anteriores consideraciones fueron apoyadas por la mínima mayoría de magistrados que entonces integraban la Corte Constitucional: cuatro[2]. El resto, tres magistrados, Ciro Angarita, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez salvaron el voto controvirtiendo los anteriores argumentos porque, en resumen, consideraron que la acción de tutela sí debía proceder contra providencias judiciales. Es razonable pensar que la discusión de esta sentencia fue bastante álgida, como registró la prensa de la época[3].

Lo que sucedió posteriormente es un ejemplo de cómo se construyen, evolucionan y cambian muchas de las instituciones jurídicas mediante el ejercicio de la interpretación. Como se sabe, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional funcionan con tres magistrados, es decir, el mismo número que salvó el voto en la sentencia C-543 de 1992; luego de esa fecha, varias de esas Salas consideraron procedentes acciones de tutelas contra providencias judiciales porque había decisiones que formalmente eran autos o sentencias, pero realmente eran "*situaciones de hecho*" o, más precisamente, "*vías de hecho*" por vulnerar de manera evidente, grosera, indiscutible y ostensible las normas jurídicas frente a las cuales, según la C-543 de 1992, sí era procedente la acción de tutela[4].

La oportunidad de la Sala Plena para retomar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales se abrió con el Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), cuyo artículo 185 estableció que el fallo de casación no está sometido a recurso "*ni acción*". Esta última frase fue declarada inexequible mediante sentencia C-590 de 2005 con el voto favorable y unánime de sus nueve integrantes[5]. Debe destacarse que la Corte Constitucional tituló uno de sus considerandos así:

> ***"Al proferir la Sentencia C-543-92, la decisión de la Corte no fue excluir la tutela contra decisiones judiciales"*** (las negrillas son del texto).

Y, además, argumentó de manera unánime:

> "*…**no es cierto que la Corte**, en el fallo citado [C-543-92], **haya descartado, de manera absoluta, la procedencia de la acción de***

[2] En ese momento la Corte estaba conformada por siete magistrados.

[3] https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-202289

[4] cfr. por ejemplo, sentencia T-193 de 1993.

[5] En esa época y hasta hoy, la Corte Constitucional está conformada por nueve magistrados.

> ***tutela contra decisiones judiciales. Lo que hizo*** *en esa oportunidad* ***fue excluir del ordenamiento jurídico unos preceptos normativos que afirmaban la procedencia de ese mecanismo contra las sentencias como regla general y no como excepción****. De allí que la Corte,* ***en la motivación de ese pronunciamiento, haya delineado genéricamente*** *los* ***supuestos*** *en los que* ***de manera excepcional*** *procedía la acción de tutela contra tales decisiones"* (se destaca).

La sentencia C-590 de 2005 también es importante porque estableció "*requisitos generales de procedencia*" de la acción de tutela contra providencias judiciales: 1. relevancia constitucional del asunto por la afectación de derechos fundamentales; 2. Subsidiariedad o agotamiento de los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judicial, a menos que se cause un perjuicio irremediable; 3. "*inmediatez*" o presentación dentro de un término razonable y proporcionado que es de, más o menos, seis meses; 4. Efecto decisivo o determinante de la irregularidad procesal; 5. Identificación razonable de hechos y derechos vulnerados; y 6. Que la decisión cuestionada no sea una sentencia de tutela.

Esa sentencia también estableció "*requisitos o causales especiales*" en que deben incurrir las providencias judiciales cuestionadas para que se abra camino la acción de tutela: 1. Defecto orgánico o falta de competencia absoluta del funcionario para expedirla; 2. Defecto procedimental absoluto o desconocimiento de las formas propias del juicio; 3. Defecto material o fáctico, es decir, tener como probado un hecho sin estarlo o tenerlo por no acreditado a pesar de que sí lo estaba; 4. Defecto sustantivo o falta de aplicación, aplicación indebida o malinterpretación de normas sustanciales; 5. Error inducido en contra del juez por alguna de las partes; 6. Decisión sin motivación, esto es, sin exposición de las consideraciones que la sustentan; 7. Desconocimiento del precedente judicial o constitucional; y 8. Violación directa de la Constitución Política.

Estas reglas generales y específicas de procedencia del recurso de acción de tutela contra providencias judiciales han hecho de ese mecanismo algo bastante diverso a lo que previó el ejecutivo en 1991. Recuérdese que las normas del decreto 2591 que fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional establecían que la tutela solamente sería procedente contra la providencia que terminara un proceso, dentro de los dos meses siguientes a su firmeza, siempre que la afectación de derechos fundamentales fuera consecuencia directa y manifiesta de su parte resolutiva, sin que pudiera cuestionarse la aplicación del derecho ni la valoración probatoria.

Sin embargo, por medio de los "*defectos*" (que inicialmente se llamaban "*vías de hecho*" y que responden claramente al entendimiento de que la tutela no procedía contra providencias judiciales sino contra "situaciones de hecho") puede cuestionarse, entre otros aspectos, la aplicación de las fuentes jurídicas, la valoración probatoria y ya no es necesario que la afectación de derechos fundamentales se desprenda con claridad de lo previsto en la parte resolutiva de la decisión. Es más, se ha otorgado un nuevo plazo de caducidad (llamado inmediatez) que, si bien es más amplio que el inicialmente establecido por el ejecutivo en 1991 (dos meses desde la ejecutoria), es oscilante y puede ser de más o menos seis meses contados a partir de la expedición de la providencia, sin pasar por alto que cualquiera de las decisiones de un proceso, finales o no, es susceptible de ser impugnada mediante tutela.

Es más, el juez de tutela puede reconocer oficiosamente algún defecto que no fue invocado por el recurrente, lo que se traduce en que la tutela no está gobernada por el principio dispositivo, sino por el inquisitivo.

B. Las tinieblas

Múltiples decisiones de tutela han servido para desarrollar el derecho ocupándose de aspectos que, por ejemplo, no han sido regulados por el legislador, han permitido unificar la jurisprudencia, hacer respetar el precedente de toda clase y, por supuesto, proteger los derechos constitucionales.

Sin embargo, el devenir de la acción de tutela contra providencias judiciales también tiene múltiples tinieblas sobre su faz que no pueden obviarse.

El artículo 243 de la Constitución Política establece que "*ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución*". Esta prohibición se traduce en que el contenido de las disposiciones que fueron declaradas inexequibles no puede ser creado nuevamente por ninguna rama del poder público, con independencia de las fuentes del derecho que produzca: jurisprudencia, ley, acto administrativo, etc.

¿Recuerda, apreciado lector, que en 1993 la Corte Constitucional declaró inexequibles las normas del decreto 2591 de 1991 que establecían diversos parámetros de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales? ¿Se le ha olvidado que en 2005 la Sala Plena de la Corte Constitucional estableció las condiciones generales y específicas de procedencia de la

acción de tutela? ¿Encuentra usted alguna contradicción entre una y otra decisión? Si su respuesta es positiva ya tiene en su mente parte de la tiniebla que opaca la acción de tutela contra providencias judiciales.

La acción de tutela está para proteger derechos fundamentales, es decir, los más importantes para sus titulares. Generalmente, cuando se impugnan providencias judiciales se invocan como tales el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. Pues bien, estimado lector, conviene preguntarle: ¿le parece que una equivocación en la aplicación o interpretación del derecho lesiona esas prerrogativas? ¿considera que estimar probado un hecho sin estarlo, o negar su acreditación, cuando sí lo estaba es contrario al debido proceso? En pocas palabras: ¿el error en las providencias judiciales es contrario al debido proceso? Y no piense en equivocaciones de bulto, evidentes, incontrovertibles porque esas no son las que suelen criticarse en las acciones de tutela, sino las discutibles y, en últimas, tienen que ver con la decisión del caso debatido. Las respuestas a estas preguntas muestran una parte restante de las tinieblas a las que se hace referencia.

En tercer lugar, la Corte Constitucional tiene la función de revisar las decisiones judiciales relacionadas con las acciones de tutela (art. 241.9 de la C.P.). Para esa función, las sentencias de tutela de última instancia son remitidas a la Corte para que sean sometidas a un proceso de selección algo similar al *certiorari* anglosajón, pues es enteramente discrecional, inmotivada y cualquier magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo pueden hacer que la decisión sea escogida (arts. 31 y ss. del decreto 2591 de 1991).

El desarrollo de ese mecanismo de selección ha convertido a la Corte Constitucional en una verdadera Corte Suprema de Justicia (como la de Estados Unidos), que mediante la acción de tutela ejerce funciones diversas que no parece atribuirle la Constitución Política como juez de instancia (al revisar no sólo las decisiones de tutela sino también las cuestionadas mediante ese recurso extraordinario), unificador de la jurisprudencia no sólo en temas de derecho constitucionales sino también en temas de legalidad[6] y ubicarse por encima de la Corte Suprema Justicia o el Consejo de Estado que, en palabras de la propia constitución son, respectivamente, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (art. 234) y el tribunal supremo de lo contencioso administrativo (art. 237).

[6] Por ejemplo en la SU 418 de 2019 la Corte Constitucional definió cómo debe sustentarse el recurso de apelación, es decir, un tema de mera legalidad.

Como si lo anterior fuera insuficiente, el desenvolvimiento de la acción de tutela contra providencias judiciales también ha minado la autoridad de las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia. Su reglamento ha establecido que las tutelas contra estas salas serán competencia de la que siga en orden alfabético: civil, laboral y penal. Esto quiere decir que, por ejemplo, en una acción de tutela contra decisiones de la sala civil, la primera instancia es surtida por la laboral y la segunda por la penal, quienes. ¿Ha detectado usted la última parte de las tinieblas?

4. RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN CIVIL

A. El mito de la casación unitaria

La casación suele mostrarse como un producto acabado, perfectamente diferenciado e inconfundible con otras figuras. Suele decirse que nació al lado de los cañones humeantes que durante la revolución francesa derrocaron el Antiguo Régimen[7] y surgió por una especie de creación no espontánea con huellas en mecanismos antecedentes, principalmente en uno de orden político –no judicial– que existía en vigencia de la monarquía depuesta y facultaba al rey, inicialmente, y, luego, a un órgano dependiente de él[8], para anular *motu proprio* las decisiones judiciales contrarias a las ordenanzas reales[9].

Era una facultad que directamente buscaba mantener el poder legislativo del soberano y que, tan solo de forma colateral, podía beneficiar a las partes en contienda[10]. Desde sus inicios estaba sometida a la "*directa iniciativa del soberano… sin que nadie lo solicitase, para reprimir los atentados dirigidos contra él.., sin preocuparse en absoluto por los derechos privados decididos en tal sentencia*"[11].

[7] CALAMANDREI, Piero (Santiago Sentís Melendo, trad.), La casación civil, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, T. I., V. I, 1945, pp. 26 y 318.

[8] El Conseil des Parties.

[9] CALAMANDREI, Piero, Op. cit., pp. 26 y 321.

[10] Sobre este punto Calamandrei señala que "bajo la monarquía el derecho de casación… aparece como una defensa de la soberanía, del poder de mando que corresponde en general al monarca, ya se exprese en normas generales o en órdenes específicas" Además, deja claro que "no es una función jurisdiccional, sino una función de carácter ejecutivo". Cfr. Ibídem, pp. 330, 333 - 335, 341.

[11] CALAMANDREI, Piero, Op. cit., p. 338.

A pesar de que, posteriormente, a los particulares se les delegó el *impulso* de este mecanismo, ello no significó que pasara a tener una función privada destacada, en razón a que "*tan pronto como la denuncia de los litigantes lo había puesto en movimiento, el mismo se ejercitaba en interés único del rey, al solo objeto de reprimir un ataque a la soberanía y nunca al de corregir una injusticia echa a una parte en causa*"[12]. Por tanto, la petición de anular la sentencia "*funcionaba en interés del rey*"[13], aunque pudiera beneficiar, de rebote, a una de las partes. Tales peticiones, entonces, no eran un recurso judicial sino meras solicitudes que podían ser acogidas o no, según la voluntad del soberano.

A los ojos de los revolucionarios galos, la competencia monárquica de expedir normas y anular sentencias que las contravinieran carecía de sustento por representar el ejercicio de un poder tiránico, ilegítimo, arbitrario y ajeno a la necesaria separación de poderes. Por tanto, con fundamento en las tesis de Montesquieu, se adoptó la conocida tridivisión del poder público, donde la rama legislativa crea e interpreta con autoridad normas generales y abstractas que deben ser aplicadas por el poder judicial en las controversias planteadas por los ciudadanos. Igualmente, para sustentar que la facultad del legislativo de expedir las normas de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces, se empleó la noción de contrato social de Rousseau, donde los coasociados se someten a esa ley a cambio de libertad e igualdad[14].

Con sustento en tales premisas, en el seno de la asamblea revolucionaria francesa supuestamente nació la casación, entendida como la amalgama de un Tribunal o Corte de Casación (que inicialmente era un órgano legislativo negativo), por un lado, y de un recurso extraordinario, por el otro[15]. Esta figura política se convirtió en jurisdiccional cuando la Corte pasó a integrar la rama judicial.

Tradicionalmente, se le atribuyen dos finalidades: (i) la nomofilaxis[16] o defensa del *ius constitutionis*, caracterizada por ser la principal y consistir en

[12] CALAMANDREI, Piero, Op. cit., p. 354.

[13] CALAMANDREI, Piero, Op. cit., pp. 356 y 372.

[14] HUALDE LÓPEZ, Ibon. Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés. En Cuadernos de Derecho Transnacional, V. 9, No. 1, marzo, 2017, p. 176.

[15] MORALES MOLINA, Hernando., técnica de casación civil. Ediciones academia colombiana de jurisprudencia, Bogotá, 2014, p. 39. CALAMANDREI, Piero, Op. cit., p. 26.

[16] Calamandrei acuñó esa expresión para significar la protección de la ley y desde entonces todavía se utiliza.

la protección del derecho objetivo emanado del legislador y la unificación de la jurisprudencia; y (ii) el remedio de los derechos subjetivos de las partes del litigio –*ius litigatoris*–, propósito secundario, accesorio y, según las versiones más difundidas, poco esencial en la casación.

Piero Calamandrei ha sido el principal responsable de que la casación se vea de la manera descrita. Su obra ha sido un verdadero referente sobre la casación civil y el rol de las Cortes Supremas de Justicia tanto en Europa como en América, pues sus ideas terminaron imponiéndose en la legislación y jurisprudencia de varios países, incluyendo aquella según la cual "*el recurso de casación*" implica "*el ejercicio de un derecho subjetivo de impugnación*" que puede ser renunciado por omisión y, por tanto, impide a la corte de casación "*poner de relieve de oficio defectos de la sentencia denunciada no deducidos en el recurso*"[17]. Esta idea (repetida en varios apartes de la obra del italiano) se traduce en que la casación civil es rogada, dispositiva y no puede ser oficiosa, convirtiéndose en un verdadero dogma citado, repetido y reiterado por legisladores, jurisprudentes y doctrinantes de diversas naciones.

No obstante, una mirada de cerca a las ideas que pocos parecen cuestionar sobre la casación muestra que varios dogmas, en realidad, son mitos. El primero de ellos está en el supuesto origen netamente francés de la casación, sobre el que Nieva Fenoll reniega sustentando en un reciente estudio histórico el "*evidente paralalelismo entre la labor del Tribunal de cassation y la misión de la House of Lords inglesa que Calamandrei*"[18]. Así, hay elementos de juicio para dudar que la casación sea una creación netamente francesa, como impuso el autor italiano, pues además del recomendable estudio de Nieva, existe bastante similitud sobre las funciones que desarrollan las Cortes Supremas o Tribunales Superiores en el derecho comparado.

Adicionalmente, la casación civil y el papel de las Cortes Supremas de Justicia están lejos de constituir un tema cerrado, definido, claro y se acercan más a un "*vértice ambiguo*" donde, en palabras de Michele Taruffo, las diversas aproximaciones se mueven "*erráticamente entre varios modelos, interpretando uno, comportándose a veces como Corte Suprema y, más a menudo, como juez de tercera instancia, o a veces como custodio de legitimidad o, más a menudo, como juez del caso concreto, o a veces como garante de la racionalidad o, más a*

[17] CALAMANDREI, Piero (Santiago Sentís Melendo, trad.), La casación civil, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, T. III., 1945, pp. 172-174.

[18] NIEVA FENOLL, Jordi. El origen inglés de la casación francesa. Revista ítalo-española de derecho procesal. Vol 1. Madrid, 2020. p. 87.

menudo, como juez de hecho"[19]. Taruffo califica a Calamandrei como el autor "*clásico de la historia de la casación*" y le atribuye la paternidad de un modelo de casación que "*ha condicionado por sesenta años cada aproximación al problema de la magistratura suprema*", donde fueron descartadas la "*revisión o la casación-tercera instancia como alternativas serias al modelo puro de la Casación de derivación francesa*"; Taruffo también le asigna a Calamandrei la responsabilidad de que la "*idea de la casación única*", una suerte de "*modelo puro*" donde una única Corte Suprema tiene las funciones de defender la integridad y vigencia del derecho objetivo, uniformar la jurisprudencia y asegurar la "*exacta interpretación de la ley*" se haya exportado a la mayoría de las naciones, lo cual puede resultar, explica Taruffo, "*completamente ajeno del interés privado de las partes, y orientado exclusivamente al fin general de asegurar la uniformidad de la jurisprudencia*"[20].

Taruffo argumenta que se desconoce "*si las diversas concepciones de la casación se presentan como descripciones de lo que la corte efectivamente hace, o como teorías prescriptivas de lo que ella debería hacer, o las dos cosas juntas*"[21].

B. El mito de la dispositividad

La doctrina colombiana es, en parte, reflejo de las ideas de Calamandrei sobre la casación. El autor más relevante sobre la materia puede ser el exmagistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Humberto Murcia Ballén, quien justifica la imposibilidad de una casación civil oficiosa:

> *"La limitación de la actividad jurisdiccional del tribunal de casación es una de las notas más sobresalientes del carácter extraordinario del recurso, puesto que al decidirlo tiene que ceñirse a las lindes que, tanto en las causales invocadas, como en los aspectos jurídicos alegados como fundamento de la censura, esgrima el recurrente en su demanda, sin que le sea permisible, sin rebasar sus poderes jurisdiccionales, examinar de oficio los demás aspectos que, no obstante contenerlos la sentencia, no han sido denunciados.*
>
> *"La limitación de los poderes del juez de la casación se traduce, en suma, en que le está vedado revisar la sentencia recurrida por causales no invocadas, ni por fundamentos que la impugnación no trae, ni por errores que el recurrente no ha denunciado; y, en fin, que en su misión no le es dado alterar o modificar los hechos que como causa petendi de su específica pretensión impugnativa determina y concreta el censor en su demanda"*[22].

[19] TARUFFO, Michele. El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil (Juan Monroy Palacios y Juan Monroy Gálvez trads.). Palestra editores. 2006. p. 31.

[20] Ibidem, pp. 68,69, 71,72, 79 y 80.

[21] Ibidem, p. 8.

Murcia cita en su obra diversas sentencias de la Sala Civil según las que se puede decidir el recurso "*sin tener que moverse oficiosamente a completar la acusación planteada, por impedírselo el carácter eminentemente dispositivo de la casación*"[23], en algunas de las cuales es citado, obviamente, Piero Calamandrei. Esto denota no sólo que la jurisprudencia local acoge la imposibilidad de que exista una casación oficiosa sino que ha estado influida notablemente por las ideas de Calamandrei sobre la casación. A su vez, el venezolano José Sarmiento Nuñez argumenta que la casación se rige por el principio dispositivo, el cual delimita la función de la Corte de Casación e impide que pueda actuar de oficio[24].

Cuando se estudia la casación y, por tanto, el rol de las cortes supremas, suelen utilizarse fuentes de diverso orden sin advertir las realidades dentro de las cuales son aplicables. Esto es así porque la figura ha seguido derroteros diferentes según el país al que se refiera, tal vez por la dispersión del mito de una casación única, a pesar de que se puede decir que existen varias formas de entender la figura. En efecto, la casación francesa e italiana obedecen a elementos similares, más cercanos a los planteamientos de Calamandrei de una figura "*pura*", donde usualmente la Corte examina solamente la decisión de segunda instancia desde el punto de vista jurídico, sin examinar los hechos del caso concreto, al punto que, de casar la sentencia, el expediente es reenviado al tribunal de segundo grado para que vuelva a proferir la decisión y no se corra el riesgo de que la Corte Suprema de Justicia se convierta en fallador de tercera instancia[25]. Igualmente en Francia e Italia, como no se examinan los hechos de la controversia, la corte de casación privilegia el ejercicio de las funciones públicas tales como la defensa de la unidad e integridad del

[22] MURCIA BALLÉN, Humberto. Recurso de casación civil, Editorial Temis, Bogotá, 1977, P. 20.

[23] Ibidem, p. 22.

[24] SARMIENTO NUÑEZ, José. Análisis crítico de la casación de oficio, Editorial Livrosca, Caracas, 1996.

[25] CADIET, Loïc. "El sistema de la casación francesa", en Los recursos ante los tribunales supremos en Europa (ORTELLS RAMOS coord.), Difusión jurídica, Madrid, p. 27.

derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia, por encima del interés de las partes de la controversia.

Por el contrario, la casación española siguió un rumbo diverso porque, además de que pueden revisarse los hechos de la controversia (mediante la violación indirecta de la ley), se destaca, no necesariamente en un plano de igualdad, la finalidad privada del recurso[26]. Puede decirse que la casación colombiana, según las fuentes primarias del derecho, siguieron más de cerca el camino español -en vez del francés o italiano-, porque Colombia estableció una corte de casación habilitada para estudiar no sólo el desconocimiento directo de la ley sustancial por el fallo de instancia sino también para verificar los hechos de la controversia (mediante la violación indirecta de las normas sustanciales cometida por errores de hecho o de derecho), como ha sucedido en nuestro país desde la ley 61 de 1886 y hasta el día en que se redactan estas líneas.

Antes de que la ley reconociera expresamente la posibilidad de una casación civil oficiosa, el artículo 7º de la ley 1285 de 2009 modificó el 16 de la LEAJ para establecer que las Salas de la Corte Suprema de Justicia pueden (ese fue el verbo que empleó) "*seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos*". Tal disposición fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-713 de 2008 bajo el entendido de que la selección negativa "*será motivada y tramitada conforme a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley*".

El anterior pronunciamiento abrió paso a que la Sala de Casación Civil precisara que la selección negativa de demandas de casación se produjera: "*a) porque acusa errores de técnica, que además de ser evidentes, resultan insalvables; como por ejemplo, la falta de individualización de pruebas o la ausencia de demostración del yerro endilgado, entre otras; b) cuando incorpora aspectos o cuestiones novedosas y, por lo mismo, no admisibles en casación; c) porque los supuestos yerros fácticos en los que, eventualmente, ha incurrido el fallador, relativos a la apreciación de las pruebas, no son manifiestos o trascendentes; d) porque no se demostró el error de derecho alegado o éste es irrelevante; e) porque los errores procesales aducidos no existen o, dado el caso, fueron saneados o, no afectaron las garantías de las partes ni comportaron una lesión mayúscula del ordenamiento; f) por la existencia reiterada de precedentes sin que se vislumbre la necesidad de variar su sentido; g) porque, a la postre, en el asunto de que se trate no se violó, al rompe, el ordenamiento en detrimento del recurrente*"[27].

[26] VICENTE Y CARAVANTES, Jose. Tratado histótico, critico, filosófico de los proceimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento, T. IV, Imprenta y librería de Gaspar y Roig, Madrid, 1958, p. 81.

En el año 2012 fue expedido el Código General del Proceso (ley 1564) como reemplazo del Código de Procedimiento Civil (decreto 1400 de 1970). El CGP en su artículo 333 establece que la casación es un "*recurso extraordinario*" cuyo fin es "*defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida*". Esta norma refleja el entendimiento clásico que los tribunales de casación suelen cumplir dos finalidades, una de tipo público (principalmente atada a la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento y la unificación de la jurisprudencia) y otra privada (corregir la incorrección de la sentencia en el caso concreto). Debe destacarse que de la redacción de la norma no se desprende *prima facie* cuál de esas dos finalidades debe prevalecer, sin pasar por alto que tradicionalmente se ha entendido que la defensa del *ius constitutionis* es la misión estelar de la corte de casación.

El artículo 336, luego de consagrar las clases de causales de casación procedentes que, por supuesto, deben ser invocadas por el recurrente, y faculta a la Corte Suprema de Justicia a "*casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales*". Esta disposición está lejos de aclarar las discusiones sobre la casación civil oficiosa pues está en viva discusión cuándo se presentan de manera ostensible las circunstancias en ella previstas, a qué equivale la afectación del orden y patrimonio públicos, además de cuándo una decisión judicial atenta contra derechos o garantías de orden constitucional y, por supuesto, si puede seguirse sosteniendo que la casación de oficio no convirtió a la Corte Suprema de Justicia en un tribunal de instancia (si es que desde antes no lo era).

[27] Auto de 12 de mayo de 2009, proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, reiterado posteriormente.

c. El mito del derecho fundamental a la casación

Aunque no ha tomado partido expresamente, la jurisprudencia constitucional parece inclinarse por considerar que existe cierto derecho fundamental a acceder a la casación o, al menos, a un pronunciamiento que lo resuelva. Esto es así porque en la sentencia C-713 de 2008 se declaró constitucional la facultad de seleccionar las sentencias objeto de pronunciamiento por parte de las salas de casación, siempre que la decisión sea motivada y conforme con las reglas y requisitos legales. Además, en sentencia SU-201 de 2021 el mismo organismo revocó un auto de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que había inadmitido una demanda de casación en contra de una sentencia que había accedido parcialmente a las pretensiones de simulación, y le ordenó seleccionar el asunto, propósito que se cumplió recientemente utilizando la figura de la casación oficiosa en sentencia SC 963 1 jul. 2022, rad. 2012-00198.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otros lugares como Italia, donde el artículo 111 de su Constitución Política establece el derecho a la casación[28], en Colombia no existe tal derecho por la sencilla razón de que no está consagrado en la Carta Política ni se desprende del derecho al debido proceso, sobre todo cuando dentro de las funciones de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia están otras de interés público y no necesaria y exclusivamente las de tinte privado.

[28] TARUFFO, Michele. Sobre la evolución del tribunal de casación italiano (Cesar Moreno, traductor), en La casación hoy, cien años después de Calamandrei. Jordi Nieva y Renzo Cavani (dirs), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 23.

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU COMPARECENCIA AL PROCESO CIVIL

*Miguel Enrique Rojas Gómez**

1. PREÁMBULO

La generosa invitación que me ha cursado el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a participar en el Congreso Colombiano de Derecho Procesal que se realizará en la ciudad de Cartagena, me ha movido a plantear una serie de inquietudes que han venido surgiendo desde la expedición de las Leyes 1618 de 2013 y 1996 de 2019, dadas las implicaciones que sus preceptos tienen sobre las actuaciones que se realizan en el seno del proceso. Parece inocultable el impacto que ha producido en el régimen procesal el novedoso tratamiento jurídico sustancial de las personas con discapacidad, lo que obliga a examinar cada uno de los escenarios en los cuales tiene incidencia.

En las cortas páginas que componen este trabajo, se propone un análisis específico sobre los aspectos procesales más sobresalientes que sufren alteraciones gracias al nuevo régimen sustancial sobre las personas con discapacidad, lo que exige estudiar delanteramente el problema de la discapacidad desde la perspectiva constitucional.

2. LA DISCAPACIDAD Y LA DEBILIDAD MANIFIESTA

La evolución del concepto de discapacidad muestra que el fenómeno ha sido percibido desde distintos enfoques que se pueden sintetizar así: el de benefi-

* Director de la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Especialista en derecho procesal y doctor en derecho. Profesor en universidades colombianas y extranjeras. Autor de Lecciones de derecho procesal, entre otras obras. Corredactor del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y Miembro de la Comisión Redactora y Revisora del Proyecto de Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

cencia, el médico-rehabilitador y el social. En el enfoque de beneficencia se percibía a las personas con discapacidad como sujetos pasivos de acciones de caridad o de subvenciones a título de asistencia social, lo que llevaba de la mano la negación del derecho a participar en la vida política y cultural, lo mismo que en su propio desarrollo, pues se consideraba que, a causa de sus deficiencias, estaban impedidas para sostenerse autónomamente.

A su turno, el modelo médico-rehabilitador puso el centro de gravedad en la deficiencia de la persona que se eleva a la categoría de enfermedad, lo que conduce a establecer y suministrar el tratamiento terapéutico con el cual pueda resultar curada. En otras palabras, bajo este enfoque, "las personas con discapacidad están enfermas y han de ser curadas para que recuperen la normalidad"[1]. Siendo así, los expertos encargados del tratamiento adquieren el poder de tomar las decisiones en nombre del paciente, dado que se supone son ellos los que saben qué es lo mejor para el individuo.

El enfoque social, en cambio, define la discapacidad como la consecuencia de la interacción de los particulares caracteres del individuo con el entorno, que obstruye su participación en la vida de relación social, o sea, "el resultado de una organización errónea de la sociedad"[2]. Aunque la discapacidad reclame un tratamiento médico o terapéutico, este no obedece a las expectativas del experto, sino a las del paciente. Por consiguiente, el tratamiento del problema no consiste en curar al individuo, sino en acondicionar la actitud de la sociedad. En este enfoque se reconoce que las personas con discapacidad son titulares de derechos y gozan de plena capacidad jurídica para ejercerlos; las barreras sociales son discriminatorias y deben ser proscritas.

Tras el fracaso del modelo de beneficencia, lo mismo que del enfoque médico-rehabilitador, en la época contemporánea ha cobrado fuerza el enfoque social, lo que se expresa de manera contundente en la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en lo sucesivo CDPD), ratificada por el gobierno colombiano y acogida por el Congreso de la República mediante la Ley 1346 de 2009, lo mismo que en la Observación General No. 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU.

[1] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Guía de Formación, Serie de Capacitación Profesional No. 19, Nueva York-Ginebra, 2014, p. 9.

[2] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Guía de Formación, Serie de Capacitación Profesional No. 19, Nueva York-Ginebra, 2014, p. 11.

Entender la discapacidad como un problema de la sociedad, cual ocurre bajo el enfoque social, no implica ignorar la importancia del tratamiento terapéutico que algunas veces reclama y, muchísimo menos, negar la debilidad que aquella acarrea al individuo en su cotidianidad y lo pone en condición de desventaja respecto de sus congéneres. Por el contrario, envuelve el reconocimiento de que, en lugar de diseñar los productos, entornos, programas y servicios a partir de una supuesta homogeneidad de los seres humanos, la sociedad debería hacer un "diseño universal" con observancia de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales que algunas personas padecen, para garantizar que todos los individuos puedan servirse de aquellos y que solo en situaciones excepcionales se requieran adaptaciones o diseños especializados.

La discapacidad que sufre una persona la pone en condición de inocultable debilidad, lo que reclama esfuerzos de la sociedad y del Estado para hacer realidad el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás. El amparo de los derechos de las personas con discapacidad requiere mayor intensidad, lo que explica que, desde la perspectiva constitucional, en el ámbito doméstico se consideren sujetos de especial protección (CP, arts. 13-3 y 47).

Adicionalmente, parece inocultable que la desventaja que la discapacidad envuelve, puede facilitar abusos que contravengan la voluntad y las preferencias del individuo, lo que configura atentado contra su dignidad. Por ello, es preciso contemplar medidas que aseguren el respeto de la voluntad y se erijan en salvaguardias de la autonomía individual contra los eventuales abusos del entorno.

Por supuesto que el discurso envuelto en el enfoque social, con todas sus implicaciones, no se hace realidad por el mero hecho de que esté inserto en la CDPD, sino que reclama la adopción de herramientas concretas con fuerza normativa en el ámbito interno, que determinen la conducta de los asociados, en especial de los que ejercen autoridad. A dicho propósito, es preciso reconocer que los preceptos constitucionales que aluden a las personas con discapacidad (CP, arts. 13-3 y 47) lo hacen bajo el enfoque médico-rehabilitador, por lo que nada dicen sobre garantizar la autonomía y el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, la incorporación de la CDPD al bloque de constitucionalidad (CP, art. 93) determina que todos sus preceptos imperen en el ordenamiento interno y deban ser desarrollados por las autoridades, principalmente por las que hacen las leyes.

Claro está que el trabajo del legislador en tal dirección no debe limitarse a reproducir el contenido de los preceptos de la CDPD, cuyo carácter abstracto

e indeterminado parece un catálogo de buenas intenciones, como suelen ser los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Las disposiciones de la CDPD son compromisos que asumieron los Estados Partes, que implican desarrollar, en herramientas jurídicas concretas y precisas, los objetivos expresos de la Convención. De hecho, el contenido normativo de la CDPD fue reproducido en la ley mediante la cual fue aprobada su incorporación al ordenamiento doméstico (Ley 1346 de 2009). Pero, con ello no se hizo otra cosa que afianzar el compromiso de llevar a la realidad los propósitos de la Convención y ese compromiso implicaba la expedición de otras normas internas que establecieran las herramientas jurídicas concretas que garanticen la realización empírica de tales propósitos.

Con dicha finalidad, se expidió la Ley Estatutaria 1618 de 2013 y más tarde la Ley 1996 de 2019, en cuyos preceptos resplandece el cambio de enfoque del concepto de discapacidad y luce inequívoca la intención de acoger el modelo social con la perspectiva de los derechos humanos. La ley estatutaria pone sobre los hombros de una serie de autoridades la responsabilidad de realizar acciones concretas y precisas para que las personas con discapacidad puedan superar las barreras que suelen enfrentar en la vida de relación por las deficiencias que padecen. Específicamente en relación con el acceso a la justicia, la ley ordena, a las dependencias oficiales del sector justicia, implementar "programas de formación orientados a la comprensión de la discapacidad y la forma de garantizar la cabal atención y orientación a las personas con discapacidad, facilitando los servicios de apoyo requeridos para garantizar en igualdad de condiciones con las demás personas el acceso a la Justicia" (Ley 1618 de 2013, art. 21.1).

Asu turno, la Ley 1996 de 2019, cuyo manifiesto objetivo consistió en establecer medidas específicas para asegurar el ejercicio de la plena capacidad legal de las personas con discapacidad, se limitó a garantizar formalmente el ejercicio de su capacidad jurídica, a regular la forma de instituir transitorios apoyos a iniciativa de la persona con discapacidad o de otra persona y de emplearlos para la realización de específicos actos jurídicos, a prever ciertas salvaguardias relativas a las personas de apoyo y a ordenar, en forma escueta e indeterminada, la realización de ajustes razonables.

A la hora de reconocer la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, como lo ordena la CDPD, el legislador incurrió en graves omisiones, que pueden sintetizarse así:

1ª. Aunque repitió la necesidad de hacer ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (art. 8), al estilo del texto de la CDPD, se abstuvo de señalar, siquiera a modo de ejemplo, cuáles pueden ser los ajustes razonables que deben implementar quienes encarnen autoridad en cada situación, en aras de facilitar el ejercicio de la capacidad en condiciones de igualdad con las demás personas. Las expresiones normativas que trae la Ley 1996 de 2019 son tan abstractas e indeterminadas, como las de la CDPD, lo que quiere decir que el legislador obedeció solo formalmente lo indicado por la Convención.

2ª. A propósito de las salvaguardias, el legislador lacónicamente contempló solo algunas escasas, relativas a las características de las personas de apoyo, como si solo estas estuviesen en condiciones de abusar de las ventajas que detentan en relación con las personas con discapacidad. Eso quiere decir que la ley no contempló salvaguardias respecto de las personas que componen el entorno del individuo con discapacidad sin ser personas de apoyo.

3ª. En relación con los apoyos que las personas con discapacidad necesiten, el legislador contrajo a dos hipótesis la presencia de aquellos (art. 9), así:

a) Cuando la persona con discapacidad tenga la iniciativa de obtener el apoyo, caso en el cual puede conseguirlo por medio de un acuerdo o por decisión judicial provocada por ella.

b) Cuando la persona con discapacidad esté en absoluta imposibilidad de expresar su voluntad y, en exclusivo beneficio de ella, otra persona pida el apoyo.

En otras palabras, a diferencia de lo que ordena la CDPD, lo mismo que la Observación General No. 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU y la Ley Estatutaria 1618 de 2013, la Ley 1996 de 2019 no contempló el apoyo como institución permanente ofrecida por el Estado a las personas con discapacidad, sino como un dispositivo de carácter ocasional que surge por iniciativa particular y concreta para actos jurídicos específicos. Al respecto, conviene recordar que la Observación General No. 1 de 2014, señaló que el apoyo para la adopción de decisones debe estar disponible para todos y que la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento (apartado III, Nos. 29.a y 29.g), y que la Ley 1618 de 2013 impuso a las dependencias oficiales del sector justicia el deber de facilitar los servicios de apoyo requeridos para garantizar el acceso a la justicia en igualdad de condiciones. Por consiguiente, el clausulado de la Ley 1996 de 2019 contraviene, no solo lo señalado en la Observación General No. 1 de 2014, sino también lo dispuesto en la ley estatutaria, al ignorar el

deber de poner a disposición de las personas con discapacidad los apoyos y, por el contrario, supeditar la adjudicación de apoyos a la tramitación de un proceso específicamente destinado a ello y promovido por iniciativa particular (art. 9).

3. LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA FUNCIÓN SOCIAL DEL JUEZ

El concepto de discapacidad bajo el enfoque de beneficencia, lo mismo que en el modelo médico-rehabilitador, mantenía un profundo temor a que las deficiencias de la persona pudiesen determinarla a exponerse indebidamente a peligros e incurrir en errores a la hora de tomar decisiones, como si las personas libres de discapacidad estuviesen exentas de tal riesgo. De ahí que, desde dicha perspectiva, se le negara la capacidad para ejercer derechos de los que es titular, se le privara de la administración de sus bienes, se le asignara una categoría especial, indicativa de inferioridad y ofensiva de su dignidad, y se le pusiera bajo la custodia de otra persona destinada a sustituir su voluntad y decidir por ella. En ese orden de cosas, la autonomía de la persona con discapacidad estaba obviamente descartada.

El reconocimiento de la debilidad manifiesta de las personas con discapacidad condujo a su categorización como sujetos de especial protección (CP, arts. 13-3 y 47), lo que determinó a ciertas autoridades, en especial a los jueces, a otorgarles excepcionales prerrogativas que ayudaron a mitigar la discriminación. Sin embargo, eso no implicó dejar de considerarlos como seres de rango inferior, y, en cambio, las precarias prerrogativas que les otorgaron obedecieron más a una actitud compasiva que al reconocimiento de su condición de sujetos con aptitud para ejercer sus derechos.

Bajo el enfoque social de la discapacidad, imperante en la época contemporánea, se reconoce enfáticamente la autonomía de las personas con discapacidad, sin ignorar que para la realización de algunas actividades puede ser necesario hacer razonables ajustes e, incluso, disponer la asistencia de otros individuos para facilitar la comprensión de la naturaleza y los alcances de los actos que realice el sujeto o para exteriorizar sus preferencias. Por supuesto que eso implica reconocer su plena capacidad jurídica para tomar decisiones y realizar todos los actos jurídicos que desee, sin que otra persona interfiera o sustituya su voluntad.

Los asociados en general, pero en especial las autoridades, tienen el deber de reconocer la discapacidad y disponer lo necesario para facilitarle al individuo

la realización de las actividades que envuelven el ejercicio de sus derechos. En esa dirección deben hacer los ajustes razonables o adaptaciones y modificaciones para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Por supuesto que el legislador es la autoridad primeramente llamada a hacer las adaptaciones y modificaciones, como que es la ley la que define las principales condiciones en las que deben realizarse los actos jurídicos. Por consiguiente, el legislador debe hacer el "diseño universal" de la forma de realizar cada acto jurídico, de modo que las personas que padezcan alguna discapacidad, puedan alcanzar el mismo objetivo en igualdad de condiciones con las demás. Corresponde también al legislador precisar, en tanto sea posible, los ajustes razonables específicos en hipótesis que la experiencia muestre con frecuencia.

Sin embargo, la actividad del legislador no descarta la responsabilidad de las autoridades encargadas de intervenir en la realización del acto jurídico concreto. En particular, son los jueces los que están llamados a calificar la necesidad de realizar los ajustes razonables en cada caso concreto, a evaluar la pertinencia e idoneidad de las modificaciones y adaptaciones que deban realizarse y a corregir los ajustes indebidos o sin aptitud suficiente para satisfacer el propósito de facilitar el ejercicio de derechos. También deberían ser los jueces quienes, en últimas, definan si son suficientes los ajustes razonables o si, por el contrario, es necesario disponer de apoyos para que la persona con discapacidad realice adecuadamente cierta actividad, comprenda la naturaleza, las características o los alcances de determinado acto jurídico o transmita su voluntad y sus preferencias a la hora de participar en el tráfico jurídico.

En especial, en la actividad que las personas con discapacidad hayan de realizar en las actuaciones judiciales, es el juez quien debe advertir la conveniencia o la necesidad de hacer adaptaciones o de provocar la presencia de apoyos para asegurar las condiciones adecuadas para la realización de actos procesales, con el fin de que la persona comprenda la naturaleza, los caracteres y los alcances del acto que realiza y para que pueda transmitir adecuadamente su voluntad.

Sin embargo, a la hora de reconocer la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el legislador omitió señalar, siquiera a manera de ejemplo, las adaptaciones y modificaciones que las autoridades deben hacer para

facilitar la actividad respectiva por parte de las personas con discapacidad (Ley 1996 de 2019, art. 8), lo que equivale a decir que defirió a las autoridades encargadas de intervenir en cada acto la definición de los ajustes razonables. Cosa similar ocurrió con las salvaguardias, pues, aunque reiteradamente alude a ellas, solo tímidamente regula las que deben imperar en relación con las personas de apoyo, sin prever lo relativo a los demás individuos que componen el entorno de la persona con discapacidad.

Además, el legislador omitió contemplar el ofrecimiento de apoyos por parte del Estado a las personas con discapacidad y dejó supeditada a la iniciativa particular la presencia del apoyo (Ley 1996 de 2019, art. 9), cosa que luce contraria a los postulados de la CDPD y a las instrucciones de la Observación General No. 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. Ciertamente, una cosa es que el Estado cree un sistema de apoyos y lo ponga a disposición de las personas con discapacidad, como lo ordena la CDPD, y otra que se limite a autorizar que las personas con discapacidad los constituyan, como lo hace la Ley 1996 de 2019.

En tales circunstancias, aunque el juez perciba la necesidad de un apoyo para el litigante con discapacidad, no tiene la posibilidad de ofrecerlo, dado que la ley condicionó la presencia del apoyo a la iniciativa particular, ya de la persona concernida o de un tercero. Por supuesto que eso conduce a privar al juez de su función social en beneficio de los sujetos con debilidad manifiesta y dejar sin apoyo a la persona que lo necesita para realizar sus actuaciones en el proceso judicial.

4. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU CAPACIDAD PARA COMPARECER AL PROCESO CIVIL

Con evidente arraigo en el modelo de beneficencia y en el enfoque médico-rehabilitador, el régimen procesal civil tradicionalmente ha hablado, en forma separada, de la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer al proceso. La primera se ha identificado con la capacidad de goce y la segunda con la capacidad de ejercicio (CC, arts. 1503 y 1504). Por consiguiente, a pesar de reconocer a todas las personas la capacidad para ser parte, la capacidad para comparecer al proceso se circunscribió a las personas con capacidad de ejercicio (CGP, arts. 53 a 55), lo que implicó que quienes carecieran de esta podían comparecer al proceso solo a través de sus respectivos representantes.

A dicho propósito, el lector se habrá preguntado si existe alguna relación entre la capacidad para comparecer al proceso y la discapacidad. Por supuesto que muchos de los problemas de discapacidad nada tienen que ver con la capacidad para comparecer al proceso. La mayoría de los problemas de discapacidad física son extraños a la capacidad de ejercicio y, por lo mismo, también a la capacidad para comparecer al proceso. Así, por ejemplo, la persona que carece de alguna de sus extremidades, no tiene, por ese hecho, dificultad para ejercer sus derechos en el interior del proceso judicial.

Sin embargo, las discapacidades físicas que comprometen la comunicación del individuo con el mundo exterior pueden chocar con barreras materiales que impidan o hagan demasiado difícil la realización de actividades propias del debate judicial en las condiciones que ofrece el diseño institucional del debate procesal elaborado exclusivamente desde la perspectiva de las personas sin discapacidad. La persona que no puede oír o hablar, exhibe enormes dificultades para comunicarse con sus semejantes, lo que le obstruye o, por lo menos, le estorba la realización de las actividades inherentes al proceso judicial.

Pero, para lo relativo al proceso judicial, tal vez las más dramáticas no sean las situaciones de discapacidad física, sino las de discapacidad mental. La persona que padece una deficiencia de su salud mental que le impide comprender la naturaleza, las características y las consecuencias de sus actos, puede plantear graves dificultades para realizar la actividad procesal, en especial cuando está llamada a obrar allí en defensa de sus intereses.

Por ello, en el régimen tradicional buena parte de las personas con discapacidad se catalogaban incapaces, estaban privadas de la capacidad de ejercicio (CC, art. 1504) y, consecuentemente, de la capacidad para comparecer al proceso (CGP, art. 54), por lo que su comparecencia debía ocurrir a través de los respectivos representantes. En otras palabras, la legislación ofrecía una solución que permitía descartar la presencia de dificultades en el seno del proceso, originadas en la discapacidad que comprometiera a alguno de los litigantes: privar de capacidad de ejercicio (CC, art. 1504) y, por lo tanto, también de capacidad para comparecer al proceso (CGP, arts. 54 y 55), a las personas que exhibieran ciertos tipos de discapacidad, lo que implicaba que en el proceso resultaran sustituidos por sus representantes legales.

Como la CDPD, incorporada en el ordenamiento doméstico mediante la Ley 1346 de 2009, desterró la idea de que las personas mayores de edad con discapacidad sean privadas de capacidad jurídica y, por el contrario, obligó a

reconocerles plena capacidad, hizo prácticamente imposible sustituirlas en la comparecencia al proceso. Lógicamente, en el mismo sentido, las Leyes 1618 de 2013 y 1996 de 2019, al reconocer la plena capacidad jurídica de todas las personas mayores de edad, sin importar su eventual discapacidad, descartaron la posibilidad de negarles la capacidad para comparecer al proceso, lo que obliga a aceptar que en el seno del proceso actúen directamente personas con discapacidad, aun cuando esta les dificulte o les impida transmitir de manera inteligible su voluntad o sus preferencias o les haga imposible comprender la naturaleza, los caracteres o las consecuencias jurídicas de sus actos.

Sin embargo, aunque la CDPD dispone que "los Estados adoptarán las medidas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica" (art. 12.3) y que "asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos…" (art. 13.1), las leyes 1618 de 2013 y 1996 de 2019 no contemplaron medidas para proporcionar acceso, ni ajustes de procedimiento con dicho propósito, lo que quiere decir que el legislador colombiano dio cumplimiento a lo indicado en la CDPD solo parcialmente. Lo hizo en lo que exigía solo modificaciones de la ley para reconocer la capacidad jurídica (Ley 1996 de 2019, art. 6), pero omitió cumplir lo que implicaba la realización de acciones positivas para materializar la igualdad de condiciones en el acceso a la justicia.

No contempló la ley, siquiera a manera de ejemplo, los ajustes razonables para facilitar el acceso a la justicia por parte de las personas con discapacidad, y tampoco ofreció pautas para que las autoridades judiciales dispongan en concreto los ajustes que deban realizarse en cada situación (Ley 1996 de 2019, art. 8). También omitió contemplar la creación de un sistema de apoyos a disposición del individuo según el tipo y la categoría de la deficiencia que padezca. Antes bien, con un criterio contrario a las indicaciones de la CDPD y a la Observación General No. 1 de 2014, supeditó a la iniciativa particular (de la persona con discapacidad o de otra persona en beneficio de ella) la presencia del apoyo (Ley 1996 de 2019, art. 9), de modo que, cuando no haya existido la intención de constituir el apoyo, la autoridad judicial nada puede hacer para suministrarle uno, a pesar de advertir la imperiosa necesidad.

En definitiva, tras reconocer que la persona con discapacidad es plenamente capaz y puede comparecer directamente al proceso, el Estado la abandonó a su suerte, sin consideración a la intensidad de la deficiencia que padezca ni

a las dificultades que ello puede implicar para la realización de la actividad procesal y la defensa de sus derechos, sin ofrecerle opciones reales para superar las barreras que la vida en sociedad le plantea o mitigar la desventaja que la discapacidad le acarrea frente a sus eventuales adversarios y sin poner a su disposición los apoyos que puede necesitar para participar de las actividades propias de debate judicial.

En tales circunstancias, las personas con discapacidad deben comparecer directamente al proceso, sin la interferencia de sustitutos o representantes, lo que puede implicar la necesidad de encarar escenarios de discusión en presencia de impedimentos materiales para comunicarse y exponer su voluntad o sus preferencias o para comprender la naturaleza, las características o los efectos de sus actos. Aun en circunstancias extremas, el juez carece de la posibilidad de ofrecer apoyos a la persona con discapacidad, dado que la presencia de estos está condicionada a que los instituya el individuo que lo requiere, pida su adjudicación por medio de proceso judicial autónomo o, en su beneficio, otra persona solicite la adjudicación (Ley 1996 de 2019, art. 9). Por lo tanto, si nada de esto ha ocurrido, la autoridad judicial ante la cual comparece la persona con discapacidad no puede ofrecerle apoyos, a pesar de advertir que los necesita y carece de ellos.

5. LA NECESIDAD DE APOYOS EN LA ACTUACIÓN PROCESAL

Nada extraño será que la persona con discapacidad requiera algún apoyo para realizar los actos procesales que le correspondan en el seno del proceso. Si la persona tiene dificultad para expresar sus deseos, sus decisiones o sus preferencias, no podrá realizar los actos procesales, a no ser que otra persona le facilite la comunicación. Lo mismo puede suceder si la persona no puede obtener, por sí sola, la información suficiente para adoptar sus decisiones.

La persona con discapacidad a la que le estén violando sus derechos sustanciales puede necesitar apoyo para comprender la ofensa de la que es víctima. Aún después de percibir la lesión de sus derechos puede requerir apoyo para entender que tiene la opción de acudir a la autoridad judicial a pedir protección, para enterarse de que necesita conseguir un abogado que realice su defensa técnica, para constituir apoderado adecuadamente y conforme a sus intereses, para suministrarle a este la información y la documentación pertinente y completa, para atender oportunamente los requerimientos del juez, para intervenir en las audiencias a las que sea convocado, para conciliar,

transigir o desistir de sus pretensiones, para revocar el poder a su apoderado, etc.

Cuando la persona con discapacidad resulta demandada puede requerir apoyo para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda, para comprender que tiene una oportunidad limitada para defenderse de las pretensiones, que para hacerlo debe cumplir unas formalidades, que puede acudir a un abogado que la represente. A partir de allí, puede necesitar un apoyo para interactuar con su abogado, para ofrecerle la información que necesita para la defensa y para realizar todos los actos propios de la parte dentro del proceso.

Siendo múltiples los actos jurídicos que el litigante debe realizar directamente para promover un proceso o para defender en él sus intereses, la idea de que previamente deba constituir un apoyo formal o pedir su adjudicación judicial para cada acto posible, como lo enseña la Ley 1996 de 2019 (art. 9), luce claramente irracional. Si, gracias a la discapacidad, la persona tropieza con barreras de acceso al sistema de justicia, facilitarle la superación de esas barreras debería ser el objetivo del Estado, en lugar de someterla a provocar previamente la adjudicación del apoyo necesario o a realizar un acto formal para constituirlo.

6. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU REPRESENTACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

Como se ha dicho, el hecho de que la persona que deba comparecer a un proceso judicial padezca alguna discapacidad, no es excusa para negarse a hacerlo directamente, ni constituye un obstáculo para ello. Los actos que corresponden al litigante mismo (parte o tercero) debe realizarlo personalmente, aun cuando el individuo esté afectado por alguna discapacidad, lo que quiere decir que, en principio, no hay lugar a que otro sujeto lo sustituya en el escenario del proceso. En todas las actuaciones propias de la parte está descartada la sustitución, sin consideración de la eventual discapacidad del individuo.

Sin embargo, hay que reconocer que el proceso judicial es una de esas construcciones sociales que envuelven barreras de acceso a una buena parte de la población, dado que se trata de un escenario con una dinámica que exige habilidad especial (derecho de postulación) para desenvolverse adecuadamente, de modo que sus actuaciones produzcan los efectos que les corresponden. De ahí que, aun las personas sin discapacidad, si carecen de

dicha aptitud, requieren de la asistencia de un individuo que la tenga, para obrar adecuadamente en el proceso judicial. En otras palabras, a pesar de la capacidad jurídica plena que la ley reconoce a todos los individuos mayores de edad, impera una suerte de "inhabilidad", radicada en cabeza de los "no abogados", para ejecutar una serie actos en el seno del proceso judicial que se consideran "propios del litigio" y que pueden ser ejecutados solo por quienes están investidos del derecho de postulación. Dicha "inhabilidad" guarda similitud con la incapacidad que, para realizar actos jurídicos, la ley predicaba respecto de las personas con discapacidad, pues obliga a aceptar que la persona, con o sin discapacidad, sea sustituida y representada por otro individuo en la realización de una serie de actos procesales.

De modo que, aunque la persona con discapacidad goce de plena capacidad jurídica, si carece de derecho de postulación está inhabilitada para realizar por sí sola ciertos actos procesales y requiere de la representación de otra que ha de sustituirla.

La representación del litigante en el proceso exige la constitución de apoderado judicial que implica un acto jurídico sustancial de iniciativa de aquel, lo que, al rompe, plantea un delicado problema si la persona padece una discapacidad que le impida comprender la necesidad del apoderado y no ha constituido un apoyo ni tiene uno adjudicado por decisión judicial, pues abre la posibilidad de que las personas que componen su entorno, en especial sus adversarios, aprovechen la situación para abusar de su ventaja. Ante tales circunstancias, el juez no tiene mayor posibilidad para corregir el desequilibrio, pues no le puede ofrecer un apoyo a la persona con discapacidad, dado que la ley supeditó la constitución de apoyos a la iniciativa particular.

7. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA AGENCIA OFICIOSA

El régimen procesal tiene prevista la posibilidad de que una persona formule demanda o la conteste a nombre de otra de la cual no ha recibido poder, cuando esta se halle impedida para hacerlo (CGP, art. 57). Una de las hipótesis en las cuales la persona puede estar impedida para formular la demanda o para contestarla es, precisamente, la presencia de una discapacidad.

La eficacia de la actuación del agente oficioso está supeditada a la ratificación por parte de la persona en cuyo nombre ha actuado aquel. Por lo tanto, quien obre como agente oficioso de una persona con discapacidad debe procurar que esta ratifique la actuación dentro de los treinta días siguientes. Claro está

que, si la discapacidad fue la que impidió a la persona promover el proceso u obrar en él, no parece probable que le permita ratificar lo hecho en su nombre, dentro de los treinta días siguientes, a no ser que para ese momento cuente con un apoyo, lo que obliga a pensar que quien ha actuado como agente oficioso debe, a la vez, procurar que la persona con discapacidad constituya el apoyo o pida su adjudicación judicial (Ley 1996 de 2019, art. 9).

8. LA DISCAPACIDAD SOBREVINIENTE, LA SUCESIÓN PROCESAL Y LA INTERRUPCIÓN DEL PROCESO CIVIL

En el régimen derogado la discapacidad sobreviniente de uno de los litigantes podía dar lugar a la sucesión procesal, lo que significaba que, en el seno del proceso, la persona debía ser sustituida por sus sucesores (herederos, cónyuge, albacea), cosa que estaba condicionada a que judicialmente fuera decretada su interdicción (CGP, art. 68-1). Sin embargo, mientras la interdicción no fuera decretada, la discapacidad podía ocasionar interrupción del proceso si el litigante actuaba directamente en él, sin apoderado judicial, representante o curador, lo que obligaba a detener el curso del procedimiento (CGP, art. 159.1).

La nueva legislación hizo desaparecer la interdicción, por lo que la presencia de la discapacidad sobreviniente dejó de acarrear la sucesión procesal. En cambio, la interrupción del proceso se muestra inevitable cuando la persona venga litigando sin representante y la discapacidad sobreviniente le impida realizar los actos procesales que le corresponden. En tal caso, el proceso inevitablemente queda paralizado, a no ser que el individuo afectado con la discapacidad decida constituir apoderado o alguien distinto, en beneficio del sujeto concernido, pida la adjudicación de un apoyo que envuelva la representación de la persona con discapacidad, como excepcionalmente está autorizado (Ley 1996, art. 48-2).

9. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA PRÁCTICA DE DILIGENCIAS JUDICIALES

Hay diligencias judiciales que toman por sorpresa a las personas, como sucede con la notificación personal del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, o con la diligencia de secuestro o de entrega de bienes.

Quien recibe la notificación del auto admisorio de una demanda o el mandamiento ejecutivo en su contra, por lo regular está desprevenido, lo que implica que no está preparado para ello y solo a partir de ese acto empieza a pensar en lo que puede o debe hacer para defenderse en el respectivo proceso. Si se trata de una persona con discapacidad, es probable que no entienda el contenido del acto de notificación ni de la providencia que se notifica y, mucho menos, las implicaciones que puede tener respecto de sus intereses individuales. Por el carácter sorpresivo del acto, es improbable que haya constituido apoyos para intervenir en él, por lo que seguramente quedará sumido en la perplejidad sin posibilidades reales de actuar adecuadamente en el trámite respectivo.

Con la aplicación de los preceptos de la Ley 1996 de 2019 la persona con discapacidad que se encuentre en esa situación puede quedar expuesta a su suerte, sin orientación ni apoyo, lo que favorece los abusos por parte de quienes componen su entorno, en especial por quien funja de adversario suyo.

Cosa semejante puede preverse respecto de la diligencia de secuestro o entrega de bienes, a cuya realización pueda tener razones para oponerse una persona con discapacidad que esté impedida para comprender la naturaleza o los efectos de la diligencia.

10. LAS DECLARACIONES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PROCESO CIVIL

La personas con discapacidad, ahora reconocidas como seres humanos plenamente capaces (Ley 1996 de 2019, art. 6), pueden ser llamadas a declarar en los procesos judiciales, ya como litigantes (CGP, art. 198), ya como testigos (CGP, art. 208). Además, cuando obran como litigantes pueden estar compelidos a prestar juramento (CGP, art. 206), lo que envuelve declaraciones de voluntad individual.

La declaración espontánea de la parte está relativamente libre de dificultades, pues aun cuando se trate de persona con discapacidad, ordinariamente la hace por medio de un abogado, en quien puede suponerse suficiente aptitud, habilidad y prudencia, como para estudiar detenidamente el contenido de la declaración y calcular sus consecuencias antes de hacerla.

Pero cuando la declaración que se exige es provocada por el juez o por el adversario, el litigante (parte o tercero) debe hacer su declaración personal-

mente y de viva voz, lo que exige en él un grado suficiente de preparación y de discernimiento que no siempre está presente en las personas con discapacidad. Y si la discapacidad compromete la memoria, el uso del lenguaje o la comprensión de las expresiones verbales, quizá plantee demasiadas dificultades para transmitir lo que desea declarar. Quizá con la compañía de un apoyo, la autoridad judicial pudiera aprovechar la interlocución con la persona, pero la ley no contempló la posibilidad de que el juez ofrezca dicho apoyo. Por lo tanto, la situación puede ser tortuosa y contribuir a la complejidad de la actividad judicial.

Mucho más problemática es la situación cuando en la declaración de parte va ínsita una confesión, pues el valor que a este medio de prueba le atribuye el ordenamiento procesal (CGP, art. 191, 196 y 197) se funda en la premisa de que sea consciente y libre, caracteres que pueden ponerse en entredicho si el declarante padece alguna discapacidad mental.

Un poco parecido es el caso de los testigos que padezcan alguna deficiencia para comunicarse o para comprender las consecuencias de sus actos, situación que tampoco permite el ofrecimiento de un apoyo que no se haya constituido por anticipado.

11. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LAS PRESUNCIONES DERIVADAS DE SU CONDUCTA PROCESAL

La legislación procesal contempla una buena cantidad de hipótesis en las que la conducta procesal del litigante acarrea graves consecuencias. Ejemplo de ello es la falta de contestación de la demanda (CGP, art. 97-1), la falta de alegación de la prescripción (CGP, art. 282-2), la falta de objeción del juramento estimatorio (CGP, art. 206-1), la renuencia a exhibir documentos (CGP, 267-1), la inasistencia a audiencias (CGP, arts. 205-1 y 372.4), la obstrucción de la inspección judicial o del examen del perito (CGP, arts. 238.2 y 233-2), la renuencia a contestar el interrogatorio de parte y el suministro de respuestas evasivas (CGP, art. 205-1).

Claro está que el legislador ha contemplado tales consecuencias a partir de la creencia de que la parte es consciente de lo indebido de su conducta procesal. Pero si se trata de una persona que padezca una discapacidad mental, el fundamento de la consecuencia desaparece y su aplicación puede percibirse arbitraria.

12. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL DESISTIMIENTO TÁCITO

A semejanza de lo expuesto en el acápite anterior, la ley interpreta como desistimiento tácito de la demanda la desobediencia del demandante al requerimiento que se le haya hecho para realizar el acto procesal o cumplir la carga procesal de cuya realización depende que el proceso pueda avanzar (CGP, art. 317). Por supuesto que la consecuencia está concebida como correlato de una deliberada conducta renuente de la parte, lo que exige que sea consciente de ello.

Si el litigante que ha sido requerido para que realice un acto o cumpla una carga es una persona con discapacidad, puede estar materialmente impedido para comprender las consecuencias de su renuencia. En esas circunstancias, puede parecer caprichosa e infundada la interpretación de la renuencia como un desistimiento tácito.

CONCLUSIÓN

Parece indiscutible que en esta época de la historia luce irracional otorgar una categoría inferior a las personas con discapacidad para privarlos de la autonomía inherente a la dignidad humana, por lo que la derogatoria del antiguo régimen es incuestionable. La adopción del enfoque social de la discapacidad es la respuesta adecuada a la evolución de los derechos humanos que se ha alcanzado en la época contemporánea, lo que obliga a repensar la consideración de las personas con discapacidad en el escenario del proceso judicial. Sin embargo, el avance que muestra el legislador colombiano en esa dirección es escaso, imprudente e incompleto, pues al tiempo que reconoce la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, las deja abandonadas a su suerte sin ofrecerles las herramientas apropiadas para ejercer esa capacidad a cabalidad y con la cautela que ello reclama. En estas circunstancias, urge que el legislador expida normas complementarias que contemplen, en forma precisa, los ajustes razonables que han de realizarse para facilitar el acceso de las personas con discapacidad a las actividades ordinarias de los humanos, que establezcan las suficientes salvaguardias que protejan de los abusos de todos los seres que componen el entorno y aseguren la disponibilidad de apoyos para facilitar el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.

VICISITUDES DE LA POSESIÓN MATERIAL EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO*

*Carlos Alberto Colmenares Uribe***

1. ALCANCE CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN A LA POSESIÓN MATERIAL EN COLOMBIA

En Colombia, la posesión material tradicionalmente ha sido un asunto regulado por el Código Civil[1] y estudiado principalmente por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, en 1989 la misma Corporación en el ejercicio de las funciones constitucionales que para dicho momento se le atribuían decidió declarar exequible el artículo 762 del Código Civil,

---

* Artículo inédito. El presente artículo de investigación e innovación hace parte de proyecto de investigación "INTEGRACIÒN DE DISPOSICIONES PROCESALES EN COLOMBIA: DESDE LOS ÁMBITOS ESPECIALES DE APLICACIÓN AL ÁMBITO ORDINARIO", adscrito al Grupo de Investigación en Derecho Procesal -GIDPRO- y al Grupo de Investigación en Derecho Público -GIDPU- de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

** Doctor en Derecho Cum Laudem de la Universidad de Salamanca, España. Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Abogado egresado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta Suman Cum Laudem. Profesor investigador en pregrado y posgrado, líder del Grupo de Investigación de Derecho Procesal -GIDPRO- de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Correo electrónico: carlosa.colmenaresu@unilibre.edu.co; colmenaco@yahoo.com

CvLAC: http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001025910

Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?user=zsb1XJAAAAAJ&hl=es

ORCiD: https://orcid.org/0000-0002-2972-2117

1 El artículo 762 del Código Civil entiende la figura de la posesión material como "… la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique

identificándose con ella una de las primeras intervenciones constitucionales sobre una materia que en principio era de exclusiva naturaleza civil o privada[2].

Desde la regulación de la figura objeto de estudio en el Código Civil, se puede identificar que la misma asume diversas modalidades, no siendo todas ellas protegidas por el derecho, así se tiene que la posesión puede ser: **i)** regular, entendida como aquella "… que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión"[3]; **ii)** irregular que se origina cuando la posesión carece de justo título (art. 765 C.C.); **iii)** viciosa (art. 771 C.C.), cuando se trata de posesiones violentas[4] o clandestinas[5], siendo estas últimas otros dos tipos de posesión. Adicionalmente, la posesión material desde su regulación en el Código Civil requiere que la misma sea ininterrumpida.

Ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, la figura de la posesión material empezó a ser comprendida en el marco de lo que se entiende por Estado Social de Derecho que "… se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social"[6].

serlo". Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html.

2 Esta declaratoria se realizó mediante: Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia 18 del 4 de mayo de 1989. M.P. Hernando Gómez Otálora. Referencia: Expediente número 1880. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/csj_sp_s18_0405_1989.html#1

3 Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Ibid.

4 "Artículo 772. Posesión violenta. Posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza. La fuerza puede ser actual o inminente". Ibidem.

5 "Artículo 774. Posesión violenta y clandestina… Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella". Ibidem.

6 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-566 del 30 de noviembre de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia: Expediente No. D-823. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-566-95.htm#:~:text=C%2D566%2D95%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20Estado%20social%20de%20derecho,y%20la%20adecuada%20integraci%C3%B3n%20social.

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, se pronunció en el año 1992 anunciando la posibilidad de considerar a la posesión como un derecho fundamental en tanto esta:

> Tiene conexión íntima con el derecho de propiedad, la cual constituye en opinión de esta Corte uno de los criterios específicos para la determinación de esa categoría jurídica abierta que es el derecho constitucional fundamental. La ontología y especificidad de la relación posesoria y sus consecuencias económicas y sociales son de tal relevancia en el seno de la comunidad y para el logro de sus altos fines, que esta Corte reconoce que la posesión tiene, igualmente, entidad autónoma de tales características y relevancia que ella es hoy, por sí sola, con todas sus consecuencias, un derecho constitucional fundamental de carácter económico y social[7].

Posición que se reitera en Sentencia T-078 de 1993, en la que se señala que la posesión "… tiene entidad autónoma de tales características y relevancia que ella es hoy considerada un derecho constitucional fundamental de carácter económico y social"[8].

Posteriormente, hacia el año 1995 la Corte Constitucional modifica su posición respecto de la naturaleza fundamental de la posesión, considerando ahora que la misma, no reviste tal calidad:

> El hecho de que una persona se comporte como señor y dueño de un bien sea o no de su propiedad, lo reconoce la ley colombiana como generador de consecuencias jurídicas y lo protege bajo la denominación de posesión; pero, no es uno de los derechos consagrados por el Constituyente de 1991 como fundamental[9].

Sin embargo, la Corte no desconoce que esta figura goza de la protección prevista para la propiedad privada en el artículo 58 de la Constitución

7 Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-494 del 12 de agosto de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Referencia: Expediente 1909. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1992/T-494-92.htm.

8 Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-078 del 26 de febrero de 1993. M.P. Jaime Sanin Greiffenstein. Referencia.: Expediente No. T-5212. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-078-93.htm.

9 Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-172 del 24 de abril de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Referencia: Expediente No. T-52357. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-172-95.htm.

Política, posición que a su vez se reiteró a través de Sentencia T-249 de 1998[10].

Es a partir del año 2015 donde la Corte Constitucional asume la postura según la cual, la posesión es un "hecho con consecuencias jurídicas"[11], tras considerar que esta perspectiva es más coherente con el ordenamiento jurídico, pues en criterio de la Corte, el artículo 762 del Código Civil[12] la reconoce como una situación fáctica, como un producto de la realidad que, aunque diferente de la propiedad, debe ser protegida por existir en ella un vínculo con el derecho de dominio (protegido este como se ha dicho, por el artículo 58 constitucional), pues se trata de un hecho que tiene consecuencias jurídicas necesarias para su protección por el ordenamiento jurídico[13].

En efecto, que la posesión se considere un hecho con consecuencias jurídicas implica que la misma se protege por el ordenamiento jurídico no sólo mediante la presunción de dominio derivada de la calidad de poseedor como se señala en el artículo 762 del Código Civil ("El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo"), sino también a través de diferentes mecanismos como los interdictos posesorios con los que se pretende la conservación y recuperación de la posesión.

La protección jurídica de la posesión, tal y como se ha señalado en relación con la prescripción, obedece a principios constitucionales, en particular: **i)** al reconocimiento de la propiedad privada, por su vínculo con el dominio; **ii)** a la protección de la función social de la propiedad (artículo 58, Constitución Política); y **iii)** responde a las necesidades sociales al atender a las

[10] "… cabe precisar que, en el presente asunto, existen otros medios de defensa judicial en lo concerniente a la restitución o reivindicación de la posesión pretendida, ya que además de que ésta no es materia de la acción de tutela, tampoco constituye un derecho fundamental objeto de amparo por esa vía, como ya lo estableció esta Corporación". Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-249 del 26 de mayo de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara. Referencia: Expediente T-154.312. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-249-98.htm#:~:text=La%20finalidad%20que%20persigue%20la,de%20las%20medidas%20de%20tutela.

[11] Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-750 del 10 de diciembre de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos. Referencia: expedientes D-10708 y 10748. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-750-15.htm.

[12] Reconoce la Corte Constitucional que el concepto de posesión material no se agota en el artículo 762 del Código Civil, sino que se extiende, entre otros, a los artículos 764, 778, 779 y 952. Ibidem.

[13] Ibidem.

realidades sobre las formas, razón por la que contribuye a la construcción de un orden justo[14].

Precisamente, la protección de la función social definida en el artículo 58 superior, respecto de las situaciones de explotación y la relación material de las personas con los bienes[15], permite afirmar que la posesión material encuentra, sin exagerar, una protección que resulta ser superior a la otorgada al derecho de dominio, con el cual como se ha dicho, tiene una íntima relación.

Esto puede verse en los asuntos de expropiación en los que concurren los titulares de derechos reales principales sobre los bienes como la propiedad, la herencia, el usufructo, el uso, la habitación, los acreedores hipotecarios y prendarios (entiéndase garantías mobiliarias) que aparezcan en el respectivo certificado de tradición, así como si estos bienes se encuentran comprometidos en un litigio (procesos con pretensiones de reivindicación, resolución de contrato, simulación, lesión enorme, vicios ocultos, entre otros), también los sujetos de las partes en el correspondiente proceso; igualmente, los tenedores cuyos contratos consten en escritura pública y el tercero poseedor que se oponga en la diligencia de entrega alegando precisamente posesión material, caso en el cual la entrega se efectuará, pero se advertirá al opositor que dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la diligencia podrá promover incidente para que se le reconozca su derecho.

Lo anterior, por cuanto frente a todos los sujetos de derecho que pueden concurrir al proceso con pretensión de expropiación[16], si el poseedor material

[14] Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-284 del 25 de agosto de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia: Expediente D-14040. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-284-21.htm.

[15] Esa relación material encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano un asunto de gran relevancia y actual discusión como lo son los bienes baldíos, al respecto puede consultarse: González Flórez, Flor Margoth. Presunción de inmuebles baldíos carentes de antecedentes registrales y de titulares de derechos reales. Revista Academia & Derecho. 2019. No. 18. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/6005.

[16] El artículo 399 del Código General del Proceso señala que "1. La demanda se dirigirá contra los titulares de derechos reales principales sobre los bienes y, si estos se encuentran en litigio, también contra todas las partes del respectivo proceso. Igualmente se dirigirá contra los tenedores cuyos contratos consten por escritura pública inscrita y contra los acreedores hipotecarios y prendarios que aparezcan en el certificado de registro". Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#1.

triunfa en el incidente que se abre a continuación de su oposición a la diligencia de entrega, se ordenará el avalúo de su derecho de posesión sobre el bien para determinar la indemnización que le corresponde, la que se le pagará de la suma consignada por el demandante (art. 399.11, CGP).

Otro escenario en el que se corrobora la afirmación sobre de la prevalencia o mayor protección que el ordenamiento jurídico desde el ámbito constitucional y legal otorga a la posesión respecto de la propiedad o derecho de dominio, se identifica en la oposición a la diligencia de secuestro, donde el derecho de dominio del demandado se avalúa, permitiendo ello el remate de tal derecho, pero no propiamente del bien, debiendo imperiosamente tener presente la posesión material que fue defendida por el opositor de forma que, también se determine el avalúo de la posesión. Valga resaltar que, de conformidad con lo previsto en el Código General del Proceso, la posesión material es susceptible de embargo, secuestro, avalúo y remate.

Por otra parte, si se trata de un poseedor material que se encuentra en un asentamiento humano ilegal[17] cuya posesión sea igual o mayor a diez (10) años, sin que el propietario legítimo o a falta de este sus herederos o terceros interesados hayan hecho uso de las instancias administrativas y judiciales o habiéndolas agotado, hasta la fecha no hayan podido adquirirlos, las entidades territoriales podrán obtener su propiedad a través de expropiación por vía administrativa, por motivos de utilidad pública e interés social como

[17] Estos asentamientos se han definido en el artículo 2º de la Ley 2044 de 2020 como: "Asentamiento humano ilegal precario: Se entiende por asentamiento humano ilegal precario el conformado por una vivienda o más, que presenta condiciones urbanísticas de desarrollo incompleto, en diferentes estados de consolidación, cuyas construcciones se encuentran ubicadas en predios públicos y/o privados sin contar con la aprobación del propietario y sin ningún tipo de legalidad, ni planificación urbanística.

Los asentamientos precarios se caracterizan por estar afectados total o parcialmente por: a) Integración incompleta e insuficiente a la estructura formal urbana y a sus redes de soporte, b) Eventual existencia de factores de riesgo mitigable, c) Entorno urbano con deficiencia en los principales atributos como vías, espacio público y otros equipamientos, d) Viviendas en condición de déficit cualitativo y con estructuras inadecuadas de construcción (vulnerabilidad estructural), e) Viviendas que carecen de una adecuada infraestructura de servicios públicos y de servicios sociales básicos, f) Condiciones de pobreza, exclusión social y eventualmente población víctima de desplazamiento forzado". Congreso de la República. Ley 2044 del 30 de julio de 2020. Por el cual se dictan normas para el saneamiento de predios ocupados por asentamientos humanos ilegales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 51.391 de 30 de julio de 2020. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2044_2020.html.

lo establece el artículo 58 de la Ley 388 de 1997[18], conforme lo dispone el artículo 8º de la Ley 2044 de 2020[19], el cual fue previamente declarado exequible a través de Sentencia C-085 de 2022[20].

Los motivos de utilidad pública a que se refiere la Ley 388 de 1997 (modificada por la Ley 2079 de 2021) que se adecuan a estos específicos casos corresponden a los previstos en los literales b) y c) de la norma, según los cuales:

> b) Desarrollo de proyectos de vivienda de interés social, incluyendo los de legalización de títulos en asentamientos humanos ilegales consolidados y asentamientos humanos precarios, en urbanizaciones de hecho o ilegales diferentes a las contempladas en el artículo 53 de la Ley 9 de 1989, la rehabilitación de inquilinatos y la reubicación de asentamientos humanos ubicados en sectores de alto riesgo, la legalización de asentamientos informales con mejoras o construcciones con destino habitacional y la declaratoria de espacio público sobre los predios o la parte de ellos que hayan sido destinados urbanísticamente para este fin;
>
> c) Ejecución de programas y proyectos de renovación urbana y provisión de espacios públicos urbanos[21].

Ahora bien, el fenómeno de la posesión material no es de exclusiva aplicación entre particulares, sino que también incide en el ámbito público, como ocurre, por ejemplo, cuando este hecho se convierte en un obstáculo insuperable para financiar o cofinanciar proyectos de inversión en los municipios,

[18] Congreso de la República. Ley 388 del 18 de julio de 1997. Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=339.

[19] "Artículo 8o. Obtención de la propiedad por motivos de utilidad pública e interés social. En los asentamientos humanos ilegales consolidados que se encuentren ubicados en predios de propiedad legítima a favor de particulares, cuya posesión sea igual o mayor de diez (10) años, sin que el propietario legítimo y a falta de este, sus herederos o terceros interesados hayan hecho uso de las instancias administrativas y judiciales o habiéndolas hecho hasta la fecha no hayan podido adquirirlos, el ente territorial podrá obtener su propiedad a través de expropiación por vía administrativa, por motivos de utilidad pública e interés social como lo establece el artículo 58 de la Ley 388 de 1997". Congreso de la República. Ley 2044 del 30 de julio de 2020. Ibid.

[20] Corte Constitucional. Comunicado de prensa No. 07 del 9 y 10 de marzo de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. Expediente No. D-14216. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20No.%2007%20-%20Marzo%209%20y%2010%20de%202022.pdf.

[21] Congreso de la República. Ley 388 del 18 de julio de 1997. Ibid.

en tanto que, para ello, se les exige prueba de la propiedad de los bienes, lo cual sólo es posible con la satisfacción del título y el modo, lo que llevó a que a través de la Ley 2140 de 2021[22] se modificara el inciso 7º del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012[23], con la finalidad de que se establezca el procedimiento de acreditación de la posesión de los bienes y su destinación al uso público o a la prestación de un servicio público.

Entonces, en los casos en los que las entidades nacionales, departamentales o de cualquier orden exigen como requisito para financiar o cofinanciar proyectos de inversión con los municipios, prueba de la propiedad de los bienes que van a ser objeto de intervención, bastará con que estas acrediten la posesión del bien y su destinación al uso público o a la prestación de un servicio público por parte de la entidad territorial o de la comunidad a través de junta de acción comunal, mientras no exista oposición de un tercero.

La posesión se asocia a la dominación de hecho que ejerce una persona sobre un objeto, posesión que, en caso de ser ejercida por el Estado:

> … no puede asimilarse a la que ejerce una persona particular, natural, jurídica o patrimonio autónomo, para su propio beneficio, puesto que esta pretende la adjudicación exclusiva, en tanto que la del Estado busca la satisfacción de un interés general y la utilidad pública[24].

El mecanismo para acreditar la posesión y el uso público se materializa con un acto administrativo debidamente motivado, que podrá ser expedido por el alcalde o personero municipal y que deberá hacer constar que hay posesión por parte del municipio o de la comunidad, que se cumplen los hechos positivos a los que alude el artículo 981 del Código Civil[25], una destinación de uso público y que no exista oposición de un tercero.

[22] Congreso de la República. Ley 2140 del 10 de agosto de 2021. Por la cual se modifica el artículo 48 de la Ley 1551 de 2012 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 51.762 de 10 de agosto de 2021. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2140_2021.html.

[23] Congreso de la República. Ley 1551 del 6 de julio de 2012. Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. Diario Oficial No. 48.483 de 6 de julio de 2012. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1551_2012.html.

[24] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de agosto de 1957.

[25] "Artículo 981. Prueba de la posesión del suelo. Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa

Por último, con la Ley 2079 de 2021, se garantiza a los poseedores materiales la utilización del suelo y habilitalidad ajustada a la función social y ecológica de la propiedad, permitiendo hacer efectivos los derechos constitucionales a la vivienda y a los servicios públicos domiciliarios, al reconocer la política de vivienda y hábitat como política de Estado, en tanto que esto "… representa el entendimiento de la sociedad sobre la importancia que tiene la vivienda y el hábitat de calidad como motor de superación de la pobreza multidimensional y de dignificación de los colombianos"[26].

Así mismo, esta ley consagra el deber de los alcaldes municipales y distritales de asignar mediante acto administrativo en las oficinas de planeación municipal o distrital o en las entidades del nivel central o descentralizado de la rama ejecutiva del municipio o distrito, la competencia para conocer las solicitudes de reconocimiento de edificaciones de las viviendas de interés social y usos complementarios que se ubiquen en asentamientos que hayan sido objeto de legalización urbanística, esta competencia también podrá ser otorgada a los curadores urbanos, trámites que deberán ser adelantados sin costo para el solicitante[27].

De igual forma, teniendo en cuenta la desigualdad social entre propietario y poseedores se veía marcada en los proyectos de vivienda de interés social, por lo que el artículo 31 de la referida norma señala como motivo de utilidad pública:

b) Desarrollo de proyectos de vivienda de interés social, incluyendo los de legalización de títulos en asentamientos humanos ilegales consolidados y asentamientos humanos precarios, en urbanizaciones de hecho o ilegales diferentes a las contempladas en el artículo 53 de la Ley 9 de 1989, la rehabilitación de inquilinatos y la reubicación de asentamientos humanos ubicados en sectores de alto riesgo, la legalización de asentamientos informales con mejoras o construcciones con destino habitacional y la declaratoria de espacio público sobre los predios o la parte de ellos que hayan sido destinados urbanísticamente para este fin…[28].

la posesión". Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Ibid.

[26] Congreso de la República. Ley 2079 del 14 de enero de 2021. Por medio de la cual se dictan disposiciones en materia de vivienda y hábitat. Diario Oficial No. 51.557 de 14 de enero de 2021. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2079_2021.html.

[27] Artículo 30. Ibidem.

[28] Artículo 31. Ibídem.

La desigualdad social entre propietario y poseedores se veía marcada en los proyectos de vivienda de interés social, razón por la cual hoy se incluyen con la Ley 2044 de 2020[29], los proyectos de legalización de títulos en asentamientos humanos ilegales consolidados y asentamientos humanos precarios, en urbanizaciones de hecho o ilegales diferentes a las contempladas en el artículo 53 de la Ley 9 de 1989, la rehabilitación de inquilinatos y la reubicación de asentamientos humanos ubicados en sectores de alto riesgo, la legalización de asentamientos informales con mejoras o construcciones con destino habitacional y la declaratoria de espacio público sobre los predios o la parte de ellos que hayan sido destinados urbanísticamente para este fin.

Los renglones precedentes encuentran eco en Zagrebelky, señalando que el derecho dúctil es una propuesta pacífica y democrática: "Las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma"[30].

2. LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES PARA LA DEFENSA DE LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Haciendo un recorrido por el Código General del Proceso, cuyo objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, la posesión material puede defenderse de manera concreta en asuntos como los siguientes: la oposición a la entrega de bienes en virtud de sentencia judicial[31], oposición al secuestro de bienes, con la advertencia que se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en relación con la diligencia de entrega (art. 596), como demandante pretendiendo la declaración de pertenencia de bienes privados[32], como litisconsortes de la respectiva parte en el proceso de servidumbre siempre y cuando se presente a la diligencia de

[29] Congreso de la República. Ley 2044 del 30 de julio de 2020. Ibid.

[30] Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho Dúctil. 2011. Buenos Aires: Editorial Trotta. Décima Edición, p. 13.

[31] El artículo 309 del Código General del Proceso señala que "las oposiciones a la entrega se someterán cuando" … el juez rechace de plano la oposición a la entrega formulada por persona contra quien produzca efectos la sentencia, o por quien sea tenedor a nombre de aquella". Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Ibid.

[32] "Articulo 375. Declaración de Pertenencia. En las demandas sobre declaración de pertenencia de bienes privados, salvo norma especial, se aplicará la siguiente regla

inspección[33], como parte en el proceso posesorio[34], formulando oposición sobre la cosa expropiada, sin que impida la entrega inmediata a la entidad demandante, siendo advertido el poseedor opositor que dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la diligencia, termino durante el que podrá promover incidente para que se le reconozca su derecho[35], en su condición de demandante o demandado en el proceso de deslinde y amojonamiento[36].

En los procesos de servidumbre, posesorios y deslinde y amojonamiento se exige acreditar que la posesión material se ha ejercido por más de un (1) año, en los otros casos, las disposiciones normativas sólo refieren la posesión sin indicar termino alguno, no obstante, si se analiza la figura de la posesión material desde sus elementos sustanciales, se tiene que la conforman no sólo el animus y el corpus, sino que también el tiempo constituye un elemento esencial para su configuración.

"… la declaración de pertenencia podrá ser pedida por todo aquel que pretenda haber adquirido el bien por prescripción. Ibidem.

[33] "Articulo 376. Servidumbres. En los procesos sobre servidumbres se deberá citar a las personas que tenga derechos reales sobre los predios dominante y sirviente, de acuerdo con el certificado del registrador de instrumentos públicos que se acompañará a la demanda Igualmente se deberá acompañar el dictamen sobre la constitución, variación o extinción de la servidumbre. Así mismo, no se podrá decretar la imposición, variación o extinción de una servidumbre, sin haber practicado inspección judicial sobre los inmuebles materia de la demanda, a fin de verificar los hechos que le sirven de fundamento. Ibidem.

[34] "Articulo 377. Posesorios. En los procesos posesorios…" cuando la sentencia ordene cesar la perturbación o dar seguridad contra un temor fundado, o prohíba la ejecución de una obra o de un hecho, el juez conminará al demandado a pagar de dos (2) a diez (10) salarios mínimos mensuales a favor del demandante, por cada acto de contravención en que incurra. Ibidem.

[35] "Articulo 399. Expropiación. El proceso de expropiación procede …" Cuando en el acto de la diligencia de entrega se oponga un tercero que alegue posesión material o derecho de retención sobre la cosa expropiada, la entrega se efectuará, pero se advertirá al opositor que dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la diligencia podrá promover incidente para que se le reconozca su derecho. Si el incidente se resuelve a favor del opositor, en el auto que lo decida se ordenará un avalúo para establecer la indemnización que le corresponde, la que se le pagará de la suma consignada por el demandante. El auto que resuelve el incidente será apelable en el efecto diferido. Ibidem.

[36] "Artículo 400. Deslinde y Amojonamiento. Pueden demandar el deslinde y amojonamiento el propietario pleno, el nudo propietario, el usufructuario y el comunero del bien que se pretenda deslindar, y el poseedor material con más de un (1) años de posesión. Ibidem.

El artículo 762 del Código Civil señalada que "La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño"[37] de aquí se desprenden sus dos elementos esenciales: el corpus y el animus. El corpus es el cuerpo de la posesión, esto es el elemento material, objetivo, los hechos físicamente considerados con que se manifiesta la subordinación en que una cosa se encuentra respecto del hombre; el animus, por su parte, es el elemento interno o subjetivo, que se concreta en comportarse "como señor y dueño" del bien cuya propiedad se pretende.

Pese a que expresamente no lo contempla así el artículo 762 del Código Civil al definir la posesión, lo cierto es que del análisis de esta figura en su integridad y de las normas que en este Código la regulan, es posible determinar que para la defensa de la posesión no es suficiente el animus y el corpus, sino que se requiere de un elemento adicional que es el tiempo, más aún si se tiene en cuenta que, por ejemplo, la posibilidad de adquirir el dominio de un bien a partir del ejercicio de la posesión material exige expresamente el cumplimiento de un término.

Desde las civilizaciones más antiguas de las que se tenga noticia, el tiempo ha jugado un papel fundamental, puede verse como los egipcios hace alrededor de 5.000 años ya tenían un calendario de 12 meses y 30 días, para un total de 360 días cada año, encontrándose con el problema de que la crecida anual del rio Nilo, de la que dependían sus cosechas, se adelantaba unos días cada año, por lo que si este error persistía estarían perdiendo al cabo de 1.460 años, un año entero, por lo que se dedicaron a identificar cuál era la falla y hallaron respuesta -al menos parcial- a este problema con el descubrimiento (que ocurrió incluso antes de las conocidas pirámides) del año solar de 365 días, aunque este no poseía la precisión requerida en atención a que la tierra se tarde tan sólo unas horas más en dar completamente la vuelta al sol: 365 días, 6 horas, 9 minutos y 9,76 segundos para ser exactos, por lo que decidieron a través del Decreto de Canopo del año 238 a.C., intercalar un día más cada cuatro años, creando con ello lo que denominarían posteriormente los romanos (quienes le acuñaron el nombre de "juliano" al calendario) y como se conoce hasta hoy (con el calendario gregoriano, en honor al papa Gregorio XIII), los años "bisiestos"[38].

Lo mismo ha ocurrido con las horas en que se divide el día, en principio sólo se hacía referencia al día, la noche, el medio día, el alba o el ocaso, pero con la

[37] Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Ibid.

[38] Ortega, Virgilio. Palabralogía. 2014. Barcelona: Editorial Planeta S.A. pp. 16-18. Disponible en: www.ed-critica.es.

invención de los relojes, se pudo empezar a dividir el día en horas, desde hace más de 3.500 años en tiempos de Tutmosis III en el antiguo Egipto, se usaba un reloj solar portátil denominado "shesat" en honor a la diosa del cómputo del tiempo; luego se inventaron los relojes de agua denominados "clepsidras" que en el antiguo Egipto consistían en unas vasijas de barro llenas de agua con un orificio en la base que trasvasaban el agua, ejerciendo una función similar a la del reloj de arena[39], hasta hoy donde se utilizan relojes atómicos que para pueden mantener el tiempo sin perder ni ganar ningún segundo durante 15 millones de años, siendo el reloj más preciso del que se tenga conocimiento[40].

Una norma basta para robustecer lo que significa el tiempo y su importancia con la posesión, el artículo 81 de la Ley 1801 de 2016 reza:

> Cuando se ejecuten acciones con las cuales se pretenda o inicie la perturbación de bienes inmuebles sean estos de uso público o privado ocupándolos por vías de hecho, la Policía Nacional lo impedirá o expulsará a los responsables de ella, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la ocupación[41].

Si a esa misma persona que ingresó al inmueble concretando el corpus y animus, puede sucederle que por descuido o negligencia del propietario o poseedor deje transcurrir más de cuatro meses, siendo imposible obtener tutela efectiva con el proceso policivo por la sencilla pero potísima razón que le operó la caducidad, toda vez que la Ley 1801 de 2016, en su artículo 80 Parágrafo único preceptúa "La acción policial de protección a la posesión, la mera tenencia y servidumbres de los inmuebles de los particulares, caducará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la perturbación por ocupación ilegal"[42].

De manera que, vencido las 48 horas y los cuatro meses señalados en los acápites anteriores, no queda otra alternativa que iniciar el proceso posesorio regulado expresamente en el artículo 772 del Código Civil, con la advertencia

[39] Ibidem

[40] Román, Víctor & Agencia N+1. "Nuevo reloj atómico es tan exacto que puede detectar las ondas gravitacionales". 2018. Bogotá D.C.: Periódico El Espectador. Disponible en: https://www.elespectador.com/noticias/ciencia/nuevo-reloj-atomico-es-tan-exacto-que-puede-detectar-las-ondas-gravitacionales-articulo-826506.

[41] Congreso de la República. Ley 1801 de 29 julio de 2016. Por el cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. Disponible: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1801_2016.html

[42] Ibidem.

de que el demandante tendrá un año completo para recuperarla, "contado desde que el poseedor anterior la ha perdido"[43]. Lo anterior con la salvedad que la prescripción es renunciable, pero si quien tiene el corpus y el ánimo, alega la prescripción extintiva, no queda otra alternativa que el único y solamente único proceso será un reivindicatorio.

Entonces, cuando se exige un año para defender la posesión en los casos de los procesos de servidumbres, posesorios y deslinde y amojonamiento no cabe duda que uno de los presupuestos fue precisamente el artículo 974 del Código Civil, según el cual "No podrá instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo"[44].

Para la defensa de la posesión deben concurrir mínimo tres elementos: animus, corpus y un año completo de posesión como regla general, la cual debe aplicarse sin duda alguna al poseedor opositor en el proceso de expropiación consagrado en el artículo 399 del Código General del Proceso, cuando acude al momento de la entrega anticipada o definitiva del bien o dentro de los veinte días siguientes si no estuvo presente en dicha diligencia[45], caso que como ya se indicó no impide la entrega pero permite la reclamación del derecho mediante incidente, haciendo claridad que jamás el total del precio consignado por el demandante puede ser completamente para el poseedor por la sencilla pero poderosa razón que así el poseedor material que pruebe más de diez años de posesión con la presunción de dueño que consagra el inciso 2º del artículo 762 del Código Civil, en el proceso sigue latente el derecho de dominio de quien fue citado como parte en el proceso por ser un derecho real principal, siendo el derecho de dominio cuando concurre con la posesión material objeto de avalúo como lo dispone el numeral 3º del artículo 596 del Código General del proceso, pero la razón más lógica es que cuando el poseedor conquisto el corpus, ese objeto en el mundo económico tenía una representación, que mínimo puede obedecer al avalúo catastral, pero la justicia invita a que sea un avalúo real, permitiéndose avaluar la posesión material y el derecho de dominio.

[43] El Artículo 976 del Código Civil entiende los plazos de prescripción como "las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, las cuales prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella. Las que tienen por objeto recuperarla expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido". Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Ibid.

[44] Ibidem.

[45] Este término no esta previsto expresamente en el art. 399, pero por integración del art. 309 se considera que son veinte días.

Ahora bien, la conjugación de los tres elementos estructurales para la defensa de la posesión cuando se trata de oposición a la entrega de bienes y al secuestro de bienes, debe por integración de todo lo ya expuesto, tener el poseedor un tiempo mínimo de un año, pero en últimas se puede tener como tiempo necesario los cuatro meses que coinciden con la caducidad que tiene el sujeto interesado con recuperar la posesión.

Véase con un ejemplo sencillo lo que sucede en Colombia con la oposición a la diligencia de secuestro en un proceso hipotecario. Una constructora termina en el año 2019 una urbanización y vende todos sus inmuebles, constituyéndose hipoteca por el 70% sobre el precio del bien de todos esos inmuebles a favor de un banco[46], como suele suceder en la realidad social. En el año 2022 en el mes de enero el banco inicia el proceso hipotecario contra el titular del Derecho de dominio, logrando la inscripción del embargo. El deudor que sigue siendo el propietario en el mes de febrero de 2022, abandona el inmueble ante la angustia que el banco no lo acepto en dación en pago. Un vecino comprobando que el inmueble fue abandonado, lo ocupa, el día primero de marzo de 2022, haciendo un acuerdo de pago con las Entidades prestadoras de servicios públicos y el condominio. Esa persona que ingreso al inmueble el primero de marzo de 2022 no reconoce dominio ajeno y estableció su hogar, por ello, siguiendo la teoría de la posesión, indiscutiblemente tiene el corpus y el animus.

Para encontrarle vida al ejemplo anterior y comprender la parte teórica y la realidad social, el juez del conocimiento practica personalmente la diligencia de secuestro el día 27 de junio de 2022, debiendo atender la oposición del tercero que alega posesión material y la acredita con testimonios rendidos ante un notario, aunado a ello, robustece con los documentos que acreditan los acuerdos que ha logrado respecto a los servicios públicos y el condominio. No hay duda alguna de que el juez está convencido que los elementos de la posesión solamente son el corpus y el animus, y por ende le acepte la oposición, la cual de ninguna manera puede afectar el trámite del proceso, pero si el remate, toda vez que siempre que se levante el secuestro por estas consecuencias que corresponden a la señalada en el artículo 468 numeral 3ª del Código General del Proceso según el cual:

> El secuestro de los bienes inmuebles no será necesario para ordenar seguir adelante la ejecución, pero sí para practicar el avalúo y señalar

[46] En la practica los compradores pagan el 30% al constructor y obtienen un prestamos por el saldo, esto es el 70%, garantizado con hipoteca sobre todo el inmueble.

> la fecha del remate. Cuando no se pueda efectuar el secuestro por oposición de poseedor, o se levante por el mismo motivo, se aplicará lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 596, sin que sea necesario reformar la demanda[47].

Así mismo, el numeral 3º del artículo 596 de la señalada norma procesal, en la que se dispone:

> El numeral 3º del artículo 596 ibidem, que reza: "Persecución de derechos sobre el bien cuyo secuestro se levanta. Levantado el secuestro de bienes muebles no sujetos a registro quedará insubsistente el embargo. Si se trata de bienes sujetos a aquel embargados en proceso de ejecución, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del auto favorable al opositor, que levante el secuestro, o se abstenga de practicarlo en razón de la oposición, podrá el interesado expresar que insiste en perseguir los derechos que tenga el demandado en ellos, caso en el cual se practicará el correspondiente avalúo; de lo contrario se levantará el embargo[48].

La prosperidad de la oposición levantando el secuestro de forma definitiva siempre que la parte demandante insista en perseguir el derecho de dominio del demandado, el paso siguiente es el avalúo del derecho y su posterior remate.

¿Con el ejercicio planteado se puede inferir que estamos frente a un opositor que tiene una posesión material inferior a cuatro meses, lo cual nos invita a pensar que sucede con las personas que tienen posesión material inferior a cuatro meses? Una respuesta es que la regla general para amparar la posesión es de un año, pero todo poseedor que sea violentamente despojando y no pudiere iniciar acción posesoria por no haber poseído bastante tiempo conforme lo dispone expresamente el art. 984 del Código Civil, tendrá derecho para que se reestablezcan las cosas al estado anterior, es decir, la acción policiva ya mencionada, la cual tiene caducidad.

Lo anterior es una reflexión frente a la realidad social, por ello, el interrogatorio hace parte de la estructura no solamente del proceso declarativo si no de la oposición[49], siendo obligatorio para el juez practicar el interrogatorio

[47] Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Ibid.

[48] Ibidem.

[49] Sobre la declaración de parte y el interrogatorio de parte puede verse: Jiménez Escalante, Jessica Tatiana & Sanabria Villamizar, Ronald Sanabria. La declaración de

del opositor, si estuviere presente, pero si la oposición la hizo por intermedio de apoderado se debe señalar fecha y hora para que comparezca al juzgado a absolverlo[50] con la consecuencia de que si el citado no comparece se tendrá por cierto que el opositor no es poseedor[51].

Todo lo anterior permite sostener que, de cara a la posesión material, no es suficiente acreditar el animus y el corpus, sino que resulta imperioso el elemento temporal para determinar si se goza o no de protección por vía judicial.

3. LA GARANTÍA DE LA POSESIÓN FRENTE AL CRÉDITO

Actualmente es posible sostener que la posesión puede constituir una garantía frente al crédito, lo cual, a su vez, permite considerar que el poseedor no solamente cuenta con instrumentos procesales para la defensa de la posesión y para que, cumplidos los requisitos legalmente exigidos pueda pretender el dominio del bien, sino que puede acceder al crédito, siendo esto posible desde la expedición del Código General del Proceso (bien llamado por algunos como Código Social del Proceso), en el que se permite su embargo, secuestro, avalúo y remate. Esto como resultado del análisis y propósito emprendido desde hace casi dos décadas para la creación a través de este instrumento procesal de alternativas para dotar a Colombia de un proceso realmente efectivo, accesible, rápido, moderno y económico, características imprescindibles para garantizar el debido proceso como presupuesto para la garantía del bienestar, la equidad, la armonía social y la paz.

parte como medio de prueba en el derecho procesal civil iberoamericano. Aportes para su estudio en el código general del proceso colombiano. Revista Academia & Derecho. 2018. No. 16. Págs. 67-102. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/5979.

[50] Artículo 198. Interrogatorio de partes." ... Si se trata de terceros que no estuvieron presentes en la diligencia y se opusieron por intermedio de apoderado, el auto que lo decrete quedará notificado en estrados, no admitirá recurso, y en él se ordenará que las personas que deben absolverlo comparezcan al juzgado en el día y la hora señalados; la diligencia solo se suspenderá una vez que se hayan practicado las demás pruebas que fueren procedentes". Ibidem.

[51] Artículo 198 "… Practicado el interrogatorio o frustrado este por la no comparecencia del citado se reanudará la diligencia; en el segundo caso se tendrá por cierto que el opositor no es poseedor". Ibidem.

El fundamento que permite concebir a la posesión como garantía del crédito se identifica a partir de la posibilidad de su embargo, como medida cautelar nominada y decretada por excelencia en el proceso ejecutivo, destinado –precisamente– a las relaciones de crédito, siendo esta garantía aplicable tanto a personas naturales como, por ejemplo, a entidades bancarias, tal como ocurre en Colombia con el Banco Agrario que extendió el crédito al sector rural, utilizando como soporte para su otorgamiento la certificación de sana posesión[52].

La posibilidad de otorgar crédito a poseedores materiales hace necesario el estudio y consideración de la denominada "hipoteca popular" instituida en Perú en el primer gobierno de Alan García a través del Decreto Legislativo 495 del 15 de noviembre de 1988[53], esta hipoteca pretendió dar crédito a los pueblos jóvenes, es decir a las personas que invadían los terrenos del Estado o de privados, ellos entraban en posesión de los terrenos desocupados por sus dueños y se comportaban como ellos construyendo viviendas, colegios y zonas de actividades deportivas, lo que es similar a lo ocurrido en Colombia con los asentamientos humanos hoy regulados por la Ley 2044 de 2020 para el saneamiento de predios ocupados por asentamientos humanos ilegales[54].

La posesión material según las exigencias impuestas por el Decreto Legislativo 495 de 1998, tenía que ser inscrita en el registro predial de pueblos jóvenes y urbanizaciones populares para poder ser objetos hipotecables, con esto, el Estado intentó formalizar a los "invasores" para otorgarle mayor seguridad jurídica a estos bienes y así lograr incrementar las inversiones en viviendas.

Esta hipoteca popular estuvo vigente desde la expedición del decreto y hasta el mes de diciembre de 1998 cuando el presidente de aquella época Alberto Fujimori a través de la Ley 17046 lo derogó[55].

[52] Al respecto puede consultarse: Colmenares Uribe, Carlos. Las medidas cautelares, la posesión material en el Código General del Proceso. 2022. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pp. 122-136.

[53] Perú, Consejo de Ministros. Decreto Legislativo 495 del 15 de noviembre de 1988. Crea el registro predial de los pueblos jóvenes y urbanizaciones populares. Hipoteca popular y seguro de crédito. Disponible en: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00495.pdf.

[54] Congreso de la República. Ley 2044 de 2020. Ibid.

[55] Específicamente los incisos a) y b), segundo y tercer párrafo del artículo 8º, artículos 9º, 10º, 13º, 17º, 18º, 19º y 20º referidos a la inscripción de derechos de posesión en el Registro Predial Urbano; así como los artículos 26º, 27º, 28º, 29º, 30º y 31º referidos a

Este modelo de hipoteca merece ser estudiado y si es conveniente bien venido a nuestro sistema jurídico y siendo aplicado no sólo por el Banco Agrario, sino por todas las entidades financieras sin excepción alguna.

Es necesario destacar que antiguamente en Colombia se embargaban los efectos de la posesión, pero no la posesión material la cual fue regulada en el artículo 593 numeral 3º del Código General del Proceso[56], que al ser susceptible de embargo implica lógicamente que puede ser objeto de garantía frente al crédito.

Precisamente, el artículo 2488 del Código Civil, prescribe que "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677"[57]. En tratándose de la posesión que es susceptible de prescripción, que es el reconocimiento de la presunción de la propiedad por su vínculo con el dominio, gozando de la protección de la función social definida en el artículo 58 de la Carta Política, en tanto ampara las situaciones de explotación y la relación material de las personas con los bienes.

Tradicionalmente se ha considerado que la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles y quien puede otorgarla es el sujeto que ostenta la calidad de propietario, tanto en la hipoteca popular de Perú como en la posibilidad de otorgar créditos a poseedores en Colombia, el objeto de este contrato de garantía ya no es un bien inmueble y el titular tampoco corresponde al titular del derecho de dominio sobre este, sino que recae sobre la posesión material como un hecho con efectos jurídicos que pesa sobre el inmueble y la propiedad de las construcciones hechas por ese poseedor, quien no posee la calidad de propietario del bien.

En suma, en la actualidad la posesión material además de ser protegida constituye una verdadera garantía frente al crédito, aliviando a la gran mayoría de colombianos, que en una buena proporción son verdaderos y auténticos poseedores materiales.

la Hipoteca Popular o Posesoria y los artículos 38º, 39º, 40º, 41º, 42º y 43º relativos a la Ejecución Judicial de la Hipoteca.

[56] "Artículo 593. Embargos. Para efectuar embargos se procederá así (…) 3. El de bienes muebles no sujetos a registro y el de la posesión sobre bienes muebles o inmuebles se consumará mediante el secuestro de estos, excepto en los casos contemplados en los numerales siguientes". Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Ibid.

[57] Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Ibid.

4. REGLAS COMUNES PARA LA OPOSICIÓN A LA ENTREGA DE BIENES Y SECUESTRO DE BIENES.

Por remisión expresa del artículo 596 numeral 2º del Código General del Proceso las oposiciones formuladas en la diligencia de secuestro se aplicarán en lo pertinente lo dispuesto en relación con la diligencia de entrega. Al descender al artículo 309 ibidem, esas reglas comunes para las oposiciones son las siguientes:

1. Solo podrá oponerse directamente el poseedor o tenedor que derive sus derechos de ese poseedor, es decir, que no sea parte en ese proceso, que se trate de un tercero en cuyo poder se encuentra el bien, si en cualquier forma alega hechos constitutivos de posesión, presentando prueba siquiera sumaria que los demuestre.
2. El opositor además de la prueba no controvertida puede solicitar testimonios de personas que concurran a la diligencia, relacionados con la posesión.
3. El opositor y el interesado en la entrega podrán solicitar testimonios de personas que concurran a la diligencia, relacionados con la posesión. El juez agregará al expediente los documentos que se aduzcan, siempre que se relacionen con la posesión, y practicará el interrogatorio del opositor, si estuviere presente, y las demás pruebas que estime necesarias.
4. Cuando la oposición se formule por el tenedor a nombre del poseedor, deberá obligatoriamente aducir prueba siquiera sumaria de su tenencia y de la posesión del tercero. En este caso, el tenedor será interrogado bajo juramento sobre los hechos constitutivos de su tenencia, de la posesión alegada y los lugares de habitación y de trabajo del supuesto poseedor. Pero además el juez le ordenará al opositor tenedor comunicarle al poseedor material para que comparezca a ratificar su actuación. Si no lo hace dentro de los cinco (5) días siguientes quedará sin efecto la oposición y se procederá a la entrega sin atender más oposiciones.
5. Cuando la diligencia se efectúe en varios días, solo se atenderán las oposiciones que se formulen el día en que el juez identifique el sector del inmueble o los bienes muebles a que se refieran las oposiciones. Al mismo tiempo se hará la identificación de las personas que ocupen el inmueble o el correspondiente sector, si fuere el caso.
6. Formulada la oposición en el momento de la práctica de la diligencia de entrega o secuestro de bienes, el juez agregará a la actuación judicial, los

documentos que se aduzcan, siempre que se relacionen con la posesión, y practicará el interrogatorio del opositor, si estuviere presente, y las demás pruebas que estime necesarias.

7. Si la oposición fue formulada por apoderado, lo cual indica la posibilidad de interrogar al opositor, el Juez deberá señalar fecha y hora para que el opositor absuelva el interrogatorio de parte, con el riesgo que si el opositor no comparece se tendrá por cierto que el opositor no es poseedor.
8. Si se admite la oposición y en el acto de la diligencia el interesado insiste expresamente en la entrega, el bien se dejará al opositor en calidad de secuestre, pero si la oposición se admite solo respecto de alguno de los bienes o de parte de estos, se llevará a cabo la entrega de lo demás.
9. Cuando la diligencia haya sido practicada por el juez de conocimiento y quien solicitó la entrega haya insistido, este y el opositor, dentro de los cinco (5) días siguientes, podrán solicitar pruebas que se relacionen con la oposición. Vencido dicho término, el juez convocará a audiencia en la que practicará las pruebas y resolverá lo que corresponda.
10. Si la diligencia se practicó por comisionado y la oposición se refiere a todos los bienes objeto de ella, se remitirá inmediatamente el despacho al comitente, y el término previsto en el numeral anterior se contará a partir de la notificación del auto que ordena agregar al expediente el despacho comisorio. Si la oposición fuere parcial la remisión del despacho se hará cuando termine la diligencia. Respecto a la oposición sobre todo los bienes, el comisionado deberá atender la oposición, sin devolver el despacho comisorio, lo cual implica que está haciendo una interpretación equivocada, que desconocer la delegación de competencia, partiendo del presupuesto que el comisionado es un juez, por ello no podrá devolver es despacho comisorio, porque implicaría que quien debe resolver es el comitente. Por el contrario, formulada la oposición, si se admite, en el mismo acto de la diligencia, el interesado debe insistir expresamente en la entrega o en el secuestro, caso en el cual, el bien se deja al opositor en calidad de secuestre[58].

[58] Artículo 309. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Ibid.

5. DIFERENCIAS ENTRE LA OPOSICIÓN A LA ENTREGA DE BIENES Y SECUESTRO DE BIENES CUANDO EL TERCERO NO ESTUVO PRESENTE EN LA DILIGENCIA O ESTANDO NO FUE REPRESENTADO POR APODERADO JUDICIAL.

La regulación de la oposición a la diligencia de entrega de bienes y la de secuestro, aunque coincidente en muchos aspectos, no lo es en algunos otros:

1. Aunque en los dos casos los opositores cuentan con 20 o 5 días según corresponda (serán 20 días para quien no estuvo presente en la diligencia y 5 días para quien, habiendo concurrido a la misma, no fue representado por apoderado judicial) para solicitar la declaración o reconocimiento de su calidad de poseedores materiales, difiere el momento a partir del cual dicho término empieza a contabilizarse. Así, en la diligencia de entrega de bienes el término corre desde el día siguiente a la diligencia, mientras que, para el secuestro, existen dos opciones: i) si es practicada la diligencia directamente por el juez, se aplicará de la misma forma que para la de entrega de bienes o ii) si se practica a través de comisionado (que es lo usual), empezará a correr después de que se notifique el auto que ordena agregar el despacho comisorio al expediente[59].
2. Para poder solicitar al juez la restitución de la posesión en la diligencia de entrega, el tercero deberá prestar caución dentro del término señalado por el despacho antes de citar a audiencia[60], requisito que no es necesario frente a la oposición presentada en la diligencia de secuestro.
3. Para hacer efectiva la oposición, en tratándose de la diligencia de entrega de bienes, el tercero deberá presentar solicitud al juez que la practicó y este decidirá sobre la prosperidad de la oposición a través de audiencia en la que practicará las pruebas que considere necesarias y resolverá[61], mientras que, para la oposición al secuestro, la solicitud presentada por el tercero será tramitada como incidente[62].

[59] Artículos 309 parágrafo y 597.8. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Ibid.

[60] Artículo 309. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Ibid.

[61] Artículo 309. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Ibid.

[62] Artículo 597.8. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Ibid.

6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PROSPERIDAD DEFINITIVA DE LA POSESIÓN MATERIAL EN LA ENTREGA DE BIENES Y SECUESTRO DE BIENES.

Cuando se trata de entrega de bienes, si la decisión es favorable al opositor y queda debidamente ejecutoriada, partiendo del hecho cierto y serio de haberse presentado insistencia a la entrega o recurso de reposición que no prospero con la providencia que inicialmente aceptó la oposición formulada en audiencia, se levantará el secuestro, a menos que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del auto que decida la oposición o del que ordene obedecer lo resuelto por el superior, el demandante presente prueba de haber promovido contra dicho tercero el proceso a que hubiere lugar, en cuyo caso el secuestro continuará vigente hasta la terminación de dicho proceso. Copia de la diligencia de secuestro se remitirá al juez de aquel[63].

Es importante precisar que el proceso al cual se refiere la norma puede ser un posesorio si está dentro de la oportunidad prevista en el artículo 976 del Código Civil, porque en caso que estemos frente a un poseedor material que se opuso, que demostró que tiene una posesión superior a los dos o más años, el proceso posesorio estará llamado al fracaso por el riesgo de la prescripción extintiva, quedando solamente como alternativa el proceso reivindicatorio previsto en el artículo 946 y siguientes del Código Civil, como el único instrumento procesal para juzgar y vencer al opositor siempre y cuando no tenga una posesión igual o superior a los diez años, porque la más alta probabilidad es que se alegue la prescripción adquisitiva o extintiva según el caso.

Para la diligencia de secuestro, la situación es completamente distinta, no hay lugar a iniciar ningún proceso, pues la norma aplicable no será el artículo 309 numeral 8º del Código General del Proceso, sino el artículo 596 numeral 3º, que permite que el acreedor persiga el derecho de dominio del demandado, caso en el cual se procederá al avalúo y su posterior remate, siempre y cuando exista providencia que ordene seguir adelante la ejecución.

Es conveniente destacar que cuando se levanta el secuestro en los procesos ejecutivos o divisorios, solamente se puede perseguir el derecho de dominio del deudor ejecutado o se avaluarán y rematarán los derechos de los comuneros sobre el bien, en la forma prevista para el proceso ejecutivo, por eso, no es lo mismo rematar un bien que rematar el derecho que recae sobre un bien.

[63] Artículo 309.8. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Ibid.

Tanto en el proceso ejecutivo como en el divisorio si se remataron derechos, el rematante recibirá solamente la copia del acta de remate y del auto aprobatorio, para inscribir ante la oficina de Registro de Instrumentos Púbicos si se trata de bienes sujetos a registro y luego de inscrita, se protocolizará en la notaría correspondiente al lugar del proceso; la copia de la escritura se agregará luego al expediente. Con esos documentos el rematante tendrá, si lo desea, los caminos del proceso reivindicatorio, pues es el único proceso que le brinda un debido proceso al poseedor material que triunfo como opositor en el proceso. El embargo del proceso ejecutivo se levantará al rematarse el derecho del deudor.

7. SITUACIÓN DEL POSEEDOR MATERIAL CON EXCLUSIÓN DE LOS COMUNEROS.

El Código General del Proceso dispone que:

> La declaración de pertenencia también podrá pedirla el comunero que, con exclusión de los otros condueños y por el término de la prescripción extraordinaria, hubiere poseído materialmente el bien común o parte de él, siempre que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad[64].

Sin embargo, es posible identificar en algunas decisiones judiciales, posiciones de acuerdo con las cuales, no era dable para el comunero alegar posesión, sino el pacto de indivisión que daba lugar a el trámite de un proceso con pretensión especial de división del bien (proceso divisorio), olvidando la regla dispuesta en el artículo 375 de la misma norma procesal previamente citada y que conjugada con el artículo 2513 del Código Civil, permiten que el comunero alegue tanto la prescripción extintiva como adquisitiva, esta última con pretensión de hacerla valer para obtener el dominio del bien.

Esa limitación en el proceso divisorio, es decir, la que no permitía que alegara la prescripción adquisitiva o extintiva como excepción de mérito, al no existir pacto de indivisión y no siendo susceptible de división material el bien, generaba que el juez ordenara la venta en pública subasta previo secuestro del bien, sin que ese poseedor se pudiera oponer por la sencilla razón de que

[64] Artículo 375 numeral 3º. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Ibid.

la oposición en la diligencia de secuestro sólo le es permita a terceros y no a las partes.

De manera que, siendo poseedor material de la cosa común o parte de ella, siempre que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad, como lo dispone expresamente el numeral 3º del artículo 375 del Código General del Proceso, al negársele la posibilidad de alegar la dicha posesión como generadora de prescripción adquisitiva o extintiva, se le está vulnerando el derecho de defensa, la tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial, porque si bien puede alegar la prescripción adquisitiva como pretensión en el proceso declarativo de pertenencia, no lo era posible como excepción en el proceso divisorio, partiendo del presupuesto que la adquisición del derecho de dominio por prescripción se cristaliza por la posesión bajo las circunstancias previstas en la ley y, por esta razón, la sentencia emitida en los procesos de pertenencia es meramente declarativa del derecho consolidado en cabeza del poseedor.

Ante la circunstancia cierta e indiscutible de la posición de los jueces civiles en el territorio nacional, se hizo necesario que se presentara demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 406 y 409 (parciales) de la Ley 1564 de 2012, proceso constitucional en el que el Ministerio Público en su intervención, adujo que la única lectura plausible del artículo 409 (parcial) es que el demandado está habilitado, con base en normas sustantivas y procedimentales para presentar la excepción de prescripción adquisitiva en el proceso divisorio. Esta lectura, se estructura bajo el entendimiento de lo que se conoce como el "derecho viviente"[65] y acude para demostrar ello a dos decisiones judiciales sobre la materia que resulta relevante mencionar:

> (i) el fallo de tutela del 5 de septiembre de 2018 proferido por la Sala de Casación Civil en el que se pronunció sobre el amparo solicitado por un ciudadano que cuestionó que los jueces de un proceso divisorio declararan probada la excepción de prescripción adquisitiva de dominio y dieran por terminado el proceso pues, a juicio del accionante, la regulación procesal no permitía plantear ese medio de defensa. La

[65] Sobre este concepto la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia línea jurisprudencial que puede ser consultada en el siguiente link: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/consulta.php?CiMaxRecordsPerPage=100&TemplateName=queryP&CiSort=rank%5Bd%5D&relatoria=%2Frelatoria&relatoria=&buscar=derecho+viviente&order=relevancia&anio=.

> Sala de Casación Civil denegó el amparo por no encontrar acreditada la configuración de un defecto atribuible a las decisiones judiciales; y (ii) el auto de 19 de marzo de 2020 proferido por la Sala Civil del Tribunal de Bogotá en el que se indicó que la norma acusada reguló la consecuencia cuando no se alega el pacto de indivisión, pero no señaló que la contestación se limitara a esa excepción. Por lo tanto, en el proceso divisorio se pueden formular excepciones de mérito como la prescripción adquisitiva[66].

Frente a los planteamientos del Ministerio Público, la Corte Constitucional consideró que:

> La argumentación planteada por la Procuraduría no da cuenta de una interpretación de la Sala de Casación Civil sobre el artículo 409 del CGP con el alcance que refiere y no logra confrontar la certeza del cargo. Lo anterior, por cuanto refirió el auto proferido el 19 de marzo de 2020 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, autoridad que no es el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria (SIC) en su especialidad civil y, por lo tanto, no puede ser considerada para establecer la caracterización definida por la jurisprudencia constitucional sobre el derecho viviente. Asimismo, citó el fallo de tutela de 5 de septiembre de 2018 en el que la Sala de Casación Civil adujo que, sin precisar si compartía la posición del juez accionado, la decisión de declarar probada la excepción de prescripción adquisitiva de dominio en el marco de un proceso divisorio no lució subjetiva o arbitraria. De lo anterior no se deriva una interpretación con las características de consistencia, relevancia y afianzamiento identificadas por la jurisprudencia constitucional para la caracterización del derecho viviente[67].

La Corte Constitucional a través de una sentencia interpretativa declaró la exequibilidad del artículo 409 del Código General del proceso, con lo que "Si el demandado no alega pacto de indivisión en la contestación de la demanda, el juez decretará, por medio de auto, la división o la venta solicitada" contenida en el artículo 409 de la Ley 1564 de 2012, en el entendido de que también se admite como medio de defensa en el proceso divisorio la prescripción adquisitiva del dominio.

[66] Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-284 del 25 de agosto de 2021. Ibid.

[67] Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-284 del 25 de agosto de 2021. Ibid.

Con lo anterior, queda zanjada la discusión teniendo por cierto que en el proceso divisorio no sólo procede como excepción de fondo el pacto de indivisión sino la excepción de prescripción adquisitiva de dominio, garantizándose los derechos de contradicción y defensa, y la protección constitucional del contenido mínimo de la propiedad privada y primordialmente la seguridad jurídica frente a la existencia del proceso de pertenencia y el proceso divisorio.

De manera que, así el poseedor no hubiere iniciado proceso de pertenencia, en caso de demandarse la división material donde lo convocaron como demandado por tratarse de un litisconsorcio necesario, dentro del término para contestar la demanda, podrá alegar la prescripción adquisitiva extraordinaria o simplemente la prescripción extintiva, que en caso de prosperar implica la terminación del proceso divisorio.

8. SITUACIÓN DEL POSEEDOR MATERIAL FRENTE AL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE BIEN INMUEBLE ARRENDADO CUANDO LA CAUSAL ES LA MORA

Todo poseedor material se puede oponer a la diligencia de entrega en la forma y términos del artículo 309 del Código General del Proceso, pero cuando se trata de restitución de bien inmueble arrendado, por mandato del articulo 384 numeral 9º, si la causal de restitución es exclusivamente la mora en el pago del canon de arrendamiento, el proceso debe tramitarse en única instancia, por tanto, si es desfavorable la decisión al opositor, se aplica la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, por lo que el opositor no tiene la posibilidad de apelar la providencia, lo que evidencia la existencia de una violación al debido proceso del tercero opositor, por cuanto, la limitación de instancia, sólo es aplicable a las partes en el proceso en virtud de la naturaleza de este que es de estructura monitoria.

Lo anterior adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el poseedor material es ajeno a la relación jurídico procesal y sustancial debatida en el proceso por las partes, partiendo del presupuesto de que la relación sustancial entre estas últimas es de tenencia, mientras que la del opositor corresponde a la de posesión material amparada en la presunción de dueño, mientras no se demuestre lo contrario y por ello, la única ritualidad que debe aplicarse es lo previsto en los artículos 309 y 321 numeral 9º de la referida norma procesal, como normas de especial aplicación para los terceros.

Se desprende como consecuencia de la existencia de las normas procesales anteriores, la intervención de un sujeto distinto a los extremos procesales, contra quien no produce efectos la sentencia, ni es tenedor del demandado y que se encuentra en el bien, alegando hechos constitutivos de posesión, presentando prueba siquiera sumaria que los demuestre, lo cual explica que ese tercero no está obligado a acatar lo resuelto en la sentencia y que su interés recae únicamente sobre la cosa objeto de la entrega.

Así las cosas, el instrumento idóneo para los poseedores materiales cuando se trata de la entrega de bienes en virtud de sentencia es la oposición, oportunidad para la protección de la tutela efectiva y el debido proceso, derecho de defensa y el derecho a la prueba, teniendo la posibilidad de recurrir ante el superior sobre la legalidad del rechazo de su alegación, justificándose en la regla general de la segunda instancia, lo que parece en principio, no ser posible en los procesos con pretensión de restitución de bien inmueble arrendado de única instancia, sin embargo, las normas que rigen este procedimiento, no pueden ser aplicadas de forma aislada respecto de las disposiciones que gobiernan la oposición a la entrega de bienes (artículos 309 y 321.9 del CGP), por lo que realizando una interpretación ajustada a los derechos que le asisten al poseedor que pretende oponerse y prevaleciendo la regla especial sobre la particular, el auto que resuelva sobre la oposición presentada por el poseedor en la diligencia de entrega de bienes y el que la rechace de plano deben ser apelables.

CONCLUSIONES

La posesión material no sólo encuentra asidero jurídico en la ley, bien sea desde su tratamiento sustancial (Código Civil) como procesal (Código General del Proceso), sino que también ha sido analizada desde los derechos constitucionales que garantiza y ha merecido diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional como intérprete máxima de la Constitución, desde cuya jurisprudencia se ha considerado que esta figura corresponde a un hecho con consecuencias jurídicas, lo que implica que su protección dentro del ordenamiento jurídico no sólo se predica a partir de la presunción de dominio derivada de la calidad de poseedor (como lo dispone el artículo 762 del Código Civil), sino también a través de otros mecanismos como los interdictos posesorios que pretenden su conservación y recuperación.

A partir de una interpretación literal del artículo 672 del Código Civil puede considerarse que los elementos que estructuran y, por tanto, deben

ser acreditados para la protección de la posesión son el animus y el corpus, los cuales implican la necesidad de demostrar que se tiene un bien materialmente con ánimo de señor y dueño. No obstante, tal interpretación resulta ser parcial, por cuanto el elemento tiempo resulta de gran relevancia para la protección de la posesión en los diferentes instrumentos procesales, al punto de que, se exige expresamente en algunos casos, la acreditación de periodos determinados para que las pretensiones o excepciones del poseedor puedan ser validadas en el proceso judicial.

Actualmente la posesión material además de ser protegida constituye una verdadera garantía frente al crédito, aliviando a la gran mayoría de colombianos, que en una buena proporción son verdaderos y auténticos poseedores materiales.

Tanto en la diligencia de entrega de bienes como en la de práctica del secuestro, es posible para los terceros poseedores que no sean parte en el proceso judicial, presentar oposición, la cual ha de resolverse por el juez de conocimiento. Suscita especial atención, las diferencias que existen entre estas diligencias cuando los poseedores no hubiesen podido asistir a la diligencia o que, habiendo asistido, no han sido representados por apoderado judicial: i) El momento a partir del cual empieza a correr el término para la presentación de la solicitud de reconocimiento como poseedor, que para el caso de la diligencia de entrega de bienes inicia a partir del día siguiente a esta y para la diligencia de secuestro presenta dos posibilidades dependiendo de si este acto procesal es practicado directamente por el juez o si se realiza a través de comisionado, iniciando la contabilización de los términos desde el día siguiente a la diligencia en el primer caso y luego de notificado el auto que ordena agregar al expediente el comisionado en el segundo; ii) La necesidad de prestar caución por el poseedor antes de citar a audiencia si la oposición es presentada en la diligencia de entrega, exigencia que no debe cumplirse por este si se trata de secuestro; iii) El procedimiento para resolver la oposición presentada y la solicitud de reconocimiento como poseedor, que será a través de audiencia (en el caso de la diligencia de entrega de bienes) o incidente (para el secuestro).

El comunero que a su vez ha sido poseedor material, de acuerdo con lo dispuesto en el Código General del Proceso (art. 375), tiene la posibilidad de adquirir el dominio del bien por prescripción extraordinaria, sin embargo, cuando se adelanta un proceso divisorio, la interpretación judicial que inicialmente se produjo, no permitía la posibilidad de alegar esta figura como medio exceptivo, lo que llevó al análisis constitucional de la norma consagrada en

el artículo 409 de la misma norma, decidiéndose por la Corte su exequibilidad condicionada, bajo el entendido de que "… en el proceso divisorio también procede la excepción de prescripción adquisitiva de dominio"[68], garantizándose con ello los derechos de defensa, la tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial, conculcados por la inicial posición de algunos jueces en el país a partir de la omisión legislativa.

En tratándose de la entrega de bienes en virtud de sentencia que ordena la restitución del bien inmueble arrendado, el instrumento idóneo para los poseedores materiales es la oposición, oportunidad para la protección de la tutela efectiva y el debido proceso, derecho de defensa y el derecho a la prueba, teniendo la posibilidad de recurrir ante el superior sobre la legalidad del rechazo de su alegación, justificándose en la regla general de la segunda instancia, lo que parece en principio, no ser posible en los procesos con esta pretensión, sin embargo, las normas que rigen este procedimiento, no pueden ser aplicadas de forma aislada respecto de las disposiciones que gobiernan la oposición a la entrega de bienes (artículos 309 y 321.9 del CGP), por lo que realizando una interpretación ajustada a los derechos que le asisten al poseedor que pretende oponerse y prevaleciendo la regla especial sobre la particular, el auto que resuelva sobre la oposición presentada por el poseedor en la diligencia de entrega de bienes y el que la rechace de plano deben ser apelables.

REFERENCIAS

Colmenares Uribe, Carlos. Las medidas cautelares, la posesión material en el Código General del Proceso. 2022. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html.

Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#1.

Congreso de la República. Ley 2044 del 30 de julio de 2020. Por el cual se dictan normas para el saneamiento de predios ocupados por asentamientos humanos

[68] Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-284 del 25 de agosto de 2021. Ibid.

ilegales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 51.391 de 30 de julio de 2020. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2044_2020.html.

Congreso de la República. Ley 388 del 18 de julio de 1997. Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=339.

Congreso de la República. Ley 2140 del 10 de agosto de 2021. Por la cual se modifica el artículo 48 de la Ley 1551 de 2012 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 51.762 de 10 de agosto de 2021. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2140_2021.html.

Congreso de la República. Ley 1551 del 6 de julio de 2012. Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. Diario Oficial No. 48.483 de 6 de julio de 2012. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1551_2012.html.

Congreso de la República. Ley 2079 del 14 de enero de 2021. Por medio de la cual se dictan disposiciones en materia de vivienda y hábitat. Diario Oficial No. 51.557 de 14 de enero de 2021. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2079_2021.html.

Congreso de la República. Ley 1801 de 29 julio de 2016. Por el cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. Disponible: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1801_2016.html

Corte Constitucional. Comunicado de prensa No. 07 del 9 y 10 de marzo de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. Expediente No. D-14216. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20No.%2007%20-%20Marzo%209%20y%2010%20de%202022.pdf.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-566 del 30 de noviembre de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia: Expediente No. D-823. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-566-95.htm#:~:text=C%2D566%2D95%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20Estado%20social%20de%20derecho,y%20la%20adecuada%20integraci%C3%B3n%20social.

Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-494 del 12 de agosto de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Referencia: Expediente 1909. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1992/T-494-92.htm.

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-078 del 26 de febrero de 1993. M.P. Jaime Sanin Greiffenstein. Referencia.: Expediente No. T-5212. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-078-93.htm.

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-172 del 24 de abril de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Referencia: Expediente No. T-52357. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-172-95.htm.

Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-249 del 26 de mayo de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara. Referencia: Expediente T-154.312. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-249-98.htm#:~:text=La%20finalidad%20que%20persigue%20la,de%20las%20medidas%20de%20tutela.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-750 del 10 de diciembre de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos. Referencia: expedientes D-10708 y 10748. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-750-15.htm.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-284 del 25 de agosto de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia: Expediente D-14040. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-284-21.htm.

Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia 18 del 4 de mayo de 1989. M.P. Hernando Gómez Otálora. Referencia: Expediente número 1880. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/csj_sp_s18_0405_1989.html#1

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de agosto de 1957.

González Flórez, Flor Margoth. Presunción de inmuebles baldíos carentes de antecedentes registrales y de titulares de derechos reales. Revista Academia & Derecho. 2019. No. 18. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/6005.

Jiménez Escalante, Jessica Tatiana & Sanabria Villamizar, Ronald Sanabria. La declaración de parte como medio de prueba en el derecho procesal civil iberoamericano. Aportes para su estudio en el código general del proceso colombiano. Revista Academia & Derecho. 2018. No. 16. Págs. 67-102. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/5979.

Ortega, Virgilio. Palabralogía. 2014. Barcelona: Editorial Planeta S.A. p.p. 16-18. Disponible en: www.ed-critica.es.

Perú, Consejo de Ministros. Decreto Legislativo 495 del 15 de noviembre de 1988. Crea el registro predial de los pueblos jóvenes y urbanizaciones populares. Hipoteca popular y seguro de crédito. Disponible en: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00495.pdf.

Román, Víctor & Agencia N+1. "Nuevo reloj atómico es tan exacto que puede detectar las ondas gravitacionales". 2018. Bogotá D.C.: Periódico El Espectador. Disponible en: https://www.elespectador.com/noticias/ciencia/nuevo-reloj-atomico-es-tan-exacto-que-puede-detectar-las-ondas-gravitacionales-articulo-826506.

Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho Dúctil. 2011. Buenos Aires: Editorial Trotta. Décima Edición.

REPENSAR EL PROCESO EJECUTIVO

*Luis Guillermo Acero Gallego**

RESUMEN

Esta ponencia se divide en dos partes. En la primera se propone abrir la discusión sobre algunos aspectos propios del diseño institucional del proceso ejecutivo, particularmente del que se usa para hacer efectivas obligaciones quirografarias. Estas observaciones se relacionan con (i) los requisitos para acudir a la vía del ejecutivo; (ii) la posibilidad de inmovilizar los activos del deudor; (iii) las discusiones diferentes del cumplimiento de la obligación y (iv) la situación del acreedor temerario o vencido. En la segunda parte se hacen observaciones críticas sobre la regulación del CGP, reiterándose varias de las hechas en el Congreso del ICDP llevado a cabo en 2016.

Palabras clave: Diseño institucional. Proceso declarativo y ejecutivo. Eficacia de la obligación. Título ejecutivo. Inmovilización de los activos del deudor.

INTRODUCCIÓN

Es un honor, como siempre, poder participar como ponente en este Congreso de Derecho Procesal, merced a la generosidad de las directivas del ICDP, a quienes les agradezco su deferencia.

En esta ponencia se busca retomar algunas ideas expuestas en el Congreso llevado a cabo en el año 2016 y, particularmente, poner sobre la mesa algunos aspectos bastante problemáticos del diseño institucional del proceso ejecutivo (en adelante, "PE") contenido en las normas del Código General del Proceso (en adelante, "CGP") que podrían resumirse en la ineficacia de ese diseño a

* Socio y director de Acero Gallego Abogados. Profesor ordinario de la Universidad Externado de Colombia. Autor en temas procesales, probatorios y de razonamiento probatorio.

efectos de lograr el objetivo obvio que surge de su naturaleza, consistente en la satisfacción de la obligación a cargo del deudor, particularmente en cuanto a las obligaciones quirografarias, cuestión que surge, al menos, de dos asuntos claves: (i) la sujeción de las medidas cautelares a la existencia del mandamiento de pago, acompañada de la mora, grave y habitual, a la hora de tomar dicha determinación y (ii) la posibilidad de que el proceso ejecutivo sufra una transformación en proceso de conocimiento o de cognición, mediante la irrupción en el mismo en cuestiones ajenas a su diseño, como la discusión sobre la validez del título.

1. SOBRE EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LOS PROCESOS JUDICIALES

Aunque suene obvio, no está de más resaltar que el diseño institucional de los diferentes procedimientos reglamentados por las normas procesales, no es, ni mucho menos arbitrario, y obedece, o debería obedecer, a unos criterios de racionalidad teniendo como objetivo la eficacia de las diferentes pretensiones que pueden formularse en un momento dado.

En ese sentido, el diseño institucional de un proceso declarativo está orientado, principalmente, a lograr que todos los sujetos interesados en la solución de una determinada situación problemática hagan sus planteamientos de manera amplia en la fase introductoria del proceso y, además, a que haya un extenso debate probatorio a fin de establecer con relativa claridad qué fue lo que probablemente sucedió en la realidad y, con base en ello y lo solicitado por las partes, se puedan tomar las decisiones de rigor con base en las diferentes fuentes del ordenamiento que resulten aplicables al caso y teniendo presente las solicitudes efectuadas que, en términos generales, tendrán como fin principal que se aclare la situación discutida y, además, se imponga una determinada condena o se produzca una mutación al estado de cosas jurídico.

En el proceso declarativo, en consecuencia, la búsqueda de la información cobra una especial relevancia y es ese uno de sus objetivos fundamentales, para lo cual el diseño institucional incluye la necesidad de contar con escenarios procesales adecuados a fin de solicitar y aportar los diferentes medios de prueba, para practicarlos, para debatirlos y contrastarlos con el uso de los controles de fiabilidad y, finalmente, para tomar la de primera instancia con base en el resultado de la valoración de los medios de prueba y la aplicación de las fuentes del ordenamiento al caso en concreto que

eventualmente podrá ser sometida a revisión a través de los medios de impugnación.

No es necesario hacer demasiadas elucubraciones para entender que, si el propósito de las pretensiones no es aclarar una situación discutida, junto con el de imponer condenas o mutar el estado de cosas jurídico, el diseño institucional debe ser otro muy distinto. Pero, además: ese otro diseño debería ser el mejor posible con miras a lograr el objetivo perseguido por los interesados. Piénsese, por ejemplo, en los procesos de liquidación, como la sucesión, en el que el diseño institucional está orientado a (i) establecer con claridad quiénes son los interesados; (ii) en establecer de qué está compuesta la masa, esto es, los activos y los pasivos, y la valoración de cada uno de ellos y (iii) en efectuar las adjudicaciones conforme con las reglas legales o testamentarias; o el caso de la reorganización empresarial a la que se refiere la Ley 1116 de 2006, cuyo trámite está enfocado en (i) establecer quiénes son los acreedores del deudor insolvente y la cuantía de las obligaciones; (ii) establecer un plan de recuperación de la empresa y (iii) establecer y aprobar por los acreedores un plan de pago con base en el cual ese plan sea viable.

2. EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL PROCESO EJECUTIVO

Teniendo esto presente, vale preguntarse cuál debería ser el diseño institucional de un proceso ejecutivo, particularmente del que se usa para hacer efectivas obligaciones quirografarias. Al respecto, ese diseño debería propender, fundamentalmente, por lograr la satisfacción de la obligación a cargo del deudor incumplido, *in natura* o cuando menos por medio del subrogado pecuniario, así como lograr desde el inicio del proceso, de forma accesoria y complementaria a la finalidad primordial mencionada, la inmovilización, física y jurídica, de activos del deudor en una cantidad tal que sea viable el cumplimiento de la obligación insatisfecha. Estos aspectos medulares, que ciertamente parecen una obviedad, entrañan varios asuntos de relativa complejidad que el diseño institucional debe abordar y solucionar de la mejor manera posible, con el fin de no malograr la finalidad esencial de este tipo de proceso.

Sobre el particular, surgen, cuando menos, cuatro cuestiones fundamentales sobre las cuales vale la pena abrir la discusión: (i) el criterio para escoger esta vía procesal en vez del camino del proceso declarativo; (ii) la posibilidad de que de forma eficiente se logre la inmovilización de los activos del deudor y

si esa posibilidad debe estar atada, necesariamente, a que el juez autorice la tramitación de esta vía procesal; (iii) qué hacer con las controversias surgidas de circunstancias diferentes al pago o cumplimiento de la obligación, particularmente con aquellas que buscan atacar la validez de los documentos que contienen la obligación; (iv) cómo debería procederse como respecto al acreedor temerario, es decir, aquel que prevalido de las prerrogativas que da el proceso ejecutivo, incluyendo la posibilidad de solicitar las medidas cautelares de embargo y secuestro, opta por exigir el cumplimiento de una obligación y la inmovilización de los activos del deudor a pesar de conocer los motivos de inexegibilidad, eventualmente con el fin de "asfixiar" al deudor a fin de lograr prontamente el cumplimiento de la obligación.

2.1 La discusión sobre el criterio de escogencia

El proceso ejecutivo se muestra como una vía *alterna* frente al proceso declarativo, sin que esto necesariamente signifique que deba constituir una excepción pues, de hecho, debería ser la regla general cuando se presente una situación de incumplimiento en cabeza del deudor. No obstante, en la práctica judicial y en nuestro imaginario jurídico, está presente la idea de que al proceso ejecutivo solamente es factible acudir excepcionalmente, cuando existe uno o varios documentos que deben cumplir una serie de condiciones necesarias para entender que se está en frente de un *título ejecutivo*. La idea de la necesidad del título ejecutivo se ha convertido prácticamente en un dogma que ha sido replicada por nuestros códigos de procedimiento, como lo evidencia el artículo 422 del CGP, replica a su turno del artículo 488 del anterior Código de Procedimiento Civil (en adelante "CPC"). Con base en dicha idea el proceso ejecutivo se ha convertido, en la práctica, en una clara excepción frente al proceso declarativo, en la medida en que solamente es viable acudir a él cuando el acreedor posee uno o varios documentos de los cuales surge la existencia de un verdadero título ejecutivo según las normas aplicables.

¿Cuál es la razón para que hoy en día, la vía del ejecutivo sea excepcional? La respuesta puede encontrarse en las serias dificultades para que un juez pueda concluir que el acreedor tiene en su poder un verdadero título ejecutivo. Vale señalar que esta existencia viene dada, de un lado, por ciertas características formales del conjunto de documentos y, de otro, por características materiales de la obligación que se pretende hacer efectiva. Los requisitos formales se han convertido en una sería talanquera que frustra las más de las veces la exigencia forzada de la obligación.

Vale preguntarse, si resulta justificado que, en un caso determinado, a pesar de que haya claridad sobre la obligación que se busca hacer cumplir y sus elementos, es preciso cerrarle la puerta a la ejecución forzada de la obligación a pesar de que los documentos puedan contener algún defecto formal. Ciertamente, la regla general debería ser que, frente a una situación de incumplimiento, habiendo prueba suficiente de la existencia de la obligación y sus elementos, el juez le abriera la puerta a la vía de la ejecución a efectos de que el acreedor pueda ver claras perspectivas de que su crédito puede verse satisfecho. Hoy en día el panorama se muestra muy diferente y la evidencia surge del tratamiento que se les da a los títulos valores. El más mínimo defecto formal hace, en la práctica, que el juez niegue la apertura de la vía ejecutiva. También resulta frecuente la exigencia de requisitos no previstos en la ley para abrir paso a la ejecución, muestra de lo cual lo constituye el tortuoso camino que debe transitarse para iniciar un proceso ejecutivo con base en un título valor expedido en el extranjero.

De otro lado, la exigencia de las características materiales de la obligación, que se ha impuesto en la práctica ha resultado también en la imposición de estándares que hacen poco viable acudir a la vía del ejecutivo. Al respecto, es apenas normal que frente a un incumplimiento contractual pueda existir cierto nivel de discusión, particularmente en cabeza del deudor que usualmente negará el incumplimiento o argumentará un incumplimiento previo del acreedor. De igual forma, es también frecuente que la obligación surja de un conjunto de documentos, que constituyen el denominado título complejo.

En la práctica, si existe algún nivel de discusión o la obligación y su incumplimiento surgen de varios documentos, la probabilidad de que se le abra paso a la vía ejecutiva es mínima. En ambos escenarios propuestos resulta inadmisible que no sea factible acudir a la vía del ejecutivo y sea preciso adelantar primero la vía del proceso declarativo, aunque la falta de algún requisito formal como tropiezo para adelantar este camino resulta ciertamente inaudita. En suma: es preciso repensar los requisitos para acudir a la vía del ejecutivo. Esta debería abrirse paso frente a un incumplimiento de la obligación, cuando haya razonable claridad sobre esta, sus elementos y el incumplimiento en cabeza del deudor, sin que para ello tuvieran trascendencia los requisitos formales de los documentos que los contienen. Frente a la situación de incumplimiento, particularmente de obligaciones contractuales, la vía del ejecutivo debería ser la regla general y solo por excepción, cuando, por ejemplo, no haya ningún vestigio de la existencia de la obligación o de sus elementos o del incumplimiento, debería acudirse a la vía del declarativo.

2.2 La inmovilización de los activos del deudor

Hoy en día la inmovilización de los activos del deudor está atada a la que el juez le abra paso a la vía del proceso ejecutivo mediante la expedición del denominado mandamiento de pago. Al respecto, la preocupante demora para que el juez resuelva si le abre paso o no a la vía del proceso ejecutivo se constituye en el obstáculo más evidente para lograr la referida inmovilización. Una vez que el deudor tiene pleno conocimiento de que en su contra se ha formulado una demanda ejecutiva (lo cual es posible gracias a la información presente en la página de la Rama Judicial) procederá a insolventarse, por lo que cada segundo que demore la inmovilización de sus activos irá en contra de la posibilidad real de hacer exigible la obligación incumplida. Cuando, pasadas las semanas o los meses, sucede el milagro de que el juez profiera un mandamiento de pago, en no pocas ocasiones el acreedor ve frustrada la posibilidad de la inmovilización por esta demora, a lo cual se suma la circunstancia puesta de presente en el acápite anterior. En la medida en que el juez niegue la apertura de la vía del ejecutivo, por cualquier duda referente a la materialidad de la obligación y sus elementos, así como por cualquier defecto formal, será preciso, cuando sea viable, acudir a la segunda instancia o, en el peor de los casos, será necesario acudir al proceso declarativo. Estas situaciones, mientras se lograr obtener el título ejecutivo que sea satisfactorio, naturalmente constituyen caldo de cultivo para que se produzca la insolvencia del deudor.

En tal medida, la inmovilización de los activos del deudor debería estar regulada de tal forma que, en primer lugar, no dependa, *ab initio*, de que el juez le abra la puerta a la vía del proceso ejecutivo, es decir, debería poderse lograr esa inmovilización desde el inicio con la solicitud del acreedor, la cual debería venir acompañada de cualquier tipo de caución que sea suficiente para garantizar el pago expedito y efectivo de los eventuales perjuicios que se le causen al deudor en caso de que la puerta del ejecutivo no se abra definitivamente. En segundo lugar, esta importante potestad debería también estar acompañada de drásticas sanciones adicionales en contra de los acreedores temerarios, como la imposición de ingentes multas en caso de que a la postre resulte claro que definitivamente no existen bases probatorias suficientes para adelantar la vía del ejecutivo.

2.3 Controversias diferentes al pago o cumplimiento

Si el deudor demuestra, de modo claro y contundente, que la obligación ya está paga o cumplida, no debería haber en el trámite ejecutivo mayores

discusiones. El proceso deberá terminar total o parcialmente en cuanto a la porción cumplida y además deberían producirse todas las consecuencias desfavorables para el acreedor, incluyendo, como se ha dicho, el pago de todos los perjuicios causados al deudor, la efectivización de la caución y la imposición de una multa por su temeridad, salvo que se demuestre que desconocía la situación de cumplimiento o pago, lo cual sería ciertamente extraño.

De otro lado el proceso ejecutivo solamente debería ser el escenario para una discusión relacionada con el cumplimiento o incumplimiento de la obligación. Todas aquellas discusiones relacionadas con cualquier cuestionamiento a los documentos contractuales o de otra clase que sirven de base a la ejecución, o la existencia de obligaciones previas a cargo del acreedor, no deberían darse en el ejecutivo, sino en un proceso declarativo posterior o paralelo al ejecutivo sin que por obvias razones se pueda generar la prejudicialidad, así como todas las discusiones relacionadas con el cobro excesivo, temerario o infundado por parte del acreedor. Ese es el esquema que actualmente y *grosso modo* tiene la legislación sobre garantías mobiliarias. No se trata, por ende, de limitar las defensas del deudor. Se trata, de un lado, que en el ejecutivo se den las discusiones que corresponden al diseño institucional y que, además, el acreedor cuente con importantes prerrogativas para hacer efectiva la obligación incumplida a cambio de lo cual deberían pesar en su contra una serie de gravosas consecuencias en caso de que el cobro resulte infundado o temerario. De igual forma, el deudor podría plantear todas aquellas discusiones que considere, incluyendo las anotadas, pero en un proceso diferente que no suspenda ni entorpezca el ejecutivo.

2.4 El acreedor temerario o vencido

El aumento de las prerrogativas del acreedor deberá establecerse para que, en verdad, las obligaciones incumplidas se puedan hacer efectivas, contrario a lo que sucede hoy en día en la práctica. La demora y dificultades en que se abra la puerta del ejecutivo, la demora y dificultades para que se ordenen las medidas cautelares y la posibilidad de que el deudor convierta el proceso ejecutivo en un proceso declarativo, mediante la proposición de cualquier argumento de defensa, fundado o no, hacen que, en la práctica, la recuperación del crédito sea un asunto bastante tortuoso y hasta imposible en un número elevado de casos. Aquellas prerrogativas del acreedor suponen a no dudarlo una gran ventaja y un gran poder frente al deudor. Pero, como diría el tío Ben, un gran poder entraña una gran responsabilidad. En ese orden el gran poder del que

debería estar prevalido el acreedor debería estar acompañado de drásticas sanciones, que como medidas disuasorias eviten que un acreedor temerario o sin contar con los debidos fundamentos, inicie un proceso ejecutivo y pueda con ello perjudicar al deudor, tal como ya se ha señalado. Así, el acreedor debería asumir todas las consecuencias, patrimoniales o no, que cause con su actuar al deudor y hacerse así mismo acreedor de ingentes multas que conduzcan a ese mismo resultado disuasorio.

3. ALGUNOS COMENTARIOS CRÍTICOS A LA REGULACIÓN ACTUAL

Sin perjuicio de lo anterior, vale reiterar algunas observaciones críticas a la regulación del CGP, tal se hizo en su momento en el Congreso del año 2016. En anterior acápite se han hecho algunas observaciones sobre cómo debería ser el diseño institucional del proceso ejecutivo. En adelante se harán observaciones sobre la realidad de la regulación procesal actual.

3.1 Objeciones formales al título ejecutivo

En su momento, el artículo 29 de la Ley 1395 de 2010 adicionó el artículo 497 del CPC, con un segundo inciso, según el cual: "[L]os requisitos formales del título ejecutivo solo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento de pago. Con posterioridad, no se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título, sin perjuicio del control oficioso de legalidad". Se estableció así una criticable tendencia a limitar el derecho de contradicción del ejecutado en lo que tiene que ver con los denominados "requisitos formales"[1] del título ejecutivo, con la clara finalidad de darle celeridad al PE, la cual pareciera haberse profundizado con el segundo inciso del artículo 430 del CGP, cuyo texto señala:

> "Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso".

[1] Sobre el tema de los defectos formales del título ejecutivo, cfr. VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Algunos escolios sobre el proceso ejecutivo en el Código General del Proceso. En: CRUZ TEJADA, Horacio (Coord.). El proceso civil a partir del Código General del Proceso. Bogotá: Universidad de los Andes, 2014, pp. 425 y ss.

Al respecto es posible hacer varios comentarios. De entrada, puede decirse, que no resulta en lo absoluto razonable limitar de esta forma el derecho de contradicción del ejecutado, sobre todo porque lo que las mencionadas normas denominan "requisitos formales" del título ejecutivo, no son simples defectos de forma de la demanda, o aspectos de mero rito como aquellas parecieran sugerirlo. Los asuntos atinentes a defectos del título ejecutivo son verdaderas defensas de fondo del ejecutado, que constituyen excepciones de mérito en cuanto buscan evitar que se produzcan los efectos jurídicos de las pretensiones ejecutivas. Por ende, si bien se pueden proponer como recursos contra el mandamiento ejecutivo (teniendo en cuenta el hecho particular de su condición de auto interlocutorio, al calificar de fondo los documentos que constituyen el título ejecutivo, y no ser un mero auto admisorio), nada obsta para que se puedan proponer también como excepciones de mérito propiamente dichas para que sean decididas en la sentencia de fondo. La limitación que imponen las normas en cuestión hace que un asunto de capital relevancia tenga que ser decidida, a lo sumo, mediante un simple auto por parte del mismo juez que profirió el mandamiento ejecutivo.

En relación con este tema vale la pena comparar los textos de ambas normas. De entrada, se advierte que no se trata de regulaciones iguales. A no dudarlo las adiciones o las aclaraciones que una norma posterior haga de una materia regulada por una norma anterior, dice mucho del sentido de esta última. Así las cosas, la regulación del artículo 497, segundo inciso, del CPC, establecía que la discusión de los denominados "requisitos formales" del título ejecutivo debía plantearse vía recurso de reposición y que con posterioridad no sería admisible ninguna controversia sobre el punto, "sin perjuicio del control oficioso de legalidad". Según el texto aludido la norma anterior permitía que el juez, de manera oficiosa, reexaminara el título a fin de establecer si era o no procedente seguir adelante con la ejecución, lo cual podía ocurrir *motu propio*, o bien por la sugerencia de alguna de las partes. Nótese que la norma no condicionaba el denominado "control oficioso de legalidad" a que el ejecutado propusiera o no excepciones de mérito, o si estas tenían o no relación con los llamados "requisitos formales", de modo que debía entenderse que en cualquier caso el juez debía efectuar a ese examen ulterior.

Sin embargo, si el juez tenía el deber de reexaminar el título, ello querría decir que el mandamiento de pago o el auto que resolviera desfavorablemente el recurso de reposición del ejecutado en su contra, no resultaban definitivos,

en la medida en que si el juez encontraba que el título en verdad no prestaba mérito ejecutivo por algún defecto formal así debía declararlo en sentencia y no proferir auto ordenando seguir adelante la ejecución. Dado que a este análisis podía arribarse por la sugerencia de las partes, o bien por el hecho de haber formulado excepciones relacionadas a los defectos formales del título, en la práctica los mismos defectos formales, planteados por medio del recurso de reposición, podían plantearse como argumentos de fondo, aunque como meras "sugerencias" a efectos de que el juez efectuara el control oficioso de legalidad del título. Por estos motivos, el propósito original previsto en el segundo inciso del artículo 497 del CPC, consistente en impedir cualquier pronunciamiento ulterior por parte del juez acerca de la legalidad del título, en la práctica no se logró.

De ahí que el legislador en la norma posterior pretendiera ser mucho más estricto al respecto. Como ya se indicó, el referido inciso 2° del actual 430 del CGP señala que los requisitos formales del título solo pueden discutirse vía recurso de reposición contra el mandamiento de pago y que por ende tales defectos no podrán ser reconocidos en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante con la ejecución. A las claras surge que con la norma del CGP se pretendió eliminar no solo la posibilidad de que el ejecutado formulara excepciones de mérito contra el título por defectos formales, sino inclusive el control oficioso de legalidad.

No obstante, pese a la aparente claridad, el mismo inciso señala que "[N]o se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada" a través del recurso de reposición en contra del mandamiento de pago. Es inevitable entender, con la lectura de este aparte, que, si el ejecutado planteó argumentos relacionados con defectos formales del título a través del mencionado recurso, podrían no solo ser planteados vía excepciones de mérito, sino también que el juez podría pronunciarse sobre ellos.

En suma: la norma que se comenta pareciera indicar dos cosas contradictorias al tiempo. ¿Cuál debería ser la solución? Al respecto, de acuerdo con el artículo 11 del CGP "[L]as 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".

Al respecto, aun cuando no es un asunto sencillo, puede aceptarse que si la norma se lee a la luz del principio de contradicción y el debido proceso, debería aceptarse que la interpretación que más se ajusta a tales postulados es

aquella en la cual se acepte que si el ejecutado planteó el tema de los defectos formales vía recurso en contra del mandamiento de pago, puede admitirse un debate posterior sobre el mismo tema, bien por haberse formulado excepciones de mérito o bien por efectuar el juez oficiosamente el control de legalidad del título.

Naturalmente habrá quienes opinen que el aparte que se comenta tan solo contiene un error de redacción y que frente a la claridad del inciso no hay opción diferente que la de aceptar que los defectos formales del título solo pueden ser discutidos vía recurso de reposición. Sin embargo, frente a este punto de vista debe anotarse que si así fuera, el legislador no habría tenido necesidad de incluir la frase a la que se ha hecho alusión.

En todo caso, si esa fuera la interpretación, resulta claro que esta norma contradice el artículo 29 de la Constitución Política, en la medida en que limita de forma irrazonable el derecho de contradicción del ejecutado quien cuenta con un término desmedidamente corto para plantear los referidos asuntos atinentes a los defectos de forma del título, que en no pocas veces se muestran bastante complejos, por lo que resulta perfectamente viable proponer la excepción de inconstitucionalidad en uso del artículo 4° ibídem.

Esta limitación, efectiva o no, de proponer excepciones de mérito en contra del título ejecutivo con base en sus defectos formales, generará no pocas discusiones futuras sobre varios temas adicionales. En seguida se mencionan solamente dos.

3.2 El asunto de la prejudicialidad

Si se acepta la tesis de que en ningún caso es posible proponer excepciones de mérito atinentes a los defectos del título, los redactores del CGP habrán dado, quizás sin sospecharlo, un golpe de gracia al PE. Como se sabe la prejudicialidad es una figura mediante la cual un proceso (P1) debe suspenderse si la decisión que en él se adopte depende de lo que se decida en otro proceso (P2), siempre y cuando el objeto de discusión de P2 no pueda ser planteado en P1, particularmente como excepción de mérito o demanda de reconvención.

Señala el artículo 161 del CGP en su numeral 1°:

> "Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvención. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un

proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción".

La norma en contiene dos partes: una general y una específica para el PE. En el caso de la parte especial, surge la inquietud de sí los defectos formales del título se pueden rotular como discusiones atinentes a su "validez". Al respecto, por *validez del título ejecutivo* debería entenderse cualquier circunstancia con la cual se pretenda controvertir tal condición (la de ser título ejecutivo) de los documentos con que se acompañó la demanda ejecutiva. En tal medida, si en el PE cualquiera de estos ataques en contra del título ejecutivo se puede formular como excepción, no importará que antes o después de aquél se inicie un proceso declarativo en el cual se pretenda plantear la misma cuestión, pues en ese evento no se podrá producir la suspensión del PE por prejudicialidad. Sin embargo, nótese, si en el PE no es factible proponer ese asunto como excepción inevitablemente se producirá la prejudicialidad.

En estos términos, si se acepta que los defectos formales del título ejecutivo son asuntos atinentes a su *validez* y que, además, por expreso mandato del artículo 430 del CGP tales aspectos no pueden ser planteados como excepción en el PE, no queda otra alternativa que concluir que en esos casos al ejecutado le es factible iniciar un proceso declarativo (antes o después del PE) con el cual se discutan tales defectos formales y que, en ese orden de ideas, el PE deberá suspenderse mientras se decide lo propio en el declarativo, con las graves consecuencias que ello conlleva para la materialización del crédito en cabeza del acreedor ¡He ahí el resultado de tan brillante idea, consistente en restringir el derecho de contradicción del ejecutado!

Naturalmente podrá argüirse que el asunto atinente a los requisitos formales del título no tiene relación con su validez. En tal orden de ideas, infortunadamente y dado que esos motivos de objeción contra el título ejecutivo no pueden ser planteados en el PE vía excepción de mérito por mandato del artículo 430 del CGP, ni tampoco vía demanda de reconvención, la prejudicialidad se hace más evidente, debiéndose en tal caso aplicar la parte general del artículo 161, numeral 1° del CGP.

3.3 Las excepciones cambiarias

La segunda cuestión es la relativa a las llamadas excepciones cambiarias. Es de recordar que el Código de Comercio, en sus artículos 780 y siguientes, regula las llamadas "acciones cambiarias" en materia de títulos valores.

Particularmente el artículo 782 ibídem señala qué puede reclamar el último tenedor de un título valor mediante el ejercicio de tales "acciones" que, en suma, consisten en la llamada "acción directa" y en la "acción de regreso". Por su parte el artículo 784 del mismo Código establece las excepciones que se pueden oponerse a la "acción" cambiaria, habiendo al menos dos que tienen origen en la falta de requisitos o en defectos formales del título: la del numeral 4° (omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no supla expresamente) y el numeral 10° (falta de requisitos necesarios para el ejercicio de la acción). De dónde surge la inevitable pregunta: ¿debe entenderse que el artículo 430, particularmente su segundo inciso, derogó parcialmente y de forma tácita el artículo 784 del Código de Comercio, particularmente en cuanto a los numerales mencionados?

Frente a la aparente incompatibilidad de ambas disposiciones resulta factible lograr su armonización acudiendo al artículo 3° de la Ley 153 de 1887[2], entendiendo que la norma contenida en el artículo 784 del Código de Comercio es especial y que en tal orden de ideas no debe ser estimada derogada por el artículo 430 del CGP que pese a ser posterior es de carácter general. En tal sentido, debe considerarse que si el PE se ha iniciado con base en un título valor, es decir, gracias al ejercicio de la denominada "acción cambiaria" es perfectamente posible oponer los defectos formales del título a través del recurso de reposición, y también a través de las excepciones de mérito que expresamente contempla el artículo 784 ya citado del Código de Comercio, frente a lo cual el juez deberá pronunciarse de fondo sobre el tema en la sentencia[3].

3.4 La "conversión" en proceso declarativo

Contemplan los incisos 3° a 6° del mismo artículo 430 del CGP, una particular figura para cuando, como producto del recurso de reposición en contra del mandamiento de pago, este sea revocado, que seguramente generará en la práctica más preguntas e inquietudes que respuestas. Se trata de la posibilidad que tiene el ejecutante, frente a tal eventualidad, de iniciar un proceso decla-

[2] Señala la comentada disposición: "[E]stímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería" (SIC).

[3] De la misma opinión es el profesor Ramiro Bejarano. Cfr. BEJARANO, Ramiro. Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos. Bogotá, Temis, 2016, pp. 479 y 480.

rativo ante el propio juez que conoce del PE luego de que el mandamiento de pago sea revocado total o parcialmente por asuntos relacionados con la ausencia de requisitos del título ejecutivo.

En realidad esta opción siempre ha existido. Cuando como producto de la revocatoria total o parcial del mandamiento de pago el ejecutante no pueda seguir cobrando ejecutivamente alguna obligación, siempre ha sido una opción, en vigencia del CPC y ahora del CGP, iniciar un proceso declarativo con el cual se persiga la imposición de condena al ejecutado por las sumas adeudadas y contenidas en los documentos que adolecen de algún defecto formal. Sin embargo, la novedad contenida en la norma que se comenta es que ahora, gracias al artículo 430 del CGP, la demanda declarativa, se insiste, se podrá formular ante el mismo juez y además el proceso declarativo consecuente se adelantará "dentro del mismo expediente".

Para hacer uso de esta opción el ejecutante debe formular la demanda declarativa dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que revoque el mandamiento de pago. Al respecto surge una primera inquietud relacionada con dicho término. En el evento en el que no se formule recurso de reposición o solo se emplee este medio de impugnación, es fácil saber cuándo se entiende notificado el auto y por ende, cuándo comienza a contar el término aludido. No obstante, la norma no indica cómo ha de procederse cuándo se emplea el recurso de apelación, de manera directa o subsidiariamente al de reposición. En tales eventos, otras normas equivalentes que señalan el inicio del conteo de un término a partir de la ejecutoria de una providencia, indican que el mismo comienza a contarse luego de la ejecutoria o a partir del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior en caso de que se formule el recurso de alzada[4]. Sin embargo el legislador en el artículo 430 del CGP incurrió en una grave omisión al no incluir tal circunstancia y solo hacer referencia a la ejecutoria puro y simple. ¿Querrá ello decir que

[4] Es el caso del artículo 283 del CGP, en relación con el término para formular el incidente de liquidación de una condena proferida en abstracto, el cual es de treinta (30) días luego de "la ejecutoria de la providencia respectiva o al de la fecha de notificación del auto de obedecimiento al superior". También sucede lo propio cuando se produce la notificación por conducta concluyente por haberse declarado la nulidad del proceso por indebida notificación, según el último inciso del artículo 301 del CGP, evento en el cual el término respectivo de traslado y ejecutoria empieza a contarse a partir del día siguiente al de la ejecutoria del auto que decretó la nulidad o de la notificación del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior. Igual cosa sucede con el término para formular la demanda ejecutiva luego de que se ha proferido sentencia en un proceso declarativo, según el artículo 306, segundo inciso, del CGP.

el término de los cinco (5) días comienzan a contarse una vez ejecutoriada la providencia del superior que resuelva la alzada? Si bien una actuación prudente, en caso de que se emplee la apelación, será la de formular la demanda declarativa efectuando el conteo de la manera indicada, ello no estará exento de problemas por cuanto en tal evento el juez de primera instancia no habrá sido aún informado formalmente de que se resolvió la apelación ni el sentido de la decisión del superior. Por ello, la solución más lógica razonable es aplicar de forma analógica cualquiera de las normas del CGP que regulan casos semejantes y entender que los cinco (5) días deben contarse luego de la ejecutoria en caso de que solo se emplee la reposición o no se haga uso de ningún recurso, o luego de la notificación del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior.

Si el demandante hace uso de esta opción (pues debe resaltarse que no se trata de un caso de fuero de atracción que haga forzoso el formular la demanda declarativa ante el mismo juez, como sí sucede, por ejemplo, con la demanda ejecutiva que se formula a continuación de la proferida en proceso declarativo) se verá beneficiado con la interrupción de la prescripción o inoperancia de la caducidad, que seguirán teniendo efectos el mismo día que se presentó la demanda ejecutiva original.

Una inquietud adicional, pero no menos relevante, es la que tiene que ver con cómo se seguirá desenvolviendo el proceso declarativo junto con el ejecutivo. Nótese al respecto que el mandamiento de pago puede ser revocado totalmente, por adolecer el único título ejecutivo de un defecto formal, como que, por ejemplo, la factura no estaba firmada por el deudor que recibió las mercancías o los servicios. En tal caso no habrá PE que adelantar y el único proceso que proseguirá será el declarativo. Sin embargo, la realidad se muestra mucho más compleja, por cuanto un mismo título (por ejemplo, un contrato) puede contener varias obligaciones de las que se pretenda la ejecución o, lo que también es frecuente, que se busque la ejecución de obligaciones contenidas en varios títulos, como serían varias facturas. En estos eventos puede suceder que la revocatoria del mandamiento no sea total, sino parcial, porque, vr. gr., algunas de las facturas adolezcan de los consabidos problemas o defectos formales, en cuyo evento PE proseguirá con respecto a aquellas obligaciones y/o títulos que resultaron incólumes al recurso.

En tal caso, dado que el demandante podrá formular la demanda declarativa en la forma indicada, esta se adelantará "dentro del mismo expediente", lo cual implicará, en la práctica, una acumulación de procesos y no simplemente que

la demanda declarativa deba ser conocida por el mismo juez, como sucede con los casos de fuero de atracción mencionados en el artículo 23 del CGP.

Aunque vista a la ligera esta acumulación pareciera no arrojar ningún problema, en realidad se trata de una figura bastante exótica que producirá enormes dificultades prácticas a la hora de tramitar ambos procesos.

Para solo mencionar algunos puntos específicos, nótese que resulta elemental considerar que la acumulación de procesos solo es procedente cuándo se está en presencia de procesos iguales, como lo establece el artículo 148, numeral 1°, en armonía con el artículo 88, numeral 3°, ambos del CGP o, lo que es lo mismo, que no es posible aceptar la acumulación de procesos diferentes. ¿La razón? Porque solo si los procesos son iguales se podrán tramitar de manera conjunta, en la medida en que las etapas procesales serán las mismas. En cambio no es posible concebir una acumulación de procesos distintos por la sencilla razón de que las etapas procesales no coincidirán y por ende en la práctica será extremadamente difícil o imposible armonizar las actuaciones de los procesos en cuestión. En el caso que se analiza, nótese, si el demandante formula su demanda declarativa pero, por ejemplo aún está corriendo el término para que el ejecutado proponga excepciones de mérito, ¿deberá el secretario pasar el expediente al despacho para que el juez se pronuncie sobre la admisión de aquella? Si el ejecutado formula excepciones de mérito, en cuyo caso el PE se convierte en proceso declarativo, ¿deberá el juez convocar a las audiencias del artículo 372 y la del artículo 373 del CGP para resolver lo pertinente del PE junto con lo propio del declarativo, o deberá citar a audiencias independientes?

En adición, es claro que la figura propuesta por la norma hará, al margen de las anteriores y otras muchas dudas, que cualquier circunstancia que acontezca en el declarativo que implique un pronunciamiento del juez, o en general todas las actuaciones de este proceso, al tenerse que surtir en el mismo expediente, entorpecerán enormemente el trámite del PE. Téngase presente el siguiente caso: si el demandado en el proceso declarativo formula recurso de reposición en contra del auto admisorio de la demanda pero, al mismo tiempo hay una solicitud de medidas cautelares formuladas por el ejecutante, en la práctica el expediente no entrará al despacho hasta tanto no se surta el traslado de la reposición, con las nocivas consecuencias que ello traerá para la realización del crédito, pese a la indicación expresa contenida en el artículo 588 del CGP, según el cual las peticiones de medidas cautelares deberán ser resueltas a más tardar al día siguiente del reparto de la solicitud, previsión esta que, dicho sea de paso, muy pocos jueces cumplen en la práctica.

Por estas razones, a menos que sea imprescindible prevalerse de la fecha de interrupción de la prescripción o inoperancia de la caducidad, lo aconsejable será adelantar el proceso declarativo por la vía usual a efectos de no entorpecer el PE, con lo cual surge que la solución analizada del artículo 430 del CGP seguramente no tendrá relevancia en la práctica[5].

3.5 El caso de la sentencia anticipada

El artículo 278 del CGP regula una figura novedosa en materia procesal civil, que ya había sido incluida en el artículo 6° de la Ley 1395 de 2010, consistente en la posibilidad de que el juez dicte una sentencia anticipada. Originalmente esta norma había establecido tal posibilidad para cuando se declarara probada alguna de las llamadas excepciones previas *mixtas* las cuales, es de recordar, eran en realidad excepciones de mérito que podían proponerse con el ropaje de excepciones previas (de ahí ese rótulo). Al respecto el CGP introdujo algunos cambios relevantes. De un lado eliminó las excepciones mixtas, tal como surge del artículo 100 ibídem, y las transformó en causales de sentencia anticipada, a la ve que creó dos (2) causales genéricas adicionales para que dicha sentencia proceda: cuando las partes lo soliciten de común acuerdo y cuando no haya pruebas que practicar.

En relación con las causales contempladas en el numeral 3° de la norma en mención, se tiene que la circunstancia en virtud de la cual el juez debe proceder a dictar sentencia anticipada es el hecho de que alguna de las circunstancias que allí se mencionan (cosa juzgada, transacción, caducidad, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa) se "encuentre probada" en cualquier estado del proceso, sin que importe si el demandado ha formulado o no excepciones de mérito.

Teniendo esto presente surge la inquietud acerca de si esta figura resulta o no aplicable al PE.

Al respecto se debe resaltar que por parte alguna del artículo 278 del CGP se indica que la misma solo se predique de los procesos declarativos, por lo que debe aceptarse que también debe dársele aplicación en sede del PE. Sobre el particular, si el ejecutado propuso excepciones de mérito, en cuyo caso el trámite se convierte en declarativo, no habrá ningún inconveniente

[5] Más apropiado habría sido contemplar que la demanda declarativa se podría formular dentro de un plazo razonable ante el mismo juez, pero sin necesidad de que su trámite fuera en el mismo expediente.

en que en la fase de audiencias el juez pueda proferir sentencia anticipada total o parcial, cuando quiera que alguna de las circunstancias en mención se encuentre acreditada.

No obstante, surge la incógnita de qué se deberá hacer si el ejecutado no propone excepciones de mérito, en cuyo caso el juez debe proferir auto ordenando seguir adelante la ejecución de acuerdo con la previsión del artículo 440 del CGP si, además, en algún momento del proceso queda demostrada alguna de las circunstancias que ameritan que se profiera una sentencia anticipada. Al respecto se pueden presentar múltiples inquietudes cuya respuesta no resulta del todo sencilla. Si el ejecutado no propuso excepciones de mérito en el PE no habrá una sentencia como tal. Por ende el primer interrogante relevante es si es posible hablar de una sentencia anticipada en un caso en el que no hay en realidad una sentencia posterior, dado que la sentencia anticipada sería la única sentencia posible. Pero aún dando por salvada esta discusión que parecería ser meramente semántica, hay otro interrogante mucho de más de fondo y es el relacionado con cuándo se debería proferir la sentencia anticipada. Al respecto, si alguna de las circunstancias aludidas queda demostrada antes de que el juez profiera el auto que ordene seguir adelante la ejecución no habrá inconveniente en que la sentencia se profiera antes de tal providencia. Si la sentencia anticipada resuelve negar todas las pretensiones de la demanda, ya no será preciso dictar el auto al que se refiere el artículo 440 ibídem. En cambio, si la sentencia solamente niega algunas de las pretensiones, el juez deberá proferir dicho auto con posterioridad a la sentencia anticipada (en realidad la única) sobre todo lo no abarcado por aquella.

Pero ¿que se deberá hacer si ya se profirió el comentado auto del artículo 440 del CGP? Una respuesta apresurada sería que como ya se entró en la fase propiamente ejecutiva del PE ya no habría lugar a proferir sentencia anticipada. Sin embargo el artículo 278 señala que la sentencia anticipada se puede proferir en *cualquier etapa del proceso*, y es claro que el PE no finaliza sino hasta tanto no se logre el pago de la obligación. De ahí que, por absurdo que parezca, deberá aceptarse que aún en la fase ejecutiva, luego de haberse proferido el auto del que trata el artículo 440 del CGP, será posible que el juez dicte sentencia anticipada si resultan probadas las circunstancias ya aludidas, aunque la situación no dejará de ser cuando menos exótica. Piénsese en el caso en el que ya se hubiera fijado fecha para la audiencia de remate del que trata el artículo 452 del CGP y el juez anuncie que dado que está demostrada, por ejemplo, la cosa juzgada, procederá a decretar sentencia anticipada.

Como se observa las consecuencias de tal proceder serán insospechadas, pues al negarse algunas de las pretensiones de la demanda ejecutiva, aun en la fase de ejecución, naturalmente la situación de los bienes perseguidos resultara dramáticamente modificada.

Como se observa lo conveniente habría sido que esta figura de la sentencia anticipada solamente fuera aplicable a los procesos declarativos o a los ejecutivos en los que se propusieran excepciones de mérito o, en todo caso, que dicho pronunciamiento se pueda efectuar a más tardar antes de que se dicte el auto del artículo 440 del CGP. Al no haber esta limitación en la práctica se presentarán las situaciones descritas con lo cual el ejecutado tendrá oportunidades adicionales de entorpecer el trámite del PE aun estando en fase de ejecución.

LA LEY 2213 DE 2022 Y SU ARTICULACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL

*Henry Sanabria Santos**

INTRODUCCIÓN

Es sabido por todos que uno de los principios rectores del derecho procesal civil es el de la buena fe y lealtad, en virtud del cual los sujetos del proceso deben procurar con su conducta que el trámite tenga un adecuado desenvolvimiento a efectos de que se logre una solución de la controversia planteada que se ajuste al derecho vigente. En lo que respecta a las partes y demás intervinientes, es necesario que todas las actuaciones se realicen con transparencia, probidad, rectitud, honestidad y con espíritu colaborativo y solidario, no solamente con su contraparte, sino con los demás intervinientes y, especialmente, con la administración de justicia, evitando incurrir en conductas dilatorias, temerarias, tramposas, injustificadas y cuyo fin sea entorpecer el normal desarrollo de la función jurisdiccional.[1]

* Abogado, Especialista en Derecho Procesal Civil y Magíster en Responsabilidad Civil de la Universidad Externado de Colombia. Profesor Ordinario de la misma Universidad. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro del Comité Colombiano de Arbitraje. Formó parte de la Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso. Abogado litigante, árbitro y secretario en Tribunales de Arbitraje. Autor de los libros "Nulidades en el Proceso Civil" y "Derecho Procesal Civil General", ambos publicados por la Universidad Externado de Colombia.

[1] En el texto de nuestra autoría denominado "Derecho Procesal Civil General", al respecto señalamos lo siguiente: "Quienes concurren a un proceso civil tienen el deber de ajustar su conducta a los mandatos de la buena fe y la lealtad, cabe decir, deben actuar con probidad, honradez, rectitud, diligencia y cuidado, y colaborar en forma efectiva con el normal desarrollo del proceso. La función pública de administrar justicia no podrá alcanzar sus objetivos si no es con la plena colaboración de los interesados; en otras palabras, sin la ayuda de quienes son parte en el proceso y, en general, de

Además de lo previsto en el artículo 95, numeral 7º, de la Constitución Política, el Código General del Proceso contiene varios preceptos de cuyo contenido se desprende que uno de los pilares estructurales de nuestro sistema procesal civil es el de la buena fe y lealtad procesal.

Así, entre otras muchas normas, en artículo 78 del CGP se consagran los deberes de las partes y de sus apoderados, todos los cuales gravitan sobre la buena fe y la lealtad procesal, esto es, dicho catálogo de deberes apunta a que las partes asuman conductas por completo alejadas de la temeridad, la mala fe y, especialmente, a que no se abuse del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.[2]

En consonancia con lo anterior, en el artículo 79 se consagran presunciones de temeridad o mala fe que se derivan de conductas tales como formular pretensiones o excepciones, interponer recursos o presentar oposiciones que sean manifiestamente infundadas, alegar hechos contrarios a la realidad, aducir en los procesos calidades inexistentes, utilizar el proceso o sus actuaciones para fines claramente ilegales o fraudulentos, obstruir la práctica de pruebas, entorpecer el curso de los procesos o hacer transcripciones o incluir citas inexactas.

Para que no quede duda de que estamos en presencia de un verdadero principio de derecho procesal, de obligatorio acatamiento y observancia, que

quienes intervienen en él, los fines de la jurisdicción no se podrán alcanzar": Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, p. 88.

[2] Acerca del abuso del derecho a litigar, entre otras, en sentencia de casación civil del 19 de octubre de 2020, dijo la Corte, luego de recordar que en el artículo 95.1 de nuestra Carta Política se establece que es deber de todos respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, que: *"De esta forma se borró la idea de que la titularidad de un derecho concede la posibilidad de ejercerlo de forma irrestricta, ya que toda prorrogativa debe usarse en armonía con su finalidad y fuera de la intención de dañar a los demás, so pena de que deban indemnizarse los perjuicios que se irroguen. Máxima que tiene cabida al pretenderse el acceso a la administración de justicia, bajo la premisa de que la puesta en funcionamiento de la rama judicial no genera, por sí misma, ningún deber resarcitorio para el demandante, salvo cuando se utilice con temeridad, negligencia o con un animus nocendi, casos en los cuales la contraparte estará empoderada para alcanzar la reparación de los agravios inferidos. En otras palabras, el ejercicio del derecho a litigar es una prerrogativa que, si bien puede generar consecuencias negativas para quien tiene que resistir la pretensión, sólo comporta el débito indemnizatorio cuando a través de ella se busque agraviar a la contraparte o se utilice de forma abiertamente imprudente."*: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC3930-2020 del 19 de octubre de 2020, radicación 68001-31-03-005-2012-00047-01.

tiene vigencia no solamente respecto de las partes sino también frente a los jueces, en el artículo 42, numeral 3º, se establece que estos deben prevenir, remediar, sancionar o denunciar a través de los instrumentos previstos en la ley, los actos que resulten contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse y cumplirse en el proceso, lo mismo que prevenir toda tentativa de fraude procesal.

Y es por todo lo anterior, que en el artículo 80 de nuestro estatuto se consagra la cláusula de responsabilidad patrimonial de las partes y de sus apoderados, al señalarse que *"Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes"*. [3]

En la época actual, en la que hubo que implementar las actuaciones procesales a través del uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones mediante la expedición del Decreto Legislativo 806 de 2020, expedido al amparo de la emergencia económica, ecológica y social causada por la pandemia del Covid 19, hoy convertido en legislación permanente gracias a la expedición de la Ley 2213 de 2019, la vigencia del principio de buena fe y lealtad procesal, es más necesaria que nunca. Expresado en otras palabras: Hoy en día se hace más necesario e imperativo que los intervinientes procesales, en el uso de las nuevas tecnologías en las actuaciones judiciales, ajusten su conducta a los mandatos y postulados de la buena fe procesal y desarrollen

[3] Entre muchas decisiones jurisprudenciales que han abordado la materia, se destaca lo dicho en casación del 5 de abril de 2021, en donde la Corte recordó los elementos estructurales de este régimen de responsabilidad, así: *"En compendio, cuando una persona acude al aparato judicial de mala fe, con negligencia, temeridad o animus nocendi, a reclamar un derecho a sabiendas que no le corresponde, con ello afecta, correlativamente, a quien tiene que resistir la pretensión, lo que ha forjado la teoría del abuso del derecho a litigar. En tal evento, el afectado, si aspira a ser desagraviado a través de la condigna indemnización de perjuicios, debe canalizar su reclamo a través de una acción de responsabilidad civil extracontractual y probar los siguientes elementos: a). La existencia de una conducta antijurídica (dolo, culpa, temeridad o mala fe) del sujeto respecto de quien se dirige la acción; b).- El perjuicio sufrido y, desde luego, c).- La relación o nexo de causalidad entre el actuar de aquél a quien se imputa el daño sufrido por éste. Con todo, es el juez, en cada caso, el llamado a constatar si las pruebas regular y oportunamente recaudadas demuestran la concurrencia de los axiomas constitutivos del abuso del derecho a litigar, porque si no logran tal cometido, la acción naufragará por incumplirse la regla del onus probandi prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso, que fija en cada contendor el deber de demostrar el sustento de sus aspiraciones, porque de ello depende el resultado del litigio."*: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC1066-2021 del 5 e abril de 2021, rad. 23001-31-03-002-2016-00219-01.

sus actuaciones con transparencia, solidaridad y rectitud, a fin de garantizar el cabal desarrollo del proceso judicial.

No se quiere significar que en las actuaciones presenciales no sea necesaria la observancia de este principio, dado que en todo tipo de trámites es imperioso que los intervinientes se comporten con lealtad; lo que se quiere significar –y ese es el propósito de estas líneas– es que en *"épocas de virtualidad"* el correcto, eficiente y eficaz funcionamiento del aparato judicial, entre otros elementos, requiere de la permanente colaboración de las partes e intervinientes procesales. Muestra de lo anterior, esto es, de que la lealtad procesal rige tanto en actuaciones presenciales como virtuales, es que las normas de la Ley 2213 de 2022 son complementarias a las disposiciones contenidas en el Código General del Proceso, de tal manera que no pueden entenderse excluyentes o contradictorias y así lo enseña el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley, por lo es necesaria la conjunción de los preceptos incorporados en el estatuto procesal y en la nueva ley para que impere la lealtad y la buena fe.

Así las cosas, en este breve y conciso escrito se abordará el estudio de la relevancia que tiene para el correcto desarrollo del proceso judicial la observancia del principio de buena fe y lealtad procesal, de cara a las disposiciones contenidas en la Ley 2213 de 2020 respecto del proceso civil.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Debe empezarse por señalar que en el inciso final del artículo 3º de la Ley 2213 de 2020 se establece que *"Todos los sujetos procesales cumplirán los deberes constitucionales y legales para colaborar solidariamente con la buena marcha del servicio público de administración de justicia. La autoridad judicial competente adoptará las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento"*, disposición que realza la vigencia del principio de lealtad y buena fe procesal en los trámites virtuales, lo cual se acompasa con el deber general e imperativo de colaborar activamente para el adecuado desarrollo de los procesos judiciales, es decir, en la norma en cita encontramos la reiteración de las normas generales que obligan a las partes a observar un comportamiento transparente, probo, honorable y honesto en el proceso.

Se destaca que la norma hace referencia no solamente a la colaboración en forma general, sino que en forma precisa menciona que la cooperación debe ser solidaria, esto es, que se deben evitar conductas que generen desequilibrio, desigualdad e inequidad en el acceso a la justicia por medios virtuales.

En palabras sencillas: Las partes además de leales deben ser solidarias y con su conducta garantizar que la autoridad jurisdiccional funcione adecuadamente mediante el uso de las nuevas tecnologías, procurando que se asegure el acceso a la justicia, la igualdad y la economía procesal.[4]

2. ALGUNOS DEBERES PROCESALES CONCRETOS PARA HONRAR LA BUENA FE Y LA LEALTAD

A continuación, se destacan algunas conductas que deben ser observadas por las partes y sus apoderados judiciales a fin de preservar la lealtad procesal a la luz de las disposiciones de la Ley 2213 de 2020:

1.- El primer deber concreto está consagrado en el parágrafo primero del artículo 1º, norma que establece que *"Los sujetos procesales y la autoridad judicial competente deberán manifestar las razones por las cuales no pueden realizar una actuación judicial específica a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, de lo cual se dejará constancia en el expediente y se realizará de manera presencial"*. Este deber, en cuanto atañe a las partes, implica que si no es posible usar los canales digitales para adelantar una actuación procesal es menester exponer las razones para ello, a fin de que el juez autorice la realización presencial de tal actuación, dejando la respectiva constancia en el expediente.

Y las razones que una parte exponga para que la actuación se surta de manera presencial deben ser plausibles, serias y admisibles, esto es, no deben corresponder a un simple capricho o carecer de verosimilitud. Así, por ejemplo, si se convoca a la audiencia inicial de que trata el artículo 372 CGP y una de las partes se encuentra en imposibilidad de acceder a mecanismos virtuales pues en la zona en donde reside no existe servicio de internet, previamente a la celebración de la audiencia deberá informarlo al juzgado para que de esta forma se autorice que dicha parte asista presencialmente.

[4] Es por esto que en el inciso final del artículo 1º de la Ley se dispone que *"El acceso a la administración de justicia a través de herramientas tecnológicas e informáticas debe respetar el derecho a la igualdad, por lo cual las mismas serán aplicables cuando las autoridades judiciales y los sujetos procesales y profesionales del derecho dispongan de los medios tecnológicos idóneos para acceder de forma digital, no pudiendo, so pena de su uso, omitir la atención presencial en los despachos judiciales cuando el usuario del servicio lo requiera y brindando especiales medidas a la población en condición de vulnerabilidad o en sitios del territorio donde no se disponga de conectividad por su condición geográfica"*.

Como se observa, existe un deber de claridad y transparencia de la parte en la indicación de las razones que le impiden realizar la actuación judicial mediante el uso de las nuevas tecnologías que, todos los sabemos, constituyen ahora la regla general en todos los procesos y trámites jurisdiccionales.

2.- El segundo deber concreto aparece contenido en el artículo 3º , disposición en virtud de la cual las partes deben remitir a través de los canales digitales informados todos los memoriales y actuaciones que realicen y simultáneamente deben copiar a los demás intervinientes. Específicamente la norma señala que deben enviar dichos memoriales *"simultáneamente con copia incorporada al mensaje enviado a la autoridad judicial"*, lo cual implica que remitido, por ejemplo, un memorial al juzgado por correo electrónico, este debe ir con copia a los demás intervinientes, disposición que viene a complementar el deber contenido en el artículo 78.14 CGP, norma que, como sabe, señala que es deber de las partes enviar a las demás por vía electrónica *"un ejemplar de los memoriales presentados en el proceso"*.

Las normas, aunque con una orientación similar, tienen algunas diferencias: (i) La del CGP establece el deber de remitir el memorial *"a más tardar el día siguiente"* al de su presentación, mientras que la norma posterior señala que ello debe realizarse en forma simultánea; (ii) La disposición del CGP exceptúa de ese deber la petición de medidas cautelares en virtud de la sorpresa que ellas deben tener a fin de garantizar su efectividad, mientras que la nueva norma nada dice sobre el particular; (iii) El precepto del CGP consagra que el deber se predica luego de que los demás sujetos están notificadas, esto es, una vez debidamente vinculadas al trámite mediante la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, según sea el caso, mientras que el nuevo precepto no hace diferencia alguna, hasta el punto que en el artículo 6º extiende ese deber a la demanda y al memorial de subsanación en caso de que hubiese sido inadmitida, exceptuando el cumplimiento cuando junto con la demanda se haya solicitad el decreto y práctica de cautelas; y, (iv) En la norma del CGP se consagra como sanción por el incumplimiento del deber en comento la imposición de una multa hasta por un salario mínimo legal mensual vigente *"por cada infracción"*, mientras que la nueva norma no consagra sanción alguna.

Como ya se vio, las disposiciones no deben entenderse antagónicas sino complementarias, habida consideración de que así lo ordena el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 2213 de 2022. En consecuencia, a fin de lograr la articulación y complementación de las dos normas debe entenderse, a nuestro juicio, que (i) Los memoriales deben enviarse simultáneamente a

modo de copia del mensaje de datos, salvo las peticiones de medidas cautelares; (ii) Si se incumple el deber de hacerlo en forma simultánea, en todo caso, el memorialista deberá remitir el memorial a más tardar al día siguiente, so pena de que se imponga la sanción; y (iii) Presentado un memorial de manera "presencial" (pues recuérdese que las actuaciones físicas no están prohibidas en la nueva norma), el deber de remisión a la contraparte debe cumplirse a más tardar al día siguiente a fin de evitar la sanción pecuniaria, por lo que no estamos de acuerdo con las decisiones proferidas por algunos despachos judiciales que han impuesto la multa cuando el memorial no se copia a la contraparte en el mismo momento de su presentación, dado que la sanción está expresamente consagrada para la hipótesis consistente en la no remisión del memorial a más tardar al día siguiente de su presentación.

Desde luego, es importante recordar que la remisión a la contraparte de los memoriales, deber contemplado tanto en el CGP como en la Ley 2213 de 2020, no es presupuesto para que la petición contenida en ellos sea tramitada. Las normas en cita no establecen que sin la remisión a los demás sujetos no sea posible darle curso a la petición. Esta es una precisión importante por cuanto una vez entró en vigencia el D.L. 806 de 2020 algunos despachos judiciales (afortunadamente pocos) condicionaban el trámite de las solicitudes a que se acreditara la remisión del memorial a la contraparte, a pesar de que la norma no establecía –ni establece– ese condicionamiento.

3.- En tercer lugar, en el artículo 4º se consagra el deber para las partes de colaborar *"proporcionando por cualquier medio las piezas procesales que se encuentren en su poder y se requieran para desarrollar la actuación subsiguiente"*, cuando quiera que no se tenga acceso físico al expediente o incluso, cuando a pesar de que este sea virtual, alguna de las partes no pueda acceder.

En virtud de esta disposición si, por ejemplo, una de las partes no tiene posibilidad de obtener un copia de una pieza procesal que obra en el expediente físico o no puede ingresar al enlace que lo contiene y, por ende, no ha podido obtener una pieza procesal que resulta necesaria para surtir la actuación subsiguiente, podrá requerir al despacho para que se le envíe o podrá solicitarle a cualquiera otro de los intervinientes su remisión y este tendrá el deber de colaborarle y proceder a enviarla. Imaginémonos que previo a la audiencia de instrucción y juzgamiento en la que se va a surtir el interrogatorio del perito con fines de contradicción previsto en el artículo 228 CGP, una parte no puede tener acceso a los anexos del dictamen, lo cual es necesario para poder preparar adecuadamente la audiencia, podrá pedirlos al despacho o a su contraparte, quien tendrá que cumplir con el deber de remitirlos, desde

luego haciendo honor a la lealtad, a lo cual se agrega que la norma también establece que el secretario del despacho velará por el cumplimiento de este deber.

Simplemente, para que se reflexione al respecto, vale la pena preguntarse: En épocas de presencialidad y antes de la expedición del D.L. 806 de 2020 (cuyo artículo 4º es idéntico a la norma que ahora se analiza), ¿era posible que una parte le solicitara a la otra la remisión de una pieza procesal y que aquella tuviese el deber de enviarlas? Indudablemente no existía ese deber concreto y específico, que hoy, gracias a las normas que ocupan nuestra atención, se ha convertido en una regla de conducta de las partes a fin de enaltecer la lealtad procesal.[5]

4.- En cuarto lugar, se destaca el deber contenido en el artículo 7º en punto de la realización de audiencias y diligencias, dado que la norma establece que ellas deberán surtirse con los mecanismos tecnológicos "a disposición de las autoridades judiciales" o también *"por cualquier otro medio puesto a disposición por una o por ambas partes"*. De esta disposición se deriva el deber de las partes de colaborar con el desarrollo de las audiencias a efectos de que en caso de que el despacho judicial no disponga de los medios tecnológicos o que ellos presenten fallas técnicas, suministrarlos por su cuenta al despacho y de esta forma permitir la realización de la audiencia.

Obsérvese que la norma permite que los medios sean suministrados por una de las partes o por ambas, lo cual realza la necesidad de que estas obren de consuno, con claridad, franqueza y, desde luego, con espíritu solidario a efectos de que el aparato jurisdiccional cumpla sus fines y no se trunque, dificulte o arruine la celebración de una audiencia o diligencia por el hecho de que en un eventual caso el despacho no cuente con los mecanismos tecnológicos.

Precisamente, para permitir el desarrollo de estas conductas demostrativas de lealtad y buena fe, la misma norma señala que con la autorización del

[5] Al revisar la constitucionalidad del artículo 4º del D.L. 806 de 2020 la Corte Constitucional en sentencia C-.420 de 2020 señaló que *"En ese sentido, la Sala constata, en primer lugar, que el deber de proporcionar las piezas procesales que estén en poder de las partes, cuando no se tenga acceso al expediente físico en la sede judicial (art. 4°), no es una carga excesiva. En cambio, desarrolla el mandato constitucional de colaboración con la administración de justicia, en la medida en que, con la ayuda de los sujetos procesales, se garantiza la continuidad del proceso y la integridad de la documentación e información con base en la cual se adelantan las actuaciones judiciales".*

juez o magistrado *"cualquier empleado podrá comunicarse con los sujetos procesales, antes de la realización de las audiencias, con el fin de informarles sobre la herramienta tecnológica que se utilizará en ellas o para concertar una distinta".* Aunque el artículo 111 CGP autoriza la comunicación entre los funcionarios y los particulares por cualquier medio, nada más útil que la propia ley disponga que cualquier empleado del despacho pueda comunicarse con las partes para informarles acerca de las plataformas tecnológicas que se van a utilizar para el desarrollo de la audiencia o para informarles, por ejemplo, que ellas están presentando problemas técnicos y de esta forma se acuerde y coordine la utilización o el suministro de otras, de tal manera que lo que en la práctica antes era mal visto o muy poco usual, hoy se vuelve regla general: los funcionarios judiciales y las partes deben tener entre ellas comunicación fluida a fin de asegurar el buen desarrollo de las audiencias y diligencias.

5.- En materia probatoria, la virtualidad exige el cumplimiento de deberes a fin de facilitar su debida práctica y contradicción. Este deber se deriva de lo previsto en el inciso tercero del artículo 7º de la Ley 2213 de 2020, norma que dispone que *"Cuando las circunstancias de seguridad, inmediatez y fidelidad excepcionalmente lo requieran, serán presenciales las audiencias y diligencias destinadas a la práctica de pruebas"*, precepto que en forma expresa autoriza al juez a ordenar, de oficio o por petición motivada, la presencialidad probatoria.

En este sentido debe recordarse que conforme a la nueva norma, en materia probatoria la presencialidad es la regla general, pero el juez, de oficio o a petición de parte (que puede ser conjunta o de una sola de ellas) tiene la posibilidad de ordenar la práctica de las pruebas de manera presencial y ello ocurrirá cuando "*las circunstancias de seguridad, inmediatez y fidelidad excepcionalmente lo requieran*", como ocurriría, por ejemplo, cuando un testigo no tenga acceso a internet o presente dificultades de conectividad, cuando el juez advierta que el testigo no está siendo espontáneo o esté revisando documentos sin su autorización, aspectos que a veces no son fáciles de controlar en la virtualidad, cuando el juez desee realizar un careo y considere que es más fácil y eficiente hacerlo presencialmente, cuando se va a realizar un interrogatorio a un perito y por la complejidad del tema es mejor surtirlo presencialmente, etc.

Por ello, es deber de las partes procurar que la práctica de las pruebas a través de los mecanismos tecnológicos permitan que se ella desarrolle con "*seguridad, inmediatez y fidelidad",* para que de esta manera no sea necesario

ordenar la presencialidad conforme a la norma en cita. Y las partes, a efectos de brindar dicha garantía, entre otras conductas, deben (i) asegurar la efectiva y oportuna comparecencia virtual de los testigos y demás sujetos de prueba en la fecha y hora señalada por el despacho; (ii) cerciorarse de que ellos cuenten con los medios virtuales, esto es, con equipos idóneos, conexión a internet y con las demás condiciones que permitan el normal desarrollo de la audiencia; (iii) evitar que se incurran en conductas desleales, indignas y perversas que se ubican en escenarios penales, tales como asesorar al testigo "detrás de cámaras", patrocinar misteriosas desconexiones en momentos claves de la audiencia, recomendar al testigo simular problemas de conexión, esto es, para decirlo en palabras sencillas, mañas y marrullas propias de quienes creen que es con trampa como se ganan los procesos, especie de abogados que ojalá pronto se extinga; (iv) informar oportunamente al juzgado si algún sujeto con el que deba practicarse la prueba no tiene acceso a internet o está presentando problemas de conexión, a fin de que se autorice su presencia en el despacho o se adopte otra medida que garantice la realización de la audiencia, etc.

Como se observa, las partes deben con su conducta garantizarle al juez que la práctica de pruebas por medios virtuales ofrecerá seguridad, credibilidad, fidelidad, firmeza, contradicción, igualdad y demás condiciones que aseguren un debido desenvolvimiento de la actividad probatoria, especialmente en lo que atañe a la regla de inmediación, la cual, en palabras de la Corte Constitucional en la sentencia C-420 de 2020, *"no implica necesariamente una proximidad física entre el juez, las partes y las pruebas"*, por lo que ella se puede surtir mediante el uso de las nuevas tecnologías.

CONCLUSIÓN

El adecuado y eficaz desarrollo de la función jurisdiccional mediante el uso de las nuevas tecnologías requiere de la plena observancia y cumplimiento por las partes y apoderados del principio de lealtad y buena fe procesal, a efectos de que todas sus actuaciones estén orientadas a colaborarle a la administración de justicia y ser claras y transparentes con los demás intervinientes del proceso. La ley 2213 de 2022 consagró deberes tanto generales como específicos en orden a asegurar que las partes asuman conductas solidarias que garanticen que la virtualidad en los procesos permitirá el ejercicio pleno del derecho de acceso a la justicia, el derecho de defensa, igualdad, economía y publicidad. En palabras sencillas: la virtualidad en los procesos requiere aún más de la lealtad, pundonor, integridad, probidad, decencia, claridad y rectitud de las partes y sus apoderados.

7.

Derecho Procesal Penal

EL TRÁNSITO DE LA FE A LA TECNOLOGÍA EN EL PROCESO PENAL 817
Jordi Nieva Fenoll

HACIA UN REPLANTEAMIENTO DEL DEBIDO PROCESO PENAL 829
María Victoria Parra Archila

EL TALÓN DE AQUILES DEL DISEÑO PROCESAL PENAL COLOMBIANO: LA AUSENCIA DE UN FILTRO PARA IR A JUICIO ORAL 857
Jhony Ángel Mena Herrera

LEGITIMACIÓN FUNCIONAL Y COHERENCIA ESTRUCTURAL DEL JUEZ DE LA "CAUSA PROBABLE": ¿UNA ALTERNATIVA "GARANTISTA Y/O EFICIENTISTA" DE CONTROL REAL SOBRE LA ACUSACIÓN, LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO? 873
Armando J. Noriega Ruiz

¿LA FISCALÍA ESTÁ OBLIGADA A INVESTIGAR LO QUE LE FAVORECE AL PROCESADO? PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN INTEGRAL PARA LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONVENCIONAL 917
César Javier Valencia Caballero

PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO 937
¿UN MAL TRASPLANTE? 937
Carlos Andrés Pérez Alarcón

EFECTOS DE LA COSA JUZGADA ABSOLUTORIA PENAL EN EL PROCESO CIVIL: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA 965
Daniela Katherine Cabarcas

ASPECTOS RELEVANTES DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN ESPECIAL 977
Enrique Del Río González

CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE POSTULACIÓN. A LA MEMORIA DEL DOCTOR FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES 997
Francisco Bernate Ochoa

EL TRÁNSITO DE LA FE A LA TECNOLOGÍA EN EL PROCESO PENAL

Jordi Nieva Fenoll

INTRODUCCIÓN[1]

Hace tiempo que más allá de evoluciones doctrinales en el terreno epistemológico sobre todo[2], una parte de la población está sintiendo que algo no cuadra en el proceso judicial, particularmente en el proceso penal. Se observa en las redes sociales con frecuencia un interés por la materia que lejos de la admiración y curiosidad que causaba hasta hace no tanto –sobre todo a través de la cinematografía–, ahora se ha transformado a menudo en perplejidad y amargura, siendo la justicia una de las instituciones menos valoradas[3]. Desde hace mucho tiempo[4] –se ignora exactamente cuánto–, los seres humanos de algunas latitudes –ni siquiera todas[5]– estamos confiando en lo que diga una persona –un juez– para resolver un conflicto. En el proceso penal ese conflicto incluso se sobredimensiona como un litigio entre el Estado y el reo, a fin de que la comunidad entienda que se está juzgando aquello que la sociedad

* Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona.

1 Estudio destinado al Libro Homenaje a la Prof. Mirentxu Corcoy Bidasolo, en prensa.

2 Vid. por todos Taruffo, M., La semplice verità, Bari 2009. *Ferrer Beltrán, J.,* La valoración racional de la prueba, Madrid 2007.

3 En el Barómetro del CIS de 2010 (pregunta 10ª) la Justicia apareció como la institución que los ciudadanos pensaban en mayor número que debía modificarse en una eventual reforma de la Constitución. http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2840_2859/2853/es2853.pdf.

4 Vid. Decoeur, Henri. «Maat, entre Cosmologie et Mythe: Le Principe Constitutionnel d'un Etat de Racine Chtonienne en Ancienne Egypte.» Revue Juridique Themis, vol. 45, no. 2, 2011, pp. 343 y ss.

5 Fried, M. H., The Evolution of Political Society. Oxford University Press, 1967.

más rechaza en su conjunto, que son –teóricamente[6]– los hechos tipificados como delito en el código penal. De ese modo, en ese proceso se plantea una especie de litigio entre una acusación –habitualmente el ministerio público– y el acusado, de manera que se confía en que el juez, observando las pruebas aportadas por ambos y conociendo el derecho, acertará a valorar dicha prueba averiguando la realidad de lo sucedido e impulsará el cumplimiento de la ley, en este caso el código penal. Y en nuestra cultura, adicionalmente, se le obliga al juez a respetar durante el proceso unos límites intangibles que protegen al ciudadano frente al Estado: los derechos fundamentales[7]. Tienen particular relevancia en el proceso penal, puesto que de hecho blindan el proceso del acceso de pruebas falsas que pudieran contaminar la correcta averiguación de los hechos, alejando al juez de la realidad[8].

Pero para todo ello, como decía, confiamos simplemente en un ser humano: el juez. Le creemos con capacidad para determinar si el reo miente, si la víctima miente o si los testigos mienten. Le suponemos especialmente dotado para interpretar dictámenes periciales, e incluso para acceder al fondo de los mensajes que se escondan tras la muy numerosa prueba documental que hoy adorna al proceso penal, gracias fundamentalmente a la tecnología. Los procesos se han llenado de conversaciones de chat, audios, fotografías y todo tipo de grabaciones, que son los documentos de nuestra época, antes más excepcionales, y hoy al alcance de cualquiera a través de algo todavía más suave que un click.

Pues bien, en todo ello hay mucho de autoengaño en el fondo y de reverencia a un ceremonial milenario. A poco que nos pongamos a pensar, es obvio que ni un juez ni ninguna otra persona puede saber con certeza si le están mintiendo, salvo que posea poderes sobrenaturales, que no es el caso. Pensar que un no experto puede valorar el trabajo de un experto –es la esencia de la prueba pericial– es acercar la labor judicial a la del tertuliano televisivo todólogo, que lo mismo habla de política que de inundaciones, volcanes, cambio climático, medicina, agricultura, litisconsorcio pasivo necesario o el ciclo de Calvin si hace falta. En la época en que el conocimiento estaba muy limitado a unos pocos libros, se pudo crear la imagen del "hombre del renacimiento". En aquel tiempo sí era posible que al menos algunos llegaran

[6] Cfr. Green, Stuart, Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno, Madrid 2013.

[7] Así se cumplen los tres requisitos de la justicia propuestos por Taruffo, M., "Idee per una teoria della decisione giusta·, en Verso la decisione giusta, Torino 2020, p. 360.

[8] Lo expliqué en Nieva Fenoll, "Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base", Diario La Ley, n. 9068, 25-10-2017.

a conocer casi todo lo sabido entonces. Hoy pensar algo así es simplemente ridículo, inconcebible desde una racionalidad esencialmente básica. Por ello, insisto en que en el proceso nos encomendamos realmente a una especie de ceremonial que nos impresiona, como otros ceremoniales, y, por qué no decirlo, lo fiamos casi todo a una especie de fe procesal para resolver algo tan complicado como, por ejemplo, la averiguación de la existencia de un delito.

En el presente trabajo se desarrollarán muy brevemente estas ideas a fin de comprobar finalmente si en el futuro, gracias a la tecnología, podemos ofrecer a la población algo mejor que la fe en un ser humano falible e imperfecto, elevándolo a la categoría de semidios inspirado por su propio conocimiento y experiencia. Ya no se celebran apenas ordalías[9] y ya no puede pensarse en que un dios de verdad decida lo que los seres humanos no saben resolver. En cambio, sí que podemos imaginar un escenario en que las apps, los ODR y la inteligencia artificial hayan infiltrado el campo procesal. Por ello, se echará un poco la vista hacia adelante en búsqueda de algunas claves que describan un posible futuro.

1. AUGE Y CREPÚSCULO DE LOS INTERROGATORIOS

Aunque todavía no se ha tomado demasiada consciencia de ello y tal vez muy pocas personas quieran verlo aún, los interrogatorios en absoluto tienen la utilidad que se les atribuyó en el pasado. La razón es eminentemente científica y en parte histórica. En un mundo no tan lejano en que la pericia no existía y el documento era tantas veces una quimera, lo único que quedaba para demostrar algo era traer a alguien que dijera lo que había visto. Y como no se podía confirmar realmente la veracidad de su conocimiento, superada una primera fase ordálica, se le obligó a jurar decir verdad con la esperanza de que poniendo a una deidad como testigo, el declarante no se atrevería a mentir, castigándole ese ser sobrenatural si lo hacía. Ese es el origen, ordálico también, por supuesto, de los interrogatorios[10].

Con semejantes fundamentos, y una vez superadas creencias que mentaban el nombre de Dios en vano, así como supersticiones varias y otros bestialismos

[9] Patetta, Federico, Le ordalie, Torino 1890. Chase, O., Derecho, cultura y ritual, Madrid 2011.

[10] Los §§ 129 a 133 del Código de Hammurabi es un testigo privilegiado de todo ese proceso de transición. Vid. Lara Peinado, Federico, *Código de Hammurabi*, Madrid 1997, p. 6.

como marcar con un hierro candente a los condenados[11] –*raise your right hand to take the oath*…–, lo que nos quedó fue un ser humano expuesto ante un tribunal que tenía que determinar si decía o no la verdad. Y como por más empeño que le pusiera, el juez no podía determinar tal cosa mirando su cara, gestos, tono y apariencia, algo hubo que hacer para mantener la apariencia de legitimidad de la prueba, porque en realidad científicamente no había alternativa en aquel tiempo[12]. Y dos fueron las soluciones, que además fueron contemporáneas.

La primera, nacida en la Europa continental[13], consistió a partir del siglo XIII en la creación del régimen de valoración legal de la prueba. El sistema partió de una cierta consciencia de que el juez no podía valorar la prueba en realidad, tal y como se ha explicado, aunque el trasfondo de dicho sistema se situaba sobre todo en el intento de evitar una valoración que, precisamente por la falta de elementos fiables de juicio y realizada por jueces delegados de la nobleza –por tanto dependientes–, podía ser increíblemente arbitraria. Y así fue como determinó la doctrina, siguiendo de manera literal, escolástica[14] y hasta fetichista lo que decían las fuentes legales, que se aceptara como cierto lo que dijeran dos testigos juramentados, sólo porque lo hubieran jurado, sin examinarlos más allá. Y del mismo modo procedieron con el juramento de las partes. Lo que dijera un litigante bajo juramento era también prueba plena[15]. De ese modo prescindieron *de facto* de la inmediación hasta épocas muy recientes.

La segunda solución surgió en el mundo anglosajón. En 1215 la baja nobleza inglesa consiguió librarse directamente de los jueces de designación real a través de la *Carta Magna Libertatum*, recurriendo en sus incisos 20 y 39 a un curioso mecanismo de origen romano que parece que pervivió en aquellas tierras en los pleitos civiles durante la Alta Edad Media: el jurado[16]. También

[11] Vid. Barrington, D., Observations upon the Statutes, chiefly the more ancient, from Magna Charta to the twenty-first of James the First, Ch. XXVII, Dublin 1767, pp. 334-335.

[12] Vid. Partida III, Tít. XVI, Ley 26: "E des que el testigo començare a decir, debe el iudgador escucharle mansamente y callar fasta que aya acabado catándole toda via enla cara".

[13] Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, Heidelberg 2012, p. 128.

[14] Endemann, Die Beweislehre des Civilprozesses, Heidelberg 1860, p. 630.

[15] Jaumar Carrera, Práctica forense, Barcelona 1840, pp. 39-40, 44-45

[16] Más ampliamente, Nieva Fenoll, "Ideologia e giustizia laica (con un'ipotesi sull'origine romana della giuria inglese)", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2, 2016, pp. 517 y ss.

se temía la arbitrariedad de aquellos doce hombres honestos –*twelve lawful men*– que originariamente eran en realidad doce testigos del lugar de acaecimiento de los hechos[17]. Pero en un ejercicio de pragmatismo, se decidió aceptar esa arbitrariedad no obligándoles a motivar lo que decidieran en su veredicto, con la excusa de que habiendo jurado, estaban inspirados por Dios, lo que no debió ser difícil en una época en la que las ordalías eran Derecho vigente hasta su desautorización por la Iglesia católica, precisamente en 1215[18]. Sin embargo, a cambio de aceptar esa arbitrariedad se fue formando un estilo de interrogatorio cuyo único objetivo acabó siendo, no la averiguación de la realidad[19], sino la descalificación como embusteros de los testigos de la parte contraria. Esa acabó siendo la finalidad de la *cross examination*, tan alabada como desconocida en su esencia. En realidad, todo se saldaba con una especie de interrogatorios-espectáculo para impresionar a los doce legos en derecho llamados a decidir. En este tipo de interrogatorio la inmediación fue fundamental desde un principio, porque los jurados, como es obvio, más allá de su propio testimonio –si lo tenían– carecían de otra herramienta de convicción.

La última derivación de todo ello ha sido ya en nuestra época la mezcla de modelos, de manera que en la Europa continental se incorporó en parte el estilo de interrogatorio anglosajón, aunque dirigido a jueces y no a jurados, y en el Reino Unido se fue renunciando al jurado pero no a esos interrogatorios tradicionales de su sistema, aunque intentando no llegar jamás al momento del juicio, tratando de pactar antes con el reo una culpabilidad con pena rebajada.

Pero si todo ello es así y, por tanto, la inmediación no es eficiente según confirma con reiteración la psicología del testimonio[20], es difícilmente comprensible que a día de hoy todavía mantengamos la relevancia de una prueba que, aún sin desaparecer, tendría que haber sido desplazada a un segundo plano, siendo practicada sólo cuando fuera imprescindible por los auténticos especialistas en la materia: los psicólogos del testimonio. De

[17] Vid. Macnair, M., Vicinage and the Antecedents of the Jury, Law and History Review, 17 (1999), p. 546.

[18] Concilio Lateranense IV de Inocencio III. Vid. Mansi, J. D., Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio, vol. 22, Graz 1961, p. 1007, XVIII.

[19] Justo lo contrario dijo Wigmore, J. H., A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law, vol. II, Boston 1904, §1367, p. 1697.

[20] Vid. Mazzoni, Psicologia della testimonianza, Roma 2015, pp. 108 y ss. Manzanero, Psicología del testimonio, Madrid 2008, pp. 141-143.

ese modo, tal vez en el futuro veremos cómo esta prueba tan tradicional se convierte en una prueba pericial. La alternativa de formar a los jueces en psicología del testimonio debiera ser valorada, aunque difícilmente podrían ser auténticos expertos al faltarles el fondo de armario de conocimientos de un psicólogo. Por consiguiente, si algún día llega lo anterior y vemos muchos menos interrogatorios y más entrevistas cognitivas de psicólogos cuando sean realmente necesarias, el cambio en nuestro modelo procesal tradicional será reseñable, porque habremos abandonado definitivamente la tradición.

2. AUGE Y CRISIS DE LA PRUEBA PERICIAL

Todo debería haber cambiado con el auge de la ciencia en el siglo XIX. Los médicos empezaron a poder hacer autopsias y examinar lesiones con un rigor creciente[21]. Los químicos analizaban sustancias con cada vez más precisión. Luego vinieron los biólogos, los ingenieros, los psicólogos, los topógrafos y un sinfín de científicos que paulatinamente empezaron a aportar su asistencia en el proceso.

En un principio la doctrina observó esta prueba con la misma fe que antes había depositado en los interrogatorios, es decir, respetando la reverencial preeminencia del juez y la confianza ciega en su criterio, al que hasta se protege con la cosa juzgada. Y así se afirmó con frecuencia en la doctrina –con diferentes modos de expresar las ideas[22]– que el juez debía realizar un análisis epistémico del dictamen pericial, de manera que comprobara su coherencia y adecuación racional, y que no encontrando alguna de las dos, podía llegar a apartarse del dictamen pericial, deduciéndose a partir de ahí que incluso se le permitiría al juez imponer su criterio derivando el mismo, en el mejor de los casos, del resto de pruebas practicadas en el proceso.

La doctrina asumió en general esa conclusión, y aún la asume. Tanto es así que incluso en EEUU el Tribunal Supremo desarrolló una interesante serie de criterios de control de la prueba pericial[23], pero no tanto para valorar la

[21] Virchow, Rudolf (dir. y aut.), Handbuch der speciellen Pathologie und Therapie, Erlangen 1854.

[22] Vid. Serra Domínguez, Prueba pericial, en: "Estudios de Derecho probatorio", Lima 2009, p. 533. Haack, S., Evidence Matters, Cambridge 2014, p. 121. Taruffo, "Prova scientifica e giustizia civile" en AAVV, Giurisprudenza e scienza, Roma 2017, pp. 241 y ss.

[23] Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997), Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

prueba –aunque pueden ser utilizados con ese cometido–, sino para decidir sobre su admisión, a los efectos de alejar del jurado evidencias que no fueran realmente científicas. Y de la evaluación de esos criterios, cinco en total y todos ellos científicos, se tenía que encargar el juez… Lo cual quiere decir que pese a la indudable evolución que supuso la citada jurisprudencia Daubert, se permaneció en el terreno de la fe. En realidad, como objetaba Rehnquist en un voto particular a esa primera sentencia de 1993, el juez no es competente para analizar esos criterios científicos, precisamente porque el juez no es un especialista en esas materias científicas. Es sólo un jurista.

Y aunque personalmente me costó asumirlo a mí también, ese es el problema de la prueba pericial. Se le hace valorar a un lego lo que dictaminó un científico, que es más o menos lo mismo que entregarle a un ingeniero una sentencia del Tribunal Supremo sobre congruencia para que emita opinión sobre si dicha sentencia es adecuada. El ingeniero hará lo mismo que el jurista con el dictamen pericial. Intentará entender la sentencia, procurará aprender, siquiera mínimamente, lo que es la congruencia y por qué es importante, a duras penas comprenderá la cuestión de fondo y con esas bases hará lo que pueda, que normalmente será darle la razón al Tribunal Supremo, porque cuál sería la razón para desconfiar del tribunal si está formado por juristas especialistas. Tal vez discrepe del tribunal por razones ideológicas, y simplemente por eso concluya que la sentencia es errónea. Y si no entiende la redacción de la sentencia dirá que no puede pronunciarse, lo que ese ingeniero puede hacer perfectamente, pero no un juez. En todo caso, como no puede valorar lo que no entiende realmente, será víctima de sus prejuicios e ignorancia. Exactamente igual que puede serlo un juez.

La constatación de todo ello acaba haciendo que los jueces acepten ciegamente el parecer del perito –lo que ya ocurre ahora en no pocas ocasiones–, o bien lo descarten sin razones de peso o, aún peor, ante dos dictámenes contradictorios sobre un mismo tema, decidan en favor de uno u otro según la mejor calidad de la redacción, lo que puede ser muy injusto porque esa claridad expositiva puede no ser más que retórica muy bien empleada. Pero el juez no tiene manera de saberlo con certeza.

El futuro de esta prueba es incierto. Su introducción en el proceso acercó el Derecho a la ciencia, pero su imbricación en nuestras estructuras jurisdiccionales no es más que aparente, siendo un medio de prueba que claramente está pendiente de una reflexión muy concienzuda[24].

[24] Vid. Vázquez, Carmen, De la prueba científica a la prueba pericial, Madrid 2015.

3. LA CRISIS GENERALIZADA DEL PROCESO TRADICIONAL

Si convertimos la mayoría de los interrogatorios en entrevistas cognitivas y, por tanto, en pruebas periciales, el problema ya anunciado con respecto a esta última prueba se hará más profundo. Y con ello se desvelará que en los procesos judiciales se está produciendo una gran mentira que la población entiende cada vez menos. Aumenta el número de personas que empiezan a descubrir, no sin estupor, que la solución de un caso depende tantas veces de quién sea cada juez, puesto que incluso cumpliendo la norma, los caminos interpretativos de la misma son múltiples.

Y si además, como ya se ha demostrado, el juez está influido por factores ajenos al proceso y que tienen poco de científico en sí mismos[25] –si resuelve en días de frío o de calor, antes o después de comer, etc–, se entenderá que estamos confiando la resolución de nuestros conflictos a la falibilidad humana. ¿Cómo puede ser ello así? ¿Cómo es posible que los juristas, a diferencia de buena parte del resto de ciencias, no hayamos encontrado procedimientos con resultados más seguros y comprobables *a posteriori*? Todas las ciencias tienen sus fugas y también dependen muchas veces de los sesgos del investigador, pero al menos la aproximación de tales científicos está mucho más alejada de la intuición. En cambio, cuando hablamos del proceso judicial, parece que la intuición, a la postre y por desgracia, es precisamente uno de los factores más importantes.

¿Es legítimo que sea así? La respuesta, en mi opinión, es clara: no. Y es que el problema de fondo, más grave de lo que parece, es que el proceso judicial, cuando quiera que surgiera, se creó para resolver robos, lesiones y homicidios sobre todo, junto con los adulterios y la brujería. O bien para establecer de quién era un trozo de tierra. Incluso cuando los litigios se fueron haciendo más complejos, como ya ocurrió en época romana, leyendo las páginas del *Corpus Iuris Civilis* se puede comprobar fácilmente que los procesos en cuestión versaban sobre litigios que pertenecían a la vida cotidiana del juez y que, además, se habían producido en comunidades bastante pequeñas cuyos miembros debían ser relativamente conocidos para el juez, salvo en un período más avanzado y solamente en las ciudades más grandes. En un contexto semejante se podía tolerar que los litigios se fallasen por intuición porque los jueces, de hecho, no eran del todo ajenos al litigio. Hoy día todo

[25] Vid. el interesantísimo Forza, Menegon, Rumiati, Il giudice emotivo, Bolonia 2017.

ello pudiera haber resultado inaceptable en términos de imparcialidad, pero entonces no fue así.

En nuestra época, no podemos utilizar un proceso que fue diseñado pensando en la proximidad de los jueces y su familiaridad con las disputas, si queremos resolver litigios de gentes que le son completamente ajenos al juez. Hay que hacer un esfuerzo para resolver la cuestión científica planteada en el proceso sin recurrir a corazonadas o inspiraciones. Una vez que se haya operado de esa forma y las conclusiones sobre los hechos sean claras, en sentido positivo o negativo en términos probatorios, el juez tendrá que extraer sus consecuencias aplicando las leyes. Pero no hay que confundir ambos planos. Un juez no es un adivino, sino solamente un experto en Derecho, por lo que solamente podrá intervenir en la prueba para recoger los resultados que arroje el uso de la ciencia. A veces no necesitará un perito para ello, pero en otras ocasiones –cada vez más frecuentes–, le será imprescindible. No puede eludirse esa realidad.

4. LA PERSPECTIVA DE LAS APPS, LOS ODR Y LA IRRUPCIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: HACIA UN PROCESO EXTRAORDINARIAMENTE DIFERENTE

Pero como se anunció al principio, en los últimos tiempos se ha introducido en el proceso unas herramientas cuyo uso se hará más expansivo en el futuro. Me refiero a los ODR –Online Dispute Resolution– y a la inteligencia artificial.

Los primeros se han presentado fundamentalmente en el proceso civil[26]. Consisten en la resolución a distancia de un litigio sin necesidad de celebrar un proceso judicial. Explicado muy básicamente consiste en que el potencial demandante, habitualmente un consumidor, contacta con el posible demandado, que tantas veces es una gran empresa. En ese contacto, realizado normalmente a través de una plataforma o incluso de una red social, la empresa contesta a la queja por escrito a través de un operador físico que

[26] Al margen de eBay y otros lugares más conocidos, un ejemplo ambicioso, aunque todavía incipiente pese a su antigüedad, es la plataforma la resolución de litigios en línea de la Unión Europea: https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES. Vid. también Valbuena González, F. "La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo", Revista de Derecho Comunitario Europeo, 52, 2015, pp. 987 y ss.

intenta ayudar al consumidor. En otras ocasiones, en cambio, el consumidor recibe una respuesta automática si el programa de inteligencia artificial de la empresa localiza a partir de la queja la posible solución al problema, siempre que tenga una serie de modelos de queja estandarizados en su base de datos. Justo en ese momento se unen ODR e inteligencia artificial.

Paralelamente, es conocido que desde hace años la justicia de algunos países –particularmente EEUU, pero no solamente[27]–, está utilizando programas de inteligencia artificial en la predicción del riesgo de reincidencia, a los efectos de adoptar medidas cautelares como la prisión provisional, pero también con finalidades penitenciarias y de avance de grado en ese contexto de ejecución de la pena. La estrella de esos programas ha sido COMPAS[28], que creó una considerable protesta cuando se descubrió que su uso discriminaba a algunas minorías sobre todo[29]. Con todo, el programa se ha seguido utilizando y, de hecho, programas parecidos son frecuentes en la predicción del riesgo en todo el mundo[30].

La pregunta es si todo ello puede alumbrar un proceso distinto particularmente en el ámbito penal. La respuesta, lejos de lo que se pueda imaginar, es realmente confusa. Primero hay que plantear si cabe imaginar un proceso en que el testigo o la víctima de un delito lo denuncian a través de una App, lo cual ya no es una perspectiva sino una realidad en varios lugares[31]. Una vez la denuncia ya consta en el sistema y por tanto está almacenado el testimonio de que se trate, incluso con la ayuda interactiva de la propia App, se trata de localizar al sospechoso, y una vez contactado, acreditada indiciariamente su responsabilidad –para lo cual también puede ayudar la inteligencia artificial–,

[27] Giampiero, L., "Regulating (Artificial) Intelligence in Justice: How Normative Frameworks Protect Citizens from the Risks Related to AI Use in the Judiciary", European Quarterly of Political Attitudes and Mentalities, 8(2), 2019, pp. 75 y ss, https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62463-8, p. 81.

[28] Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions. Northpointe, Practioners Guide to COMPAS, 17-8-2012.

[29] LARSON, Jeff / MATTU, Surya / KIRCHNER, Lauren / ANGWIN, Julia, "How We Analyzed The Compas Recidivism Algorithm", Propublica, 23-5-2016, https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm.

[30] Vid. Quattrocolo, S., Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings, Springer 2020, pp. 101 y ss.

[31] Vid. Crime Stopers, "Report Crime Anonymously", https://crimestopperssa.com.au/download-the-app/. También la Self Evident App en el Reino Unido: https://witnessconfident.org/. En España existe Alertcops: https://alertcops.ses.mir.es/mialertcops/

se formulará acusación de forma automática y se procederá a realizar sobre el reo una prognosis de riesgo que arrojará un perfil de personalidad que ayudará al sistema a movilizarse más rápido, lo que puede ser muy útil en supuestos de violencia de género, por ejemplo, pero también de hurtos, sin ir más lejos.

Tras ello quedará el juicio, en el que tanto la acusación como la defensa pueden contar con la asistencia de programas que dibujan posibles escenarios probatorios[32] a fin de preparar su estrategia, sin olvidar que el juez también podrá utilizar dichos programas en la sentencia, una vez se hayan cargado en el mismo todas las evidencias aparecidas en el proceso. Como se dijo, si se prescinde de interrogatorios inútiles y los subsistentes se convierten en pruebas periciales, es posible que los resultados probatorios, expuestos en la forma adecuada para que puedan ser interpretados por el programa, puedan conducir a la elaboración de un listado de hechos probados de los que cabrá deducir una consecuencia jurídica. Obviamente, en los casos más complicados serán difíciles los automatismos, pero en los asuntos prototípicos, que son la mayoría, lo cierto es que se podrá elaborar un proyecto de sentencia que puede devenir la sentencia misma.

En este trabajo no puedo desarrollar más estas ideas, pero todo lo anterior puede dar a luz una justicia bastante automatizada en algunos casos en los que las evidencias sean claras: conducción bajo los efectos del alcohol, hurtos y daños, delitos de tráfico de estupefacientes, y no pocos violencia de género, o lesiones sin móvil machista. Incluso limitándolo a las cuatro primeras categorías citadas, son estadísticamente los más frecuentes[33]. Ciertamente, dependiendo de la complejidad probatoria, no todos los casos serán automatizables, pero una parte relevante de ellos sí lo será. De hecho, son casos que ya están automatizados aunque empleando a seres humanos que rellenan siempre los mismos formularios muy burocratizados, con una atención bastante superficial de fiscales y jueces.

Si se produce esa automatización, el proceso penal puede cambiar bastante, de manera que los tiempos habituales de la instrucción se reducirán drásticamente favoreciéndose con ello, ante la evidencia probatoria, muchísimas más

[32] Matzner, T. / Hizler, P., "Any-World Access to OWL from Prolog", en Hertzberg e.a. ed., KI 2007: Advances in Artificial Intelligence, Berlin 2007, p. 95.

[33] Vid. el Ranking de los delitos más comunes en España en 2019, por grado de comisión en https://es.statista.com/estadisticas/532756/delitos-mas-frecuentes-en-espana-por-grado-de-comision/

conformidades que evitarán la fase de juicio[34]. Es incluso posible que ante la rapidez y contundencia de la persecución penal, se reduzca la criminalidad, aunque es muy difícil hacer previsiones en este terreno al intervenir muchos otros factores. Con todo, lo que sí parece evidente es que el papel de los jueces se irá concentrando cada vez más en los casos difíciles. Tal vez también ocurra lo mismo con los abogados, ocasionando un descenso de su labor, lo que provocará que el colectivo intente localizar otras salidas profesionales que están por ver.

Lo que desde luego ya no va a ser posible va a ser concentrar la actividad profesional en los casos reiterativos como fuente principal de ingresos, porque el papel de la máquina será demasiado preponderante. Así, localizar un nicho de trabajo reiterativo será más complicado, siendo una posible salida laboral la de asistentes jurídicos de los informáticos que configuren los algoritmos aplicables al proceso. No es un futuro aciago. Solamente es un futuro diferente al que, como siempre ha ocurrido, habrá que adaptarse. En todo caso, es posible que gracias a la tecnología cambiemos por fin la fe por el ceremonial actual en beneficio de algo que solamente es realmente científico cuando el juez decide aplicarse valorando debidamente las pruebas con un enfoque epistémicamente válido, sin dejarse llevar –tanto– por las muchas variables que estudia la psicología cognitiva, y que solemos resumir bajo el nombre de intuición[35].

[34] Vid. Rule, C., "How ODR Can Benefit Three Criminal Case Types", Tyler Technologies, 12-6-2019, https://www.tylertech.com/resources/blog-articles/how-odr-can-benefit-three-criminal-case-types.

[35] HOGARTH, Robin M., Educar la intuición. El desarrollo del sexto sentido, Barcelona 2002. GIGERENZER, G. Decisiones intuitivas, Barcelona 2008.

HACIA UN REPLANTEAMIENTO DEL DEBIDO PROCESO PENAL

*María Victoria Parra Archila**

> El garantismo, es en la actualidad una palabra envilecida, degradada por el abuso. A menudo y comprensiblemente, suscita sospecha, indiferencia. En el imaginario de muchos, evoca subterfugios procedimentales y astucias curialescas . Suena a falsa, como la cortesía de los patronos y la reverencia de los siervos. Para quien desconfía de ella, equivale a impunidad y privilegio : a legalidad sacrificada en el altar del formalismo jurídico . Irrita como el humo en los ojos; y como el humo disuelve la evidencia de las cosas, anunciando la traición a la verdad, y la quiebra de la justicia.
>
> **Darío Ipollito**[1]

Sabido es que el proceso penal de inspiración liberal -democrática, surgió como reacción a las atrocidades del proceso penal del antiguo régimen, tal como lo advierte Perfecto Andrés Ibáñez[2]; un proceso inquisitorial que se identificaba por denunciantes secretos, pruebas sometidas a la discrecio-

* Abogada egresada de la Universidad la Gran Colombia (Bogotá), especializada en derecho penal criminología de la universidad externado de Colombia, especialista en derecho constitucional comparado de las universidades Autónoma de Madrid y Externado de Colombia; curso de post grado en derecho constitucional de la Universidad de Salamanca (España), Doctora en derecho de la universidad externado de Colombia; docente del departamento de derecho penal de la universidad externado de Colombia; Ex Fiscal de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia; Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

[1] Dario Ippolito. El espíritu del garantismo Montesquieu y el poder de castigar. Título original La spitiro del garantismo Motesquieu e il potere di poniere.Editorial Trotta, S.A., p. 19.

[2] Perfecto Andrés Ibáñez. Tercero en discordia, jurisdicción y juez del estado constitucional, Editorial Trotta S.A. 2015, p. 309.

nalidad del juez, un modelo escritural del principio al fin, procedimiento insondable, uso recurrente de la detención preventiva y fallos sometidos a la voluntad del juzgador y nadas más[3]; prácticas que fueron reputadas como abusivas y atentatorias de los derechos de quien se erigía como sujeto pasivo de la actuación procesal.

Producto del discurso político de la ilustración, que coloca al hombre en el centro como titular de derechos[4], se coloca énfasis en la cuestión penal y el problema que plantea el poder de castigar; se instituyen entonces en el campo del derecho **garantías penales y procesales**, concebidas como ***garantías negativas, dirigidas a limitar el poder punitivo, en defensa de las libertades individuales***[5]. Surge así el concepto de **derecho penal mínimo**, referido no sólo a la reducción del catálogo de delitos existente, sino a la constatación judicial de los mismos, en tanto que frente al proceso penal, aparecen las **garantías procesales orgánicas:** principio de contradicción, presunción de inocencia, igualdad en la defensa y acusación, carga de la prueba en cabeza del ente acusador, oralidad y publicidad del juicio, el principio de independencia y el principio del juez natural[6]. Garantismo sobre el cual se sustenta la **legitimación racional del poder judicial**[7]**.**

Se registra una rica postulación de garantas **orientadas a proteger al sujeto pasivo del proceso penal**, de los abusos de las autoridades estatales que va desde la vigencia del principio de estricta legalidad; la exclusión de la policía del monopolio legal de la violencia institucional;[8] la intervención del imputado en el proceso de búsqueda de la verdad, a fin de evitar que sea afectado con la violencia ejercida para lograr este cometido, y se opta por la obtención de una verdad guiada por p*rocedimientos racionales*[9]; bajo el entendido que el segundo fundamento político de la independencia del juez, se halla en el deber de averiguar la verdad procesal, según las garantías del justo proceso. [10]

[3] Binder Alberto M. Derecho procesal penal, Tomo I hermenéutica del proceso penal. Editorial AdHoc. 2013.

[4] Dario Ippolito. Ibid ídem, p. 22.

[5] Ibid íd., p. 67.

[6] Ibid id., p. 68.

[7] Ibid id., p. 69.

[8] Ibid id., p. 181.

[9] Perfecto Andrés Ibañez. Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional. Ibid id., p. 310.

[10] Luigi Ferrajoli. Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta S.A. 1999, p. 27.

En el anterior contexto surge el **pensamiento penal liberal**, con obras como "Leviatán, o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil" de Tomas Hobbes, publicada 1651, que sentó los cimientos del derecho penal y procesal penal liberal, [11] tales como el principio de legalidad penal[12], el establecimiento de causas de justificación e integración del tipo penal[13] y consideraciones en torno a la punibilidad y el castigo; [14] Obra a la cual seguiría el libro "De los delitos y las penas de Cessar Beccaria, - publicada en 1764- que propugnó por el establecimiento de diversos límites a la acción del Estado en el castigo y juzgamiento de las conductas humanas.

Pensamiento penal liberal, que parte de la consideración atinente a la incidencia que registra el poder de prohibir, juzgar y castigar frente a la libertad de los individuos,[15] y propugna por la defensa de la vida, la integridad y la libertad personales, frente al poder punitivo,[16] se hablará luego, como lo indica Ferrajolí, de *garantismo para designar* el *conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes - públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal e internacional - mediante los que se tutelan , a través de su sometimiento a la ley, y en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos , tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados*[17].

Postulados a los cuales se suma, la concepción según la cual el juez en un modelo constitucional garantista, ya no está sujeto a la ley y nada más, sino a la ley que además de reputarse como válida, en tanto hubiese sido emitida siguiendo el procedimiento legalmente establecido para ello, debía ser considerada como **legítima** en la medida en que se halle **en consonancia con las normas constitucionales sustanciales y los derechos fundamentales establecidos por las mismas**[18]

[11] Juan Maniel Almada. Las bases del derecho penal liberel en Thomas Hobbes. Revista de pensamiento penal. (ISSN 1853-4554), octubre de 2021, No. 405.www.pemsa,oemt penal.com.ar, p. 2.

[12] Loc. cit.

[13] Ibis id., p. 5.

[14] Ibid, id., p. 7.

[15] Dario Ippolito. El espíritu del garantismo Montesquieu y el poder de castigar. Título original La spitiro del garantismo Motesquieu e il potere di poniere. Editorial Trotta, S.A., p. 21.

[16] Luigi Ferrajoli. Democracia y garantismo. Editorial Trotta. 2008, p. 61.

[17] Ibid, id.. p. 62.

[18] Ibid id., p. 26.

Concepción que compartimos en su totalidad y con el mismo fundamento, toda vez que somos conscientes de la necesidad de respetar los derechos y garantías de quien se erige como sujeto pasivo del proceso penal, a fin de evitar los abusos en que puedan incurrir las autoridades encargadas del ejercicio de la acción penal, así como la necesidad de asegurar la obtención de la verdad a través de procedimientos racionales[19]; no obstante de acuerdo nos encontramos con quienes afirman que es necesario superar lo que en sus términos denominan una ***garantía monocular e hiperbólica***[20], que fija su mirada ***exclusivamente en la protección de los procesados o condenados*** y **propugna por la vigencia** en el contexto del proceso penal **de todos los derechos fundamentales,** establecidos como parámetros que condicionan la validez y eficacia de las normas jurídicas en el estado constitucional de derecho;[21] prerrogativas de las cuales son titulares, además de **los procesados, las víctimas y el propio conglomerado social**. Propuesta que se fundamenta en las siguientes premisas:

1. La teoría del garantismo, no puede ser entendida simplemente desde un **aspecto negativo**, que propugna por erradicar los excesos de las autoridades estatales en la averiguación de la verdad, sino desde un **aspecto positivo, como un deber de protección de los miembros de la sociedad que claman por una justicia eficiente, que viabilice la seguridad ciudadana y evite la**

[19] Perfecto Andrés Ibañez. Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional. Editorial Trotta 2015. Ibid id., p. 310.

[20] Garantismo Penal Integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o principio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Douglas Fischer.

[21] En torno al contenido de la constitución se pronuncia Otto, quien señala: "Por otra parte, y también a los efectos de clasificación, es obligado complementar este criterio relativo al contenido de las normas constitucionales con otro relativo a su estructura, pues la evolución política de dos siglos de constitucionalismo ha llevado a una mayor complejidad de las constituciones, de la cual es buen ejemplo la española. Por las razones políticas que se indicarán, las constituciones no se limitan a establecer órganos básicos del Estado y a garantizar derechos de los ciudadanos, lo que puede considerarse su contenido tradicional, sino que predeterminan con mayor intensidad el ordenamiento al regular más in extenso la organización del poder público y diversificar las normas de contenido más allá de la garantía de los derechos fundamentales. Para ello no solamente se detallan más las prescripciones constitucionales sino que, además, se introducen principios relativos a la organización del poder público y a su inserción en la sociedad, se señalan fines a perseguir, se imponen mandatos al legislador y, por último, se garantizan instituciones". OTTO, Ignacio de. Derecho constitucional, Sistema de fuente. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1998, p. 29.

impunidad [22] postulado que se deriva a su vez de las siguientes consideraciones:

1.1 El funcionamiento de los poderes constituidos, dentro de los cuales se halla el poder judicial, obedece a las reflexiones que por años se hizo la filosofía, relativas a la manera como el conglomerado podía asegurar una convivencia pacífica y vivir en un contexto en el cual se le garantizaran unos mínimos de seguridad, así como la necesidad de fundar un orden superior que establecería los principios y valores que se postulan en el seno de una comunidad, cuya vigencia está confiada principalmente a los poderes constituidos a saber:

A partir de las reflexiones de Hobbes[23] en su inmortal obra *el Leviatán*, se justifica la generación del Estado en razón a esa condición cosntante de conflicto en que viven los hombres, producto de sus pasiones naturales; de allí la necesidad que experimentan los ciudadanos de confiar su cuidado y conservación a un hombre o asamblea de hombres que trabaja por la **obtención de la paz y la seguridad común.**

Planteamiento al que sucederían las ideas de **Locke**[24], quien distingue varios estados de sociedad, incluida la "sociedad política", producto del consen-

[22] Douglas Fischer. Garantismo Penal Integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o principio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais.

[23] Al respecto, se tiene que Hobbes, en su inmortal obra Leviatán, aludiendo a las causas, generación y definición del Estado, refiere que los hombres se encuentran en una condición constante de guerra, producto de sus pasiones naturales; de ahí la necesidad que siente el ciudadano de confiar su cuidado y conservación a un hombre o asamblea de hombres, que reduzcan sus voluntades a una sola, que trabaja por la obtención de la paz y la seguridad común. Por ello, para Hobbes, el Estado es definido como "…una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es SUBDITO SUYO": HOBBES, Thomas. Leviatán, O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Traducido por Manuel Sánchez Sarto. 2 ed. México: fondo de cultura económica, 1980, pp. 106, 140 y 141.

[24] Importa recordar los planteamientos ofrecidos por Locke, en su Ensayo sobre el gobierno civil, en el cual parte de aseverar, siguiendo a Hobbes, que en el estado de naturaleza los hombres se rigen por un principio de igualdad, conforme al cual gozan de las mismas facultades. No obstante, Dios, al ser consciente de la necesidad y conveniencia de que no esté solo, lo compele a la compañía social, dotándolo de entendimiento y lenguaje para que en tal estado subsista y goce. El autor distingue varios estados de sociedad que se inician en la sociedad conyugal, la sociedad entre

timiento de todos los individuos, cuya finalidad se contrae además de la protección de la propiedad al **deber de castigar los delitos perpetrados por los miembros de esa sociedad;** así, los hombres abandonan el poder natural que les asiste para depositarlo en la comunidad, la cual se constituye como árbitro, regido por leyes comprensivas e imparciales, emanadas por cuerpos colegiados que deciden ceñidos a la ley las controversias que se presentan y castigan las ofensas que cada miembro comete de acuerdo con las penas fijadas en la ley.

Ideas a las que se suman las expresadas por **Montesquieu,**[25] quien en el libro undécimo de su obra "El Espíritu de las Leyes", señala la necesidad que medie una moderación en los gobiernos, con el fin que exista libertad política, destacando **la necesidad de que se impongan límites a los poderes constituidos para evitar el abuso.**

Planteamientos que permitieron arribar a la concepción del **poder como un concepto artificial que requiere de una justificación** fundada en los **principios de igualdad y libertad personal.**

padres e hijos, la relación de amo y servidor, hasta llegar a la "sociedad política", producto del consentimiento que todos los individuos ofrecen para formar un cuerpo único, cuya finalidad se contrae a preservar la propiedad; cometido que le impone a su vez el deber de castigar los delitos perpetrados por los miembros de esa sociedad, quienes deben abandonar el poder natural que les asiste para depositarlo en la comunidad, la cual se constituye como árbitro, regido por leyes comprensivas e imparciales, emanadas por cuerpos colegiados, cuya aplicación se confía a hombres autorizados para su ejecución por el conglomerado social, quienes deciden, ceñidos a la ley, las controversias que se presentan y castigan las ofensas que cada miembro comete, de acuerdo con las penas fijadas en la ley. Situación que, como lo destaca el propio Locke, saca a los hombres del estado de naturaleza y les hace acceder a la república, sociedad civil que requiere para su existencia el establecimiento de varios poderes: el legislativo y el ejecutivo, radicados en distintas personas. Cfr. LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil. Traducido por José Carner. 3 ed. México: Porrúa, 2003.

[25] Dentro de los autores que se ubican en la constitución de los modernos, como la denomina Fioravanti, se encuentra a Carlos Luis de Secondant, barón de la Brède y de Montesquieu, quien en el libro undécimo de su obra "El Espíritu de las Leyes", atinente a las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la constitución, señala la necesidad de que medie una moderación en los gobiernos, con el fin de que exista libertad política, destacando la necesidad de que se impongan límites a los poderes constituidos para evitar el abuso. Esto lleva al autor a sostener que la constitución ideal es aquella que reconoce la existencia de varios poderes, a los cuales corresponde ejercer tareas distintas, construyéndose en límites recíprocos de su actividad; no obstante, el poder judicial es visto por él mismo como un poder nulo. Al respecto, cfr. SECONDAT, Carlos Luis de, barón de la Bréde y de Montesquieu. El espíritu de las leyes.

Vendría entonces la propuesta de Rosseau en su obra "El Contrato Social",[26] que indica que la única forma de constituir el poder es por medio del **pacto o contrato social que encuentra formalización en la constitución**, la cual viene a transformar *la fuerza en derecho y la obediencia en poder*.

Concepciones que tienen vigencia en el presente, y se reflejan en el modelo de Estado prohijado por nuestra Constitución, concebido como **Constitucional de derecho**, según el cual el Estado surge como **forma de organización del poder** y la **constitución como instrumento de articulación jurídica** y **norma que guía y vincula la actuación de los poderes constituidos.**

Modelo que nos lleva a indagar en torno al papel que juega la constitución como norma fundamental, que ademas de regular situaciones jurídicas generales que aluden al ciudadano como titular de derechos y obligaciones[27], estudia al Estado y sus poderes, **los límites al ejercicio del poder**, el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, **los objetivos positivos y las prestaciones que el poder se fija en beneficio de la comunidad.**[28]

Así, creo que existe consenso, incluso en el contexto internacional, en el reconocimiento que se hace hoy a la Constitución como norma suprema

[26] "Encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con la fuerza común la persona y bienes de cada uno de los asociados; pero de modo que cada uno de estos, uniéndose a todos, sólo obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes": este es el problema fundamental cuya resolución se encuentra en el contrato social; cfr. ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social. Medellín: Copia de Papel, 1996, p. 16.

[27] Aludiendo a la estructura que identifica a las normas constitucionales, se ha pronunciado entre otros, Otto, quien señala que convendría al respecto establecer una clasificación específica en aras de atender la existencia de principios, difícilmente encuadrables en la estructura normativa tradicional: OTTO, Op. y loc. cit. Asimismo, en torno a la diferencia entre principios y reglas, se pronuncia Alexy, quien plantea, entre otros criterios para diferenciar reglas de principios, la tesis de la optimización, conforme a la cual los principios son mandatos de optimización, en tanto ordenan algo que debe realizarse en la mayor medida posible dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, a diferencia de las reglas que se erigen como normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas, en tanto tienen determinaciones en lo fáctica y jurídicamente posible, constituyéndose en mandatos definitivos. Cfr. ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Traducido por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 95-96.

[28] Sobre el contenido de la constitución y su consecuente carácter supremo y normativo se pronuncia De Otto en su Derecho Constitucional, cit. en igual sentido. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La constitución como norma y el tribunal constitucional. 3 ed. Madrid: Civitas, 1994.

del ordenamiento jurídico, en tanto, como bien expone García de Enterría[29], ella: i) Configura y ordena los poderes del Estado, ii) Establece los límites al ejercicio del poder y el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, iii) **Fija los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad y**, iv) Define el procedimiento que se debe seguir en la *producción normativa*.

Así las cosas dable es concluir que el poder constituido como algo artificial cumple varios cometidos, **que no se pueden circunscribir simplemente a controlar los excesos de las autoridades estatales**, sino que a las mismas se impone **el cumplimiento del deber de protección de los miembros de la sociedad.**

1.2 Aunado a lo anterior se suma, la preocupación que desde hace varias décadas se registra en el contexto Latinoamericano, frente al tema de la **seguridad ciudadana,** como unos de los principales problemas que aquejan a la región, originado en el incremento de la criminalidad con énfasis en hechos violentos y la insatisfacción frente a la respuesta que frente a este fenómeno ofrece el aparto de justicia[30].

Preocupación a la cual no escapa Colombia, basta con revisar un sin número de artículos que reflejan esta realidad con títulos tan sugestivos como: *Qué está pasando con la seguridad en Colombia,*[31] *En Colombia la mayoría de los delincuentes no van a la cárcel*[32], o *De cada cien delitos, en Colombia solo se castigan seis,*[33] etc. Publicaciones que no sólo dan cuenta de la inseguridad que vive el País, sino que denuncian los altos índices de impunidad que se registran en el mismo, ubicada en 94%, y la consecuente desconfianza que experimenta la sociedad frente al funcionamiento de la administración de justicia.

Y es que hemos olvidado que **la seguridad ciudadana** en la actualidad se adopta como un **derecho que asiste a la humanidad**, tal como lo han reconocido instancias internacionales, que al respecto indican que si bien "*la seguridad ciudadana"* no ha sido reconocida en forma expresa por ningún

[29] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La constitución como norma y el tribunal constitucional. 3 ed. Madrid: Civitas, 1994, p. 49.

[30] Federación Iberoamericana de OMBUDSMAN. Guiermo Escobar. VIII informe sobre derechos humanos, seguridad ciudadana. Editorial Trama, 2011.

[31] Revista Semana. Edición 30/11/2021. Foros semana.

[32] Ibid, id, sección seguridad. Edición del 10/2/2017.

[33] Periódico el tiempo. Juan Gossain, 2 de octubre de 2019.

instrumento internacional, si encuentra un referente normativo en el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos - con la aclaración atinente a que en el ámbito universal, el concepto que se ha acuñado es el de "*seguridad humana"*, del cual la "seguridad ciudadana" constituye una de sus dimensiones.[34]

Efectuada la anterior aclaración, se tiene que la seguridad ciudadana, encuentra anclaje normativo en la **Declaración Universal de Derechos Humanos,** que en su artículo primero señala: *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y consciencia,* ***deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*** (subrayas fuera de texto)[35]

Por su parte el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos en varios de sus mandatos hace referencia a la seguridad nacional, como se expone a continuación: El **Art. 9º, numeral 1,** señala: *Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la* ***seguridad personales*** *…..* [36] (subrayas fuera de texto), mandato que debe ser analizado sistemáticamente con lo dispuesto por el **art. 12.3.** ibídem que autoriza la restricción por ley del derecho de circulación, libre escogencia de residencia o libertad par salir del país cuando sea necesario para proteger la **seguridad nacional**, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros[37]. El **art. 13** que autoriza la expulsión de un extranjero del territorio de un Estado parte por razones de **seguridad nacional**[38]. El **art 14** que consagra las garantías procesales, dentro

[34] Federación Iberoamericana de OMBUDSMAN. Guiermo Escobar. VIII informe sobre derechos humanos, seguridad ciudadana. Ibid, id., p. 25.

[35] Declaracion Universal de Derechos Humanos. Art. 1º

[36] Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Art. 9º. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

[37] Ibi. id., Art. 12. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley sean necesarias para proteger la seguridad nacional , el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.…

[38] Ibid id. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a al ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero es exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión…..

de las cuales se halla el principio de publicidad de las actuaciones procesales, garantía que puede ser restringida por razones de orden público o **seguridad nacional** en una sociedad democrática.[39] El art. **18.3.** que en alusión a las limitantes que restringen la libertad religiosa y las propias creencias, señala que la ley podrá establecer aquellas necesarias para proteger **la seguridad, el orden** , la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás[40]. El **art. 19** que consagra la libertad de expresión; no obstante señala que su ejercicio puede estar sujeto a restricciones por la necesidad de proteger la **seguridad nacional**, el orden público o la salud o la moral públicas[41]. El **art. 21** por su parte reconoce el derecho de reunión pacífica, no

[39] Ibid.id. Art. 14. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente 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. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. ….

[40] Ibid, id. 18.3. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás…

[41] Ibid, id. Art. 19. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberá, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público ola salud o la moral públicas.

obstante señala que el mismo puede ser restringido por la ley, en interés de la **seguridad nacional**, la seguridad pública o el orden público, para proteger la salud o moral públicas o *los derechos y libertades de los demás*[42]. Finalmente el **art. 22** reconoce el derecho de asociación, que podrá ser restringido legalmente por razones de **seguridad nacional,** seguridad pública o del orden público, o para *proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás*[43].

Importa precisar que si bien los artículos de la DUDH y del PIDCP hacen referencia a la seguridad a nivel individual, por tratarse de un derecho que asiste a todos los miembros de la comunidad, puede afirmarse que el derecho a la seguridad tiene una **dimensión individual y colectiva.**[44]

En punto al **contenido** que debe imprimirse al derecho de la seguridad ciudadana ha señalado el programa de las naciones Unidas para el desarrollo PNUD, que este presenta dos aspectos principales: El primero referido a la seguridad de amenazas contra el hambre, la enfermedad y la represión y el segundo, que es el que interesa a nuestro propósito, es **la protección contra alteraciones súbitas y dolorosas, bien sea en el hogar, el empleo o la comunidad.**[45]

Al decir del organismo internacional la seguridad humana debe comprenderse como un concepto integrador que tiene como componentes principales: **la libertad respecto del miedo** y la necesidad; el primero íntimamente relacionado con la **inseguridad ciudadana** y si bien en el contexto internacional ha primado durante años el concepto de seguridad nacional, es momento de hacer transición al concepto globalizador de la *"seguridad humana",* que pone énfasis en la seguridad de la población y el desarrollo sostenible.

[42] Art. 21. Se reconoce el derecho reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás.

[43] Ibid id. Art. 22. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrático, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás …

[44] Federación Iberoamericana de OMBUDSMAN. Guiermo Escobar. VIII informe sobre derechos humanos, seguridad ciudadana.

[45] Ibid id., p. 29.

El **concepto de seguridad ciudadana** incluye la seguridad personal, referida a la seguridad en relación con la violencia física; a la seguridad de la comunidad respecto de la violencia interna o externa del grupo, así como a la seguridad pública, que constituye uno de los aspectos más relevantes de la seguridad ciudadana, **consistente en que** ***las personas tienen el derecho de vivir en una sociedad que respete sus derechos fundamentales.***[46]

Finamente se debe tener en cuenta que el Comité de Derechos Humanos, en la observación general No. 31, advierte que los Estados parte del PIDCP cumplirán con las obligaciones positivas de garantizar los derechos reconocidos en el mismo, si protegen a las personas, tanto de las violaciones cometidas por sus agentes, como por particulares o entidades que menoscaben el disfrute de los mismos .

En consonancia con lo anterior en el informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, rendido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2009, se sentaron los siguientes postulados en torno a la seguridad ciudadana:

1.2.1 La seguridad ciudadana *es una de las dimensiones de la seguridad humana y por lo tanto del desarrollo humano e involucra la interrelación de múltiples actores, condiciones y factores entre los cuales se cuentan la historia y la estructura del Estado y la sociedad; las políticas y programas de los gobiernos; la vigencia de los derechos económicos, sociales, culturales; y el escenario regional e internacional.* ***La seguridad ciudadana se ve amenazada cuando el Estado no cumple su función de brindar protección ante el crimen y la violencia social,*** *lo cual irrumpe la relación básica entre gobernantes y gobernados.* Subrayas fuera de texto[47].

1.2.2. Los países de la región presentan altos índices de criminalidad, hecho que ha generado un incremento en los grupos de victimas y victimarios, al punto que dicho fenómeno se ha tornado como la **principal preocupación de la población,** en consecuencia llama la atención a los países para que el poder judicial y otras instituciones desarrollen las capacidades necesarias para responder eficazmente frente al crimen, mediante acciones de prevención y represión.[48]

[46] Ibid id., p. 30.

[47] Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de derechos humanos. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. 31 de diciembre de 2009. Resumen ejecutivo, numeral 2. P. IX.

[48] Ibid id. Numeral 3. P. IX.

1.2.3 *Si bien el derecho internacional de los derechos humanos no define en forma expresa el derecho a la seguridad frente al delito o a la violencia interpersonal o social, cuya prevención y control es el objetivo de las políticas sobre seguridad ciudadana, los Estados se encuentran obligados por un plexo normativo que exige la garantía de derechos particularmente afectados por conductas violentas o delictivas: el derecho a la vida; el derecho a la integridad física; el derecho a la libertad personal; el derecho a las garantías procesales y el derecho al uso pacífico de los bienes. Las obligaciones de los Estados miembros respecto a la seguridad ciudadana también comprometen el derecho a las garantías procesales y a la protección judicial; el derecho a la privacidad y a la protección de la honra y la dignidad; el derecho a la libertad de expresión; el derecho a la libertad de reunión y asociación; y el derecho a la participación en los asuntos de interés público.*[49]

1.2.4 Las **obligaciones positivas** asumidas por los Estados miembros exigen políticas públicas sobre seguridad ciudadana que contemplen prioritariamente el funcionamiento de una estructura institucional eficiente que garantice a la población el efectivo ejercicio de los derechos humanos relacionados con la prevención y el control de la violencia y el delito.[50]

1.2.5 Una de las dimensiones principales de las obligaciones estatales se vincula con el esclarecimiento de las conductas que vulneran derechos fundamentales , en aras a lograr erradicar la impunidad y garantizar su no repetición, lo cual genera indefensión de las víctimas. Además que destaca que una adecuada y eficaz administración de justicia, por parte del poder judicial, cumple un rol fundamental tanto en la reparación del daño causado, como en la disminución del riesgo y el alcance del fenómeno. [51]

2. La teoría del garantismo, alude a una **verdadera tutela de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal**, sin que resulte legítimo inclinar la balanza a la protección exclusiva de los derechos de una de las partes en la relación procesal, **el sujeto pasivo;** desconociendo que al lado de los mismos, con el mismo talante y eficacia, se hallan los derechos postulados a favor de las **víctimas** desde los propios tratados internacionales sobre derechos humanos; en normas que registran una indiscutible incidencia en el ordenamiento jurídico interno, bajo el entendido que en la actualidad, rige **el principio esencial del orden internacional contemporáneo de los**

[49] Ibid id. Numeral. 5o. P.X.

[50] Ibid id. Numeral. 7°. p X.

[51] Ibid id. Consideración 36, p. 13.

derechos humanos, sustentado en la reafirmación de la dignidad de la persona y el reconocimiento de los derechos fundamentales que le asisten, contenidos en los pactos internacionales sobre derechos humanos y aquellas normas imperativas de derecho internacional general que aluden a los principios e intereses vitales para la existencia de la sociedad internacional (*ius cogens*), cuya vigencia es aceptada y reconocida por la comunidad internacional.

Consideración a la cual se suma la incidencia que registra la legislación internacional en el sistema de fuentes regentes en el ordenamiento interno, no solamente desde una **perspectiva integradora,** sino por que permite ofrecer nuevos alcances a las normas procesales existentes, bajo el entendido que las mismas deben ser **interpretadas de conformidad con los valores principios y postulados dados por los tratados internacionales de derechos humanos**, así como a la doctrina fijada por los órganos de control establecidos en el ámbito internacional[52].

Postulados que encuentran materialización en el **movimiento de reforma a los sistemas de justicia que se ha generado en América latina** durante el siglo XX, el cual tuvo como propósito fortalecer el acceso a la justicia y dotar de mayor eficiencia a los sistemas judiciales, para lo cual se implementaron modificaciones sustantivas orientadas a hacer efectivos los derechos, reconocidos internacional y constitucionalmente[53].

Reforma a la cual no ha escapado Colombia, que emprendió en el año 2002 una reforma a su sistema penal, que incluyó la entronización de un nuevo modelo procesal en el cual **la víctima tendr**ía **una posición preferencial,** bajo el entendido que el proceso sería el contexto ideal para *resolver el conflicto* generado con el delito *y restablecer la paz social* de cara a las necesidades de las víctimas del delito.[54]

De allí que sea necesario recordar que desde el contexto internacional se han postulado unos derechos a favor de las victimas que incluyen :

[52] Son varios los pronunciamientos en los cuales la Corte Constitucional destaca la necesidad de interpretar los mandatos legales en consonancia con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; algunos ejemplos de ello se evidencian en las sentencias T-409 de 1992, C-574 de 1992, T-426 de 1992, C-225 de 1995, T-483 de 1999, T-067 de 2003, entre otras.

[53] Alberto María Binder y otros: La reforma a la justicia en América Latina: Las lecciones aprehendidas. Friedrich Ebert Stiftung. La multitemática y diversa reforma a la justicia en Amñerica latina. Carolina Villadiego Burbano, p. 15.

[54] Ibíd., Acta No. 7, p. 138.

2.1 El derecho a contar con un recurso efectivo ante los tribunales nacionales a obtener la tutela debida contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la ley. [55]

2.2 El derecho de todos los intervinientes en el proceso penal a ser tratados en condiciones de igualdad, tanto por la ley, como las instancias judiciales, incluidas las víctimas.

2.3 Se ofrece una **definici**ón **amplia** del concepto de víctima[56]

2.4 El acceso a los mecanismos de justicia, para lograr una pronta reparación del daño padecido

2.5 Información en relación con su papel en el proceso, el desarrollo de la actividad judicial, el contenido de las decisiones que se adoptan y su motivación.

2.6 Participación en la actuación judicial, permitiendo que sus opiniones y precoupaciones sean examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses.

2.7 Asistencia durante todo el procedimiento;

2.8 Protección, mediante la adopción de medidas orientadas a minimizar las molestias causadas a las víctimas, vg., protegiendo su intimidad, en los casos en que se requiera; la de su familia y la de los testigos en su favor, contra todo acto de represalia o intimidación.

2.9 Eficacia de la justicia, evitando demoras innecesarias en la resolución de la causa y en la ejecución de los mandamientos o decretos que reconocen indemnizaciones a favor de las víctimas.

2.10 De restauración, mediante el establecimiento de mecanismos oficiosos que permitan ofrecer una solución expedita del conflicto, como la mediación, el arbitraje, las prácticas de justicia consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y reparación a favor de las víctimas.

Como corolaro de lo anterior varios instrumentos internacionales fijan deberes a cargo de los Estados, referidos a la protección de la víctima, a saber:

[55] Arts. 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo XVII de la declaración americana de derechos y deberes del hombre, Artículo 25 de la convención americana sobre derechos humanos.

[56] Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (apartado A, numeral 1.)

Los principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Principios de Van Boven) [57], establece a cargo de los Estados el deber de respetar y hacer respetar las normas de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, señalando que ello supone en relación con la administración de justicia, *permitir a las víctimas el **acceso imparcial y efectivo** a la justicia*, con independencia de quién sea el violador de las normas de derecho internacional, así como la necesidad de establecer recursos apropiados a disposición de las víctimas[58].

En consonancia con lo anterior **el Conjunto de Principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad,** adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el 61º periodo de sesiones, el 8 de febrero de 2005; establece una pluralidad de obligaciones generales a cargo de los Estados en la lucha contra la impunidad, que incluyen:

La necesidad de adoptar medidas en la esfera de la justicia para que las personas en contra de las cuales recaiga una sospecha de haber incursionado en comportamientos penales *sean procesadas, juzgadas y condenadas con penas apropiadas, y se garantice a las víctimas la posibilidad de contar con recursos "eficaces" que viabilicen su derecho a conocer la verdad, a obtener la reparación de los perjuicios ocasionados y prevenir la repetición de tales violaciones*[59].

En relación con el **derecho a saber,** se establece explícitamente que corresponde a las víctimas conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones a los derechos humanos[60]; para eso, se instituyen unas garantías que pretenden la efectividad de tal prerrogativa, dentro de las cuales se incluye el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial[61].

[57] La COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS adoptó los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, el 19 de abril de 2005, mediante Resolución 200535 del 19 de abril de 2005.

[58] Ibíd., Apartado II, numeral 3º, incisos c y d.

[59] Ibíd., Apartado I, principio 1.

[60] Ibíd., Título II, derecho a saber, A, Principio 4º.

[61] Ibíd., Principio 5.

A fin de dotar de efectividad el **derecho a la justicia**, que asiste a las victimas se compele a los Estados a: i) *Emprender investigaciones, rápidas, minuciosas, independientes e imparciales*, en relación con las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario[62]; ii) Adoptar normas procesales complementarias, orientadas a permitir que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar la iniciativa del enjuiciamiento, individual o colectivamente; como parte civil o como personas que ejercen la acción penal[63], y iii) El compromiso de "*garantizar una amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las personas perjudicadas*", así como respecto de las organizaciones no gubernamentales que tengan un interés legítimo en el proceso[64].

En relación con el derecho a **o*btener la reparación del daño*,** se establecen los siguientes postulados: i) Toda violación a un derecho humano da lugar a la reparación de las víctimas,[65] ii) Se deben crear procedimientos accesibles, idóneos, rápidos y eficaces, que permitan a las víctimas lograr la reparación del daño causado, la cual deberá abarcar además de los daños y perjuicios sufridos, la adopción de "medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción"[66].

En relación con las **garantías de no repetición**, se compele a los Estados a adoptar medidas adecuadas para que las víctimas no vuelvan a padecer la vulneración de sus derechos, emprendiendo reformas institucionales y las medidas necesarias para garantizar el imperio de la ley, fomentar una cultura de respeto de los derechos humanos, así como el *restablecimiento de la confianza en las instituciones gubernamentales*.[67].

En relación con la ***administración de justicia*** se indica: "Los Estados deben emprender todas las medidas necesarias para asegurar *el funcionamiento independiente, imparcial y eficaz de los tribunales* de conformidad con las normas internacionales relativas a las garantías procesales debidas"[68].

Finalmente se debe considerar que en aras a reivindicar los derechos de las víctimas, se han emitido instrumentos a nivel regional que abogan por

[62] Ibíd., Título III, apartado A, principio 19.

[63] loc. cit.

[64] loc. cit.

[65] Ibíd., Título IV, apartado A, principio 31.

[66] Ibíd., Principio 34.

[67] Ibíd., Apartado B. Principio

[68] Ibíd., Principio 36, b.

una participación más eficaz de la misma en el contexto del proceso penal. Ejemplo de ello se encuentra en **la recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 28 de junio de 1985**, documento en el cual se hacen reflexiones atinentes a la función que ha cumplido el proceso penal, centrado tradicionalmente en la relación Estado-delincuente, desconociendo los derechos de las víctimas, y a la consecuente necesidad de repensar la exigencia de reafirmar la confianza de estas últimas en la justicia penal, a través de la garantía debida de sus derechos y de una tutela más efectiva en todas las fases del proceso, en consecuencia se invita a los Estados a revisar sus legislaciones para implementar ciertas directrices.

En relación con el ejercicio del *ius puniendi*, se recomienda que las decisiones discrecionales relativas a la persecución del delito que se adopten en el curso del proceso, tengan una adecuada consideración respecto de la reparación del daño sufrido por la víctima, así como del derecho que asiste a la misma de ser enterada de las decisiones definitivas que se adopten en el curso del proceso, atinentes a la persecución y a solicitar la revisión de la determinación que ordene el archivo de las diligencias.

En punto a la participación de la víctima en el juicio, se defiende una participación amplia de ésta, que incluye: i) El deber de información respecto del lugar y hora de su realización, ii) Informarle sobre las posibilidades que le asisten de obtener la restitución y la reparación del daño casado en este contexto, iii) El derecho de contar con asistencia y asesoramiento jurídico, iv) Informarla respecto de las facultades que le asisten frente a las decisiones que se adopten, v) Se aboga por que los jueces puedan ordenar la reparación debida a la víctima, suprimiendo los límites de jurisdicción existentes, vi) El deber de adoptar medidas para hacer efectiva la reparación de las víctimas, vg. Estableciendo como condición para el disfrute de beneficios tales como el aplazamiento, la suspensión de la pena o la puesta en periodo de prueba el pago de los perjuicios

A nivel de ejecución de la pena, se propone la adopción de medidas concernientes a una correcta ejecución de la sentencia especialmente si la reparación se impone como sanción, evento en el cual se propugna que su ejecución se surta en el mismo modo que las multas, así como la necesidad de que su pago tenga prioridad sobre cualquier otra sanción pecuniaria impuesta. En los demás casos se recomienda prestar asistencia a las víctimas para el cobro de los perjuicios.

Con el fin de proteger la vida y dignidad de la víctima, se aboga por eliminar toda publicidad que la ponga en riesgo, al punto que frente a casos

especiales en los cuales la víctima requiera protección especial, derivada del tipo de infracción que se investiga, el proceso se desarrolle a puerta cerrada o se restrinja la publicidad de los actos concernientes a la víctima.

En consonancia con lo anterior se insta a los Estados a adoptar medidas tendientes a garantizar la protección de la víctima contra amenazas y venganzas, en los casos de delincuencia organizada o cuando ello sea necesario.

Así las cosas, queda en evidencia, que al lado de los derechos fundamentales postulados a favor del procesado, para evitar los abusos del Estado en la investigación y juzgamiento de los hechos ilicitos que perturban la tranquilidad de la sociedad, **con el mismo valor y eficacia, se ha postulado un catálogo amplio de derechos fundamentales a favor de las víctimas** – quienes de paso es oportuno recordar son las que padecen directamente los efectos nocivos del delito –, interes cuya materialización corresponde a los funcionarios encargados de investigar y juzgar los delitos que se cometen al interior de la sociedad y las autoridades Estatales en general.

3. Finalmente concidimos con Gerardo Barbosa[69], en torno a la necesidad de preguntarnos si la noción de debido proceso penal, constituye el culmen de la lucha por el reconocimiento de garantías mínimas reconocidas a favor del proceso penal, o si por el contrario se han generado trasformaciones en el derecho penal sustancial y procesal, que exijen un **replanteo o una versión actualizada del concepto de debido proceso penal.**

Compartimos con Alberto Binder, la afirmación atiente a que la justicia penal, como ciencia social ha sido configurada históricamente, de allí la necesidad de conocer esa génesis desde el presente para comprender el habitus de los actores y las luchas que se han dado a su interior con el propósito de saber qué es lo que hay que defender y preservar y también qué es aquello que se debe cambiar[70], en tanto parafraseando al autor en cita lo que se busca es un método de integración de lo histórico en el proceso de construcción de sentido de las normas procesales.[71]

Al respecto cabe recordar a grandes rasgos, que el modelo de justicia penal –que empieza a gestarse desde los albores de la edad media–, surge como un

[69] Barbosa Castillo.

[70] Binder Alberto M. Derecho procesal penal, Tomo I hermenéutica del proceso penal. Editorial AdHoc. 2013, p. 255.

[71] Ibid id., p. 258

modelo inquisitorial que corresponde a una concepción absolutista del Estado[72], el cual podriamos indicar se identifica por los siguientes rasgos:

Desaparece el procedimiento por acusación[73] y se instaura la **persecución de oficio** que daría lugar, un siglo más tarde, al establecimiento del ministerio público[74], que se revela como un representante del soberano e interviene cada vez que se registra un delito, en delegación del lesionado por tal hecho. Procurador, que como bien lo afirma Foucault, dobla y paulatinamente sustituye a la víctima[75].

Se concibe al comportamiento delictual como **transgresión a la ley del Estado,** al pacto social, a las reglas básicas de convivencia, todo lo cual genera un daño a la colectividad[76] y perturba las condiciones de vida en sociedad[77]; en consecuencia la noción de daño desaparece y, en su lugar surge, el concepto de infracción que refleja que el delito se erige mas allá de un daño cometido por un individuo contra otro, en una lesión que causa un individuo al orden, al Estado, a la ley, a la sociedad, al soberano, como lo expresa Foucault[78]. Se asigna en consecuencia a la pena un **carácter retributivo**[79].

[72] Ibíd., p. 306.

[73] La victima, a quien se había reconocido un papel primordial en el proceso, así fuera parcialmente, sufrió, con el advenimiento del proceso inquisitivo en el siglo XIII, una inicial neutralización que devino posteriormente en abandono.

[74] Binder Alberto M. Derecho procesal penal, Tomo I hermenéutica del proceso penal. Editorial AdHoc. 2013. Ibíd., p. 311.

[75] FOUCAULT, Op. cit., p. 76.

[76] Foucault explica como hacia el siglo XII, surge la figura del procurador, representante del soberano, quien actúa legitimado por el poder que funge como lesionado cada vez que se presenta la comisión de un delito, bajo el siguiente supuesto: Si es verdad que este hombre lesionó a este otro, yo, representante del soberano, puedo afirmar que el soberano, su poder, el orden que él dispensa, la ley que él estableció, fueron igualmente lesionados por este individuo. Así, yo también me colocó contra él.

[77] Ibíd., p. 17.

[78] FOUCAULT, Op. cit., p. 76.

[79] Al respecto, señala Binder que la teoría de la pena, como una de las grandes teorías comprendidas por la dogmática penal, cuyo objetivo se orienta a encontrar una justificación suficiente que permita la imposición de una sanción, que de todas maneras se considera violenta; cualquiera sea la postura que se adopte, retributiva o preventiva, tiene incidencia en el modo de trabajar el sistema y en el tipo de soluciones ofrecidas. BINDER, Alberto M. Justicia penal y estado de derecho. Buenos Aires: Ad. Hoc. S.R.L, 1993, p. 152.

Dicha ideologia registra incidencia fundamental en el rol que se asigna a la víctima en el proceso penal, ya que de ser la titular de la acción penal, pasa a ser entendida como un receptor de la compensación establecida por la autoridad[80], pues al desaparecer la noción de daño, y por ende la de ofendido, se expulsa a la misma del conflicto ocasionado con el delito[81]. De esta manera el delito que en sus orígenes implicaba, un conflicto primario que se traducía en el daño producido a una víctima y a la comunidad, se centra en un conflicto secundario, que fija su atención en la trasgresión de la ley y el poder de quien está facultado para emitirla .[82]

Surge así el proceso penal como institución pública, el *ius puniendi* es ejercido por el Estado[83] a través de la figura del acusador público o procurador, quien, al decir de Foucault, *viene a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima*[84], de manera que parafraseando a Ferrajoli, se puede afirmar que *la relación bilateral parte ofendida/ofensor es sustituida por una* ***relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero imparcial a una autoridad judicial***[85]. El juez por su parte es concebido como un sujeto subordinado, lo que sin duda registra un impacto sustancial en el funcionamiento de la justicia penal, que se mantiene vigente en la actualidad.[86]

El **proceso penal,** se orienta a la averiguación de la verdad, hecho que genera una redefinición en torno al imputado, quien se torna en objeto de persecución; igual sucede con la víctima, quien es desposeída de todas las facultades de intervención que le asistían en este escenario y adquiere el carácter de un simple colaborador en la persecución penal, donde funge como testigo; papel al que se contrae su participación en el proceso por muchos años.[87] Situación que se polongaría hasta 1670, año en el cual se permite al ofendido intervenir en el proceso penal, **en calidad de parte civil**, a efectos de alcanzar un interés privado.

Vendría posteriormente el *code d 'instruction criminelle* Francés de 1808, que **da inicio a la reforma del sistema inquisitivo y pretende la implantación de**

[80] FERREIRO BAAMONDE, Op. cit., p. 13.

[81] BOVINO, Op. cit., p. 91.

[82] Ibid id., p. 268

[83] Ibíd., p. 15.

[84] Ibíd., p. 76.

[85] FERRAJOLI, Derecho y razón, teoría del garantismo penal, Op. cit., p. 333.

[86] Ibid id., p. 273

[87] BOBINO, Op. cit., pp. 90 y 91.

un sistema acusatorio material; no obstante, se mantienen como máximas la persecución penal pública y el descubrimiento de la verdad histórica como cometido del procedimiento[88], continua vigente la existencia del ministerio público con el monopolio exclusivo de la persecución penal; y se autoriza a la víctima participar en el proceso como parte civil, en procura de la reparación del daño, con funciones totalmente separadas del ministerio público a quien se encargaba la promoción y ejercicio de la acción penal[89].

Distinta era la situación del inculpado, quien iba ganando ya en garantías, pues aunque la instrucción era secreta y no se le daba mayor participación; en el juicio se equiparaba al órgano de persecución penal, se le garantizaba el derecho a un juicio público, al derecho de defensa y contradicción[90] . Esta etapa del proceso era oral y pública, con la presencia de jurado de conciencia.[91]

El **régimen probatorio** se caracterizaba por un trabajo preparatorio ejecutado en la etapa de instrucción,[92] toda vez que la prueba que sustentaba la sentencia se practicaba en el juicio, sumado a lo cual se acogió a la íntima convicción como sistema de valoración de la prueba.[93]

Posteriormente se registra la reforma procesal penal del siglo XIX en Europa continental, que dio lugar a la implementación de un **sistema inquisitivo reforzado o sistema mixto** que se caracteriza por los siguientes rasgos:

La persecución penal de los delitos es pública y es ejercida por el órgano estatal establecido para tal fin, por regla general; no obstante se establece un catálogo de deltitos frente a los cuales el ejercicio de la acción penal está sujeta a la voluntad de la víctima, como sucede en Colombia frente a los delitos querellables.

El imputado es sujeto de derechos, de allí que se reconoce a su favor la presunción de inocencia y como corolario de ello la necesidad que el órgano persecutor demuestre en grado de certeza su responsabilidad en la ejecución de un comportamiento delictual; de donde deviene el reconocimiento del in dubio pro reo a su favor. Como consecuencia de la presunción de inocencia se establece como principio general la libertad y la privación de la misma

88 MAIER, Derecho procesal penal, Tomo I, fundamentos, Op. cit., p. 352.

89 Ibíd., p. 353.

90 Ibíd., pp. 353 y 354.

91 Ibid id., p. 356.

92 Ibíd. id., p. 358.

93 Ibid. id., p. 357

de manera excepcional. Garantías a las cuales se suma el reconocimiento a favor del inculpado del derecho de defensa y cintradicción

El procedimiento se divide en dos etapas principales: La investigación con rasgos inquisitivos y el juicio con trazos acusatorios. de allí que se pretenda instaurar en esta etapa el debate publico y oral ante un juez de derecho con la presencia de acusador y acusado. Estancos a los cuales se suma una fase intermedia cuyo cometido primordial es asegurar la seriedad del requerimiento penal y controlar las decisiones adoptadas por el Estado a través de sus representantes.

El proceso penal tiene como objetivo el establecimiento de la verdad histórica sobre la cual se fundamenta la sentencia que pone fin al proceso; empero no de una forma absoluta, como sucedía frente al sistema inquisitivo, sino relativa en la medida que la obtención de la misma encuentra límite en ciertos atributos de la persona humana que deben ser respetados por el aparato estatal[94]. **Domina el sistema de íntima convicción en la valoración de la prueba.**

El sistema mixto entra en crisis y se gesta el movimiento de reforma al sistema penal que defiende la instauración de **modelos procesales con tendencia acusatoria o adversarial** que se caracteriza a grandes rasgos por:

Un replanteo en torno al aparato investigativo del Estado, en tanto la investigación es confiada al ministerio fiscal, a través de la policía judicial, con intervencion jurisdiccional a la hora de adoptar medidas que impliquen restricción de los derechos fundamentales,[95] por razones constitucionales, de legalidad ordinaria y para preservar la imparcialidad.[96]

Se modifica el régimen de la acción[97], que ya no ostenta el carácter rígido que la identificaba, generándose una selectividad controlada del sistema penal[98], sustentada en la entronización a nivel legislativo de institutos tales

94 ibíd. id., p. 450.

95 ARMENTA DEU, Teresa. Sistemas procesales penales, la justicia penal en Europa y América, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, marcial Pons, 2012, p. 72.

96 BINDER, Alberto. Justicia penal y Estado de derecho, Op. cit., p. 210.

97 BINDER, Alberto, Tendencias teóricas del derecho procesal penal en América Latina. Ideas para una nueva hermenéutica del proceso penal, en Congreso Colombiano de derecho procesal, (32, 2011: 2011: Santa Fe de Bogotá) Memorias del XXXII Congreso Colombiano de derecho procesal. Santa Fe de Bogotá. ICDP, 2011, p. 225.

98 Ibíd. Id., p. 211.

como el principio de oportunidad[99], que debidamente reglado, orientará a los funcionarios de la rama judicial a la persecución de determinados comportamientos, atendiendo a ciertos valores que se erigen como criterios de priorización en el ejercicio de la acción penal.

El delito es adoptado como manifestación de un conflicto regente en la sociedad que requiere una solución lo menos violenta posible y lo más eficaz que se quiera para lograr la pacificación de una comunidad.[100]

En consonancia con lo anterior se procura la implantación de institutos que viabilicen la **terminación anticipada del proceso**, tales como los preacuerdos y negociaciones[101]. Mecanismos a los cuales se suma la incorporación de

[99] La entronización del principio de oportunidad en Colombia, obedece a la consideración atinente a que el sistema judicial Colombiano, al igual que sucede en otras latitudes, registra falencias suscitadas por varios factores: La mora en la resolución de los conflictos; la congestión excesiva en los despachos judiciales; la incapacidad del sistema para responder a la criminalidad organizada, llamada por algunos "macro-criminalidad", en razón no sólo a la pluralidad de sujetos que intervienen en su comisión y padecen sus efectos, sino al entramado social subyacente en ellos; la crisis que padece el principio de legalidad u oficiosidad, de cara al cual se impone a las autoridades judiciales el deber de emprender la investigación correspondiente en todos los casos que tenga conocimiento de la comisión de un comportamiento que revista las características de delito, etc.; situación que origina desde el año 1979, la promoción de una serie de reformas, orientadas a la implantación de un sistema que permita combatir la impunidad, dentro de las cuales se encuentra un modelo en el cual se permita la vigencia de mecanismos que viabilicen selectividad en el ejercicio de la acción penal, en aras a permitir que el Estado se ocupe de combatir los comportamientos que afectan con mayor relevancia los bienes jurídicos necesarios para la convivencia pacífica de los coasociados, desechando otros que por su poca trascendencia, por el decaimiento del interés del estado en su investigación o en general por razones de política criminal deben ceder a la investigación y juzgamiento de esos delitos cuya persecución se hace imprescindible por el Estado. De allí que se propugne en reformas promovidas desde el año1997, por la entronización en el sistema penal Colombiano de la figura conocida con el nombre de Principio de oportunidad, cometido que se materializa con la expedición del acto legislativo No. 003 que modifica el Art. 250 de la constitución, atinente a las funciones asignadas a la Fiscalía general de la nación, dentro de las cuales se incluye en la actualidad la de "aplicar el principio de oportunidad en las causales definidas por la ley".

[100] BINDER, Alberto, Derecho procesal penal. Hermenéutica del proceso penal. Op. cit., p. 261.

[101] En Colombia la instauración del instituto de los preacuerdos y negociaciones se sustenta en las falencias que presenta la administración de justicia, especialmente en la sobresaturación de asuntos por resolver que se evidencia en las administración de justicia en el área penal y la consecuente imposibilidad de evacuar todos los asuntos sometidos a su conocimiento. Es así como en la presentación de la ley 906 de 2004, el propio Fiscal

formas alternativas de resolución del conflicto, diferentes a la imposición de la pena, que se fundan más en la búsqueda de acercamientos entre victima y victimario, vg. Conciliación, en sus diversas modalidades, mediación, justicia restaurativa etc.

En consonancia con la tendencia que muestra el derecho procesal del siglo XX y las trasformaciones que se generan en el derecho con la incorporación de la legislación internacional a los ordenamientos internos, a la cual se hizo referencia con antelación, se propugna por una protección decicida de los derechos de las víctimas al interior del proceso, especialmente si se considera que se registra en la actualidad una **era de humanización, redescubrimiento y renacimiento de la víctima** que obedece a una política de garantía y protección del hombre, que no se agota solo en la protección del sujeto pasivo de la acción penal, sino que se extiende a otro de los actores que interactúan en este ámbito, como lo es la víctima.

El modelo procesal con tendencia acusatoria insiste en el **respeto irrestricto de las garantías judiciales**, a través del reforzamiento de los derechos del procesado a contar con un juicio previo; la presunción de inocencia y la consecuente restricción de la prisión preventiva a los eventos en que se justificara su procedencia por la necesidad de alcanzar verdaderos fines procesales constitucionales; el derecho de defensa, que lleva aparejado el fortalecimiento de los sistemas de defensoría pública. A todo lo cual se suma la necesidad de garantizar la independencia judicial y acabar con la delegación de funciones.

CONCLUSIONES

Las garantias procesales surgieron en medio de modelos procesales, como el inquisitorial, identificado por los abusos perpetrados por las autoridades

General de la nación de la época, destacaba que la nueva legislación se inspiraba en un ideal de justicia democrática, para una sociedad pluralista, en donde se diera cabida a todos, brindando protección al procesado y a las víctimas. En tal sentido se pronunció el entonces Fiscal General de la Nación, Luis Camilo Osorio, advirtiendo que uno de los factores que impulsaron la reforma obedece a la elevada congestión de procesos que impera en nuestro País, en Sistema penal acusatorio, reflexiones jurídicas económicas y sociales de la reforma, 2005, pontifica universidad Javeriana, Honrad Adenauer Stifung, Fiscalía General de la Nación , Bogotá, p. 14. En igual sentido se manifestó Gustavo Morales Marín, al destacar que la reforma se orientaba a establecer mecanismos que evitaran un desgaste judicial innecesario, que no fuera extenso en el tiempo y ocupación de los miembros de la judicatura, destacando como tales las rebajas de pena por allanamiento a la imputación y acusación y el establecimiento de preacuerdos y negociaciones.

encargadas de la investigación y juzgamiento de los comportamientos reputados como delictuales. Su objetivo se orientó a la creacion de barreras infranqueables frente a las autoridades encargadas de ejercer el ius puniendi, en protección de la dignidad, seguridad y libertad del sujeto pasivo del proceso penal.

No obstante lo anterior, en razón al carácter evolutivo y dinámico que registra el derecho, se han generado nuevas realidades que han impulsado a un sector de la doctrina a proponer un nuevo alcance y contenido a la noción de debido proceso, que supere la teoría del garantismo vista desde un **aspecto negativo**, que propugna por erradicar los excesos de las autoridades estatales en la averiguación de la verdad y nada más; perspectiva a la cual sebe adicionarse un **aspecto positivo,,** concretado en el **deber** que asiste a las autoridades legalmente constituidas, **de proteger a los miembros de la sociedad** de los atentados que vulneran sus derechos humanos esenciales; sociedad **que clama por una justicia eficiente, que viabilice la seguridad ciudadana y evite la impunidad** .[102]

El carácter esencial que adquieren las constituciones, integradas por normas dúctiles[103] que se adaptan a los valores y principios regentes en una sociedad - en un contexto económico, político y social determinados-, hace que el alcance del debido proceso deba adaptarse a la evolución que ha presentado la proclamación de los derechos humanos y las distintas generaciones de derechos que se han reconocido en el ámbito internacional, superando la dimensión individual que los identificó en sus inicios, a la cual sucedió una segunda generación que se ocupó de los derechos sociales, económicos y culturales y que hoy transita por una tercera generación de derechos que asisten a la sociedad, dentro de los cuales se incluye el **derecho a la seguridad ciudadana** traducido en el deber que asiste a las autoridades estatales de ofrecer **la protección debida** a los miembros de la sociedad **contra alteraciones súbitas y dolorosas, bien sea en el hogar, el empleo o la comunidad.**

Colombia ha transitado por diferentes modelos procesales, que acogen diversas concepciones en torno al delito, con incidencia fundamental en el objeto que se fija la actuación procesal y el rol que se confiriere a los

[102] Douglas Fischer. Garantismo Penal Integral (e näo o garantismo hiperbólico monocular) e o principio da proporcionalidade: breves anotaçöes de compreensäo e aproximação dos seus ideais.

[103] Gustavo Zagreblelsky. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Titulo orgininal: II Dirritto mitte. Legge diritti giustizia. Editorial Trotta, 2005.

diferentes actores del proceso penal; aspectos que impactan necesariamente en el contenido que debe imprimirse al debido proceso y las garantías que se deben materializar por los funcionarios que intervienen en el ejercicio de isu puniendi. Proceso que frente a la víctima, permite pregonar que en la actualidad se registra un redescubrimiento,[104], renacimiento[105], o reingreso de la misma al escenario de la justicia penal[106], que obliga al reconocimiento de los derechos fundamentales que se han postulado a su favor[107]–desde el ámbito internacional y constitucional– en el contexto mismo del proceso penal.

[104] FERREIRO BAAMONDE, Op. cit., p. 4.

[105] Ibíd., p. 31.

[106] BOVINO, Op. cit., pp. 92 y ss.

[107] Al respecto índica Pedro Bertolino que no resulta suficiente hablar de renacimiento o redescubrimiento de la víctima, en tanto lo que se evidencia es un reclamo social que propugna por la necesidad de brindar protagonismo a la víctima en el proceso penal, teniendo en cuenta que la misma se erige en uno de sus principales protagonistas, junto con el sujeto pasivo de la acción pena. BERTOLINO, Op. cit., p. 21.

EL TALÓN DE AQUILES DEL DISEÑO PROCESAL PENAL COLOMBIANO: LA AUSENCIA DE UN FILTRO PARA IR A JUICIO ORAL*

*Jhony Ángel Mena Herrera***

RESUMEN

A partir de una metodología analítica, la presente ponencia tiene como objetivo evidenciar algunas implicaciones epistémicas en el proceso penal acusatorio colombiano que generaría la bifurcación del tribunal, es decir, la división entre el Juez encargado de efectuar el control de la admisibilidad de las pruebas y el Juez ante quien se adelanta el juicio oral. Para cumplir dicho propósito, en primer lugar, se identifica desde el punto de vista normativo y doctrinal el diseño procesal del sistema penal acusatorio en Colombia a partir de la Ley 906 de 2004 y sus reformas. En segundo lugar, se examinan las principales tesis acerca de la bifurcación del tribunal, los sesgos cognitivos que genera la confluencia entre ambos jueces y algunas implicaciones desde el punto de vista teórico respecto de la admisibilidad de las pruebas y la determinación del estándar probatorio. En tercer lugar, se analiza de qué forma la bifurcación del tribunal potencializa la dimensión epistémica de la etapa intermedia del proceso penal acusatorio colombiano.

* La presente ponencia tiene como propósito ser presentada en el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

** Jhony Ángel Mena Herrera, abogado, Máster en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona y Università Degli Studi di Genova, Especialista en Bases del Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona, Especialista en Técnicas de Interpretación de Decisiones Judiciales y Motivación (Universidad de Girona y Università Degli Studi di Genova), Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Libre), Especialista en Derecho Procesal Penal, Ciencias Penales y Criminológicas.

Palabras clave: Bifurcación del tribunal, razonamiento probatorio, audiencia de acusación, audiencia preparatoria, estándar de prueba, sistema penal acusatorio.

1. EL DISEÑO PROCESAL DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

El diseño procesal del sistema penal acusatorio colombiano plasmado en la Constitución Política de Colombia de 1991 y en la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal (CPP), en virtud del principio acusatorio desarrollado ampliamente por Ferrajoli[1], se concreta en la existencia de dos partes opuestas (un acusador y un acusado) y un tercero imparcial (Juez) que decide acerca de los hechos con base en las pruebas que se practican bajo su inmediación, en un principio oral, contradictorio y público. En Colombia, la acción penal se encuentra a cargo de la Fiscalía General de la Nación, una entidad adscrita a la Rama Judicial del Poder Público, la cual a diferencia de los sistemas penales de tendencia anglosajona (common law) no responde a intereses políticos sino jurídicos, lo que reafirma del principio de legalidad de tendencia continental-europea (civil law).

En lo que respecta a los operadores judiciales, la estructura del proceso penal contempla básicamente dos tipos de jueces, el Juez de Control de Garantías y el Juez de Conocimiento. El primero se denomina de esta forma porque su función esencial es controlar que los actos de investigación que impliquen afectación a derechos fundamentales se ajusten a los mandatos de la Constitución y la Ley. Por lo cual, se suele afirmar que sus competencias se circunscriben fundamentalmente a: "a) la conformación de garantías que se ven comprometidas en la actuación judicial de investigación penal; b) la custodia del debido proceso; y c) la función constitucional y legal establecida"[2].

El artículo 306 y subsiguientes del CPP establecen como una de las funciones básicas de la Fiscalía General de la Nación la de solicitar ante el Juez de Control de Garantías la imposición de la medida de aseguramiento[3] para asegurar comparecencia del imputado, conservar la prueba o cuando su libertad ponga

[1] FERRAJOLI, Luigi. 1989. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Milán: Trotta, 1989.

[2] GUERRERO PERALTA, Ó. (2010). Control de garantías. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

[3] Este término se conoce como "prisión provisional" en la legislación española según el artículo 502 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).

en peligro la comunidad o las víctimas. El Juez decretará la medida cuando se cumpla alguno de los requisitos mencionados, pero ante todo cuando de los elementos materiales probatorios (EMP), evidencia física (EF) o información legalmente obtenida (ILO) se pueda *inferir razonablemente* que el imputado puede ser el autor o partícipe de la conducta que se investiga. Valga resaltar que la Corte Suprema de Justicia ha denominado a la inferencia razonable, la probabilidad de verdad y más allá de toda duda razonable como "estándares de conocimiento"; en el presente escrito se identifican como "estándares probatorios" al acogerse los postulados básicos de la tradición racionalista de la prueba[4].

Por su parte, el Juez de conocimiento es el encargado de resolver las solicitudes que se formulan una vez concluye la etapa de investigación del proceso y ante quien se desarrolla el juicio oral. Como su nombre lo indica, este funcionario es el llamado a *conocer* de la fase procesal del juzgamiento y por ende, el responsable de definir la responsabilidad o inocencia del imputado. La siguiente figura describe la estructura del proceso penal acusatorio colombiano según la Ley 906 de 2004:

De conformidad al gráfico anterior, el diseño procesal establecido en el Código de Procedimiento Penal contempla dos etapas procesales y una fase intermedia. La primera es una etapa de preparación, en que las partes conocen la existencia de un proceso y se disponen a recaudar los EMP o EF necesaria tendiente a probar su hipótesis. La segunda es una fase de transición (pero no por ello menos importante) en la cual los extremos ya se encuentran preparados para iniciar el juicio oral y se presentan ante el Juez para definir el thema probandum –el objeto de prueba en el juicio oral–, descubrir los EMP y EF recaudados durante la fase de investigación, y establecer cuáles tienen buenas razones para establecer el grado de corroboración necesario para probar la inocencia o responsabilidad de la persona. La tercera etapa corresponde al juicio oral, en el cual se practican las pruebas decretadas, se exponen alegatos de las partes procesales y se dicta sentencia –salvo que en el transcurso de la audiencia se haya terminado el proceso de forma anticipada.

Como se verá más adelante, la ponencia tiene como énfasis especial lo que Duce denomina como "Etapa de Preparación del Juicio Oral"[5], lo que en el gráfico se denomina como "fase intermedia" que comprende la formulación

[4] ACCATINO, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿todos somos racionalistas ahora? Revus. doi: DOI: 10.4000/revus.5559

[5] DUCE, M. (2020). La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile. Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razona-

Figura 1
Estructura del proceso penal colombiano

Investigación		Juicio	
Indagación	Investigación	Fase intermedia	Juicio oral
		Formulación Acusación Audiencia Preparatoria	Incidente de reparación fijación pena y sentencia

Fuente: AVELLA FRANCO, P. (2007). *Estructura del proceso penal acusatorio.* Bogotá: Fiscalía General de la Nación.

de acusación y la audiencia preparatoria contemplada en el Libro III (Título I y II, artículos 336 a 365) del CPP, la cual a diferencia de otros sistemas penales (v.gr. Chile, Costa Rica y Guatemala) no contempla una valoración por parte del Juez sobre la viabilidad o no del juicio.

El propósito de las siguientes líneas es evidenciar que el diseño procesal descrito anteriormente no cumple el propósito de generar los insumos necesarios para desarrollar un proceso con una dimensión epistémica o ser una verdadera empresa del conocimiento. El diseño procesal penal colombiano en el que confluyen el Juez de la etapa intermedia con el Juez encargado

miento Probatorio(1), 103-132. Obtenido de https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22365/26150

de la toma de la decisión, imposibilita aplicar los criterios de admisibilidad propios de una tradición racionalista de la prueba, por lo cual, no hace un trabajo riguroso de la conformación del conjunto de pruebas relevantes y tampoco hace un análisis preciso de la exclusión de las mismas. En su lugar, se propone una bifurcación del tribunal, se evidencia la necesidad de un control material de la acusación, y en consecuencia, la necesidad de otorgar al Juez la potestad de observar la viabilidad de dar inicio a la fase del juicio oral. Desde luego, el diseño actual contiene una bifurcación entre el Juez que decreta la medida de aseguramiento y el Juez que decide sobre la responsabilidad penal de la persona; no obstante, esta diferenciación no potencializa la diferencia entre el Juez que admite las pruebas y el encargado de decidir sobre la responsabilidad penal de la persona.

2. BIFURCACIÓN DEL TRIBUNAL, ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS Y ESTÁNDAR PROBATORIO

La literatura existente sobre bifurcación del tribunal es escasa, no obstante, el precursor a nivel internacional sobre este tópico es Damaška, quien argumenta que "el espacio para un derecho probatorio de carácter técnico comienza a abrirse solo cuando el tribunal de juicio se separa en dos partes. […] La creciente bifurcación del tribunal de juicio trae consigo un medioambiente institucional que favorece la aplicación efectiva de reglas que ocultan información probatoria al juzgador de los hechos"[6].

Al acogerse a los planteamientos del jurista croata, en Latinoamérica se destaca como promotor de este concepto el catedrático Aristegui Spikin[7], quien a partir de las herramientas analíticas de la teoría racional de la prueba realiza un análisis exhaustivo del sistema de justicia penal chileno y de las implicaciones que debe tener para la exclusión de la prueba ilícita la distinción entre el Juez responsable de efectuar el control de admisibilidad de las pruebas y el Juez encargado del juicio oral. De acuerdo al autor:

> Un tribunal bifurcado hace posible que el examen de admisibilidad de la prueba tenga lugar en una fase previa al juicio y ante un Juez diferente,

[6] DAMAŠKA, M. (1997). Evidence Law Adrift. New Haven: Yale University Press. PP. 26-27.

[7] ARISTEGUI SPIKIN, J. P. (2020). La prueba ilícita ante la bifurcación del tribunal penal. Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, 177-198. doi:10.33115/udg_bib/qf.i0.22369

> evitándose con ello que el tribunal de juicio llegue a tener contacto con la prueba a ser excluida y comprometa así su imparcialidad. Esta estructura permite que las reglas de exclusión cumplan su cometido[8].

A pesar de centrar su análisis en la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, Spikin describe de forma precisa el diseño del proceso penal chileno y permite observar que el Juez de Garantía –así denominado en este sistema procesal– además de la protección de los derechos fundamentales del imputado, tiene a su cargo la etapa de admisibilidad de las pruebas, contrario a lo consagrado en el Código Procesal Penal colombiano que atribuye dicha competencia al Juez de Conocimiento, encargado del juicio oral. La bifurcación del tribunal se observa de forma notoria en el proceso chileno y es el motivo principal por el cual Spikin critica a la Corte Suprema al haber aceptado de forma implícita en su jurisprudencia la admisión y valoración de la prueba ilícita, y en consecuencia, la contaminación del tribunal de juicio con la prueba obtenida con infracción de las garantías fundamentales.

La importancia de lo expuesto por Spikin se observa con mayor precisión al consultar el estudio que elabora Nieva[9] sobre la independencia judicial desde la psicología cognitiva, en el cual examina la confluencia del tribunal de admisión y el tribunal de juicio como una de las causas principales de los sesgos cognitivos que presentan los operadores judiciales al momento de decidir acerca de los hechos probatorios. En su estudio, evidencia desde la heurística de anclaje y ajuste que en muchos casos en los que un Juez ha tenido contacto con un medio de prueba declarado ilícito –a pesar de haber sido excluido–, realiza una operación mental inconsciente en la que valora las pruebas y toma la decisión a partir de un sesgo de confirmación, sin tener en cuenta en modo alguno si el acervo probatorio cumple el grado de corroboración necesario para dar por probada determinada hipótesis, pues la motivación de su decisión estará encaminada a evidenciar de cualquier forma que sí lo está.

Como se puede observar, un diseño procesal que tome como base un tribunal bifurcado brinda mayores garantías para la correcta aplicación de los criterios de admisibilidad probatoria, pues al desligar al operador judicial de decidir acerca del objeto del juicio, le otorga la potestad de aplicar lo que Ferrer

[8] Ibíd., p. 184.

[9] NIEVA FENOLL, J. (2019). Trasfondo psicológico de la independencia judicial. En J. Nieva Fenoll, & E. Oteiza, Independencia judicial: un constante asedio. Madrid: Marcial Pons.

Beltrán denomina un *principio general de inclusión,* es decir, un filtro de orden epistemológico, que "prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante sobre los hechos que se juzgan (…). Una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación de algunas de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia"[10]. En este sentido, el tribunal de admisión está en la obligación de permitir la conformación del conjunto de elementos de juicio relevantes y fiables, aumentando de esta forma la probabilidad de acierto en la decisión que profiera el tribunal de juicio.

A pesar de lo anterior, la admisibilidad probatoria se encuentra regulada en el capítulo III del título IV de la Ley 906 de 2004, la cual como se observó en líneas anteriores no contempla en su diseño procesal con un tribunal bifurcado, y establece que las pruebas serán admitidas siempre y cuando cumplan los criterios de *pertinencia, conducencia y utilidad.*

De acuerdo a lo consagrado en el artículo 375 del CPP, un medio de prueba es pertinente cuando se refiera, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias de la comisión de la conducta delictiva, sus consecuencias, la identidad o responsabilidad del acusado. Lo anterior ha sido comprendido por la Corte Suprema de Justicia colombiana como la relación que tiene el elemento de juicio con el tema de prueba, es decir, con los hechos que deben probarse[11]. Por lo cual, bajo una interpretación sistemática de dicha disposición con el artículo 357 ha sido impuesta como regla general que las pruebas pertinentes son admisibles, lo cual no es aceptable desde una concepción racionalista de la prueba, puesto que un elemento de juicio puede ser pertinente pero no *relevante*, como se verá líneas más adelante.

Por su parte, un medio de prueba es conducente cuando de acuerdo al ordenamiento jurídico es el idóneo o el adecuado para probar el objeto de la investigación, por ello se afirma que su determinación hace referencia más a una cuestión de derecho. Sus expresiones principales son: "(i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba"[12]. Finalmente, la utilidad evalúa el aporte

[10] FERRER BELTRÁN, J. (2007). La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, p. 42.

[11] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2018). AP948. Radicación No. 51882. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar.

[12] Ibídem.

concreto del medio de prueba, impidiendo de esta forma que sean admitidos medios superfluos, repetitivos y dilatorios de la actuación.

Como se puede observar, los criterios actualmente vigentes en la normatividad colombiana para la admisibilidad de las pruebas son lo que Ferrer Beltrán denomina como "filtros adicionales impuestos por las reglas jurídicas"[13], mas no propiamente filtros epistemológicos, por lo cual no brindan los insumos necesarios para la conformación de un conjunto de elementos de pruebas relevantes y fiables que aumente la probabilidad de acierto en la decisión. En virtud de lo cual, como se intentará argumentar en el siguiente apartado, al acogerse la propuesta de adoptar un tribunal bifurcado en el sistema penal acusatorio colombiano, los criterios referidos perderían vigencia y en su lugar *la relevancia, la fiabilidad y el peso probatorio inferencial* serían los criterios acordes al diseño procesal.

Por otro lado, así como el tribunal bifurcado tendría fuertes implicaciones en la admisibilidad de las pruebas, la decisión acerca de los hechos probatorios se vería afectada y por ende la determinación del estándar de prueba, tanto el que se requiere para la etapa intermedia del proceso –formulación de acusación- como el que se requiere para declarar la responsabilidad o inocencia del acusado. En ambos casos el Juez estaría en la capacidad –y la obligación- de valorar si el conjunto de elementos de prueba cumple el grado de corroboración necesario y suficiente para la toma de la decisión.

Ferrer Beltrán[14] -uno de los autores más prolíficos en esta materia- ha definido el estándar de prueba como el grado de probabilidad o de apoyo a partir del cual estamos dispuestos a considerar probada la hipótesis en cuestión. En ese sentido, ha identificado tres requisitos metodológicos que debe cumplir una regla para ser denominada con propiedad un "estándar de prueba":

a. Apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan
b. Los criterios que se utilicen en el estándar deben cumplir la función de establecer un umbral lo más preciso posible a partir del cual una hipótesis fáctica pueda considerarse suficientemente corroborada a los efectos de la decisión que debe tomarse

[13] FERRER BELTRÁN, J. La valoración racional de la prueba, p. 43.

[14] FERRER BELTRÁN, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En D. Papayannis, E. Pereira, & (Eds.), Filosofía del derecho privado (pp. 401-430). Madrid: Marcial Pons.

c. El umbral de suficiencia no puede establecerse mediante números ni fórmulas matemáticas, sino a través de la utilización de criterios cualitativos.

No obstante lo anterior, el estándar de conocimiento requerido por el CPP para la presentación del escrito de acusación es el denominado "probabilidad de verdad", contemplado en el artículo 336 de la siguiente forma:

> ARTÍCULO 336. PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el Juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con *probabilidad de verdad*, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe[15].

Desde la óptica de los requisitos metodológicos que deben cumplir los estándares probatorios, la probabilidad de verdad cumple el requisito c) toda vez que no se encuentra formulado en términos cuantitativos, por lo demás, a todas luces es un concepto vago e indeterminado, pues ¿cuándo hay EMP y EF suficientes para afirmar que la conducta delictiva existió y el imputado es su autor o partícipe? Dicho criterio no cumple su función de señalar el umbral de suficiencia requerido, no permite que se efectúe un control intersubjetivo del mismo. En el siguiente apartado se expondrán las razones por las cuales la adopción de un tribunal bifurcado hace necesario transitar del "estándar de conocimiento" de probabilidad de verdad hacia un estándar que cumpla con los requisitos metodológicos de una concepción racionalista de la prueba.

3. LA ETAPA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL O FASE INTERMEDIA DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO ANTE LA BIFURCACIÓN DEL TRIBUNAL

3.1 La formulación de acusación en un tribunal bifurcado

La acusación en el proceso penal acusatorio colombiano deviene una vez se ha logrado inferir razonablemente que, de conformidad a los elementos materiales probatorios o evidencia física legalmente obtenida, el imputado puede ser el autor o partícipe de la conducta penal que se investiga. En palabras de la Corte Suprema de Justicia colombiana:

[15] Ley 906 de 2004, artículo 336.

> La formulación de acusación propiamente dicha, esto es, aquella actuación posterior a la imputación, sin que haya mediado allanamiento, preacuerdo o negociación de responsabilidad, es por excelencia en la sistemática procesal penal de la Ley 906 de 2004 (como igual ocurría en las legislaciones procesales anteriores) **el acto fundamental del proceso dado que tiene por finalidad garantizar la unidad jurídica y conceptual del mismo, delimitar el ámbito en que va a desenvolverse el juicio** y, en consecuencia, fijar las pautas del proceso como contradictorio[16].

Como se puede observar, el propósito de la audiencia de acusación es evaluar si surgen suficientes evidenciadas de responsabilidad delictiva que ameriten dar inicio a la fase de juicio oral. En virtud de ello, el legislador impone a la Fiscalía General de la Nación[17] la obligación de presentar el "escrito de acusación ante el Juez de conocimiento, con el fin de *dar inicio a un juicio público*, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías"[18]. No obstante, la presentación de dicho escrito debe contener los siguientes cuatro requisitos establecidos en los artículos 8, numerales 1, 2, 3 y 5 del artículo 336, y el artículo 339 de la Ley 906 de 2004: i) una individualización concreta y completa del acusado; ii) una relación detallada los hechos jurídicamente relevantes en un lenguaje claro y comprensible; iii) datos de identificación y localización del apoderado del acusado; indicación de las pruebas que se pretende hacer valer en el juicio.

A pesar de la interpretación más popular sobre el numeral 4 del artículo 250 superior, al adoptarse la teoría del tribunal bifurcado una de las implicaciones más importantes es que la presentación del escrito de acusación *ipso facto* no da inicio al juicio oral y no se debe realizar ante el mismo Juez de conocimiento encargado de decidir acerca de la responsabilidad del imputado. El tribunal de admisión será el encargado de evaluar a partir del estándar probatorio si existen elementos de juicio necesarios y suficientes para dar inicio a la etapa del juicio oral.

A propósito del estándar probatorio requerido, es menester resaltar que en algunos países de Latinoamérica han recurrido a los estándares propuestos

[16] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2011). Sentencia 34022. (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca) (énfasis añadido).

[17] De acuerdo al artículo 250 de la Constitución Política de Colombia es la entidad responsable de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que revistan las características de un delito.

[18] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Literal 4, artículo 250.

por Ferrer Beltrán en su reciente obra "Prueba sin convicción" para adoptarlos en las diferentes etapas del proceso penal. En México, por ejemplo, el Tribunal Colegiado del Circuito en la providencia que resolvió el amparo en revisión 556/2021 acogió el estándar No. 4 para la vinculación del imputado al proceso[19]. Asimismo, en Perú la Corte Suprema de Justicia de la República acogió el estándar No. 2 para definir la responsabilidad penal del acusado, tal como se vislumbra en la Sentencia que resolvió el recurso de casación No. 1897[20].

De conformidad con lo anterior, una vez instaurado el tribunal bifurcado en el diseño procesal penal colombiano y al habérsele otorgado al operador judicial la potestad de definir el estándar de prueba de la acusación, es decir, la facultad de evaluar si los EMP y EF presentados cumplen como buenas razones para establecer el grado de corroboración necesario para iniciar el juicio oral, tendrá necesariamente que hacer uso del estándar que determine el legislador. Al tenor de lo examinado en legislación comparada se propone como estándar probatorio para la formulación de acusación el siguiente:

> *Estándar de Prueba No. 3*
>
> Para considerar probada la hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:
>
> i. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.
>
> ii. Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación[21]

Contrario al estándar de probabilidad de verdad que contempla el artículo 336 del CPP, el estándar No. 3 propuesto por Ferrer Beltrán fija umbral de

[19] TRIBUNAL COLEGIADO DEL CIRCUITO. (2021). Amparo en revisión 556. Semanario Judicial de la Federación.

[20] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. (2021). Sentencia de casación No. 1897. Ponente: César San Martín Castro. Obtenido de https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Casacion-1897-2019-La-Libertad-penal-LP.pdf

[21] FERRER BELTRÁN, J. (2021). Prueba sin convicción. Madrid: Marcial Pons. p. 209.

suficiencia que debe acreditar el fiscal que presente el escrito de acusación. En ese sentido, la argumentación del representante del ente acusador estará encaminada a demostrar la hipótesis acusatoria a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que conste en el acervo probatorio. Una vez presentadas por el Fiscal las razones para acusar al imputado, el Juez estará en la obligación de ejercer un control formal y material a la acusación, pues al haberse bifurcado el tribunal, el Juez que recibe la acusación no corre el riesgo de contaminación frente a la etapa de juicio oral.

Desde esta óptica, otorgar al Juez la potestad de efectuar un control material de la acusación permite que acusaciones débiles y poco fundadas den inicio a una etapa de juicio oral, con todo el desgaste de la administración de justicia que ello conlleva. Al permitir que el operador judicial evalúe si existen méritos para dar inicio a la siguiente etapa del proceso, se da paso a que solo verdaderas acusaciones corroboradas a nivel formal y material sean puestas en consideración del tribunal del juicio, quien estará en la obligación de evaluar si el conjunto de elementos de juicio sirve como buenas razones para establecer el grado de corroboración necesario para probar la inocencia o responsabilidad del acusado.

3.2 La admisibilidad probatoria en un tribunal bifurcado

Tal como se afirmó líneas anteriores, transitar de un tribunal unificado a un tribunal bifurcado implica aceptar que los criterios procesales para definir la admisibilidad de las pruebas deben ser criterios epistémicos que apunten a obtener "medios de prueba con la capacidad para proporcionar razones epistémicas (i.e. elementos de prueba, indicios) que sirvan de soporte directo a la proposición"[22], siendo el principal de estos: la *relevancia probatoria*. Según Vázquez[23], dicho criterio se encuentra relacionado con la probabilidad de acierto en la decisión, lo cual se refleja en el aumento de probabilidad de la

[22] DEI VECCHI, D. (2020). Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión. En P. Rovatti, & A. Limardo, Pensar la prueba (pp. 27-54). Buenos aires: Ediciones del sur. p. 34.

[23] VÁZQUEZ, C. (2015). La admisibilidad de las pruebas y la racionalidad de las decisiones judiciales. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 0(38), 101-130. Obtenido de https://doxa.ua.es/article/view/2015-n38-la-admisibilidad-de-las-pruebas-periciales-y-la-racionalidad-de-las-decisiones-judiciales/pd

hipótesis. Por su parte, Tarruffo refiere que la relevancia probatoria se "basa en una conexión lógica entre el enunciado que expresa el resultado positivo esperado del medio de prueba y un enunciado acerca de la existencia de un hecho litigioso"[24].

Si bien es cierto la relevancia es el criterio fundamental y necesario para la admisibilidad de las pruebas, no es suficiente, pues además debe tenerse en cuenta su fiabilidad y el peso probatorio que aportan. El primero hace referencia a su credibilidad, que depende de otros factores y difieren si se trata de pruebas tangibles (objetos, documentos, imágenes, mediciones, mapas, diagramas, exámenes médicos) o pruebas testimoniales. Las primeras son fiables siempre y cuando sean auténticas, esto es, que no sean falsificadas, adulteradas, alteradas o mal etiquetadas. Igualmente, serán fiables si son exactas, precisas, seguras y consistentes. Ejemplo de estas últimas pueden ser las fotografías tomadas en la escena del crimen, su fiabilidad dependerá del grado de resolución de la cámara, su enfoque y la cantidad de objetos necesarios que logra capturar y la forma en la cual estás imágenes conservaron su cadena de custodia. Por otra parte, la fiabilidad de pruebas testimoniales depende de factores como *la base de la afirmación*, que conlleva a observar el testigo cómo adquirió la información; y *los tributos de credibilidad de la afirmación*, es decir, la veracidad, objetividad y sensibilidad observacional de la persona, los cuales dependerán del tiempo y el contexto en los cuales se desarrolla el acontecimiento[25].

Finalmente, el valor, peso o fuerza probatoria de determinado medio de prueba permite identificar cuán fuerte resulta para favorecer la proposición que se pretende demostrar y su peso será alto:

> En la medida que aumente (o disminuya) considerablemente la probabilidad de que la conjetura respecto de la que se discute haya efectivamente ocurrido, o bien que el conjunto de la prueba producida se explique mejor aceptando la conjetura discutida, antes que desechándola. A contrario, el valor, peso o fuerza probatoria será escaso si el aumento (o disminución) de la probabilidad de que lo que se sostiene en la conjetura haya ocurrido no se modifica, de manera considerable, en relación con lo que existía en forma previa a su

[24] TARUFFO, M. (2008). La prueba. Madrid: Marcial Pons. p. 39.

[25] ANDERSON, T., SCHUM, D., & TWINING, W. (2015). Análisis de la prueba. Madrid: Marcial Pons.

producción; o bien si el conjunto de la prueba producida se explica sin necesidad de aceptar (o refutar) la conjetura discutida[26].

Los conceptos expuestos anteriormente evidencian que el Juez para decidir acerca de la admisibilidad de un determinado medio de prueba debe adelantar una valoración de los mismos, es decir, debe pre-valorar la prueba, ver si altera el estatus justificativo de la hipótesis acusatoria, observar su fiabilidad y peso probatorio. En caso contrario, se correría el riesgo que la misma pueda ser irrelevante –pese a que desde un punto de vista jurídico-formal sea pertinente[27]–, no sea fiable y su fuerza probatoria no sea de tal magnitud para modificar en ningún grado la acusación.

Así pues, la bifurcación del tribunal mejora la etapa de admisibilidad probatoria, pues además de permitir que solo pruebas relevantes, fiables y con peso probatorio lleguen a la etapa de juicio oral, también evita en gran medida los sesgos cognitivos. Esto último dado que, en el momento de la admisibilidad para determinar la relevancia el Juez debe pre-valorar, por lo cual, el Juez unificado estaría, de algún modo prejuzgando, introduciendo sesgos y entraría al juicio con una posición más o menos tomada acerca del caso. En cambio, un Juez de admisibilidad diferente podría efectuar con plena libertad esa pre-valoración a efectos de establecer, de manera epistémicamente más informada, si una prueba es relevante y debe ser admitida.

BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿todos somos racionalistas ahora? *Revus*. doi:DOI : 10.4000/revus.5559

ANDERSON, T., SCHUM, D., & TWINING, W. (2015). *Análisis de la prueba.* Madrid: Marcial Pons.

ARISTEGUI SPIKIN, J. P. (2020). La prueba ilícita ante la bifurcación del tribunal penal. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 177-198. doi:10.33115/udg_bib/qf.i0.22369

[26] COLOMA, R. (2017). Conceptos y razonamientos probatorios. *Revista de Derecho* (Valdivia), 30(2), 31-56. Obtenido de https://www.scielo.cl/pdf/revider/v30n2/art02.pdf. pp. 45-46.

[27] DEI VECCHI, D. Op. cit. Establece una clara diferenciación entre pertinencia y relevancia, una prueba puede estar relacionada con los hechos -es decir, puede haber una correspondencia entre el elemento de prueba y la proposición que a probar-, pero no aumentar en grado alguno la hipótesis que se pretende demostrar, o sea que no modifica su grado de justificación epistémica, caso en el cual deberá ser inadmitida.

AVELLA FRANCO, P. (2007). *Estructura del proceso penal acusatorio.* Bogotá: Fiscalía General de la Nación. Obtenido de https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf

COLOMA, R. (2017). Conceptos y razonamientos probatorios. *Revista de Derecho (Valdivia), 30*(2), 31-56. Obtenido de https://www.scielo.cl/pdf/revider/v30n2/art02.pdf

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. (20 de julio de 1991). Obtenido de Gaceta Constitucional No. 116.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2011). *Sentencia 34022.* (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2018). *AP948. Radicación No. 51882.* Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. (2021). *Sentencia de casación No. 1897.* Ponente: César San Martín Castro. Obtenido de https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Casacion-1897-2019-La-Libertad-penal-LP.pdf

DAMAŠKA, M. (1997). *Evidence Law Adrift.* New Haven: Yale University Press.

DEI VECCHI, D. (2020). Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión. En P. Rovatti, & A. Limardo, *Pensar la prueba* (págs. 27-54). Buenos aires: Ediciones del sur.

DUCE, M. (2020). La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*(1), 103-132. Obtenido de https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22365/26150

FERRAJOLI, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Milán: Trotta.

FERRER BELTRÁN, J. (2007). *La valoración racional de la prueba.* Madrid: Marcial Pons.

FERRER BELTRÁN, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En D. Papayannis, E. Pereira, & (Eds.), *Filosofía del derecho privado* (págs. 401-430). Madrid: Marcial Pons.

FERRER BELTRÁN, J. (2021). *Prueba sin convicción.* Madrid: Marcial Pons.

GUERRERO PERALTA, Ó. (2010). *Control de garantías.* Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

NIEVA FENOLL, J. (2019). Trasfondo psicológico de la independencia judicial. En J. Nieva Fenoll, & E. Oteiza, *Independencia judicial: un constante asedio.* Madrid: Marcial Pons.

TARUFFO, M. (2008). *La prueba.* Madrid: Marcial Pons.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL CIRCUITO. (2021). *Amparo en revisión 556.* Semanario Judicial de la Federación.

VÁZQUEZ, C. (2015). La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 0*(38), 101-130. Obtenido de https://doxa.ua.es/article/view/2015-n38-la-admisibilidad-de-las-pruebas-periciales-y-la-racionalidad-de-las-decisiones-judiciales/pdf

LEGITIMACIÓN FUNCIONAL Y COHERENCIA ESTRUCTURAL DEL JUEZ DE LA "CAUSA PROBABLE": ¿Una alternativa "Garantista y/o Eficientista" de control real sobre la acusación, los Derechos Humanos y el Principio acusatorio en el Proceso Penal Colombiano?

*Armando J. Noriega Ruiz**

Cuando hablamos de **DERECHOS HUMANOS y PROCESO PENAL**, indudablemente que viene a la "mente del lector e interlocutor", la gran imagen mayéutica y disyuntiva de respuestas a dos grandes preguntas, a saber:

- ¿Sera que están garantizados en el Proceso Penal Colombiano los Derechos Humanos?
- ¿Sera que nuestro Sistema Judicial Penal si está obrando conforme al respeto de los Derechos Humanos contenidos en nuestra Constitución?

Y son precisamente estas; sin lugar a duda, las preguntas con las que nos miden los organismos internacionales, al hablar sobre el *¨Estado Constitucional de las cosas¨* en Colombia; pues, estos entienden que el respeto de los Derechos Humanos es el "*Eje Gravitacional*" sobre el cual descansan los modelos de las cartas políticas de los Estados. Es por esta misma razón, que la constitución se constituye como "*el faro o norte*" de orientación, tal

* Abogado Universidad de Cartagena. Especializado en Derecho Penal y Criminología U. Libre. Especializado en Derecho Procesal U. Libre. Especializado en Docencia Universitaria. Conjuez Sala Penal Tribunal Superior Distrito Judicial. Magister derecho Administrativo U. Libre. Exdecano Facultad de Derecho U. Libre. Presidente delegado-Rector Universidad Libre- Sede Cartagena.

y como se nos ha venido enseñando desde el ámbito del *Derecho Constitucional Penal*.[1]

DERECHOS HUMANOS Y PROCESO PENAL FRENTE A LA ACUSACION FORMAL

La construcción del presente documento, no pretende dar respuesta a estos dos grandes cuestionamientos en todos y cada uno de los actos procesales que se desarrollan a lo largo de todo el Proceso Procesal; sino respecto de un contexto procesal puntual e intermedio de su estructuración o diseño, que guarda estrecha relación directa con la preservación misma de la vigencia de los DERECHOS HUMANOS en el Sistema de Enjuiciamiento Penal Colombiano; atendiendo precisamente a una de las problemáticas de la PRAXIS JUDICIAL que más deslegitiman la CREDIBILIDAD INSTITUCIONAL del ciudadano en el régimen penal actual, a saber: la "Justicia Tardía" que es la más grande de las "Injusticias", y la "Injusticia" en la que se incurre: por la "Precipitada y Prematura" formulación o allegamiento de la "Acusación formal de la radicación del escrito" a la etapa de Juicio, sin los elementos suficientes, para terminar igualmente frustrando con absolución e impunidad la justicia ante la sociedad; son manifestaciones graves de "INJUSTICIA", ambas, la una por "TARDIA", y la otra por "PRECIPITADA" como expresiones de una dimensión de estricta estirpe pragmática de reproche, vigorizan la legitimación o deslegitimación del IUS PUNIENDI, conforme a su mejor "puesta en marcha"; pues ambas, son las razones que nos invitan a la presente propuesta o postulación académica.[2]

[1] Además, el desarrollo del constitucionalismo se ha visto marcado por un cambio de paradigma innegablemente Humanista. Al principio, se centraba más en su dimensión institucional, particularmente en la organización del Estado y el conjunto de sus órganos, pero hoy el principal aspecto de la vida de la sociedad es: la situación de las personas y los grupos, así como el bienestar del pueblo. Por consiguiente, las garantías de los Derechos Humanos han pasado a ocupar un lugar central en el derecho constitucional. Casi todas las reformas del Estado, ya sea en el ámbito de la economía, la seguridad o la política, han de guiarse por consideraciones relacionadas con los derechos. Esta no es una obligación onerosa. Al acometer una reforma constitucional o aprobar una nueva constitución, se deben establecer claramente los Derechos humanos y las Garantías Procesales que faciliten su ejercicio. (Derechos humanos y procesos constituyentes, Publicación de las Naciones Unidas preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del alto comisionado, New york y Ginebra, 2018. HR/PUB/17/5 © 2018 Naciones Unidas, pp. 16 y ss.).

[2] En toda sociedad se producen conflictos en el marco de las relaciones interpersonales; por lo que las personas tratan de generar fórmulas de solución lo menos onerosas

INTROITO, ANTECEDENTES E INSTITUCION PROCESAL

Nuestros estatutos, tanto el "PROCESAL" de enjuiciamiento criminal (Ley 906 de 2004) como el SUSTANTIVO y represor (Ley 599 de 2000), marcan una pauta providencial de garantía, iniciando el articulado de sus normas rectoras, con el principio de DIGNIDAD HUMANA, que tiene un elevado arraigo o naturaleza de constituir normas de raigambre constitucional; pues, vulnerar una norma rectora de estas, es como afectar una norma de carácter constitucional, normas en las que se establecen las obligaciones vinculantes y exigibles a todos los integrantes de los organismos e instituciones públicas, que detentan la condición de funcionarios o servidores públicos.

De donde podemos inferir clara y razonablemente, cualesquiera que sean los roles de quienes intervienen en el proceso penal, que todos los actores del proceso penal cuentan con un mandato: sean o no funcionarios o servidores públicos; y más aún ellos, en virtud del principio constitucional de responsabilidad del Art. 6 de la Carta Política; ¡y es que evidentemente todos!, se encuentran obligados a la defensa de la PERSONA HUMANA y al respeto de su DIGNIDAD.

> *¨…En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se afirma que, si bien en el Convenio de Costa Rica existe explícitamente el mandato de que los jueces o tribunales, entre otros requisitos básicos para el desarrollo de sus funciones en bien de los justiciables, deben ser imparciales a la hora de determinar los derechos de las personas, lo cierto es que tal condición de imparcialidad no solo es exigible en estricto a los jueces…¨*[3]

En este orden de ideas, entendemos que, la validez, eficacia y eficiencia axiológica o categórica de la JUSTICIA en el Sistema Penal Judicial, se hace legitima en la medida en que el proceso se instrumentalice o utilice para

posibles para la paz social y el desarrollo humano. Esto mismo hace valiosa a la imparcialidad, colocándola como elevada condición de quienes asumen la función de decidir. En tal contexto, solo una decisión que exhiba imparcialidad encontrará eco, aceptabilidad y legitimidad de reconciliación social. (Ministerio Público y proceso penal Anuario de Derecho Penal 2011-2012, Autor: Pedro Miguel Angulo Arana, pp. 58 y ss.).

[3] (Ministerio Público y proceso penal Anuario de Derecho Penal 2011-2012, Autor: Pedro Miguel Angulo Arana, pág. 67 y ss.).

alcanzar a impactar el respeto de Derechos Humanos. Pues, es precisamente ese sentido GARANTISTA de sublime y excelsa ponderación de respeto por la libertad del sindicado, equilibrada con la percepción EFICIENTISTA de evitar la impunidad en un conflicto, con la basta responsabilidad que ello significa, para no decaer en errores judiciales; es la que justifica la pretensión constante de procurar resultados evidentemente certeros, legítimos y resolutivos de la justicia misma.

Por ello, es que a la luz de la maravillosa triada de las funciones del proceso penal: ACUSACION, DEFENSA Y DECISION (JURIS-DICTIO); es que debemos preservar esa figura de la "Supra parte" verdaderamente proba y respetuosa del debido proceso, porque es la virtud eminente y verdaderamente IMPARCIAL de la jurisdiccionalidad del señor JUEZ, la que legitima al final, el contenido de certidumbre y tranquilidad que los asociados esperan del sistema en cabeza de la institucionalidad de la JUSTICIA. Ya que todo proceso, y en especial el proceso penal, es un PROCESO DE CONOCIMIENTO, en el que cada vez que avanzamos, nos encontramos con distintos niveles o grados de cognición que nos ofrecen los disimiles estándares probatorios del "quehacer procesal"; iniciando con la Noticia Criminis, en su nivel de DUDA, para pasar o atravesar por la PROBABILIDAD, y llegar finalmente a un conocimiento más allá de toda duda, que son sin mayores complicaciones o complejidades: estadios propios de la "Teoría del Conocimiento"; porque en la medida de que se avanza en el agotamiento del derroche jurisdiccional de los actos procesales, en esa misma medida, nos debemos ir acercando cada vez más, a ese deber ser ideal, de que el hilo conductor de la "verdad procesal" entre a guardar el más mínimo sentido de identidad con la "verdad real o material", o de lo que simple u objetivamente aconteció. Sin embargo, siempre termina siendo otra la realidad que nos aqueja en la "praxis judicial"; pues, pareciera que en no pocas oportunidades del avance de las distintas audiencias, desde "Las preliminares", pasando por la de "Acusación", siguiendo a la "Preparatoria" hasta llegar al "Juicio Oral" mismo; que el "estándar probatorio" se ha quedado "anquilosado o estancado" en la fase de indagación del proceso penal, sin mayores innovaciones contundentes de convicción para una condena; dado que el ingenio y la creatividad competitiva de colaboración de la parte que ejerce el Principio Acusatorio, se ha quedado corta, desueta, desmotivada, impotente, pero por demás atávica en la capacidad investigativa, sin cobrar la suficiencia innovadora de incorporación de elementos probatorios de juicio o medios de investigación nuevos distintos o superiores en fuerza vinculante, a los que se exhibieron en la Audiencia formulación de imputación; y es aquí donde estriba el desgastante

contenido de frustración estadística que nos invita a reflexionar sobre: ¿La legitimidad del funcionamiento del Sistema Penal?...; pues de los casos que se inician, son muy pocos los que al final terminan alcanzando la expectativa judicial de convicción y legitimación de semejante "derroche jurisdiccional"; no solo con las graves consecuencias de vulneración de Derechos Humanos de quienes terminan subjudices a un proceso penal, que al final no alcanzo no solo a resolver un conflicto, sino que además termino desencadenando otro, de innegable decepción para el usuario-víctima del proceso, resentido por la defraudación de las expectativas; sin perjuicio de la vocación de prosperidad que embarga el patrimonio estatal, fruto del "error judicial".

FASE INICIAL	FASE INTERMEDIA	FASE FINAL
A cargo de un Juez de Control del Acto Preparatorio, que nosotros identificamos en nuestros escenarios jurisdiccionales del Derecho Penal Colombiano, como Juez de Control de Garantías, erigido por un juez de un perfil eminentemente Constitucional, dada la envergadura de los Derechos Fundamentales de Libertad y demás afines que se encuentra "en juego" en esos momentos procesales de cuestionamiento del sistema sobre el conflicto penal.	A cargo un Juez de la Causa Probable, que funge entre ambos extremos del proceso evolutivo de conocimiento que se va a adquiriendo a lo ¨largo y ancho¨ del proceso penal, quien debe fungir realmente como un juez intermedio o juez de la decisión interregna, para que sea ese "alto" de "mitad del camino", el mejor control garante para saber si quien ejerce el principio acusatorio cuenta o no cuenta con una causa o un CASO realmente con vocación de prosperidad para alcanzar el estándar de certidumbre y legitimidad para condenar.	A cargo de un Juez Decisor o fallador. Un juez de la cognición o un juez de la causa o del conocimiento, que es en ultimas el que va a fallar o juzgar el caso de fondo, en la integridad definitiva de la causa.

Tradicional y estructuralmente hemos dividido y seguimos dividiendo el proceso penal, aun en ley 906 del 2004, en dos etapas: una denominada INDAGACION de carácter *"pre procesal", con medios de investigación de recaudo , mas no de prueba;* y otra conocida como JUICIO, de estirpe plenamente *¨procesal¨; que contempla en efecto la causación de medios de prueba propiamente dicha*; lo que ha sido ampliamente criticada por el mundo del Derecho Procesal; pues, se ha estimado que dividir el proceso penal en dos partes, fases o etapas, es arrasar con los derechos del sindicado, cercenando o socavando las bases fundamentales de un Debido Proceso. ¡Entendiéndose así!, que todo "Método para juzgar" debe funcionalmente operar con un

¨inicio y un final¨, sin desconocer que al interior de su *"gestión judicial de control", debe implementarse un control intermedio, como funge en* muchos países, que cuentan con:

¡Ahora bien!.., siguiendo la misma línea de conocimiento, y adentrándonos en el sentido y alcance de lo que significa esta etapa intermedia al interior de la estructura lógica que debería ocupar el "diseño procesal" de este "método para juzgar"; podríamos afirmar: Que si bien es cierto que el concepto de "causa probable" propiamente dicho no es acogido en nuestra legislación Colombiana; no es menos cierto, que no signifique que no tenga existencia o estancia de aplicabilidad real en nuestro Sistema Penal; cuando existe antes que él, un alcance de muy similar implantación, como lo es el principio de inferencia de probabilidad de verdad; ya que, existen diversos actos procesales que se homologan o se equiparan a los procedimientos empleados en Estados Unidos aplicando la ¨causa probable¨, cuando el propósito ideal es descongestionar el Sistema Penal, y que éste actúe de forma más ¨eficiente, garantista y eficaz¨, a la vez. De otro lado, sabemos que sus antecedentes tienen arraigo desde la "cuarta enmienda de la Constitución" de los Estados Unidos[4], de manera, que no solo opera para efectos de incautaciones y demás restricciones de bienes o de la libertad misma desde el ámbito policial, sino que es propia de los titulares del ejercicio persecutorio de la acción penal, indicando inclusive que los fiscales también deben tener una ¨causa probable¨ de estándar probatorio para acusar de un delito a un acusado. Sin embargo, lo que ha llegado a ser aparente, es encontrar que una causa probable requiere hechos objetivos que indiquen una actividad criminal probable. Análogo a ello, es válido indicar, que nosotros marcamos como cierto y claro que en nuestra "idiosincrasia jurídica", dominamos mucho más, el criterio de "motivos fundados" en este contexto; lo que indudablemente, se acerca en algo a dicho concepto de "Causa Probable", y que se entiende como ese "conjunto de razones empírica y objetivamente verificables en información, evidencia o elementos materiales lícitamente recabados que indiquen la posible ocurrencia de un delito y probable participación en el mismo del ciudadano al que se le pretenden restringir sus derechos fundamentales". Situación conceptual, que se queda en el escenario paralelo de la audiencia

[4] "…El derecho de las personas a la seguridad de su persona, vivienda, documentos y efectos frente a registros e incautaciones irracionales no se violará y no se emitirán órdenes a menos que exista una causa probable mediante, confirmada por un juramento o ratificación, que describa específicamente el lugar que debe registrarse y las personas o cosas a registrar…".

de formulación de imputación, y que nosotros resolvemos en equivalencia jurídica de aplicación e implicación, de la llamada "inferencia razonable", muy símil a la ¨sospecha razonable¨, pero, aun así, distante del concepto de ¨causa probable¨.

No obstante, se ha entendido que existe un régimen de criterios que le imprimen legitimidad a esta institución de la "causa probable", entre otros:

i. La determinación de la causa probable se constituye en una exigencia constitucional.

ii. El patrón probatorio para determinar la existencia de causa probable debe contener suficiente garantía circunstancial de confiabilidad.

iii. La causa probable debe indicar la existencia material del hecho presuntamente delictivo y la participación probable en el mismo del ciudadano en contra de quién se formula.[5]

En este sentido, nos atrevernos a indicar que no existe una claridad de sentido y alcance dado a la "causa probable" como concepto jurídicamente aceptado; sin embargo, si se sabe que se centra en el campo de la probabilidad, mucho más avante de la inferencia razonable; sin desestimar, que existen algunos conceptos que se acercan y tratan de darle fisionomía a su institucionalidad, así:

> *"La causa probable es que los hechos y circunstancias conocidas, de carácter razonable de confianza, son suficientes para justificar un hombre de prudencia razonable o prudencia en la creencia de que un crimen ha sido o está siendo cometida".*[6]

Por otro lado, se puede igualmente definir la *causa probable para acusar*, como diferente de la *causa probable para arrestar* así:

> *"…Causa probable para acusar: Determinación posterior a la causa probable para arrestar, que debe hacerse en el tribunal en un caso de delito grave para que el estado quede facultado para presentar una acusación. Dicha determinación debe estar fundamentada en prueba relativa a la probabilidad de que se haya cometido un delito grave y*

[5] Intervención del ICDP en Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 19 (parcial) y 21 de la Ley 1142 de 2007. Dentro de la Sentencia C. Constitucional C-226/08.- https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-226-08.htm

[6] Reasonable man definition: common textbook definition, comes from draper v. US 1959.

de que la persona imputada lo haya cometido. Esta etapa del procedimiento en un caso criminal grave recibe el nombre de vista preliminar y debe ser atendida por un juez distinto del que haya determinado la existencia de causa probable para arrestar. Causa probable para arrestar: Determinación que debe hacerse por el tribunal a los fines de dictar una orden para que se proceda a arrestar a un sospechoso. Dicha determinación debe estar fundamentada en la existencia de motivos fundados para creer que se ha cometido un delito y que lo ha cometido la persona imputada. Cuando el arresto se produce sin orden del tribunal, la ley ordena que se lleve a la persona arrestada sin dilación ante un tribunal para que se determine si existía causa probable para el arresto. En los casos de delito menos grave, una vez se determina la existencia de causa probable para arrestar, el estado queda facultado para presentar el pliego acusatorio contra dicha persona. No así en el caso de delito grave…"[7]

Sin perjuicio de todo lo anterior, otros académicos o profesionales del Estado de la Florida, que estilan opinar, que:

"…la causa probable es esa suma integral de todos los avances que por distintas etapas o canales de información se ha podido recopilar y sintetizar, de lo que la policía ha oído hablar, sabe u observa como funcionarios capacitados[8]*.*

Así las cosas, mutandis mutandi, así como se da lugar a la aplicación de los distintos niveles o grados de evolución del conocimiento en el proceso de esclarecer las circunstancias que aquejaron el motivo que se dilucida en un conflicto judicial en el Estado de la florida, entendiendo que inicialmente existe una *"sospecha razonable"* que es del orden policial, seguida de una *"causa probable"* en cabeza del fiscal y finalmente un tercer nivel *"más allá de toda duda razonable"* en manos de la función jurisdiccional de conocimiento del señor juez de la cognición o fallador; no podemos negar, que nuestro

[7] Glosario de términos y conceptos jurídicos relativos al poder judicial. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjU85aR3_n2AhXLSTABHbB_AvsQFnoECCAQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.pr%2Fdocumentos%2Forientacion%2Fglosario.pdf&usg=AOvVaw1XMZN8jCNrKJwJnw7TNTln

[8] Comes from Smith V. US 1949. Establishing the experienced police officer standard. ¨suma total de las capas de información o síntesis de lo que la policía ha oído hablar, sabe u observa como funcionarios capacitados¨.

sistema de enjuiciamiento penal colombiano, no se encuentra distante, ni se escapa de estos mismos niveles de concreción probatoria.

Es por ello, que haciendo un acercamiento de derecho legislado o comparado a lo que hemos ajustado a nuestra experiencia cotidiana, en lo referido a la llamada causa probable; no cabe duda, de que su contexto espacio-procesal tiene cabida legitima en el acto de la presentación del escrito de acusación y su consecuente celebración de la audiencia del mismo nombre, para dar lugar a la completitud del acto procesal complejo en Colombia; y de allí, entrar a definir en esta, como la oportunidad precisa e intermedia de linderos de todo ese avance que debe existir entre la indagación y el juicio oral; entre la etapa preprocesal y procesal propiamente dicha, para encontrar en ella, una etapa intermedia o medianera de los linderos en la que se legitima definir al *"acusado, a ese nivel nominativo de su condición subjudice",* a saber: por parte de otro juez o Supraparte, ajeno precisamente a los actos constitucionales de protección de los derechos fundamentales de la libertad y demás afines propios de la tensión de los procesos de captura, de incautación de bienes de medidas de aseguramiento privativas y todo ese entorno que semejantes ponderaciones jurídicas de bienes y de derechos invasivos de la intimidad que se encuentran *"en juego"*, para pasar a un juez muy diferente, más vinculante e inclusive también distante al juez de conocimiento, a quien deseamos mantener marginal, y lo suficientemente alejado de todo prejuicio o preconcepto, que en ultimas termine socavando la imparcialidad propia de sus egos de criterio sentados en precedencia a la toma de cualquier juicio de valor definitivo de lo que significa para él emitir el sentido del fallo o de decisión final del conflicto; de manera, que lleguen a este señor juez de la cognición solo asuntos efectiva y eficazmente construidos con la probabilidad de que se pueda dar lugar a una verdadera causa o contradictorio real de diferencias, con vocación cognitiva de alcanzar el nivel deseado de conocimiento, y no asuntos que no cuenten con la virtualidad ponderada o potencialidad probable de alcanzar ese estándar probatorio que demanda la tranquilidad de adoptar una decisión judicial definitiva sobre un litigio.

Es por ello, por lo que vemos con sumo consenso de garantía política y procesal misma, la legitima necesidad de marcar o fijar un control serio y confiable de carácter procesal al acto acusatorio:

i. Que se concentre en evitar, que se desencadene un desgaste contraproducente del Sistema judicial en el juicio, sin una verdadera instrumentalización de los derechos humanos del proceso penal preocupado por resolver el conflicto.

ii. Que se dedique a marcar lineamientos que respondan a una verdadera y seria depuración del acto formal y sustancial de la Acusación.

iii. Que no se quede en la acreditación simple e ignominiosa del mismo acervo o caudal de EMP o "medios de investigación" que se llevaron a audiencia de imputación.

iv. Que tenga la capacidad de alertar de "antemano" los vestigios negativos de una acusación, cuando esta no cuente con la prospectiva que aspiramos los actores del proceso, para sacar o llevar "más allá de toda duda razonable" la resolución del conflicto al señor juez fallador.

v. Que no vea la audiencia de formulación de Acusación, como un "formulismo" más de ¨audiencia¨ o una ¨pantomima de acreditación procesal¨ y de agotamiento formal de una ¨diligencia judicial más¨ en el proceso, que en nada se preocupa por evitar frustrar la finalidad del proceso penal mismo; a saber: resolver el conflicto judicial.

En este orden de ideas, nos atrevemos a señalar, que así como en el sistema americano existen *tres niveles o estándares evolutivos* de la cognición de la prueba que van desde la *¨sospecha razonable¨*, pasando por la *¨causa probable¨* para llegar a la tranquilidad que se *merece al dormir* ese juzgador en el escenario superado de la *¨duda razonable¨* al que debe llegar al emitir el *¨sentido del fallo¨*; no cabe duda alguna, de que debemos entender que esa *¨causa probable¨* es un espacio avante y evolutivo del proceso, mucho más elevado en grado y nivel de probabilidad, que el que le precede de la *¨sospecha razonable¨*, y no mayor que el que le sigue, se persigue o demanda de la *¨duda razonable¨*; *una fase intermedia, seria y confiable de control, mas no de ¨confort procesal¨,* para poder comprender, que en este estadio evolutivo del proceso y de la "*teoría del conocimiento*", es más comprensible y exigente entender, que en esta fase de la *causa probable,* le asiste la tranquilidad de ponderación al juzgador para saber que se encuentra en un escenario, en el que la probabilidad le indica que el *crimen ocurrió y que el acusado lo cometió*; *pues, se debe contar con más evidencia conclusiva de aquella que fuere necesaria para tener una "sospecha razonable".* En otras palabras, cuando una autoridad señala que cuenta con una "*causa probable"*, es que tiene en su acervo de recaudo, suficientes elementos de juicios de probabilidad mayor, *que demuestran más de una posibilidad, que es la que se demanda de la sospecha razonable*; pues, a este nivel no solo basta una posibilidad, sino el acopio de "*más de una posibilidad" de que el crimen o punible haya tenido no solo ocurrencia, sino de que el autor a este nivel o grado se llama ya no "imputado", sino "acusado: porque va a la causa" y cometió el ilícito*; para que al final, al "*efecto del martillo"* el

señor JUEZ DE LA CAUSA PROBABLE, pueda indicar y golpear en la mesa: ¡HAY CASO![9]

Y es que en efecto, todo lo anteriormente señalado, tiene y guarda *identidad lógica y razonable de coherencia al mismo tiempo!...,* como razón de ser de que se llame o denomine "*JUEZ DE LA CAUSA PROBABLE*": porque su nominación responde o se hace certera con la terminología, cuando hablamos que la sinonimia del sentido semántico y alcance sintáctico de la palabra "causa", que hace referencia a múltiples conceptualizaciones afines de: *Plenario, Juicio, Debate, Vista Publica,* etc.; para denotar, que ese Juez cuenta y tiene la elevada responsabilidad de marcar un "*hito de viabilidad procesal o no?..*" de que el asunto que tiene o que se le expone de presente a ese nivel: *cuenta con elementos suficientes para superar el umbral probandum o probatorio mínimo para aspirar a llegar de manera prospera o victoriosa a la consecuencia de superar la "duda razonable" suficiente*, para condenar o por lo menos salir con tranquilidad del "estado de duda" al que pueda verse expuesto en esos escenarios tan avanzados de un proceso penal.

De manera, que si bien en la preliminariedad de la audiencia de formulación de imputación, hoy llamada a desaparecer por cierto!.., es suficiente la efectiva y simple comunicación clara de los cargos que se le atribuyen al "*ciudadano desviado*" y por los cuales está siendo investigado; acto en el que el fiscal debe velar por que su intervención sea *completa, rigurosa, organizada,* y además comprensible para el ciudadano, a quien se le comunica su calidad de imputado, bajo la legitimidad de una ¨sospecha razonable¨, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico denominada ¨inferencia, pero también "Razonable". En la audiencia de formulación de Acusación, la exigencia debe ser indudablemente mayor; pues, precisamente desde la formulación de imputación como acto procesal, se da inicio a un conteo perentorio de planeación finito para formular los cargos en sede de Acusación, como la entrada "técnicamente hablando" a la fase del gran Juicio Oral, lo que nos lleva apenas a *"…razonar que desde aquel inicial momento, debe contarse ya, en alto porcentaje, con la evidencia necesaria para soportar las respectivas pretensiones en las correspondientes oportunidades. Pues, el nuevo Sistema*

[9] Por lo tanto, todas las búsquedas realizadas por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben ser "razonables", y para garantizar que estos procedimientos son razonables, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben tener e identificar la causa probable. Es por ello por lo que la causa probable es considerada como un estándar más alto que una sospecha razonable. Si un oficial tiene una sospecha razonable, el / ella puede detener a una persona por un corto período de tiempo, por el contrario, la Causa probable permite la detención prolongada.

Penal Oral Acusatorio, determina claramente los grados de persuasión que se van exigiendo a lo largo de la investigación penal, los que van desde la ignorancia hasta obtener el conocimiento más allá de toda duda."[10].

Es por todo lo anterior, que se hace valido entender de igual manera, cuales, son aquellas:

MOTIVACIONES O CAUSAS QUE LEGITIMAN LA ACTUAL Y COYUNTURAL INCORPORACIÓN DEL JUEZ DE LA CAUSA PROBABLE EN EL SISTEMA JUDICIAL PENAL

I. Represamiento judicial de procesos, y/o desmedido crecimiento de la congestión judicial con maximizado derroche jurisdiccional del sistema penal

Las resultas de las estadísticas que nos revela la corporación excelencia para la justicia nos permiten entender que existe una grave falencia en las indagaciones que se encuentran a cargo de la institución fiscal, como abogado de la sociedad. A tal extremo, que pareciera que la apremiante preocupación de los fiscales por colmar las expectativas de los guarismos de las estadísticas que se les exige; en ultimas, los impulsa "llevar a juicio" a procesos que no cuentan con la suficiente contundencia probatoria para alcanzar el estándar de la certidumbre que demanda el fallador para condenar. Actualmente, la carga de denuncias es por lo menos de 110.000- 120.000 Noticias Criminales Mensuales. Inclusive para el año 2019, la Fiscalía recibió casi 1'500.000 denuncias, esto es unas 4.000 denuncias diarias o un equivalente a 165 cada hora[11].

[10] Tomado de: Las Audiencias Preliminares en el Sistema Penal Acusatorio fiscalía general de la nación escuela de estudios e investigaciones criminalísticas y ciencias forenses. Piedad Lucía Vanegas Villa, 2007.

[11] El año pasado, la Fiscalía recibió casi 1'500.000 denuncias, esto es unas 4.000 cada día y 165 cada hora. Gran parte (39 %) fueron por delitos contra el patrimonio económico, como el hurto; seguidos por delitos contra la vida, con un 14,6 %; contra la familia, 12,3 %; contra la seguridad pública, 5,6 %, y contra la salud pública, 5% No obstante, la mayoría de los casos terminaron en el congelador, con un 74,2 % de procesos que fueron archivados. 18.467 casos que llegaron a un juicio, el 57 % terminó en una absolución, es decir, la Fiscalía perdió casi 6 de cada 10 casos. Solo en el 43 % de los procesos hubo condenas, de las cuales casi la mitad (48 %) se lograron por negociaciones o acuerdos. (https://cej.org.co/sala-de-prensa/en-2019-fiscalia-perdio-casi-6-de-cada-10-casos-que-llegaron-a-juicio/).

Por todo lo anterior, es válido entender, que una de las primeras razones que nos impulsan a incorporar la necesariedad procesal de un Juez en esta fase intermedia del grado persuasivo o suasorio de los medios de investigación o elementos materiales de Convicción (EMP) en esta zona medianera de avance de la carga investigativa que ha venido adelantando la Institución Fiscal, en cabeza de quien ejerce el Principio acusatorio; es precisamente, la legitimidad que a este nivel se demanda, para impulsar, justificar y seguir adelante en una causa que realmente le ofrezca al JUEZ de la causa o de la COGNICION; no solo la certidumbre de una pluralidad mínima de probabilidad de elementos que le permitan entrar a dar lugar o no, a la apertura de un juicio o contradictorio sobre el plenario; sino la de concentrarlo en un contradictorio que cuente por lo menos, no solo formal, sino sustancialmente, con elementos de juicio realmente vinculantes, que le permitan ocupar su atención en la "resolución del conflicto", antes que entrar a un "derroche jurisdiccional inútil sobre el asunto"; bien sea: para sacarlo de la judicialidad con una absolución o resolverlo con restablecer los derechos afectados con una condena "limpia del verdadero responsable"; de manera, que en ambas circunstancias, se logre llegar al final, con un tránsito in vía y necesario de definición real y material del conflicto; mas no con: Una clara incertidumbre sobre los extremos de la relación jurídico-procesal, que a estas "alturas medias" de esta fase, se hace inconcebible para los ¨costos sociales¨ que ello per se implica para el sistema judicial penal mismo, sin desmerito de todas las afectaciones de derechos fundamentales disminuidos, menoscabados o afectados a la luz de la cuestionada eficacia y eficiencia del sistema judicial vigente.

¡Bajo este escenario! no podemos seguir tolerando la prolongación sistemática de una abierta brecha sobre la real existencia de la conducta punible o ¿por qué no? en el mejor de los casos, encontrarnos con "*una causa"* que desde la indagación viene con una actuación procesal *¨huérfana contenido probatorio¨* que se contrae, a la que igualmente *se le revelo o presento* al imputado, al acusado e inclusive al hoy justiciado, asombrándonos de manera tan abrumadora, para llegar a preguntarnos a nosotros mismos:

- ¿Por qué motivos este proceso se encuentra aquí?
- ¿Cómo llego a esta fase?
- ¿Por qué no se quedó en los escenarios iniciales de la indagación?
- ¿Que lo llevo a que terminara llegando a la fase procesal del juicio?
- ¿Cuáles fueron realmente las circunstancias por las cuales, las partes no llegaron a colocar de presente o no se dieron cuenta de que no existe *"un verdadero caso"*?

Desencadenando en su convicción jurisdiccional una grave defraudación procesal que, a "prima facie" y a priori adolece de contenido penalmente relevante, cuando aun antes de iniciar la etapa procesal del juicio, ya se atreve uno a ¨vaticinar o predecir¨ la poca vocación de prosperidad que le falta a la pretensión penal de quien como Institución Fiscal ejerce el principio acusatorio en el asunto[12].

> *"…No se puede negar, ni olvidar que debido a la gran cantidad de denuncias y querellas que llegan a la fiscalía general todos los días, los* ***fiscales ostentan una enorme carga laboral que no les permite dedicar toda la atención y esfuerzo necesario a cada uno de los casos que manejan****, lo cual trae como consecuencia, que* ***muchas veces se descuiden al momento de elaborar la acusación…***
>
> *…En la práctica, esto lleva a que en no pocas ocasiones* ***lleguen hasta el juicio oral procesos que, bajo un análisis más detallado, nunca hubieran alcanzado esta instancia.*** *Esto genera* ***un desgaste para todo el aparato procesal, además de que afecta la imagen que la ciudadanía tiene de la fiscalía****, debido a su bajo éxito de condenas, puesto que el juez de conocimiento no tendrá otra opción que absolver al procesado si no se demuestra que la conducta que cometió corresponde con la señalada por la Fiscalía en la acusación...*[13]

Sería una salida maravillosa del *sentido garantista y a la vez eficientista del Sistema judicial penal,* que este responda a un *equilibrio de las cargas de celeridad jurisdiccional y de esa justicia pronta, cumplida y razonable, que tanto demanda el ciudadano a la luz del respeto de los DERECHOS HUMANOS y FUNDAMENTALES que con vehemente aspiración pregona nuestra carta política en la estructura dogmática de los DERECHOS, GARANTIAS Y DEBERES*; porque, *no solo se hace justicia cuando se condena,*

[12] La ONU, siempre que ha tenido oportunidad, ha admitido la concepción de la imparcialidad de los fiscales en lo penal en el desempeño de sus funciones. Así, en el octavo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, efectuado en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, se aprobaron las directrices sobre la función de los fiscales…. De la lectura de los considerandos de dichas directivas, se deduce que se consideró insuficiente, para garantizar la justicia, establecer directrices solo para la policía y jueces…¨ (ONU, 2002, pp. 469 y ss.)

[13] La etapa intermedia en el procedimiento acusatorio-adversarial de Colombia, Carlos Roberto Solórzano Rojas, pp. 10 y ss.

sino también cuando se absuelve[14]*; cuando se archiva o se precluye de manera ¨no tardía¨, sino por el contrario de ¨manera ágil, prudente y razonable¨ en el desarrollo del Sistema Judicial Penal.*

Siendo así las cosas, los procesos judiciales en Colombia, deben contar con la capacidad de resolverse en el menor tiempo posible; pues, así como funciona *la celeridad investigativa y crecen las expectativas de las partes; asimismo se acrecientan los extremos distánciales y abismales de los sentimientos de empatías o antipatías al interior de quienes engendran o sostienen el conflicto*; tornándose importante y oportunamente razonable entender, que la garantía política de la ley y el eficientismo del Sistema debe responder al ciudadano, *en el derecho que le asiste a este a saber: el derecho a contar con una resolución pronta y legitima de su conflicto dentro de unos tiempos y plazos razonables; que le contesten las preguntas del contexto judicial de su conflicto, en unos espacios funcionales de desgaste jurisdiccional y judicial naturalmente moderados.* Es aquí, donde estriba o radica la *legitimidad; y con ello, la función motivadora del ciudadano de darle u otorgarle un lugar y respeto a la "autoritas judicial";* porque ni aun, *una respuesta tardía* con una *sabia determinación o decisión es considerada para el ciudadano una decisión legitima; ya que, contar con la restitución del derecho y la garantía de una respuesta judicial tardía o después de un desesperante "tiempo incierto de espera" sin determinación jurisdiccional por parte del sistema; también es una forma maltratadora de desencadenar injusticia e inclusive ¨violencia institucional¨ por parte ya no del delincuente o presunto responsable, sino por el mismo y deslegitimado Estado a través de su inoperante Sistema Judicial.*

Esto demuestra, que así como el *proceso penal es un proceso de conocimiento*, así mismo, al interior evolutivo de su desarrollo, debe fungir ese sentido lógico y razonable, pero sobre todo *coherente de toda su estructuración*, en el que de manera "paralela" al avance de los actos procesales, a la *¨nominación misma de las "audiencias"*, al "*grado suasorio de las elementos que la sustentan*"; debe existir un "*crecimiento vertiginoso del* "*camino consciente*" de progreso en el conocimiento de lo acontecido" entre todas y cada una de las naturalezas propias de los actos procesales que con él se despliegan y perfeccionan, de sus elementos materiales probatorios, de sus medios de investigación e información o pruebas que lo sustentan; a tal nivel, inclusive de atrevernos a afirmar, que la legitimación del grado de convicción del Sistema Judicial Penal mismo, y su avance de respeto de Derechos Humanos en desarrollo del

[14] El interés del juez en que un criminal no quede sin castigo, no le incapacita para hacer justicia» (López López, 2001, p. 184.)

ejercicio de su Control Social, se hace cada vez más valido en la restricción de Derechos Fundamentales, en la misma medida progresiva del avance que tengamos de respuesta a la tranquilidad que se va superando, ganando o adquiriendo por el juez, en cualesquiera de sus etapas y de los estándares probatorios que le son exigibles, dado el acercamiento que va "cobrando su criterio" de llegar cada vez más cerca al nivel o estadio de la certidumbre de lo que se encuentra acreditadamente evidenciado de haber ocurrido o acontecido en el ámbito factico del "tema probamdum".

> *"…El sistema judicial colombiano se ha caracterizado por la congestión de los despachos judiciales debido a la morosidad y dilación de los procesos.* ***Colombia tiene la sexta justicia más lenta del mundo y la tercera más lenta en América Latina y el Caribe****. Situación que ha llevado a que se vulneren los derechos de los ciudadanos a ser oídos con las debidas garantías dentro de un plazo razonable, limitando de tal forma el derecho al acceso a la administración de justicia…"*[15]
>
> *"…****Solo en el 43 % de los procesos hubo condenas, de las cuales casi la mitad (48 %) se lograron por negociaciones o acuerdos.*** *Así lo dejan ver las estadísticas del Sistema Penal Acusatorio, publicadas por la* ***Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ)****, que muestran, de acuerdo con expertos, profundas falencias en el ente acusador…"*[16]

Siempre *es posible mejorar y no podemos decaer*, ni seguir prolongando más las circunstancias que hoy nos aquejan,[17] como:

[15] Piñeros Amelia, Artículo "Reforma a la justicia ¿el remedio a la congestión judicial colombiana?". Universidad de los Andes. 2007.

[16] https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/sentencias-en-juicio-en-colombia-fiscalia-pierde-la-mayoria-de-casos-481348.

[17] "Por el lado de la defensa, esta dedicara una gran cantidad de tiempo y esfuerzo preparando a cada uno de los testigos y pruebas que sustenten su teoría del caso. El que tal cantidad de personas e implementos se vean involucradas en un proceso por tanto tiempo, implica que las partes, la fiscalía y la defensa, están seguros de su posición, es decir, se da a entender que ambos han preparado rigurosamente su estrategia judicial, reuniendo a cada uno de sus testigos y pruebas, para finalmente practicarlas en la audiencia de juicio oral. Sin embargo, termina siendo desgastante, absurdo y si se quiere irrespetuoso para todos los involucrados en el proceso, el que un caso llegue hasta al juicio con base en una acusación que no está bien estructurada y más sabiendo que en algún momento, pudo haber sido sometida a un control material previo. Esto resulta no solo en una burla para todo el esfuerzo implementado por cada uno de los actores del proceso, sino también en un desprecio a los sacrificios realizados por la justicia colombiana y, sobre todo, porque el tiempo dedicado a ese

- Niveles similares o superiores de impunidad penal.
- Ensanchamiento de procesos represados.
- Excesiva duración de los procesos penales en general.
- Baja o nula disminución de la población carcelaria.
- Abuso sistemático de la Detención Preventiva en una inversión axiológica de dicha institución.

II. La imparcialidad funcional de no contaminar al juez de la causa

La función del Juez de Control de Garantías como garante de la protección judicial de la Libertad, de los Derechos Humanos y fundamentales de quienes participan en el proceso penal, encuentra su *centro de resolución en ese ámbito constitucional, que al nivel central de avance de una acusación, ya va perdiendo participación, y se va orientando más hacia la sustancialidad de los extremos de la relación jurídico procesal, de los elementos materiales probatorios (EMP), evidencias físicas (EV), e Informaciones que serán objeto del tema probandum y del conflicto mismo en su contenido de relevancia y reproche penal*.

Ahora bien, muy independientemente de los Derechos Fundamentales de las características "Intuite Personae" de la personalidad de quien está siendo investigado, fue imputado y hoy se encuentra "enjuiciado con Escrito de acusación ya radicado", encontramos a este nivel intermedio la diligencia de "Acusación formal"; acto procesal que demanda realmente hacerle "un filtro" sobre que tanto se ha avanzado en la etapa precedente de la indagación con la que ha contado "a sus anchas" la INSTITUCION FISCAL, desde que tuvo conocimiento de la *noticia criminis*; porque es precisamente aquí, donde el perfil constitucional del Juez de Control de Garantías ya ha cumplido gran parte de su funcionalidad al haberse zanjado, resuelto o desatado todos los alcances de compromiso de los derechos fundamentales del imputado y aquí enjuiciado. De manera, que no podemos permitir, ni mucho menos transmitir a ese contenido *imparcial que se demanda del juez de conocimiento, cualquier tipo de percepción preprocesal de información que contamine su criterio*, si dejamos a su accesibilidad judicial, la ¨tangencial circunstancia¨ de comprometer su discernimiento de manera ¨ex antes¨ al debate del contradictorio público y concentrado del Juicio Oral.

caso, pudo ser dispuesto para otros litigios.". (La etapa intermedia en el procedimiento acusatorio-adversarial de Colombia, Carlos Roberto Solórzano Rojas, pp. 13 y ss.)

Una de las más grandes discusiones, que aun hoy seguimos sorteando al interior del desarrollo del proceso penal, es precisamente entender que así como ganamos y conquistamos bastante con haber puesto fin a la confusión conceptual de roles (acusación y defensa)!..., desde la creación de las fiscalías en Colombia en 1991, con la identificación clara de cuáles son los papeles funcionales de los actores del proceso penal acusatorio, -pues hubo la necesidad de que pasaran más de 13 años, para poder comprender ¿cuál es el real, jurídico y material papel de la "institución fiscal como parte"?..., en la que ésta, no puede conciliar con una condición "imparcial" de lo que significan las funciones "jurisdiccionales"; tal y como se tenía en la extinta ley 600 del 2000, desnaturalizándose la funcionalidad y confundiéndose la real existencia de un sistema penal acusatorio; precisamente, siempre con el mejor ánimo de evitar que, el señor juez a título de Supraparte, marginal, probo e imparcial, no se contamine en forma alguna por el ¨interés de parte¨ que le asiste a las mismas; si ese ha sido precisamente el "mayor interés", a saber: lograr que el juez de la cognición llegue al proceso penal absolutamente indemne y marginal de criterios contaminantes en su funcionalidad; a tal extremo, que nos correspondió desarrollar una figura precisamente garantista del juez de control de garantías, para enervar las arbitrariedades y controlar "los actos de parte" de interés de la institución fiscal; si concebimos "dos (2) jueces", tal y como está hoy previsto en el actual estatuto procesal penal (Ley 906/04): uno en el escenario de la indagación, de las audiencias preliminares del sistema penal oral acusatorio, bajo cuya egida se encuentra la función medular de respeto de los derechos constitucionales que se comprometen en estos estadios iniciales en los que se "coloca en juego nada más, ni nada menos, que los derechos fundamentales más preciados como son la vida, la integridad personal, la libertad y demás afines de rigor íntimo del ser humano"… ¿cómo va a ser posible?..., que después de "cuidarnos tanto", de evitar que el señor juez de la cognición se contaminara de conocer los "traillers de la película", antes de ser "puesta en escena en el ámbito del contradictorio del verdadero dinamismo del juicio oral"; envenenando o contaminando sus ¨juicios de valor o prejuicios; anticipándole "escenas de verdades a medias" (que son las más grandes de las mentiras), colmadas de criterios, que vienen sesgados y cargados en demasía del "interés de parte", de quien ha venido "controlando unilateralmente" el ejercicio del "poder acusatorio" desde mucho tiempo atrás; entonces!... será entonces que han tenido que transcurrir 13 años, para terminar, entregando al juez del conocimiento, la recepción y el ejercicio mecánico, formal, formulista o autómata de una lectura del radicado "escrito acusatorio", de un control formal, elevadamente contaminante de recepcionar

el descubrimiento probatorio de la institución fiscal y el reconocimiento de la víctima, que igualmente es un acto jurisdiccional, ¡pero como si fuera poco!... del sobreviniente juicio, que significa realizar ¨determinaciones o decisiones¨ en la audiencia preparatoria, que guarda y embarga nada más, ni nada menos, que un connotado significado de fijación del ámbito del "tema probandum" y de las expectativas probatorias que efectiva y realmente se van a evacuar en el verdadero juicio oral, indudablemente, la función del juez de conocimiento, del "dueño y señor" de esos escenarios, no debe, ni nunca ha debido contar con el ¨control formal de la acusación¨, ¡porque eso sin dudas!, contamina precipitadamente una visión probatoria anticipada que atenta contra la imparcialidad de su criterio.

De otro lado, para nadie tampoco es un secreto, que en no pocas de las oportunidades, la Institución Fiscal radica el "Escrito de acusación" con apremio, no solo estadístico, sino por el inveterado acicate incisivo de las victimas que están detrás del ejercicio expectante de su proceso; sin dejar de pensar en otras circunstancias, en las que se deja a traslucir la "marcada voluntad funcional de enervar o "cerrar las puertas de lograr la oportunidad¨ de que las mismas partes busquen opciones distintas a las penales en la resolución de la civilidad del conflicto, sobre la base de un ejercicio selectivo y verdaderamente célere de la política criminal. ¡Alejándonos en muchos de los casos de la JUSTICIA RESTAURATIVA, porque hay que seguir el "Fetiche Formal" de "ACUSAR!... ¡ACUSAR!... ¡Y ACUSAR!... porque ¡sí y para sí!.., seguimos cercenando con ello, la oportunidad de resolver el conflicto, que es la última razón de ser del proceso penal; aun cuando estén todos convencidos, de que no cuentan con suficientes elementos para ir juicio, porque deben responder además a la presión administrativa de las estadísticas, que aparentemente miden la funcionalidad de su gestión, -como si un numero fuere la prenda de garantía de su estabilidad laboral y/o como si no se hiciera justicia con las otras opciones de resolución diaria en la entrega desgastante de audiencias en las que se tienen que multiplicar hasta con el ¨don de la ubicuidad¨, porque no hay funcionarios suficientes!..-; y porque para rematar!..., no se cuenta con una policía judicial profesionalizada lo suficientemente formada para colmar las expectativas de indagación de las orientaciones que marcan en sus investigaciones, frustrándose de igual manera "las esperanzas" inclusive, no solo de las partes; sino en especial, de la víctima que cree!.. porque ni siquiera se le señala con claridad la realidad cierta y confiable del sistema, al exteriorizarle con sensatez, de que "en sus manos no tienen o no cuentan con un caso"; no solo porque no está demostrada una ilicitud, sino porque no se cuenta con elementos mínimos para endilgar una responsabilidad a alguien y llevarlo a

la acusación. ¡Entonces!, para no frustrar al denunciante o querellante en el asunto, terminan llevando el caso "más adelante", para ver si "en la marcha" del proceso, se logran obtener "otros elementos" que se debieron recaudar, exhibir y/o acreditar en todo el tiempo que se tuvo, pero que por no tener un funcionario de policía judicial disponible, no lograron evacuar, porque no dan abasto, porque era múltiple y excesiva la carga o porque sencillamente no tienen las competencias, habilidades y destrezas de formación suficientes, para hacer bien la labor!... y es entonces! ...señores… cuando nos topamos con sorpresas de acusaciones en las que uno se pregunta y vuelve a inquirir a si mismo:

- *¿Por qué estamos sentados en sede de "acusación"? ¿Es absurdo este proceso?*
- *¿Por qué estamos sentados en sede de una "Audiencia preparatoria" en este asunto que no tiene "...ni pies, ni cabeza..."*, que no cuenta con la *virtualidad probatoria de llegar al estadio de la certidumbre que necesita un juez*, porque no goza de la potencialidad suficiente para alcanzar el *estándar, ¿ni siquiera de probabilidad y entonces?*, salen las respuestas de *¨los impedimentos legales¨* de que:

  a. ¡Ya estamos en esta etapa, y ya no puede el servidor por "egos funcionales" solicitar preclusión!… porque simplemente "…ya radico el escrito…", y se realizó la audiencia!

  b. Porque ya las causales que operaban (1 y 3) no tienen cabida, ni presentación alegarlas a "estas alturas

¡Y en fin!... es un "sinfín de talanqueras procesales", las que *obstruyen la eficiencia, y minimizan las garantías del sistema para decaer en "Crónicas de una absolución anunciada"*, con las colaterales consecuencias… que en vez de hacer *"justicia", ¡porque ya de por sí!... es "una injusticia, una justicia tardía", porque lo que va a resultar recalcitrante y ciertamente contraproducente,* es que después de todo; en vez de sembrar *Reconciliación y Perdón!...*, se exasperan aún más los rencores, las retaliaciones y los sentimientos de semejante *victimización y odiosa reacción de aquella parte*, que por "culpa de la otra", se vio inmersa en semejante afectación aumentada o maximizada en la gravedad sufrida del daño, de quien no solo arremete contra su "contrario", sino contra el Sistema Judicial Penal mismo, con la reclamación administrativa de responsabilidad por error o yerro judicial, en el que cree se haya incurrido. De manera tal, que esto *no debe seguir sucediendo y sin embargo señores!...sigue sucediendo;* porque en efecto, así como el proceso penal es un *conjunto de actos, una cadena evolutiva de conocimientos y en cierta forma*

también, un proyecto, pero un "proyecto de investigación y de resolución de un conflicto"; así como existe un "control al principio del proceso" y otro control "al final del proceso" con el *juez de control de garantías y el de conocimiento* correlativamente; así debemos colocar un "Juez de control" para hacer como se hacen "todos los proyectos", con un "Control de Gestión¨ del proyecto; a saber, ubicar un JUEZ DE CONTROL DE LA CAUSA PROBABLE *en el intermedio* o en el ¨medio del camino¨ o del interregno de esta estructura lógica del "método para juzgar", que actualmente tenemos; porque debemos entender, que no podemos macular o contaminar al JUEZ FALLADOR o de la SENTENCIA, cuando…

> *"…La imparcialidad es definida como la «falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud»[18]… y que debe de manifestarse como una actitud[19]*

Todo lo anterior, para entender que, si con la Ley 600 del 2000 teníamos un fiscal que no contaba, *-por la propia ambivalencia funcional de confusión inquisitiva de roles-*, con la fortuna de *ser imparcial*, al atreverse a actuar "unilateralmente" y sin controles, y al que naturalmente no le podíamos exigir a la luz, ¡ahora sí!, de la nueva Ley 906 del 2004, la condición de "Imparcial"; tema superado por la connatural razón de ser de los jueces[20]. Porque si no, de lo contrario, las pruebas practicadas por la fiscalía, tendrían

[18] Real Academia Española, 2001, p. 848.

[19] "…como condición ideal de quien ha de juzgar respecto de por lo menos dos partes materiales involucradas en un hecho conflictivo. Con lo que se busca que quien intervenga en el asunto y tome decisiones por razones de su responsabilidad o función no posea previamente una opinión, interés o vínculo, simpatía o animosidad, respecto a las partes. En este sentido, se pretende que quien deba actuar definiendo los pormenores o el fondo del tema, lo haga desconociendo a las partes o sin poseer ningún vínculo ni interés directo o indirecto con ellas y el tema que da lugar al conflicto, de modo que no se produzca algo que influya o perturbe el sentido en que deba actuar y decidir. En otras palabras, se quiere que tome una posición equidistante de ambas partes, de modo que carezca de móviles que pudieran influir en sus actos o decisiones…" ("Ministerio Público y proceso penal Anuario de Derecho Penal 2011-2012 La Imparcialidad del Fiscal. Pedro Miguel Angulo Arana pp. 57 y ss.).

[20] Ortells Ramos, citado por Martínez Pérez (2001, p. 324). López López también expresa: «La identificación de la imparcialidad con la acción de juzgar ha hecho que la mayor parte de los estudios, comentarios y jurisprudencia conocidos tengan que ver con el estudio de las condiciones y características de la imparcialidad judicial, obviando los problemas que la imparcialidad pueda plantear si la referimos a cualquier otro de los sujetos que intervienen jurídicamente en el proceso. (2001, p. 155).

la vocación de permanencia de ser pruebas validas o legitimas para la etapa procesal del Juicio; razón por la que se le dejo solamente la oportunidad de que su ***"acto de parte",*** sea solo de su orientación y convicción, como "***medio de investigación, mas no de prueba";*** pues, la Imparcialidad es un atributo exclusivo de la virtud de los jueces o de la función jurisdiccional *(Iuris: Derecho / Dictio: Declarar),* la que nos permite mantener a estos, como verdaderas seres humanos como "*supra partes o terceros*", dejando a los servidores fiscales la univoca condición de "*parte subyugada al principio de objetividad*"[21], y al buen manejo de lo que puedan hacer de esa imparcialidad[22], precisamente como una implícita e inferida relación de su *autonomía funcional y de esa autoridad e investidura constitucional* que deviene per se dé "*obligante a obligatoria*" por la simple y misma condición de ser servidor público[23]; mas no como "Juzgador o Decisor", función del proceso penal de estricta, excepcional, especial y característica estirpe de los Jueces, en razón de la cual, logramos la "conquista de los jueces de control

[21] Existe un sector de la doctrina y diversas legislaciones foráneas en los que el Ministerio Público solo está obligado, tanto en lo estructural como en el desempeño práctico y concreto de los fiscales, por el principio de objetividad. (Neyra Flores, 2010, p. 235. Rodríguez Hurtado, 2010, p. 211.).

¨…Por objetividad se entiende que el sujeto debe distanciarse de el mismo para acercarse del mejor modo posible al objeto de su conocimiento. Se indica así que la objetividad se expresa en el mayor acercamiento a la realidad del objeto percibido por el sujeto. Solo de esa forma pueden superarse la mera apariencia, la ilusión, la ficción o el mismo deseo de quien percibe. Finalmente, la objetividad hace posible un alto índice de confianza, realidad o calidad de los conocimientos o representaciones logrados…¨ (Ministerio Público y proceso penal Anuario de Derecho Penal 2011-2012, Autor: Pedro Miguel Angulo Arana, pp. 61 y ss.)

[22] Recordemos ahora que la pérdida de la imparcialidad respecto de alguna de las personas involucradas en el hecho podría provocar que se pierda objetividad en relación con la apreciación de las actuaciones de investigación y los elementos de convicción resultantes. Por lo que debe sostenerse que la simpatía, empatía o predisposición favorable hacia las personas genera sentimientos en el ejercicio funcional, motivando actos parcializados o indebidamente favorables a alguien…" (Angulo Arana, 2004, p. 263.)

[23] "…Por lo dicho y apegándonos a las acepciones principales de los vocablos, concluimos que la objetividad solo preserva al fiscal de asumir subjetividades al momento de solicitar, apreciar o valorar las actuaciones o elementos de convicción, en el ámbito tanto de la investigación como del juicio oral; mientras que la imparcialidad le obligará a colocarse con equidistancia respecto de las partes y, de esta manera, se evitará también que pierda objetividad en función de cualquier posible parcialidad…" (Ministerio Público y proceso penal Anuario de Derecho Penal 2011-2012, Autor: Pedro Miguel Angulo Arana, pp. 63 y ss.)

de garantías" en la etapa de la indagación del proceso penal acusatorio que nos rige como previa al juicio.[24]

¿Qué pasa entonces con la imparcialidad del Juez de la Cognición?...[25], ¿Será que se hace contraproducente, se afecta, o se contamina el criterio del juez de la causa en la etapa o fase intermedia de la acusación, cuando recibe la radicación del escrito de acusación para su estudio formal y fijación de la acusación?... ; Porque sin lugar a dudas, ya allí, se está marcando un sentir de interés en la valoración, que aun siendo propia del interés o ego de su fuero jurisdiccional interno, siembra una declinación de "*amor propio por su criterio"* o *percepción inicial, prejuzgada o de prejuicio* a la causa; porque quien dice que la imparcialidad solo se pierde con el ¨interés de parte¨, ***¿acaso el interés propio del criterio anticipado de defender la interiorización de la convicción intima de la propia percepción critica del caso, no marca también un tercer interés?... ¿Y es que acaso la falta de interés no es lo que precisamente se pretende marginar de la parcialidad?*** Allí es donde estriba el riesgo que tengamos de colocar al futuro Juez fallador de la causa, para ir "*sembrando en su propia cosecha interna, criterios de interés de su propia teoría"* al caso mismo; pues, antes de conocer el recaudo probatorio de los elementos que la han de servir para sustentar en el juicio oral, muy distante a la oportunidad de conocer de manera anticipada aspectos que solo debieron llegar a *su conocimiento indemnes e impolutos de criterio en el juicio de su posición, no debiendo guiarse por finalidades particulares de índole personal o institucional*[26]

[24] «… la imparcialidad es un atributo de la jurisdicción, pues lo mantiene como tercero entre las partes, por ello, el fiscal al ser parte del proceso penal no goza del principio de imparcialidad, a él le corresponde el principio de objetividad…" (Neyra Flores, 2010, p. 235.)

[25] "Este principio consagra a la imparcialidad como un valor autónomo separado de la objetividad, que en verdad implica una derivación de los principios fundamentales de la igualdad y de la no discriminación de los administrados, conforme al cual la autoridad debe ejercer sus competencias de manera objetiva y desinteresada, sin admitir influencias de orden personal, favorables o desfavorables hacia los administrados, ni inclinar el procedimiento o las actuaciones hacia algunos de ellos. (Morón Urbina, 2001, p. 17.).-

[26] Se ha diferenciado bien ya entre la independencia y la imparcialidad, al expresarse que la primera trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes desde fuera del proceso jurisdiccional, mientras que la imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes desde dentro del propio proceso jurisdiccional. (extraído de Aguiló Regla, 2011, pp. 260-261).

Y es que casualmente, una de las razones por la cual no existe ese ***control material*** a la imputación en sede de "acusación", ¡es precisamente por cuanto si le asignamos esa labor al juez de la causa o de la cognición! ¿dónde queda entonces la imparcialidad que se demanda para que éste llegue marginal de intereses de parte al juicio?... ¿*Sería dejar en evidencia semejante intromisión del "juez de la causa" en imputación misma y su control, con grave afectación de prejuicios para poder llegar sin contaminación alguna al juicio?* sobre el particular el autor Solórzano[27] indico:

> *"...implicaría que el Juez se inmiscuya en ella y rompería el principio de imparcialidad en la medida que es el mismo juez ante el que se acusa el que va a determinar si una persona es considerada penalmente responsable o no, y por ello, cuando la fiscalía en la acusación señala los hechos que tienen un contenido jurídicamente relevante y a los mismos les da una determinada denominación jurídica,*
>
> *el juez no realiza ningún control material, de tal forma, si la acusación resulta absurda o por lo menos equivocada, solo habrá una solución cuando se tenga que entrar a dictar sentencia (p. 476) ..."*

Lo que nos permite inferir e indicar que: *"...A los jueces, les correspondería imparcialidad o independencia; a las fuerzas del orden, objetividad; a los peritos y testigos, neutralidad; a las partes materiales y sus abogados, parcialidad; a los fiscales, autonomía funcional..."*[28]

Con todo lo anterior, además evitamos las múltiples problemáticas de criterio que se generan al interior de la Audiencia Preparatoria, que en ultimas terminan en discusiones o diferencias con las Salas Penales de los H. Tribunales, quienes en sus iguales condiciones de superiores jerárquicos desatan las segundas instancias de dichas controversias. Sin perjuicio de la afectación que sufre de igual manera, la concentración misma del Juez de función de conocimiento, quien solo debe estar concentrado en el Juicio, dejando así que lleguen a él realmente los casos que están llamados a prosperar; puesto que para una etapa tan avanzada como ésta, profesional y técnicamente hablando, de tan alto y elevado rigor procesal y de extremada responsabilidad en la que el estándar del acopio de la comunidad probatoria alcanzada, ha avanzado con dos controles precedentes; lo más indicado es que debe estar rodeada de la asunción profesional de abogados especializados de vasta y contundente

[27] Solórzano Garavito, C. R. (2019) El principio de congruencia dentro del enfoque adversarial en el contexto colombiano.

[28] López López, 2011, pp. 139 y ss.

experticia en el manejo celoso de la prueba, de su producción, de su asunción y de su verdadera exhibición ante el juez de conocimiento; ya que para llegar a ese nivel de exigibilidad competente de pericias en la praxis judicial, solo togados de ese perfil, pueden alcanzar la consecución de la teoría final de la certidumbre del conocimiento; para evitar que se terminen condenando a *inocentes o liberando a culpables*, antes de emitir un sentido del fallo en audiencia; sin postergaciones, sin preocupaciones, sin titubeos, sin divagaciones, ni mucho menos miedos a equivocarse; porque solo ellos, sin dudar de las capacidades de muchos jóvenes profesionales de hoy, serán más confiables para superar la duda razonable que le brindaran al fallador o sentenciador la gracia de poder "dormir tranquilo" luego de emitir su sentencia final.

III. Alternativa de solución del CONTROL MATERIAL de la ACUSACIÓN y su legitimación frente al JUEZ DE LA CAUSA PROBABLE, como garantía mínima de un estándar de probabilidad suficiente para legitimar un contradictorio que conduzca a evitar derroches jurisdiccionales o que permita definir criterios claros de una absolución o condena en el "Juicio Oral"

Con acierto se señala en un artículo, que seguramente todos han leído!.., de nuestra gran maestra y señorial togada del Derecho Penal la Dra. Whanda Fernández León[29], cuando haciendo alusión al acto de la imputación, tomaba como referente el prodigioso, simple, pero tan preciso concepto del diccionario de derecho penal de Goldstein, al indicar que: *"...Imputar un delito es atribuirlo a un individuo para hacerle sufrir las consecuencias; pero para que esa imputación surta efectos legales, el sujeto debe contar con la capacidad para responder..."*; porque en él nos enseña que es incito, consustancial e implícito del acto de imputación, gozar de la oportunidad *contradictoria de poder controvertirla*; sin embargo, desde la forma como nosotros mismos concebimos esta institución al interior de la ley penal acusatoria, creyendo que incluimos un aspecto de modernidad de las nuevas tendencias del sistema, lo primero que hicimos fue "cercenar esa garantía misma", que de igual manera se encuentra incorporada en materia de derecho legislado en el código Chileno al señalar que: *"...En la audiencia de imputación, el juez*

[29] Aspectos Problemáticos de la Audiencia de Imputación, Whanda Fernández León. (Docente Universidad Nacional.) 07 febrero del 2020. https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/penal/aspectos-problematicos-de-la-audiencia-de-imputacion

ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos (…), enseguida el imputado podrá manifestar lo que estime conveniente. A continuación, el juez abrirá el debate sobre las peticiones planteadas…".

De manera, que no se hace necesario revisar con mayor esfuerzo para comprender que a dicho "acto unilateral de parte", le ofrecimos toda la ventaja de "ofensividad y de agresividad aventajada del sistema", para disminuir a la parte "más débil del proceso", a saber: la defensa; al limitar su intervención a la única oportunidad de hacer *"observaciones o aclaraciones",* sin miramientos a desnaturalizar, -según se estila indicar en la práctica judicial- la técnica con la que se ingenió el proceso o método para vincular a un indiciado o sospechoso en el proceso penal, *"disminuyendo a su mínima expresión" este acto unilateral de mera comunicación*, que quedo indemne e incólume de cualquier tipo de exigencias o controles, abiertamente inexistentes; máxime que, cuando se construye y formula la imputación en dicha audiencia, suele suceder una de las dos circunstancias: ***o se contrae al absurdo de convertirse en una lectura desgastante y maximizada de la denuncia y demás piezas procesales afines, que solo son "medios de investigación, mas no de prueba" en los que "se imputa para investigar, mas no se investiga para imputar", o se transforma el despliegue de dicho acto en una relación simple, tan escueta, resumida o minimalista de la situación, que se hace inentendible o incomprensible poder extraer o extractar de ella, el Derecho Humano y Garantista de saber de manera precisa, clara y concisa el cargo del que se está realmente defendiendo el aquí sospechoso o indiciado;*** porque en ambas circunstancias: una por ***acción aberrantemente excesiva y la otra por omisión decepcionantemente extrema***, socavan las bases fundamentales del **Humano Derecho a la Defensa material** del procesado; pues, amén de semejante ingeniosidad desproporcionada del ejercicio del "ius puniendi" (derecho a castigar) *en cabeza del órgano acusador,* ***se sustrajo e inobservo de dicho acto, la valiosa garantía de ejercer sobre éste, un verdadero CONTROL MATERIAL de LEGALIDAD, previo o posterior*** **que evita que** *¨cojan cuerpo¨ ciertas imputaciones que no cuentan con la potencialidad de llegar a juicio;* pues, para remate dicho derecho inherente a la persona humana de defenderse, solo nace a partir de la práctica de dicha diligencia, en la que para "colmo de males" el juez de control de garantías, único *¨decisor y dueño¨* de la defensa del escenario de las medidas restrictivas de derechos fundamentales del sindicado en dicho camino, no solo se torna en algunos casos como un verdadero "*convidado de piedra",* sino que en el otro extremo se transforma en un claro "inquisidor¨ al terminar dando orientaciones e instrucciones de completitud al órgano del principio acusatorio" para que este enmiende al

final los cargos aumentando o elevando la gravedad de los mismos. Ambas posturas, extremas de inherencia de este juez, sean por omisión, dejadez e inobservancia, como sea por acción, intromisión, abuso o extralimitación, son igualmente pecaminosas "procesalmente hablando", al incrementar los niveles de riesgos y excesos en la ***arbitrariedad penal del Sistema Judicial Colombiano.*** Es por ello mismo, que se hace relevante entender que, en esta fase preliminar o inicial del proceso penal, a cargo del **JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS,** no ha de ser este el llamado legítimamente a ejercer en forma alguna el control **MATERIAL** de imputación.

En tal virtud, la relevancia de la etapa o fase intermedia del proceso penal, – como su nombre lo indica – estriba en que ella *"es un puente que conecta las investigaciones realizadas por el ente acusador en la fase preliminar, con el juicio al que se somete una persona y en el que se determinará su responsabilidad penal."*[30], precisamente para evitar que el "***Fiscal pase derecho sin control hasta el juicio***"; porque en ella existe la posibilidad de entrar a ejercer un control no solo *formal, sino también material a la acusación*; ya que en esta fase, debe fungir un servidor que a título de "Supraparte", no solo refrende o depure la acusación de manera formal, sobre todo del formulismo y rigorismo garantista que demanda el Art. 337 del estatuto de la ley 906 del 2004; sino que también ejerza sobre la misma, una revisión supralegal de *"orden material o de fondo" a la acusación, que ha acreditado el representante de la Institución Fiscal.*

Tal y como algunos autores la individualizan en sus alcances jurídicos, funcionales u operacionales de control, así:

> "…El control material o sustancial, que hace referencia a la verificación de que la afirmación con *probabilidad de verdad sobre la culpabilidad del acusado tenga sustento jurídico en los elementos investigativos obtenidos en la fase preliminar* (Urbano,2013)[31].
>
> "…La importancia de este control radica en que los fiscales, para poder acusar a una persona, *están obligados a poseer elementos materiales que les generen indicios con los que puedan afirmar con probabilidad de verdad que un ciudadano es culpable de lo que se le acusa y, por lo*

[30] La etapa intermedia en el procedimiento acusatorio-adversarial de Colombia, Carlos Roberto Solórzano Rojas. Pág. 5 y ss.

[31] Urbano, Martínez, J. J. (2013), El control de la acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado constitucional de Derecho. U. Externado de Colombia.

> *tanto, tienen que ser cuidadosos en la forma como* elaboran la acusación. (Vásquez, 2002)[32].

De lo anterior, se infiere claramente que se contrae a la etapa de la acusación; pues, reclama como presupuesto "sine que non" de dicho escenario el estándar probatorio de la probabilidad, que es el nivel en el que probatoriamente la actuación ha debido cobrar mayor fuerza de arraigo procesal al interior del proceso. De otro lado, sobre el *control material de la acusación en Colombia,* la Corte Suprema de Justicia ha señalado en varias jurisprudencias[33] que al momento de redactarse la ley 906 de 2004, *no se le asigno esa función a ningún la juez*[34].

Indicando sobre este aspecto del **control material de la acusación** en sentencia SP5660 del año 2018[35],que:

> "…Al margen del debate sobre si un control judicial de esta naturaleza es presupuesto de un proceso *justo* es claro que el mismo no fue incluido en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004. En efecto: ***(i)*** *ese aspecto no hizo parte de la respectiva reforma constitucional;* ***(ii)*** *no se estableció un escenario procesal para su realización,* ***(iii)*** *no se le asignó esa función a un juez en particular, y* ***(IV)*** *no se sometió la actuación de la Fiscalía a esa clase de limitaciones…"*

El autor Carlos Roberto Solórzano Rojas, en su obra sobre la etapa intermedia del proceso penal, igualmente indica:

> "…El que en Colombia el *control material sea realizado por la misma fiscalía y no por un juez,* implica que dicha *acusación* ***no va a ser sometida a un análisis por parte de un tercero imparcial*** **y, por lo tanto, que queda a merced de lo que el fiscal considere…".**[36]

[32] Vásquez, C. M. J. (2002). La formulación y el control jurisdiccional de la acusación. Revista de Derecho, (1), 121-148.

[33] Sentencia SP5660 de 2018, sentencia SP14191 del 2016, sentencia de Cesación 38256, entre otras.

[34] No ocurre lo mismo con el control material pues tal como lo establecen Aristizábal y Jaramillo (2017): "se estableció que el control material de la acusación corre por cuenta del propio órgano fiscal y no de una autoridad judicial imparcial" (Aristizábal, D. M. B., Jaramillo, A. G., Gallego, M. M., & Vargas, V. H. O. (2017). Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. Acta sociológico, 72, 71-94.

[35] Corte Suprema de Justicia, Sala de Cesación Penal. (11 de noviembre de 2018) Sentencia SP5660-2018. [M.P. Patricia Salazar Cuellar]

[36] Ibidem., pp. 10 y ss.

Y es que el tema es de suma importancia, cuando estamos hablando de la ausencia de un control material a la Acusación, que de no contar como ocurre en la mayoría de los casos, con los sustentos o soportes probatorios suficientes para ser llevada a Juicio, se torna o transforma indiscutiblemente, en un complejo tema de DERECHOS HUMANOS; pues, seguramente cargara con todas las amarguras, miedos, angustias y temores de lo que significa padecer el largo "viacrucis procesal" de llevar "a cuestas" un proceso penal con audiencias seriamente agotadoras, bajo la "lupa persecutora de una institución fiscal", que se apasiona funcionalmente por lograr una condena, que no solo es injusta e ilegítima, sino que probablemente llegara de forma extrema y forzada a alcanzar una condena; situación, que eleva seriamente los niveles de riesgo de "lo peligroso" que puede ser la actividad investigativa y de acusación de la institución fiscal al interior indiscriminado del Sistema Penal; sin desconocer, los costos sociales que engendra para el proceso en todos los ámbitos judiciales y de la judicatura.[37]ni mucho menos menoscabar que, en materia de *derecho comparado o legislado*, nos encontramos, además, con que:

> En Chile y Perú, dicha etapa se centra únicamente en realizar un control formal sobre la acusación o en palabras de Binder (2008)[38], "la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación", mientras que en naciones como Nicaragua solo se efectúa el control material. (Almeciga y Gutiérrez)[39].
>
> De otro lado, en países como Costa Rica y Puerto Rico, realizan, tanto el control formal como material a la acusación (Nevárez, 2008)[40].

¡En este orden de ideas! ..., no cabe la menor duda, de que no podemos seguir tolerando la violación de la Garantía Política del Principio de Legalidad, al

[37] Sobre lo señalado, el profesor Urbano (2013) indica: Que el fiscal asegure en la pieza de acusación que existen elementos de juicio respecto de la probable ocurrencia de una conducta punible y sobre la probable responsabilidad penal del acusado, y con que ello determine de manera inexorable la apertura de un juicio penal contra un ciudadano, es un asunto de peso constitucional. (p. 11) Urbano, Martínez, J. J. (2013), El control de la acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado constitucional de Derecho. U. Externado de Colombia.

[38] Binder, A. (2008). La fase intermedia, control de la investigación. Selección de lecturas, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima.

[39] Alméciga Gómez, M. F., & Gutiérrez Rojas, C. J. Control judicial de la acusación en Colombia: ¿Intromisión indebida o límite necesario?

[40] Nevárez, D. (1998). Sumario de derecho procesal penal puertorriqueño.

permitir la edificación de normas que impidan o entraben las posibilidades de arreglo o negociación en la justicia. Por el contrario, se hace necesario que los "Preacuerdos" se hagan más dinámicos para minimizar los niveles de congestión del sistema.

Recordemos que estamos en un sistema que se edificó sobre la base iusfilosófica de un *"sometimiento a la justicia"* de carácter eminentemente *"premial"*, que se erige sobre el propósito de *sugestionar con una elevada pericia investigativa de recaudo judicial y de exhibición al imputado, de suficientes elementos de juicio de contundencia, para llevarlo a que termine "aceptando o negociando" los cargos con el Sistema* Judicial Penal, a fin de evitar un mayor *desgaste o derroche jurisdiccional*. Si ello es así!..., entonces porque seguimos permitiendo que avancen imputaciones sobre la "marcha" del lindero de la fase preprocesal e intermedia del proceso penal, si no se cuenta con suficientes "medios de investigación" con vocación o potencialidad apta de legitimar o justificar un juicio oral con grave desgaste del sistema; pues, hacerlo así "dejando de hacer o dejando pasar" los actos procesales, bajo la convicción intima de que NO SE TIENE UNA CAUSA REAL, es frustrar el contenido "misional del sometimiento a la justicia" misma; y por el contrario, debemos permitirle a los fiscales la facultad de poder "retirar las acusaciones"[41] para lograr la justicia restaurativa o premial,

[41] "…No ignoramos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que consideran que la formulación de la acusación es una simple pretensión punitiva sin efectos jurídicos y, por tanto, podría ser retirada por la simple decisión del Fiscal92, y posiciones más moderadas que reconocen que la formulación de la acusación en audiencia sí tiene efectos jurídicos, pero la presentación escrita de la misma ante el juez de conocimiento no surte efectos y, por tanto, podría retirarse hasta antes de la audiencia de formulación de acusación…" "…Hemos expresado que el retiro de la acusación en muchos casos es indeseable e inadmisible, pero reconocemos que cuando la parte acusadora no considere que sea procedente continuar con la persecución penal se debería buscar una salida menos desgastante y costosa que un juicio oral inviable, y por ello consideramos que las Cortes podrían replantear su posición y permitir la preclusión por causales distintas a la 1 y 3 del artículo 332 del cpp cuando se hubiera presentado la acusación y el acusador considere que no sea procedente la acción penal, haciendo efectivos el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas, y el artículo 331 del cpp que dice que el fiscal podrá solicitar la preclusión "En cualquier momento". (Daniel Medina García. "El retiro de la acusación en Colombia", Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 39, n°. 106, enero-junio de 2018, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 55-102. DOI: https://doi.org/10.18601/ 01210483.v39n106.03) (Sentencia del 13 de marzo de 2008 del Proceso de Número 27413. / Sentencia del Proceso 38.256 del 21 de marzo de 2012.)

con aplicación más expedita y flexibilizada del principio oportunidad y otras alternativas de preacuerdos de mayor positividad dinámica para el éxito y descongestión del Sistema penal, antes que decaer en circunstancias desgastantes e inoficiosas de frustrante derroche jurisdiccional como son: *Concursos aparentes, Conductas no delictiva, Norma que no existía momento hechos, Prescripciones, Imputaciones contrarias a la lógica, e Imputaciones fácticas obscuras, complejas y difusas.*

Por esta misma razón, algunos piensan, que la Función de preclusión no debería estar en manos del Juez de Conocimiento, ni mucho menos en cabeza del Juez Control de Garantías que está destinado para tema de Derechos Fundamentales de libertad y demás afines de actos de tramites urgentes; más bien, y porque no mejor dejar esa misión ante el JUEZ DE LA CAUSA PROBABLE.- No olvidemos, que si la finalidad de concluir un conflicto es la mayor y potísima razón de quienes tienen interés en el proceso penal, a saber: *solucionar o resolver el conflicto e impactar precisamente en restaurar el tejido distanciado de las partes en disputa*; es decir, llegar a una funcionalidad de *reconciliación y de perdón de partes*, para aunar a un BIENESTAR COMÚN; sin embargo, nosotros seguimos creando *¨estructuras normativas para la guerra¨*, para el distanciamiento, y para exacerbar los rencores de las partes; porque cuando las partes mismas desean o quieren resolver un conflicto; es la misma ley, la que se encarga por fuera de la legitimación de la garantía política en la que fue edificada, de que no lo resuelvan, porque hay que seguir de manera *alineada el rigor normativo del acto procesal de la acusación y su celebrada audiencia como ¨acto complejo¨.*

Por todo ello, estimamos que el *Juez de la Causa Probable le puede imprimir apertura de viabilidad expedita, vivificante, resolutiva, y evidentemente positiva a aquellas causales no permitidas; pues, puede asumir el rol de un juez de aplicación y de control de Principios de Oportunidad, de revisión de Preacuerdos, y de resolución de las Preclusiones*; máxime, cuando uno de los límites temporales del radio de acción funcional de su aplicación, se surtirá antes del inicio del juicio oral, eso es supremamente sano!..., precisamente para evitar impedimentos, para evitar traslados de un juez a otro; pero sobre todo, para impedir que se contamine el juez de la causa o de la cognición. Ya que, si prestamos observancia en la tendencia actual del Sistema, de eliminar la audiencia de formulación de imputación, que ha tomado seria carrera en el ejercicio del Proceso Penal Abreviado (ley 1826 del 2017). Una diligencia que ha quedado reducida a "una simple comunicación"; una diligencia en la que la defensa quedo disminuida, reducida, atávica y limitada "a escuchar"; no solo

porque no se puede ejercer una *controversia real y material o de fondo sobre los hechos jurídicamente relevantes,* lo que hace inútil además, el ejercicio del derecho a *la defensa material y técnica*; no significa ello, en forma alguna, que vamos a eliminar a los jueces de control de garantías, no nos queda otro camino ingenioso para el sistema, que la de colocar otro juez distinto del juez de control de garantías y del juez de la cognición, como se justifica y legitima: *el Juez de la Causa Probable para filtrar y efectivamente llevar a juicio, solo aquellos procesos que realmente tengan la potencialidad de cobrar una fuerza vinculante suficientemente autorizada, para alcanzar el estándar medianamente probatorio que repercuta en consolidar la certidumbre necesaria para emitir una sentencia condenatoria;* de lo contrario!..., no vale la pena desperdiciar más jurisdicción en el asunto.

Entonces, que valiosa seria la oportunidad de zanjar la problemática que actualmente nos aqueja, relativa a "*La ausencia del ejercicio del control material de la imputación",* pero más aun, con el control de fondo, que no nos es dable al nivel de la "*audiencia de formulación de acusación";* por ello, debemos sustraer el control de la acusación que está en "*manos del Juez de Conocimiento*", para evitar inclusive su contaminación, y trasladarlo o llevarlo a las "manos" de un juez distinto; al igual de todo lo que acontece en el entorno jurisdiccional de las determinaciones que se producen al interior de la Audiencia Preparatoria. Y que mejor salida!..., que la de ejercer "un verdadero control material a la imputación", que podamos perfectamente entregársela a este juez de la "fase intermedia", al JUEZ DE LA CAUSA PROBABLE, para que pueda contar con la oportuna procedencia de entrar a fungir en un control verdaderamente "real y material" de la acusación, que no puede ejercerse en sede de imputación, pero que tampoco está llamada a ser revisada a este nivel de avance jurisdiccional del proceso, para poder enmendar o sanear a tiempo y de manera oportuna "Las acusaciones mal formuladas, endebles", y porque no?... evitar que pasen a la etapa del Juicio, *como cargos absurdos, sin vocación de prosperidad; pero en especial, con imputaciones de cargos que no encajan bajo el más común de los sentidos en los procesos simples y coherentes de una clara adecuación, para poder entender realmente* ¿cómo llegaron a ese nivel de esa fase intermedia? que a ciencia cierta y con la convicción de este "acto de parte de la Institución Fiscal", quien sabe... que no tiene en "sus manos un caso", ¡no solo nada claro! ..., sino con un panorama "penumbroso" para sacar adelante en la seriedad profesional o defensable de una hipótesis de cargos o de una teoría del caso, de lo que significa materializar o evidenciar un abierto contradictorio en el JUICIO ORAL. Esta es la oportunidad clave, para que la acusación, que se encuentre en cabeza del Juez de la Causa Probable, pueda

ofrecernos la gracia de que "las partes" encuentren en esta etapa o fase intermedia: La opción de resolver su conflicto.[42]

Igualmente entendemos, lo maravillosamente prodigioso que sería la iniciativa legislativa de haber unido inclusive; tal y como se ha venido avanzando al nivel del llamado PROCESO PENAL ABREVIADO, la audiencia de Formulación de Acusación y la Audiencia Preparatoria, pero en este caso aún más garantista, si se dejase bajo el control de un solo órgano o de una sola persona, distinta al juez de la causa, a saber: en cabeza del JUEZ DE LA CAUSA PROBABLE, -ni siquiera dejarla en la órbita del juez de conocimiento, sino sustraerla de éste, para llevarla a la esfera funcional y legitima de un Juez intermedio como lo debe ser el Juez de la Causa Probable, como un acto en "bloque y complejo", con un descubrimiento completo de pertinencia del "onus probandi"; éste es, y deber ser un paso valioso para enervar cualquier factor de contaminación que afecte la imparcialidad propia que demanda el juez de Conocimiento con la audiencia del JUICIO ORAL. Porque para nadie es un secreto, que a estas alturas de implementación del SPOA, es desgastante para el juez mismo, como actualmente se desarrolla, de que este como juez de conocimiento, se vea invitado e impulsado a tomar partidos en determinaciones previas al juicio, que en ultimas terminan transformándose en ¨mini juicios¨, que solo le conducen, de manera forzada a engendrar o matricularse en "conceptos propios" antes de exhibirse el verdadero y real contradictorio probatorio que es el JUICIO ORAL.

IV. El juez de la causa probable es el "complemento procesal" de una coherencia estructural, lineal, geométrica y funcional del garantismo del sistema acusatorio-adversarial

Si entendemos que todo proceso, conduce necesariamente al agotamiento de una serie evolutiva de "pasos o etapas", ¡por lo menos de dos como mínimo!... para comprender que se da lugar a un momentum procesal de su desarrollo, y entender que existen si quiera dos pasos en su acontecer para llegar a un fin. De igual manera podríamos inferir por sentido común, de que entre más etapas o pasos existan al interior de un proceso, cualquiera que sea, significa que en su evolutiva consolidación existen muchas más oportunidades de minimizar los niveles de error en el producto final del objetivo providencial

[42] "…Sin embargo, termina siendo desgastante, absurdo y si se quiere irrespetuoso para todos los involucrados en el proceso, el que un caso llegue hasta al juicio con base en una acusación que no está bien estructurada y más sabiendo que en algún momento, pudo haber sido sometida a un control material previo…" (Arbulu (2010).

de la sentencia que le pone fin a dicho proceso. Pues bien!..., ante la existencia de más etapas, mucho más filtros de acabado se van a producir para permitir así mismo mejorar en el avance de su producción...a saber: un resultado mucho más mejorado, dado que igualmente existen más oportunidades de detectar ¨imperfecciones¨ que se puedan enmendar en el proceso evolutivo de su formación o elaboración; pues ¨mutantis mutandis¨, así como existen y se mejoran los procesos de refinamiento de la sal o de la azúcar y los de destilación de los alcoholes del vino, y del aceite de oliva extra virgen; así mismo, el ¨método para juzgar¨ se hace más "garantista" en la misma medida que se cuente con más etapas que permitan disminuir los niveles del error de la ¨falibilidad humana¨, porque es realizado no por máquinas de perfección, mecánicas, autómatas, ni mucho menos tecnológicas, ni robóticas de la administración de justicia, sino por seres humanos que juzgan seres humanos; de manera que, entre más humanizado se encuentre rodeado el proceso penal de acciones o etapas procesales al interior de la conformación o composición de su estructura procesal, así mismo vamos a contar con mayores oportunidades de detectar a tiempo, cualquier error en el proceso evolutivo del conocimiento y de la consolidación del criterio final de la sentencia o decisión de su definición; para con ello, poder contar de igual manera con la tranquilidad de cualquier juzgador o fallador, que es: *la de disminuir al máximo!... el margen de yerro de su determinación porque no se está tratando una cosa, una cantidad de sal, una tasa de azúcar, una botella vino o un frasco de aceite en su proceso de definición, sino que se está "jugando" con el futuro, la vida y el drama que implica toda una decisión judicial en el llamado Proceso Penal para el proyecto de vida de una persona o de cualquier ser humano.*

De manera que, en ese mismo sentido símil, de: ¿cómo se desarrolla ese parangón del "método para juzgar", no cabe la más mínima duda para entrar a implementar una mayor restricción de las etapas; de forma tal, que la proporcionalidad de la garantía procesal está directamente relacionada con la cantidad de controles garantista que tengamos para un resultado infalible de su definición; es decir, que entre más etapas se concentren en una claridad definida de sus estándares probatorios, mucho mayores garantías tendremos de que no abra lugar a errar al momento final de su terminación; lo que nos permite pensar de que en esta misma "lógica de lo razonable", ni siquiera dos (2) etapas llegarían a la expectativa mínima de garantía y de tranquilidad de pensar de que hemos logrado condenar al responsable o absuelto al verdadero inocente; porque, dos etapas no alcanzarían a ofrecernos la confiabilidad de saber que en efecto el resultado se acerca a la realidad histórica de lo que aconteció; mientras que si pensamos en por lo menos la pluralidad mínima

de tres (3) fases o etapas, ya no solo tendremos como toda parte de un cuento ¨un inicio, un nudo o desarrollo y/o un desenlace"; mientras que si echamos un vistazo a la conformación de nuestro "proceso penal" sin extendernos en el extremo de la complejidad, ni abstenernos en el otro lado extremo de la simpleza, que se quedó en solo dos (2) etapas o fases del proceso; a saber: un "principio y un final", sin hacer tránsito, ni paso obligado de revisión de su propio avance procesal; pues, si miramos nada más de la redacción del art. 153, cuando habla del concepto de Audiencias preliminares, al señalar la descripción estructural de su configuración, nos ofrece es un ¨concepto residual: es decir, no nos indica que o cuales son las audiencias preliminares, sino que nos conceptualiza su alcance indicándonos: "que no son audiencias preliminares", para poder entender que como actuación procesal estas se contraen a todas.

> *"Las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías."*

Señalándonos no solo el ámbito espacial y procesal de su desarrollo, sino el juez bajo cuya responsabilidad funcional se celebran, durante toda la etapa preprocesal del proceso penal; entendiendo de contera, que técnicamente hablando se involucran en la segunda etapa de la CAUSA o PLENARIO a las audiencias: ACUSACION[43], PREPARATORIA y la del JUICIO misma, incluyendo a la ACUSACION como la primera con la que se da apertura a esta fase del proceso; pero lo más pecaminoso, es que a todas estas, las deja bajo el manto y el ropaje funcional decisor de control y responsabilidad del JUEZ DE LA COGNICION o de la causa, confundiendo así, los linderos de una etapa intermedia que debería ser la de la audiencia de acusación[44], en el grupo inclusivo de una sola etapa conglobante denominada "JUICIO", en la que se

[43] "La acusación delimita el objeto del proceso, haciendo con ello posible una adecuada defensa y fijando los límites de la sentencia" (p.2). (Arbulu, V. (2010). El control de la acusación fiscal en la etapa intermedia. Recuperado de: https://www. unifr. ch/ddp1/derechopenal/artículos/a_20100727_01. pdf.

[44] . "…Actual procedimiento penal colombiano estaría compuesto únicamente por dos fases: La preliminar y la de juicio….La principal diferencia entre la imputación y la acusación es que la primera se constituye en una inferencia razonable, mientras que la segunda es una afirmación con probabilidad de verdad, es decir, hay una mayor certeza por parte de la Fiscalía al momento de realizar la acusación.¨ La etapa intermedia en el procedimiento acusatorio-adversarial de Colombia, Carlos Roberto Solórzano Rojas, pp. 8 y ss.

difuminan los limites o líneas del espacio intermedio y final en un solo tramo o etapa denominada CAUSA JUICIO O PLENARIO, propiamente dicha.

Esta situación, no solo no se compadece con una Coherencia Procesal del Sistema Judicial mismo, sino con el funcionamiento de los actores del Proceso Penal dentro de la formula triangular de la división de "roles o de papeles" de dos figuras antagónicas, que a título de contraparte o de partes contrarias, traban el ejercicio dialectico del contradictorio bajo una "Tesis" y una "Antítesis" para ser al final resuelta con la ¨Síntesis de la sentencia" de un tercero; que a título de SUPRAPARTE, PUBLICO, TRANSPARENTE, PROBO E IMPARCIAL, sin inclinación alguna por las partes se pronuncia sobre las posiciones en contienda; porque se encuentra por encima de los "intereses de partes," como la persona o ser humano que desata el debate del conflicto. Así mismo como está concebida, esta diagramación geométrica o distintiva de contar con las funciones del proceso penal en cabeza de órganos o personas totalmente distintas, a la luz equilátera de un triángulo, como siempre viene a nuestra ¨imagen mental¨ semejante distribución de funciones dentro del proceso penal; así mismo, debe guardarse la Coherencia lineal del avance de que el proceso penal, cuenta con Tres (3) etapas y tres controles funcionales dentro de la labor decisora de una SUPRAPARTE que se encuentra en el medio de diferendo de los intereses de partes, que guardan estrecha, lógica y porque no?... geométrica conformidad con los avances de las exigencias que cada etapa INICIAL, INTERMEDIA Y FINAL demandan o exigen en los estándares probatorios del sistema judicial mismo; porque no debemos olvidar que se trata al final de todo, de un proceso de conocimiento que responde a la "Teoría del Conocimiento", sobre el establecimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el conflicto objeto de litigio.[45]

V. Perfil infraestructural de solución

Procuradores pasen del órgano de control a la función jurisdiccional de convertirse en jueces intermedios de la causa probable.

[45] ¨…La ausencia de esta segunda fase ha traído como consecuencia que en Colombia exista un procedimiento penal mutilado, que se caracteriza porque varios de los elementos propios de esta etapa intermedia sean asumidos por las otras, generando problemas tanto en su estructura como en su ejecución, sin mencionar las dificultades a las que se enfrenten los participantes de este, en especial, la fiscalía general de la Nación…" (La etapa intermedia en el procedimiento acusatorio-adversarial de Colombia, Carlos Roberto Solórzano Rojas, pp. 1 y ss.).

El maestro Carnelutti, sostenía sin ambages, que el «Ministerio Público imparcial es una contradicción en los términos»[46]…, concepto que haciendo alusión a la figura que hoy tenemos de la Institución Fiscal, pero no desde el alcance de la extinta ley 600 del 2000, sino con vigencia de la actual ley 906 del 2004; apreciación que sin dudas se hace importante para entender que a la mirada de la forma como esta estructuralmente diseñada la "formula triangular del proceso penal", con una figura equilátera, en la que las dimensiones lineales de distanciamiento de quien ejerce la función "garante y jurisdiccional", decisora o de decisión dentro del proceso penal, guarda una equidistancia lineal de marginación de las partes en conflicto o contradicción: FISCALIA Y DEFENSA.

Ahora bien, siendo ello así, no cabe a la luz de esta fisionomía geométrica del proceso, ¿encajar en qué lugar? ..., espacio o ubicación?... colocaríamos al Agente del Ministerio Publico que nosotros tenemos en Colombia?... Ya No!..., bajo el rol de la forma o funcionalidad de Institución Fiscal, como estila funcionar en otros países, sino como servidor público que funge a título de interviniente bajo el ropaje del órgano de control de la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION en Colombia; pues, nadie niega, por antonomasia de esta institución en el país, que la sustentación de su actual legitimación en el Proceso Penal Colombiano, obedece a las compuestas y valiosas actuaciones procesales desarrolladas al interior del proceso en asuntos que a lo *¨largo y ancho¨* de su histórica existencia en la JURISDICCION PENAL, contribuyeron a la coadyuvante desarticulación de múltiples acciones contra reconocidas *"células y unidades solidaridad criminal", de "bandas de alto refinamiento delictivo"*; y sin lugar a dudas, de ese elevado compromiso de respeto por los Derechos Fundamentales o Colectivos, que se ven inmersos en el proceso penal. Tampoco, podemos negar!.., que bajo la "lupa histórica y real de la realidad pragmática de la praxis judicial" con la que se avanza en el proceso penal, para nadie es un secreto entender, que existen "buenos, pero muy buenos "Agentes del Ministerio Publico" de la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, que cumplen a *¨capa y espada¨* una funcionalidad imaginariamente maravillosa de respeto, de respetabilidad; y en especial, en no pocas ocasiones, vinculantes de afinidad con la defensa o con la víctima, haciendo una "gran alianza inclinada y no desviada del verdadero sentido garantista" de su funcionalidad o rol al interior del proceso penal; con tal de buscar una compensación equilibrada de ¨igualdad de armas¨ al

[46] Carnelutti, 1960, p. 44. Guarneri (1952, p. 156) opina en el mismo sentido.

interior del proceso que propugne por el único y real interés de *tan alta y delicada función misional de alcanzar la justicia en el proceso penal.*

Ahora bien, nadie niega que se hace igualmente legitima la estructuración del rol del Agente del Ministerio Publico para preservar el equilibrio al interior del proceso penal, y evitar que se altere la ¨triada equilibrada¨ del proceso penal mismo; es decir que, si es viable, en la medida de que estos servidores asuman la defensa de las víctimas, cuando no tengan abogado; y en aquellos casos de verdadera fragmentariedad del Derecho Penal de alta o elevada nocividad. Pero, porque no pensar, que una ¨gran cantidad¨ de ellos, ¡naturalmente los mejores!, los más preciados, puedan pasar a las ¨esferas de la jurisdiccionalidad¨ que demanda esta figura del ¨JUEZ DE LA CAUSA PROBABLE¨; pues, muchos abogados del Ministerio Publico tienen elevadas calidades propias, equiparables y en no pocos casos, muy superiores a la estirpe "cuasi jurisdiccional" de algunos jueces. ¡Muy símiles a esa condición, porque no podemos negar que en esa "Entidad de Control" existen excelentísimos juristas!...

CONCLUSIONES

1. No cabe duda, que tanto: *la "Justicia Tardía" que es la más grande las "Injusticias", y la "Injusticia" en la que se incurre: por la "Precipitada y Prematura" formulación o allegamiento de la "Acusación formal del escrito" a la etapa de Juicio, sin los elementos suficientes terminan igualmente frustrando con absolución e impunidad la justicia ante la sociedad, como manifestaciones graves de* "INJUSTICIAS"; ambas, la una por "TARDIA", y la otra por "PRECIPITADA" son revelaciones de una dimensión de estricta estirpe pragmática de reproche, que vigoriza *la legitimación o deslegitimación del IUS PUNIENDI.*
2. Es absolutamente claro que tanto por Garantía Política, como por Principio que irradia todo método de enjuiciamiento: la DIGNIDAD HUMANA ha de constituir el "faro" de protección de todo el funcionamiento del Sistema Judicial Penal, de reclamante exigencia a todos los actores que fungen en el proceso. De manera, que *la validez, eficacia y eficiencia* axiológica o categórica de la JUSTICIA en el Sistema Penal Judicial, se hace legitima en la medida en que el proceso se *instrumentalice o utilice para alcanzar a impactar el respeto de Derechos Humanos.*
3. La virtud eminente y verdaderamente IMPARCIAL de la *jurisdiccionalidad del señor JUEZ,* como "Supraparte del proceso penal" es la que legitima al final, el contenido *de certidumbre y tranquilidad que los asociados esperan del sistema en cabeza de la institucionalidad de la JUSTICIA*.

4. Una de las grandes e innegables frustraciones estadísticas de los Derechos Humanos en el proceso penal colombiano que cuestionan la legitimación del Sistema Judicial penal Colombiano con grave derroche jurisdiccional del proceso, radica o estriba en la observancia del precario estándar probatorio de los procesos que llegan a juicio, anquilosados o estancados en la fase primigenia de indagación del proceso penal sin mayores innovaciones contundentes de convicción para una condena; dado el corto, desueto, desmotivado, impotente y por demás atávico ingenio y creatividad competitiva de indagación de la parte que ejerce el Principio Acusatorio, *sin cobrar la suficiencia innovadora de incorporación de elementos probatorios de juicio o medios de investigación nuevos distintos o superiores en fuerza vinculante, a los que se exhibieron en la Audiencia formulación de imputación*.
5. Debemos salir de esa división bipartita del proceso penal en dos etapas o fase y por el contrario debemos optar por la búsqueda tripartita del proceso penal (INICIAL-INTERMEDIA-FINAL.), para la guardia garante de los Derechos Humanos al interior de un sistema, en el que impere un tránsito interfaz o intermedio de control del "método para juzgar."
6. Haciendo un acercamiento de *derecho legislado o comparado* a lo que hemos ajustado a nuestra experiencia cotidiana, en lo referido a la llamada *causa probable*; no cabe duda, de que su CONTEXTO ESPACIO-PROCESAL tiene cabida legitima en el acto de la presentación del ESCRITO DE ACUSACION y su consecuente celebración de la AUDIENCIA del mismo nombre, para dar lugar a la *completitud de un acto procesal complejo* en Colombia; y que esta es la oportunidad precisa e intermedia de linderos, de todo ese avance que debe existir entre la INDAGACION y el JUICIO ORAL; entre la etapa PREPROCESAL y PROCESAL propiamente dicha, para entenderla como esa etapa INTERMEDIA o MEDIANERA de los linderos en la que se legitima definir al *"acusado, a ese nivel nominativo de su condición subjudice",* a saber: por parte de otro JUEZ o SUPRAPARTE ajeno al control de limitación de los Derechos Fundamentales (Juez Control de Garantías.) y a la adopción final de la decisión de fondo del litigio en la sentencia (Juez de la cognición o causa.).
7. Se hace necesario un JUEZ DE LA CAUSA PROBABLE que propugne la viabilidad de una "resolución del conflicto", antes que entrar a un

"derroche jurisdiccional inútil sobre el asunto"; bien sea: p*ara sacar al fallador final de la judicialidad con una absolución o resolverlo con restablecer los derechos afectados con una condena "limpia del verdadero responsable"*; antes que terminar en *Una clara incertidumbre sobre los extremos de la relación jurídico-procesal*, que a estas "alturas medias" de esta fase, se hace inconcebible para los ¨costos sociales¨ del proceso penal, sin desmerito de todas las *afectaciones de derechos fundamentales disminuidos, menoscabados o afectados a la luz de la cuestionada eficacia y eficiencia del sistema judicial vigente.*

8. La resolución expedita del Sistema Judicial sobre un conflicto penal es un factor determinante que depende de la celeridad investigativa de la institución fiscal para enervar las antipatías o empatías que acrecientas las expectativas distánciales de los extremos de las partes. Razón suficiente para entender, que los ciudadanos tienen. Derecho a que su caso se resuelva en el menor tiempo posible como manifestación Humana de los Derechos que le asisten a las partes en el proceso.

9. El avance de respeto de Derechos Humanos en desarrollo del ejercicio de su Control Social, se hace cada vez más valido en la restricción de Derechos Fundamentales, en la medida progresiva del avance que tengamos de respuesta a la tranquilidad que se va superando, ganando o adquiriendo por el juez, en cualesquiera de sus etapas y de los estándares probatorios que le son exigibles, dado el acercamiento que va "cobrando su criterio" de llegar cada vez más cerca al nivel o estadio de la certidumbre de lo que se encuentra acreditadamente evidenciado de haber ocurrido o acontecido en el ámbito factico del "tema probandum".

10. Uno de los peores contaminantes de la imparcialidad del JUEZ DE CONOCIMIENTO fue haber colocado en cabeza de éste, la recepción del escrito de acusación y más aún el control formal de dicho "acto de parte" de quien ejerce el principio acusatorio.

11. Así como existe un "control al principio del proceso" y otro control "al final del proceso" con el *juez de control de garantías y el de conocimiento* correlativamente; así debemos colocar un "Juez de control" para hacer como se hacen "todos los proyectos", con un "Control de Gestión¨ del proyecto; a saber, ubicar un JUEZ DE CONTROL de la CAUSA PROBABLE *en el intermedio* o en el ¨medio del camino¨ o del interregno de esta estructura lógica del "método para juzgar", que actualmente tenemos; porque debemos entender, que no podemos macular o contaminar al JUEZ FALLADOR o de la SENTENCIA.

12. No podemos negar que en no pocas ocasiones, ante los apremios estadísticos, el acicate de las víctimas, la ausencia profesionalizante de funcionarios de policía judicial, y el desenfrenado "ímpetu de cargas" que les corresponde asumir a la Institución Fiscal" en el desenvolvimiento funcional de su cargo, éste termine formulando una imputación de manera precipitada, no solo porque desea dejar una 2muestra positiva" de su labor ante el Sistema de su propia medición; sino porque se hace más expedito "*imputar para investigar que investigar para imputar"*; ya que de esta manera puede "irse derecho" hasta el juicio y lograr su inclusión, aun cuando este convencido, de que no cuenta con el acervo procesal suficiente de un caso a su cargo.

13. El juez de la etapa intermedia (Causa Probable), se convertiría en una salida airosa de solución de múltiples aspectos que hoy atan, entraban y entorpecen la solución expedita de conflictos, dado el arraigado apego que por nuestra propia idiosincrasia jurídica le guardamos a la legalidad formal de interpretación tradicional que cercena el nuevo rol de la jurisprudencia y retrae las oportunidades de resolución jurídica de aquellos casos, que desde "esas alturas" del proceso, ya sabemos que no cuentan con la virtualidad de alcanzar el estándar de la certidumbre probatoria para condenar.

14. Un Juez de la Causa Probable, entraría a fungir como un "Juez de control verdaderamente "real y material" de la acusación, que no puede ejercerse en sede de imputación, pero que tampoco está llamada a ser revisada a este nivel de avance jurisdiccional del proceso, para poder enmendar o sanear a tiempo y de manera oportuna "Las acusaciones mal formuladas, endebles", ¿y porque no?... evitar que pasen a la etapa del Juicio, *como cargos absurdos, sin vocación de prosperidad; pero en especial, con imputaciones de cargos que no encajan bajo el más común de los sentidos en los procesos simples y coherentes de una clara adecuación, para poder entender realmente* ¿cómo llegaron a ese nivel de esa fase intermedia? que a ciencia cierta y con la convicción de este mismo "acto de parte de la Institución Fiscal", quien sabe que no tiene en "sus manos un caso", ¡no solo nada claro! ..., sino con un panorama "penumbroso" para sacar adelante en la seriedad profesional o defensable de una hipótesis de cargos o de una teoría del caso, de lo que significa materializar o evidenciar un abierto contradictorio en el JUICIO ORAL.

15. Sin duda alguna!..., El JUEZ DE LA CAUSA PROBABLE es el "COMPLEMENTO PROCESAL" de una coherencia estructural, lineal, geométrica

y funcional del GARANTISMO del sistema ACUSATORIO-ADVERSARIAL, con el que podemos dar fin a la ausencia del CONTROL MATERIAL DE LA ACUSACIÓN, en respeto de esa imparcialidad del juez de la cognición y para rescatar no solo la credibilidad del Sistema Judicial Penal, tantas veces maltratado, sino la efectividad Garantista de los Derechos Humanos en su extensión y funcionamiento, dinamizando la justicia y la legitimación misma de intervención del DERECHO PENAL.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, M. (2008). Naturaleza, función y ámbitos de actuación en la etapa intermedia del Juez de Control.

Alméciga Gómez, M. F., & Gutiérrez Rojas, C. J. Control judicial de la acusación en Colombia: ¿Intromisión indebida o límite necesario?

Arbulu, V. (2010). El control de la acusación fiscal en la etapa intermedia. *Recuperado de: https://www.* unifr.ch/ddp1/derecho *penal/artículos/a_20100727_01. pdf.*

Aristizábal, D. M. B., Jaramillo, A. G., Gallego, M. M., & Vargas, V. H. O. (2017). Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. *Acta sociológica*, *72*, 71-94.

Binder, A. (2008). La fase intermedia, control de la investigación. *Selección de lecturas, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima.*

Dueñas Canches, O. (2006). Importancia de la aplicación de la etapa intermedia en el proceso penal". *Dialogo con la jurisprudencia*.

Ferrajoli, L., & Bobbio, N. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (p. 621). Madrid: Trotta.

García Santos, V. L. (2017). Los operadores de justicia: los jurados de conciencia.

Nevárez, D. (1998). Sumario de derecho procesal penal puertorriqueño.

Solorsano Garavito, C. R. (2019) El principio de congruencia dentro del enfoque adversarial en el contexto colombiano.

Urbano, Martínez, J. J. (2013), *El control de la acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado constitucional de Derecho. U. Externado de Colombia.*

Vásquez, C. M. J. (2002). La formulación y el control jurisdiccional de la acusación. *Revista de Derecho*, (1), 121-148.

Aspectos Problemáticos de la Audiencia de Imputación, Whanda Fernández León. (Docente Universidad Nacional.) 07 febrero del 2020. https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/penal/aspectos-problematicos-de-la-audiencia-de-imputacion

Daniel Medina García. "El retiro de la acusación en Colombia", *Revista Derecho Penal y Criminología,* Vol. 39, n°. 106, enero-junio de 2018, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 55-102. DOI:https://doi.org/10.18601/01210483.v39n106.03.

MARÍA ISABEL ORTIZ FONNEGRA 06 de abril 2020, Revista el Tiempo, https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/sentencias-en-juicio-en-colombia-fiscalia-pierde-la-mayoria-de-casos-481348

Códigos y leyes

Ley 906 de 2004. **Sentencias.**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de noviembre de 2018) Sentencia SP5660-2018. [M.P. Patricia Salazar Cuellar]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (05 de octubre de 2016) Sentencia SP14191-2016. [M.P. José Francisco Acuña Vizcaya]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (21 de marzo de 2012) Sentencia de Casación 38256 [M.P. José Luis Barceló Camacho]

Corte Suprema Justicia. Sala Casación Penal. Sentencia del 13 de marzo de 2008 del Proceso de Número 27413.

Corte suprema Justicia. Sala Casación Penal. Sentencia del Proceso 38.256 del 21 de marzo de 2012.

¿LA FISCALÍA ESTÁ OBLIGADA A INVESTIGAR LO QUE LE FAVORECE AL PROCESADO? Propuesta de investigación integral para los sujetos de especial protección convencional

*César Javier Valencia Caballero**

"Antes que el derecho, primero el ser humano"

RESUMEN

A continuación, resolveremos el problema enunciado en el título de este escrito. Para el efecto, el lector encontrará una aproximación al problema jurídico, en el que se describe la importancia de analizar el asunto, fuentes estadísticas, y la diferencia entre el principio de objetividad con el de investigación integral, así como su aplicación en el ordenamiento jurídico penal colombiano. Allí, se toma partida por el último mandato de optimización referido, lo que significa que, en tratándose de sujetos procesados penalmente que a su vez ostenten protección especial en el marco convencional, la investigación de los delitos y su responsabilidad penal debe abarcar tanto lo que le desfavorece como lo que le favorece.

Seguidamente, se justifica por qué el proceso penal colombiano no es de pureza acusatoria, y el enfoque convencional que lo irradia, por lo que, cualquier

* Abogado egresado de la Universidad de Santander, doctor en derecho por la universidad de Salamanca, magíster en ciencias penales y criminológicas, especialista en derecho penal y criminología, y derechos humanos e internacional humanitario de la Universidad Externado de Colombia, con posgrado en derecho probatorio penal de la Universidad de Castilla-La Mancha y derecho constitucional de la Universidad Libre de Colombia. Autor de diversos libros y artículos, conferencista nacional e internacional, miembro del ICDP y capacitador en CESJUL. Actualmente es Juez Penal del Circuito de Bucaramanga y profesor universitario.

interpretación sobre el mismo debe limitarse a los postulados constitucionales y enunciados del derecho internacional de los derechos humanos. En tal sentido, a partir de las nuevas tendencias del derecho procesal, se propone la "fórmula de la intolerabilidad" y la aplicación del principio *pro homine,* como los fundamentos por los cuales, ante la cortapisa del principio de objetividad que al parecer se expresa en el derecho interno, se imponga en pro de la justicia y del ser humano, el mandato de investigación integral para los casos en que la fiscalía indaga presuntos delitos en los que están involucrados sujetos de especial protección convencional.

Finalmente, se da rendimiento a la propuesta con distintos casos, en los que podrían estar investigados los sujetos ya mencionados, demostrando así que, para cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos, no hay otra interpretación jurídica válida que investigar tales eventos conforme el principio de investigación integral, lo que implica el deber de la fiscalía de trazar diversas hipótesis más allá de la acusatoria, para dar cabida a eventuales causales de ausencia de responsabilidad, carencia de estructuración de algunos de los elementos del delito, o posibles procedimientos ilegales de la fuerza pública, para lo cual, en ente investigador debe implementar un programa metodológico con enfoque diferencial, que puede llevar, en el evento de constatarse las hipótesis favorables al procesado, a un archivo o preclusión, sin necesidad de convocar a la persona a juicio, tal cual se concluye en este texto.

Palabras clave: Principio de objetividad, principio de investigación integral, proceso penal con tendencia acusatoria, derechos humanos, enfoque convencional, y sujetos de especial protección.

1. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

Según la Corporación Excelencia en la Justicia[1] en Colombia, de las 19.416 sentencia proferidas en el año 2021, luego de culminado el juicio oral, el 60% resultaron ser absolutorias, mientras que sólo el 40% son condenatorias. La cifra de absoluciones viene en aumento durante los últimos años así: 2020 (58% vs 42%), 2019 (57% vs 43%), 2018 (52% vs 48%), y 2017 (51% vs 49%). Del 2016 hacia atrás las sentencias condenatorias superan las absolutorias.

Dichas cifras deben llamarnos la atención, no porque se estén profiriendo absoluciones, pues, si una persona procesada mantiene incólume su inocencia

[1] Ver: https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/composicion-de-las-sentencias-emitidas-en-juicio-oral-en-el-sistema-penal-acusatorio-colombiano/

en juicio o existe duda razonable sobre su responsabilidad penal, naturalmente debe emitirse sentencia absolutoria. Lo que interesa preguntarnos es si las investigaciones penales se están adelantando con un método riguroso que permita al fiscal contar con un caso lo suficientemente sólido, en cuanto a los hechos, su relevancia jurídica y los medios de prueba, con el fin de afrontar un juicio con vocación de éxito y, de contera, con la expectativa legítima de las víctimas para lograr la satisfacción de sus derechos a la verdad, justicia y reparación[2].

Valga aclarar que, la importancia de contar con un método adecuado para las investigaciones penales, no solo aporta a los derechos de las víctimas y a garantizar una oportuna administración de justicia, sino también evita el etiquetamiento que se predica del control informal –social- que se le hace a una persona que es procesada, máxime cuando su caso no se resuelve en un plazo razonable, como suele suceder en Colombia. En tal sentido, es evidente que el juzgamiento supone para la persona procesada una "*pena de banquillo,* pues así resulte absuelto, la publicidad que se predica de la actuación se erige no solo como garantía, sino como un arma de doble filo que correlativamente lo muestra ante la sociedad como alguien que ha sido acusado y juzgado, lo que impone una afrenta importante a la honra"[3].

Para evitar la *pena de banquillo* al procesado y la falsa expectativa de protección de los derechos a las víctimas, es trascendental que la fiscalía –o acusador privado de ser el caso–, en cumplimiento de su función constitucional[4], investigue y acuse exclusivamente los hechos que en realidad "*revistan las características de un delito*"[5], esto, "*siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la existencia del mismo*"[6] y, de

[2] Sobre el derecho de la verdad, justicia y reparación que debe ser garantizados a la víctimas en el proceso penal, puede verse: Corte Constitucional, sentencias C-228 de 2002, C-822 de 2005, C-1154 de 2005, C-1177 de 2005, C-047 de 2006, C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-210 de 2007, C-343 de 2007, C-516 de 2007, C-060 de 2008, C-409 de 2009, C-059 de 2010, C-936 de 2010, C-250 de 2011, C-782 de 2012, C-839 de 2013, C-616 de 2014, C-233 de 2016, C-372 de 2016, C-031 de 2018, y C-395 de 2019. En igual sentido: La Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General, mediante Resolución 40/30 del 29 de noviembre de 1985.

[3] VALENCIA CABALLERO, César Javier (2022), Control Judicial De Los Hechos De la Acusación, Bogotá, Edt. Leyer, p. 36.

[4] Constitución Política de Colombia, art. 250.

[5] Ídem.

[6] Ídem.

no contar con ello, lo ideal es que proceda con las otras formas de terminación del proceso, como por ejemplo, solicitando la preclusión[7], la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de renuncia de la persecución penal[8], e inclusive el archivo de las diligencias por atipicidad objetiva del hecho investigado[9].

Ello, por obvias razones, implica que la fiscalía investigue tanto lo desfavorable como lo favorable para el procesado, pues si se limita a trazar hipótesis sobre uno o varios delitos, omitiendo que el investigado pudo obrar bajo cierta causal de ausencia de responsabilidad, o que no hay forma de demostrar alguno de los elementos estructurales de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, su caso no tendría vocación de éxito en el juicio oral y, seguramente, entraría a incrementar la cifra de absoluciones de procesos que en realidad nunca debieron llegar a la fase de juicio oral.

Y es que, si la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[10], exige para la procedencia de las causales de preclusión que se presentan antes de iniciar el juzgamiento, con excepción de las objetivas –1 y 3 del art. 332 del C.P.P–, que el fiscal investigador haya recolectado todas las evidencias posibles con el fin de respaldar la hipótesis de preclusión y que con las mismas se logre certeza o convencimiento más allá de duda razonable de la causal invocada –sobre la causal 6ta únicamente se exige investigación profunda sobre materialidad y responsabilidad[11]–, es acertado considerar que la fiscalía para satisfacer esos requisitos, no puede dedicarse a investigar exclusivamente lo que desfavorece al indiciado o imputado, sino que también tendrá que, de manera activa, buscar los medios de conocimiento que le permitan estructurar la causal de preclusión, o inclusive el archivo, si es que se trata de una conducta atípica objetivamente y aún no se ha formulado imputación. Ello, requiere por lógica y sistematicidad, la búsqueda de elementos que favorezcan al procesado, pues el ente fiscal jamás podrá cumplir con la carga probatoria impuesta por la jurisprudencia, si no realiza una investigación integral.

[7] Constitución Política de Colombia, art. 250 No. 5.

[8] Ley 906 de 2004, art. 323.

[9] Ídem, art. 79. Consultar igualmente Corte Constitucional, sentencia C-1154 de 2005.

[10] Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, AP1233-2015 (rad. 44507), CSJ AP900-2014 (rad. 41669) y CSJ AP, 01 feb. 2012, (rad. 36407).

[11] Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, rad. 55834, auto del 4 de marzo de 2020; y rad. 50082, auto del 18 de junio de 2019.

1.1 El principio de objetividad e investigación integral en el ordenamiento jurídico penal colombiano

Recordemos que la Constitución Política de Colombia de 1991, antes de la reforma del Acto Legislativo 03 de 2002, contemplaba en la parte final del *canon* 250 que "*La fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado*", por lo que, evidentemente se acogió el principio de investigación integral, lo cual es razonable, pues recuérdese que el proceso penal anterior a la Ley 906 de 2004, esto es, el reglamentado en la Ley 600 de 2000, dotaba a la fiscalía de funciones jurisdiccionales que la facultaban para prelucir las investigaciones, siendo indispensable recolectar elementos que le permitieran proferir decisiones de esa naturaleza.

Empero, con la reforma del Acto Legislativo 03 de 2002, la Constitución sufrió cambios al respecto, quedando regulado el tema en el numeral 9º del art. 250, así: "*el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga conocimiento incluidos los que le sean favorables al procesado*". Sobre dicho enunciado, se ha sostenido que, al implementarse un proceso penal con tendencia acusatoria –Ley 906 de 2004–, el mandato de investigación integral perdió vigencia, imponiéndose así el principio de objetividad, el cual enseña que no existe obligación para el fiscal de investigar lo que le favorece al procesado y que, de hallar algún elemento que le favorezca, en virtud de la objetividad tiene el deber de descubrirlo.

Respecto el principio de objetividad, éste se encuentra desarrollado en el art. 115[12], numeral 1º del *canon* 140[13] y art. 142[14] del C.P.P. Sobre el mismo, la Corte Constitucional, ha afirmado que, "no puede perderse de vista que si bien no es exigible al fiscal el riguroso grado de imparcialidad que se impone al juez, debido a las diversas posturas institucionales que estos dos órganos asumen dentro del sistema penal acusatorio -juez y acusador-, la actividad investigativa y acusadora del fiscal debe estar guiada por una serie

[12] Principio de objetividad: "La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y de la ley".

[13] Deberes de las partes e intervinientes: "proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos".

[14] Deberes de la Fiscalía General de la Nación: "Proceder con objetividad respetando las directrices del Fiscal General de la Nación".

de principios rectores que modulan la actividad procesal como los de lealtad, objetividad y corrección"[15]. Otro tanto ha dicho la Corte Suprema de Justicia, al sostener que "No debe olvidarse que el esquema adversarial propio del sistema acusatorio que rige en Colombia, busca que cada parte, de manera independiente, adelante su particular tarea investigativa y, como resultado de la misma, presente en la oportunidad procesal correspondiente la solicitud probatoria que sustente su personal teoría del caso"[16].

Entonces, pareciera que, las reglas actuales del derecho interno, se inclinan más por el principio de objetividad que por el mandato de investigación integral, lo cual resulta desafortunado, pues si en un proceso se busca la justicia material, ello no podría lograrse sin exigírsele al ente fiscal una investigación exhaustiva, lo que incluye aquello que favorece al procesado, ya que un acto de justicia también se refleja en una oportuna resolución del caso para quien está dirigida la acción penal y, por supuesto, para las víctimas quienes conocerían la verdad en un plazo razonable. Se insiste, llevar la mayoría de casos a juicio, cuando no se han contrastado las hipótesis de lo favorable y desfavorable, resulta una tragedia para los procesados y víctimas, además de incrementar las cifras de absoluciones, con un desmedro a la adecuada administración de justicia.

Por consiguiente, es de especial importancia abordar el problema desde las nuevas tendencias del derecho procesal, lo que significa, realizar esfuerzos interpretativos a partir del bloque de constitucionalidad, con el fin de analizar si la *exegesis* del derecho interno es la solución que mejor favorece los derechos humanos, o si más bien, desde una visión monista[17], debe acudirse al derecho internacional de los derechos humanos, para que, en virtud del principio *pro homine*, se plantee una mejor interpretación del derecho y así proponer la exigencia del principio de investigación integral, a efectos de que la fiscalía investigue también lo que le favorece al procesado, especialmente cuando éste se trata de un sujeto de especial protección convencional.

Piénsese, por ejemplo, en personas capturadas por razones estereotipadas; o aquellas que son procesadas y en la investigación ha mediado tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes; o cuando el proceso tenga origen por razones raciales o por tratarse de población migrante; o aquellos trámites penales en los que se investiga a una mujer que a su vez ha sido víctima de

[15] Corte Constitucional, sentencia C-881 de 2011.

[16] Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, rad. 28056, auto del 29 de agosto de 2007, reiterado en el rad. 28847, providencia del 12 de mayo de 2008.

[17] Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995.

violencia por razones de género, o cuando versa sobre personas adultas mayores, niños o niñas, o sujetos con especial condición de discapacidad, entre otras. En estos casos, en los que indudablemente el investigado ostenta protección convencional, consideramos que los procesos deben ser tramitados bajo una perspectiva interseccional y diferencial, lo que nos lleva a preguntarnos si ¿con*forme al control difuso de convencionalidad, la fiscalía está en la obligación de investigar lo que le favorece al procesado?* La respuesta es afirmativa. Para sustentar la misma, a continuación expondremos los argumentos que nos llevan a proponer el principio de investigación integral en los casos de procesados que a su vez son sujetos de especial protección convencional.

2. EL PROCESO PENAL CON TENDENCIA ACUSATORIA Y CON ENFOQUE CONVENCIONAL

Estimamos que el proceso penal colombiano no es acusatorio puro. El mismo es de tendencia acusatorio, y debe armonizarse a los postulados constitucionales y convencionales, lo cual implica que su implementación no obedece en estricto sentido a un sistema de partes, máxime cuando en el proceso están en juego, tanto los derechos del procesado como los de las víctimas, últimos sujetos que no tienen cabida en sistemas procesales que se predican acusatorios. Tal cual lo ha planteado la doctrina nacional, "no hay razas puras en los sistemas procesales del nuevo milenio"[18], por lo que en nuestro país "en lugar de replicar acríticamente un régimen foráneo, era necesario forjar un sistema acusatorio con aroma de café suave colombiano"[19], o como lo hemos propuesto en otra obra, lo que se buscó fue "proponer un sistema procesal con tendencia acusatoria que armonizara con nuestras propias instituciones jurídicas, en especial siguiendo la idea de la constitucionalización del derecho moderno"[20], lo que significa, la búsqueda de la garantía de los derechos humanos de los procesados y de las víctimas.

En ese orden de ideas, si el proceso penal debe respetar los estándares convencionales sobre derechos humanos, afirmamos que en tratándose de sujetos de

[18] MUÑOZ NEIRA, Orlando (2018), Las Raíces Angloamericanas del Sistema Procesal Penal Acusatorio, Edit. Universidad Sergio Arboleda y Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, p. 137

[19] URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín (2011), La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal, Edt. Ediciones Nueva Jurídica, segunda edición, Bogotá, p. 18.

[20] VALENCIA CABALLERO, César Javier, "El Control Judicial de los Hechos de la Acusación", Ob. cit., p. 30.

especial protección, evidentemente debe existir un trato diferencial mediante acciones afirmativas que garanticen que el procesado no sea instrumentalizado o disminuido por su condición, siendo indispensable para ello que se investigue el asunto de manera integral.

Un claro ejemplo de esta problemática, lo encontramos en la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia[21], en la que se afirmó que, respecto las personas que se encuentren en situación de discapacidad –mental, intelectual o sensorial–, el juez de garantías, "previo a viabilizar la imputación, deberá interrogar al fiscal del caso sobre las actividades investigativas pertinentes y las gestiones realizadas para garantizar un trato igualitario de aquél (…) [si el fiscal cuenta con datos sobre el estado de salud del procesado que incida en la validez de la actuación], la agencia acusadora deberá, entonces, recabar elementos probatorios (historia clínica u otros documentos) y/o practicar los exámenes médico-legales (psicológicos o psiquiátricos) que le permitan verificar el estado de las capacidades cognitivas y comunicativas del investigado"[22], exigencia que evidencia que para evitar el menoscabo de los derechos humanos de tales personas, es indispensable que la fiscalía investigue integralmente tal situación, pues solo de esa manera se garantizaría el derecho que tiene el procesado a comunicarse y comprender los hechos que se le imputan, ello conforme el tratamiento diferencial que se reclama desde la convencionalidad[23].

3. LA FÓRMULA DE LA INTOLERABILIDAD Y EL PRINCIPIO *PRO HOMINE*, COMO FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN INTEGRAL PARA SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONVENCIONAL

Cabe preguntarnos: si existe aparente antinomia entre el derecho interno (que según algunos propicia por el principio de objetividad) y el derecho internacional de los derechos humanos (que implica investigación integral

[21] Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, Rad. 52671, sentencia del 25 de noviembre de 2020.

[22] Ídem.

[23] Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York, 13 de diciembre de 2006. En igual sentido, Convención Interamericana para la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad. Guatemala, 7 de junio de 1999.

cuando se trata de sujetos de especial protección), cuál enunciado jurídico debemos aplicar?

En efecto, sobre el control difuso de convencionalidad, la Corte IDH[24] se ha pronunciado pacíficamente, disponiendo que los enunciados de los tratados de derechos humanos, así como las interpretaciones realizadas por su jurisprudencia constituyen *hard law* y, por tanto, las autoridades administrativas o judiciales –en este caso la fiscalía-, están en la obligación de revisar los casos conforme a dichos estándares, dando aplicación al denominado principio *pro homine*, el cual sostiene que, en los casos en que exista contradicción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, deberá aplicarse la solución que mejor expectativa o protección genere al derecho humano en juego.

Tal discernir, tiene fundamento desde la filosofía del derecho, en la "fórmula de la intolerabilidad"[25], expuesta por Gustav Radbruch, quien en "tres ensayos de posguerra" planteó que cuando entra en conflicto la seguridad jurídica (que se predica de la Ley) y la justicia (como valor), si la aplicación de la ley resulta ser excesivamente injusta, la seguridad jurídica debe ceder a aquella, pues no hay cabida a aplicar una ley que se torne injusta. Para el efecto, se considera que la ley es injusta, cuando la misma resulta ser contraria a los derechos humanos. Entonces, no es válido acudir a una ley injusta –que contraría los derechos humanos- para mantener la seguridad jurídica, pues, primero debe imponerse la justicia como valor supremo, planteamiento que en nuestro sentir, es el mismo que sostiene la Corte IDH, cuando hace alusión a la aplicación del principio *pro homine* ante eventuales antonimias entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

En consecuencia, afirmamos que en las investigaciones penales de sujetos de especial protección convencional, en las que la fiscalía no indague lo que le favorece a los mismos, aludiendo el mandato de objetividad, resulta ser una solución intolerable a la justicia y, por tanto, contraria al principio *pro homine*, proponiéndose entonces que, para salvaguardar la justicia y los

[24] Corte IDH: caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2016; y caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina, sentencia del 1 de septiembre de 2020, entre muchas otras.

[25] Sobre el tema ver: PAULSON, Stanley L., La Filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch, traducción de NAVA TOVAR, Alejandro (2019), Edt. Marcial Pons, Madrid, pp. 139 y ss. Así mismo, consultar: AMBOS, Kai, traducción de LÓPEZ DÍAZ, Claudia (1999), Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro, cuadernos de conferencia y artículos No. 21, Edt. Universidad externado de Colombia, Bogotá, p. 14.

derechos humanos de los procesados, en realidad la fiscalía está obligada internacionalmente a investigar lo que le favorece al indiciado, e inclusive, mediante acciones afirmativas, dar un trato diferencial en busca que las personas comprendan realmente de lo que se le está investigando y, con mayor razón, el imperativo conlleva a que la fiscalía se trace diversas hipótesis –además de responsabilidad, las de inocencia o duda razonable- que puedan llevar a constatar alguna causal de ausencia de responsabilidad o carencia de cierto elemento estructural del delito, que beneficie al procesado con una preclusión o archivo de la indagación, lo que por supuesto, exige una investigación integral para soportar la hipótesis exculpatoria, si es del caso. Luego de ello, si aun así, se mantiene la hipótesis de la acusación y el procesado la comprende, es que la fiscalía queda facultada para acusar y someter el caso a un juicio oral, el cual seguramente tendría alta probabilidad de éxito, pues en la investigación ya descartó las hipótesis que podrían favorecer al procesado.

4. RENDIMIENTO DE LA PROPUESTA EN ALGUNOS CASOS DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONVENCIONAL

A continuación, se abordará algunos casos en los que debe predicarse la investigación integral. Se advierte que las hipótesis que se estudiarán son apenas enunciativas, pues, por las exigencias formales del texto, no hay espacio para abordar todas las posibilidades.

4.1 Procedimientos fundados en estereotipos, por ejemplo, por razones de raza, personas migrantes, y participantes en las protestas sociales

Frente a estas personas, en el sistema internacional de protección de derechos humanos, contamos con distintas fuentes que fijan una especial atención para los mismos, lo que incluye, por supuesto, los enfoques diferenciales en el proceso penal, que necesariamente conllevan a implementar el principio de investigación integral.

En tal sentido, son de importancia los siguientes instrumentos y decisiones del sistema IPDH:

- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 de noviembre de 1969.

- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Nueva York, 7 de marzo de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, 16 de diciembre de 1966.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o degradantes. Nueva York, 10 de diciembre de 1984.
- Convención Internacional sobre Protección de los derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Nueva York, 18 de diciembre de 1990.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985.
- Protocolo de Estambul (Manual para la investigación y documentación eficaz de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes), aprobado por la ONU en 1999.
- Corte IDH, caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, sentencia del 12 de septiembre de 2005 (respecto aplicación del Protocolo de Estambul).
- Corte IDH caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina, sentencia del 1 de septiembre de 2020 (capturas con fundamentos en estereotipos).
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH. Informe: Protesta y Derechos Humanos Fuente. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19. Septiembre 2019.
- Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 37 (2020), relativa al derecho de reunión pacífica (artículo 21). CCPR/C/GC/37. 17 de septiembre de 2020.
- Convención de Viena sobre relaciones consulares, 24 de abril de 1963.

Los anteriores no son todos los instrumentos y decisiones que existen en el sistema internacional de protección de derechos humanos. Sin embargo, de los mismos se pueden extraer ciertos estándares que evidencian la necesidad de investigar los casos de manera integral. Veamos algunos:

i. El empleo de razonamientos estereotipados por parte de las fuerzas de seguridad puede dar lugar a actuaciones discriminatorias y, por consiguiente, arbitrarias en las capturas, como cuando se trata de aprehensiones que se derivan de la usual "actitud sospechosa", "lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el art. 7.3 de la Convención Americana. Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulan sobre prejuicios respecto a las características o

conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socio-económico, pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la convención"[26]. En consecuencia, será deber de la fiscalía, estudiar si el caso que llegó a su conocimiento obedece a un estereotipo de la fuerza de seguridad, que puede tener origen xenofóbico –migrantes-, por motivos de raza, u otros que impliquen etiquetar a cierto grupo de personas como sospechosos, tal cual puede suceder con los manifestantes en las protestas. Ello, se logra sólo si el método investigativo parte de una investigación integral que puede llevar inclusive a deprecar la ilegalidad de las capturas si éstas se materializaron por motivos de estereotipos.

ii. Sobre las protestas sociales, y los eventuales delitos que puedan cometerse durante las mismas, según el art. 21 del PIDCP, las manifestaciones deben ser garantizadas en el marco del derecho humano a la reunión pacífica, y conforme la observación 37 del Comité de Derechos Humanos, la fiscalía tendrá que investigar fehacientemente si la reunión se tornó violenta, para lo cual, no basta que los participantes porten objetos que podrían considerarse armas (párrafo 22). Además, sobre la detención preventiva, exclusivamente procede cuando "las autoridades tengan un conocimiento efectivo de la intención de determinadas personas de cometer o incitar a cometer actos de violencia durante una reunión concreta y cuando otras medidas para impedir la violencia sean claramente insuficientes. Las prácticas de detención en masa antes, durante o después de una reunión son discriminatorias y, por tanto arbitrarias" (párrafo 89). Y "el simple hecho de que una persona participe de una reunión pacífica no constituye un motivo razonable para detenerla y cachearla" (párrafo 90). Todo ello, implica que el ente fiscal investigue de manera integral los casos que conoce en el marco de las protestas, pues no se trata de criminalizar un derecho humano, sino de establecer en cuáles hipótesis excepcionalmente se puede utilizar el derecho penal, para lo cual necesariamente debe indagar respecto el cumplimiento de los estándares de derechos humanos, que no son otra cosa, que indagar sobre aquello que puede favorecer al indiciado.

iii. Respecto las personas que pertenecen a la población migrante que hubieren sido capturadas, debe garantizarse el derecho a conocer los cargos y contar con interprete si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal

[26] Corte IDH, caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina, sentencia del 1 de septiembre de 2020.

(art. 14, literal *f* del PIDCP), De igual forma, se debe garantizar su derecho a la información y asistencia consular de su país de origen (art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares), lo que lógicamente requiere que el fiscal estudie con singular esmero el caso, pues si se trata de un migrante o extranjero que no comprende el idioma, pero además, tampoco tiene claras las reglas del derecho interno, es su deber informar la protección de asistencia consular, y además establecer eventuales hipótesis de ausencia de responsabilidad relacionadas con la conciencia de antijuridicidad, que podrían dar cabida a una eventual preclusión.

iv. En cuanto a las personas capturadas que han sido golpeadas o sometidas a tratos crueles, inhumanos o degradantes, el fiscal deberá conforme la convención universal, así como la interamericana, el protocolo de Estambul y el precedente Gutiérrez Soler Vs. Colombia, establecer como eventual hipótesis que el aprehendido ha sido sometido a tales tratos, y por tanto, requerir del Instituto de Medicina Legal la activación del protocolo para establecer si hay hallazgos que puedan llevar a concluir que se han quebrantados sus derechos humanos, para a partir de allí, tomar las medidas del caso, lo que debe incluir, la solicitud ante juez, dependiendo de la etapa procesal, de la exclusión del medio de prueba donde medió tortura, trato cruel o inhumano y, en consecuencia, definir la procedencia o no de continuar con la causa penal, optando por las alternativas que le otorga la ley, como lo puede ser la eventual preclusión, si es del caso.

4.2 Mujeres procesadas víctimas de violencia por razones de género

Es posible que una mujer que esté siendo investigada penalmente, realmente haya realizado la conducta típica, ya sea por instrumentalización o coacción, como ocurre en los casos de tráfico de estupefacientes o extorsiones, cuando son inducidas en error u obligadas por sus parejas bajo un contexto de dominación. Otro tanto puede acontecer en los eventos es que siendo objeto de maltrato doméstico por parte de su esposo, en uno de esos episodios o en el contexto de subyugación, termina asesinando a su compañero. En estas hipótesis, nótese que las mujeres pueden y deben verse beneficiadas de un error de tipo o prohibición, una insuperable coacción ajena, o una legítima defensa, según sea el caso, lo cual requiere que la fiscalía, desde los inicios de la indagación, investigue el caso de manera integral, con perspectiva de género y un enfoque interseccional.

En efecto, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de *Belem Do Pará*, del 9 de junio de 1994, establece un catálogo de derechos de las mujeres y deberes de los Estados para erradicar cualquier forma de violencia contra la mujer. Entre las obligaciones del Estado, se cuenta con la referida a actuar con debida diligencia con el fin de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art, 7, literal b), y tomar medidas apropiadas para modificar, entre otras, prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (literal e). Tal instrumento interamericano, también tiene referente universal en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Nueva York, 18 de diciembre de 1979.

Es así que, si bien una mujer puede estar procesada penalmente, si su caso tiene un contexto de violencia por razones de género –el cual debe ser investigado–, es deber de la fiscalía, en el marco del enfoque interseccional[27], evitar que su proceso se convierta en una doble victimización, esto es, que resulte ser víctima no solo de su agresor, sino también del Estado que no investiga su caso en el contexto que se requiere. En cuanto a la obligación de aplicar perspectiva de género en los procesos donde una mujer es víctima de violencia por razones de género, la Corte IDH[28], se ha pronunciado en diferentes oportunidades, señalando que los estereotipos que conllevan a condiciones discriminatorias, "se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de [las autoridades]"[29].

Lo anterior significa que, la fiscalía debe tener especial cuidado en los casos en que las mujeres son procesadas, es decir, no basta investigar y trazar hipótesis exclusivamente sobre el hecho delictivo y la responsabilidad penal de las mismas, a partir del conocimiento inicial del caso, ya que es perfectamente posible que la mujer esté siendo víctima de violencia por razones de género y ello hubiere sido el motivo por el cual ejecutó la conducta típica, caso en el cual, el ente fiscal tiene la obligación convencional de indagar y proponer otras hipótesis alternativas sujetas a contrastación, con un plan metodológico que, en virtud del principio de investigación integral, implique la búsqueda no

[27] Sobre el enfoque interseccional, ver Corte Constitucional, sentencia C-022 de 2015.

[28] Corte IDH, caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012; y caso González y otras (Campo Algodonero) Vs México, sentencia del 6 de noviembre de 2009.

[29] Corte IDH, caso González y otras (Campo Algodonero) Vs México, sentencia del 6 de noviembre de 2009.

solo de evidencias que puedan confirmar la hipótesis acusatoria, sino también la exculpatoria, última que puede llevar a una solicitud de preclusión. En caso que no se investigue el proceso con perspectiva de género, evidentemente la mujer se vería instrumentalizada por el propio Estado, quien estaría incumpliendo su deber de obrar con enfoque interseccional y, en el peor de los casos, condenando a quien realmente ha sido revictimizada, o con alguna suerte, de haberse ejercido una adecuada defensa que proponga los fundamentos que aquí se exponen, se podría alcanzar la absolución, pero con el rastro de haber sido sometida a un juicio oral, debiendo soportar la *pena de banquillo*.

4.3 Personas adultas mayores, niños o niñas y sujetos con capacidades diversas

Sobre tales sujetos de especial protección, contamos con la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Washington, 15 de junio de 2015; la convención sobre los derechos del Niño. Nueva York, 10 de diciembre de 1984; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York, 13 de diciembre de 2016, así como la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Guatemala, 7 de junio de 1999.

Tales instrumentos, implican que la fiscalía investigue con un enfoque diferencial los casos. Ello quiere decir que debe investigarse bajo el principio de investigación integral, pues no es lo mismo juzgar a un adulto mayor (de 60 a 65 años según lo defina cada Estado), quien si bien debe ser acusado conforme las reglas de los adultos, lo cierto es que, gozan de cierta flexibilidad, por ejemplo, respecto de ciertos beneficios punitivos; igual sucede con los niños o niñas, quienes su proceso tiene un enfoque claramente diferencial al de adultos, máxime cuando la sanción no es de carácter retributiva, sino pedagógica, lo cual explica que las sentencias no constituyan antecedentes penales; y finalmente, las personas que tengan una especial condición de discapacidad, para quienes conforme lo ya explicado con la jurisprudencia Rad. 52671/2020, es necesario que la fiscalía *ex officio* realice actos de investigación dirigidos a verificar que el sujeto comprenda los hechos por los que se le investiga, máxime cuando dentro de las posibilidades está aceptar los cargos, o inclusive debatir una eventual inimputablidad, si es del caso, enfoque diferencial que debe predicarse no solo de los actos de investigación, sino también de todo el proceso.

CONCLUSIONES

La tendencia actual del derecho procesal gira en torno al análisis del proceso a partir de la constitución y la convencionalidad. Respecto el derecho procesal penal, afirmamos que el mismo es de tendencia acusatoria –no puramente acusatorio–, máxime cuando el proceso tiene que armonizarse a los estándares convencionales sobre la materia y, por supuesto, a la constitución de cada Estado, lo que hace imposible que se caracterice el proceso penal colombiano, como el típico sistema de roles.

El principio de objetividad no tiene cavidad en un proceso penal que busque la justicia material, especialmente cuando se trata de sujetos de especial protección convencional, razón por la que, para cumplir con los estándares que exige el derecho internacional de los derechos humanos, en aplicación de la "fórmula de la intolerabilidad" y el principio *pro homine*, la fiscalía tiene el deber de investigar los casos de dichos sujetos bajo el mandato de investigación integral, esto es, indagando sobre lo desfavorable y lo que le favorece al procesado, generando así planes metodológicos, que tengan enfoques diferencias, interseccionales y de género, cuando el caso lo amerite. Obrar así, garantizaría en mejor medida los derechos de los procesados y de las víctimas, y de contera, se optimizaría la labor judicial, pues únicamente llegaría a juicio oral lo estrictamente necesario y lo que eventualmente tenga vocación de éxito para la fiscalía.

En ese sentido, queda resuelta y fundamentada la respuesta a la pregunta enunciada en el título de este texto, cual es, que la fiscalía está obligada a obrar conforme el principio de investigación integral cuando se trata de personas procesadas que a su vez son sujetos de especial protección convencional.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

AMBOS, Kai, traducción de LÓPEZ DÍAZ, Claudia (1999), Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro, cuadernos de conferencia y artículos No. 21, Edt. Universidad externado de Colombia, Bogotá.

MUÑOZ NEIRA, Orlando (2018), Las Raíces Angloamericanas del Sistema Procesal Penal Acusatorio, Edit. Universidad Sergio Arboleda y Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá.

PAULSON, Stanley L., La Filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch, traducción de NAVA TOVAR, Alejandro (2019), Edt. Marcial Pons, Madrid.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín (2011), La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal, Edt. Ediciones Nueva Jurídica, segunda edición, Bogotá.

VALENCIA CABALLERO, César Javier (2022), Control Judicial De Los Hechos De la Acusación, Bogotá, Edt. Leyer.

Corte Constitucional

Sentencia C-395 de 2019

Sentencia C-031 de 2018

Sentencia C-372 de 2016

Sentencia C-233 de 2016

Sentencia C-022 de 2015

Sentencia C-616 de 2014

Sentencia C-839 de 2013

Sentencia C-782 de 2012

Sentencia C-881 de 2011

Sentencia C-250 de 2011

Sentencia C-936 de 2010

Sentencia C-059 de 2010

Sentencia C-409 de 2009

Sentencia C-060 de 2008

Sentencia C-516 de 2007

Sentencia C-343 de 2007

Sentencia C-210 de 2007

Sentencia C-209 de 2007

Sentencia C-454 de 2006

Sentencia C-047 de 2006

Sentencia C-1177 de 2005

Sentencia C-1154 de 2005

Sentencia C-822 de 2005

Sentencia C-228 de 2002

Sentencia C-225 de 1995

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Sentencia del 25 de noviembre de 2020 (rad. 52671)

Auto del 4 de marzo de 2020 (rad. 55834)

Auto del 18 de junio de 2019 (rad. 50082)

Auto 1233-2015 (rad. 44507)

Auto 900-2014 (rad. 41669)

Auto del 01 de febrero de 2012 (rad. 36407)

Providencia del 12 de mayo de 2008 (rad.28847)

Auto del 29 de agosto de 2007 (rad. 28056)

Normas

Constitución Política de Colombia.

Ley 906 de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina, sentencia del 1 de septiembre de 2020.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2016.

Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012.

Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs México, sentencia del 6 de noviembre de 2009.

Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, sentencia del 12 de septiembre de 2005.

Instrumentos internacionales

Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 37 (2020), relativa al derecho de reunión pacífica (artículo 21). CCPR/C/GC/37. 17 de septiembre de 2020.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH. Informe: Protesta y Derechos Humanos Fuente. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19. Septiembre 2019.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York, 13 de diciembre de 2016.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Washington, 15 de junio de 2015.

Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York, 13 de diciembre de 2006.

Convención Interamericana para la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad. Guatemala, 7 de junio de 1999.

Protocolo de Estambul (Manual para la investigación y documentación eficaz de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes), aprobado por la ONU en 1999.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de *Belem Do Pará,* del 9 de junio de 1994.

Convención Internacional sobre Protección de los derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Nueva York, 18 de diciembre de 1990.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985.

Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General, mediante Resolución 40/30 del 29 de noviembre de 1985

Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o degradantes. Nueva York, 10 de diciembre de 1984.

Convención sobre los derechos del Niño. Nueva York, 10 de diciembre de 1984.

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Nueva York, 18 de diciembre de 1979

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) 22 de noviembre de 1969.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Nueva York, 7 de marzo de 1966.

Convención de Viena sobre relaciones consulares, 24 de abril de 1963.

Webgrafía

https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/composicion-de-las-sentencias-emitidas-en-juicio-oral-en-el-sistema-penal-acusatorio-colombiano/

PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO ¿UN MAL TRASPLANTE?*

*Carlos Andrés Pérez Alarcón***

RESUMEN

El presente artículo aborda la temática de la presunción de autenticidad de la prueba documental no declarativa y cómo el manejo que se le ha dado en Colombia ha obedecido a un trasplante injustificado de una interpretación propia de los sistemas jurídicos de Inglaterra, Estados Unidos, Canadá o Australia. La autenticidad ha de ser un tema de estudio profundo; tan

* Este artículo es producto de la tesis doctoral en ejecución y formulada en la Universidad de Medellín cuyo título es: "Hacia un modelo de admisibilidad, práctica y valoración de la prueba documental para Colombia: aportes desde una visión comparada de las tradiciones jurídicas". El autor agradece a sus directoras de tesis, doctoras Paloma Arrabal y Mónica Bustamante, por su permanente acompañamiento y valioso consejo. Y a los profesores Carlos Andrés Guzmán y Carlos Hernán Ocampo por la revisión académica y las observaciones brindadas a esta ponencia.

** Abogado (Universidad Libre). Especialista en Derecho Constitucional (Universidad Libre), Especialista en Derecho Procesal (Universidad de Medellín), Magíster en Derecho Procesal (Universidad de Medellín) y Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo (Universidad de Medellín). Estudios complementarios en Derechos Humanos (Instituto Berg, Alemania), en Sistema Acusatorio (Instituto de Estudios Judiciales de Puerto Rico) y en Dogmática Penal (Universidad de Gottingen). Profesor universitario. Miembro del ICDP y director de semilleros (Capítulo Atlántico ICDP). Actualmente Magistrado en propiedad de la Sala Penal de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla. Experiencia como Fiscal Seccional, Juez Penal del Circuito y Procurador Judicial Penal II, cargos logrados por concurso. https://orcid.org/0000-0003-1959-3494. @caperezalarcon

importante cuestión debe ser revisada en los momentos probatorios de valoración y decisión judicial, no quedar limitada al juicio de admisibilidad con la exigencia de un testigo de acreditación que la legislación no desarrolla. La prueba documental debe ser analizada de manera integral, para ello se requiere proactividad de las partes y una adecuada motivación en la sentencia.

Palabras clave: Presunción de autenticidad, prueba documental, testigo de acreditación, *common law*, admisibilidad, valoración.

INTRODUCCIÓN

No es extraño el "trasplante", intercambio, préstamo o copia de reglas de derecho de un modelo jurídico a otro[1]. Lo que puede ser preocupante es que, en ocasiones, ello se hace sin medir el contexto institucional, social y cultural al que habrán de ingresarse las reglas foráneas[2]; quizá, como expone Taruffo, porque en virtud de la globalización se dan algunas imposiciones de modelos jurídicos por sujetos económicos dominantes[3].

Cuando en el año 2004 se aprobó en Colombia el Código de Procedimiento Penal (CPP)[4] se afirmó que se trató de la incorporación por motivos políticos[5] de un proceso de corte acusatorio semejante al de los países con fijación en el *common law*[6]. En parte así sucedió, en la medida que se trajeron a Colombia

[1] MEROI, Andrea. Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica. En: Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurididica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. No. 26, 2006, p. 83

[2] Ibid. p. 101.

[3] TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Bogotá, Colombia: Temis, 2006, p. 19.

[4] República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal.

[5] GUERRERO, Oscar. El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. En: Anuario de Derecho Constitucional, UNAM, México DF, México, 2006.

[6] La actual influencia en el proceso penal latinoamericano proviene de la tradición jurídica del common law, caracterizada por basarse en los precedentes casuísticos y no tanto en leyes escritas (Inglaterra, Canadá, Estados Unidos, Australia, entre otros); los juicios se desarrollan normalmente ante jurado. Allí es fundamental la presencia de los testigos instrumentales, es decir, declarantes que puedan autenticar objetos y documentos; sin esas narraciones la evidencia es inadmisible (FONTANET, Julio. Principios y Técnicas de la Práctica Forense. 3ª Ed. San Juan, Puerto Rico: Jurídica Editores, 2010, p. 107).

figuras novedosas como el preacuerdo y la proscripción de iniciativa probatoria en el juez. Sin embargo, no puede desconocerse que instituciones como las del juez profesional que todo decide (en oposición al juicio por jurado), una Fiscalía que pertenece a la Rama Judicial y no al ejecutivo, un vigilante procesal como la Procuraduría General de la Nación o una representación de víctimas que actúa como sujeto procesal, son temáticas totalmente ajenas al *common law.*

Enseña esto que el sistema procesal penal colombiano tiene matices autóctonos o propios. Aun así, contradictoriamente se implantaron en el CPP reglas totalmente ajenas a su contexto.

Bajo esta línea introductoria, en el presente trabajo se traen algunas ideas con las que se pretende destacar que, en materia de prueba documental, la figura de la presunción de autenticidad que regula en el artículo 425 del CPP se ha venido manejando como si los juicios ocurrieran en un escenario de *common law.* Esto parece ser un mal trasplante interpretativo que ha generado la idea de que la autenticidad documental es un problema apenas de admisibilidad probatoria, cuando en realidad ha de ser un asunto que debe atenderse con amplitud en los momentos de valoración y de decisión judicial, no con apoyo de un testigo sino de todo el conjunto probatorio.

Para lograr ello se analizarán en cinco epígrafes los siguientes temas: 1) criterios generales de admisibilidad probatoria: primer momento probatorio; 2) criterios específicos de admisibilidad de la prueba documental en Colombia; 3) la autenticidad documental en la tradición jurídica del *common law;* 4) la autenticidad y su presunción en el proceso penal colombiano; y 5) alcance de la presunción de autenticidad en Colombia: cambio de paradigma.

La conclusión de esta ponencia pretende aportar insumos para el debate que desde 2005, cuando entró a regir la ley 906 de 2004, se ha venido materializando acerca de si lo documental –no declarativo– requiere prueba extrínseca para su autenticación.

Por supuesto, sea esta la oportunidad para agradecer al profesor Ulises Canosa Suárez, presidente del ICDP, por la invitación a participar en el Congreso Colombiano de Derecho Procesal en su esperada versión presencial luego del desafiante Covid-19 y por continuar el legado del maestro Jairo Parra Quijano, uno de los grandes procesalistas latinoamericanos y padre de los semilleros de investigación en derecho procesal.

1. CRITERIOS GENERALES DE ADMISIBILIDAD PROBATORIA: PRIMER MOMENTO PROBATORIO

Los momentos de la actividad probatoria en el proceso judicial son: 1. conformación del conjunto de elementos de juicio -pruebas-; 2. valoración de esos elementos; y 3. la adopción de la decisión sobre los hechos probados[7]. El primero se refiere a lo que es admisible; el segundo, a partir de aquello que se admitió para el debate procesal, a lo que es creíble; y el tercero, a lo que el juez declara sobre lo ocurrido en el mundo fenomenológico.

Ese primer momento se enfoca a la aportación de "fuentes de prueba" a través de los "medios de prueba"[8]; esto se traduce en una depuración que la doctrina contemporánea califica como filtros, los cuales son de orden epistémico, jurídico y temporal[9].

El *filtro de orden epistémico* está compuesto por la relevancia de cada medio frente a los hechos objeto de discusión[10]; valga recordar que el conjunto que se forma con esos medios relevantes debe ser **lo más rico posible**[11]**.** Así, por ejemplo, será relevante el testimonio de la enfermera que presenció el procedimiento médico que es objeto de análisis en sede judicial, y muy seguramente irrelevante el testimonio de la enfermera si lo que se discute es una temática de violencia doméstica que involucra a uno de los cirujanos y que la dama no presenció.

[7] FERRER, Jordi. Los momentos de la actividad probatoria en el proceso. En: Manual de Razonamiento Probatorio. México: Suprema Corte de la Nación, 2022, p. 47.

[8] "Los medios de prueba son los cauces procesales previstos por el legislador para introducir en el proceso las ilimitadas fuentes de pruebas que pueden obtenerse, bien por la policía judicial a través de diligencias de investigación, bien por las propias partes, bien por un tercero o provenientes de otro proceso". ARRABAL, Paloma. Tratamiento procesal de la prueba tecnológica. Alicante, España, (Tesis doctoral) Universidad Miguel Hernández, 2019, p. 219.

[9] FERRER, Jordi. Op. cit., p. 54.

[10] TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos,. 2ª ed. Madrid, España: Trotta, 2005, p. 364.

[11] "El objetivo de la averiguación de la verdad impone en este momento la meta de conseguir un acervo probatorio que sea lo más rico y fiable posible, porque rige la máxima epistemológica de que cuanto más completa y fiable sea la información sobre los hechos de que dispongamos, mayor será la probabilidad de acierto en la decisión". (FERRER, Jordi. Op. cit., p. 53).

El *filtro jurídico* se enfoca a ciertas prohibiciones que estipulan algunos ordenamientos jurídicos en punto a prueba de referencia[12], o a la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales o protocolos legales[13], y también apunta a algunos privilegios que exoneran de declarar o de aportar información relevante[14]. Hay que reconocer que este filtro disminuye la posibilidad de acercamiento probabilístico a la verdad[15].

Finalmente, el *filtro temporal* se inspira en el principio de preclusividad procesal y consiste en castigar el ingreso de información relevante que llega por fuera de los tiempos dados por el legislador[16].

Como puede notarse, el estudio de admisibilidad para conformar el conjunto de elementos de juicio no es una gestión de poca importancia. Demanda una elaboración cara[17], clara y calculada de la parte que hace la solicitud y del contradictor, y un análisis meticuloso por el juez que habrá de pronunciarse en esta etapa preparatoria. Sin embargo, la práctica generalizada muestra que

[12] Vg. República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículos 437 y ss.

[13] Vg. República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículos 23, 231, 232, 359, 455 y 457.

[14] Bajo la lectura de Jeremy Bentham las reglas de exclusión se sustentan en valores diferentes a la verdad, entre los que se halla la dignidad humana, la intimidad, la libertad o los vínculos familiares (FERRER, Jordi. Prueba es libertad pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana. En: Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, Cartagena, Colombia. Vol. IX, Nº 18, 2017, p. 156). Situaciones así obligan a armonizar la determinación de los hechos con la realidad de los derechos de las personas (VÁZQUEZ, Carmen. La conformación del conjunto de elementos de juicio: La admisión de pruebas. En: Manual de Razonamiento Probatorio. México DF, México: Suprema Corte de la Nación, 2022, p. 160). Por ello, las cláusulas de exclusión que emergen de privilegios para no declarar contra parientes o en virtud de secreto profesional denota la lucha por un equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la protección de otros fines relevantes desde los ámbitos social y constitucional (FERNÁNDEZ, Mercedes. La conformación del conjunto de elementos de juicio: La admisión de pruebas. En: Manual de Razonamiento Probatorio. México DF, México, 2022, p. 164).

[15] Con apoyo en los estudios de Larry Laudan se reconoce que las reglas de exclusión disminuyen indudablemente la posibilidad de arribar a conclusiones correctas (VÁZQUEZ, Carmen. Op. cit., p. 160).

[16] FERRER, Jordi. Los momentos de la actividad probatoria en el proceso, Op. cit., 73.

[17] Sin disimulo, de frente o por delante: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es> [consulta: 30-05-2022].

los abogados se limitan a hacer un listado poco razonado de elementos[18] y en muchos casos los jueces simplemente admiten todo lo ofrecido, quizá para evitar mayores dilaciones en virtud de posibles recursos[19].

2. CRITERIOS ESPECÍFICOS DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN COLOMBIA

El artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002, precisa la diferencia que existe entre elemento material probatorio (EMP) –o simple evidencia– y la prueba. El primero puede definirse como la evidencia recolectada en etapas previas al juicio, al estilo del *pretrial* norteamericano[20]. La segunda, en cambio, es el medio apto para ser valorado en una sentencia por haberse practicado en juicio, de manera pública, oral, contradictoria y con inmediación ante el juez de conocimiento.

[18] Lamentablemente la experiencia colombiana muestra que gran parte de los fiscales y defensores tienen la idea de que todos los elementos materiales probatorios (EMP) que recolectan en la etapa preprocesal deben ser considerados para su incorporación o práctica en el juicio, como si no existieran o no fueran importantes los análisis de pertinencia y utilidad, este último con su notable aspiración de eliminar la sobreabundancia y evitar confusión. La jurisprudencia ha dedicado decenas de páginas a desarrollar el tema de pertinencia probatoria, a partir de una adecuada selección de la evidencia y conforme a los hechos jurídicamente relevantes (República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP5785-2015, radicado 46153, MP. Patricia Salazar Cuellar (30-09-2015).

[19] VÁZQUEZ, Carmen. Op. cit., p. 139.

[20] El juicio (trial) en el common law es visto como el momento de conformación del conocimiento que servirá para decidir. A su turno, la etapa previa (pretrial) está compuesta por la gestión que los litigantes realizan para preparar su caso a través de la recolección y ubicación de fuentes de prueba. Al referirse al common law, Susan Haack, analizando el pensamiento de Peirce, asegura que el sistema norteamericano auspiciado por la idea de lo adversarial (y su apología al cross examination) tiene serios problemas desde el punto de vista epistemológico, pues se aleja del razonamiento y se acerca más a la conclusión que arroja la contienda, lo que indica que la "verdad" emerge por la fortaleza del mejor contrincante (p. 142). La autora destaca que un juicio (trial) es muy diferente a una investigación científica o histórica (p. 143); bajo esa égida, un proceso judicial sólo lograría un loable análisis fáctico en procura de la verdad si cada parte tuviera acceso con semejantes posibilidades y rigurosidad a las pruebas, luego de una etapa investigativa vigorosa (pretrial), con un jurado dispuesto y capaz de analizar ese caudal probatorio, lo cual normalmente no acontece (p. 145). (HAACK, Susan. Filosofía del derecho y de la prueba. Madrid, España: Marcial Pons, 2020).

Para lograr ese tránsito de evidencia (EMP) a prueba, debe agotarse el momento de la admisibilidad, que el CPP denomina solicitudes y decreto, y ocurre en la audiencia preparatoria[21]. De esta manera solo se admitirán para ser practicados en la audiencia de juicio oral aquellos medios de conocimiento pertinentes, lícitos y admisibles[22].

La pertinencia (relevancia) implica que el medio se refiera directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de una conducta delictiva, la identidad o la responsabilidad del acusado, o a la credibilidad de otros medios de conocimiento[23]. La licitud significa que la consecución del EMP se ha logrado con respeto a los derechos fundamentales y a los protocolos procesales (ritualidades exigidas para su producción, práctica o aducción)[24]. Y la admisibilidad se enfoca a que el medio probatorio no genere un peligro o cause con perjuicio grave, no genere confusión, no exhiba un valor probatorio escaso y no sea dilatorio[25].

Sobre la admisibilidad de lo documental, la Corte Suprema de Justicia ha elaborado dos teorías adicionales, según la naturaleza declarativa o representativa de lo que se pretende hacer valer.

En el caso de documentos con contenido declarativo como entrevistas, interrogatorios, grabaciones en audio o video con narraciones de terceros, o los informes de policía judicial, el requisito especial de admisibilidad se enfoca a la viabilidad de la declaración de referencia[26] *(hearsay)*, según las causales de indisponibilidad del testigo, o a la necesidad de incorporación de la declaración anterior cuando sobreviene una retractación del testigo en la audiencia de juicio oral bajo la figura del testimonio adjunto[27].

[21] República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículo 357.

[22] Ibid.

[23] República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículo 375.

[24] República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP1890-2021, radicado 57982, MP. Eyder Patiño Cabrera (19-05-2021).

[25] República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículo 376.

[26] República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP948-2018, radicado 51882, MP. Patricia Salazar Cuellar (07-03-2018).

[27] República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP-1764, radicado 56531, MP. Eugenio Fernández Carlier (12-05-2021).

En el evento de documentos con contenido representativo[28], la Corte ha entendido que, además, de la pertinencia, la conducencia, la utilidad y la licitud, debe operar la "autenticidad" (conocer su autoría u origen). Desde sus primeros pronunciamientos calificó como fundamental la comparecencia de un testigo de acreditación para autentificar todo documento que pretendiera ingresar al juicio[29]; tesis que morigeró en el año 2017[30] cuando aseguró que en el caso de los documentos públicos o aquellos que gocen de apostilla, por operar una presunción de autenticidad, los abogados pueden prescindir del testigo.

Aun cuando ninguna norma del CPP desarrolla la figura del testigo de acreditación y tampoco anuncia que la autenticidad sea un criterio de admisibilidad[31], la jurisprudencia anotada destaca una posición que se aviene a los sistemas

[28] En oposición a lo que es declarativo (entrevistas, interrogatorios, informes de policía judicial). Este concepto también incluye los documentos declarativos cuando el elemento es tema de prueba, como cuando se juzga una falsedad testimonial y el relato consta en un contenedor escrito o electrónico, o una falsead ideológica atribuida a un servidor de policía judicial por datos plasmados en un informe. Carnelutti, citado por Ramos (p. 9), exponía que el documento es representativo porque con la mera observación se puede captar inmediatamente el hecho al que se refiere ("la individualidad del hecho que se representa se traduce inmediatamente en un objeto exterior"). Sin embargo, Ramos disiente de esta posición clásica para decir que la representación no puede ser confundida o equiparada a la percepción (RAMOS, Vitor. «Déjame atravesar el viento con documentos»: propuestas para replantear la prueba documental del siglo XXI. En: Quaestio Facti, Revista Internacional de Razonamiento Probatorio, Madrid, España: Marcial Pons, 2022, p. 11). En todo caso la legislación colombiana clasifica la prueba documental entre representativa y declarativa (República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 (12-07-2012). Código General del Proceso. Artículo 243).

[29] República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación. Radicado 25920, MP. Javier Zapata Ortiz (21-02-2007).

[30] República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación SP-7732-2017. Radicado 46278, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa (01-06-2017). Aquí se revaluó el criterio y es el que actualmente se aplica: Cuando hay presunción de autenticidad no se requieren testigos de autenticación, lo que habilita a la parte a ingresar directamente al juicio la prueba documental.

[31] El artículo 337 del CPP refiere como exigencia del escrito de acusación en sus anexos que se indique cuáles son los documentos que se presentarán en el juicio y cuál será su testigo de acreditación. De ninguna manera obliga la norma que ese testigo acuda a la vista pública. Todo lo contrario, los artículos 429 y 436 (inciso final) fincan esas declaraciones complementarias como potestad. Solo en el caso de la prueba pericial se anuncia que el informe base de opinión será admisible (imperativo) si "el testigo" (perito) acude al juicio para ser interrogado y contrainterrogado (artículos 414 y 415 CPP).

procesales donde operan los juicios por jurado; no tanto a los trámites que se surten ante jueces profesionales con potestades plenas de decisión. Ello ha obedecido en gran medida a la redacción que traza el artículo 425[32], la cual es semejante a lo que exponen las reglas de evidencia de Estados Unidos.

Como se expondrá más adelante, esta interpretación compatible con juicios de *common law* (trasplante normativo), no tiene mucho sentido en el derecho colombiano porque aun cuando la Constitución Política con la reforma del año 2002 autorizó la creación de jurados, el legislador optó por no reglamentar tal institución, quedando en cabeza del juez de conocimiento no solo decidir sobre las pruebas que deben ser admitidas, sino, además, decidir de fondo conforme a las que finalmente se practican, para lo cual tiene el deber de motivar las reglas de juicio aplicadas en su ejercicio inferencial.

3. LA AUTENTICIDAD DOCUMENTAL EN LA TRADICIÓN JURÍDICA DEL *COMMON LAW*

Las reglas de admisibilidad buscan mayor calidad del conocimiento con el que habrá de dictarse sentencia, por ello es importante que los medios de prueba sean relevantes y legítimos (compatibilidad de reglas constitucionales y legales). Pero sucede que en la tradición jurídica del *common law*[33] los

[32] República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículo 425:

> Documento auténtico. Salvo prueba en contrario, se tendrá como auténtico el documento cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento. También lo serán la moneda de curso legal, los sellos y efectos oficiales, los títulos valores, los documentos notarial o judicialmente reconocidos, los documentos o instrumentos públicos, aquellos provenientes del extranjero debidamente apostillados, los de origen privado sometidos al trámite de presentación personal o de simple autenticación, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, las etiquetas comerciales, y, finalmente, todo documento de aceptación general en la comunidad.

[33] Dada la pluralidad de reglas que se trazan en las naciones y estados, la doctrina ha buscado identificar actitudes arraigadas sobre la naturaleza del derecho y su relación con aspectos culturales; así ha arribado al formato de tradiciones jurídicas, entre las que se pudieron identificar en una época la tradición del common law, la tradición jurídica del civil law y la tradición jurídica socialista. (MERRYMAN, John. La tradición jurídica romano – canónica. 2ª Ed. 5ª. México: Fondo de Cultura Económica. Reimpresión 1989, p. 17). A su turno el autor canadiense Patrick Gleen identifica siete tradiciones jurídicas: la Chthonic (aborígenes o indígenas), la talmúdica, la romano

juicios por jurado tienen como característica que el juez hace los controles de calidad y legalidad[34]. Como está decantado, el juez conoce sobre el derecho y el jurado sobre los hechos. A lo que debe sumarse las múltiples limitaciones que en el ámbito técnico y jurídico acompañan a los integrantes del jurado y lo "misteriosas" que pueden ser sus conclusiones[35].

Por esta razón las reglas de evidencia en el *common law* propenden porque el juez determine en el momento de la admisión, por ejemplo, si los testigos en realidad van a declarar sobre lo que les consta, si los documentos son auténticos o si el perito va a traer información de calidad. De no cumplirse

canónica (civil law), la islámica, el common law, la hindú y la confusionista. (GLEEN, Patrick. Legal tradition of the world. 5ª Edi. Oxford, UK: Oxford University, 2014, p. xii).

34 Debe aclararse que hoy por hoy los juicios penales se pueden realizar sin jurado. Los acusados tienen algunas potestades para solicitar que su caso sea fallado por un juez, sin embargo, se conservan la esencia del juicio adversarial y los fallos en los que no es relevante la motivación: "la motivación falta completamente en todas las hipótesis de trial by jury; en los casos de non-jury trial, la práctica de los procedimientos en equity contempla que el juez exponga los findings of fact y las conclusions of law sobre los que funda su decisión, pero no sucede lo mismo en los trials at common law, en los que el juez solamente puede pronunciar un veredicto sin motivación, similar al del jurado. De la misma manera, en las Courts of Appeal el pronunciamiento se limita con frecuencia a declarar la apelación affirmed o reversed" (TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia civil. México DF, México: Tribunal Electoral del Poder Federal, 2006, p. 331). Asimismo, algunos estados en Estados Unidos precisan que determinados delitos sean decididos por cortes con juristas profesionales. Otro punto importante es el declive que han tenido los juicios por jurado en virtud de la justicia negociada, bajo reglas que ni siquiera le exigen a la fiscalía cuando presenta una acusación (indicment) tener al menos la convicción de responsabilidad más allá de duda razonable. Con ese enfoque: "si el juicio por jurados para casos penales es hoy la excepción y no la regla, es porque una serie de factores condicionaron dicha situación. La enorme cantidad de personas que procesa el sistema, la necesidad de ahorrar recursos para los casos más importantes, el extraordinario poder y discrecionalidad del fiscal para aumentar el riesgo al que se expone el imputado si decide a ir a juicio, los mínimos obligatorios de penas aplicables y las políticas del tough on crime y mass incarceration son solo algunos de los elementos que explican el declive" (ARRIETA, José. Apogeo y declive del derecho constitucional a un juicio por jurado para causas penales en los Estados Unidos. En: Revista de la Facultad de Derecho PUCPO, No. 78, 2017, p. 164).

35 En muchos casos el jurado no sabía leer ni escribir. Así que las Cortes tradicionalmente se han encaminado a los temas de derecho y, bajo esa égida, del control de legalidad de los medios de conocimiento. Por eso la decisión sobre los hechos aún hoy sigue siendo un "acto misterioso" (TARUFFO, Michele. Páginas de justicia civil. Madrid, España: Marcial Pons, 2009, p. 80).

estos presupuestos, el jurado no accederá al dicho del testigo, al contenido del documento o a la explicación del experto. Esto es lo que se ha denominado paternalismo epistémico[36], cuyo objetivo es evitar la contaminación del jurado con información peligrosa o poco fiable. Como lo destaca Damaška, la ausencia de motivación en la decisión del jurado exige mayor fiabilidad en lo que habrá de analizarse para que no se otorgue un peso excesivo a lo que en realidad no lo tiene[37].

En las reglas de Puerto Rico y de Estados Unidos se hallan una serie de "presunciones" para documentos, su efecto práctico es que no se requiere autenticarlos con otra prueba (*vg.* un testigo o un perito) como condición para ser admitidos, comoquiera que el documento se acredita a sí mismo, aunque la parte opuesta puede allegar evidencia extrínseca de no autenticidad[38].

En el sistema federal de Estados Unidos para que la evidencia sea admisible debe estar autenticada; lo que se traduce en que la autenticidad es una condición previa y expresa de admisibilidad[39]. Algún sector de la doctrina llega a afirmar que la autenticidad es un componente de relevancia, porque si la evidencia no es auténtica no tiene importancia para el caso en los términos de la Regla Federal 402[40]. Estos tópicos de admisibilidad se deciden en una audiencia preliminar en ausencia del jurado[41]. Mueller & Kirkpatrick, citados por Moore, exponen que ese control preliminar es importante porque exige a la parte demostrar que sus pruebas están completas e inalteradas, para evitar

36 GOLDMAN, Alvin. Epistemic paternalism: communication control in law and society. En: The Journal of Philosophy, vol. 88, no 3, 1991, pp. 113-131.

37 "It appears that limited admissibility rules and evidentiary instructions are of little significance if conceived as protection against individual cognitive shortcomings . They fare much better, however, when understood as devices directed at influencing group deliberations. So understood, both instructions and limited admissibility rules can be defended as mandated by the urgency to organize arguments about evidence in tribunals in which citizen - judges, enlisted in the administration of justice ad hoc, struggle to arrive at a verdict". (DAMAŠKA, Mirjan. Evidence Law Adrift. New Haven, Cunneticut, Estados Unidos de América: Yale University, 1997, pp. 40 y 62).

38 CHIESA, Ernesto. Tratado de Derecho Probatorio. 1ª Ed. Estados Unidos: Ed., Publicaciones J T S, 1998, p. 936. Con cita a McCORMICK, Charles, p. 410.

39 United States of America. Federal Rules of Evidence. 1975. Rule 901.

40 MOORE, Jonathan. Time for an Upgrade: Amending the Federal Rules of Evidence to Address the Challenges of Electronically Stored Information in Civil Litigation. En: UR Scholarship Repository. University of Richmond. 2010, p. 156.

41 United States of America. Federal Rules of Evidence. 1975. Rule 104.

así fraude o engaño al jurado o errores de buena fe en este[42]. Con ese objetivo se acude principalmente a testigos o peritos[43].

Sin embargo, en ocasiones, el control de admisibilidad en audiencias preliminares se torna complicado: tratándose de documentos electrónicos originados en redes sociales, cuando la parte que ofrece el objeto presenta evidencia plausible de autenticidad y la parte contraria ofrece evidencia plausible de no autenticidad, importantes estudios sugieren que en esos casos la temática debe dej al jurado para su análisis[44]. Aunque en ese sentido los tribunales no han tenido una posición unificada, lo que genera desorden con mensajes contradictorios y confusos a abogados y jueces[45].

En Australia, según la doctora Allison Stanfield, bajo la Regla Uniforme de Evidencia No. 58, un documento no se autentica por sí solo. A su vez: La parte debe presentar evidencias que confirmen que es lo que de aquel se afirma que es; el documento se puede admitir a través de algún testigo o una prueba circunstancial; la parte que cuestione la autenticidad debe proporcionar evidencia para respaldar su objeción. Aunque tratándose de alegación sobre manipulación de la prueba electrónica ello debe discutirse desde la óptica del peso del medio probatorio (valoración) y no en sede de admisibilidad[46].

En el modelo inglés, ese control de admisibilidad temprana y de reglas de exclusión se justifica por la existencia de un juez que se pronuncia sobre la legalidad de la evidencia y otro órgano (jurado) que se encarga de valorar los hechos[47]. En temas tan exigentes como documento electrónico, como semblanza, en Inglaterra rara vez se convoca para autenticar a un experto, basta con la citación del autor del documento o de la persona que incautó la computadora[48].

[42] MOORE, Jonathan. Op. cit., p. 157.

[43] United States of America. Federal Rules of Evidence. 1975. Rule 901.

[44] GRIMM, Paul, honorable, BERGTROM, Lisa & O´TOOLE-LOUREIRO, Melissa. Authentication of Social Media Evidence. En: American Journal of Trial Advocacy, 2013, Vol. 36, p. 472.

[45] Ibid. p. 472.

[46] STANFIELD, Allison. The Authentication of Electronic Evidence. Brisbane, Australia, 2016. Tesis doctoral en filosofía. Queensland University of Technology, Facultad de Derecho, p. 188.

[47] JACKSON, John. La prueba en el common law y su tradición en derechos humanos: ¿Hacia una convergencia armónica? En: El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Madrid, España: Marcial Pons, 2020, p. 115.

[48] STANFIELD, Allison. Ob. cit., p. 189.

En Canadá las reglas probatorias precisan que para su admisión los documentos se deben autenticar con el apoyo en una declaración jurada *(affidavit)* o una certificación de autenticidad[49].

Pese a esta lectura que exhibe una posición medianamente uniforme tratándose de las cláusulas de admisión de la prueba documental por autenticidad. En la era presente se critica lo excesivas y rigurosas que son las fórmulas de admisión y de exclusión en los modelos del *common law*. En ese sentido, Susan Haack es del criterio que la "poca fiabilidad" de la evidencia que se discute ante el juez y se decide por este en las audiencias preliminares, como especie de filtro, hacen harto complejo el camino hacia la verdad en la decisión judicial[50], por lo que estas reglas deberían repensarse desde lo histórico, cultural y desde el contexto social[51].

4. LA AUTENTICIDAD Y SU PRESUNCIÓN EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Las presunciones parten de "observaciones y comportamientos reiterados, transmitidos de generación en generación, constitutivos de una experiencia colectiva o universal"[52]. Su característica principal es que modifican el objeto de discusión, en la medida que no tiene que probarse el hecho presumido pero sí el hecho base[53].

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial vigente en Colombia, solo debe probarse que el documento aportado es público, o que goza de apostilla; la autenticidad, *prima facie*, no sería tema de prueba, salvo que la contraparte pretenda desvirtuar la presunción, lo que debería suceder en el marco de la práctica probatoria, es decir, después del momento de conformación de los elementos de juicio.

El artículo 425 del CPP precisa que, salvo prueba en contrario, se tendrá como auténtico el documento: 1) Cuando se tiene conocimiento cierto

[49] Government of Canada. Evidence Act. 1985. Rule 30.

[50] HAACK, Susan. Filosofía del derecho y de la prueba: Perspectivas pragmáticas. Op. cit, p. 150

[51] Ibid. p. 156

[52] GORPHE, François, 1950, p. 901.Citado por CHAIA, Rubén. La prueba en el proceso penal. 2ª Ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi, 2016, p. 901.

[53] FERNÁNDEZ, Mercedes. La conformación del conjunto de elementos de juicio. Op. cit, p. 180.

sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento; también cuando se trate de: 2) la moneda de curso legal; 3) los sellos y efectos oficiales; 4) los títulos valores; 5) los documentos notarial o judicialmente reconocidos; 6) los documentos o instrumentos públicos; 7) los documentos provenientes del extranjero debidamente apostillados; 8) los documentos de origen privado sometidos al trámite de presentación personal o de simple autenticación; 9) las copias de los certificados de registros públicos; 10) las publicaciones oficiales; 11) las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas; 12) las etiquetas comerciales; y 13) *todo documento de aceptación general en la comunidad.*

Como ya ha señalado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre el año 2007 y el año 2017 sostuvo que los documentos, aun los del listado del artículo 425 del CPP, debían ser autenticados a través de testigos de acreditación, como parece leerse en el artículo 337 del CPP[54]; lo que en la práctica se traduce en un estudio de admisibilidad.

Sin embargo, al reconsiderar su criterio -tesis que actualmente mantiene-[55] afirmó que un testigo de acreditación o autenticación sólo es indispensable cuando no opera la presunción aludida.

Para la Corte "si la finalidad del testigo de acreditación es demostrar la autenticidad del documento, no tiene ningún sentido hacerlo cuando el mismo goza de esa presunción. Ésta tiene como implicación que se invierta la carga de la prueba, de modo que será a la otra parte a quien le corresponderá desvirtuarla, si considera que la escritura es falsa total o parcialmente"[56].

Este razonamiento ha sido favorable para el avance de los juicios penales en Colombia, toda vez que la obligación de presentar tantos testigos como

[54] República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículo 337:

> Contenido de la acusación y documentos anexos. El escrito de acusación deberá contener: (…) 5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: (…) d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación. (…).

[55] República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP5342-2021, radicado 60015, MP. Hugo Quintero Bernate (10-11-2021).

[56] República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación SP-7732-2017. Op. cit.

documentos se aducen, hace inusitadamente extensas las audiencias públicas[57]. Empero, aun así, el sistema judicial en la especialidad penal sigue rezagado, congestionado y mal visto en el ámbito internacional[58].

Los juicios orales con temáticas documentales voluminosas se siguen demorando meses y hasta años dada la citación de decenas de testigos para autenticar, porque artículo 429 del CPP[59] precisa que es "potestad" de la parte convocar al testigo con el que ingresarán los medios representativos[60].

La tesis que viene desde 2017 se ha enfocado a documentos públicos y a documentos procedentes del exterior que sean apostillados y extrañamente ha dejado de lado, pese a la redacción del artículo 425 del CPP, los "documentos privados de aceptación general". Ante este panorama este autor ya ha expuesto que el testigo de acreditación en Colombia es una figura innecesaria, que fue traída por la práctica de juicios adversariales ante jurado, lo cual la hace poco compatible con el sistema jurídico que fue adoptado a través del actual CPP, entre otras cosas porque los documentos públicos en no pocas ocasiones son menos confiables que los privados[61].

[57] Vg. República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP-2012, radicado 36784, (17-09-2012).

[58] Según el indicador Rule of Law Index (2021, p. 35), el sistema judicial penal es ineficiente; Colombia ocupa el lugar 119 entre 139 países. La creencia de que el testigo de acreditación es obligatorio, ha implicado una exagerada duración en los juicios; si cada documento necesita esa prueba extrínseca, el desfile de declarantes se hace en muchos casos insostenible. Ello, además, es innecesario; normalmente quien autentifica no es quien suscribe o tiene relación directa con el origen o naturaleza del documento.

[59] República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículo 429:

> Presentación de documentos. El documento podrá presentarse en original, o en copia autenticada, cuando lo primero no fuese posible o causare grave perjuicio a su poseedor. El documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física.

[60] La tesis de la Corte Suprema de Justicia indica que convocar un testigo de acreditación es algo potestativo. En ese sentido muchos abogados consideran necesario insistir en su comparecencia, aun tratándose de documentos públicos o apostillados.

[61] PÉREZ, Carlos. ¿Es necesario el testigo de acreditación para la prueba documental en el proceso penal colombiano?. En: revista Vniversitas, Universidad Javeriana, Colombia. Vol. 71, 2022.

5. ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD EN COLOMBIA: CAMBIO DE PARADIGMA

La prueba documental representativa y su complejidad se debe reflexionar más allá de la autoría o de su origen. Si el objetivo de la decisión judicial es aproximarse a la verdad, no resulta muy acertado que se impida al juez profesional que en su sentencia aborde el documento desde un escenario holístico (autenticidad y contenido).

Sobre las presunciones Taruffo advierte que aun cuando la ley no lo exige, es fundamental que el juez indique cómo realiza el juicio de inferencia entre el hecho conocido y el hecho desconocido; como ello solo puede ocurrir en la sentencia, es difícil imaginar un control preliminar y preventivo en sede de admisibilidad[62].

Que los documentos sean inadmitidos en un "incidente" de autenticidad que la legislación no consagra solo porque no se considera aplicable la presunción del artículo 425 del CPP (quizá por tratarse de documentos privados) o porque el testigo de acreditación no fue lo suficientemente convincente, afecta el objetivo de justicia del proceso bajo el cariz de análisis conjunto[63].

En palabras del maestro Jairo Parra no es posible sostener ideológicamente la justeza de una decisión sobre los hechos si no se enfoca en averiguar la verdad[64]. En ese sentido un tecnicismo exagerado mina o cuestiona el objetivo del derecho procesal.

En la que sería su última obra, el más reconocido profesor de la Universidad de Pavía recordó que cuando un conflicto se pone a consideración del juez es porque, como mínimo, existen dos hipótesis plausibles para solucionar el caso[65]. Asimismo, si se tiene presente que toda hipótesis de derecho y toda hipótesis de hecho pueden conllevar a un crecimiento exponencial de las opciones de decisión judicial (y más si estas se pueden cruzar), se debe entender que el juez tiene el enorme reto de hallar la mejor decisión posible, lo que implica una aspiración de justicia[66].

[62] TARUFFO, Michele. Verso la decisione giusta. Turín, Italia: G. Giappichelli Editore, 2020, p. 231.

[63] República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículo 380.

[64] PARRA, Jairo. Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio. Bogotá, Colombia: Temis, 2004, p. 8.

[65] TARUFFO, Michele. Verso la decisione giusta. Op. cit., p. 359.

[66] Ibid., p. 360.

Y para enfilarse hacia ese cometido, el fallador debe lograr tres (3) órdenes, como una especie de algoritmo: 1) La correcta elección e interpretación de la norma; 2) la determinación fehaciente de los hechos relevantes del caso; y 3) el uso de un procedimiento válido y equitativo[67].

Bajo semejante y autorizada tesis donde el número tres (3) simboliza el todo, es claro que la adjudicación a través de la decisión judicial no es un asunto exclusivo de derecho sustancial (1/3). Emergen el derecho probatorio y el derecho procesal con un peso mayor (2/3). Por eso, Ramírez *et al* en la época contemporánea y bajo el reconocimiento constitucional expreso de los derechos fundamentales a la prueba[68] y al debido proceso[69], recaban en la prevalencia del derecho procesal[70].

Esto para significar que con o sin presunción, en los juicios que se adelantan ante jueces profesionales la autenticidad de la prueba documental es un tópico que debe someterse al debate y escrutinio procesal en los momentos de valoración y de decisión, como debe ocurrir con todos los medios pertinentes; de la forma trazada, quizá, en el Código General del Proceso[71].

[67] Ibid., p. 360.

[68] Con mayor razón en ámbito del derecho procesal penal, en la medida que desde el año 2002 se elevaron a norma constitucional los fundamentos y principios de la prueba bajo las inspiraciones de contradicción, inmediación, concentración, oralidad y respeto a todas las garantías (República de Colombia. Congreso de la República. Acto Legislativo 03, 2002. Constitución Política de Colombia, Artículo 250).

[69] República de Colombia. Constitución Política (1991). Artículo 29.

[70] RAMÍREZ, Diana, FRANCO Vanessa, & JARAMILLO, Daniel. La prevalencia del derecho procesal. Bogotá, Colombia: Ibáñez, 2021.

[71] República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 (12-07-2012). Código General del Proceso. Artículo 185:

> Declaración sobre documentos. Quien pretenda reconocer un documento privado deberá presentarlo e identificarse ante la autoridad respectiva.
>
> Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, cualquier interesado podrá pedir que se cite al autor de un documento privado, al mandatario con facultades para obligar al mandante, o al representante de la persona jurídica a quien se atribuye, para que rinda declaración sobre la autoría, alcance y contenido del documento.
>
> El reconocimiento del documento por parte del mandatario producirá todos sus efectos respecto del mandante si aparece probado el mandato.
>
> La declaración del citado será recibida previo juramento. Si el documento está firmado a ruego de una persona que no sabía o no podía firmar, esta deberá declarar si se extendió por su orden, si el signatario obró a ruego suyo, y si es cierto su contenido; cuando el citado no pudiere o no supiere leer el juez deberá leerle el documento. En los demás casos bastará que el compareciente declare si

Ninguna decisión será correcta o justa si se basa en una interpretación errónea o falsa de las particularidades que dieron lugar a la controversia[72], por eso, además del derecho sustancial se necesita con ahínco que el juez adopte una versión de los hechos lo más confiable posible y para ello necesita un adecuado método de valoración de la más **amplia** y creíble prueba disponible[73].

En línea con esta lectura, se repite, no es aceptable que se prive al proceso de material relevante cuando se exige esa especie de "incidente", con la mala fortuna que de no lograrse la admisión en ese momento el medio de conocimiento no será considerado en la sentencia, perdiéndose la oportunidad quizá de que luego de la valoración a partir del conjunto probatorio el juez lo hubiese declarado auténtico.

Y no es razonable ese proceder porque, contrario a lo que ocurre en el *common law,* en Colombia no es un jurado sino un profesional del derecho quien efectúa el filtro en el momento de la admisión en la audiencia preparatoria, y quien habrá de resolver en la sentencia sobre la credibilidad individual y luego en conjunto de los medios que permitirán afirmar o negar los enunciados fácticos a los que ellos se refieren, lográndose en la sentencia declarar falso un documento, incluso de oficio, a pesar de decir la ley que se presume auténtico.

Los jueces profesionales están en condiciones y tienen el deber de determinar motivadamente y con el compendio de elementos de juicio si está demostrado o no el origen o la autoría del documento.

es el autor del documento, o si se elaboró por su cuenta, o si es suya la firma o el manuscrito que se le atribuye. El reconocimiento de la autoría del documento hará presumir cierto el contenido.

Si el citado no concurre a la diligencia, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento o a declarar, o da respuestas evasivas no obstante la amonestación del juez, se tendrá por surtido el reconocimiento y así se declarará en nota puesta al pie del documento.

Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia el citado podrá probar al menos sumariamente que su inasistencia obedeció a causa justificada; si así lo hiciere, el juez señalará, por una sola vez, nueva fecha y hora para el reconocimiento, por medio de auto que se notificará por estado.

En el proceso en que se aduzca un documento previamente reconocido en legal forma, ya sea expresa o tácitamente, no procederá la tacha en cuanto al autor jurídico, ni el desconocimiento.

72 TARUFFO, Michele. Verso la decisione giusta. Op. cit., p. 361.

73 Ibid., p. 363.

La única posibilidad expresa de inadmisión documental representativa[74] que se detecta latente en el CPP opera cuando la evidencia es manifiestamente anónima[75]; en ese evento no se superaría el juicio de utilidad y la decisión obligada en la audiencia preparatoria sería la inadmisión[76].

Lo que ha venido sucediendo en la práctica, además de las considerables demoras de los juicios, es un castigo epistémico injustificado[77], porque se inadmiten medios relevantes debido a que el "autenticador" no asiste al juicio, o porque acude un investigador al que no le constan todos los detalles sobre la creación o ubicación del elemento y ello lleva fácilmente al repudio de la evidencia[78].

74 En oposición a los documentos declarativos (ver notas 26 a 28). Este tipo de declaraciones preprocesales son inadmisibles como prueba, pero son útiles para refrescar memoria o impugnar credibilidad (artículo 347 CPP). Excepcionalmente son admisibles cuando se reúnen los requisitos para la prueba de referencia o el testimonio adjunto. Al respecto, entre otras: República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP2084, radicado 60917, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa (15-06-2022).

75 República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículo 430.

76 Un documento ostensiblemente anónimo es inútil, pues traería confusión, dilataría la solución del conflicto y socavaría el derecho de contradicción. Algo así ocurre con los informantes anónimos o fuentes no formales, cuya declaración, aun siendo relevante, solo es posible si se levanta el velo de identidad. (PÉREZ, Carlos. Op. cit.).

77 El término castigo epistémico hace alusión al dominio o poderío que se logra para manipular las sociedades. Foucault planteaba que entre lo que da poder a los gobernantes es controlar la verdad. Por ejemplo, haciendo apología de las pestes en la antigüedad (aunque el reciente Covid-19 mostró que las cosas no han cambiado para nada), indicó que ello permitió decir quién o qué cosa era aceptable: "La división constante de lo normal y de lo anormal, a que todo individuo está sometido, prolonga hasta nosotros y aplicándolos a otros objetos distintos, la marcación binaria y el exilio del leproso; la existencia de todo un conjunto de técnicas y de instituciones que se atribuyen como tarea medir, controlar y corregir a los anormales, hace funcionar los dispositivos disciplinarios a que apelaba el miedo de la peste. Todos los mecanismos de poder que, todavía en la actualidad, se disponen en torno de lo anormal, para marcarlo, como para modificarlo, componen estas dos formas, de las que derivan de lejos" (FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores, 1975, reimpresión 2003, p. 184). Para hablar cronológicamente más cerca, puede decirse en total acuerdo con HARARI, que los seres humanos prefieren el poder que la verdad; es más importante controlar el mundo que entenderlo (HARARI, Yuval. 21 Lecciones para el siglo XXI. Versión digital. Barcelona, España: Penguin Random House Grupo Editorial, 2018, p. 283)

78 Caso ilustrativo es el de un Tribunal Superior de Colombia que inadmitió un registro civil de nacimiento con el que la fiscalía demostraría el parentesco entre el acusado

El profesor Hernando Devis abogaba por la autenticidad como parámetro de valoración, porque la probidad y la veracidad de la prueba se definen al momento de la sentencia, según la sinceridad del testigo o la confiabilidad del documento[79]. Para lograr ello juegan un papel fundamental la inmediación y la dirección del juez en la producción de la prueba[80] y los análisis en torno a la autenticidad, verosimilitud, sinceridad y exactitud de los insumos que deben ser apreciados según las reglas de la sana crítica[81].

Y con relación a los documentos privados, el autor latinoamericano recordaba que para determinar la autenticidad es indispensable analizar la conducta de la parte contra la que se aduce el elemento, quedando claro que si esta lo acepta expresa o tácitamente el mismo se puede considerar auténtico[82].

La visión de tan ilustre jurista en la época de los años 80 y bajo la lectura obvia del *civil law* que inspiró por cerca de doscientos años de era republicana al proceso judicial en Colombia, en oposición a la tradición jurídica del *common law* de la que ya se habló, pareciera coincidir con la redacción del actual CPP, pues el artículo 426 indica cuáles son las formas de autenticación, entre las que se encuentran, además del reconocimiento de la persona que ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, firmado o impreso el documento, y la concurrencia de un experto, el reconocimiento por la parte contra la cual se aduce el elemento, lo que ratifica que es de la esencia del debate de fondo en el proceso el tema de la autenticidad, porque con la práctica o incorporación de la totalidad de los medios de convicción se sabrá si hay o no una tal oposición[83].

Reconocer es admitir o aceptar algo como legítimo, admitir o aceptar que alguien o algo tiene determinada cualidad o condición, o admitir como cierto

de prevaricato (juez) y una persona a la que -estando inhabilitado por la ley- habría nombrado como empleado judicial. En esa ocasión un investigador no pudo indicar con claridad dónde halló o cómo encontró el elemento. La Corte Suprema de Justicia revocó y permitió la incorporación del documento. República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP4410-2017, radicado 49771, MP. Eyder Patiño Cabrera (11-07-2017).

79 DEVIS, Hernando. Compendio de la prueba judicial. Actualización de ALVARADO, Adolfo. Buenos Aires, Argentina: Cubinzal Culzoni Editores, 2000, p. 36

80 Ibid., p. 39.

81 Ibid., p. 150.

82 Ibid., p. 330.

83 Las opciones que ofrece el artículo 426 del CPP son meramente ilustrativas. Entre otras: República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP057, radicado 58228, MP. Fernando León Bolaños Palacios (26-01-2022).

algo[84]. Esto permite asegurar que si una de las formas de autentificar es la aceptación que haga la contraparte, es poco fructífero que se condicione a quien presenta el documento a ratificarlo con una prueba adicional en un momento procesal preliminar, cuando ello podría lograrse con la aceptación tácita o expresa del contendor, quien, por supuesto, puede cuestionar tal objeto a través de pruebas de refutación[85].

En este escenario no hay tanto peligro de fraude o engaño al juez, porque como jurista sabrá sopesar y decidir al amparo del contexto que le ofrecen los elementos de juicio y así habrá de manifestarlo expresamente en la sentencia.

Y tanto es un tema que debe resolverse en la decisión final y no a través de un auto interlocutorio en medio del juicio oral, que el CPP permite que cuando una evidencia no pueda exhibirse en audiencia[86], ella pueda ser autenticada a través de la constatación directa que haga el juez a través de su observación (inspección judicial), siendo requisito para tal diligencia que el objeto a verificar sea de vital importancia para la "fundamentación de la sentencia"[87], lo que permite entender bajo una interpretación sistemática que el mérito o peso de los documentos y su autenticidad lo adquiere directamente el juez y lo calificará en su providencia final[88].

De la misma forma pasa con la cadena de custodia[89]: cualquier irregularidad en el cumplimiento de su protocolo no será un problema de legalidad sino de valoración, bajo las reglas de libertad probatoria, lo que hace que a la evidencia no se le cierre la puerta en el juicio a pesar de los vicios[90].

Parafraseando a Taruffo y destacando la problemática que se ha advertido principalmente en Estados Unidos con la inadmisión en algunos casos

84 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es> [Fecha de la consulta: 1-5-2022].

85 República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículo 362.

86 Por ejemplo, un documento cuyo único ejemplar reposa en un museo, en la caja fuerte de un banco o en un servidor informático.

87 República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículo 436.

88 En los términos del mismo artículo 436 del CPP la declaración de peritos o testigos es potestativa.

89 República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal. Artículo 277.

90 República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP200-2020, radicado 54784, MP. Gerson Chaverra Castro (29-04-2020).

complejos de pruebas relevantes y lícitas: aun ante la concurrencia de pruebas que acrediten el hecho base de la presunción, y de otras que objeten ese hecho base o el hecho inferido, no se debe concluir que la evidencia es inadmisible y que no se puede probar ninguna de las hipótesis sobre el hecho[91] (ello constituiría un castigo a la verdad que resultaría injustificado).

Finalmente, hoy por hoy la noción clásica de documento como algo que se representa a sí mismo debe replantearse. Como fundadamente lo expone Ramos, no produce idéntica imagen en la mente de las personas aprehender acerca de un átomo con un esbozo de la palabra "átomo", o con el dibujo de un átomo; o captar el concepto de hielo con un dibujo de un cubo de hielo; o mostrar una grabación donde una persona dispara contra otra; o allegar una historia clínica que ha sido actualizada por una auxiliar con las instrucciones del médico en su nombre; en estos casos la clave está en el contexto, porque esa grabación, por ejemplo, podría ser de un homicidio pero también de una película, o la historia clínica aun con ese "apoyo" no dejaría de ser auténtica[92]. Se entiende que la representación (contenido) y la autenticidad (autoría u origen) son temas complejos que merecen un estudio profundo en los momentos procesales donde se reflexiona a fondo sobre los hechos.

En palabras de Jordi Nieva, lo más adecuado en este tipo de pruebas es la semiótica textual, el contexto y la modalidad[93], a lo que debe agregarse en sede de valoración la realidad contemporánea que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación[94].

[91] TARUFFO, Michele. Verso la decisione giusta. Op. cit., p. 236.

[92] RAMOS, Vitor. Op. cit., p. 12.

[93] NIEVA, Jordi. La valoración de la prueba. Barcelona, España: Marcial Pons, 2010, p. 320.

[94] La prueba digital involucra requisitos intrínsecos de autenticidad, integralidad, fiabilidad y disponibilidad, así como requisitos extrínsecos de legalidad y de licitud, lo que obliga a una "apreciación conjunta, pudiendo el juez restarles valor probatorio a chats, fotografías, videos, correos electrónicos, etc., que llegaren a ser alterados o modificados por la mano de las partes o de terceros" (BUJOSA, Lorenzo, BUSTAMANTE, Mónica & TORO, Luis. La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia. En: Revista de Direito Processual Penal, Porto Alegre, Brasil, v. 7, n. 2, 2021, p. 1371). Además, con acierto la doctora Paloma Arrabal recuerda que, independientemente de tratarse de un documento impreso o de un documento electrónico, la información que uno u otro aporta dependerá de lo que se quiera probar y la posibilidad de que esos datos puedan materializarse en un documento. Ocurre también cuando se presentan en un proceso judicial pantallazos de comunicaciones enviadas a través de mensajería instantánea, dado lo fácil que se pueden alterar estas imágenes, la regla general es su consideración como medio de prueba válido, lo que debe hacerse es incrementar las cautelas, para el

No resulta entonces descabellado actualizar las teorías sobre los medios de conocimiento de los que se viene hablando, inclusive la posición sobre cargas probatorias, para que, como lo sugiere la doctrina del razonamiento probatorio, la responsabilidad epistémica sobre la autoría o procedencia repose en ambas partes y no sea un simple asunto de admisibilidad: "sobre la parte que aporta la prueba debería recaer la carga de demostrar el «funcionamiento» del documento, es decir, el proceso de creación y conservación de la información que contiene. Sobre la parte contraria, ante esta información y pruebas y teniendo acceso a todo lo necesario para la generación del documento, la de demostrar posibles incompatibilidades"[95].

CONCLUSIONES

El artículo 425 del CPP precisa que cualquier documento de aceptación general (aún el privado) se presume auténtico; la magnitud de esta disposición, aunada a que tanto la admisión de las pruebas como la valoración y la decisión competen en Colombia a un juez profesional (no a un jurado) que, además, debe motivar razonadamente las inferencias que realiza, son premisas que confirman que la presunción de autenticidad de los documentos es un tema que no debe discutirse en sede de admisibilidad probatoria, como viene ocurriendo en virtud de una interpretación propia de la tradición jurídica del *common law* pero poco compatible con la visión plasmada por el legislador de 2004.

Se denota entonces un mal trasplante normativo que ha llevado a predicar sin mucho sentido la figura del testigo de acreditación para lograr la admisión de la prueba en una etapa intermedia no regulada.

Con o sin presunción, todo lo ateniente a la discusión sobre el importante tópico de la autenticidad de un medio documental no declarativo debe superar el momento de la admisión y ser dejado para los momentos de valoración y decisión judicial, al amparo del contexto y el conjunto probatorio, lo cual demanda una adecuada preparación y proactividad de las partes, tanto de la que aporta como de la que está en condiciones de desconocer o tachar el elemento, pues su conducta debe ser objeto de un cuidadoso análisis en la sentencia cuando se afirmen o se nieguen los enunciados fácticos en controversia.

efecto útil sería el acompañamiento de un peritaje informático (ARRABAL, Paloma. Op. cit., pp. 242, 243 y 391). Todo esto ratifica que la temática es de valoración.

[95] RAMOS, Vitor. Op. cit, p. 19.

REFERENCIAS

ARRABAL, Paloma. Tratamiento procesal de la prueba tecnológica. Alicante, España, (Tesis doctoral) Universidad Miguel Hernández, 2019.

ARRIETA, José. Apogeo y declive del derecho constitucional a un juicio por jurado para causas penales en los Estados Unidos. En: Revista de la Facultad de Derecho PUCPO, No. 78, 2017.

BUJOSA, Lorenzo, BUSTAMANTE, Mónica & TORO, Luis. La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia. En: Revista de Direito Processual Penal, Porto Alegre, Brasil, v. 7, n. 2, 2021.

CHAIA, Rubén. La prueba en el proceso penal. 2ª Ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi, 2016, p. 901. Cita a GORPHE, 1950.

CHIESA, Ernesto. Tratado de Derecho Probatorio. 1ª Ed. Estados Unidos: Ed., Publicaciones J T S, 1998.

DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven, Cunneticut, Estados Unidos de América: Yale University, 1997.

DEVIS, Hernando. Compendio de la prueba judicial. Actualización de ALVARADO, Adolfo. Buenos Aires, Argentina: Cubinzal Culzoni Editores, 2000.

FERNÁNDEZ, Mercedes. La conformación del conjunto de elementos de juicio: La admisión de pruebas. En Manual de Razonamiento Probatorio. En: Manual de Razonamiento Probatorio. México DF, México, 2022.

FERRER, Jordi. Prueba es libertad pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana. En: Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, Cartagena, Colombia. Vol. IX, Nº 18, 2017.

FERRER, Jordi. Los momentos de la actividad probatoria en el proceso. En: Manual de Razonamiento Probatorio. México: Suprema Corte de la Nación, 2022.

FONTANET, Julio. Principios y Técnicas de la Práctica Forense. 3ª Ed. San Juan, Puerto Rico: Jurídica Editores, 2010.

FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores, 1975, reimpresión 2003.

GLEEN, Patrick. *Legal tradition of the world.* 5ª Edi. Oxford, UK: Oxford University, 2014.

GOLDMAN, Alvin. *Epistemic paternalism: communication control in law and society*. En: *The Journal of Philosophy*, vol. 88, no 3, 1991.

GRIMM, Paul, honorable, BERGTROM, Lisa & O´TOOLE-LOUREIRO, Melissa. *Authentication of Social Media Evidence*. En: American Journal of Trial Advocacy, 2013, Vol. 36.

GUERRERO, Oscar. El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. En: Anuario de Derecho Constitucional, UNAM, México DF, México, 2006.

HAACK, Susan. Filosofía del derecho y de la prueba. Madrid, España: Marcial Pons, 2020.

HARARI, Yuval. 21 Lecciones para el siglo XXI. Versión digital. Barcelona, España: Penguin Random House Grupo Editorial, 2018.

JACKSON, John. La prueba en el *common law* y su tradición en derechos humanos: ¿Hacia una convergencia armónica? En: El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Madrid, España: Marcial Pons, 2020.

MEROI, Andrea. Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica. En: Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. No. 26, 2006.

MERRYMAN, John. La tradición jurídica romano – canónica. 2ª Ed. 5ª. México: Fondo de Cultura Económica. Reimpresión 1989

MOORE, Jonathan. *Time for an Upgrade: Amending the Federal Rules of Evidence to Address the Challenges of Electronically Stored Information in Civil Litigation*. En: UR Scholarship Repository. University of Richmond. 2010.

NIEVA, Jordi. La valoración de la prueba. Barcelona, España: Marcial Pons, 2010.

PARRA, Jairo. Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio. Bogotá, Colombia: Temis, 2004.

PÉREZ, Carlos. ¿Es necesario el testigo de acreditación para la prueba documental en el proceso penal colombiano?. En revista Vniversitas, Universidad Javeriana, Colombia. Vol. 71, 2022.

RAMÍREZ, Diana, FRANCO Vanessa, & JARAMILLO, Daniel. La prevalencia del derecho procesal. Bogotá, Colombia: Ibáñez, 2021.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed, 2021.

RAMOS, Vitor. «Déjame atravesar el viento con documentos»: propuestas para replantear la prueba documental del siglo XXI. En: Quaestio Facti, Revista Internacional de Razonamiento Probatorio, Madrid, España: Marcial Pons, 2022.

STANFIELD, Allison. *The Authentication of Electronic Evidence*. Brisbane, Australia, 2016. Tesis doctoral en filosofía. Queensland University of Technology, Facultad de Derecho.

TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. 2ª ed. Madrid, España: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Bogotá, Colombia: Temis, 2006.

TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia civil. México DF, México: Tribunal Electoral del Poder Federal, 2006.

TARUFFO, Michele. Páginas de justicia civil. Madrid, España: Marcial Pons, 2009.

TARUFFO, Michele. *Verso la decisione giusta*. Turín, Italia: G. Giappichelli Editore, 2020.

VÁZQUEZ, Carmen. La conformación del conjunto de elementos de juicio: La admisión de pruebas. En: Manual de Razonamiento Probatorio. México DF, México: Suprema Corte de la Nación, 2022.

Normas internacionales:

United States of America. Federal Rules of Evidence.

Government of Canada. Evidence Act. 1985. Rule 30

Normas nacionales:

República de Colombia. Constitución Política (1991).

República de Colombia. Congreso de la República. Acto Legislativo 03, 2002. Constitución Política de Colombia.

República de Colombia. Congreso de la República. Ley 906 (31-08-2004). Código de Procedimiento Penal.

República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 (12-07-2012). Código General del Proceso.

Jurisprudencia:

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación. Radicado 25920, MP. Javier Zapata Ortiz (21-02-2007).

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP-2012, radicado 36784 (17-09-2012).

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP5785-2015, radicado 46153, MP. Patricia Salazar Cuellar (30-09-2015).

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación SP-7732-2017. Radicado 46278, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa (01-06-2017).

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP4410-2017, radicado 49771, MP. Eyder Patiño Cabrera (11-07-2017).

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP948-2018, radicado 51882, MP. Patricia Salazar Cuellar (07-03-2018).

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP200-2020, radicado 54784, MP. Gerson Chaverra Castro (29-04-2020).

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP-1764, radicado 56531, MP. Eugenio Fernández Carlier. (12-05-2021).

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP1890-2021, radicado 57982, MP. Eyder Patiño Cabrera (19-05-2021).

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP5342-2021, radicado 60015, MP. Hugo Quintero Bernate (10-11-2021).

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP057, radicado 58228, MP. Fernando León Bolaños Palacios (26-01-2022).

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP2084-2022, radicado 60917, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa (15-06-2022).

EFECTOS DE LA COSA JUZGADA ABSOLUTORIA PENAL EN EL PROCESO CIVIL: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA*

*Daniela Katherine Cabarcas***

RESUMEN

Este artículo es el resultado de un proyecto de investigación jurídico sobre el marco teórico identificado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana en torno a la influencia de la cosa juzgada penal absolutoria en el proceso civil.

Palabras clave: Cosa juzgada penal absolutoria, la responsabilidad civil extracontractual, responsabilidad por delitos.

ABSTRACT

This document exposes an investigation regarding the theoretical framework identified in the Colombian Supreme Court of Justice around the influence of the criminal absolutory *res iudicata* over the civil process.

Keywords: Double jeopardy, *non-bis in idem*, *ne bis in idem*, torts.

* Trabajo de investigación realizado en la Maestría en Derecho de la Universidad Libre de Colombia.

** Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Productora de Radio y Televisión. Maestría en Derecho de la Universidad Libre de Colombia (en curso). Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

INTRODUCCIÓN

La Ley 600 de 2000 disponía[1] en el artículo 57 que "[l]a acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa".

Empero, la Ley 906 de 2004, que rige de forma gradual a partir del 1º de enero de 2005, en su artículo 80 dispuso que "[l]a extinción de la acción penal producirá efectos de cosa juzgada. Sin embargo, no se extenderá a la acción civil derivada del injusto ni a la acción de extinción de dominio", situación que abordó la Corte Suprema de Justicia, entre otros, el fallo de casación del 7 de marzo de 2019 (SC665-2019, 2019), en el que adoctrinó:

> *"…en la actualidad en el ordenamiento jurídico colombiano no existe precepto legal que regule específicamente los efectos en materia civil de la absolución penal por los mismos hechos, cuando éstos se hayan presentado después del 1° de enero de 2005, lo que en modo alguno significa que el sentenciador en lo civil en cada caso concreto sometido a su discernimiento esté exonerado de pronunciarse acerca del alcance que le confiere a un fallo de esa estirpe".*

En la aludida sentencia, la Corte, aunque memoró su jurisprudencia en torno a la influencia de la cosa juzgada penal frente a la responsabilidad civil, determinó que los estudios hasta ahora por ella realizados se realizaron al amparo de la antigua legislación penal, en particular la Ley 600 de 2000, lo que significa que a la luz de lo prescrito en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, es esta la primera de las sentencias que darían origen a una futura doctrina probable, requiriéndose, entonces, la necesaria reiteración por dos sentencias futuras en las que definan el sentido y alcance de la cosa juzgada penal frente a la responsabilidad civil extracontractual, en torno al específico punto analizado y resuelto en el fallo.

> *Aspecto sobre el que versó la investigación, pues aunque la decisión se funda en la ausencia de regulación penal como amplificador del proceso civil, dos aspectos o puntos de derecho fueron resueltos en la decisión, siendo el primero el relativo a la inexistencia de restricciones para el juez civil, y el segundo, ad hoc, el relativo a la causa petendi, que se fundó los daños ocasionados en el ejercicio de actividades peligrosas, y concretamente en "los aspectos eximentes (…) en la modalidad conocida como intervención de un tercero, que igualmente abarca los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad propios de la fuerza mayor"* (SC665-2019, 2019)

[1] La Ley 600 de 2000 conserva vigencia, pero únicamente para l*os casos de que trata el numeral 3º del artículo 235 de la Constitución Política, según determina el artículo 533 de la Ley 906 de 2004.*

Por ello, de acuerdo con el citado artículo 4º de la Ley 169 de 1896, que dispone que tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, es necesario que la Corte Suprema, en adelante, desarrolle y consolide su doctrina en torno a la responsabilidad civil, cuando en el proceso se hubiere invocado la excepción de cosa juzgada al amparo de una sentencia penal absolutoria en la que se hubiere definido el proceso por los mismos hechos estudiados en el trámite civil.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación se propuso identificar si existe una línea jurisprudencial consolidada en materia de responsabilidad civil extracontractual que defina la influencia de la cosa juzgada penal absolutoria, así como el impacto de la no inclusión del texto del artículo 57 de la Ley 600 de 2000 en la Ley 906 de 2004, frente a los casos de absolución penal cuando se ha declarado que la conducta no se realizó o que el sindicado no la cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa.

A partir de allí, identificar si es posible establecer las pautas para el enjuiciamiento civil, con fundamento en el estudio de la sentencia penal absolutoria, de acuerdo con la metodología dada por la Corte Suprema de Justicia y la doctrina especializada.

Además, identificar si existe doctrina legal probable en materia de cosa juzgada penal absolutoria y determinar si la jurisprudencia civil dictada en vigencia de la Ley 906 de 2004 es aplicable a juicios de responsabilidad extracontractual adelantados contra los miembros del Congreso, conforme lo determina el artículo 533 ibidem.

En el presente documento se presenta el resultado de la investigación en torno al marco teórico identificado en la jurisprudencia civil, fundado en la teoría absolutista de Mazeaud, y su posterior giro hacia el modelo relativista, que propugna por el estudio de fondo de la sentencia penal y su determinación en la responsabilidad civil.

1. ANTECEDENTES

Con la expedición de la Ley 906 de 2004 y su entrada gradual en vigencia a partir de 2005, se defirió en la justicia civil la determinación de la responsabilidad extracontractual, aún en los eventos en que por el mismo hecho se hubiere adelantado proceso penal y, como resultado de este, existiera sentencia absolutoria, salvo en el caso de los congresistas, para quienes se determinó que su juzgamiento será adelantado conforme a las reglas de la Ley 600 de 2000.

Así, en el juicio civil no se podrá alegar, con efectos absolutos, la excepción de cosa juzgada cuando se invoque la existencia de sentencia penal absolutoria, aun cuando existiere plena identidad entre el hecho en que se fundó la causa penal y la pretensión civil, razón por la cual será el juez civil competente para analizar, de acuerdo con las pruebas que se aduzcan y conforme a los elementos constitutivos de la responsabilidad que a este atañen, si corresponde imponer una condena por el hecho que ya fue juzgado con anterioridad por su par penal.

En tal sentido, el análisis que realice el juez penal no podrá valorarse como único elemento de la ausencia de responsabilidad en el juicio civil, sino en conjunto con las demás pruebas tanto en dicho proceso, trasladadas al civil, y las que en este se practiquen, lo que supone una variación en el estándar probatorio para la defensa civil (Forero Betancourt, 2018).

2. ELEMENTOS DE LA COSA JUZGADA EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO

Determina el Código General del Proceso, expedido mediante Ley 1564 de 2012, en su actual artículo 303, que una vez adelantado un proceso contencioso no es posible intentar o resolver en trámite posterior si existe identidad plena entre ambos procesos.

El postulado normativo hace expresa referencia a los procesos *contenciosos*, es decir, a aquellos expresamente regulados en el propio Código General del Proceso en los que las partes someten a la jurisdicción una disputa en la que no existe un acuerdo previo y requieren del mecanismo heterocompositivo judicial, recordando que en el modelo civil de enjuiciamiento existe una partición conceptual y práctica entre lo contencioso y lo no contencioso, obedeciendo lo segundo al conflicto en que los acudientes al proceso están de acuerdo en el resultado o bien no existe como tal un demandado, corres-

pondiendo a aquellos que se tramitan ante la especialidad jurisdiccional de Familia como de Jurisdicción Voluntaria (un ejemplo de ello es el divorcio de común acuerdo).

Los procesos contenciosos, entonces, son aquellos en los que existe contienda, desacuerdo, habiendo fracasado cualquier – y todo– mecanismo alterno de solución de conflictos, siendo necesaria la intervención del juez, como tercero imparcial y heterocomponedor.

Estos procesos han denominados en la legislación procesal como *declarativos, ejecutivos, liquidatorios y declarativos especiales*, además del proceso arbitral, por lo que el vocablo *contencioso* no hace referencia específica o única a los asuntos que se tramitan ante los jueces y tribunales administrativos bajo las reglas del Decreto 01 de 1984 o el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo–, sino a una categoría procesal que tiene como elemento esencial la ausencia de acuerdo entre las partes en el resultado final.

No obstante, la lectura del artículo 303 del Código General del Proceso admite, en una interpretación finalista, que, dados los supuestos de identidad, la cosa juzgada pueda –y deba– predicarse respecto de procesos que se tramitan ante otras jurisdicciones como la Constitucional, Disciplinaria o de lo Contencioso Administrativo, o especialidades jurisdiccionales como la de Familia, Laboral o Penal, que hacen parte de la Jurisdicción Ordinaria, y de allí que sea necesario el estudio específico de la influencia que pueda tener un fallo en aquellos foros frente al proceso civil.

Los requisitos que impone el legislador, entonces, para que una sentencia dictada en proceso contencioso haga tránsito a cosa juzgada son: i. Que se haya tramitado un proceso anterior en el que se hubieren resuelto con fuerza definitiva un conflicto; ii. Que con posterioridad se adelante un nuevo proceso con un mismo fundamento fáctico o jurídico; iii. Que entre el primer proceso y el subsiguiente exista identidad de objeto, entendida esta como la coincidencia absoluta en el derecho debatido, bien sea real o personal. El objeto del proceso es aquello sobre lo que versa una controversia, si es real, se tratará de una cosa, mueble o inmueble, determinada por su calidad, su peso o su medida, si es personal, se está frente a un determinado derecho, que se ejerce conforme a la ley o se reclama como insatisfecho o vulnerado, como los alimentos, el uso o el pago de una obligación. iv. La causa, se refiere al motivo o lo que motiva el proceso en particular, porque bien se puede discutir sobre un determinado derecho –identidad de objeto– por razones distintas, o dicho de esta manera, es la razón que motiva el litigio.

La distinción entre objeto y causa puede resolverse con ejemplos sencillos, como quien reclama derechos sobre un trozo de propiedad –plenamente determinado–, siendo este el objeto del litigio, esto es, el derecho derivado bien sea del dominio, de la posesión o de la tenencia, pero como se trata de derechos plenamente identificables y de trato conceptual separado, puede suceder que sobre una misma porción de terreno se generen distintos conflictos, bien sea por adquirir el dominio como en el caso de la pertenencia, bien sea para restituirlo como en la reivindicación, para conservar la tenencia, como en la interdicción, o para recuperarla, como en la ocupación de hecho, casos todos en que el objeto permanece incólume, pero la causa varía.

El último requisito exigido por la ley es la identidad de partes. Puede ser física o jurídica. La primera se presenta cuando entre las mismas personas, naturales o jurídicas se inicia y tramita un mismo pleito sobre el mismo objeto y por la misma causa, caso en el cual coinciden en la jurisdicción los tres elementos: mismas personas, mismo objeto y misma causa, con lo cual se reúnen los requisitos para resolver el conflicto, que se presenta por segunda vez, incluso mediante sentencia anticipada, tal como lo determina el numeral tercero del artículo 278 del Código General del Proceso, que impone al juez proferirla en cualquier estado del proceso. La segunda, reglada en el artículo 303, se denomina *identidad jurídica*, lo cual coincide con lo previsto en los artículos 590, 591 y 592 del Código General del Proceso, que consiste en el tratamiento que se le otorga al adquirente por sucesión por causa de muerte o por acto entre vivos. El sucesor por causa de muerte, de acuerdo con el Código Civil, asume la posición de su causante y es continuador en los derechos que se derivan de la adquisición de un derecho, real o personal; el adquirente por acto entre vivos es quien, sin mediar sucesión, adquiere un derecho sujeto a registro "con posterioridad al registro de la demanda" y "al secuestro en los demás casos", es decir, quien a sabiendas de la existencia de un proceso judicial, por haber sido decretada la medida cautelar de anotación o inscripción contemplada en los citados artículos 590 a 592, asume las consecuencias del proceso y las obligaciones que surjan mediante sentencia, porque esa es la virtud de la medida cautelar, dar aviso al público de la existencia de un pleito en el que se discuten derechos sobre un determinado derecho, no pudiendo promover con posterioridad nueva contienda judicial, alegando desconocimiento de lo ocurrido en el juicio donde se promovió una determinada pretensión y por virtud del cual se inscribió la demanda en el registro o se procedió al secuestro del bien, caso en el que entran en juego los conceptos de buena fe simple y buena fe calificada, siendo la segunda la que se le exige al comprador o adquirente de un bien o derecho por acto entre

vivos que ha sido cobijado con la medida de inscripción o anotación de la demanda, o secuestro.

Verificados los tres elementos, identidad de objeto, identidad de causa e identidad de partes, opera la *res iudicata*, que impide ventilar dos o más veces un mismo pleito ante la misma jurisdicción, punto adicional que debe analizarse para impedir fallos contradictorios ante distintas jurisdicciones y que está atado al concepto del *bien jurídicamente tutelado*.

Este elemento final, el bien jurídicamente tutelado, se impone cuando a un mismo hecho la ley le asigna distintas consecuencias jurídicas, por proteger distintos intereses, como quien siendo funcionario o empleado del Estado sustrae un bien mueble que no es de su propiedad, es decir, hurta, caso en el cual se activan al mismo tiempo distintos títulos de imputación, porque uno es el interés que se tiene en que no se afecte la función –deber funcional–, otro es el respeto por el derecho ajeno, con consecuencias punitivas de diversa índole, y otro el deber de protección del patrimonio público. Así, una persona a quien se le demuestre que, en este ejemplo, sustrajo un bien mueble ajeno –de propiedad del Estado–, puede ser enjuiciado ante distintas jurisdicciones como son la Penal, la Disciplinaria, la de lo Contencioso Administrativo e incluso la Civil, dependiendo de lo que se busque resolver en cada una de ellas, siendo determinante identificar en cada juicio el bien jurídico tutelado, que en los cuatro escenarios mencionados es ciertamente disímil.

En suma, para que opere la cosa juzgada, se requiere que exista una coincidencia entre las partes, física o jurídica, el objeto, la causa y el bien jurídico tutelado. Verificado esto, el proceso no puede iniciarse o no puede continuar (Rojas, 2013).

De lo dicho se extrae, como mediana claridad, que tratándose de hechos juzgados ante distintas jurisdicciones es necesario encontrar el punto de convergencia, porque tan distintos son los procesos como las partes que en ellos participan cuando se trata de cada jurisdicción. Así, en los procesos de jurisdicción voluntaria puede que no exista un demandado como tal, aunque sí se formule una *demanda*; en los procesos disciplinarios no existe un demandante, porque bien puede suceder que el proceso se inicie por queja (también llamada denuncia) o de oficio, pero no exista la institución del acusador (propia del proceso penal), y en donde, además, el quejoso o denunciante no tiene la calidad de parte; en el proceso penal la investigación y acusación está a cargo del Estado, salvo excepciones como la del acusador privado, luego quien "demanda" condena no coincide en todos los casos con la persona o personas que han dado noticia de la comisión de una conducta

punible, a quienes la ley da el trato de denunciantes o querellantes, según el tipo penal de que se trate, y quienes durante la investigación y el posterior juicio tendrán la calidad especial de sujeto procesal denominada *víctimas*.

Lo anterior tiene una marcada influencia al momento de determinar si lo decidido en un proceso ante otra especialidad u otra jurisdicción tiene influencia en un proceso civil, ya que, de entrada –y sin que ello sea un impedimento– no es posible obtener una convergencia de partes entre los procesos penales o disciplinarios y los procesos civiles, en tanto en estos últimos sí hay un demandante, bien sea público o privado y un demandado, en tanto que en aquellos no existe un demandado, sino un indiciado, imputado, sindicado, acusado o simplemente procesado.

No obstante, y en adelante se desarrollará este concepto, comoquiera –y así se ha venido advirtiendo– que por un mismo hecho pueden surgir varios procesos para proteger, restablecer o tutelar distintos bienes jurídicos, es posible encontrar puntos nodales que permitan a los jueces evitar dobles enjuiciamientos.

3. DE LA TEORÍA ABSOLUTISTA A LA RELATIVISTA

La sentencia absolutoria penal puede tener origen en diversas causas. Para lo que interesa, algunas históricamente han tenido influencia absoluta en el proceso civil, como son: "a) Haberse declarado que la conducta causante del perjuicio no se realizó, b) haberse declarado que el sindicado no cometió dicha conducta, c) haberse establecido que el sindicado actuó en estricto cumplimiento de un deber legal y d) haberse determinado que el sindicado actuó en legítima defensa" (Fierro-Medez, 2008).

El estudio inicial de la teoría absolutista de André Tunc, Henri y León Mazeaud brinda un punto de partida. En su Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, afirman:

> *"…nadie puede ser llevado a discutir las disposiciones penales de la sentencia, incluso en sus consecuencias sobre los intereses civiles. Por eso, la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal es absoluta sobre lo civil; se impone sean cuales sean las partes, sean cuales sean el objeto y la causa de la demanda civil".*

Para los citados autores, el efecto de la cosa juzgada absolutoria penal, con prescindencia de la imposibilidad de una identidad tripartita exigida en la cosa juzgada de civil a civil (partes, objeto, causa), tiene su ascendiente en el

orden público y en la confianza debida a los jueces penales, "cuyas resoluciones afectan al honor y a la libertad de los hombres", estando por "encima de toda sospecha de error", premisa a cuyo amparo desconfían de los jueces civiles, quienes comprometerían gravemente dicho orden al tener por inexacta una sentencia penal definitiva. (Mazeaud, Mazeaud, & Tunc, 1962).

La teoría absolutista influyó en legislaciones americanas, incluida la Ley 600 de 2000, en cuyo artículo 57 se determinó la incidencia del fallo absolutorio penal cuando con fuerza material se declara que la conducta no se realizó o que el sindicado no la cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa, lo que irradia, *erga omnes,* a todas las jurisdicciones (Nisimblat, 2018).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia 5253 del 12 de octubre de 1990, había ya determinado que el juez civil, no obstante la teoría absolutista aparente del legislador, podía revisar la decisión penal cuando resultare confusa, obscura o contradictoria, casos en los cuales era necesario auscultar el fondo del pleito penal para determinar las verdaderas razones para la absolución, más allá de cualquier nomenclatura formal que allá hubiese servido como sustento de la decisión. (Sentencia del 16 de mayo de 2003, 2003).[2]

Fallos posteriores de la Sala de Casación Civil, aún en vigencia de la Ley 600 de 2000, comenzaron a perfilar una teoría relativista al amparo de la cual "el juez civil está obligado a analizar el mérito de la providencia penal en lo que corresponde a la existencia del hecho causante del daño y al '*nexo de causalidad*'. Entonces, el resultado del proceso de responsabilidad extracontractual no está condicionado de ningún modo por lo que se haya decidido en la instancia penal sino por lo que el juez civil considera, en atención a su propio marco jurídico–valorativo" (SC13925-2016, 2016).

La citada sentencia reiteró la tesis postulada en la decisión de casación de 16 de mayo de 2003, en la que adoctrinó:

> *«(…) uno de los casos en que la acción civil se acalla por la decisión penal absolutoria, es el que surge con la declaración de que el sindicado no cometió el hecho causante del perjuicio; situación en la que quedan comprendidos los acontecimientos que dependen de lo que se ha denominado una "causa extraña", vale decir, aquellos que, cual sucede con el caso fortuito o la fuerza mayor, entre el hecho y el daño se ha*

[2] Reiterada en sentencia SC13925-2016.

> *fracturado el nexo causal, indispensable para la configuración de la responsabilidad.*
>
> *(…)*
>
> *Traduce lo anterior, desde luego, que en circunstancias como las descritas, atento ha de estar el juzgador al contenido del pronunciamiento del juez penal, como que lo que en el fondo proclama el punto, es que "al caso fortuito se le tome por lo que es, con las características que por ley lo definen, pues sin el debido desvelo que materia tan delicada y rigurosa exige, llegaríase irremediablemente a un enojoso formalismo". (Caa. Civ. De 24 de noviembre de 2000, exp. 5365)*». (Exp. 7576) (Sentencia del 16 de mayo de 2003, 2003).

Decisiones posteriores consolidaron la tesis relativista (SC4654-2019, 2019), a la que se sumó la doctrina, en particular del autorizado tratadista Javier Tamayo Jaramillo (Tamayo Jaramillo, 2007), quien, no obstante, funda su estudio en el principio de "unidad de jurisdicción", a cuyo amparo existe un deber se sujeción de los jueces civiles a las decisiones absolutorias penales, pero únicamente en asuntos en que el juicio de reproche penal incluyese el núcleo de la responsabilidad civil en casos en que la legislación exigiere análisis de culpa o dolo, en cuyos eventos, casi de manera exclusiva, el estudio que realiza el juez penal influye necesariamente en el que pudiere realizar el juez civil, de allí que el legislador hubiere mantenido en el Código de Procedimiento Civil –vigente para la fecha en que postuló la tesis– el instituto de la prejudicialidad.

Tamayo, empero, propugna por un análisis diferencial fundamentado en los distintos regímenes de responsabilidad civil, donde en ciertos asuntos –y en ello coincide la Corte Suprema–, la culpa no es elemento esencial de responsabilidad, como sucede con las actividades peligrosas, en las que el juicio de imputación se fundamenta no en culpa probada sino en reproches objetivos o en los casos de responsabilidad orgánica o por el hecho ajeno.

CONCLUSIONES

Este marco relativista es el que servirá para analizar las sentencias posteriores proferidas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para determinar si en los juicios sobre responsabilidad civil en los que se hubiere invocado la cosa juzgada penal absolutoria o la prejudicialidad de penal a civil, existe un método que permita identificar modelos para la construcción de una teoría más robusta sobre los distintos institutos de responsabilidad civil.

Ello redundará en aspectos intrínsecos del rito civil, como la carga de la prueba y el mismo estándar probatorio, en la medida en que la relativización de la cosa juzgada absolutoria penal no pueda ser considerada como una causal objetiva de exclusión de responsabilidad civil. Ello, además, redundará discusiones que al amparo inclusive de postulados normativos que consagran la responsabilidad civil extracontractual directa o incluso por actividades peligrosas, donde los sistemas o modelos de culpa varían, de acuerdo con el diseño legislativo y la interpretación de la Corte Suprema de Justicia en torno a si se trata de un régimen subjetivo u objetivo en materia de culpa.

BIBLIOGRAFÍA

Fierro-Medez, H. (2008). *MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL. SISTEMA ACUSATORIO JUICIO ORAL Y PÚBLICO.* BOGOTÁ: LEYER.

Forero Betancourt, R. D. (2018). *La víctima en el proceso penal.* Bogotá: Leyer.

Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Tunc, A. (1962). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo Segundo, Vol. II. Traducción de la Quinta Edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Eropa-América.

Nisimblat Murillo, N. (2020). El sistema de precedentes en Colombia. *Revista Colegiada de Ciencia Universidad de Panamá*, 1-10.

Nisimblat, N. (2018). *Derecho Probatorio, técnicas de juicio oral.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Rojas, M. E. (2013). *Lecciones de Derecho Procesal Tomo II Procedimiento Civil.* Bogotá: ESAJU.

SC13925-2016, SC13925-2016 (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil 30 de Septiembre de 2016).

SC4654-2019, SC4654-2019 (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil 30 de Octubre de 2019).

SC665-2019, SC665-2019 (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil 7 de Marzo de 2019).

Sentencia del 16 de mayo de 2003, Exp. 7576 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 16 de mayo de 2003).

Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil.* Bogotá: Legis.

ASPECTOS RELEVANTES DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN ESPECIAL

*Enrique Del Río González**

RESUMEN

La doble conformidad es una premisa fundamental, constitucional y supranacional del debido proceso consistente en la posibilidad de que un juez de funciones superiores conozca, revise, analice y si es procedente, corrija una decisión que afecta los intereses de quien lo alega. Sin embargo, en el proceso penal se vislumbró la ausencia de reglamentación para aquellos casos donde el procesado no había ejercido su derecho de acceder a la doble instancia por haber sido absuelto en primera instancia y condenado en segunda, quedando en la imposibilidad de controvertir la condena y, en algunos casos, sometiéndose a interponer un recurso extraordinario de casación con múltiples formalidades, requisitos y un rigor excepcional y complejo.

Fue por esta razón que la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República a que regulara vía legislativa un mecanismo que garantizara la doble conformidad en estos eventos donde se vulneraba y, de ese modo cesar la vulneración de este derecho, situación que aún hoy no se ha materializado,

* Abogado litigante en asuntos penales durante más de veinte años, egresado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Cartagena, Especialista en Derecho Probatorio, Magíster en Derecho y Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Experto en Cumplimiento Corporativo de la Universidad de La Rioja España; con Diplomado en Técnicas de Oralidad de la Universidad Interamericana de Puerto Rico; Estudios en el Programa de Acceso a la Justicia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional- USAID y; Curso de pedagogía para la Enseñanza del Proceso Penal Acusatorio. - Miembro del Instituto colombiano de Derecho Procesal y Autor de los libros: Del derecho a la defensa en la indagación. Ejercicio y limitaciones; Audiencia Preparatoria- Aspectos controversiales (edición 1 y 2); La prueba indiciaria penal frente al principio de contradicción; entre otros.

por lo que ha sido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la encargada de emitir una línea jurisprudencial regulando el trámite, requisitos, procedencia y demás aspectos necesarios para la preservación de esta prerrogativa.

Palabras clave: Impugnación especial, doble conformidad, recursos, sentencia condenatoria, casación.

INTRODUCCIÓN

El proceso penal colombiano está regulado por la ley 906 de 2004, compendio que establece desde principios hasta reglas precisas sobre la mayoría de las actuaciones relevantes en el desarrollo de la actuación criminal actual. No obstante, después de 18 años aún existen vacíos trascendentales que han sido motivo de discusiones jurídicas elevadas al plano de demandas de inconstitucionalidad que han permitido la creación de precedentes jurisprudenciales en tales materias, tal es el caso del recurso de impugnación especial.

La garantía de la doble instancia encuentra su fundamento constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, el cual consagra que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, precepto que se ubica en una de las consignas más importantes del debido proceso la cual se extiende no solo a la decisión definitiva, sino a todas aquellas que se tomen en el curso del trámite, salvo contadas excepciones expresamente dispuestas por la ley.

Este mandato constitucional consiste específicamente en esa oportunidad con que cuentan las partes de que un juez de mayor jerarquía (o funcionalidad) pueda revisar las decisiones controvertidas con el fin de que estas sean analizadas y si es menester corregidas, exclusivamente en los aspectos puntuales en los que se considera que la decisión impugnada contiene yerros, consigna que se concreta en el plano ordinario a través del recurso de apelación.

El proceso penal no es la excepción, este al igual que los demás regímenes procesales consagra normativamente los recursos procedentes para cada tipo de providencia e incluso el efecto en el que se deben conceder, sea suspensivo, devolutivo y diferido. Tal es el caso de las sentencias absolutorias y condenatorias sobre las cuales el artículo 176 de la ley 906 de 2004 estipula que solo pueden ser recurridas a través del recurso de apelación que se concederá en efecto suspensivo[1].

[1] Artículo 177 de la ley 906 de 2004.

Ahora bien, tanto el recurso ordinario de apelación como el extraordinario de casación han estado históricamente al alcance del procesado para recurrir la sentencia condenatoria emitida en su contra de conformidad con la regulación procesal pertinente, empero, en muchas ocasiones, se suscitó la situación particular consistente en que se revocaba la sentencia absolutoria de primera instancia por parte del superior, quedando solo la vía casacional disponible para las oposiciones pertinentes, lo propio podía decirse de los aforados condenados en única instancia quienes tampoco tenían habilitada la posibilidad de apelar la condena impuesta.

Y este es justo el escenario que se pretende desarrollar, aquella incidencia que surge cuando se emite una sentencia condenatoria por primera vez en segunda instancia o en sede extraordinaria, posterior a una decisión absolutoria en primera, la cual no fue apelada por el procesado lógicamente por no obedecer a sus intereses, pero si se apeló por la víctima, fiscalía o ministerio público.

En este punto, ante una primera condena que surge como consecuencia de un recurso de apelación o casación interpuesto por la contraparte, se observa que el procesado, bajo la exegesis legal no puede apelarla, pues la norma no ha habilitado un escenario en el que pueda ser recurrida una sentencia condenatoria proferida por primera vez en segunda instancia o en sede casación. Situación diferente a la que se da cuando la condena se emite desde la primera sentencia, toda vez que en este evento si se puede ejercer el recurso de alzada sin ninguna clase de complicaciones.

Esta circunstancia evidenciaba una grave vulneración del principio de doble conformidad[2], razón por la que, en el año 2014, la Corte Constitucional recogió toda la discusión al respecto y exhortó al Congreso de la República para que, en un tiempo perentorio legislara el trámite, requisitos y todo lo concerniente a un recurso que garantizara el postulado en pugna. A pesar de lo antedicho, hasta la fecha el órgano legislativo no ha hecho lo propio, obligando a la Corte Suprema de Justicia a que admita los recursos de impugnación especial y lo regule vía jurisprudencial, situación que viene provocando el surgimiento de variados asuntos controversiales que se esperan abordar en esta oportunidad.

[2] Este principio se puede consultar ampliamente en: Del Río, Pereira & Salcedo. La Garantía de Doble Conformidad en Colombia. *Iura Revista Jurídica*. Vol. 6 No. 2, julio- diciembre, 2021. Trujillo Perú.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONSTITUCIONALES DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN ESPECIAL

La imposibilidad de acceder a la impugnación de la primera condena en segunda instancia generó múltiples dificultades prácticas, debido a que, para los procesados en esta situación, solo era viable el recurso extraordinario de casación, el cual reviste una técnica estricta y compleja que impedía el acceso a la revisión de las condenas por no haberse acatado con rigor los requisitos estructurales y sustanciales que deben recubrir una demanda de casación.

Similar situación de quienes venían absueltos en primera y segunda instancia y, como resultado de un recurso extraordinario de casación interpuesto por la contraparte, eran condenados por primera vez por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, estas condenas tampoco tenían estipulación legal que les permitiera ser revisadas para garantizar la doble conformidad.

Todas estas vicisitudes provocaron el pronunciamiento de la Corte Constitucional, previo examen del panorama local y supranacional, de cara a establecer cuál podría ser la solución de esta problemática. En este escenario se reconoció que la Carta Política nacional consagra en el artículo 29 que toda providencia condenatoria puede ser impugnada, sin necesidad de rigores adicionales como los que exige el recurso extraordinario de casación.

La norma constitucional referenciada refleja el consenso internacional pues en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se recoge que todo procesado ostenta la garantía de apelar la sentencia ante el superior, de conformidad con el numeral 2, literal h, artículo 8 de dicho instrumento. En similares términos se estipula tal prerrogativa en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el numeral 8 del artículo 14.[3]

Este fundamento conllevó a que la Corte Constitucional procediera a revisar la facultad de impugnar la sentencia condenatoria en los eventos en los cuales se había limitado procesalmente tal atribución, en la medida que se plantearon problemas jurídicos concretos por algunos ciudadanos en sendas demandas de inconstitucionalidad.

[3] Artículo 8 Garantías Judiciales: (…)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…)

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Es menester acotar que la corporación guardiana de la Constitución inicialmente se pronunció con respecto a los reclamos relacionados con los aforados condenados en única instancia[4] por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. De tal forma, en las sentencias C-142 de 1993[5], C-411 de 1997[6], C- 040 de 2002[7] y, C-934 de 2006[8], se ratificó que no implicaba vulneración alguna restringir la impugnación de la sentencia condenatoria proferida contra estos funcionarios, como quiera que el principio de libertad de configuración legislativa no se tornaba desproporcionado, amén de que estaban a disposición la acción de revisión y la acción de tutela.

Luego de los reparos planteados en los pronunciamientos precitados, surgió un cambio importante en el paradigma vigente, y fue la sentencia C- 792 de 2014[9], en la cual se examinó la controversia relacionada con la potencial restricción padecida por los procesados con o sin fuero que no tenían acceso a la revisión de su sentencia, lo que a juicio de la Corte Constitucional desconocía los derechos de defensa y contradicción, dado que limitaba la posibilidad de acceder a la administración de justicia por una interpretación restrictiva del texto constitucional.

En ese entendido, se exhortó al Congreso de la República para que en el lapso de un año regulara un mecanismo concreto que garantizara la doble conformidad y declaró la inconstitucionalidad diferida de las alocuciones que cercenaran la potencial impugnación de la sentencia condenatoria, reseñadas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179 y 481 de la ley 906 de 2004, con la salvedad de que, en caso de no legislarse al respecto en el plazo descrito, todas las sentencias condenatorias podrían ser impugnadas, con independencia de su origen o naturaleza.

[4] Específicamente, se trata del presidente y sus ministros; congresistas; fiscal general de la nación; magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y la Corte Constitucional; procurador general de la nación; entre otros.

[5] Corte Constitucional [CC], abril 20, 1993. M.P. Jorge Arango Mejía. Sentencia C-142.

[6] Corte Constitucional [CC], agosto 28, 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia C-411.

[7] Corte Constitucional [CC], enero 30, 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia C-040.

[8] Corte Constitucional [CC], noviembre 15, 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-934.

[9] Corte Constitucional [CC], octubre 29, 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia C-792 con salvamentos de voto de los magistrados Martha Sáchica Méndez, Gabriel Mendoza Martelo, María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva.

Este pronunciamiento, aunque implicó un hito importante no impulsó la oportuna regulación legal concerniente, lo que trajo como resultado que en la sentencia SU- 215 de 2016[10] se reconociera que el 24 de abril de 2016 había fenecido el término de un año estipulado por la Corte Constitucional en la providencia C-792 de 2014 y que ante tal incidencia correspondía al juez, en cada caso particular, identificar cómo se concretaría la impugnación de la sentencia condenatoria en los eventos restringidos, con la salvedad de que solo tendría cabida dicha potestad con ocasión a sentencias no ejecutoriadas en el marco de la ley 906 de 2004.

El Congreso de la República de Colombia intentó canalizar la controversia previamente detallada con el acto legislativo No. 01 de 18 de enero de 2018 a través del cual modificó los artículos 186[11] y 234[12] de la Carta Política nacional y avaló que pudiera ser impugnada la primera condena interpuesta contra los aforados[13], además estableció en la modificación del artículo 235 constitucional, que podría impugnarse la sentencia condenatoria emitida por primera vez por los tribunales superiores de distrito en los casos de los numerales 1, 3, 4, 5 y 6, es decir, solo referido al asunto de aforados.

Este acto legislativo se tornó insuficiente como quiera que no mencionó la posibilidad de impugnar en los procesos comunes, las sentencias condenatorias proferidas por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores o en sede casación por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como tampoco concretó los parámetros para el ejercicio de esta facultad, situación que resaltó la sentencia SU- 217 de 2019[14], al calificar que persiste una omisión de procedimiento por lo que se exhortó nuevamente al Congreso para que, de forma clara y expedita, reglamentara el mecanismo de impugnación especial sin más dilaciones.

Finalmente, en la sentencia SU-146 de 2020[15], se retomó la discusión relacionada con la impugnación de la sentencia de única instancia contra aforados, en cuanto a que persistían dudas relacionadas con la fecha a partir de la cual es procedente recurrir estas providencias, controversia que se zanjó adoptando como parámetro temporal el 30 de enero de 2014, por cuanto corresponde al día en que se emitió la decisión dentro del expediente *Liakat Ali Alibux* vs *Suriname* que cursaba en la Corte Interamericana de Derechos Humanos[16] relacionado con la misma temática, en la que un aforado condenado en proceso de única instancia no había tenido la oportunidad de apelar como quiera que no existía tal recurso de alzada. Para efectos ilustrativos, la Corte Constitucional trajo a colación este caso así:

[10] Corte Constitucional [CC], abril 28, 2016. M.P. María Victoria Calle Correa. Sentencia SU-215 con salvamentos de voto de Gabriel Mendoza Martelo y Luis Ernesto Vargas Silva.

[11] Constitución Política de Colombia. ARTÍCULO 186. De los delitos que cometan los Congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación.

Corresponderá a la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia investigar y acusar ante la Sala Especial de Primera Instancia de la misma Sala Penal a los miembros del Congreso por los delitos cometidos.

Contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación. Su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La primera condena podrá ser impugnada.

[12] Constitución Política de Colombia. ARTÍCULO 234. (…) PARÁGRAFO. Los aforados constitucionales del artículo 174 de la Constitución Política tienen derecho de impugnación y doble instancia conforme lo señale la ley.

[13] Con la entrada en vigor del acto legislativo No. 01 de 18 de enero de 2018 se habilitaron las Salas de Instrucción y Juzgamiento en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, reglamentación que facilitó la organización logística de esta corporación para el trámite del recurso de impugnación especial.

[14] Corte Constitucional [CC], mayo 21, 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Sentencia SU-217.

[15] Corte Constitucional [CC], mayo 21, 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. Sentencia SU-146.

[16] La Corte interamericana de Derechos Humanos lo expuso así: "…no existió ningún recurso ante el máximo órgano de justicia que juzgó al señor Alibux que pudiera ser interpuesto a efectos de garantizar su derecho a recurrir el fallo condenatorio, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 8.2(h) de la Convención Americana. En este sentido, la Corte considera que si bien fue la Alta Corte de Justicia la que juzgó y condenó al señor Alibux, el rango del tribunal que juzga no puede garantizar que el fallo en instancia única será dictado sin errores o vicios. En razón de lo anterior, aun cuando el procedimiento penal en instancia única estuvo a cargo de una jurisdicción distinta a la ordinaria, el Estado debió garantizar que el señor Alibux contara con la posibilidad de que la sentencia adversa fuera recurrida, con base en la naturaleza de garantía mínima del debido proceso que dicho derecho ostenta. La ausencia de un recurso significó que la condena dictada en su contra quedara en firme y, por ende, el señor Alibux cumpliera una pena privativa de la libertad" (párr. 103). En la misma dirección, la Corte afirmó que "…al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente…"

Por lo tanto, para la Sala Plena la fecha de la expedición de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Liakat Ali Alibux, el 30 de enero de 2014, constituye un referente imprescindible, por cuanto (i) ha jugado un papel fundamental para establecer el alcance del derecho convencional previsto en el artículo 8.2.h. de la Convención, instrumento internacional de derechos humanos que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) contiene un pronunciamiento expreso sobre el caso de un funcionario que, en un Estado también vinculado a la Convención Americana, fue juzgado en única instancia -como aforado- por el máximo órgano de justicia de su país, pronunciamiento que, además, sigue una línea clara del ámbito de protección del derecho que en la misma sede y en el Sistema Universal de Derechos Humanos venía construyéndose; (iii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana y, por lo tanto, esta Sentencia, han sido relevantes interpretativamente en la lectura del artículo 29 de la Constitución Política, comprensión que ya ha sido acogida por nuestro Ordenamiento Jurídico; y (iv) como estándar, permite cobijar casos juzgados bajo un marco regional de derechos que ya amparaba sus situaciones, de manera más amplia y compatible con nuestra Constitución Política.

Como puede observarse, la Corte Constitucional impulsó el análisis y la materialización de la garantía de doble conformidad y como corolario, la habilitación de la impugnación especial de cara a evitar limitaciones gravosas para los procesados que se enfrentaban a sentencias condenatorias cuya apelación estaba restringida por el legislador, lo que provocó pronunciamientos por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para reglamentar las lagunas y contrariedades suscitadas en esta materia para efectos de garantizar el acceso de los ciudadanos a este mecanismo, aspectos que se revisarán a continuación.

2. TRÁMITE DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN ESPECIAL DE CONFORMIDAD CON LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La controversia relacionada con el trámite del recurso de impugnación especial ha producido una serie de providencias por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, encaminadas a encauzar las peticiones relacionadas con este mecanismo, en especial en cuanto a su

trámite, términos y procedencia, dados los parámetros trazados por la Corte Constitucional y el acto legislativo No. 01 de 18 de enero de 2018.

Dicho esto, en principio, la mentada Sala se abstuvo de dar trámite a las solicitudes de impugnación especial presentadas, al estimar que a pesar de los pronunciamientos de la Corte Constitucional e inclusive de la expedición del acto legislativo aludido, no se había expedido una ley que reglamentara con claridad esta herramienta, por lo que en variados fallos se limitó a realizar esta salvedad, tal como ocurrió dentro de los radicados 37858 de 2016[17], 51662[18] de 2017, 46361[19] y 46992[20]de 2018, en los cuales se invocó esta omisión legislativa para no pronunciarse de fondo con respecto a dichas peticiones y, por ende, no declararlas procedentes.

Esta posición fue recogida en la sentencia adiada 14 de noviembre de 2018 dentro del radicado 48820[21] en la cual se detalló la necesidad de establecer unas pautas transitorias para tramitar el mecanismo de impugnación especial con ocasión a la primera sentencia condenatoria expedida en sede de casación bajo la égida de la ley 600 de 2000, en aras de la prevalencia del derecho sustancial y las garantías de defensa y acceso a la administración de justicia[22].

---

[17] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Mayo 25, 2016. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Radicado 37858.

[18] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Diciembre 13, 2017. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. Radicado 51662.

[19] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Marzo 14, 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Radicado 46361.

[20] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Mayo 23, 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Radicado 46992.

[21] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Noviembre 14, 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Radicado 48820.

[22] Sobre el particular la sentencia relatada expuso: "(…)De suerte que, en acatamiento de los principios de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 de la Constitución) y de instrumentalidad de las formas procesales (art. 24 de la Ley 600 de 2000), pese a que aún el legislador no ha reglamentado el procedimiento legal para la activación del mecanismo especial de impugnación y su respectiva resolución, cuando el fallo condenatorio es dictado por primera vez en casación, la Sala considera que en el Acto Legislativo están dados los presupuestos básicos para garantizar ese derecho, dando aplicación transitoria al numeral 7º del actual art. 235 de la Constitución, en consonancia con las normas propias para la interposición y resolución del recurso de apelación contra sentencias, previstas en los arts. 186, 187, 194 y 201 de la Ley 600 de 2000, que por analogía resultan adecuadas para viabilizar la impugnación especial de la primera condena".

Para tal efecto en esta providencia se reseñó que, dentro de los tres días siguientes a la última notificación, la defensa podría presentar la impugnación especial respectiva, la cual tendría un término de cuatro días para la sustentación y vencido este pasaría la actuación al despacho para decidir, lo que se detalló así:

> *En cuanto al procedimiento a aplicar en el presente asunto, regulado por el trámite de la Ley 600 de 2000, habrán de seguirse los siguientes lineamientos:*
>
> *a) Deberá intentarse por los medios posibles la notificación personal a los sujetos procesales (art. 178 ídem).*
>
> *b) Si ello no fuere posible dentro de los tres días siguientes al proferimiento del presente fallo, éste deberá notificarse por edicto (art. 180 ídem).*
>
> *c) Dentro del término máximo de tres días, contados a partir de la última notificación, la defensa tendrá la posibilidad de presentar la solicitud de doble conformidad, mediante la impugnación especial de la sentencia, que deberá ser sustentada dentro de un plazo máximo de cuatro días (art. 194 inc. 1º ídem).*

Ahora bien, en la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2018, dentro del radicado 44564[23], se reiteraron los argumentos vertidos en la providencia 48820 con respecto a la procedencia de la impugnación especial contra la primera condena impuesta en casación y se hicieron extensivos a los procesos tramitados a la luz de la ley 906 de 2004, referenciando que se recogían analógicamente las reglas del recurso de apelación dado que no puede revestirse este mecanismo con las exigencias técnicas estrictas del recurso extraordinario de casación, por lo tanto, debería presentarse en la audiencia de lectura de fallo y sustentarse en la misma o dentro de los cinco días siguientes por escrito.

Con relación a aquellos casos en los que se decidió no darle trámite a la impugnación por ausencia de regulación, la corporación señaló que siempre que se hubiere presentado recurso extraordinario de casación, aun cuando este se declarara inadmisible por ausencia de requisitos, se estudiarían tales argumentos como recurso de impugnación especial, con el fin de garantizar la doble conformidad a quienes se les hubiese visto vedada tal oportunidad.

[23] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Diciembre 5, 2018. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Radicado 44564.

Una interpretación distinta propuso la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 27 de febrero de 2019[24]. En esta oportunidad se trajo a colación la procedencia de la impugnación especial contra la primera sentencia condenatoria proferida por un tribunal superior de distrito para lo cual detalló unas subreglas restrictivas. En tal sentido indicó que lo procedente es interponer el recurso extraordinario de casación, aclarando que tanto en la sentencia que lo desate como en el auto que lo inadmita deberá realizarse un pronunciamiento claro y preciso sobre la prueba de la comisión del delito y la responsabilidad para efectos de verificar la situación del condenado.

Y, solo en el supuesto de que esta corporación revoque una sentencia absolutoria de segunda instancia proferida por un tribunal superior de distrito es procedente interponer el recurso de impugnación especial acatando los parámetros de pronunciamientos previos de esta Sala de Casación. Las acotaciones de este proveído reducen el margen de actuación reconocido no solo por la Corte Constitucional sino por otros fallos de la Corte Suprema de Justicia, por lo que evidencia la disparidad de criterios que sobre este tópico se han perfilado.

Desde otra óptica, en el auto adiado 3 de abril de 2019[25], se delimitaron los parámetros a seguir para recurrir la primera condena proferida en segunda instancia por los tribunales superiores de distrito y en tal pronunciamiento se indicó que el sentenciado en estas condiciones tiene derecho a impugnar el fallo adverso sin que sea necesario agotar los requerimientos técnicos del recurso extraordinario de casación, no obstante, los términos procesales de dicha herramienta regirán la impugnación especial, acogiendo la ley procedimental que orientó el rito penal sea Ley 600 de 2000 o 906 de 2004.

Específicamente en tal decisión se mantuvo el derecho de las partes e intervinientes de interponer recurso extraordinario de casación, sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia solo tendría derecho al recurso de impugnación especial, el cual, como se mencionó no tendría los requerimientos técnicos de la casación en cuanto a la argumentación, pero sí compartiría los mismos términos de esta dependiendo del procedimiento aplicable, fuere Ley 600 de 2000 o 906 de 2004, solo para efectos

[24] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Febrero 27, 2019. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Radicado 54582.

[25] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Abril 3, 2019. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Radicado 54215.

de interposición y sustentación, ya que, con respecto de los no recurrentes se aplicarían los términos del recurso de apelación, es decir, artículos 194 y 179 de la Ley 600 y 906, respectivamente.

Posteriormente, en la sentencia 58403 de 24 de febrero de 2021[26] La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia advirtió que la interposición del recurso de impugnación especial, en contra de la primera sentencia condenatoria emitida en segunda instancia, no es una facultad que pueda alternarse con el recurso extraordinario de casación. Ya que, es claro que, para el procesado en estos casos o su defensor, solo procede la impugnación especial y la casación para las demás partes. Aspecto que no había quedado claro hasta ese momento de tal forma que los tribunales superiores de distritos judiciales, en la parte resolutiva de sus decisiones todavía permitían que la defensa se decidiera por uno u otro, situación que invitaba al error en el trámite adecuado, lo que obligó a que Sala Penal emitiera diversos pronunciamientos en torno a aclarar que la potestad no era alternativa, sino limitada a la impugnación especial, fueron los casos de las decisiones con radicado 122295[27], 58014[28], entre otras.

Entonces, hasta este espacio temporal, se tienen relativamente claras las reglas y términos que rigen para la impugnación especial tanto para procesos que se tramitan bajo la Ley 600 de 2000 y aquellos con ley 906 de 2004. Hasta ese momento se extendió este criterio a tal punto que tales posturas fueron reiteradas dentro de los radicados 58820[29], 54215[30] y 56963[31] todos de 2021, en los cuales se consideró que la situación fáctica presentada, consistente en la revocatoria de una absolución por parte de un tribunal superior de distrito habilitaba el trámite del recurso de impugnación especial, acogiendo el espíritu del acto legislativo No. 01 de 2018 y las providencias constitucio-

[26] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Febrero 24, 2021. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Radicado 58403.

[27] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Marzo 1, 2022. M.P. Hugo Quintero Bernate. Radicado 122295.

[28] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Mayo 25, 2022. M.P. Hugo Quintero Bernate. Radicado 58014

[29] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Marzo 24, 2021. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Radicado 58820.

[30] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Julio 14, 2021. M.P. Fabio Ospitia Garzón. Radicado 57127.

[31] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Agosto 25, 2021. M.P. Hugo Quintero Bernate. Radicado 56963.

nales que hasta ese momento se habían referido a este aspecto, empero se reitera que es prioritaria la reglamentación de esta herramienta por parte del legislador dada la amplia dispersión al respecto que ha provocado inclusive la interposición de acciones de tutela por las particularidades de ciertas situaciones.

Como cierre es importante resaltar que, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, aunque ya fijó el alcance del trámite del recurso de impugnación especial y ha instituido los requisitos correspondientes, también ha aclarado, como puede revisarse en la sentencia adiada 3 de febrero de 2021[32] que tal mecanismo no envuelve la habilitación perpetua de recurrir la sentencia condenatoria ni mucho menos la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de casación contra las sentencias que resuelvan dicha impugnación, toda vez que ello contraviene el espíritu del acto legislativo precitado y desconoce que su pretensión principal es garantizar la doble conformidad de la primera condena sin que ello implique la creación de un superior funcional al máximo tribunal de justicia ordinaria.

Finalmente, se tiene que, ante la extendida y actual ausencia de reglamentación que ya ponga fin a interpretaciones jurisprudenciales, se emitió la sentencia con radicado 58014 de 25 de mayo de 2022[33], la cual nuevamente recogió las diversas decisiones que existen en cuanto a los términos para interponer, sustentar y descorrer el traslado del recurso de impugnación especial, variando algunos que ya se venían aplicando y dejando claros otros que hasta este momento no lo eran. Es decir, se estableció un nuevo criterio al que se debe recurrir en cuestión de términos y algunas otras precisiones referidas a este recurso.

En conclusión, el recurso de impugnación especial procede contra sentencias condenatorias proferidas por primera vez en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distritos Judiciales y contra la primera sentencia condenatoria emitida por la Corte Suprema de Justicia en sede casación o segunda instancia y su elaboración no obedece al rigorismo exigido a la demanda de casación en cuanto a las reglas técnicas que gobiernan su redacción y se rige con los siguientes términos:

[32] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Febrero 3, 2021. M.P. Fabio Ospitia Garzón. Radicado 55788.

[33] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Mayo 25, 2022. M.P. Hugo Quintero Bernate. Radicado 58014.

Recurso de impugnación especial				
	Procedencia	**Oportunidad para interponerlo**	**Oportunidad para sustentarlo**	**Traslado de no recurrentes**
Ley 600 de 2000	Contra sentencias condenatorias emitidas por primera vez en segunda instancia.	Quince días siguientes a la última notificación.	Treinta días para sustentar.	Cuatro días para el traslado de no recurrentes
	Contra sentencias condenatorias emitidas por primera vez por la Corte Suprema de Justicia (casación o segunda instancia)	Cuatro días siguientes a la notificación.	Cuatro días para sustentar.	Cuatro días para el traslado de no recurrentes.
Ley 906 de 2000	Contra sentencias condenatorias emitidas por primera vez en segunda instancia.	Cinco días siguientes a la única notificación.	Treinta días para sustentar	Cinco días para el traslado de no recurrentes
	Contra sentencias condenatorias emitidas por primera vez por la Corte Suprema de Justicia (casación o segunda instancia)	Cinco días siguientes a la lectura de fallo.	Cinco días para sustentar	Cinco días para el traslado de no recurrentes

3. ASPECTOS CONTROVERSIALES DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN ESPECIAL

Con todo lo anterior se tiene que, la Corte Suprema de Justicia en el transcurrir de los años ha emitido reglas relativas al trámite, requisitos, términos y demás premisas importantes para la presentación del recurso de impugnación especial, ello con el fin de garantizar el principio de doble conformidad. No obstante, son evidentes los cambios trascendentales que devienen de cada postura y que arrojan como resultados mutaciones en los criterios jurisprudenciales, los cuales pueden seguir variando diariamente mientras se sigan emitiendo pronunciamientos sobre el tema.

Esta situación trastoca la seguridad jurídica en cuanto a la materia y, por ende, el derecho a la igualdad, toda vez que la historia sobre esta figura muestra que a situaciones iguales no se les ha dado el mismo tratamiento procesal, no solo

en cuanto a términos y requisitos, sino incluso en la posibilidad de acceder a él, pues, el solo hecho de que existan procesos que después del año 2014 tuvieron una condena por primera vez en segunda instancia y no contaron con la oportunidad de interponer una impugnación especial, obligándolos a radicar una demanda de casación; es indicativo de que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha sido pacífica y se ha ido formando poco a poco con el pasar de los años, privando de sus garantías a quienes en ese momento estuvieron inmersos en ese tránsito jurisprudencial.

Y es que no se puede esperar algo diferente, la jurisprudencia por su naturaleza es versátil y normalmente responde a los intereses sobre la política criminal vigente y a las exigencias y necesidades que surgen de cada actuación procesal, sobre todo cuando se trata del respeto de unas garantías que no están estructuradas en la ley, lo que impide que se sepa con certeza cuál es su constitución y delimitación. Fue por esa razón que se otorgó al Congreso de la República la misión de legislar al respecto, para poder unificar la posición legal sin mayores discordancias, sin perjuicio de todas las interpretaciones *pro hominem* y *pro libertatis* que puedan darse en beneficio del procesado. Pero hasta hoy, no ha sido posible obtener del órgano bicameral la expedición de una norma que supla esta premisa.

Este vacío legislativo ha conllevado a un manejo discordante de la impugnación especial y renglón seguido de la garantía de la doble conformidad al vaivén de las tendencias jurisprudenciales, lo que en ocasiones genera confusión y disparidad entre los interesados al no conocer con certeza cuales son las reglas que rigen para tal proceder, lo que puede inferirse, por ejemplo, de la determinación de procedencia de esta petición únicamente para los procesos resueltos a partir del año 2014 por ser esta la fecha en que se emitió el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuesto en líneas antecedentes.

O, por otro lado, la dificultad de asimilar que es posible interponer recurso extraordinario de casación y el de impugnación especial de forma simultánea, cuando se trate de casos en los que existan delitos conexos y que el procesado haya sido condenado en primera y segunda instancia por unos, y solo en segunda instancia por otros, situación en la que procede la casación contra los primeros e impugnación especial, respecto de los segundos[34].

[34] Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Septiembre 16, 2020. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Radicado 56957.

Ahora bien, con relación al fundamento argüido para fundar la limitación temporal es respetable, así como también lo es el hecho de que los condenados antes de la fecha establecida también tienen derecho a la doble conformidad. Aun así, conocemos de las problemáticas prácticas que representaría revivir la opción de impugnación de manera indiscriminada, situación que tiene prevista el proyecto de Ley 129 del año 2021 en el que se pretende crear una sala de descongestión en la que se estudien los casos de aquellos condenados en única instancia desde el 23 de marzo de 1976, hasta antes de la entrada en vigor del acto legislativo de 2018, lo que, sin duda, suscitaría secuelas trascendentales de toda índole.

Es menester aclarar que este proyecto de ley a pesar de tener como objeto la reglamentación de la doble conformidad de los procesados que no tuvieron acceso a un mecanismo efectivo para recurrir su sentencia, solo aborda la problemática de aforados condenados en única instancia por lo que continuarían sin definirse los otros eventos revisados a lo largo de este documento[35].

Pero ahí no termina todo, a pesar de que vía jurisprudencial está determinada la necesidad de garantizar la doble conformidad, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el período comprendido entre los años 2014 y 2018[36], no admitía los recursos de impugnación especial porque no existía trámite aplicable. Razón por la que, cuando se empieza a definir dicho trámite, se permite que los casos posteriores al año 2014, en los que se hubiese presentado recurso extraordinario de casación, pero esta demanda hubiese sido inadmitida, se pudiera habilitar la potestad de presentar la impugnación especial. No obstante, en los casos en los que la demanda si se hubiese admitido, ya no habría oportunidad de impugnar, como quiera que ya había existido la posibilidad de que el máximo tribunal conociera y se pronunciara sobre la condena; en tal menester se habilitó inicialmente un término para interponer esta petición, de cinco días contados a partir de la notificación a las partes del auto de obedézcase y cúmplase por parte del Tribunal Superior de Distrito correspondiente y se corrían treinta días para sustentar. Evidentemente, ante

[35] El proyecto de Ley 129 de 2021 que actualmente se tramita en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, solo plantea la creación de la Sala de Descongestión para los aforados condenados en única instancia con anterioridad a la entrada en vigor del acto legislativo No. 01 de 2018 de cara a que tengan la oportunidad de recurrir sus sentencias, sin realizar acotaciones adicionales al mecanismo de impugnación especial.

[36] Al respecto pueden consultarse las providencias emitidas dentro de los radicados 37858 de 25 de mayo 2016, magistrado ponente José Francisco Acuña Vizcaya, 51662 de 13 de diciembre de 2017, magistrado ponente Luis Guillermo Salazar Otero y 46361 de 14 de marzo de 2018, magistrada ponente Patricia Salazar Cuéllar.

la variabilidad de las situaciones que pueden suscitarse en el trámite penal ha surgido incidencias que impulsan la adopción de lineamientos difusos para habilitar esta herramienta.

Es decir, hasta este momento existen una serie de orientaciones que han resultado de la interpretación jurisprudencial pero no son claras, en cuando a la procedencia del recurso de impugnación especial. Preocupación que resalta aún más, cuando refulge la posibilidad de que en cualquier momento se cambie nuevamente la línea que se tiene sobre el tema y se dispongan nuevos términos o, por ejemplo, se opte por crear un nuevo requisito para la procedencia de este recurso, que se diga, verbigracia, que solo aplicará para algunos delitos, para condenas menores a determinados años, cuando el procesado se haya entregado a las autoridades a cumplir la pena impuesta, entre otros. Es decir, existen muchos eventos que la Corte Suprema de Justicia puede traer a colación en sus decisiones y variar de esa forma el *statu quo* que se tiene frente a esta figura.

No solo eso, también es viable que por disposición jurisprudencial y con fundamento en la presunción de legalidad y acierto de las sentencias, se recoja toda la línea y nazca una nueva teoría que prohíba la admisión de estos recursos o que se limiten más en el tiempo. Así que no sería incoherente tener dentro de las posibilidades, que se siga restringiendo la procedencia de esta impugnación que, en todo caso se encuentra en la zona inestable de la interpretación judicial y no en la ley, por lo que, por más claridad que se pretenda transmitir, vía jurisprudencial, sigue siendo necesario que sea el congreso quien legisle sobre la materia.

REFERENCIAS

Corte Constitucional

Corte Constitucional [CC], abril 20, 1993. M.P. Jorge Arango Mejía. Sentencia C-142 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], agosto 28, 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia C-411(Colombia)

Corte Constitucional [CC], enero 30, 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia C-040 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], noviembre 15, 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-934 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], octubre 29, 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia C-792 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], abril 28, 2016. M.P. María Victoria Calle Correa. Sentencia SU-215 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], mayo 21, 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Sentencia SU-217 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], mayo 21, 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. Sentencia SU-146 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Mayo 25, 2016. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Radicado 37858.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Diciembre 13, 2017. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. Radicado 51662.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Marzo 14, 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Radicado 46361.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Mayo 23, 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Radicado 46992.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Noviembre 14, 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Radicado 48820.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Diciembre 5, 2018. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Radicado 44564.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Febrero 27, 2019. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Radicado 54582.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Abril 3, 2019. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Radicado 54215.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Septiembre 16, 2020. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Radicado 56957.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Febrero 3, 2021. M.P. Fabio Ospitia Garzón. Radicado 55788.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Febrero 24, 2021. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Radicado 58403.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Marzo 24, 2021. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Radicado 58820.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Julio 14, 2021. M.P. Fabio Ospitia Garzón. Radicado 57127.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Agosto 25, 2021. M.P. Hugo Quintero Bernate. Radicado 56963.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Marzo 1, 2022. M.P. Hugo Quintero Bernate. Radicado 122295.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal. Mayo 25, 2022. M.P. Hugo Quintero Bernate. Radicado 58014

CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE POSTULACIÓN. A LA MEMORIA DEL DOCTOR FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES

*Francisco Bernate Ochoa**

INTRODUCCIÓN[1]

Uno de los aspectos más inestables de la Constitución de 1991, ha sido el del funcionamiento del Sistema Procesal Penal y de la Fiscalía General de la Nación, una de las entidades creadas con esta Carta Política. De una Constitución original, que crea el ente acusador, y desarrolla de manera genérica sus funciones, dejando un amplio margen de desarrollo al legislador, pasamos, mediante el Acto Legislativo 3 de 2002 (3º) a la adopción de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria, reglamentado desde la norma superior de manera detallada, y, posteriormente, mediante el Acto Legislativo 6 de 2011, (3) una modificación adicional, esta vez relativo a las funciones del Fiscal General de la Nación.

El Acto Legislativo 3 de 2002, fue desarrollado mediante la Ley 906 de 2004, que contiene el actual CPP que se aplica de manera mayoritaria, atendiendo que coexisten múltiples sistemas de enjuiciamiento criminal[2]. El CPP,

* Profesor Titular del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Presidente del Colegio de Abogados Penalistas de Colombia e integrante del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

1 Abreviaturas empleadas: CN, Constitución Nacional, CPP. Código de Procedimiento Penal. CP. Código Penal. L. Ley. CSJ. Corte Suprema de Justicia. Cas. Penal. Sala de Casación Penal. Sent. Sentencia. Rad. Número de Radicación.

2 En Colombia coexisten los siguientes sistemas de investigación y juzgamiento: Para aforados constitucionales, Ley 5ª de 1992. Para aforados legales y constitucionales, Ley 600 de 2000. Es viable aplicar de manera directa las disposiciones del Estatuto de

establece un régimen procesal de tendencia acusatoria, pero sin dejar de lado la amplia tradición inquisitiva de gran arraigo entre nosotros, y que, de hecho, aún rige en asuntos disciplinarios, ya sea ante la Procuraduría General de la Nación o el Consejo Nacional de Disciplina Judicial, entre otros.

En este modelo procesal (CPP), el proceso cuenta con tres fases, la indagación, la investigación y el juicio. Establecida la noticia criminal, la Fiscalía General de la Nación despliega actividades a fin de determinar la ocurrencia de un delito así como a individualizar los presuntos autores y partícipes del mismo. Cuando la Fiscalía General de la Nación ha obtenido un grado de convicción de inferencia razonable, puede convocar al ciudadano ante un Juez de Control de Garantías a fin de formularle la imputación de cargos.

Sobre ello, señala el CPP que se convoca al ciudadano a diligencia de formulación de imputación

> "*cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga."* (CPP, 287)

Como puede apreciarse, se trata de un acto de postulación, entendido como un acto al interior al interior de un proceso, emanado de una de las partes de la misma con la que pretende obtener un pronunciamiento del Juez. Sostengo que es un acto de postulación, en tanto que (i) proviene de una parte, la Fiscalía General de la Nación, (ii) que tiene una incidencia sobre los derechos del ciudadano, en tanto que, lo vincula formalmente al proceso (CPP, 126, 292), interrumpe la prescripción de la acción penal (CPP 292) limita el derecho fundamental de propiedad (CN, 58) al prohibir la circulación de bienes sujetos a registro (CPP, 97) y afecta la garantía del derecho a la honra del imputado (CN, 15, 21).

Consecuentemente con lo anterior, la norma (CPP, 287) fija unos estándares de forma (CPP, 286) y unos de fondo (CPP, 287) para viabilizar jurídicamente el acto de formulación de imputación, y, siendo, reitero, un acto de postulación, es evidente que requiere una aprobación judicial. Considero que no es un acto de parte, que son aquellas que no pretenden un pronunciamiento

la Corte Penal Internacional. Dos normativas de justicia transicional: Leyes 1827 de 2017 y 975 de 2005. Justicia Penal de Infancia y Adolescencia: Ley 1098 de 2006. Un Código de Extinción de Dominio. Dos Códigos Penales Militares: Leyes 522 de 1999 y 1408 de 2010. Justicia Ordinaria: Ley 906 de 2004 y, procedimiento penal abreviado, Ley 1826 de 2017. Grupos de delincuencia organizada. Ley 1908 de 2018.

judicial, sino un auténtico acto de postulación que demanda una respuesta por parte del Juez.

Sobre los estándares de forma[3] (CPP, 287), se establece que es la Fiscalía General de la Nación la llamada a convocar la audiencia de formulación de imputación (CPP 286) ante un Juez de Control de Garantías (CPP, 39 286) con la presencia del imputado asistido por un defensor de confianza (CN 29), adscrito al Sistema Nacional de Defensoría Pública (CPP 118, 289) o designado de oficio (CSJ, Cas Penal. Sent. 11/07/2007 Rad. 50.042). En esta diligencia, la Fiscalía General de la Nación le comunica al imputado los hechos jurídicamente relevantes, y la calificación jurídica provisional de los mismos (CPP 288.2) en un lenguaje comprensible. En cuanto a los requisitos de fondo, la misma normativa incurre, en nuestro sentir, en una contradicción en tanto que establece que es procedente la imputación de cargos cuando "*de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga"* (CPP 287) pero no habilita el descubrimiento probatorio (CPP, 288), lo que impide que la defensa realice una controversia sobre estos motivos fundados o el Juez de Control de Garantías un control material sobre este acto de postulación.

Esta evidente antinomia, ha generado una postura prácticamente unánime en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en la judicatura nacional en la que el acto de formulación de imputación carece de un control material, y no es un escenario donde se habilite la controversia, al punto que se ha vuelto un lugar común calificarlo como un *mero acto de comunicación* (CSJ, Cas Penal. Sent. 6/4/2016. Rad. 45.524).

Al ser el sistema procesal penal colombiano uno de vocación acusatoria, corresponde al ente de persecución penal, la Fiscalía General de la Nación dar inicio al juicio oral público, contradictorio y concentrado mediante el acto de postulación denominado *formulación de acusación*, que se ha entendido como un acto complejo, que incluye la presentación del respectivo escrito y su verbalización ante el Juez de Conocimiento en audiencia (CPP 336), acto que delimita el debate en el juicio y que debe sustentar la Fiscalía General de la Nación.

[3] La situación es diferente en el Procedimiento Penal abreviado, en el que se elimina la audiencia de formulación de imputación, y la vinculación se realiza mediante el traslado del escrito de acusación.

Siendo la acusación el hito procesal que delimita el debate en sede de juicio oral tanto en lo fáctico como en lo jurídico (CPP, 448), la legislación procesal penal ha establecido, una serie de requisitos formales y materiales. En cuanto a la forma, tenemos que solo es posible acusar a quien previamente ha sido imputado, ante Juez de Conocimiento (CPP, 336), siendo necesaria la presentación del escrito de acusación y su verbalización en audiencia con la presencia del defensor (CPP, 338). Pero la legislación establece igualmente requisitos de fondo, respecto del grado de conocimiento necesario para formular acusación cuando indica que procede la acusación

> "*cuando de los elementos materiales probatorios....se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es autor o partícipe"* (CPP, 336).

Al igual que sucede con la formulación de imputación, la Jurisprudencia y la práctica nacional entienden que la acusación carece de control material (CSJ Cas. Penal. Sent. 14/4/2021 Rad. 54.691) alguno al entenderse como un acto de parte, desconociendo que se trata de un acto de postulación. Consecuencia de lo anterior, no se exige a la Fiscalía General de la Nación que en la audiencia de acusación sustente las razones de fondo que la llevan a presentar a un ciudadano ante el Juez de Conocimiento y las aquellas por las que arriba al grado de convicción requerido para ello, como lo es la probabilidad de verdad (CPP 336), ni se habilita el debate o el pronunciamiento judicial respecto de los motivos que tiene el ente acusador para realizar este acto de postulación.

Consecuencia de lo anterior, tampoco se habilita el debate en esta sede sobre principios de la estructura del delito, como la tipicidad, el concurso de delitos, las diferencias entre autoría y participación, entre otras, lo que, en nuestro criterio, no solamente desconoce el propósito de la acusación, reitero, como hito que da inicio al debate dialéctico del juicio oral, sino que permite la vulneración de garantías, entre otras, como el *non bis in* idem, como sucede cuando se desconocen las reglas del concurso.

A pesar de negar cualquier tipo de control material sobre la formulación de imputación o la acusación, la jurisprudencia nacional ha establecido que estos controles son necesarios y procedentes en los eventos de terminación anticipada del proceso, como sucede con el control que hace el Juez de Conocimiento de los preacuerdos y los allanamientos a cargos, que son igualmente actos de postulación. En nuestro criterio, la actuación que recibe el Juez de Conocimiento en los eventos de terminación anticipada del proceso la situación es la misma que cuando se trata de una acusación, por lo que

ha de habilitarse el control formal y material de los actos de imputación y acusación en todos eventos.

Es por ello, que en el presente escrito pretendo mostrar la necesidad de acompasar las prácticas judiciales en nuestro medio para avalar el control material no solo de los allanamientos y preacuerdos, sino de todos los actos de postulación, lo que incluye un cambio de paradigma en torno a la labor del Juez en las audiencias previas al Juicio oral, de manera que no sea un mero espectador, sino un activo garante de los derechos fundamentales de todos quienes intervienen en la actuación procesal penal.

Dedico esta contribución a la memoria de un gran ser humano y un destacado jurista, como lo fuera el Doctor Fernando Sarmiento Cifuentes, quien fuera Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, cofundador del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, miembro de la Sala General de la Universidad Libre de Colombia, y un auténtico ejemplo para todos los abogados de nuestro país por su agudo criterio jurídico, su siempre cálido trato personal, y su constante empeño por el Estado de Derecho.

1. LOS ACTOS DE POSTULACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO

Conforme se ha indicado, entendemos por un acto de postulación aquel que pretende generar un pronunciamiento judicial. Dentro del proceso penal colombiano, consideramos que los actos de postulación son la formulación de imputación, la solicitud de medida de aseguramiento, la solicitud de aval judicial para el preacuerdo o el allanamiento, la acusación, las solicitudes probatorias, entre otros. Para los efectos del presente escrito, me limitaré al control judicial de los actos de imputación y acusación, pero indicando, que no debe ser diferente de aquel que se realiza respecto de las formas anticipadas de terminación del proceso penal.

El primer acto de postulación, conforme se ha indicado, es la formulación de imputación, acto mediante el cual la Fiscalía General de la Nación le comunica al imputado, ante un Juez de Control de Garantías (CPP, 286), los hechos jurídicamente relevantes que se debatirán en el proceso (CPP, 288.2), y su calificación jurídica, con lo que se tiene al ciudadano como vinculado a la investigación (CPP 292), y se interrumpe la prescripción (CPP, 292).

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el juicio de imputación le corresponde exclusivamente a la Fiscalía General de la

Nación por lo que no admite el control material del Juez (CSJ. Cas. Penal. Sent. 16/3/2022 Rad. 61004), instancia en la que debe velarse por el cumplimiento de los requisitos formales, evitar que la imputación se convierta en un juicio anticipado, impedir que se realice un descubrimiento probatorio y que se presenten dilaciones injustificadas (CSJ, Cas. Penal. Sent. 9/9/2022 Rad. 52.901, en igual sentido, CSJ. Cas. Penal. Sent. 5/6/2019 Rad. 51007, 10/12/2019 Rad. 50748).

En este contexto, es la Fiscalía General de la Nación la que determina cuáles son los hechos jurídicamente relevantes y su calificación jurídica sin que el Juez pueda entrometerse en ello (CSJ. Cas. Penal. Sent. 163/2022 Rad. 61004). Esto, ha dado pie a que en la imputación de cargos se incurra en abusos, cuando, por ejemplo, se desconocen las reglas del concurso, mismas que pretenden materializar el derecho al *non bis in idem.* Así, por ejemplo, se concursan en un mismo hecho la coautoría y el delito de concierto para delinquir, o se imputa como autor a quien, conforme al estado de la ciencia, es partícipe, o se acude a la figura del dolo eventual cuando los hechos dan cuenta de un delito imprudente, lo que, por supuesto, trasgrede las garantías del ciudadano. Conforme se apreciará en el capítulo subsiguiente, no hay un control judicial a este acto de postulación ni al subsiguiente, por lo que un ciudadano debe enfrentar un juicio por un delito que no cometió, o por uno más gravoso, sin perjuicio de que ello dilata el procedimiento en detrimento de la garantía a un debido proceso sin dilaciones injustificadas (CN, 29) dejando todos los debates para la fase del juicio oral, que termina siendo un escenario innecesariamente farragoso con discusiones que tranquilamente se pueden depurar desde el inicio de la actuación. Esta situación de ausencia de control alguno en la imputación de cargos ha permitido no solo el desconocimiento de garantías fundamentales como el principio de legalidad y la prohibición de non bis in idem, sino la imposición de medidas de aseguramiento por delitos que no se presentan, con el fin de exceder el mínimo de la respectiva pena los 4 años de prisión (CPP, 313.2) que demanda la imposición de la medida cautelar de carácter personal.

La ausencia de control material de la imputación entre nosotros surge de la confusión entre un *acto de parte* y uno *de postulación*. Un acto de parte, es cualquier actuación que realiza uno de los intervinientes dentro del proceso penal, mientras que el de postulación es específico, pretende generar un pronunciamiento judicial. La formulación de imputación, en nuestro criterio, es un *acto de postulación* que pretende un pronunciamiento judicial que avala que se cumplieron las garantías formales y los requisitos de fondo que

la legislación procesal penal dispone para el efecto. No basta, conforme lo ha indicado la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal y se analizará en el siguiente apartado, señalar que una imputación supera los estándares de derechos y garantías del procesado el que se realice ante un Juez de Control de Garantías, por la Fiscalía General de la Nación, y en presencia del defensor empleando un lenguaje claro y comprensible. Es evidente, para nosotros que la legislación establece unos requisitos formales y unos de fondo, y al haber dispuesto que la diligencia de formulación de imputación se realiza ante el Juez de Control de Garantías es porque se caracteriza como un acto de postulación que requiere de un pronunciamiento judicial.

Producida la imputación, como se indicó, el siguiente acto de postulación es la solicitud de imposición de una medida de aseguramiento, en el que, sin mayores dificultades, se ha permitido en nuestro medio el que el Juez de Control de Garantías realice un control material respecto de la tipicidad, o la estructura de los hechos jurídicamente relevantes. Al no ser un aspecto problemático en la práctica judicial, avanzamos hacia uno que es ampliamente debatido, el control material de la acusación.

Los sistemas procesales de tendencia acusatoria establecen, como se analizará en el siguiente apartado, una fase intermedia entre la acusación y el juicio, de manera que la decisión del ente persecutor no significa por si misma el inicio de una actuación en contra del ciudadano, disponiendo una autoridad judicial que realiza un control formal, material, y de fondo respecto de la pretensión acusatoria del ente de persecución.

Por el contrario, con un claro tinte inquisitivo, nuestro sistema procesal establece que el paso de la investigación al juicio se da con un acto unilateral, sin control alguno, que es el acto complejo de la acusación que, conforme se ha indicado, supone el escrito y la audiencia de acusación. La ausencia de controles respecto del acto de acusar se justifica indicando que ello comprometería la imparcialidad del Juez, quien, al hacer observaciones respecto de la calificación jurídica de los hechos, o respecto del grado de conocimiento necesario para acusar estaría formulando su propia *teoría del caso*.

Son igualmente actos de postulación, la presentación ante el Juez de Conocimiento para su aprobación las formas anticipadas de terminación del proceso penal, como lo son el preacuerdo o el allanamiento a cargos. Sobre este último, encontramos que supone una renuncia al derecho tener un juicio oral, público, concentrado y contradictorio (CPP, 8.l), que puede realizarse en la formulación de imputación (CPP 351.1), la audiencia preparatoria (CPP, 352,

353) o el inicio del juicio oral (CPP, 352, 353) a cambio del cual el procesado recibe una rebaja en la condena que se va a imponer.

Una vez se ha producido el allanamiento a los cargos, el CPP (CPP, 293) dispone que lo actuado "*es suficiente como acusación*" y que la Fiscalía remite el escrito que contiene la imputación al Juez de Conocimiento, quien, conforme a esta misma normativa, debe validar que exista un consentimiento libre de vicios (el acuerdo debe ser "*libre, voluntario y espontáneo*") en la audiencia de verificación de allanamiento, sin que sea posible la retractación.

A pesar de lo clara de esta disposición, que básicamente señala que una vez la Fiscalía General de la Nación ha imputado los cargos y el ciudadano los ha aceptado, se ha interpretado entre nosotros que el Juez no tiene opción diferente a la de condenar. Sin embargo, nótese como la misma disposición establece que lo actuado se tiene como acusación, de manera que el Juez de Conocimiento no está obligado, en nuestro criterio, indefectiblemente en los eventos de allanamiento a los cargos a proferir una condena, siendo necesario dar cumplimiento a los requisitos establecidos para el efecto, esto es, el grado de convicción requerido para condenar -convencimiento más allá de la duda razonable- (CPP, 392) y, por supuesto, el cumplimiento de las garantías sustanciales, de manera que, aún cuando haya una imputación aceptada por el ciudadano llamado a la diligencia, el Juez de Conocimiento debe verificar que con la evidencia obrante, el hecho cumpla las características de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (CP, 9), además de verificar que el trámite se haya observado con estricto apego a las formas propias del juicio. Así, en el evento en que un ciudadano sea imputado por un hecho, por ejemplo, atípico (CN, 29 CP, 6, 10), o carente de antijuridicidad formal o material (CP, 11), o cuando se le presenta ante el Juez de Control de Garantías como autor (CP, 29) cuando realmente es un partícipe (CP, 30), el Juez de Conocimiento debe hacer un control, que genera, en una primera visión de la Sala de Casación Penal la posibilidad de proferir fallo de sustitución absolviendo al procesado(CSJ Cas. Penal. Sent. 14/3/2018. Rad. 46848), y en la actual, la de decretar la nulidad de la actuación hasta la fase previa a la formulación de imputación, en tanto que se entiende que se han quebrantado garantías fundamentales (CSJ. Cas. Penal. Sent. 25/5/2022 Rad. 57.051).

Respecto de los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso penal (CPP 348), el CPP establece que los mismos obligan al Juez de Conocimiento "*salvo que ellos desconozcan las garantías fundamentales*" (CPP 351.4). Las garantías fundamentales, por supuesto, hacen referencia al debido proceso (CN 29) y los derivados del mismo, como la defensa, el *non bis*

in idem, la legalidad, entre otros, y también, presupuestos como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (CSJ. Cas. Penal. Sent. 8/7/2009 Rad. 31.531) (PABÓN GÓMEZ, 2022, 71). También, en los casos de preacuerdos, el Juez de Conocimiento debe contar con la evidencia que le permita llegar al grado de convicción exigido para proferir una sentencia condenatoria (CPP, 372).

Recapitulando, tenemos entonces que los actos que realizan partes e intervinientes dentro de la actuación procesal son, de parte o de postulación. La diferencia entre los dos, es que los segundos pretenden generar un pronunciamiento judicial, lo que no necesariamente ocurre con los primeros. En este contexto, son actos de postulación, la formulación de imputación, la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, la acusación y las solicitudes probatorias, entre otros.

Para los efectos del presente escrito, entendemos que la imputación, la acusación, así como la solicitud de verificación de allanamiento o legalización de preacuerdos son actos de postulación, y, por ende, tienen la vocación de generar un pronunciamiento judicial. Este pronunciamiento judicial, conforme a la estructura del sistema procesal penal acusatorio, versará sobre la legalidad de cada uno de los actos de postulación, esto es, validar el acto de imputación, acusación, preacuerdo o allanamiento, para lo que el Juez habrá de considerar, no solamente requisitos de forma –presencia de fiscal y defensor, que se realice en audiencia– sino también de fondo, como lo son el cumplimiento de un estándar probatorio –inferencia razonable, probabilidad de verdad, certeza más allá de toda duda razonable– según el acto que se pretende validar, y, por supuesto, el respeto por las garantías de todos los interesados en la actuación.

Establecido lo anterior, procedemos a referirnos al control judicial respecto de estos actos de postulación que ya hemos desarrollado, para mostrar como la práctica judicial en Colombia indica que se trata de actos de parte y por ende escapan a cualquier control judicial.

2. CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE POSTULACIÓN

En el año 2002 se establece entre nosotros un modelo de procedimiento penal con una marcada tendencia acusatoria, sin ser un modelo absolutamente acusatorio, en tanto que, reitero, se mantienen elementos propios del modelo inquisitivo. Así por ejemplo, se permite en nuestro medio el decreto de pruebas de oficio (CSJ Cas. Penal. Sent. 30/5/2018 Rad. 50.213), la figura del

Ministerio Público como interviniente especial (CPP, 109) que es contraria al principio adversarial propio del sistema acusatorio, y es viable condenar cuando el ente de persecución penal ha solicitado la absolución del acusado[4].

Uno de estos tintes de modelos inquisitivos, es precisamente la imposibilidad de generar verdaderos controles respecto de actos de postulación, que ya hemos definido como actuaciones de los intervinientes en un proceso penal que pretenden generar un pronunciamiento judicial. En efecto, la doctrina (VALENCIA CABALLERO, 2022, 54) señala que, respecto de la posibilidad de controvertir este tipo de actuaciones, tenemos tres modelos, a saber:

- *De apertura directa*. No hay posibilidad para la defensa o el procesado de controvertir la acusación que no es objeto de control judicial, en tanto que su única pretensión es ser la apertura del juicio. Son propios de los modelos inquisitivos (VALENCIA CABALLERO, 2022, 62).
- *De apertura condicionada o de posibilidad de oposición*. La acusación solo admite la verificación judicial cuando el procesado o su defensor controvierten su mérito.
- *De apertura mediada o de control obligatorio*. Se crea una fase intermedia en la que el Juez hace un control negativo a la acusación validando el llamamiento al juicio.

Los modelos de tendencia acusatoria suelen aplicar un modelo de apertura mediada, en la que se crea una fase intermedia, en la que existe un Juez de Control de la Acusación. Así, en Estados Unidos, la investigación está asignada a la Policía y el ejercicio de la acción penal está en cabeza del Fiscal a nivel nacional o federal, quien, en el evento de decidir acusar a un ciudadano se somete a un control judicial, debiendo sustentar la existencia de una causa probable, esto es, si hay elementos que sustenten el llamamiento a juicio, que, para el caso del sistema federal está en cabeza del Gran Jurado y en los eventos de Justicia Estatal lo lidera un Juez de Audiencias Preliminares (VALENCIA CABALLERO, 2022, 56). En el caso francés, el control de la acusación está en cabeza de la *Cour d´assies* que evalúa si existen cargos suficientes contra el inculpado a través de un procedimiento dotado de contradicción (VALENCIA CABALLERO, 2022, 56).

[4] La Corte Suprema de Justicia, sobre este punto ha sostenido dos tesis. La primera, en virtud de la cual equipara la solicitud de absolución a un retiro de la acusación y por ende el Juez tenía que absolver. CSJ. Cas. Penal. Sent. 13/7/2006 Rad. 15.843. Posteriormente, se avala la posibilidad de condena aún cuando exista petición de absolución. CSJ. Cas Penal. Sent. 25/5/2016 Rad. 43.837.

Esta fase intermedia del procedimiento, en la que se realiza un control de la acusación está presente igualmente en los modelos procesales latinoamericanos (VALENCIA CABALLERO, 2022, 58) a cargo de un tribunal unipersonal. El control material de la acusación recae sobre la probabilidad de verdad, esto es, el grado de conocimiento superior a una inferencia que ofrezcan las pruebas en punto de la existencia del delito y la responsabilidad del autor o partícipe en el mismo (VALENCIA CABALLERO, 2022, 58). El Juez de Control puede interferir en los hechos, su calificación jurídica, si realmente hay motivos fundados para llevar al ciudadano a juicio, y puede improbar la acusación con lo que impide que el órgano de investigación continúe con el ejercicio de la acusación, salvo que corrija los yerros y supere el control que realiza el Juez (VALENCIA CABALLERO, 2022, 58).

Para el caso colombiano, no se establece el Tribunal de Control de la Acusación, y como, un rezago de los modelos inquisitivos, el juicio se activa con la sola voluntad del ente acusador que presenta la acusación ante el Juez de Conocimiento, que está maniatado sin poder realizar control alguno, en tanto que se ha comprendido que cualquier forma de control que se realice supone una afectación a su imparcialidad. Es así como, el CPP (CPP 67) establece que en la audiencia de acusación se pueden realizar observaciones exclusivamente respecto de los presupuestos formales de esta actuación.

La Sala de Casación Penal ha establecido el rol del Juez de Control de Garantías en la diligencia de formulación de imputación, permitiendo, en algunos eventos extremadamente excepcionales la nulidad de la actuación (CSJ, Cas. Penal. Sent. 9/9/2022 Rad. 52.901, CSJ. Cas. Penal. Sent. 5/6/2019 Rad. 51007, 10/12/2019 Rad. 50748). Más que un auténtico control material de la audiencia de imputación, los eventos en los que la Sala de Casación Penal ha decretado la nulidad de la diligencia se relacionan con aspectos relacionados con el debido proceso, tales como la indebida transmisión de los hechos jurídicamente relevantes, para solo citar algún ejemplo. Sin embargo, en reciente decisión (CSJ Cas. Penal Sent. 16/3/2022 Rad. 61.004) la Corte Suprema de Justicia cambia esta postura, para señalar que

> *"Desde esa perspectiva, la pretensión de nulidad resulta improcedente, no solo porque se dirige contra la imputación como acto de parte de la Fiscalía, sino en razón a que, además, se edifica sobre la base de criticar los fundamentos fácticos y jurídicos del juicio de imputación, dejando de lado que aquellos aspectos son incontrovertibles antes del juicio oral."*

Cimienta esta postura el Máximo Tribunal en la comprensión del acto de formulación de imputación como acto de parte, no susceptible de control judicial. Sobre ello, refiere la Sala de Casación Penal en este mismo pronunciamiento que

> *"La petición de nulidad formulada, en esos términos, se advierte manifiestamente inconducente, pues es claro que se dirige contra un acto procesal de parte como es la imputación, pero aquella medida extrema –la nulidad del trámite– solo procede contra las actuaciones de los funcionarios judiciales"*

En estas condiciones, para la jurisprudencia actual la controversia sobre la imputación fáctica y jurídica se realiza en el juicio oral, y es la sentencia la llamada a hacer el control material. Consecuencia de lo anterior, la imputación carece de un control material. Al entender estos actos como *de parte* y no *de postulación,* los mismos no son susceptibles de control alguno.

La situación respecto de un control material de la acusación es menos pacífico (VALENCIA CABALLERO, 2022, 164), pero nos lleva a un mismo escenario: la imposibilidad de realizar un control material. Como refiere VALENCIA CABALLERO, (VALENCIA CABALLERO, 2022, 164) aparecen tres líneas claras en la tesis de la Corte Suprema de Justicia sobre esta situación, a saber:

- Una que niega cualquier control material respecto de la acusación. Entiende la acusación como un acto de parte, que no admite este tipo de controles que resultan una injerencia inadmisible atendiendo la imparcialidad del Juez en el Sistema Penal Acusatorio.
- Una que permite un control material "*más o menos amplio por la injerencia en las garantías fundamentales, como la tipicidad, legalidad y debido proceso"* (VALENCIA CABALLERO, 2022, 162). Se ampara en la Sentencia C-1260 de 2005 (C. Const. Sent. C-1260 de 2005) que al evaluar la constitucionalidad del segundo inciso del artículo 350 del CPP sostuvo que el Fiscal no puede crear tipos penales, y los hechos que invoca en el alegato de conclusión deben corresponderse con la calificación jurídica prestablecida. (CSJ. Cas. Penal. Sent 12/9/2007. Rad. 27.759)
- La que avala un control material restringido o excepcional limitado exclusivamente a situaciones manifiestas de violación de derechos fundamentales. La regla general, será que el Juez no puede hacer un control material salvo que *"resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales"* (VALENCIA CABALLERO, 2022, 163) (CSJ. Cas. Penal. Sent. 6/2/2013, Rad. 39.892).

Esta situación no ha sido de buen recibo para la doctrina nacional que aboga por la posibilidad de un control material respecto de los actos de postulación. De manera específica, respecto del control material de la acusación, BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT, (Bernal Cuellar, Montealegre Lynett, 2004, 780) sostienen que si bien es cierto que el funcionario judicial no puede realizar un estudio integral que suponga una anticipación del juicio, debe realizar un análisis respecto de aspectos básicos que determinen una eventual causal de ausencia de responsabilidad penal, indicando, que respecto de la denominación jurídica el Juez debe reconvenir al Fiscal para que realice una correcta adecuación típica en la acusación estando facultado para ordenar la corrección o incluso rechazarla (Bernal Cuellar, Montealegre Lynett, 2004, 780). Por su parte, SARAY BOTERO entiende que el Juez no puede hacer un control material sobre la acusación, salvo que se encuentre frente a situaciones que afecten de manera grave los derechos de partes e intervinientes (SARAY BOTERO, 2016, 381).

Como lo señala la literatura (VALENCIA CABALLERO, 2022, 170) la postura actual de la Jurisprudencia no es solamente la de negar el control material respecto de actos de parte, sino abogar por el autocontrol, de manera que esta verificación está en cabeza de la parte encargada de imputar y acusar, esto es, la Fiscalía General de la Nación (VALENCIA CABALLERO, 2022, 170). Se ha admitido, un control excepcional respecto de la correcta formulación de los hechos jurídicamente relevantes, sin precisarle al funcionario judicial el camino a seguir, esto es, si es un asunto de nulidad, de inadmisión o rechazo, o, que se corrige en la sentencia como pareciera desprenderse del precitado pronunciamiento de la alta corporación.

VALENCIA CABALLERO en una paradigmática obra plantea el control material de la acusación a partir de argumentos de convencionalidad, indicando que en el evento que la acusación no fije de manera adecuada los hechos se estarían quebrantando garantías de derechos humanos refiriendo que, el Juez estaría facultado para invitar al ente de persecución penal que los corrija, y en caso de que ello no suceda es procedente "*el rechazo, inadmisión, improbación, improbación, devolución, nulidad, o la denominación que se le quiera dar siempre que impida que el acto de acusación continue, decisión contra la cual hay que habilitar los recursos de ley…".* (VALENCIA CABALLERO, 2022, 274).

De nuestra parte, consideramos -al igual que respecto de la formulación de imputación- que es procedente habilitar un amplio control judicial respecto de los actos de postulación en el marco del sistema penal acusatorio. Enten-

demos que es necesario diferenciar los actos de parte, de los de postulación, reiterando que son estos últimos aquellos que pretenden generar un pronunciamiento judicial y que por lo tanto habilitan al Juez a realizar un control exhaustivo respecto de los mismos.

Consideramos que el acto de imputación y el de acusación tienen una incidencia en los derechos fundamentales del procesado, y por ello mismo no pueden reducirse los controles a una mera formalidad, como está sucediendo entre nosotros, en las que las audiencias de imputación y acusación son meros ritos carentes de una controversia y una proporcionalidad atendiendo los intereses del procesado.

El mismo CPP dispone unos estándares de conocimiento diferenciados entre cada una de las etapas del rito procesal, comenzando con la inferencia razonable, pasando por la convicción con vocación de veracidad y terminando con el convencimiento más allá de toda duda razonable. Estos son estándares que, al impedir cualquier tipo de debate no tienen una relevancia práctica dejando sin contenido real unas disposiciones que están establecidas y, por ende, llamadas a resolver casos concretos. Pero, adicionalmente, consideramos que deben abandonarse aquellos rezagos del modelo inquisitivo y aplicar integralmente la ideología del modelo acusatorio, lo que conlleva, entre otras, la aplicación de controles a la actuación de las partes en sus actos de postulación. Esta situación de impedir todo tipo de controles y relegar los debates a la sentencia, permite las imputaciones que desconocen la legalidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos, como en efecto lo vemos a diario en nuestra praxis.

Por demás, el realizar un acto de control respecto de la tipicidad, el concurso de delitos, el derecho penal de acto en nada compromete la imparcialidad del funcionario, que solo es predicable del Juez de Conocimiento, sin que quede soporte alguno para nominar la audiencia de imputación como *un mero acto de comunicación* carente de control alguno.

Consideramos entonces, que cuando se quebrantan garantías de la persona, mediante imputaciones o acusaciones que desconocen el concurso de personas o de delitos, o el principio de legalidad, o que no delimitan claramente los hechos jurídicamente relevantes, lo conveniente es que el Juez de Control de Garantías inadmita este acto de postulación, aspecto en el que diferimos de VALENCIA CABALLERO, para quien existe un amplio abanico de posibilidades que abarcan la nulidad y que permiten escenarios de controversia ante un superior, vía recurso de alzada. Considero que el mismo ordenamiento procesal penal establece el remedio para los actos de

postulación improcedentes, como es la inadmisión, que no admite recursos, siendo procedente, que el delegado del ente acusador corrija o desista de su postulación.

La ausencia de una verdadera dogmática procesal penal en Colombia ha generado escenarios como este, en el que los interesados en un proceso se ven expuestos a la incertidumbre permanente respecto de como se tramita la actuación y como pueden resolverse asuntos cotidianos que no están claramente delimitados en la legislación y sobre los que nuestra jurisprudencia –único criterio de guía con que se cuenta– es permanentemente cambiante.

CONCLUSIONES

A diferencia de lo que ocurría con los estatutos procesales penales anteriores a 2004, en la actualidad no se ha construido una dogmática del derecho procesal penal colombiano desde y para nosotros. Por supuesto que hay estudios bien elaborados, muchos de los cuales se ocupan de una temática en particular, otros son magníficos manuales de corte práctico, y algunos han realizado un esfuerzo por abarcar la totalidad de una temática, por demás, extremadamente volátil y cambiante como lo es el proceso penal en la legislación colombiana.

La elección de la regla de derecho aplicable a un caso en concreto en nuestro medio es sumamente compleja, lo que torna nuestro proceso penal en imprevisible, vulnerando, por demás, la igualdad, pues un mismo problema jurídico puede ser resuelto de varias maneras radicalmente diferentes entre sí. El vacío que surge de la inexistencia de una auténtica dogmática procesal en nuestro medio lo ha suplido la Jurisprudencia sin que en materias penales existan las sentencias de unificación, de manera que, nuevamente, para un mismo asunto, encontramos diversas posibilidades todas con sustento en un pronunciamiento judicial. La inexistencia de una auténtica dogmática procesal entre nosotros, por demás, facilita el constante devaneo de las reformas en la materia desestructurando el sistema. Es por ello, que surge necesario que desde la academia se generen espacios para la construcción de una dogmática que inspire la interpretación sistemática de nuestra legislación y sirva como muro de contención frente al populismo punitivo que nos asedia.

En el presente escrito, nos propusimos describir el estado actual del control judicial a los actos de imputación y acusación y plantear una propuesta que permitiera este control jurisdiccional. Es así como, presentamos que en el estado actual de la ciencia, se parte de la base de que imputación y acusación

son actos de parte, y carecen de cualquier control judicial, con marcadas excepciones que no obedecen a una sistemática procesal sino a lo ocurrido en casos concretos, como el que el acto afecta de manera grave garantías fundamentales, entre otros. La regla general en nuestro medio, es que los actos de imputar y acusar, son actos carentes de cualquier tipo de control.

Presentamos, como en los sistemas acusatorios existe una fase intermedia de control de la acusación, en la que un Juez, diferente a quien tramitará el Juicio Oral puede hacer un control de fondo y de forma respecto del hecho de acusar. Demostramos, como la carencia de controles es propia del sistema inquisitivo y representa una situación contraria a los derechos y garantías, pues este tipo de actuaciones claramente tienen una incidencia en las prerrogativas de un ciudadano, como son su honra y su propiedad.

Encontramos que mientras en la jurisprudencia nacional hay consenso respecto de la improcedencia de controles materiales a los actos de imputar y acusar, la literatura aboga por los mismos, acudiendo a una lectura convencional del Código de Procedimiento Penal. Nosotros, en este escrito proponemos que se haga una lectura de los actos de imputar y acusar como actos de postulación y no de parte. Son, para nosotros, actos de postulación en la medida en que a través de ellos la parte pretende generar un pronunciamiento judicial.

Encontramos que la legislación procesal penal actual establece que es viable la imputación cuando haya una inferencia razonable, y la acusación cuando exista una "*probabilidad de verdad*" a partir de unos elementos de prueba, lo que necesariamente conduce a un control judicial respecto a la forma en que el Fiscal a cargo considera se satisfacen estos estándares de prueba. Adicionalmente, a partir del entendimiento de imputar y acusar como actos de postulación, creemos que el Juez debe hacer un control respecto de la tipicidad objetiva, el concurso de tipos, entre otros, en aras de evitar la lamentable práctica de vulnerar garantías en estos eventos con la anuencia de una interpretación en virtud de la cual estamos frente a actos de parte, carentes de control alguno.

Como lo abogó en todos los escenarios el Doctor Fernando Sarmiento Cifuentes, es necesario construir un derecho científico, sólido, previsible e igualitario, lo cual solamente se logra cuando las disposiciones legales se asientan en el paso del tiempo, y la academia puede realizar las reflexiones que le corresponden y es por ello, que con este corto y sencillo homenaje queremos que se abra en debate que permita el cambio del estado actual de la ciencia respecto del control de los actos de imputar y acusar.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa consultada

Constitución Política de Colombia.

Acto Legislativo 3 de 2002.

Acto Legislativo 6 de 2011.

Ley 906 de 2004

Ley 599 de 2000.

Jurisprudencia

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

11/07/2007 Rad. 50.042.

6/4/2016. Rad. 45.524.

14/4/2021 Rad. 54.691.

16/3/2022 Rad. 61004.

9/9/2022 Rad. 52.901.

5/6/2019 Rad. 51007.

10/12/2019 Rad. 50748.

14/3/2018. Rad. 46848.

25/5/2022 Rad. 57.051.

8/7/2009 Rad. 31.531.

30/5/2018 Rad. 50.213.

13/7/2006 Rad. 15.843.

25/5/2016 Rad. 43.837.

12/9/2007. Rad. 27.759.

6/2/2013, Rad. 39.892.

Corte Constitucional

C-1260 de 2005.

Literatura

BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal, Tomo II. Estructura y garantías procesales*. Sexta Edición. Bogotá, DC, 2004.

PABÓN GÓMEZ, Germán. *De la casación penal en el sistema penal acusatorio.* Ediciones Jurídicas Ibáñez, Bogotá, DC, 2022.

SARAY BOTERO, Nelson. *Procedimiento Penal Acusatorio.* Ed. Leyer, Bogotá, 2016.

VALENCIA CABALLERO, César Javier. *Control judicial de los hechos de la acusación.* Ediciones Leyer, Bogotá, DC, 2022.

8.

Derecho Procesal Administrativo

ACTUALIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO, LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE LEGALIDAD AUTOMÁTICO 1017
Alejandro Augusto Bañol Betancur

LA UTOPÍA DE LAS COSTAS PROCESALES EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS 1035
Jorge Alirio Cortés Soto

VIGENCIA DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y GARANTÍAS JUDICIALES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1055
Juan Paulo Serrano Roa

ACTUALIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO, LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE LEGALIDAD AUTOMÁTICO

*Alejandro Augusto Bañol Betancur**

RESUMEN

Postular los temas de la Constitución y el constitucionalismo, tiene sentido cuando se conciben ambos como un instrumento de limitación y control al poder político. Existen modelos de control de constitucionalidad, que pueden ser identificados, en tres grandes sistemas: El primero: es el norteamericano o judicial. El segundo: Es denominado como el Político o francés; Y el tercero, es el Kelseniano o continental.

El proceso administrativo actual presenta reformas importantes en varías de sus tradicionales instituciones procedimentales que son novedosas frente a la estructura tradicional del proceso entendido como un método de debate dialogal entre dos partes opuestas.

Una de esas novedades es la ductilidad del procedimiento administrativo y la forma como el juez director del proceso puede aplicar sus amplios poderes y deberes. Otra novedad es la relativa a la figura de la conciliación judicial en lo contencioso administrativo que ha cedido en la actualidad la fortaleza que tenía frente al agotamiento del recurso de apelación y ha quedado potestativa a cargo de las partes y sin injerencia en el derecho de impugnación, como se tenía en el CPACA, antes de la reforma de la ley 2080 de 2021. Otra novedad del procedimiento administrativo es la apertura que se ha realizado por el

* Posdoctor Universidad de Bolonia (Italia) Programma di alti studi Posd-Doctoralli in diritto per Dottori Iberoamericani. Doctor en Derecho y Magister en Derecho Procesal de la UNR (Argentina). Docente univeristario.

Consejo de Estado en torno a la aplicación oficiosa de la Excepción de inconstitucionalidad frente al control de legalidad automático, contenido en los 23 y 45 de la ley 2080 de 2021

Palabras clave: Constitución, Constitucionalismo, Excepción de inconstitucionalidad, supremacía constitucional, control.

1. ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Para algunos investigadores[1], la excepción de inconstitucionalidad tiene como antecedente. "La tradición Constitucional de España y de la Colonia. De lo anterior dan cuenta los principios incorporados en las leyes de indias, Libro 2, título I, ley 24. Coma por medio de la cual el Rey Carlos II, otorgó la potestad a sus autoridades de inaplicación. Mandamientos, células y provisiones de cuya ejecución se siguiera la configuración de "escándalo conocido o daño irreparable""[2]. normativa que, sin embargo, se indicaba que no salía del ordenamiento jurídico para los demás casos. En efecto, estar ahí permitió aplicar el aforismo americano. De "se obedece, pero no se cumple", lo que implicó que las leyes o decretos que contrariasen la justicia, no se aplicarían, por parte de los funcionarios de la Corona Española.

Para otros, la génesis de la excepción de inconstitucionalidad se encuentra en el art. 6 de la ley 153 de 1887 y el acto legislativo 3 de 1910, se consideró la excepción de inconstitucionalidad de las leyes en el art. 40 que indicaba "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicaran de preferencia las disposiciones constitucionales."[3]

Con respecto a estos antecedentes, la postura de la Constituyente acerca del Control de Constitucionalidad fue la siguiente: Nuestro sistema jurídico responde claramente a una estructura mixta, por cuanto se adoptan dos modalidades de control, una de orden concentrado y otra de rasgos difusos. Doctrinalmente, en su funcionamiento, se la considera: Principal y Accesoria, pero coinciden en que en la práctica son abstractas y concretas. Una se

[1] MULLER RUEDA, Katherine y TORRES BAYONA, Daniel Fabian, en su proyecto de nominado la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia. U. Libre Seccional Socorro. Publicado en la Revista Innovando en la U. NO. 6. Año 5. Diciembre 2014.

[2] Recopilación de leyes de Indias. España 1841. https://bibliotecadigital.uchile.cl/discovery/fulldisplay?vid=56UDC_INST:56UDC_INST&isF

[3] https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=

convierte en principal en tanto la misma legislación les ha elevado procedimientos específicos y detallados para lograr plena procedencia ante la Corte Constitucional, mientras que la difusa se convierte en accesoria porque no existen aún determinadas reglas de operancia.[4]

La Constitución de 1991, el artículo 4, tiene un contenido de control constitucional difuso. Se indica que es difuso por cuanto es posible que el control de inconstitucionalidad de una ley pueda ser invocado por cualquier ciudadano, persona jurídica o autoridad. Así mismo, puede ser excepcionado por cualquier servidor público y declarado oficiosamente.

La gran apertura democrática directa y popular se hace en el marco de la soberanía popular, cuyo fundamento se encuentra contenido en el preámbulo de la Constitución Política de 1991, que indica claramente: "EL PUEBLO DE COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios (…)"[5]

Desde el punto de vista técnico jurídico, el artículo 4 de la Carta política no contempla expresamente el nombre de EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD, no es del Constituyente. Desde la doctrina y la jurisprudencia el nombre citado se ha adoptado mayoritariamente, (Corte Constitucional, Consejo de Estado); Pero también hay otros nombres como por ejemplo la EXCEPCION DE PRINCIPIALIDAD (Sergio Estrada V); "Otros han considerado el instituto referido, como un mecanismo de inaplicabilidad legal; así como de inconstitucionalidad, desde la reforma de 1910, según los doctores Clímaco Calderón y Nicolás Esguerra.[6]

"La inaplicabilidad nació por primera vez en Estados Unidos por obra del Juez Marshall en el fallo de MADISON contra MARBURY en 1803".[7]

[4] ZAMBRANO GARRIDO, Diego Alfredo. La excepción de inconstitucionalidad. 1886-1991. U. Sergio Arboleda. Bogotá 2011, p. 118

[5] Https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf

[6] SIERRA GARCIA, Jaime. Diccionario jurídico ajustado a la legislación colombiana. Ed. Jurídica Sánchez. Tercera edición. Medellín. 2021, p. 220

[7] Ibidem. La Constitución Norteamericana según lo dispone la respectiva cláusula de supremacía constitucional señala: "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ellas sean hechas y todos los tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, será ley suprema de la tierra y los jueces de cada Estado estarán subordinados a ella, a pesar de lo que en contrario dispongan la constitución o las leyes de cada Estado". Se establece pues el principio de la supremacía de la Constitución, como tarea fundamental de la actividad jurisdiccional."

Desde la teoría General del Proceso, puede ser de una acción pública de inconstitucionalidad. Esta acción ataca el fondo de la norma desde el ángulo constitucional y si es favorable a los demandantes, el efecto es para todos y hace tránsito a cosa juzgada constitucional.

La excepción de inconstitucionalidad puede ser solicitada por alguna de las partes, que resulta afectada con la inconstitucionalidad de una ley, un decreto o acto administrativo, de algún o algunos artículos, y se ejerce ante el servidor público o juez con el fin que se inaplicada porque desconoce algún contenido constitucional.

Otra forma de activar la excepción de inconstitucionalidad es de manera oficiosa, por parte de cualquier autoridad administrativa o judicial. Como es una acción pública de control jurídico contra una norma que va contra la Constitución, no tiene caducidad o prescripción, por lo tanto, puede ser invocada en cualquier momento.

El fundamento de éxito de la presente acción para la inaplicación de una norma o ley, por inconstitucionalidad, se encuentra en el análisis o argumentación ofrecidos frente a un caso concreto. Se aclara que los efectos jurídicos son Inter partes y no generales.

La excepción de inconstitucionalidad también puede ser identificada por su activación, como una especie de medio de control público de la ley por inconstitucionalidad.

La acción de inaplicación legal por inconstitucionalidad de una norma es un derecho de cualquier persona, y puede ser iniciada de oficio igualmente por cualquier servidor público o juez. Esto es, que la decisión final, que no es otra que la suspensión de los efectos de una ley o norma acontece de manera definitiva frente a la parte que resulta beneficiada, por la actuación de oficio del servidor público o juez. Frente a esa decisión no proceden recursos.

Frente a la duda, de sí la decisión del juez o funcionario administrativo está en lo correcto, es posible que sea la tutela, el camino que de la luz sobre la decisión de inaplicación de la ley por inconstitucionalidad aplicada en determinado asunto pues es el juez natural constitucional quién podrá confirmar o revocar lo actuado frente al caso objeto de la citada excepción.

En el derecho comparado se tiene por ejemplo el art. 163 de la Constitución Española de 1978, que frente al control por excepción de inconstitucionalidad, ha indicado: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el

Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos."[8]

En este orden, la cuestión inconstitucionalidad "(…) puede ser interpuesta por cualquiera de las partes en el proceso, o de oficio. En este caso el juez o Tribunal ordinario adelanta todo el proceso hasta antes de la sentencia y eleva la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal quien la decide. (…) En caso de ser estimatorio, se procede a la declaración de nulidad de la norma, y esta decisión es oponible para los ciudadanos y las autoridades a partir de su publicación en el Boletín Oficial."[9]

2. CONCEPTOS DESTACADOS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En Sentencia 02724 de 2017 del Consejo de Estado, se indicó que "La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción tiene su fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, según el cual «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 (…)» y consiste en la posibilidad que tiene cualquier autoridad de inaplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución."[10]

Partiendo de la premisa de que cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera puede y debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente.

En la sentencia referida, "la Corte Constitucional dejó en claro que el nuestro es un sistema de control de constitucionalidad calificado doctrinalmente como «mixto», ya que combina un control concentrado, ejercido por la Corte Constitucional, y difuso, en el que cualquier autoridad puede dejar de aplicar la disposición, por ser contraria a la Constitución. Incluso se ha dicho que constituye, más que un deber, una obligación de la autoridad correspondiente

[8] https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.htm

[9] OCHOA, Yenny Carolina. El control de constitucionalidad por vía de excepción: Un mecanismo que garantiza la supremacía e integridad de la constitución. Revista Principia Iuris. N° 14. Ed. USTA. Bogotá. 2010-2. P. 15.

[10] https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=82335

hacer uso de esta figura cuando así lo evidencie, como se dijo en la sentencia T-808 de 2007. (…) No cabe duda, como bien lo señaló el citado fallo C-122 de 2011, de la preeminencia de la jurisdicción constitucional sobre las decisiones particulares y concretas que se adoptan a través de la excepción de constitucionalidad, teniendo en cuenta que la decisión última sobre el control de constitucionalidad de las leyes en Colombia la tiene la Corte Constitucional; de manera que todas las excepciones de constitucionalidad que aplique la autoridad –judicial o administrativa– pueden ser acogidas o no por el máximo tribunal constitucional, porque «no configuran un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción». Lo anterior, teniendo en cuenta que el control de constitucionalidad tiene efectos erga omnes, se realiza de forma general y abstracta, hace tránsito a cosa juzgada, y determina en forma definitiva la continuidad o no de la norma dentro del sistema jurídico. (…)"[11]

El sistema de control difuso de constitucionalidad es una estructura propia del sistema parlamentario o de Common Law, anglosajón. "Es aquel en el cual son partícipes todos los jueces y no únicamente un órgano *ad hoc*, que se estructura constitucional y legítimamente para ejercer la función específica de la guarda de la integridad de la Carta Política Fundamental de un Estado Democrático de Derecho".[12]

De otra parte, hay que tener en cuenta que " el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución" [13]

"La figura de la excepción de inconstitucionalidad es un instrumento establecido por el artículo 4° de la Constitución Política, cuya aplicación se alega para que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, que sólo procede para resolver casos o situaciones concretas o subjetivas, de modo que quien la hace efectiva es la autoridad que conoce del correspondiente caso y sus efectos, por consiguiente, son subjetivos o interpartes. (…) Ahora bien, para hacer uso de este

[11] Ibidem

[12] BERNAL CANO, Natalia La excepción de Inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia. Medellín: Ed Ibáñez. 2002, p. 94.

[13] Corte Constitucional. Sentencia C- 122 de 2011, Sala Plena.

medio excepcional es necesario que la contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea. (…) Las normas Constitucionales, que el actor considera como violadas, disponen que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad entre ésta y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales (Art. 4°) y que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (Art. 29)(…)"[14]

El Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Especial de Decisión N° 7, MP. Martín Bermúdez Muñoz[15], frente al control automático contenido en los artículos 23 y 45 de la ley 2810 de 2021, dispuso no avocar el conocimiento del asunto en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por considerar aquellas normas incompatibles con los artículos 29,229,237 y 238 de la Constitución Política.

La decisión de inapliación estuvo seguida de la subsiguiente determinación de no acovar el conocimiento del control de legalidad del fallo con responsabilidad fiscal N° 8 del 18 de diciembre de 2020, con radicado 2015-00889. Y en consecuencia dispuso la decolución del expediente a la Dirección de Investiación N° 3 de la Contraloría Delegada para la Responsabilidad Fiscal correspondiente.

3. ¿LA CORTE CONSTITUCIONAL PUEDE VULNERAR LA CONSTITUCIÓN, EN ALGUNA DE SUS SENTENCIAS?

Para algunos investigadores[16], como Harold Antonio Hernández Molina, la hipótesis se puede confirmar al estudiar lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-140 de 29 de marzo 2019, en la cual se afectó la carta política, al afectar los principios de progresividad y seguridad jurídica en materia pensional.

[14] Consejo de Estado: Sentencia Rado 66001-23-31-000-2007-00070.01. Nov. 11 de 2010. MP María Elizabeth García González.

[15] Consejo de Estado. Radicado 11001-03-15-000-2021-01175-00. MP Martín Bermúdez Muñoz. Auto del 28 de abril de 2021.

[16] HERNANDEZ , H.A. (2020). El precedente judicial y la excepción de inconstitucionalidad: Una revisión de la sentencia SU-140/19 y la vulneración del principio de seguridad jurídica y progresividad. *Revista Critério Libre Jurídico,* 17 (1), e-6541. DOI: 10.18041/1794-7200/clj.2020.v17n1.6541

La hipótesis se confirma con fundamento los siguientes tres argumentos a saber y como consecuencia se promueve la aplicación de la excepción de Inconstitucionalidad por parte de los señores jueces y funcionarios administrativos.

Me permito reconoce el trabajo realizado por el ilustre investigador y en honor a su trabajo e investigación presento apartes textuales de su ensayo publicado en la revista Criterio libre # 17, de la Universidad Libre, en el año 2020.

a. la vulneración del principio de seguridad jurídica.

   Argumento: La aplicación del fallo SU140-19 proferido por la Corte Constitucional sin la aplicación de un periodo transicional que respete las expectativas de derecho de los administrados que inician su reclamación administrativa y posterior demanda con la esperanza de que su conflicto se dirima basado en el ordenamiento legal y jurisprudencial vigente a la fecha, deviene en la vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica y del Estado Social de Derecho en sí mismo.

   Sustentación: La seguridad jurídica en tanto que teoría de la filosofía del derecho ha sido definida como:

   (…) un valor estrechamente ligado a los Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva (Pérez Luño, 2000).

   En la práctica, el principio de seguridad jurídica es un principio de rango constitucional que opera en una doble dimensión. Por un lado, establece la certeza en las competencias de la administración, el legislador y los jueces, para no sorprender al administrado por cambios intempestivos que puedan afectar las expectativas de derecho previamente adquiridos.

   Por otro lado, la seguridad jurídica se remite a los términos perentorios que tiene el Estado mediante las ramas del poder público para resolver las peticiones y querellas del ciudadano, ofreciendo certeza del tiempo estimado que deberá soportar para obtener una solución a su situación jurídica.

En este caso, nos centraremos en la primera dimensión del principio de seguridad jurídica que fue vulnerado con un cambio jurisprudencial que de manera intempestiva contraviene las expectativas reales de derecho de los usuarios de la justicia, viéndose afectados en el reconocimiento por nada menos que una posición en el tiempo posterior al pronunciamiento de la Corte.

Al respecto, la misma Corte Constitucional ha establecido el principio de seguridad jurídica como un principio central de los ordenamientos jurídicos y con rango constitucional que se predica de la aplicación del preámbulo de la carta fundamental, así como de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6. En sentencia 250 de 2012, con ponencia Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional sostiene lo siguiente:

La existencia de un término para decidir garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectará sus pretensiones. En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley; en materia penal, debe señalarse, existe una clara excepción, por aplicación del principio de favorabilidad, que confirma la regla general // Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del

principio de seguridad jurídica y, además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso (Corte Constitucional - Sala Plena, 2012).

Es decir que, procesos que se radicaron con anterioridad a la fecha de la promulgación de la sentencia SU-140/19, esto es 28 de marzo de 2019, se resuelve bajo un precedente judicial diferente al establecido al momento de iniciar la demanda pertinente. Situación que se agrava si se considera la fecha en que se presenta la reclamación administrativa que es anterior a la fecha de la demanda misma.

Así mismo, no se puede desconocer que en muchas ocasiones las demandas fueron radicas con antelación hasta de más de 1 año, y que las mismas no fueron falladas bajo el precedente anterior por situaciones ajenas a su voluntad, pues es usual encontrar procesos judiciales con suspensión de fecha de audiencia y una posterior fijación. Lo que resulta en un evidente agravio para el usuario de la justicia que confiando en que obtendrá fallo bajo un precedente establecido, se encuentra con la desafortunada sorpresa de que sus pretensiones fueron negadas porque el despacho de origen no celebró la audiencia en la fecha inicialmente fijada y que al celebrarse en una nueva fecha ya no existe el derecho buscado por disposiciones de interpretación de la CC.

De igual forma, no se trata únicamente de la jurisprudencia promulgada por la CC, si no por reiterada posición de los despachos judiciales que viene reconociendo los derechos pensionales y que de manera intempestiva comienzas a negar dichos derechos. Entre los múltiples fallos proferidos por los juzgados naturales, se encuentra la Sentencia No. 159 del 6 de agosto de 2018 mediante el cual se condena a Colpensiones al reconocimiento y pago del incremento por cónyuge a cargo al señor Ramiro Antonio Murillo, en proceso adelantado por este en contra de Colpensiones bajo el radicado 2016-1119 del Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cali.

Lo anterior es evidencia de que los despachos judiciales mismo se encontraban en la postura de reconocer el incremento por cónyuge siempre y cuando el reconocimiento de la pensión se diera bajo el imperio del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se cumpliera con los requisitos de convivencia y dependencia económica, posición que cambia abruptamente con la sentencia SU140-19 de la Corte Constitucional, vulnerando el principio de seguridad jurídica de los usuarios de la justicia y de los administrados.

b. la vulneración del principio de progresividad,

Argumento: que el fallo de la Corte Constitucional que cambia intempestivamente la posición respecto a los incrementos pensionales, es un fallo que contraría el principio constitucional de progresividad que encuentra fundamento en el derecho internacional, tal como lo es el PIDESC y los pronunciamientos de la OEA.

Sustentación: El Principio de progresividad es una disposición legal interpretativa, que establece que los derechos no pueden ser objeto de disminución, de manera tal que, al solo poder aumentar, deben garantizarse por todos los medios existentes de forma gradual y progresiva. Funciona, a nivel jurídico como un parámetro de interpretación en la legislación sobre derechos fundamentales, particularmente sobre los Derechos Sociales, Económicos y Culturales (en adelante DESC), el cual implica legislar tomando como referencia las leyes anteriores, buscando no regresar las determinaciones logradas en el pasado.

El Principio de Progresividad también tiene fundamento normativo en el artículo 2° del Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de la Organización de Naciones Unidas (ONU) que reza:

1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos (Naciones Unidad, 1966).

En el parágrafo primero del artículo normativo anteriormente citado, se rescata la expresión “para lograr progresivamente, por todos los

medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos", de la cual se desprende que el actuar de los Estados partes del pacto debe estar encaminado a mejorar de manera efectiva los derechos que se relacionan en el PIDESC, que tal como expresa el título, se trata de derechos económicos, sociales y culturales, "[e]l Principio de Progresividad, entonces, tiene principal fundamento en la ampliación progresiva, y, además, significativa de los Derechos Humanos y de los mecanismos jurídicos orientados hacia su protección. Dicho fundamento reconoce, inevitablemente, todo logro en materia de Derechos Humanos como irreversible y, si ocurre el caso, dicha regresividad es ilegítima e injustificada" (Diaz Muñoz, 2019, p. 3).

A raíz de dicha expresión, la Corte Constitucional en Sentencia T-248-12 del 8 de junio de 2012, con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa, define el principio de progresividad como la prohibición al Estado de retroceder como herramientas conceptuales y normativas para el análisis de las medidas adoptadas para garantizar las facetas prestacionales de los derechos constitucionales. Es decir, que el principio de progresividad es el principio garante para que los Estados parte del PIDESC no retrocedan en los derechos de índole social y, por el contrario, evolucionen progresivamente de manera real y efectiva (Corte Constitucional - Sala Séptima de revisión, 2012).

El principio de progresividad, entendido por la OEA como "el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural además del deber de realizar un desarrollo progresivo de los derechos" (OEA, 2005), lleva consigo una obligación adicional, el deber de no regresividad. Esto es, que aun cuando por escases de recursos económicos un Estado no pueda implementar medidas económicas y técnicas para implementar el progreso de los derechos, tiene prohibido implementar medidas que ocasiones un retroceso o regresión de los derechos. Para Courtis, la prohibición de regresividad conlleva a dos concepciones diferentes, a saber:

Por un lado, es posible aplicar la noción de regresividad a los *resultados de una política pública (regresividad de resultados)*. En este sentido, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado con relación con los puntos de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de

la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencia empíricas. (…)

Por otro lado, la noción de regresividad puede aplicarse a normar jurídicas: es decir, se refiere a *la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa)*. En este sentido – no empírico sino normativo-, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derecho o beneficios concedidos por la anterior (Courtis, 2006, p, 3, 4).

c. los argumentos esgrimidos en los salvamentos de voto.

Argumento Central: la sentencia proferida es una sorpresa para los usuarios de la justicia puesto que se tomó una decisión diferente a la discutida en cada una de las tutelas acumuladas, además de cambiar abruptamente la posición establecida anteriormente sin brindar un periodo de transición, vulnerando así diferentes preceptos constitucionales.

Sustentación:

La sentencia SU140-19 de la Corte Constitucional tiene argumentos de soporte tan endebles que la decisión divida para proferir dicha decisión se encuentra en el límite máximo de la división de la Sala Plena de la Corte Constitucional al presentarse 4 salvamentos de voto de 9 votos posibles. Es decir, la decisión fue adoptada por la diferencia mínimo.

Entre los argumentos de los disidentes de la decisión se rescata los argumentos esgrimidos por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado que se basa en 6 puntos diferentes para apartarse de la decisión mayoritaria, a saber:

a) afectó la cosa juzgada de un fallo del Consejo de Estado, dictado en sede de control abstracto de legalidad, el cual estableció expresamente que los incrementos por persona a cargo, previstos en el Decreto 758 de 1990, no se encuentran derogados;

b) omitió presentar y confrontar los argumentos que sustentan la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990.

Particularmente, se abstuvo de referirse a la jurisprudencia reiterada y uniforme de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha descartado que los incrementos por persona a cargo fueran derogados orgánicamente por la Ley 100 de 1993;

c) realizó un análisis de conveniencia respecto del supuesto impacto de los incrementos por persona a cargo, fundado en la sostenibilidad financiera, el cual carece de elementos que demuestren la real afectación sobre los recursos pensionales;

d) perjudicó a un sector de la población claramente vulnerable, por cuanto los incrementos fueron diseñados para pensiones de un salario mínimo y para familias cuyo ingreso mínimo tiene un fuerte impacto en la soportabilidad de sus gastos;

e) desconoció que existen fuertes razones constitucionales para garantizar el reconocimiento de los incrementos pensionales por personas que dependen económicamente de su pareja o familiar; y,

f) implicó una vulneración al debido proceso, por cuanto no existe evidencia de que COLPENSIONES hubiera alegado la derogatoria de las normas reglamentarias que establecen los incrementos por persona a cargo en los procesos laborales ordinarios que motivaron la interposición de las acciones de tutela contra providencias judiciales (Corte Constitucional, Sala Plena, 2019).

4. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN TEST DE PROPORCIONALIDAD PARA LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, QUE PERMITA EL EJERCICIO JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO SIN TEMORES PENALES, DISCIPLINARIOS, FISCALES, DE REPARACIÓN DIRECTA ENTRE OTROS

El test de proporcionalidad exige que la medida sometida a control constitucional cumpla con cuatro gradas: 1) fin constitucionalmente válido; 2) idoneidad; 3) necesidad; y 4) proporcionalidad en sentido estricto.[17]

En la jurisprudencia Constitucional " (…) se han sido reconocidos como elementos fundamentales o esenciales que deben ser considerados por el juez constitucional a la hora de realizar un test de proporcionalidad:

a. La idoneidad o adecuación de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo "suficientemente apta o adecuada para

[17] https://derechoenaccion.cide.edu/la-suprema-corte-y-el-uso-de-los-niveles-de-escrutinio-

lograr el fin que se pretende conseguir". Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución.

b. La necesidad hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido.

c. El test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior.

En otras palabras, es a partir de este especifico modelo de test que resulta posible poner en la balanza los beneficios que una medida tiene la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia."[18]

En La sentencia C- 522 de 2001, se establece que, en términos de la Corte Europea de Derechos Humanos, "No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas".

En este orden de ideas, es necesario tener en consideración los objetivos de la norma que establece la distinción, "los cuales - continúa la Corte - no pueden apartarse de la justicia y de la razón, vale decir no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"

"Para que quien aplique el derecho justifique un trato diferenciado debe probar tres elementos: 1) empírico: que se trate de casos diferentes; 2) normativo: que exista un fin normativo que justifique racional y proporcionalmente la diferencia de trato y 3) valorativo: que la medida adoptada sea adecuada –razonable– a la luz de los principios y valores constitucionales".

[18] Corte Constitucional. Sentencia C – 144 de 2015.

El test de proporcionalidad implementado por la Corte Constitucional Colombiana tiene influencia de la vertiente jurídica tanto norteamericana como europea; en el primer aspecto, en cuanto a los niveles de intensidad del test: leve, intermedio y estricto; y en el segundo, en cuanto a los subprincipios del test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Intensidad	Leve	Intermedio	Estricto
Idoneidad			
Necesidad			
Proporcionalidad			

El análisis de idoneidad, da respuesta a la pregunta a sí las medidas requeridas o pregonadas en la ley son las adecuadas para asegurar la eficacia de la decisión definitiva acorde con la Constitución.

El análisis de necesidad debe dar respuesta a la pregunta de si existen o no otras medidas menos lesivas que logren la finalidad constitucional afectada.

El análisis de proporcionalidad debe responder al sentido de la vulneración, en cuanto a sí es leve, intermedio o estricto

Siguiendo parcialmente la propuesta de la Maestra Yenny Carolina Ochoa Suarez[19], en su tesis de maestría, propone la construcción del test de proporcionalidad dando respuesta argumentada a las siguientes preguntas:

1. ¿Qué prescribe la norma iusfundamental en su forma imperativa: ordena, permite o prohíbe un comportamiento, o atribuye una competencia?
2. ¿Qué prescribe la norma legal objeto de reproche constitucional?
3. ¿Cuáles son los argumentos de lo que prescribe la norma legal de forma objetiva y subjetiva que contraviene lo que prescribe la norma constitucional?

[19] OCHOA SUAREZ, Yenny Carolina. Aplicación del test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucional: mecanismo para garantizar derechos fundamentales. USTA. Bogotá 2017, pp. 163-223

4. ¿Qué es aquello que prescribe la norma de constitucional en su forma imperativa?
5. ¿Qué prescribe la norma legal establecida por la disposición legislativa que constituye el objeto de control de constitucionalidad?
6. ¿Es incompatible dentro de las modalidades deónticas (oposición, contradicción o correlatividad) que la norma constitucional y la norma legal del caso son incompatibles entre sí?

CONCLUSIONES

1. La excepción de inconstitucionalidad está por ser aplicada en el campo de los servidores públicos por cuanto existe un temor creciente a incurrir en la eventual comisión de delitos como por ejemplo el prevaricato, aunado a la responsabilidad disciplinaria, fiscal y civil.
2. Se requiere de un marco cultural y legal que permita el ejercicio de este medio de control democrático popular frente al autoritarismo e ilegalidad de actos, decretos, leyes, que están inmersos en contenidos inconstitucionales, pero se presumen legales.
3. La cultura constitucional democrática y de participación directa de ciudadanía y servidores públicos esta por construir. Hoy se tiene un divorcio que da lugar a que unos u otros no estén enmarcados en la defensa de la Constitución y del Constitucionalismo en el Estado Social de Derecho que tenemos desde 1991.

BIBLIOGRAFÍA

AMAYA, Jorge Alejandro. Marbury Vs Madison. Eudeba. Argentina. 2018.

BERNAL CANO, Natalia La excepción de Inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia. Medellín: ed. Ibáñez.2002. p.94

Consejo de Estado: Sentencia Rado 66001-23-31-000-2007-00070.01. Nov. 11 de 2010. MP María Elizabeth García González.

Consejo de Estado. Radicado 11001-03-15-000-2021-01175-00. MP Martín Bermúdez Muñoz. Auto del 28 de abril de 2021.

Corte Constitucional. Sentencia C- 122 de 2011, Sala Plena.

Corte Constitucional. Sentencia C – 144 de 2015

HERNANDEZ, H.A. (2020). El precedente judicial y la excepción de inconstitucionalidad: Una revisión de la sentencia SU-140/19 y la vulneración

del principio de seguridad jurídica y progresividad. Revista Criterio Libre Jurídico, 17

https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.htm

https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=82335

https://derechoenaccion.cide.edu/la-suprema-corte-y-el-uso-de-los-niveles-de-escrutinio

https://bibliotecadigital.uchile.cl/discovery/fulldisplay?vid=56UDC_INST:56UDC_INST&isF

https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=

https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf

https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.htm

https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=82335

MULLER RUEDA, Katherine y TORRES BAYONA, Daniel Fabian, en su proyecto de nominado la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia. U. Libre Seccional Socorro. Publicado en la Revista Innovando en la U. NO. 6. Año 5. Diciembre 2014.

OCHOA SUAREZ, Yenny Carolina. El control de constitucionalidad por vía de excepción: Un mecanismo que garantiza la supremacía e integridad de la constitución. Revista Principia Iuris. N° 14. Ed. USTA. Bogotá. 2010.

OCHOA SUAREZ, Yenny Carolina. Aplicación del test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucional: mecanismo para garantizar derechos fundamentales. USTA. Bogotá 2017.

SIERRA GARCIA, Jaime. Diccionario jurídico ajustado a la legislación colombiana. Ed. Jurídica Sánchez. Tercera edición. Medellín. 2021.

ZAMBRANO GARRIDO, Diego Alfredo. La excepción de inconstitucionalidad. 1886-1991. U. Sergio Arboleda. Bogotá 2011.

LA UTOPÍA DE LAS COSTAS PROCESALES EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

*Jorge Alirio Cortés Soto**

RESUMEN

Las disposiciones que regulan la condena en costas procesales en la jurisdicción contenciosa administrativa han alternado entre un criterio objetivo y subjetivo, llegando a antinomias que han hecho metástasis en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Las costas procesales son una institución jurídica que preocupa tanto a juristas como a doctrinantes, no solo por la ruptura aparente frente a la gratuidad de la justicia sino también por el deseo de identificar su naturaleza jurídica y definir el criterio que debe regir su definición, imposición, exclusión y liquidación. Por ende, este artículo propone que ante la utopía de las costas sea el Código General del Proceso el estatuto que lo rija, pues la práctica ha demostrado que su aplicación es pacífica.

Palabras clave: Condena en costas, criterio objetivo, criterio subjetivo, temeridad, antinomias.

INTRODUCCIÓN

La función judicial es un servicio que presta el Estado mediante una estructura de normas constitucionales y legales y de órganos estatales, que son financiados con recursos públicos, por lo que se denomina como un

* Abogado de la Universidad Libre y Administrador Público de la ESAP, Especialista en derecho administrativo, derecho público, derecho probatorio, y magíster en derecho público. Docente universitario y presidente del Capítulo Huila del ICDP.

servicio gratuito, en tanto los usuarios no deben correr con ningún coste por el mismo. Sin embargo, ello no los exonera de cubrir los gastos que se causen en el curso del proceso, los cuales se conocen como las costas procesales.

A partir de 1984, el procedimiento contencioso administrativo estableció la condena en costas a cargo de los particulares, y acomodándose a la dialéctica misma del derecho, en posteriores disposiciones, se extendió a los entes estatales como parte procesal. Frente a este último, se fijó con algunas restricciones o de manera plena, ya como un imperativo legal o como una potestad discrecional, situación que fluctuó en ese mismo orden en la jurisprudencia del órgano de cierre.

En ese sentido, la regulación de la condena en costas ha presentado una serie de antinomias por la alternancia y, en ocasiones, hasta la confluencia del criterio objetivo con el subjetivo. Tradicionalmente, su imposición había sido con base en el criterio objetivo, o sea sin valorar la conducta procesal de las partes; pero recientemente, *contrario sensu*, se hace con un criterio subjetivo, donde el juez debe sopesar esa conducta.

Este trabajo tiene como objetivo hacer una crítica a la regulación normativa y jurisprudencial sobre las costas en la jurisdicción contenciosa administrativa y proponer una alternativa que puede resultar ideal pero realizable. Para ello, la presente ponencia analiza cuatro temas, a saber: 1) La gratuidad de la justicia; 2) La controversial situación de las costas; 3) La utopía de las costas procesales; y 4) Conclusiones.

1. LA GRATUIDAD DE LA JUSTICIA

Al Estado, según el preámbulo de la Carta Política, le corresponde asegurar la convivencia y la paz de sus habitantes, así como la justicia y la igualdad, y un orden político, económico y social justo, para lo cual tiene un sistema orgánico de autoridades y procedimientos legislados. En esa medida, la administración de justicia es una función pública que brinda elementos o instrumentos para la solución pacífica de los conflictos, y por eso debe garantizarse a toda persona su acceso.

A partir de analizar el artículo 228 de la Carta Política, se resalta que la administración de justicia no es un simple servicio público, con carácter opcional o discrecional para quien considere que sus derechos han sido

conculcados; sino que se trata de un derecho fundamental, inherente a toda persona, y conforme a la doctrina constitucional es de carácter gratuito.

Para la Corte Constitucional, la gratuidad de la justicia no tiene regulación propia, pero sí un arraigo en su doctrina, con base en la cual garantiza el acceso en condiciones de igualdad. En palabras de la alta Corte, se sostuvo que:

> "De la Constitución se puede inferir el principio de gratuidad de la circunstancia de que la justicia constituye uno de los pilares o fundamentos esenciales para lograr la convivencia, la paz y un orden justo que haga realidad la igualdad jurídica y material, enmarcado dentro de la filosofía y el realismo del Estado Social de Derecho, justicia cuya aplicación, operatividad y eficacia se hace efectiva cuando las instituciones procesales creadas como instrumentos para asegurar su vigencia, arbitran los mecanismos idóneos para que puedan acceder a ellas todas las personas en condiciones de igualdad (…)"[1].

A pesar de lo anterior, el principio de gratuidad no resulta absoluto, pues deben pagarse las costas del proceso y las agencias en derecho, tal como lo ha indicado la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-102/03 y C-368/11, que declararon exequibles, respectivamente, el artículo 29 de la Ley 712 de 2001 y los artículos 1º y 5º de la Ley 1394 de 2010 sobre costas procesales.

Ese principio de gratuidad limitado, fue normativizado en el artículo 6º de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 2º de la Ley 1285 de 2009[2], en donde se plasmó que la gratuidad es, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y arancel judicial (tributo), y en similar forma lo hizo el artículo 10 de la Ley 1564 de 2012 o CGP.

Si bien la función judicial que se presta por el Estado de manera gratuita, implica hacer abstracción del pago de los tributos con los cuales el Estado financia los servicios y funciones que presta a los gobernados, ello no excluye el pago del arancel judicial, agencias en derecho y costas procesales, que se causan durante el acceso a la justicia.

---

1 Corte Constitucional, Sentencias T-522 de 1994 y C-713 de 2008, citada en la sentencia C-368/11 sobre la constitucionalidad de la Ley 1394 de 2010 "Por la cual se regula un Arancel Judicial".

2 Declarado exequible con la sentencia C-713/08

2. LA CONTROVERSIAL SITUACIÓN DE LAS COSTAS

2.1 El concepto y características de las costas

En la Ley 1437 de 2011 (en adelante "CPACA") no se hizo mención alguna al concepto de las costas procesales, por ello el primer aspecto que debe delimitarse es su alcance conceptual. En esa medida, es necesario remitirnos al artículo 361 de la Ley 1564 de 2012 (en adelante "CGP"), por integración con el artículo 306 del CPACA. Allí se indicó que las costas procesales están conformadas por las agencias en derecho y todos los gastos pagados en el decurso del proceso.

Al respecto, el Consejo de Estado[3] ha señalado que las costas corresponden a las expensas y agencias en derecho, como erogación económica necesaria que debe asumir la parte vencida en el juicio. Agregó dicha jurisprudencia que las expensas son los gastos necesarios para tramitar el proceso, es decir, lo incurrido en copias, notificaciones, impuesto de timbre, publicaciones, honorarios de auxiliares de la justicia, etc.; mientras que las agencias en derecho corresponden a la suma que el juez reconoce al vencedor por los costos de su defensa, ya sea que actuó mediante un apoderado o a nombre propio, *"como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a la causa"*[4].

De otra parte, el artículo 362 del CGP, ubicado en el capítulo II de la sección séptima de dicho estatuto, referido a las costas y multas, estableció el arancel judicial desde dos ópticas. Por un lado, como los derechos que deben asumirse por el pago de copias, desgloses, notificaciones, certificados, autenticaciones y similares, cuyos montos se fijan cada 2 años por el Consejo Superior de la Judicatura; y por el otro lado, como contribución parafiscal.

Sin embargo, vale la pena aclarar que solo los primeros hacen parte de las costas, mientras que los segundos no. Así lo clarificó la Corte Constitucional:

[3] Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativa, Sala Especial No. 7, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, M.P. Rocío Araujo Oñate, Mecanismo de Revisión Eventual-Acción Popular, Radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, demandante: Yesid Figueroa García, demandado: Municipio de Tunja.

[4] Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativa, Sala Especial No. 7, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, M.P. Rocío Araujo Oñate, Mecanismo de Revisión Eventual-Acción Popular, Radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, demandante: Yesid Figueroa García, demandado: Municipio de Tunja.

> "(…) según el diseño adoptado, 'los aranceles judiciales se diferencian de las agencias en derecho, costas y expensas judiciales, en la medida en que su determinación no se origina en los gastos directos de un proceso', razón por la cual, 'los recursos obtenidos no se destinan a cubrir las erogaciones surgidas con ocasión del proceso, sino que se proyectan para su reinversión en la Rama Judicial…'"[5].

Hechas las anteriores precisiones, debe ahora indicarse que las costas se caracterizan porque: 1) son un gasto causado en el trámite del proceso; 2) es necesario para su impulso; 3) es útil para que el proceso se pueda llegar a buen puerto; 4) debe estar autorizado por la ley que rige el correspondiente proceso; y 5) son impuestas por el juez atendiendo los criterios fijados por el legislador.

2.2 La regulación legal y sus antinomias

2.2.1 El régimen del estatuto procesal civil.

El artículo 574 de la Ley 105 de 1931[6] estableció que *"[e]n toda sentencia y en los autos interlocutorios que deciden un incidente, se resuelve si se condena o no en costas a alguno de los litigantes"*[7]. A su turno, el artículo siguiente consagró una suerte de criterio objetivo para imponer las costas, al disponer que se condene al litigante *"que pierde ante el superior"*[8], es decir, sin atender a si hubo o no culpa en quien resultó vencido.

Sin embargo, la regla objetiva mencionada no aplica para los entes estatales centralizados[9], pues así lo señaló el artículo 576 *ibídem*, al consagrar **que** *"[e]l Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser condenados en costas"*[10]. En efecto, para ese tiempo, el Estado, en su más amplia concepción, sector central nacional y territorial, quedó indemne de ser condenado en costas, confiriéndole así un fuero especial en torno a ellas.

[5] Corte Constitucional, Sentencia C-368/11.

[6] Código Judicial.

[7] Ley 105 de 1931, Artículo 574.

[8] Ley 105 de 1931, Artículo 575.

[9] Para esa época aún no se había producido la descentralización por servicios, que se dio en la reforma de 1968.

[10] Ley 105 de 1931, Artículo 576.

Una vez se produjo la descentralización especializada o por servicios, a través del Decreto 3130 de 1968, en su artículo 43[11], se hizo extensiva la anterior prerrogativa de no ser condenados en costas a los establecimientos públicos nacionales. En esa medida, sí fueron sujetos pasivos de la condena en costas[12] las empresas industriales y comerciales, y las sociedades de economía mixta, que por su actividad, en principio, tienen un régimen de derecho privado.

Posteriormente, los Decretos 1400 y 2019 de 1970[13] (en adelante "CPC") derogaron[14] el Código Judicial y en el artículo 304 regularon el contenido de la sentencia, imponiendo al juez la obligación de resolver de manera expresa y clara sobre las costas y perjuicios a cargo de las partes. Así mismo, el artículo 392 consagró las reglas para la imposición de la condena en costas, sobre la base de que hay lugar a las mismas *"en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia"*[15].

Según la última norma, se imponen las costas *"a la parte vencida en el proceso"*[16], sin consideración a la causa o conducta procesal de la parte, lo cual se extiende a quien resulte derrotado en un recurso o incidente. Adicionalmente, se precisa que la condena en costas se hace en la sentencia o en el auto correspondiente, y opera *"cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*[17]. Se omite cualquier referencia a la exención de los entes estatales, lo que da lugar a señalar que la norma atrás referida fue derogada, y de paso, concluir que sí era posible condenar de manera plena en costas al Estado cuando era la parte vencida en el juicio.

Empero, el numeral 198 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, modificó el inciso 2º del numeral 1º del artículo 392 del CPC, eximiendo del pago de las agencias en derecho y del reembolso del impuesto de timbre, a la Nación, las

[11] "Articulo 43. DEL EJERCICIO DE PRIVILEGIOS Y PRERROGATIVAS. Los Establecimientos Públicos, como organismos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación.

Las empresas Industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta tienen las prerrogativas y beneficios específicos que les reconocen las leyes, y los generales aplicables a esta clase de organismos".

[12] Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto de enero 27 de 1973.

[13] Código de Procedimiento Civil.

[14] Código de Procedimiento Civil, Artículo 698.

[15] Código de Procedimiento Civil, Artículo 392. Subrayado propio.

[16] Código de Procedimiento Civil, Artículo 392.

[17] Código de Procedimiento Civil, Artículo 392, Numeral 9.

instituciones financieras nacionalizadas, los departamentos, las intendencias, las comisarias, los distritos especiales y los municipios, regresando al fuero de exención.

En esa medida, sólo podía imponerse condena a los mencionados órganos estatales sobre las expensas o gastos del proceso, por lo cual el tratadista Hernán Fabio López Blanco[18] opinó que dicha norma inició el desmonte de las prerrogativas de dichos entes, al limitar el concepto de la exención a sólo una parte del rubro de las costas: las expensas y gastos.

Dicha reforma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en su sentencia C-274/98, por considerar que no resultaba contrario al artículo 90 constitucional condenar en costas a las entidades estatales, pues la pérdida del proceso por parte de éstas no implica la producción de un daño antijurídico indemnizable. Por ende, la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarias, los distritos especiales y los municipios, salvo las instituciones financieras nacionalizadas quedaron sujetos a la condena en costas, pero recortada, pues se mantuvo el eximente de pago de agencias en derecho.

Ahora bien, frente a las instituciones financieras nacionalizadas, la Corte Constitucional se atuvo a lo resuelto en la sentencia No. 98 de julio 26 de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, que la declaró inexequible, por lo que estas instituciones quedaron sometidas a la condena de costas completa, es decir, a las agencias en derecho y todos los gastos pagados en el curso del proceso.

Posteriormente, la Corte Constitucional revisó de nuevo la reforma del Decreto 2282 de 1989, y en la sentencia C-539/99 concluyó que el eximir a los entes estatales mencionados del pago de las agencias en derecho, es una prerrogativa que vulnera el derecho a la igualdad, por lo que la suprimió del mundo jurídico. Sin embargo, mantuvo la vigencia de la exoneración en el reembolso del impuesto de timbre, por estar exentas de su pago. Así, quedó viable la condena a los entes estatales en costas, incluyendo tanto expensas como agencias.

Fuera de lo anterior, el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, modificó de nuevo el artículo 392 del CPC, manteniendo la premisa del imperativo de condenar en costas a la parte vencida en el proceso o recurso, ya en la sentencia o el auto correspondiente, pero instituyó que *"… la condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando a sabiendas se*

[18] Corte Constitucional, Sentencia C-539/99, intervención Hernán Fabio López Blanco en la revisión de la constitucionalidad del artículo 392 del CPC.

aleguen hechos contrarios a la realidad"[19]. Es decir que, el juez debe valorar la conducta procesal de las partes, poniendo de manifiesto un cambio a la tradición del criterio objetivo establecido desde la Ley 105 de 1931.

En esta reforma, se da la antinomia por la confluencia del criterio objetivo con el subjetivo. Por un lado, la condena en costas por la sola derrota procesal; y por el otro lado, la obligación del juez de identificar la carencia de fundamentos jurídicos, o una alegación "a sabiendas" de hechos falaces. El criterio subjetivo requiere analizar la temeridad que el artículo 74 del CPC consagra a partir de tales conductas, y que el artículo 73 *Id.* sanciona con multa, es decir, la temeridad da lugar a costas y multa. Este criterio subjetivo perduró durante 12 años, hasta la emisión de la Ley 1564 de 2012 que retornó al criterio objetivo.

La Ley 1564 de 2012, que contiene el Código General del Proceso, resolvió dicha antinomia derogando el CPC, y retornó al criterio objetivo. En su artículo 365, consagra la condena en costas en aquellos casos donde haya controversia, se establece que estará a cargo de la parte derrotada en el proceso, en el recurso o en el incidente, por el solo hecho de su derrota, siendo un deber a cargo del juez resolver al respecto al proferir la sentencia o el auto correspondiente.

2.2.2 El régimen legal de las costas en lo contencioso administrativo

La Ley 130 de 1913[20] fue el primer Código Contencioso Administrativo que rigió en el siglo pasado, y en sus artículos 64[21], 74[22], 87[23] y 93[24], que se refieren

[19] Ley 794 de 2003, Artículo 42. Subraya propia.

[20] "Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

[21] "Artículo 64. Dictada la sentencia, se comunica ésta al Ministerio de Gobierno y al Gobernador del Departamento".

[22] "Artículo 74. Dictada la sentencia, se comunica ésta al Gobernador del Departamento y al Alcalde Municipal respectivos".

[23] "Artículo 87. Las sentencias del Tribunal Supremo deben ser comunicadas al Ministerio del Tesoro para su ejecución.

Las que se, refieran a pensiones o recompensas militares deben comunicarse también al Ministerio de Guerra, para que éste haga tomar nota del hecho en la oficina correspondiente".

[24] "Artículo 93. Las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión, por parte de la justicia ordinaria".

a las distintas sentencias que se proferían en esta jurisdicción, no reguló lo atinente a la condena en costas procesales, ni hizo remisión al Código Judicial para suplir ese vacío.

El anterior estatuto fue sustituido por la Ley 167 de 1941[25], que en sus artículos 133[26] y 139[27] al referirse a las sentencias de primera y segunda instancia de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado, se abstuvo de hacer regulación alguna en torno a la condena en costas procesales. Sin embargo, ante dicho vacío, resultaba aplicable el estatuto procesal civil, la Ley 105 de 1931, por la remisión que al mismo se hizo en el artículo 382 *Id.* En esa línea, se reitera que el artículo 576 de la Ley 105 de 1931 estableció la exención para las entidades estatales de ser condenas en costas.

Dicho estatuto fue derogado por el Decreto 01 de 1984[28] (en adelante "CCA"), y en torno a la condena en costas, su artículo 171 de manera expresa señaló: *"En todos los procesos, con excepción de los de nulidad y de los electorales habrá condena en costas para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, en los términos del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil"*[29].

En consecuencia, la anterior disposición consagró la condena en costas en la jurisdicción contenciosa administrativa, pero sólo para el litigante particular vencido, bajo un criterio objetivo, o sea, por el solo hecho de la derrota procesal. Lo anterior fue reforzado con la remisión al estatuto procesal civil, donde se aplica el mismo criterio, por lo que tácitamente se dejó el fuero de indemnidad en costas para el Estado en general, excluyendo, de manera expresa, los procesos de nulidad y electorales. En efecto, se implementó así, un nuevo criterio de exclusión, pero por la naturaleza del asunto.

[25] "Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa".

[26] "Artículo 133. Las sentencias proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos son apelables para ante el Consejo de Estado en el acto de la notificación, o por escrito, dentro de los tres días siguientes.

La apelación se concederá en el efecto suspensivo, y puede ser interpuesta por las partes o el Ministerio Público".

[27] "Artículo 139. Dictada la sentencia, se notificará en la forma prevenida en el artículo 131. El expediente deberá ser devuelto al Tribunal o Despacho de origen para su obedecimiento o cumplimiento. Se ordenará, además, comunicar lo resuelto a quien corresponda, directamente o por conducto del Ministerio de Gobierno.

El mismo trámite se seguirá en caso de consulta".

[28] "Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo".

[29] Decreto 01 de 1984, Artículo 171. Subrayas fuera del texto.

Luego, el artículo 171 del CCA fue modificada por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998[30], que señaló lo siguiente: *"En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil"*[31]. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-043/04, y dio un vuelco de 180 grados al fijar la condena en costas a la parte vencida, pues se reguló como una facultad discrecional del juez y bajo un criterio subjetivo, remitiendo al trámite del CPC.

Es así, como se generaron las siguientes antinomias: 1) Criterio objetivo del CPC vs el criterio subjetivo del CCA; 2) La imposición de una obligación procesal de condenar en costas al vencido del estatuto procesal civil vs la potestad o discrecionalidad del juez del estatuto procesal contencioso administrativo; 3) La exoneración de lo entes estatales del pago de las agencias en derecho e impuesto de timbre del CPC vs el silencio en la materia del CCA.

Las citadas antinomias fueron desatadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-043/04, donde señaló que por la especialidad que tiene el artículo 171 del CCA, este es prevalente en su aplicación en la jurisdicción contencioso administrativa, y la remisión al CPC no atañe con el criterio para la condena ni su alcance, sino sólo en torno al procedimiento para su cuantificación.

De otra parte, en sentir del Consejo de Estado[32], la facultad de condenar en costas es una cláusula abierta que le permite al juez resolver en torno a una actuación verificable (gastos ciertos y probados), sin que se le permita decidir a su arbitrio sobre la existencia material de la conducta procesal temeraria y reprochable. Según la alta Corporación de lo contencioso administrativo, no se trata de valorar la ausencia de razón en la pretensión u oposición del vencido, sino su conducta abusiva, que implique un desgaste

[30] "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".

[31] Ley 446 de 1998, artículo 55. Subrayado propio.

[32] Corte Constitucional, Sentencia C-043/04. En ella se cita al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 1999, Expediente No. 10.775, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

innecesario para la administración de justicia y para la parte vencedora, lo que hace que deba correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.

Después de más de 30 años de vigencia del CCA, fue derogado por la Ley 1437 de 2011 (en adelante "CPACA"), en cuyo artículo 188 indicó que no hay lugar a ellas en los procesos donde se ventile un interés público y que *"la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del código de procedimiento civil"*[33].

Así, el verbo rector consignó un imperativo para el juez, quien debe adoptar en la sentencia la respectiva condena, sin que la norma exija que deba valorar la conducta procesal de las partes[34]. Por ende, se produjo el retorno al criterio objetivo para su imposición, sin exonerar a ninguna de las partes, y solamente excluyó la condena en razón a la materia del litigio -cuando se ventile un interés público- y no por la naturaleza de las partes. Además, no hizo alusión a las costas para la parte que pierda un incidente o recurso, pues sólo aludió a la sentencia.

Ahora bien, la aplicación de dicha norma no resultó pacífica, pues la identificación misma de los procesos donde no procede la condena en costas es indeterminada, ya que se excluyó a aquellos donde se *"ventile un interés público"*. Podría decirse que todos los procesos que se siguen en la jurisdicción contencioso administrativa, donde la actuación estatal es la que se somete al control del juez, son asuntos de tal naturaleza.

Desde luego que, ese entendimiento omnicomprensivo hace perder sentido y utilidad a la norma, de ahí que el Consejo de Estado señaló que un asunto de interés público *"(...) necesariamente debe ser asimilada a 'acciones públicas, contencioso objetivo o de mera constitucionalidad y/o legalidad' en atención al principio de interpretación del efecto útil de las normas (...)"*[35].

De igual forma, la aplicación de tal precepto tuvo diversas interpretaciones en la alta Corporación de lo contencioso administrativo, en especial, sobre el criterio fijado para la condena en costas. Algunas secciones estimaron que se

[33] Ley 1437 de 2011, Artículo 188. Subrayado propio.

[34] La sección Segunda del Consejo de Estado en diferentes decisiones, señaló que cuando el legislador indicó que el juez dispondrá sobre la condena en costas, lo autorizó para valorar si hay lugar a ella según su conducta procesal.

[35] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 1 de octubre de 2021, MP. Fredy Ibarra Martínez, Rad. 11001-03-26-000-2019-00011-00(63217), Actor: Arley Ávila Calero y Or.

fijó un criterio objetivo u objetivo valorativo para su imposición[36]; y otras se inclinaron por señalar que se mantuvo el criterio subjetivo[37].

Tal situación, aunada a la emergencia generada por el Covid19, que a su vez dió lugar a la emisión del Decreto 806 de 2020 para implementar el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones en los trámites procesales, junto con la existencia de otras antinomias en las disposiciones del CPACA, llevaron a que se expidiera la Ley 2080 de 2021, para que se modificaran y adicionaran varias disposiciones del CPACA.

En ese sentido, el inciso 2º del artículo 188 del CPACA fue adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, así: *"En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal"*[38], sin que ello solucionara las dificultades existentes y por el contrario, acentuó la disparidad de entendimiento para la condena en costas.

En esa línea, en el inciso 1º del artículo 188 del CPACA se mantuvo el criterio objetivo para imponer la condena en costas, pues no se valora la conducta procesal de las partes; mientras que en el inciso 2º *ibídem* se vuelve sobre el

[36] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia de 4 de diciembre de 2012, MP. Ma. Adriana Marín, actor: Diana Aidee Castro Hernández, Rad. 201-0144-01 (54461); sentencia de 4 de diciembre 2020, MP. Marta Nubia Velásquez Rico, actor: Darlis Ester Troya, Rad. 2016-00322-01 (64548); sentencia de 23 de octubre 2020, MP. José Roberto Sáchica, actor: Transportes Ibiza Llanos Ltda, Rad 2012-00003-01 (48627); Subsección B, sentencia de 5 de octubre de 2020, MP. Ramiro Pazos Guerrero, actor: Carlos E. Buenaventura, Rad. 2009-00290-01 (44504); Subsección C, sentencia de 13 de agosto de 2020, MP. Guillermo Sánchez Luque, actor; Héctor Helí Martínez, Rad. 2015-00243-01 (57346); Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 29 de octubre 2020, MP. Rafael F. Suárez Vargas, actor: Hismel Gregorio Fuentes, Rad. 2015-00110-01 (33-66-18); sentencia de 15 de octubre de 2020, MP. William Hernández Gómez, actor: Nancy Carolina Jacobus, Rad. 2016-00881-01 (1272-19); Sección Primera, sentencia de 19 de septiembre de 2019, MP. Oswaldo Giraldo López, actor: Rafael Vega Flórez, Rad. 2012-00569-01 (2139460) y Sección Cuarta, sentencia de 20 de septiembre de 2018, MP. Jorge Octavio Ramírez, actor: Ecopetrol, Rad. 2014-00073-01 (21667).

[37] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de diciembre de 2020, Rad. 2017-00545-01, MP. Gabriel Valbuena, actor Elsa Ma. Velandia; Subsección B, sentencia de 20 de noviembre de 2020, MP. César Palomino Cortés, actor: Sara Stella Henao, Rad. 2011-00236-01 (1383-16); sentencia de 7 de febrero de 2019, MP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Aminta Rivas, Rad. 2015-00741-01 (2982-17) y Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 11 de noviembre de 2020, MP. Jaime Rodríguez, Actor: Juan Carlos Torres Restrepo, Rad. 2007-02977-01 (50277).

[38] Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 2080 de 2021. Artículo 188, Inciso 2.

criterio subjetivo para condenar en costas porque se debe determinar si las partes obraron con temeridad, pues la manifiesta falta de fundamentación legal de la demanda es una de las conductas que el artículo 79-1 del CGP señala para presumir la temeridad.

La temeridad, en voces del artículo 80 del CGP, genera responsabilidad patrimonial de las partes, que es diferente a la condena en costas. Así, la presencia de dos criterios antagónicos haría ineficaz la norma, o en últimas, haría que el criterio subjetivo, por ser posterior en el tiempo, sustituya o subrogue el criterio objetivo; y de esa manera, el sentido de la norma es hacer prevalecer el criterio subjetivo.

Al señalar que *"[E]n todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas"*[39], ello puede interpretarse al menos de dos formas. Por un lado, a pesar o sin tener en cuenta el contenido del inciso 1º (criterio objetivo), la condena en costas debe aplicarse bajo un criterio subjetivo y valorar si hay temeridad de la parte demandante. Por el otro lado, en todos los casos o procesos, aún en los que se ventile un interés público, habrá condena en costas, lo que igualmente implicaría dejar sin efecto la exclusión del inciso 1º y aplicar el criterio objetivo.

Asimismo, la adición en comento permite interpretar que la condena en costas es únicamente para la parte demandante cuando presente la demanda con manifiesta carencia de fundamentos legales, y por tanto la posición que asuma el demandado no estaría sujeta al ojo inquisidor del juez, ni daría lugar a ser condenado; lo cual se traduce en devolverse en el tiempo en que el Estado no puede ser condenado en costas.

El órgano de cierre[40] al referirse al entendimiento que debe darse al artículo 188 del CPACA con la adición de la Ley 2080, planteó que se interprete a través de *"la sistematicidad"* de sus incisos, para garantizar la condena en costas a la parte vencida, sea demandante o demandada, en todos los procesos, menos en las acciones públicas, y siempre que se advierta que la acción o la contradicción carecen de manifiesto fundamento legal. Para el Consejo de Estado, la condena en costas tiene su razón de ser en que *"se castiga el ejercicio infundado e irresponsable del derecho de acción, al promover un desgaste innecesario del aparato jurisdiccional"*[41].

[39] Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 2080 de 2021. Artículo 188, Inciso 2.

[40] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de octubre 1 de 2021, MP. Fredy Ibarra Martínez, Rad. 11001-03-26-000-2019-00011-00(63217), Actor: Arley Ávila Calero y Or.

[41] Ibídem.

3. LA UTOPÍA DE LAS COSTAS PROCESALES

Tomas Moro[42] en su obra Utopía (1516), a manera de crítica del Estado medieval y el absolutismo de una sociedad capitalista, sus costumbres y organización, nos muestra un Estado ideal (Isla Utopía), una república, donde el pueblo ejerce el poder a través de representantes elegidos por todos los ciudadanos, sin pobres ni mendigos, sin propiedad privada pues *"aunque nadie tiene nada todo el mundo es rico"*. Se trata de una comunidad de bienes, sin castas, en donde todos viven felices, pues todo está planificado, organizado, regulado y controlado de manera uniforme, a través de sus instituciones y leyes, a partir de un *"régimen patriarcal/corporativo agrario de la organización social y política"* (Modoro, 2017).

En la Utopía, no hay proliferación de leyes, son breves y claras, tampoco hay abogados, pues el ciudadano se defiende a sí mismo y los jueces gozan de amplia estima en la sociedad, de donde se infiere que la justicia es gratuita y no se condena en costas.

Atendiendo las premisas anteriores, el término Utopía ha sido entendido como aquellas cosas ideales, buenas, deseables que no pueden alcanzarse o realizarse, y que según Juan José Tamayo (2017), la misma cumple una doble función: *"a) crítica del orden = mejor, desorden – existente, caracterizado por la injusticia social y la desigualdad, cuya causa principal es la propiedad privada, y b) propuesta de alternativas transformadoras de la realidad"*[43].

Para este trabajo, se toma la doble función del vocablo utopía ya mencionado, desde la perspectiva de hacer una crítica a la regulación normativa y jurisprudencial sobre las costas en la jurisdicción contenciosa administrativa, para proponer una alternativa que puede resultar ideal pero realizable.

Bajo tal ilación, los primeros estatutos contencioso administrativos rigieron desde el inicio hasta bien entrada la segunda mitad del siglo pasado (Leyes 130 de 1913 y 167 de 1941), sin preocuparse por regular el tema de las costas. La remisión al código judicial abría el camino para condenar solo a los particulares derrotados bajo un criterio objetivo, pues el Estado recibió fuero de exención, lo cual se mantuvo durante cerca de 70 años, pero al final se dieron las voces de cambio en función de la igualdad procesal de las partes.

[42] Nacido en 1478 en Londres y murió en 1535.

[43] Introducción a "La Utopía, motor de la historia" recopilación de artículos del Simposio Internacional con motivo del quinto centenario de "Utopía" de Tomás Moro, mayo de 2016

Ese cambio llevó a que se emitiera el CCA (Decreto 01 de 1984), y la jurisdicción contencioso administrativa empezara a ocuparse del tema, manteniéndose durante apenas 14 años el criterio objetivo para condenar sólo al particular vencido, como una obligación para el juez; pero sin que el Estado pudiera ser condenado, conservando así el fuero de exención.

No obstante, como si se tratara del anuncio de una nueva era bajo el alero de una nueva constitución, en el crepúsculo del siglo pasado, se dio el salto a la condena en costas a la parte vencida, sea el particular o el Estado, pero bajo un criterio subjetivo y potestativo del juez (Ley 446 de 1998). Esto sólo duró 13 años porque con el nuevo siglo en sus primeros lustros, vino el CPACA (Ley 1437 de 2011), con una condena en costas de obligación para el juez y a cargo de la parte que resulte derrotada en el juicio, sea el particular o el Estado, pero bajo un criterio objetivo, evidenciándose así la inestabilidad normativa.

Apenas había cumplido 10 años el nuevo estatuto contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011) cuando fue nuevamente modificada la regulación de las costas procesales (Ley 2080 de 2021), no para clarificar o precisar la norma que venía rigiendo, sino para adicionar el criterio subjetivo para la condena de la parte actora, exigiendo la condena a quien actúe con manifiesta carencia de fundamento legal o sea, con temeridad.

Esa inestabilidad vino acompañada de los mismos altibajos en la jurisprudencia del órgano de cierre, pues se amoldó a la regla vigente en cada momento. En torno al CPACA, la Sección Segunda del Consejo de Estado le dio un entendimiento subjetivo al criterio para su fijación, contrario al objetivo que de manera literal consignó; y entre ires y venires, quedó como regla para esa sección que el criterio es objetivo y valorativo; se condena cuando aparezca en el proceso que se causaron y acreditaron.

Así planteadas las cosas, estamos ante una utopía en torno a las costas procesales porque la actual norma que las regula, contiene a la vez los dos criterios (objetivo y subjetivo) para su fijación, los cuales son excluyentes.

Para aterrizar o materializar ese ideal de la condena en costas, se hace necesario que sea un solo estatuto el que rija de manera uniforme, armónica y coherente el tema de las costas procesales para todas las jurisdicciones y especialidades. Por ende, debido a que el estatuto procesal civil heredó al CGP unas reglas que han perdurado en el tiempo, y de manera clara y sencilla han regido el tema de las costas procesales, deben adoptarse esas disposiciones normativas para nuestra jurisdicción.

Lo ideal sería que el título preliminar, el capítulo segundo del libro primero y la totalidad del libro segundo del CGP, fuera el faro orientador de todos los procesos en todas las especialidades, y responda así a su criterio unificador. Con esto, se facilitaría a los litigantes y a las partes el acceso a la justicia, y además agilizaría al juez su función, al contar con un solo instrumento que rija el proceso, sin tener que navegar por diferentes mares normativos y procesales.

En ese Estado ideal, es necesario que a través de la jurisprudencia se unifiquen los criterios (objetivo o subjetivo) que debe tener el juez para imponer las costas, y sobre la naturaleza jurídica que ellas tienen, así:

Si se trata de la reparación del perjuicio al que está obligado el litigante derrotado en favor del ganador, porque se presume que al perder le faltó diligencia o cuidado.

a. Si es un resarcimiento de los costos que asumió el vencedor para enfrentar el riesgo que le generó al llamarlo al juicio.
b. Si es una compensación que el perdedor debe hacerle al ganador de los gastos que asumió en el litigio.
c. Si se trata de un premio al que logró demostrar la justicia de sus aspiraciones procesales.
d. Si es una sanción para el derrotado por haber actuado con temeridad.
e. Si es una advertencia para que la sociedad en general no abuse del derecho de acceso a la justicia.

4. CONCLUSIONES

Las costas procesales han sido una institución jurídica que a lo largo de los tiempos ha preocupado tanto a juristas como a doctrinantes, no solo por la ruptura aparente frente a la gratuidad de la justicia sino también por el deseo de identificar su naturaleza jurídica y definir el criterio que debe regir su definición, imposición, exclusión y liquidación.

En la historia normativa sobre costas se han alternado las posiciones en relación con la imposición a la parte vencida, pues en ocasiones fue solo al demandante y en otras, a cualquiera de ellas, pero en forma recortada para el Estado o de manera completa. También ha variado la postura sobre si se trata de un imperativo o discrecionalidad para el juez al tomar esa decisión y, si debe actuar bajo criterio objetivo o subjetivo.

Lo ideal y realizable sería que el Código General del Proceso sea el estatuto que rija en todos los procesos y especialidades, al menos, en el tema de las costas procesales, para que los gobernados y quienes administran justicia, cuenten con la aplicación de un sólo estatuto, con unas reglas claras, precisas y uniformes que perduren en la historia y que en la práctica han demostrado que su aplicación es pacífica, lo mismo que la jurisprudencia en torno a su interpretación.

BIBLIOGRAFÍA

1. Normas

Ley 130 de 1913, *"Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo"*.

Ley 167 de 1941, *"Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa"*.

Ley 105 de 1931, Código Judicial, *"Sobre organización judicial y procedimiento civil"*.

Ley 167 de 1941, *"Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa"*.

Decreto 3130 de 1968, "*Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional"*.

Decretos 1400 y 2919 de 1970, "*Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil"*.

Decreto 01 de 1984, *"Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo"*.

Decreto 2282 de 1989, *"por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil"*.

Ley 446 de 1998, *"Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia"*.

Ley 794 de 2003, *"por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones"*.

Ley 1437 de 2011, *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*.

Ley 1564 de 2012, *"por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones"*.

2. Jurisprudencia

Corte Constitucional

Sentencia T-522 de 1994.

Sentencia C-274 de 1998.

Sentencia C-539 de 1999.

Sentencia C-043 de 2004.

Sentencia C-713 de 2008.

Sentencia C-368 de 2011.

Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativo

Sala Especial No. 7

Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, M.P. Rocío Araujo Oñate, Mecanismo De Revisión Eventual-Acción Popular, Radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, demandante: Yesid Figueroa García, demandado: Municipio De Tunja.

Sección Primera

Sentencia de 19 de septiembre de 2019, MP. Oswaldo Giraldo López, Rad. 2012-00569-01 (2139460), actor: Rafael Vega Flórez.

Sección Segunda

Sentencia de 7 de febrero de 2019, MP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 2015-00741-01 (2982-17), actor: Aminta Rivas.

Sentencia de 15 de octubre de 2020, MP. William Hernández Gómez, Rad. 2016-00881-01 (1272-19), actor: Nancy Carolina Jacobus.

Sentencia de 29 de octubre 2020, MP. Rafael F. Suárez Vargas, Rad. 2015-00110-01 (33-66-18), actor: Hismel Gregorio Fuentes.

Sentencia de 10 de diciembre de 2020, MP. Gabriel Valbuena, Rad. 2017-00545-01, actor: Elsa Ma. Velandia.

Sentencia de 20 de noviembre de 2020, MP. César Palomino Cortés, Rad. 2011-00236-01 (1383-16), actor: Sara Stella Henao.

Sección Tercera

Sentencia de 18 de febrero de 1999, M.P. Ricardo Hoyos Duque, Expediente No. 10.775.

Sentencia de 4 de diciembre de 2012, MP. Ma. Adriana Marín, Rad. 201-0144-01 (54461), actor: Diana Aidee Castro Hernández.

Sentencia de 4 de diciembre 2020, MP. Marta Nubia Velásquez Rico, Rad. 2016-00322-01 (64548), actor: Darlis Ester Troya.

Sentencia de 1 de octubre de 2021, MP. Fredy Ibarra Martínez, Rad. 11001-03-26-000-2019-00011-00(63217), Actor: Arley Ávila Calero y O.

Sentencia de 5 de octubre de 2020, MP. Ramiro Pazos Guerrero, Rad. 2009-00290-01 (44504), actor: Carlos E. Buenaventura.

Sentencia de 13 de agosto de 2020, MP. Guillermo Sánchez Luque, Rad. 2015-00243-01 (57346), actor: Héctor Helí Martínez.

Sentencia de 23 de octubre 2020, MP. José Roberto Sáchica, Rad 2012-00003-01 (48627), actor: Transportes Ibiza Llanos Ltda.

Sentencia de 11 de noviembre de 2020, MP. Jaime Rodríguez, Rad. 2007-02977-01 (50277), actor: Juan Carlos Torres Restrepo.

Sección Cuarta

Auto de enero 27 de 1973.

Sentencia de 20 de septiembre de 2018, MP. Jorge Octavio Ramírez, Rad. 2014-00073-01 (21667), actor: Ecopetrol.

Corte Suprema de Justicia

Sentencia No. 98 de julio 26 de 1990.

3. Doctrina

Agudo Ruiz, Alfonso. Concepto de Costas Procesales En Derecho Romano. Revista de Derecho UNED, Núm. 9, Madrid, 2011, consultada el 07 de mayo de 2022 en https://www.proquest.com/openview/b8b7706bf75025f75f0b0f348c9666f2/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1596356

Apitz B., Juan Carlos. La condena en costas en el recurso de casación. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Núm. 93, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, consultado en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/93/rucv_1994_93_%2011-45.pdf.

Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Tomo III, El Proceso Civil, Volumen Primero, Parte General, Cuarta Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1978, pp. 329 a 337.

Díaz Daza, Víctor Julio. Las costas procesales y el principio de gratitud. Revista de derecho, Universidad del Norte, 5: 64-68, 1995, consultado el 8 de mayo de 2022 en file:///D:/Users/coordinador/Downloads/2517-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8000-1-10-20110802.pdf.

Gozaini, Osvaldo A. Costas Procesales, Volumen I, Tercera edición, Editorial Ediar, 2007, Buenos Aires, ISBN 978-950-574-225-0, consultado el 3 de mayo

de 2022 en https://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/07/Costas-3-fusionado.pdf

Modoro, Raul. "La Utopía, motor de la historia - El Laberinto Utópico de Tomás Moro", Simposio Internacional con motivo del quinto centenario de "Utopía" de Tomás Moro, mayo de 2016, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2017, pág. 88, consultado el 12 de mayo de 2022 en https://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/Libros/1712069125_306201791744.pdf.-

Morales Molina, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, Octava Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1983, pp. 530 a 537.

Rodríguez Aglio, Nerea. El régimen jurídico de las costas procesales y su tasación en el proceso civil. Olmo del Olmo, José Antonio (dir.). Trabajo fin de máster, Universidad de Alcalá, 2019. Consultada el 8 de mayo de 2022 en http://hdl.handle.net/10017/40817

VIGENCIA DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y GARANTÍAS JUDICIALES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Juan Paulo Serrano Roa**

RESUMEN

El presente artículo evidencia la necesidad de fijar reglas para la aplicación del precedente en el tiempo del Consejo de Estado en materia procesal, con el objeto de evitar la vulneración del derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia, y propone un test para su estudio en cada caso.

Palabras clave: Precedente, vigencia, efectos prospectivos y retrospectivos.

INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 2080 de 2021, se ha dado aplicación a la teoría del precedente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con lo cual aumentó el número de sentencias y autos de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, circunstancia que genera interrogantes acerca de cómo se debe aplicar en el tiempo el precedente

* "Abogado de la Universidad de Ibagué

Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Responsabilidad de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de posgrado en contencioso administrativo, responsabilidad del Estado y medidas de reparación de las universidades Santo Tomás, Nariño y de Ibagué. Profesor de diplomado de la Universidad del Rosario. Como asesor del Ministerio de Justicia y del Derecho participe en el proceso de redacción y trámite legislativo de la Ley 2080 de 2021 y también del decreto 806 de 2020."

"procesal" cuando este es modificado para evitar que se vulneren los derechos de las partes en el proceso.

En este artículo se estudia algunos casos en que el Consejo de Estado ha tenido en cuenta las reglas de aplicación en el tiempo del precedente y otros en los que no, y se evidencia que no tener criterios claros en la aplicación en el tiempo del precedente da lugar al desconocimiento de garantía procesales.

Por lo anterior, se propone una metodología que le permite al juez administrativo y a las partes aplicar e interpretar correctamente en el tiempo el precedente, garantizando los derechos de los involucrados.

1. EL PRECEDENTE EN LA LEY 1437 DE 2011, Y SU OBLIGATORIEDAD PARA LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La Ley 1437 de 2011, que expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, estableció un sistema normativo armónico de respeto del precedente y la jurisprudencia del Consejo de Estado en las actuaciones administrativa y contencioso administrativas.

Así, en la parte primera del código, que regula la actuación administrativa, se establece como principio de las actuaciones administrativas, el de igualdad[1], que indica que *"las autoridades darán el mismo trato y protección a las*

[1] **Artículo 3°. Principios.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

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.

"…

2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

"…

personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento". Principio que obliga al servidor público a aplicar la misma regla de derecho a las personas que se encuentren en igual situación de hecho.

El artículo 10[2] establece que las autoridades al decidir las actuaciones administrativas deben aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias y tener en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado, que interpreten estas disposiciones.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-634 de 2011, estudió la constitucionalidad del artículo mencionado y señaló que este era exequible *"en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad"*.

Igualmente, el artículo 102[3], reguló la extensión de jurisprudencia, como un mecanismo de aplicación directa de las sentencias de unificación del Consejo de Estado por parte de las autoridades administrativas. La extensión tiene por finalidad que las personas que se encuentran en igual situación de hecho y de derecho de la persona beneficiada con el reconocimiento de un derecho en una sentencia de unificación, puedan solicitar a la entidad pública competente la aplicación directa del precedente, sin que tengan que interponer

[2] **Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia**. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

[3] **Artículo 102.** Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

"…

demanda ante un juez administrativo[4] y se garantiza el derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica.

En la parte segunda del código, se encuentran las disposiciones que regulan el proceso contencioso administrativo. En el artículo 103[5], que regula el objeto y principios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, señala que 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"*.

Este principio obliga al juez administrativo a aplicar al caso que está decidiendo el precedente vigente, y excepcionalmente, cuando se cumplen las reglas de variación del precedente, fundamentar las razones por las cuáles abandona el precedente y señalar por qué la nueva regla de derecho es más garantista para los derechos fundamentales[6].

[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón, auto del 28 de agosto de 2014, ex. 51.628 "La extensión de jurisprudencia permite a las autoridades públicas tener certeza en las decisiones que adoptan al resolver las reclamaciones de las que deben ocuparse; evita que el ciudadano se vea obligado a acudir a un proceso judicial, con todo lo que ello implica, para que se resuelvan sus pretensiones en relación con casos iguales que ya han sido decididos a través de sentencias de unificación y reduce los niveles de congestión en la Administración de Justicia, bondades del mecanismo que redundan en un sistema jurídico más armónico y coherente que permite la realización de principios y garantías como la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima, la celeridad y la economía procesal".

[5] **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.

[6] Al respecto se recomienda leer el concepto del 10 de diciembre de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado Rad. 11001-03-06-000-2013-00502-00(2177).

Este principio es una garantía para el ciudadano que acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativa, pues le permite confiar en la continuidad y permanencia del precedente y en la aplicación de reglas jurídicas estables.

Igualmente, se encuentran los artículos 270[7] y 271[8], que regulan las sentencias y autos de unificación, las cuales solo pueden proferir las salas plenas de las secciones del Consejo de Estado, incluida la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por razones de importancia jurídica, trascendencia económica y social, o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación. También lo son las providencias que resuelven los recursos extraordinarios de unificación de jurisprudencia y revisión y el mecanismo eventual de revisión.

Acerca de las providencias unificadoras, la Sala Plena de la Sección Segunda en auto del 28 de marzo de 2019, radicado 15001-23-33-000-2003-00605 01 (0288 – 2015), señala que estas son decisiones que constituyen norma nueva que pasa integrar el ordenamiento jurídico, es decir la regla de derecho que interpreta la disposición en el caso en concreto:

> *"En ese sentido, la función unificadora del Consejo de Estado otorga efectos relevantes y reconoce el carácter vinculante a la jurisprudencia*

[7] **Artículo 270.** Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1995, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

[8] **Artículo 271.** Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación que ameriten la expedición de una sentencia o auto de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo o de decisión interlocutoria. Dicho conocimiento podrá asumirse de oficio; por remisión de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, o de los tribunales; a solicitud de parte, o por solicitud de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del Ministerio Público. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia.

"…

de unificación dentro de la estructura normativa.[9] ***Estas decisiones se constituyen en norma nueva que pasa a integrar el ordenamiento jurídico****, ya que se ocupa de la interpretación de la ley formalmente considerada* ***con miras a su aplicación obligatoria o vinculante.*** *Así las cosas, la función de expedirlas y sus efectos legales,*[10] *se convierten en su propia «regla de reconocimiento».*[11]*"* (negrita propia).

La Ley 1437 de 2011 establece un sistema estricto de control del precedente a cargo del Consejo de Estado, para esto se encuentra el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, el cual procede contra las sentencias de única y segunda instancia de los Tribunales Administrativos que desconocen las sentencias de unificación, y el mecanismo de eventual revisión[12], que se interpone contra las providencias (autos y sentencias) de los tribunales

[9] Sentencia citada del 27-07-2017, Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00060-00.

[10] Ver los artículos 10, 102, 258, 269 y 273 del CPACA.

[11] A través de la regla de reconocimiento de las razones, el individuo que aplica una norma tiene una razón de primer orden para hacerlo. En este caso específico, esta razón es el nuevo orden jurídico que le otorga carácter vinculante a este tipo de sentencias, cuyo desconocimiento acarrea consecuencias legales. Al respecto, Rolanto Tamayo y Salmorán señalan que «[…] Las normas pueden ser "convertidas" en razones (como cualquier cosa) si satisfacen la regla de reconocimiento de razones, esto es si son "convertidas" en razones por A [el agente]. […]» . Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrinaria Jurídica. Núm. 121. 2003, p. 204. Recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/757/12.pdf el 27 de octubre de 2017.

[12] Artículo 272.Finalidad de la revisión eventual en las acciones populares y de grupo. La finalidad de la revisión eventual establecida en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, adicionado por artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, es la de unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.

Artículo 273.Procedencia. La revisión eventual procederá, a petición de parte o del Ministerio Público, ‹contra las sentencias o providencias que determinen la finalización o archivo de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo, proferidas por los Tribunales Administrativos, que no sean susceptibles del recurso de apelación ante el Consejo de Estado, en los siguientes casos:

1. Cuando la providencia objeto de la solicitud de revisión presente contradicciones o divergencias interpretativas, sobre el alcance de la ley aplicada entre tribunales.

que ponen fin a los procesos de grupo y populares, y que no sean apelables, cuando, entre otras razones, omiten el precedente unificado del Consejo de Estado[13].

Lo anterior, evidencia mecanismos procesales efectivos y serios de control vertical del precedente por parte del Consejo de Estado a los Tribunales Administrativos del país.

En conclusión, el legislador estableció para el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo, un sistema de respeto y control del precedente judicial para garantizar el derecho a la igualdad, los principios de seguridad jurídica y confianza legitima.

2. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE APLICACIÓN EN EL TIEMPO DEL PRECEDENTE "PROCESAL"

Son diferentes las decisiones de unificación que ha expedido el Consejo de Estado, a través de las Secciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, inclusive de esta, en las que interpreta y da alcance a las normas procesales, y en ocasiones se ha referido los efectos en el tiempo en la aplicación del precedente.

2.1 Por ejemplo, en auto de unificación del 28 de marzo de 2019, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado 15001-23-33-000-2003-00605 01 (0288 – 2015), aplicando la excepción de inconstitucionalidad, señaló que es inconstitucional exigir el cumplimiento de la cuantía (artículo 257 numeral 1)[14] para la procedencia del recurso extraordinario de unificación

2. Cuando la providencia objeto de la solicitud se oponga en los mismos términos a que se refiere el numeral anterior a una sentencia de unificación del Consejo de Estado o a jurisprudencia reiterada de esta Corporación.

[13] Es importante tener en cuenta que con la Ley 2080 de 2021 que modificó la Ley 1437 de 2011, la mayoría de los procesos en el contencioso administrativo son de conocimiento de los jueces administrativos en primera instancia, con lo cual la segunda instancia se tramitará ante los Tribunales, y por ende estas sentencias son susceptibles de control de precedente vertical a través de los recursos extraordinarios de unificación y del mecanismo de eventual revisión.

[14] Artículo 257. Procedencia. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos. Tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, el recurso procederá siempre que la cuantía de la condena o, en su defecto, de las

contra sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral de los tribunales administrativos:

> "*Así las cosas, el condicionamiento de la titularidad del recurso en cuestión al cumplimiento de una exigencia de tipo patrimonial resulta excesiva y desproporcionada si se tiene en cuenta que la normativa constitucional y los instrumentos internacionales incorporados al orden interno imponen la remoción de los obstáculos meramente formales que impidan la realización material del derecho de acceso a la administración de justicia, lo que sin lugar a dudas se acentúa de cara a los beneficios mínimos e irrenunciables en materia laboral*[15]".

En cuanto a la aplicación en el tiempo de esta regla jurisprudencial, es decir, la posibilidad de interponer el recurso de extraordinario de unificación de jurisprudencia contra las sentencias de única y segunda instancia laborales de los tribunales administrativos, sin considerar la cuantía, señaló que debe aplicarse en el efecto retrospectivo, es decir, tanto para los casos en que el recurso se haya interpuesto y aun no se ha decido acerca de su admisión, y como para los casos futuros.

pretensiones de la demanda, sea igual o exceda los siguientes montos vigentes al momento de la interposición del recurso:

1. Noventa (90) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad.

[15] En punto a la efectiva administración de justicia frente a los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores, la Corte Constitucional, en sentencia C-424 de 2015, al estudiar la constitucionalidad del artículo 69 de la Ley 2158 de 1948, que restringía la procedencia del grado jurisdiccional de consulta a las sentencias proferidas en primera instancia, señaló lo siguiente: […] La diferenciación en razón del valor de las pretensiones de los derechos mínimos e irrenunciables consagrados en la constitución entraña un trato desproporcionado, por lo que se considera que la expresión "De primera instancia" vulnera el derecho a la igualdad (CP, 13) de los trabajadores que resuelven sus conflictos en un juicio de única instancia, y con ello, se desconocen las garantías mínimas que deben regir toda relación laboral (CP, 53) […] En la jurisprudencia constitucional, los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores no pueden ser desprotegidos en función de su valor pecuniario. Ante la desproporción del sacrificio de los derechos de los trabajadores mediante la adopción de un mecanismo de descongestión, encuentra la Sala Plena que la norma sólo sería constitucional bajo el entendido de que las sentencias de única instancia que consagren derechos mínimos e irrenunciables y que sean totalmente adversas a los trabajadores, deberán ser trasladadas dependiendo del superior funcional del juez que profiera la sentencia totalmente adversa al trabajador […]. Corte Constitucional, sentencia C-424 del 8 de julio de 205, expediente D-10513.

En el auto, luego de estudiar providencias de tribunales internacionales y del Consejo de Estado, se concluyó que por regla general la aplicación de un cambio jurisprudencial es retrospectiva, esto es, la regla de derecho fijada el precedente se aplica para el caso que se decide y para los que se resuelvan en el futuro, sin considerar la fecha en que se inició el proceso u ocurrieron los hechos objeto del proceso:

> *"129. En ese orden, se concluye que la regla general es la retroactividad o restrospectividad de la jurisprudencia (retrospective overruling, adjudicative retroactivity) y que la excepción es la prospectividad (prospective overruling). Esta última hipótesis presupone la aplicación de un juicio de ponderación, que permita determinar cuál es la decisión que más efectiviza los principios constitucionales."*

Se precisó que excepcionalmente el precedente se aplica de forme prospectiva, es decir, para el caso que se decide y para los casos que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de ejecutoria de la providencia que cambia el precedente, cuando: i) la aplicación inmediata (prospectiva o retroactiva) implique vulnerar el derecho de acceso a la administración de justicia; ii) la partes fundamentaron sus pretensiones (demandante) o su defensa (demandada) en el precedente modificado; iii) el precedente cambiado no haya sido cuestionado en el proceso, y iv) por la etapa en que se encuentra el proceso, aplicar el nuevo precedente impida reconducir las pretensiones o la defensa a la nueva regla de derecho:

> *"131. Por su parte, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B*[16]*, al analizar el tema, consideró que «la nueva regla jurisprudencial resultante del ejercicio argumentativo reforzado que requiere el cambio de un precedente debería aplicarse de manera inmediata*[17]*, salvo que dicha aplicación afecte de modo tal el derecho a la igualdad, el debido proceso, a la defensa o principios como el de la seguridad jurídica u otros consagrados por el mismo ordenamiento, que el costo resulte abiertamente desproporcionado en relación con las razones que justificaron el cambio, caso en el cual sería necesario optar por fijarle efectos prospectivos que, establecidos para cada situación, eviten las consecuencias indeseables desde el punto de vista jurídico». Dentro de los*

[16] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Rad. 08001233300020130044-01. Auto del 25 de septiembre de 2017.

[17] Esto es de manera retrospectiva.

eventos en los cuales se planteó la posibilidad de aplicar el precedente de manera retrospectiva (SIC) ***se encuentran los siguientes: i) cuando se restringa el derecho de acceso a la administración de justicia; ii) cuando las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; iii) cuando lo bien fundado de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iv) cuando el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no sólo sorprendería a las partes sino que, de facto y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas.*" (Negrita propia).

En el caso en concreto se estableció que la regla de derecho fijada en el auto de unificación, respecto a la exigencia de la cuantía para la procedencia del recurso de unificación de jurisprudencia contra sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, "no implica un cambio jurisprudencial", pues lo que hizo el Consejo de Estado es aplicar la excepción de inconstitucionalidad a la ley, y que su aplicación retrospectiva, no desconoce el derecho de acceso a la administración de justicia:

"132. Ahora bien, en el sub examine, es importante anotar que la tesis aquí expuesta no implica un cambio de jurisprudencia. Por el contrario, se trata de un caso en el cual se está sentando jurisprudencia sobre la materia objeto de debate y, adicionalmente, no se observa que con las reglas acá establecidas se esté restringiendo el acceso a la administración de justicia, o se configure alguna de las hipótesis referidas anteriormente, por lo que no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos al precedente que constituye esta decisión.

133. Por lo anterior, las reglas de unificación contenidas en esta providencia deben aplicarse de manera retrospectiva o retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en sede administrativa como en vía judicial".

Desafortunadamente, el Consejo de Estado obvió que el recurso extraordinario de unificación bajo estudio se interpuso en vigencia de la regla legal que exigía el cumplimiento de la cuantía, y esta situación jurídica debía ser regulada conforme el artículo 624 del Código General del Proceso que

modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887[18], que señala que los recursos interpuestos se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron.

Además, aplicar esta regla a todos los casos, como se decidió, implicaría violar el principio de confianza legitima y seguridad jurídica, pues la persona que obtuvo decisión favorable confiaba en una norma de carácter legal que señalaba que contra la sentencia no procedía el recurso de unificación de jurisprudencia.

También, puede darse el caso en que la sentencia recurrida haya sido favorable al demandante, y que éste confiadamente reclame el derecho reconocido ante la entidad condenada, sin embargo, la contraparte interpone recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia contra la sentencia, que no cumple el requisito de la cuantía, pero beneficiado por el auto de unificación, y solicita como medida cautelar la suspensión de la sentencia con fundamento en el artículo 264[19], y se conceda la petición.

Esta circunstancia, revela con mayor claridad que aplicar esta regla de manera retrospectiva vulnera el principio de confianza legítima y seguridad jurídica.

---

[18] Artículo 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

S in embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad".

[19] Artículo 264.Suspensión de la sentencia recurrida. Cuando el recurrente fuere único, este podrá solicitar que se suspenda el cumplimiento de la providencia recurrida, para lo cual deberá prestar caución dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto que la ordene, para responder por los perjuicios que se llegaren a causar. La naturaleza y monto para prestarla serán fijados por el ponente en el tribunal. Si el recurrente no otorga la caución en la forma y términos ordenados, continuará el trámite del recurso pero no se suspenderá la ejecución de la sentencia.

Si la caución prestada es suficiente se decretará la suspensión del cumplimiento de la sentencia en el mismo auto que conceda el recurso. Si el recurrente no otorga la caución en la forma y términos ordenados, continuará el trámite del recurso, pero no se suspenderá la ejecución de la sentencia.

2.2 En otro caso, sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2021, expediente 42.003, la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para el conocimiento de las controversias que se susciten con empresas prestadoras de servicios públicos, la naturaleza jurídica de su actos precontractuales y el medio de control procedente para demandar las controversias que se originen con ocasión de los actos precontractuales de estas empresas.

Al respecto, la Corporación consideró que i) las controversias de las empresas de servicios públicos por regla general son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo[20]; ii) los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos son actos de derecho privado, a menos que la ley establezca que son actos administrativos[21], y que el medio de control para reclamar las controversias derivadas de actos precontractuales privados de las empresas de servicios públicos es el de reparación directa[22].

Ahora bien, como quiera que no existía un criterio uniforme en la jurisprudencia acerca del medio de control procedente para demandar las controversias que derivan de actos precontractuales privados de las empresas de servicios públicos, y con el fin de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, en la providencia se estableció que se deben decidir de fondo las demandas iniciadas con anterioridad a la notificación de la sentencia de unificación para este tipo de casos, aun cuando se haya interpuesto el medio de control equivocado[23], es decir, se dio efecto prospectivo a la nueva regla jurisprudencial.

[20] Cuando no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, deberá acudirse a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 82 del CCA, hoy 104 del CPACA) para resolver el vacío normativo; si, con base en ello, no se desprende el conocimiento de esta jurisdicción, corresponderá a la jurisdicción ordinaria.

[21] Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.

[22] Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa.

[23] Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas

Por lo tanto, se aplicó correctamente el precedente en el tiempo, pues de haberse usado la nueva regla de derecho a los casos que se iniciaron con anterioridad a ella, se vulneraría el derecho de acceso a la administración de justicia y debido proceso de los demandantes que interpusieron el medio de control equivocado, pues no existía una regla clara acerca de cuál era el medio de control procedente para reclamar este tipo de controversias.

2.3 En materia de caducidad del medio de control de reparación directa cuando el daño deriva de una conducta constitutiva de un delito de lesa humanidad, la Sección Tercera del Consejo de Estado señalaba en algunas providencias, que la caducidad no operaba (ver providencias del 17 de septiembre de 2013 expediente 45.092, del 7 de septiembre de 2015 expediente 51.388, del 7 de septiembre de 2015 expediente 47.671, del 17 de julio de 2018 expediente 58.942, del 9 de diciembre de 2019 expediente 63.095).

En la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020, expediente 61.033, la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció, entre otras reglas, que la caducidad de los medios de control indemnizatorios, como el de reparación directa, debe contarse cuando el daño es causado por delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, con lo cual se abandon**ó** el criterio de ausencia de caducidad para estos casos.

Sin embargo, en la sentencia no se indicó para cuáles casos aplicaba esta regla de derecho, razón por la cual se interpreta, en la mayoría de los casos, que aplica para todos los casos (efecto retrospectivo del precedente), es decir, para las demandas que se interpusieron antes y después de la sentencia de unificación (al respecto ver sentencia del 15 de diciembre de 2021, expediente 54.159; auto del 19 de noviembre de 2021, expediente 67.045; auto del 18 de noviembre de 2021, expediente 67.078; auto del 11 de octubre de 2021, expediente 64.994).

Ahora bien, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de segunda instancia de tutela del 30 de abril de 2021, radicado, 11001-03-15-000-2020-04068-01(AC), se apartó del precedente de la sentencia de unificación, y revoc**ó** una providencia que había declarado la caducidad un acción de reparación directa en la que se reclamaban daños causados por un delito de lesa humanidad, con fundamento en que no se puede aplicar este precedente retrospectivamente, porque es un cambio

antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos.

procesal (contar la caducidad) que su uso para las demandas que se interpusieron antes de la expedición de la sentencia de unificación, vulnera el derecho acceso a la administración de justicia de los sujetos procesales:

> *"52. Así entonces, los cambios de velocidad o de revocatoria de la jurisprudencia, particularmente los que contienen asuntos de orden procesal,* ***entre ellos el relacionado con la adecuada escogencia de la acción, la jurisdicción competente o la caducidad, no pueden aplicarse de manera retroactiva cuando afecten el derecho de acceso a la administración de justicia****.*
>
> *53. No sería lógico que al momento de presentarse la demanda el usuario de la administración de justicia, habiendo puesto su confianza, desde un punto de vista histórico, en un criterio jurisprudencial que lo conducía plausiblemente a determinar la manera correcta de reclamar sus derechos vulnerados ante la administración de justicia, posteriormente resulte que dicho criterio ha sido modificado por esa misma autoridad judicial y el mencionado usuario afectado -al hacer el cambio de velocidad jurisprudencial- quedaría asaltado en su buena fe y se le cercenaría, sobretodo****, el libre acceso a la administración de justicia, ya que el juez, al amparo del nuevo criterio procesal, se inhibiría de fallar de fondo el litigio puesto a su consideración o negaría las pretensiones en atención al nuevo criterio procesal."*
> (*Énfasis* propio).

La Corte Constitucional en sede de revisión eventual, al estudiar el mismo caso, confirmó la decisión previamente citada, entre otras razones, porque, aunque la sentencia de unificación del Consejo de Estado tiene efectos retrospectivos, su aplicación al caso en concreto implica desconocer la sentencia SU-406 de 2016, que señala que el juez debe estudiar las circunstancias particulares de cada caso y verificar si la aplicación del nuevo precedente a un caso anterior, afecta garantías procesales:

> *"94. No obstante, teniendo en cuenta que, por las razones anotadas, la sentencia de unificación tiene efectos retrospectivos, la Sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Casanare sí incurrió en desconocimiento del precedente judicial. Esto, debido a que el aplicar las reglas unificadas en la sentencia del 29 de enero de 2020, las cuales supusieron cambios sustanciales en las cargas probatorias y argumentativas (infra num. 3.4.),* ***no tuvo en cuenta el mandato establecido en la Sentencia SU-406 del 2016, según el cual, como ya se dijo, pese a que el cambio de reglas aplicara de forma "general y automática", debían valorarse las circunstancias particulares de los accionantes, con el objetivo de determinar si la aplicación "general y automática" del precedente unificado podría poner en riesgo las garantías procesales y, en consecuencia, sus derechos fundamentales****. Esta omisión, en sí misma, constituye el desconocimiento del precedente judicial. De haber hecho tal valoración, el juez de la causa habría podido advertir la existencia de ciertas circunstancias que le imponían la necesidad de matizar las reglas de unificación vigentes, circunstancias que, por efectos metodológicos, serán estudiadas en el numeral siguiente de esta sentencia."*[24]
> (negrita personal).

Fácilmente se puede llegar a la misma conclusión de las providencias citadas, si se tiene en cuenta que la confianza del demandante se origina en un precedente aplicado en diferentes providencias (ausencia de caducidad para los casos de responsabilidad por delitos de lesa humanidad) y que tiene por objeto garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, y por esta razón actúa, es decir, incoa la demanda de forma extemporánea, amparado bajo esta regla de derecho.

2.4 En sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, expediente 44.572, la Sección Tercera del Consejo de Estado, determinó que en los casos de privación injusta de la libertad, para el reconocimiento de los honorarios pagados al abogado por la representación en el proceso penal, se deben acreditar con *"**La factura –o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario)- acompañada de la prueba de su pago**, expedidos ambos por el abogado que asumió la defensa penal del afectado directo con la medida de aseguramiento, **será la prueba idónea del pago** por concepto de honorarios profesionales"*.

La jurisprudencia anterior a la sentencia de unificación no exigía un medio probatorio específico para acreditar este perjuicio, aplicaba el principio de libertad probatorio, así en las sentencias del 26 de junio de 2015, expediente 25.664 y del 3 de diciembre de 2018, expediente 44.913, se señaló:

> *"15.1.5. Por excelencia la prueba del pago, de conformidad con el Código Civil es la carta de pago*[25]*, según el Estatuto del Abogado –Ley*

[24] Corte Constitucional, sentencia T-044 de 2022.

[25] Artículos 1628, 1653, 1654 y 1669 del Código Civil.

1123 de 2007[26] *y el Código de Comercio es el recibo*[27]*, documentos que, cumpliendo los requisitos de ley, se encuentran llamados a reflejar con claridad que la obligación fue debidamente satisfecha, sin perjuicio, claro está,* ***de que los interesados puedan acudir a otros medios de prueba, puesto que en el ordenamiento colombiano rige el principio de libertad probatoria y de apreciación de conformidad con las reglas de la sana critica****.*

15.1.6. Así las cosas, tratándose del pago de honorarios deben aportarse al expediente todas aquellas pruebas que reflejen la existencia de los mismos y de su erogación, tales como el contrato de prestación de servicios (si lo hubiere), los recibos que evidencien el pago de los mismos y todas aquellas que demuestren la gestión del apoderado en el proceso que se dice actuó, entre otros." (énfasis añadido)

En la sentencia de unificación no se precisó los efectos en que se debía aplicar el cambio jurisprudencial, por lo que se aplica a todos los procesos, inclusive los iniciados con anterioridad a la sentencia de unificación. (ver, por ejemplo, sentencia del 2 de noviembre de 2021, expediente 56.510; sentencia del 2 de noviembre de 2021, expediente 49.689; sentencia del 2 de marzo de 2022, expediente 52.489, sentencia del 4 de febrero de 2022, expediente 56.666).

Se considera que para este caso, la jurisprudencia debió aplicarse de forma prospectiva, dado que las personas que presentaron demandas antes de la sentencia de unificación, aportaron y solicitaron diferentes pruebas confiando en la jurisprudencia vigente, que permitía acreditar los honorarios con cualquier medio probatorio, sin embargo, posteriormente son sorprendidas, con una sentencia que exige un medio probatorio especifico para hacerlo, vulnerando de esta forma su derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

Con los casos expuestos, se encuentra que el Consejo de Estado en ciertas ocasiones omite pronunciarse sobre la aplicación de su precedente en el tiempo cuando es modificado, sobre todo cuando se trata de temas procesales, lo cual genera inseguridad jurídica y desconocimiento del derecho de acceso a la administración de justicia de los sujetos procesales, pues son sorprendidos con cambios jurisprudenciales que no les permite ajustarse a la nueva regla de derecho en el proceso.

[26] Artículo 28, n.° 8°.

[27] Artículos 877 y 1163 del Código de Comercio.

Por lo tanto, es imperativo fijar reglas que guíen la función unificadora del Consejo de Estado en los casos que existan un cambio de precedente y que le permitan al juez administrativo y a los sujetos procesales interpretar correctamente las sentencias modificadoras, con el fin de garantizar los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

3. REGLAS PARA APLICAR EL PRECEDENTE "PROCESAL" EN EL TIEMPO

De acuerdo con la sentencia SU-406 de 2016 de la Corte Constitucional, los cambios de precedente tienen por regla general efectos retrospectivos, es decir, se debe aplicar para los casos nuevos, como para los que se están tramitando. Sin embargo, se exige que el juez analice en cada caso, si la aplicación del nuevo precedente al caso implica vulnerar los derechos fundamentales de los sujetos procesales que estaban sometidos al precedente modificado:

"7.8.2.3. A la luz de lo anterior, se observa que el cambio de una determinada posición jurisprudencial por el respectivo órgano de cierre, implica una modificación en la interpretación jurídica, es decir, del contenido normativo de determinada disposición y que, ***en atención al carácter vinculante general e inmediato del precedente****, determina la aplicación judicial -en el orden horizontal y vertical- del derecho sustancial o procesal, según sea el caso.*

"…

7.8.2.6. De manera que, así como el ordenamiento jurídico ha previsto ciertas reglas en los casos en que se producen cambios legislativos, ***resulta enteramente razonable que, igualmente, el juez de conocimiento considere las circunstancias de cada caso a efectos de cumplir con su deber de aplicar la jurisprudencia vigente para que no se afecten los derechos fundamentales de los sujetos procesales****.*

En este orden de ideas, resulta admisible que, en aquellos casos en que los sujetos procesales actuaron al amparo del precedente vigente, y con la confianza legítima de que surtirían los efectos en él previsto, no se apliquen los cambios que deriven en una afectación de sus derechos fundamentales." (resaltado propio).

En providencia del 4 de junio de 2019, radicado 11001-03-15-000-2013-01628-00(REV), en sede revisión, el Consejo de Estado señaló algunas reglas

para tener en cuenta para determinar si un cambio de precedente debe tener efectos retrospectivos o no:

> *"29.- Para efectos de determinar si la aplicación retroactiva o retrospectiva del cambio de precedente judicial vulnera la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima deben tenerse en cuenta, entre otros factores, los siguientes:* ***(i)*** *si la conducta del individuo dependió o no de la regla jurisprudencial vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos objeto de juzgamiento. Es decir, si su actuar dependió del conocimiento previo y calculabilidad de la regla sentada en el precedente que posteriormente es objeto de modificación; y,* ***(ii)*** *el grado de la fuerza normativa material del precedente modificado, para lo cual es necesario estudiar la corrección de la regla sentada en éste."*

En sentencia del 25 de septiembre de 2017, expediente 50.892, la Sección Tercera del Consejo de Estado[28], señaló que, aunque el juez que realizó el cambio jurisprudencial no se haya pronunciado acerca de la aplicación en el

[28] "13.9. Ahora bien, aunque el principal llamado a realizar el juicio de ponderación propuesto y, de ser el caso, a determinar el mecanismo a través del cual se velaría porque la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no afecte de manera desproporcionada principios y derechos constitucionales, sería el mismo juez que la fija, en los casos en que se haya abstenido de hacerlo, los demás operadores de justicia, también obligados a hacer prevalecer la superioridad de la Constitución Política, podrían determinar que, en una situación concreta, la aplicación de la misma desatendería injustificadamente los postulados superiores y, en consecuencia, después de cumplir con la exigente carga argumentativa que les incumbiría por apartarse de la regla tácita de su aplicación inmediata, podrían decidir, fundadamente, que el cambio jurisprudencial invocado no tiene efectos para el caso sometido a su consideración.

13.10. Es importante señalar que todo lo dicho hasta aquí supone verificar previamente que, por una parte, existía una regla jurisprudencial clara y de aplicación si no uniforme al menos sí mayoritaria -y no sólo un pronunciamiento insular sobre el mismo punto- y, por la otra, que dicha regla realmente cambió, esto es, que constituye una auténtica modificación de la precedente, pues bien puede ocurrir que no sea más que una subregla de la anterior, establecida en atención a circunstancias fácticas particulares, o que, siendo radicalmente distinta, sea el producto de cambios normativos, casos en los cuales el justiciable no podía esperar, legítimamente, que se le aplicara el precedente pretendido. En efecto, para hablar de un cambio jurisprudencial es necesario constatar que, sobre el mismo punto de derecho y sin que mediaran cambios en el ordenamiento jurídico que así lo justificaran, se adoptó una regla sustancialmente diferente a la que venía aplicándose, de manera generalizada, y que implica que el problema jurídico planteado a la jurisdicción sea resuelto de manera opuesta a como venía haciéndose. Es sólo en este escenario en que podría advertirse la vulneración a los derechos y principios constitucionales que daría lugar a modular la aplicación de la regla jurisprudencial últimamente fijada. (énfasis propio).

tiempo de éste, los jueces en cada caso deben analizar si el uso de la nueva regla de derecho a un proceso o hechos que se dieron con anterioridad al precedente, implica el desconocimiento de garantías constitucionales, y si es así, deberá argumentar las razones por las cuáles se aparta del nuevo precedente y aplica la regla jurisprudencial modificada.

Además, refiere que solamente existirá un "cambio jurisprudencial", cuando la regla modificada era de aplicación mayoritaria por la Corporación, aunque no de forma uniforme.

De acuerdo con lo expuesto, se propone el siguiente "test" para efectos de establecer cuando aplicar de forma retrospectiva o prospectiva un cambio jurisprudencial en materia procesal:

i) Verificar si el precedente modificado era aplicado de forma mayoritaria por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o Sección del Consejo de Estado, para efectos de considerar si los sujetos procesales podían confiar razonadamente en su aplicación al caso.

ii) Para que se aplique la jurisprudencia modificada es indispensable que se establezca que el sujeto procesal beneficiado tenía una confianza legítima y razonada que esta regla se iba aplicar. Por ejemplo, si existe diversidad de criterios jurisprudenciales sobre el tema procesal, y el Consejo de Estado acoge uno de ellos, en este caso no existe confianza legítima, el sujeto procesal sabía de la alternatividad de criterios.

iii) Si el Consejo de Estado en el nuevo precedente no fijó el efecto en que se debe aplicar (retrospectiva o prospectivamente), el juez en cada caso debe evaluar si aplicar la nueva regla jurisprudencial a procesos, actuaciones o hechos ocurridos con anterioridad, implica el desconocimiento de garantías constitucionales para el sujeto procesal, y si es así, deberá argumentar las razones por las cuáles se aparta para ese caso de aplicar la nueva regla de derecho.

iv) Si el cambio jurisprudencial tiene que ver con recursos, práctica de pruebas decretadas, audiencias, diligencias, términos incidentes y notificaciones, se deberán aplicar las reglas del artículo 624 del Código General del Proceso, relacionados con la aplicación de las reglas procesales en el tiempo. En estos casos el precedente deberá siempre tener efectos prospectivos.

v) Si el cambio del precedente limita o elimina una facultad de algún sujeto procesal que es determinante en la decisión del litigio, tanto para pretensiones declarativas como condenatorias. En estos casos se debe considerar que su aplicación retrospectiva vulnera el derecho al

debido proceso y seguridad jurídica. Por ejemplo, cuando el cambio jurisprudencial indica que para demandar ciertas controversias se debe interponer un medio de control especifico, o cuando se exige determinado medio probatorio para acreditar un hecho, o cuando se reduce el término de caducidad para interponer una acción.

4. CONCLUSIONES

La función unificadora del Consejo de Estado ha permitido que se profiera un mayor número de sentencias y autos de unificación, y con ellos que se generen cambios jurisprudenciales.

Los cambios jurisprudenciales en muchos casos se aplican para todos los procesos, incluidos, aquellos en que es aplicable el precedente modificado (anterior), sin considerar el derecho al debido proceso y acceso a la justicia de los sujetos y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes reglas para evitar la vulneración de derechos y garantías procesales en la aplicación del precedente**:** i) verificar si el precedente modificado era aplicado de forma mayoritaria por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o Sección del Consejo de Estado; ii) la confianza legítima del beneficiado con el precedente modificado; iii) el juez en cada caso debe evaluar si aplicar la nueva regla jurisprudencial a procesos, actuaciones o hechos ocurridos con anterioridad, implica el desconocimiento de garantía constitucionales para el sujeto procesal; iv) lo que dispone el artículo 624 del Código General del Proceso en materia de vigencia de las disposiciones procesales; v) si el cambio del precedente limita o elimina una facultad de algún sujeto procesal que es determinante en la decisión del litigio.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Constitucional

Sentencia C-634 de 2011.

Sentencia SU-406 de 2016.

Sentencia T-044 de 2022.

Consejo de Estado

Auto del 17 de septiembre de 2013 expediente 45.092

Concepto del 10 de diciembre de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado Rad. 11001-03-06-000-2013-00502-00(2177).

Auto del 28 de agosto de 2014, expediente 51.628.

Sentencia del de 7 de septiembre de 2015 expediente 47.671.

Sentencia de 7 de septiembre de 2015 expediente 51.388.

Sentencia del 25 de septiembre de 2017, expediente 50.892.

Auto del 17 de julio de 2018, expediente 58.942.

Auto del 28 de marzo de 2019, radicado 15001-23-33-000-2003-00605 01 (0288 – 2015).

Providencia del 4 de junio de 2019, radicado 11001-03-15-000-2013-01628-00(REV).

Sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, expediente 44.572.

Auto del 9 de diciembre de 2019, expediente 63.095.

Sentencia de unificación del 29 de enero de 2020, expediente 61.033.

Sentencia del 30 de abril de 2021, radicado, 11001-03-15-000-2020-04068-01(AC).

Sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2021, expediente 42.003.

Auto del 11 de octubre de 2021, expediente 64.994.

Sentencia del 2 de noviembre de 2021, expediente 56.510.

Sentencia del 2 de noviembre de 2021, expediente 49.689.

Auto del 19 de noviembre de 2021, expediente 67.045.

Auto del 18 de noviembre de 2021, expediente 67.078.

Sentencia del 15 de diciembre de 2021, expediente 54.159.

Sentencia del 4 de febrero de 2022, expediente 56.666.

Sentencia del 2 de marzo de 2022, expediente 52.489.

9.

Derecho de Familia

ELABORACIÓN Y PRESENTACIÓN DEL INVENTARIO Y AVALÚOS EN LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL, PATRIMONIAL Y DE LA HERENCIA 1079
Jesael Antonio Giraldo Castaño

FACULTADES OFICIOSAS, ULTRA Y EXTRA PETITA DEL JUEZ O JUEZA DE FAMILIA 1117
Yadira Elena Alarcón Palacio

ELABORACIÓN Y PRESENTACIÓN DEL INVENTARIO Y AVALÚOS EN LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL, PATRIMONIAL Y DE LA HERENCIA

*Jesael Antonio Giraldo Castaño**

INTRODUCCIÓN

Para determinar la necesidad de conformar inventario y avalúos, hay que partir de la existencia de una masa universal de bienes proveniente de la disolución de la sociedad conyugal o patrimonial, y del patrimonio de una persona una vez fallecida, para lo cual obviamente hay que ver si en el matrimonio o en la unión marital hubo sociedad conyugal o patrimonial, si se disolvió, cuál fue la forma de disolución, y si hay una persona fallecida que haya dejado un patrimonio. Luego sí se verá la elaboración del inventario con todas sus etapas.

1. SURGIMIENTO DE SOCIEDAD CONYUGAL Y PATRIMONIAL, Y DE LA HERENCIA

1.1 Surgimiento de la sociedad conyugal y patrimonial

En Colombia con el matrimonio surge sociedad conyugal (artículo 180 del Código Civil).

* Exmagistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y expresidente del mismo. Exmagistrado de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y expresidente del mismo. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Comisión Revisora del Código General del Proceso. Árbitro de las listas A, de las Cámaras de Comercio de Bogotá e Ibagué. Profesor universitario. Abogado litigante.

En cuanto a la sociedad patrimonial con la existencia de una unión marital de más de dos años entre personas que tengan libertad para contraer matrimonio, se presume sociedad patrimonial. Si el impedimento matrimonial existente entre los compañeros permanentes es un matrimonio anterior, la sociedad o sociedades conyugales de ellos deben estar disueltas, y la sociedad patrimonial surge, en consecuencia, desde la disolución de la sociedad conyugal respectiva (artículo 2º de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1º de la Ley 979 de 2005- Sentencia de la Sala Civil de la Corte del 10 de septiembre de 2003[1]. Sentencias 700-2013 y C-163-2016[2]).

Antes de la Ley 54 de 1990, la relación concubinaria no generaba ningún derecho patrimonial, ni podía ser invocada como fuente de derechos. La jurisprudencia, no obstante, reconoció que al lado de una relación concubinaria, podía surgir una relación económica autónoma que debía ser reconocida como un contrato de trabajo, un contrato de sociedad civil o comercial o generarse un enriquecimiento sin causa. Antes de dicha ley, el objeto de la prueba en un proceso con la finalidad indicada era la relación económica haciendo abstracción total de la relación concubinaria considerada inmoral y civilmente ilícita.

Probar la relación económica, ha sido siempre difícil, y por supuesto se truncan muchas aspiraciones patrimoniales.

El legislador entendió que había que propender por una regulación más tuitiva, más protectora, en particular de las mujeres, ya que por razones culturales los bienes figuran a nombre del varón, donde lo trascendente probatoriamente, no sea la relación económica, eximiéndola de prueba, a través de la presunción. Con la Ley 54, cambió el objeto de la prueba, ahora lo determinante es la prueba de la unión que reúna los requisitos del artículo 1º de la citada ley; para hoy: la comunidad de vida, la permanencia y la singularidad, despareciendo uno de los elementos que era la heterosexualidad. Ahora puede ser heterosexual u homosexual.

Probada la unión, se presume la sociedad. Obviamente es una presunción legal o iuris tantum, que por lo mismo admite prueba en contrario.

El artículo 2º de la ley trae dos hipótesis para el surgimiento de la sociedad: i) que los compañeros tengan libertad para contraer matrimonio y hayan convivido dos años por lo menos, caso en el cual se presume sociedad desde el inicio de

[1] M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

[2] Luis Ernesto Vargas Silva.

la unión, y ii) que si tienen impedimento para contraer matrimonio, y este es un matrimonio anterior, que éste no tenga sociedad conyugal, porque nunca la tuvo o porque está disuelta. Inicialmente la ley traía otras exigencias, pero hoy, luego de las sentencias C-700 de 16 de octubre de 2013[3] y C-193 de 20 de abril de 2016[4], sólo se exige que esté disuelta, como desde el 10 de septiembre de 2003, lo venía sosteniendo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia[5] y los jueces. La finalidad del requisito es evitar la coexistencia de sociedades, en razón de que ambas son universales; es decir a ella entran la totalidad de los bienes que se adquieran a título oneroso, los que provengan del trabajo y ahorro de los cónyuges o compañeros y los frutos de los bienes sociales y propios, y si hay varias sociedades de esa naturaleza habría confusión de patrimonios sociales. Se consagró así una norma similar a la contenida en el artículo 25 de la Ley 1ª de 1976, cuando hay bigamia, en el sentido de que en ese caso solo el primer matrimonio tendrá sociedad conyugal. Posteriormente la jurisprudencia dijo que, aunque se decrete la nulidad por bigamia, el segundo matrimonio puede tener sociedad conyugal si el primero no la tenía[6],[7]. De la misma manera, si los cónyuges tienen disueltas sus sociedades conyugales en sus respectivos matrimonios, en la unión marital, aunque pervivan éstos, surge sociedad patrimonial.

Debe anotarse que si bien la ley se refirió solo al impedimento de matrimonio anterior y no a los otros (conyugicidio y parentesco), la Corte Suprema ha negado la sociedad patrimonial a una relación incestuosa (parentesco)[8].

También surge sociedad patrimonial por manifestación de la voluntad de los compañeros ante notario o conciliador haciéndola constar en escritura pública o acta de conciliación, pero solo después de que han convivido como mínimo dos años, según lo exige el artículo 1º, literal b, inciso 2º numeral 1º de la Ley 979 de 2005, norma declarada constitucional con la sentencia C-131 de 30 de mayo de 2018[9], limitándose inexplicablemente la autonomía de la

[3] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[4] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[5] M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

[6] Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, sentencia del 13 de julio de 1995. M.P. Jesael Antonio Giraldo Castaño.

[7] Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de marzo de 2011. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

[8] Sentencia de 19 de diciembre de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

[9] M.P. Gloria Stella Ortiz.

voluntad porque no se entiende por qué pueden los compañeros declarar la unión desde su inicio pero en cambio deben esperar dos años para declarar la sociedad patrimonial.

En Colombia los regímenes de sociedad conyugal y sociedad patrimonial son **supletorios**. Vale decir, que sólo a falta en capitulaciones matrimoniales o maritales en los que se haya pactado que no habrá social o se les introduzcan modificaciones posibles a esos regímenes, surgen tales sociedades.

1.2 Pacto de la exclusión de la sociedad en capitulaciones matrimoniales o maritales

Con el matrimonio la mujer se volvía incapaz, el marido era su representante legal y el administrador de sus bienes. Por ello, todo el régimen económico del matrimonio resultaba especialmente protector de los derechos de la mujer, quien además le debía obediencia al marido (potestad marital) y debía aceptar el domicilio del hogar conyugal que determinara el marido. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia consideraron que todo lo relativo a la sociedad conyugal era de orden público, y originalmente se normó en el artículo 198 del C.C., que la mujer no podía renunciar en capitulaciones al derecho a pedir la separación de bienes. Se entendió entonces que tampoco podían los esposos (futuros marido y mujer), pactar el régimen de exclusión de la sociedad conyugal en capitulaciones.

La situación cambió con la expedición de la Ley 28 de 1932, con la cual se introdujo un profundo cambio en el régimen económico del matrimonio al establecerse que con el matrimonio la mujer no se vuelve incapaz ni el marido será el administrador de sus bienes ni su representante legal.

El Decreto Ley 2820 de 1974, mediante la modificación de los artículos 176 a 179 del C.C., acabó con todas las potestades del marido sobre la mujer, y con el artículo 61, modificó el 1775, ibídem, sobre renuncia de gananciales: "*RENUNCIA A LOS GANANCIALES. Cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros*". Luego, con el artículo 2° del Decreto Ley 772 de 1975 se recuperaron las causales de separación de bienes que en forma inopinada habían desaparecido con la derogatoria del artículo 200 del C.C., por el artículo 698 del CPC., estableciéndose por primera vez el mutuo acuerdo como causal de separación de bienes, lo cual era novedoso.

La Ley 1ª de 1976, estableció expresamente en el artículo 25, con el cual se modificó el artículo 1820 del C.C., que la sociedad conyugal se disuelve también por mutuo acuerdo elevado a escritura pública. Así mismo la Ley 640 de 2001 en el artículo 40, autoriza la separación de bienes y de cuerpos, ante el conciliador y hace obligatoria en el artículo 35 la conciliación previa sobre este asunto, entre otros, como requisito de procedibilidad de la acción de separación de bienes.

Por último, el artículo 42 de la Constitución ordena la "*igualdad de derechos y deberes de la pareja*".

Así las cosas, hoy no existe ninguna limitación para pactar la exclusión de la sociedad conyugal en capitulaciones matrimoniales o maritales. Y en ese sentido la Corte despejó cualquier duda que pudiera surgir, con la sentencia SC-2222 del 13 de julio de 2021[10]. Resaltó la Corte, como lo viene diciendo la doctrina nacional y extranjera, que no hay objeto ilícito en el pacto de exclusión de la sociedad conyugal en las capitulaciones, porque hoy se trata de un asunto de derecho privado plenamente disponible por los cónyuges o los compañeros. Incluso, algunos magistrados aclararon el voto en el sentido de que actualmente es completamente válido pactar capitulaciones o cambiarlas en vigencia de la sociedad conyugal o patrimonial.

El maestro Arturo Valencia Zea sobre el particular dice que los cónyuges tienen la total libertad para descartar la sociedad conyugal o modificarla en capitulaciones matrimoniales, mostrando aún la posibilidad de celebrarlas o modificarlas después de la celebración del matrimonio.[11]

Actualmente no hay ningún doctrinante nacional, que tenga la tesis contraria a la validez de la separación de bienes en capitulaciones matrimoniales; sobre la validez del pacto se pronuncian entre otros, Pedro Lafont Pianetta, Arturo Valencia Zea, Juan Enrique Pabón Medina, Pedro Alejo Cañón, Edgar Álvarez Rodríguez, Roberto Suárez Franco, Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otros, (estos dos últimos corrigiendo su postura antigua en el sentido de que no era posible pactarla).

Hoy la mayor parte de las legislaciones extranjeras y la doctrina, aceptan el pacto de capitulaciones o su modificación, antes o durante el matrimonio.

[10] M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

[11] Arturo Valencia Zea, Derecho Civil, Tomo VI, Derecho de Familia, pp. 282 y 288.

1.3 Pacto de capitulaciones durante los dos primeros años de la unión marital

Otro avance importante de la Corte, es el de haber reconocido la validez del pacto de capitulaciones maritales dentro de los dos primeros años de la unión marital y antes de que se presuma la sociedad patrimonial. Era algo que algunos considerábamos completamente válido, porque la exigencia de que fuera antes de la unión, se debía a la equiparación del matrimonio y la unión, pero sin advertir, que el surgimiento de las sociedades es diferente, pues, la sociedad conyugal surge con el matrimonio, y la patrimonial con la unión pero siempre que esta perdure mínimo dos años, de donde, mientras no se presuma la sociedad como lo dispone el artículo 2 de la Ley 54 de 1990, no hay ninguna invalidez en el pacto de las capitulaciones.

Con la sentencia C-005 del 18 de enero de 2018[12], quedó plenamente despejado el punto, al disponer que es válido el pacto dentro de los primeros años de la unión. En ambas sentencias, se deja la semilla de la tesis, con las aclaraciones de voto, de que se pueden pactar la separación en capitulaciones o modificarse el régimen de sociedad en vigencia de dichas las sociedades.

Sobre el tema, es justo reconocer que la Corte Suprema, desde hacía muchos años, venía sosteniendo que era válido el pacto de exclusión de la sociedad en capitulaciones matrimoniales. Así, entre muchas otras, lo dijo la Corte en la sentencia del 1º de agosto de 1979[13]. Ahora ya no hay duda alguna, por cuanto varias sentencias se han ocupado de la materia, como tema central.

1.3.1 Hito temporal inicial del cómputo del término de prescripción de la acción para demandar la nulidad de las capitulaciones matrimoniales o maritales

También el año pasado, decidió la Corte, por primera vez, el hito inicial del cómputo del término para demandar la nulidad absoluta de las capitulaciones al señalar que se cuenta el término desde su celebración y no desde la disolución de la sociedad, como se pedía. Así lo dejó sentado en la sentencia SC-2130 de 2 de junio de 2021[14].

[12] M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

[13] M.P. Germán Giraldo Zuluaga.

[14] M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

2. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL

De manera que, si hay sociedad conyugal o patrimonial, desde su disolución se puede proceder a su liquidación, para darle a cada cónyuge o compañero sus utilidades si las hubo, llamadas gananciales. Para ello hay que ver cómo se disuelven una y otra.

2.12 Disolución de la sociedad conyugal

Para la disolución de la sociedad conyugal había certeza de cuándo se disolvía, toda vez que el artículo 1820 del C.C., modificado por el artículo 25 de la Ley 1ª de 1996, establecía que las causales eran tres: muerte de uno o de los dos cónyuges (conmoriencia: muerte en el mismo instante), mutuo acuerdo de los cónyuges expresado en escritura pública ante notario, (podemos agregar ante juez- 21-2 CGP, o ante conciliador en acta de conciliación- Ley 640 de 2001, art. 40)., y sentencia judicial (de divorcio de matrimonio civil, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos, separación de bienes y nulidad de matrimonio civil o religioso).

Recientemente la Corte, en sentencia dividida SC-4027 del 14 de septiembre de 2021[15], (salvamento de Álvaro Fernando García Restrepo, aclaraciones de Octavio Augusto Tejeiro Duque, Luis Alonso Rico Puerta y Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo), sentó la doctrina de que la sociedad conyugal se disuelve también con la separación física definitiva, como acontece con la sociedad patrimonial. Lo cierto, es que así se ha consagrado en diversos países como en España, Argentina y México, entre otros. No obstante, en Colombia, esta postura doctrinaria es novedosa, pues siempre se dijo que las causales de disolución de la sociedad conyugal eran taxativas y no se podían introducir causales nuevas como acontece con el divorcio donde tampoco pueden establecerse judicialmente nuevas causales, porque se atentaría contra el principio democrático, en cuanto es el legislador el que tiene la potestad de modificar la ley, y se vulneran la seguridad jurídica y la confianza legítima de las personas en la ley, esto es, el principio de legalidad.

La bondad de la decisión, es indiscutible, frente a situaciones tan injustas como la de sociedad conyugal vigente impeditiva del nacimiento de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, con lo cual la judicatura, supuestamente garante de un principio fundante del Estado Social de Derecho, el

[15] M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

orden justo, ha tenido que patrocinar enriquecimientos sin causa contrarios a la justicia, como cuando una pareja ha convivido muchos años, y luego uno de los compañeros esgrime un acta de matrimonio para enervar la pretensión de declaración de sociedad patrimonial, como aconteció entre otras muchas, en las sentencias SC-003 de 18 de enero de 2021[16], en donde ni siquiera se había registrado el matrimonio (salvó voto Álvaro Fernando García), y SC-006 de enero 25 de 2021 (salvó voto Luis Armando Tolosa Villabona). Justo es reconocer, que la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, siempre reconoció la existencia de sociedad patrimonial, aunque coexistiera con una sociedad conyugal, si no se demostraba concurrencia de las dos comunidades de vida.

Sin embargo, no deja de resultar controversial su aplicación en la medida en que esa causal de disolución sería la única que exigiría declaración judicial, y si se demanda, por ejemplo la declaración de sociedad patrimonial, y uno de los compañeros se ha separado de hecho de su cónyuge con anterioridad, tendría disuelta la sociedad conyugal, pero el juez no podría darle prosperidad a la pretensión de declaración de la sociedad patrimonial sin que se haya declarado la disolución judicial de la mencionada sociedad conyugal, o sin que se hubiese vinculado al otro cónyuge o a los herederos con esa pretensión concreta. Veo poco probable la ruptura en este caso del principio de congruencia previsto en el artículo 281 parágrafo 1º del CGP, o la integración del contradictorio, aduciendo la existencia de un litisconsorcio necesario.

Como lo advierte ese fallo, dicha causal, no opera como las otras de pleno derecho, sino que requiere declaración judicial por la incertidumbre de la fecha exacta de la disolución. Lo mismo ocurre en España con esa causal, hay que tramitar proceso declarativo.

2.2 Disolución de la sociedad patrimonial

En cuanto a la sociedad patrimonial, la disolución es también por muerte, acuerdo de los cónyuges expresado ante notario por escritura pública o ante conciliador en acta de conciliación, o mediante sentencia judicial (art. 5º Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 3º de la Ley 979 de 2005).

Pero, la sentencia judicial, distinto a lo que acontece con la sentencia judicial disolutoria de la sociedad conyugal, no disuelve la sociedad, sino que la declara. Esto es, la sentencia solo le da certeza a una disolución ya acaecida

[16] Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

en el pasado, como la muerte, la separación física definitiva o el matrimonio con tercero. Estos hechos constituyen la verdadera causa de la disolución.

La disolución por separación física definitiva o por matrimonio con tercero, o entre los compañeros, no está prevista en la ley como causal de disolución de la sociedad patrimonial. Estas causales no aparecen dentro del listado del artículo 3º de la Ley 979 de 2005. Las dos primeras se deducen de la norma de la prescripción de la acción para solicitar la disolución y liquidación de la sociedad (art. 8 Ley 54 de 1990). Dicha disposición dice que la acción de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, prescriben desde la separación física definitiva, desde el matrimonio con tercero y desde la muerte. La Corte Suprema, Sala Civil, en sentencia de tutela STC-7194 de 2018[17], al negar una acción de tutela contra una sentencia de la Sala Civil Familia de Bucaramanga, consideró que el matrimonio entre compañeros disuelve la sociedad patrimonial, pero la prescripción no se cuenta desde el matrimonio; consideró razonable, que el Tribunal la contara desde la separación física definitiva. Con este último aspecto no estoy de acuerdo. En ese caso la separación ya no es de los compañeros, que nunca se separaron, sino de los cónyuges, y la interpretación de las normas de la prescripción es restrictiva y está proscrita la aplicación por analogía de normas sancionatorias como las de la prescripción.

En el artículo 5º original de la Ley 54 de 1990, se contemplaba el matrimonio de los compañeros con un tercero como causal de disolución, pero luego inexplicablemente despareció en la modificación que le introduce la Ley la Ley 979 de 2005, a la Ley 54 de 1990, se quitó la causal. De ahí que se deduzca del artículo 8º sobre la prescripción.

3. PATRIMONIO SOCIAL CONYUGAL Y PATRIMONIAL

3.1 Patrimonio de la sociedad conyugal

El patrimonio de la sociedad conyugal se compone de dos haberes distintos, según el artículo 1781 del C.C.

a. El haber absoluto. Conformado con los bienes a que se refieren los numerales 1º, 2º y 5º del citado artículo, esto es, todas las rentas de trabajo (salarios, prestaciones sociales, comisiones, etc.), las rentas de capital

[17] M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

(frutos tanto de los bienes propios como de los bienes sociales) y adquisiciones a título oneroso (bienes adquiridos en compraventa, permuta, dación en pago, aportes a sociedades etc.). Estos bienes, ingresan definitivamente a la masa social sin que se genere ningún tipo de recompensa, y,

b. El haber relativo. Está conformado por los numerales 3o, 4o y 6o, del mismo artículo. Los numerales 3º y 4º, dicen *"3.) Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma. "4.) De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiere <sic>; quedando obligada la Sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.*

"Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones, o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el territorio." (Negrilla fuera del texto).

Estos bienes ingresan a la masa social, pero con la condición de que al disolverse la sociedad conyugal, en el inventario que ha de conformarse en la liquidación de la misma, se reconozca la recompensa respectiva, con el propósito de evitar un enriquecimiento sin causa de la sociedad.

En relación con este haber después de la Ley 28 de 1932 algunos autores como el profesor Arturo Valencia Zea, Édgar Álvarez Rodríguez y Pedro Lafont Pianetta, entre otros, sostienen que no existe, porque se estableció para proteger el patrimonio de la mujer que se volvía incapaz, pero que como a partir de la citada ley la mujer ya no se vuelve incapaz por el matrimonio, ni el marido administra sus bienes, ni es su representante legal, dichos numerales han quedado tácitamente derogados.

La Corte Suprema de Justicia, después de la Ley 28 de 1932, reiteró en diversas sentencias de casación que sigue vigente, porque la Ley 28 en nada modificó la composición del patrimonio de la sociedad conyugal y solo es reguladora de la administración de los bienes. Así lo sostuvo en innumerables sentencias; entre otras, la del 20 de octubre de 1937, 18 de abril de 1939 (publicada GJ. 1942, T. 42), S-102 del 25 de abril de 1991, S-168 de septiembre de 2001 y de 19 de mayo de 2004, esta última con ponencia del Magistrado César Julio Valencia Copete, que sigue vigente.

En una sentencia contradictoria en este punto, la SC-16280 de 18 de noviembre de 2016[18], dijo que la Ley 28 de 1932 no cambió el patrimonio

[18] M.P. Ariel Salazar Ramírez.

social pero que los bienes muebles que tengan los cónyuges al momento de celebrar el matrimonio no ingresan.

En la sentencia C-278 de 7 de mayo de 2014[19], la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de los tres numerales mencionados, al considerar que estaban vigentes, y eran constitucionales, incluso elaborando dentro del cuerpo de la sentencia cuadros sinópticos para diferenciarla de la sociedad patrimonial.

Alrededor de estas dos posturas, giran los jueces y los tribunales, generando gran incertidumbre jurídica en el decreto y práctica de medidas cautelares en la conformación del inventario y en la partición, por cuanto si se niega la existencia del haber relativo se niegan las recompensas y su reconocimiento en la partición.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, ha dicho en varias sentencias recientes como en la SC- 2909 de 22 de abril de 2017[20], que los bienes que tienen los cónyuges antes del matrimonio no ingresan a la masa social, pero sin profundizar en los fundamentos de esa postura doctrinaria.

En esta sentencia afirma que solo entran los que se tenían al contraer matrimonio que se hayan aportado en capitulaciones como lo indica el numeral 4º del 1781, y que no entran los adquiridos después a título gratuito (1782, y 1788). sin distinguir que la misma Corte ha limitado esa exclusión solo a los inmuebles (sentencia de 31 de agosto de 1935, G.J. XLII, pág. 490).

Esta es la postura del profesor Pedro Lafont Pianetta[21], quien afirma, que solo ingresan los bienes enunciados en los mencionados numerales 3º, 4º y 6º, si se incluyen en capitulaciones matrimoniales. Ahora reafirma esta tesis con lo que consagra el artículo 501 en el numeral 2º inciso 2º, el cual prescribe que en el activo de la sociedad conyugal se incluirán, entre otros, "*los bienes muebles e inmuebles aportados expresamente en las capitulaciones matrimoniales y maritales".* En diversos autos la Sala de Familia del Tribunal de Bogotá, ha citado la doctrina mencionada[22] y ha adoptado esa postura.

Esta tesis no tiene ningún soporte doctrinario en los clásicos del régimen económico del matrimonio, por el contrario, choca de frente con la totalidad

[19] M.P. Mauricio González Cuervo.

[20] M.P. Margarita Cabello Blanco.

[21] Derecho de Familia, Tomo I, 1ª Edición, Librería Ediciones del Profesional, 2010, pp. 682, 727-728; Proceso Sucesoral, T. II., 5ª Edición, Librería Ediciones del Profesional, pp. 97 y 98.

[22] Auto del 8 de agosto de 2011. M.P. Carlos Alejo Barrera Arias.

de la doctrina clásica sobre sociedad conyugal, sostener que cuando en los numerales 3º y 4º se habla de aporte, es porque este debió hacerse expresamente en capitulaciones. Por el contrario, el inciso 2º numeral 4º del artículo 1781, exige que para que no entren a la sociedad se exprese así en capitulaciones. La norma reza: ***"Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones, o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el territorio"*** (negrilla y cursiva fuera del texto). Obsérvese que la norma dice exactamente lo contrario a lo que se le quiere hacer decir.

Doctrinantes clásicos en régimen económico del matrimonio como los chilenos Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Jaime Rodríguez Fonnegra, y los nacionales Don Fernando Vélez, Édgar Álvarez Rodríguez, Marco Gerardo Monroy Cabra y Roberto Suárez Franco, son unánimes en sostener que el principal motivo como él mismo lo advirtió, fue el de buscar la equidad e impedir el enriquecimiento sin causa de la sociedad, por cuanto en el sistema francés todos los bienes que los cónyuges tuvieran al momento de casarse, ingresaban a la sociedad, lo mismo que los bienes muebles e inmuebles que adquirieran a título oneroso y los bienes muebles que adquirieran a título gratuito en vigencia de la sociedad conyugal (subrayo), y en el sistema español los bienes muebles no ingresaban, pero estos se consumían como los dineros y todos los demás que se agotaban en la vigencia de la sociedad, generándose tanto en el derecho francés como en el español un enriquecimiento sin causa. La solución que dio Don Andrés Bello, buscaba fines prácticos, evitar que en vigencia de la sociedad hubiese bienes muebles y dineros propios, buscando la equidad. No sobra recordar que los numerales 3º y 4º del artículo 1781 del C.C., son idénticos a los numerales 3º y 4º del artículo 1725 del C.C. Chileno.

Adicionalmente todos ellos coinciden que la palabra "aporte" hace referencia a los bienes que los cónyuges tengan al contraer matrimonio o a los que adquieran a título gratuito en vigencia de la sociedad. Ninguno de ellos, le da el alcance de aporte en capitulaciones. Por el contrario, para evitar el aporte o ingreso a la sociedad deben excluirse expresamente en las capitulaciones como lo exige el numeral 4º inciso 2º del artículo 1781.

Mucho menos tiene soporte, la afirmación de que el artículo 501 numeral 2º inciso 2º, le sirve de fundamento a la exigencia del aporte expreso, porque lo que dice la norma es que todos los bienes que hayan ingresado a la sociedad por aporte en las capitulaciones o por adquisición dentro de ella deben relacionarse en el activo del inventario.

3.1.1 Postura de la Corte sobre las recompensas, por los bienes de los numerales 3º y 4º

La Corte ha perfilado por vía de tutela una jurisprudencia en el sentido de que s se deben las recompensas por los bienes que tenían los cónyuges antes del matrimonio, o los muebles o dineros que adquieran a título gratuito en vigencia de la sociedad, o los dineros que recibe por venta de bienes propios, siempre que se demuestre de alguna manera, de un lado que se aportaron a la sociedad, y del otro, que la sociedad conyugal se benefició de esos bienes. Así aparece en las sentencias STC-11321 de 2 de agosto de 2017[23], STC-12701 de 19 de septiembre de 2019[24] y STC-2737 de 12 de marzo de 2020[25], entre otras. Exigencias, que como se ha dicho, no tienen fundamento en el sistema normativo vigente que rige la sociedad conyugal.

Esos requisitos no los exige la ley, y aunque se muestren razonables, seguirle el rastro a la inversión de dineros y otros bienes que se consumen durante la sociedad, después de décadas de haber empezado ésta, es imposible, porque éstos se invierten en gastos de funcionamiento del hogar o en la adquisición de otros bienes, que tienen la naturaleza de sociales porque no opera en esos casos la subrogación. La doctrina especializada coincide en que fueron razones prácticas de la imposibilidad de individualizar y determinar la trayectoria de los bienes muebles, así como la equidad, lo que determinó la conformación de los dos haberes, el relativo y el absoluto.

A todo lo anterior debe agregarse que en la sentencia de exequibilidad de los numerales 3º y 4º del artículo 1781, dijo la Corte Constitucional:

"(…) *Los bienes que se incorporan al haber relativo de la sociedad, son aquellos descritos en los numerales 3°, 4° y 6° del artículo 1781 del Código Civil* (…)".

"(…) *Los dineros, las cosas fungibles y las especies muebles –incluso los adquiridos por donación, herencia o legado-, que cualquiera de los cónyuges aporta al matrimonio o durante él adquiere, a los que se refieren los artículos 3° y 4°,* ***quedan integrados de manera automática al haber social en el momento del matrimonio*** (…)"[26] (negrilla y cursiva fuera del texto).

No se ve claro el fundamento con el que los jueces, la Corte y la doctrina se apartan de la sentencia de constitucionalidad, si, como lo preceptúa

[23] M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

[24] M.P. Ariel Salazar Ramírez.

[25] M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

[26] - Corte Constitucional, sentencia C-278 de 2014 de 7 de mayo de 2014, exp. D-9903.

el artículo 243 de la Constitución, éstas son obligatorias y por lo tanto de forzoso cumplimiento, más cuando las razones expuestas para la declaración de exequibilidad o inexequibilidad, constituyen su soporte (*ratio decidendi*). En la transcripción que acaba de hacerse la Corte cita textualmente las consideraciones del juez de constitucionalidad de la ley, con base en las cuales concluyó que el haber relativo de los numerales 3º, 4º y 6º del artículo 1781, continúan vigentes, e interpreta que los bienes de los numerales 3º y 4º, "***quedan integrados de manera automática al haber social en el momento del matrimonio***", pero pese a ello, decide inaplicarlos.

Es cierto que la Corte Constitucional ha admitido que una norma pese a haberse declarado constitucional se puede inaplicar, aún por la vía de la excepción de inconstitucionalidad, pero solo cuando en la norma se han dejado hipótesis normativas sin juzgamiento de constitucionalidad, caso en el cual hay que hacer un minucioso análisis de la parte de la norma que no fue juzgada y su confrontación con el juzgamiento anterior y con la Constitución, lo cual no se ha hecho, y creo que no puede hacerse porque a mi juicio la sentencia es comprensiva de las normas en su integridad (numerales 3º, 4º y 6º del artículo 1781 del C.C.).

3.2 Composición del patrimonio de la sociedad patrimonial

El artículo 3º de la Ley 54 de 1990, establece cómo se compone el patrimonio de la sociedad patrimonial.

La norma dice: "*El patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes.*

Parágrafo. No formarán parte del haber de la sociedad, los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión marital de hecho, pero sí lo serán los réditos, rentas, frutos ***o mayor valor que produzcan*** *estos bienes durante la unión marital de hecho*". (negrilla fuera de texto).

La parte resaltada con negrilla fue declarada constitucional con la sentencia C-014 de 4 de febrero de 1998[27], en forma condicionada, en los siguientes términos: "*Ello bajo el entendido de que la valorización que experimentan los bienes propios de los convivientes, por causa de la corrección monetaria, no forma parte de la sociedad patrimonia*l".

[27] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Es muy importante tener en cuenta que la sentencia SC-005 de 2021[28], con la cual se declaró la validez de las capitulaciones matrimoniales celebradas dentro de los dos años de vigencia de la unión, consideró que se aplicaba el artículo 7º de la Ley 54, por ser norma posterior, y entonces no había diferencia con la sociedad conyugal. Es un argumento *óbiter dicta*, por cuanto el tema a decidir era si en la unión marital se podían pactar capitulaciones matrimoniales dentro de los dos años siguientes a su iniciación.

Es la interpretación que más se ajusta a la equidad con miras a evitar el enriquecimiento sin causa de la sociedad. Téngase en cuenta que en los regímenes de separación todos los bienes los que tengan antes del matrimonio y los que adquiera después no ingresan. En un régimen de sociedad, no ingresan, pero si se consumen en vigencia de la sociedad o se reemplazan por otros, se produce un enriquecimiento porque en principio para ese evento no están previstas las recompensas.

De todas maneras, considero que podría haber recompensas en todos los casos en los que se demuestre un enriquecimiento y empobrecimiento correlativo.

3.3 Consideraciones especiales sobre algunos bienes

3.3.1 Mejoras realizadas en bienes propios

Es frecuente que los cónyuges o los herederos traten de incluir en el activo del inventario las mejoras realizadas sobre un bien propio del otro cónyuge.

La verdad, es que esas mejoras no pueden incluirse como tales. Se pueden incluir créditos correspondientes a la valorización de los bienes. Las mejoras acceden al adueño del suelo; éste las adquiere por el modo de la accesión, y podría tener derecho el mejorista a la restitución de su valor, siempre que se cumplan las exigencias previstas por el legislador.

El artículo 1783, trae un listado de bienes excluidos de la sociedad y entre ellos están los del numeral 3º: *"Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa"*.

A su vez el artículo 1802, dice: "*Se le debe así mismo recompensa por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad; a*

[28] M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

menos que este aumento de valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá solo el importe de ésta".

De suerte que por expensas invertidas en un bien propio del otro cónyuge se debe recompensa de la sociedad al cónyuge inversor, por el valor de la expensa si el bien se valorizó con ésta; de lo contrario nada se debe por la expensa, y si la valorización supera la expensa solo se debe ésta.

Es entendible que así sea, porque la sociedad durante su vigencia se ha apropiado de todos los frutos de los bienes propios (art. 1781 numeral 2º). No es igual, en la sociedad patrimonial. Si no se acepta lo sostenido por la Sala Civil de la Corte en la sentencia C-005 de 2021, citada antes, que el artículo 3º de la Ley 54 de 1990, es norma especial sobre el patrimonio de la sociedad patrimonial y que, por lo tanto, prevalece el 7º de la misma Ley, y que evidentemente el patrimonio social es el que trae el artículo 3º., las valorizaciones no se rigen por el artículo 1802, sino por el inciso 2º, de aquél (el 3º), precepto que dispone que las valorizaciones no corresponden al dueño del inmueble sino a la sociedad, descontada la corrección monetaria, como se consideró en la sentencia C-014 de 4 de febrero de 1998[29]. Esto es, que las valorizaciones que no obedezcan a la actividad humana de los compañeros, sino a la simple actualización del valor de los inmuebles o a las inversiones que realicen las administraciones públicas que conlleven valorización, no pertenecerían a la sociedad. Si por el contrario, se adopta la tesis de la Corte, como debe hacerse, a mi juicio, el mismo de la sociedad conyugal, se aplican las valorizaciones del artículo 1802.

3.3.2 Mejoras realizadas en suelo ajeno y posesión material

En relación con las mejoras realizadas en suelo ajeno, éstas se regulan por el artículo 739 del Código Civil.

Según esta norma, si se plantó, edificó o sembró en suelo ajeno, sin el consentimiento del dueño del suelo, éste puede hacerse dueño de la edificación, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor del poseedor de buena o de mala fe, o puede obligar al que edificó o plantó a comprarle el edificio por su justo precio y los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder y a indemnizarle los perjuicios.

Y si edificó, plantó o sembró con el consentimiento del dueño, tendrá éste que pagar su valor para recuperar el terreno.

[29] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Cuando un cónyuge construye, planta o siembra en suelo ajeno, surge a su favor y por ende a favor de la sociedad conyugal un derecho cuya exigibilidad es incierta porque depende de la opción que ejerza el dueño del terreno, si se construyó sin el consentimiento de éste. Y un crédito a cargo del dueño y a favor de la sociedad, si mejoró con el consentimiento del dueño. Pero en ambos casos los derechos que puedan surgir están en suspenso hasta cuando el dueño no ejerza la opción o no solicite la restitución del terreno.

En diversas oportunidades la Corte se ha pronunciado sobre las mejoras realizadas en suelo ajeno, para concluir que el mejorista, no tiene ninguna acción contra el dueño, mientras éste no ejerza una de las acciones previstas en el artículo 739 del C.C. En uno de esos pronunciamientos dijo: "*Se sigue de lo expuesto que, por regla general, quien plantó mejoras en suelo ajeno, no tiene acción directa para obtener del dueño de la tierra su valor o para obligarlo a venderle el predio; y que, por excepción, únicamente en aquellos casos en los que se ha materializado, por sentencia judicial o de facto, la recuperación del suelo por parte del titular (del) dominio, aquél puede accionar para obtener de éste el valor de las mejoras"*[30],[31].

Estas son las relaciones con el dueño del suelo. Pero internamente en la sociedad conyugal esas mejoras, o la posesión material misma, tienen una valoración económica. Si bien la posesión constituye una relación de hecho y no un derecho, sí genera derechos importantes, al uso, goce y transformación de la cosa, y le otorga vocación al poseedor de convertirse en dueño, y acciones patrimoniales como la de pertenencia, las posesorias de los artículos 972 a 985 del C.C. y la acción publiciana art. 951 del C.C- que se concede al que ha perdido la posesión regular, o proceder a la suma o accesión de posesiones (arts. 778 y 2521 ibídem). Por tanto, si los poseedores fueron los cónyuges o uno de ellos, esos derechos son inventariables.

La posesión como es una relación de hecho, no es inventariable ni adjudicable[32]. Para llevarse al inventario deberá estar plenamente probada, cuantificados el valor de los derechos de uso, goce y transformación, porque la posesión material genera un derecho de propiedad provisional, mientras

[30] Sentencia SC-10989 de 19 de agosto de 2015. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

[31] Sala Civil, sentencia del 28 de agosto de 1958, G.J. T. LXXXVIII, pp. 677 y 678.

[32] Pedro Lafont Pianetta, Proceso de Sucesión, T. II, Editorial Quinta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2019, pp. 297. Derecho de Sucesiones, Quinta Edición, T. I, No. 48, Parte General y Sucesión Intestada, Ediciones Librería del Profesional, 1989.

otro no recupere el bien objeto de la misma (art. 762 del C.C.). Incluso la expectativa o la vocación de que el poseedor se convierta en dueño del suelo, también debe avaluarse, como si se tratara de un derecho litigioso. Esto es, teniendo en cuenta la posibilidad de éxito de una acción de pertenencia con fundamento en el material probatorio existente. Como se ve su inclusión es bastante problemática.

También es problemática la inclusión en el inventario de las mejoras realizadas en suelo ajeno, por cuanto constituyen un derecho patrimonial de los cónyuges, inventariable, pero de difícil cuantificación y que ha de enlistarse como un activo representado en un crédito a cargo de un tercero, que no consta en título ejecutivo, y que está condicionado a las acciones que ejerza el dueño conforme al artículo 739.

3.3.3 La pensión de jubilación

El derecho a la pensión de jubilación tiene un régimen especial en el Código Laboral y las normas legales que la reglamentan. Como derecho, nunca ingresa a la sociedad conyugal o patrimonial. Y en ese aspecto, existe unanimidad en la doctrina. El tratadista Jaime Rodríguez Fonnegra, sostiene que como se trata de un derecho personal mueble (art. 666 del C.C), ingresa a la sociedad con derecho a recompensa. Otros doctrinantes como Alessandri[33], afirman que la pensión es un derecho propio del cónyuge que como derecho no ingresa, pero que sí ingresan las mesadas que se causan en vigencia de la sociedad conyugal, porque subrogan el salario que devengaría el pensionado si estuviera trabajando, bien que sí ingresa a la masa social. Recientemente en la sentencia STC-2737 de 12 de marzo de 2020[34], al fallar una tutela contra la Sala Civil Familia del Tribunal de Cundinamarca, la Corte halló razonable la decisión del Tribunal al considerar que por las pensiones de jubilación que se reciban en vigencia de la sociedad no hay derecho a recompensa. Ello conduce a que las mesadas sean sociales y si se ahorran o con ellas se adquieren bienes, estos son de la sociedad.

Es entendible que así sea, porque es evidente que la pensión sustituye lo que sería la remuneración si e cónyuge o compañero estuviese trabajando.

[33] Arturo Alessandri Rodríguez, Tratado Práctico de las Capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1935, Nos. 176 y ss.

[34] M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

3.3.4 Cesantías e indemnizaciones causadas con anterioridad al matrimonio o a la sociedad

Es frecuente que ya en vigencia de la sociedad conyugal o patrimonial se reciban cesantías o indemnizaciones causados parte antes de la sociedad y parte dentro de la sociedad. Aplicando extensivamente el artículo 1792 del C.C. sobre la causa o título anterior a la sociedad de los bienes adquiridos en vigencia de la sociedad a título oneroso, los cuales serían propios, y el inciso 4º del artículo 1790, sobre la exigencia de la proporcionalidad para que haya subrogación, debe interpretarse que por la parte de las cesantías o indemnizaciones que tengan causa anterior se debe recompensa al cónyuge.

3.3.4 Remuneraciones por trabajos iniciados antes de la sociedad, o realizados dentro pero cuya finalización está inconclusa a la disolución de la misma

Hay muchas actividades remuneradas donde se genera duda acerca de si los valores que se reciban ingresan o no, y cómo se valora el trabajo anterior a la vigencia de la sociedad. Es lo que acontece con las profesiones liberales como el derecho, la arquitectura, la ingeniería, la pintura, la escultura, etc., donde un trabajo fue iniciado antes de la sociedad y concluido en su vigencia, o iniciado en ésta y concluido después de la disolución. En esos casos no hay certeza de qué parte ingresa a la sociedad y qué parte no. La doctrina extranjera y nacional, consideran que si es valorable, aún con prueba pericial, la actividad realizada en vigencia de la sociedad debe inventariarse, pero si no es susceptible de valoración debe tenerse como causación la terminación del trabajo, y que si este es indivisible, como una pintura, debe ingresar íntegramente si se terminó el trabajo dentro de la sociedad y será propia la remuneración si se termina después de la disolución, teniendo en cuenta el haber relativo, porque si la remuneración es en bienes muebles (generalmente dinero), la parte causada con anterioridad a la sociedad ingresa a dicho haber[35],[36].

4. CONFECCIÓN DEL INVENTARIO

El artículo 1821 del Código Civil, dice: "***Disuelta la sociedad, se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los***

[35] Alessandri Rodríguez. Ob. cit., p. 136, números 170 y ss.

[36] Roberto Suárez Franco. Derecho de Familia, Derecho Matrimonial, 5ª Edición, 1990, p. 332.

bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte".

Así mismo el inciso 6 del artículo 523 del CGP., estatuye que vencido el término para proponer excepciones o resueltas éstas, se ordenará el emplazamiento el cual se sujetará a las reglas previstas en este Código, y el anterior dice: "*Si el demandado no formula excepciones o si fracasan las propuestas, se observarán, en lo pertinente, las reglas establecidas para el emplazamiento, la diligencia de inventarios y avalúos, y la partición en el proceso de sucesión".*

Esto indica que el emplazamiento deberá sujetarse a lo previsto en el artículo 108 del CGP, norma que regula todos los emplazamientos, y el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 490, que dice: "*Cuando las circunstancias lo exijan, el juez ordenará la publicación en una radiodifusora con amplia sintonía en la localidad o región del último domicilio",* y el inciso 1º del artículo 501, preceptúa que "*Realizadas las citaciones y comunicaciones previstas en el artículo 490, se señalará fecha y hora para la diligencia de inventarios y avalúos, en la cual se aplicarán las siguientes reglas:"*

El inventario es preliquidatorio y preparticional porque es la base objetiva y material de la partición, sobre él descansarán las operaciones particionales, integrado por los bienes, deudas y recompensas que conforman el patrimonio social.

Por ser negocio jurídico sustancial ajustado por los comuneros (herederos, cónyuge y compañero permanente), estimo que la autorización que da el artículo 501 para que cualquier comunero realice el inventario y denuncie bienes, deudas y recompensas, obliga a quienes no acuden a la diligencia, toda vez que si no asisten a la audiencia se presume el consentimiento tácito de los ausentes para que el negocio jurídico inventarial provenga de todos los partícipes.

Sin embargo, tanto la conformación del inventario como las decisiones que se adopten, tienen firmeza mientras en proceso declarativo no se ordene su modificación, mediante inclusión o exclusión de bienes, deudas y recompensas. La regla general es que, en este proceso por su naturaleza de jurisdicción voluntaria especial, las decisiones, no hacen tránsito a cosa juzgada material. Esa es la razón para que, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en España se cite a una audiencia a todos los interesados cuando no hay acuerdo en el inventario, y desde la citación se sigue el trámite contencioso del proceso verbal (similar al verbal sumario nuestro, por cuanto allá se conserva el proceso ordinario). En efecto, el artículo 811, numeral 5º., con el cual se modificó el 809 de la LEC, sobre el punto, dispone: "*De no existir acuerdo entre los cónyuges, el Letrado*

de la Administración de Justicia les citará a una vista, y continuará la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, determinando los patrimonios iniciales y finales de cada cónyuge, así como, en su caso, la cantidad que deba satisfacer el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado un mayor incremento y la forma en que haya de hacerse el pago". Igual previsión trae el Código Orgánico General de los Procesos (COGP) de Perú, el cual regula en el artículo 346, el trámite en proceso declarativo Sumario de las objeciones al inventario, proceso que se adelanta ante el mismo juez del proceso liquidatorio.

El artículo 501 del CGP, regula la forma de hacer el inventario.

4.1 Inventario por mutuo acuerdo

Es lo que menos ocurre, porque si están de acuerdo generalmente liquidan ante notario. Lo que usualmente sucede es que si están de acuerdo no acuden al juez a hacer la liquidación.

El numeral 1º del citado artículo preceptúa que *"**1. A la audiencia podrán concurrir los interesados relacionados en el artículo 1312 del Código Civil y el compañero permanente. El inventario será elaborado de común acuerdo por los interesados por escrito en el que indicarán los valores que asignen a los bienes, caso en el cual será aprobado por el juez**".*

Ha de decirse que aún en el caso de que se presente de mutuo acuerdo, el juez puede ejercer sus facultades de ordenación (art. 43 num. 3, y pedir explicaciones y aclaraciones), o hacer el control de legalidad (arts. 42, numeral 12 y 132) cuando observe que el inventario es manifiestamente ilegal).

El control de legalidad no es solo de la actuación procesal, sino también, eventualmente, sustancial, para evitar fraudes, colusiones o la violación de normas imperativas, como el desconocimiento de los gananciales, a un legitimario, o algo semejante.

Sin embargo, esos poderes son restringidos en la medida en que ese es un negocio jurídico patrimonial y en principio solo los titulares de esos derechos son los que deben oponerse a una conformación ilegal de la masa partible.

4.2 Alteraciones al inventario

El inventario una vez aprobado, es inmodificable, salvo en relación con pronunciamientos sobre alteraciones por inventario adicional, destrucción

de bienes, o nulidad, por acuerdo de las partes, extinción de bienes (como incendio, hurto, terremoto, muerte de semovientes, enajenación o consumo de bienes etc.). Sin embargo, las alteraciones deben ser excepcionales[37].

Sobre este tema dijo la Corte en la sentencia STC-2352 de 22 de febrero de 2018[38], que luego de superada la etapa de conformación del inventario al juzgador le está vedado restarle efectos bajo un supuesto control de legalidad posterior, citando in extenso una sentencia de 8 de septiembre de 1998, RAD. 5149, en la que se afirma que el interesado tuvo la oportunidad de objetar el inventario o de pedir que se excluyeran los bienes inventariados en aplicación del artículo 605 del CPC, o incluso haber promovido proceso ordinario separado. Igualmente cita a espacio las sentencias STC-2366 de marzo 5 de 2015, STC de 12 de octubre de 2012, y STC-11770 de 9 de agosto de 2017, en el mismo sentido.

La dificultad es para el espacio procesal en el que deba hacerse porque debe garantizarse el derecho de todos los interesados. No parece haber otro que el de la objeción a la partición, porque el legislador dejó un vacío para pronunciamiento sobre alteraciones que no sean el inventario adicional o la objeción a la partición.

Esta eventualidad de pronunciamiento sobre las alteraciones no está expresamente prevista en el procedimiento liquidatorio, pero si se advierte alteración del inventario ha de pronunciarse sobre ellas, porque ha de procurar que el inventario cumpla a cabalidad con principios implícitos que lo rigen y que la doctrina extranjera, resalta para garantizar una distribución patrimonial justa y equitativa, que son la **fiabilidad** o confiabilidad en el inventario, la cual depende del esmero en su confección, la buena fe de los interesados y la proactividad del juez en el control de legalidad y en la instrucción. La **integridad**, vale decir, la completitud del inventario[39], abarcando en lo posible todos los derechos patrimoniales –reales, personales (créditos), intelectuales, universales e industriales (marcas, patentes, diseños industriales)–.Comprende además las acciones patrimoniales que tienen los cónyuges o tenía el causante y no ejerció y aún no se han extinguido (si el heredero actúa como causahabiente porque si actúa en nombre propio, se convierte en tercero y el interés

[37] Pedro Lafont Pianetta. Proceso Sucesoral Tomo II, Quinta Edición, 2019, No. 346, págs. 122 y 123. Librería Ediciones del Profesional Ltda.

[38] M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

[39] María Teresa Martín Meléndez, La liquidación de la Sociedad de Gananciales, Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales, Madrid, 1995, pp. 178 y 179. McGraw-Hill.

para accionar y pretender le surge a partir de la muerte- SC-2582-de 27 de junio de 2020[40], entre muchas, desde 1955. Esta sentencia tiene un poderoso salvamento de voto del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona en el sentido de que el heredero siempre es un causahabiente, y que la calidad de tercero ha sido una creación artificiosa de la jurisprudencia).

No es íntegro el inventario en el que, por cualquier razón, se omiten, fingen, o falsean partidas en alguno de sus componentes. **La neutralidad**. Se refiere a la valoración de las partidas, que han de responder a factores objetivos, a criterios objetivos comprobables, y no a aspectos subjetivos.[41]

Por tanto, el inventario como punto de partida de las operaciones partitivas debe ser real, completo y fiable. De lo contrario la partición se convertirá en un semillero de pleitos de exclusión, inclusión, nulidad, inoponibilidad y rescisión por lesión enorme, entre otras.

4.3 Personas legitimadas para confeccionar el inventario

Si bien el artículo 501, dice que podrán concurrir al inventario los interesados relacionados en el artículo 1312 del Código Civil, lo cierto es que solo lo pueden confeccionar los comuneros, esto es, herederos, compañeros permanentes y cónyuge; este último si no es comunero herencial o social, puede intervenir en defensa de su porción conyugal.

Los demás tienen un interés restringido, el albacea en lo que tiene que ver con la ejecución del testamento, el acreedor para que se incluya su crédito, el socio de comercio para que no se desconozca su derecho, el curador de la herencia yacente, para lo pertinente a la transformación de la yacencia en sucesión y lo concerniente a la administración de la herencia, los legatarios para relacionar el legado, los fideicomisarios para velar por la posterior restitución del bien, y en fin, cada interviniente limita su participación al interés que le asiste.

Tampoco lo pueda hacer el juez si los comuneros no lo hacen. Esa facultad sustancial la tienen los dueños del patrimonio; el juez puede ejercer sus poderes de dirección, impulso procesal, prevención sanción, saneamiento etc. (art. 42 CGP), de instrucción (restringida para esclarecer su composición o legalidad), de ordenación (art. 43), pero no podrá denunciar partidas. El

[40] Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

[41] Martín Meléndez. Ob. cit., pp. 178 y 179.

Estado o sus órganos no son cotitulares del patrimonio, ni siquiera la DIAN. También puede decidir cómo queda el inventario y aprobarlo después de que se pronuncie expresamente sobre el inventario consensual, al decidir las objeciones o pronunciarse sobre alteraciones.

4.4 En el activo del inventario se incluirán los bienes denunciados por cualquiera de los interesados

En cuanto a la identidad de los bienes y su valoración, no dice nada este artículo, salvo cuando hay objeción.

El artículo 523 del CGP, dice que se debe presentar con la demanda de liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial "*una relación de activos y pasivos con la indicación de los valores*", y para el caso de la sucesión se debe presentar como anexo, conforme al numeral 5 del artículo 489, "*Un inventario de los bienes relictos y de las deudas de la herencia, y de los bienes, deudas y compensaciones que correspondan a la sociedad conyugal o patrimonial, junto con las pruebas que se tengan sobre ellos*", avaluados, según el numeral 6º, como lo indica el artículo 444 del CGP. Este último artículo a su vez exige que el valor de los inmuebles sea el del avalúo catastral aumentado en un cincuenta por ciento (50%), "*salvo que quien lo aporte considere que no es su precio real. En este evento, con el avalúo catastral deberá presentarse un dictamen obtenido en la forma indicada en el numeral 1º", e*s decir, de entidades o profesionales especializados.

Y si se trata de vehículos automotores el valor será el fijado oficialmente para calcular el impuesto de rodamiento, sin perjuicio del derecho otorgado en el numeral anterior (el 4 del artículo 444). En tal caso también podrá acompañarse como avalúo el precio que figure en publicación especializada, adjuntando una copia informal de la página específica.

La norma no señala cómo deben identificarse los bienes. Consideramos que como el artículo 1310 del C.C., manda que se tenga en cuenta lo previsto para el inventario de guardadores en el artículo 472 del C.C.; esta norma fue derogada por la Ley de discapacidad 1306 de 2009, y reemplazada por el artículo 86, que dice cómo debe hacerse el inventario por los guardadores, y si bien la Ley 1996 de 2019, derogó el régimen de guardas para mayores de edad, aún subsiste para menores emancipados (arts. 52 y 53 de la Ley 1306 de 2009), por lo cual debe aplicarse.

Conforme con el artículo 86 de la citada ley, el inventario debe tener una relación detallada de cada uno de los bienes y derechos del interdicto o del

niño, niña o adolescente, y en cuanto a la responsabilidad y la confección del inventario "*se seguirán las reglas establecidas para los administradores de los patrimonios en procesos concursales y los principios de la contabilidad generalmente aceptados*". En el artículo 48 numeral de la Ley 1116 de 2006, sobre el Régimen de Insolvencia Empresarial, se le impone al liquidador la obligación de realizar el inventario de bienes, y el Decreto 1730 de 2009 reglamentó dicho numeral, indicando cómo deben identificase los bienes y la forma de valorarlos.

El artículo 1º del citado Decreto 1730, trae algunas pautas para la identificación de los bienes: "*En relación con cada uno de los bienes, tanto en el inventario como en el avalúo, se precisarán la naturaleza jurídica que les corresponden, así como el lugar en que se encuentran y los datos que permitan su identificación o registro, tales como sexo, marca, modelo, año de fabricación, número de registro, color y características técnicas, según lo que corresponda a cada cosa o derecho.*

Harán parte del inventario todos los litigios cuyo resultado pueda afectar la existencia, extensión o modalidad de los bienes inventariados y los litigios relacionados con cuentas por cobrar o derechos por reconocer.

Tanto en el inventario como en los avalúos se precisará si los bienes conforman establecimientos de comercio, unidades productivas o de explotación de bienes y servicios y en caso afirmativo, se harán las descripciones que permitan individualizarlos. Al inventario se anexará una relación de todos los procesos en curso, precisando el estado procesal de cada negocio y las expectativas sobre los resultados de cada proceso".

El artículo 2º trae pautas de valoración. Creo que, en cuanto a la identificación de los bienes se aplican las reglas previstas en este decreto, así como las de la valoración de los bienes en lo que no esté previsto en el Código General del Proceso.

Se deben inventariar las acciones patrimoniales (simulaciones, nulidades de contratos, rescisiones por lesión, resolución). No hay duda de que esa labor resulta compleja por la incertidumbre de sus resultas e incluso por el interés de ejercerlas. No conozco casos específicos, pero el Decreto que reglamenta el inventario por insolvencia patrimonial, lo contempla, y si tienen contenido patrimonial tienen un valor y deberían hacer parte del inventario.

Ahora bien, el artículo 489 numeral 5º del CGP, exige como anexo un inventario junto con las pruebas. Aunque en verdad el momento procesal vinculante de proposición y aporte de pruebas es el de la objeción, presentándola o

descorriendo el traslado de ella, la norma da esa oportunidad adicional de aportarlas, como elemento de transparencia y lealtad de las partes en el proceso, para no sorprender al otro en el instante fugaz de habilitación para proponerlas en la audiencia. No obstante, estimo que las que resultan vinculantes son las de la objeción y así se hayan aportado o propuesto como anexo de la demanda de sucesión, como requisito para su apertura, equivalente a la admisión (art. 490), deben pedirse en la oportunidad procesal que el proceso contempla para ello.

Es cierto, que en el proceso liquidatorio autónomo no se exigen esos anexos ni inventario alguno, sino solo una relación de activos y pasivos, lo cual no obsta para que se relacionen.

4.5 Solemnidad del inventario

El inventario **debe constar escrito** (art.501 numeral 1º). Cuando hay mutuo acuerdo no hay mayor inconveniente. El problema práctico, se da cuando no están de acuerdo todos los interesados y se presentan a la audiencia más de un interesado.

Que el "inventario sea elaborado por escrito por los interesados", no necesariamente quiere decir, que ellos deban llegar con un escrito al Despacho del Juez; bien pueden hacerlo constar por escrito dictándolo en la audiencia, y diciendo en ella qué partidas incluyen y a cuáles se oponen o dirigiéndolo al correo electrónico del juzgado como cualquier otro memorial, antes o durante la audiencia.

Recientemente en Cali, una abogada, llegó a la audiencia y le dijo a la juez, que no había podido imprimir el inventario. Que le facilitara una impresora, o le permitiera un correo para enviárselo dentro de la audiencia. La juez le dijo que era carga procesal de ella llevarlo escrito, y que dejaría constancia de que nada había presentado. Accionó en tutela contra el Juzgado, y la Sala de Familia de Cali, negó la tutela con el argumento de que como la deuda no fue incluida en un inventario escrito, quiere decir que la obligación no consta por escrito.

La Corte en la sentencia STC-4556 del 10 de abril de 2020[42], dijo que si eso fuera cierto las partes no podrían llegar a un consenso en la audiencia para presentar un solo inventario. Lo que ha de entenderse de la norma es que

[42] M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

"*haya una relación concreta, clara y concisa tanto del activo como del pasivo, y que las partidas que allí se indiquen cuenten con el respectivo soporte, sin perjuicio de que, de no aceptarse por la contraparte, se suscite el debate probatorio al que no solo se acude por iniciativa de los contendientes sino del juez de la causa*". Agregó la Corte que la abogada llevó en medio digital el inventario y de no ser admitido en esa forma debió imprimirse y dejar las constancias del caso, que el juez no debe olvidar, prosiguió, que de acuerdo con el artículo 11 del Código General del Proceso, el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

Si se presentan varios interesados con sus escritos, el juez debe establecer un protocolo para que quede un solo inventario; lo aconsejable es que revise el más completo, y sobre este, cada interesado vaya incluyendo las partidas que desee, hasta cuando se complete todo el rubro del activo. En este no deben ir los bienes propios de los cónyuges si se trata de liquidación de la sociedad conyugal, a menos que la liquidación se realice en la sucesión donde acuda un cónyuge, caso en el cual se separarán los patrimonios social y herencial, relacionando por separado los sociales y los propios del causante, o que el cónyuge opte por porción y renuncie a la propiedad de bienes propios con ese propósito, para lo cual los denuncia e incluye.

4.6 Activo de la sociedad conyugal o patrimonial

En el activo de la sociedad conyugal, se deben incluir todos los bienes que integran la masa social: derechos patrimoniales -reales, personales (créditos), intelectuales, universales e industriales (marcas, patentes, diseños industriales). Comprende, además, las acciones patrimoniales que tienen los cónyuges o tenía el causante. Igualmente deben incluirse las recompensas a favor de la sociedad conyugal.

4.6.1 Recompensas

En el activo se incluyen también las recompensas a favor de la sociedad conyugal.

Las recompensas son créditos recíprocos de los cónyuges a la sociedad o de la sociedad a los cónyuges, que se deben reconocer en el inventario para evitar el enriquecimiento sin causa del patrimonio que se acrecentó. Es una institución fundada en la equidad, y prevista en todos los ordenamientos legales en donde haya sociedad de bienes en el matrimonio o la unión marital. Se presentan en los siguientes casos:

1º.- Las recompensas de los cónyuges a la sociedad se presentan principalmente por las siguientes razones:

a. Por el pago de las deudas personales que la sociedad haya cubierto; en verdad se presentan muy pocas, como el pago de un crédito que tenía un cónyuge al contraer matrimonio y que se paga dentro de la sociedad.

b. Por la subrogación. Cuando se sustituye un bien propio por otro que también será propio, pero el adquirido tuvo un costo superior al precio del bien propio, generándose un saldo a cargo del cónyuge y a favor de la sociedad.

c. Por cualquier donación que los cónyuges hagan de sus bienes a terceros no descendientes comunes (arts. 1798 y 1803 del C.C); si son descendientes comunes esas donaciones, si son válidas (insinuación y escritura pública si sobrepasa 50 salarios mínimos mensuales), se imputarán a legítimas como pago anticipado de derechos sucesorales futuros (arts. 1.251, 1256, modificados por la ley 934 de 2018, y 1520 inciso 2º del C.C.).

d. Por pagos de gastos e impuestos para la adquisición de bienes propios.

e. Por cualquier pago que haga la sociedad que redunde en beneficio exclusivo del cónyuge (arts. 1801 y 182 del C.C.).

f. Por pago de indemnizaciones y multas que deba pagar la sociedad por delitos o culpa grave del cónyuge (art. 1804).

g. Por daños a los bienes propios.

h. Las expensas que generaron valorizaciones de bienes propios (art. 1802).

2.-Recompensas de la sociedad a los cónyuges.

Se presenta en los siguientes casos:

a. Por venta de bienes propios.

b. Por subrogación cuando el bien enajenado tiene un valor inferior al adquirido.

c. Por dineros, demás bienes fungibles y especies muebles que tengan los cónyuges al celebrar el matrimonio. Por el valor al momento del ingreso debidamente indexado a su restitución.

d. Por los dineros, demás bienes fungibles y especies muebles que reciba un cónyuge a título gratuito en vigencia de la sociedad conyugal, por el valor al momento del ingreso debidamente indexado (arts. 1781 numerales 3º y 4º, y 1788 y 1789 del C.C).

Como se dijo antes, mediante sentencias de tutela la Corte Suprema de Justicia acepta el haber relativo y la recompensa siempre que se demuestre que los bienes ingresaron efectivamente a la sociedad conyugal y que ésta obtuvo un beneficio.

El inciso 2º, del numeral 2º., del artículo 501, manda que se incluyan en el activo "*las compensaciones debidas a la masa social por cualquiera de los cónyuges o compañeros permanentes,* ***siempre que se denuncien por la parte obligada o que ésta acepte expresamente las que denuncie la otra…"***. Es poco probable, en nuestra cultura latina que la otra parte esté presta a denunciar lo que debe, y que un cónyuge declare, por ejemplo, que la sociedad le pagó una deuda propia, o que con dineros de la sociedad completó el precio de un bien propio, etc. Sin embargo, aunque pareciera que si no se denuncia o no se acepta por los demás interesados, no se incluye, no es así; el mismo inciso dice "*en los demás casos se procederá como dispone en el numeral siguiente"* y el que sigue es el 3º., que se refiere a la resolución de controversias y objeciones. Así mismo el inciso 5º del numeral 2º, determina que: "*La objeción al inventario "tendrá por objeto que se excluyan partidas que se consideren indebidamente incluidas o que se incluyan las deudas o compensaciones debidas, ya sea a cargo o a favor de la sociedad conyugal"*.

No dice expresamente este inciso que mediante las objeciones pueda pedirse la exclusión de recompensas incluidas en el inventario, sin embargo, la primera parte del inciso se refiere a la exclusión de partidas mal incluidas, en las que quedan comprendidas las compensaciones y el inciso 6º, estipula que "*Todas las objeciones se decidirán en la continuación de la audiencia mediante auto apelable"*. Así mismo el encabezamiento del numeral 3º dispone: "*Para resolver las controversias sobre objeciones relacionadas con los inventarios, o sobre la inclusión o exclusión de deudas o bienes sociales…*", se procederá como se indica en dicho numeral. De donde se desprende que todas las objeciones que se presenten contra el inventario se resolverán mediante el trámite previsto en este numeral.

Todo lo anterior indica que mediante objeciones puede pedirse la exclusión o inclusión de recompensas cuando al denunciarlas no hayan sido aceptadas.

4.7 Pasivo del inventario

Dice el inciso 3º del numeral 1º: "En *el pasivo de la sucesión se incluirán las obligaciones que consten en título que preste mérito ejecutivo, siempre que en la audiencia no se objeten, y las que a pesar de no tener dicha calidad se acepten*

expresamente en ella por todos los herederos o por estos y por el cónyuge o compañero permanente, cuando conciernan a la sociedad conyugal o patrimonial. En caso contrario las objeciones se resolverán en la forma indicada en el numeral 3. Se entenderá que quienes no concurran a la audiencia aceptan las deudas que los demás hayan admitido.

*También se incluirán en el pasivo los créditos de los acreedores que concurran a la audiencia. Si fueren objetados, el juez resolverá en la forma indicada en el numeral 3, y si prospera la objeción, el acreedor podrá hacer valer su derecho en proceso separad*o."

Varios comentarios suscitan este inciso. El régimen de inclusión de deudas en el inventario que se estableció en esta norma constituye un gran avance frente al Código de Procedimiento Civil de 1970, y de su interpretación doctrinal y jurisprudencial dominante en el sentido de que si se objetaban el juez perdía competencia, no podían incluirse y el interesado tenía que acudir a proceso ordinario. O que, si el interesado no asistía a la audiencia, aceptaba las deudas que los demás incluyeran y ya no podía objetar dentro del término de traslado. Adicionalmente, que, si no constaba en título ejecutivo y no la aceptaban expresamente los demás interesados, no podía incluirse y tampoco objetarse el inventario para su inclusión.

Algunos nos resistimos a esa interpretación, pero fuimos minoría en los tribunales; a veces se lograban mayorías precarias y podía adoptarse la tesis contraria a la predominante.

Hoy todas las objeciones deben resolverse mediante el trámite previsto en el numeral 3º del citado artículo 501, para la resolución de todas las controversias suscitadas alrededor del inventario.

Pese a que la redacción de la norma, conservando en el fondo el mismo alcance del artículo 941 del Código Judicial de 1931, y del 601 del Procedimiento Civil de 1970, dice que la deuda puede incluirse en el inventario si no consta en título ejecutivo si es aceptada expresamente por todos, o si consta en título ejecutivo y no se objeta, lo que en estricto sentido significa también que sea aceptada por todos, ello no es así. La ley procesal, de conformidad con el artículo 11 del Código, tiene como finalidad garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Y esta dispone que al disolverse la sociedad, debe hacerse un inventario (art. 1821 del C.C.), y el 4 de la Ley 28 de 1932, que "*En el caso de liquidación de que trata el artículo 1 de esta Ley, se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo*". Esto es, que en el trámite liquidatorio deben incluirse las deudas

que consten en título ejecutivo y las que no consten en título ejecutivo. Basta con que existan y se prueben. Ya sabemos que la deuda puede existir y no constituir título ejecutivo, porque está sujeta a plazo o condición. Por ejemplo, uno de los cónyuges le debe una suma de dinero al Banco Davivienda. Lleva las certificaciones de la existencia de la deuda, del saldo pendiente, incluso fotocopia del contrato de mutuo, y de la hipoteca con la que se garantizó su pago, pero la obligación está sujeta a plazo y los pagarés los tiene el Banco y no el deudor. Lo que puede discutirse en las objeciones es que no existe la obligación, o que ya se extinguió por algún modo de extinguir las obligaciones, pago, novación, transacción, prescripción extintiva, remisión, subrogación, etc. (artículo 1625 del C.C.), que para efectos de su exclusión pueden declararse sin que tal declaración haga tránsito a cosa juzgada material, por cuanto será en el declarativo o ejecutivo singular, mediante un debate probatorio propio de estos procesos, donde pueda hacerse la declaración definitiva de existencia, inexistencia o inexigibilidad.

Ahora bien, los interesados que no van a la diligencia, aceptan las deudas que los demás relacionan, así se completa el negocio jurídico con su voluntad presunta. Pero claro que en proceso declarativo se puede definir lo que corresponda sobre los bienes con firmeza definitiva.

4.7.1 Formalidades de las objeciones

Para presentar objeciones no hay ninguna formalidad, basta formular el desacuerdo, observación o reparo con claridad y precisión de manera que el juzgador pueda comprender el alcance de la inconformidad. Sobre el punto la Corte hizo un amplio análisis en la sentencia STC-10295 de 1º de agosto de 2019: "Ahora, aun cuando ellas – las oposiciones – no se propongan con apego a los tecnicismos que algunos esperaran, no por eso pierden vigor ni distorsionan su real enfoque, pues aunque se omita el vocablo sacramental de «objeción» si el discurso está enfilado a tal labor defensiva es inatendible esquivarlo basado en un formalismo exagerado, que por demás prohíbe el artículo 11 ídem.

"En otras palabras, es asaz la posición discordante de los «*interesados*» frente a la «*inclusión o exclusión de un bien o deuda a la masa*» para que el operador jurídico proceda conforme al rito del numeral 3º citado. Lo contrario sería tanto como soslayar la resolución esencial de esa disparidad con asidero exclusivo en una preterición lingüística, nada de lo cual armoniza con las prerrogativas básicas de los contendientes." (Subrayado fuera de texto). Cita adicionalmente, otra sentencia en el mismo sentido, la STC-20298-2017.

4.7.2 Decisión de objeciones

Si hay objeciones se decidirán mediante el trámite previsto en el numeral 3º.

El juez haciendo uso del poder de ordenación determinará el orden de las exposiciones. Se esmerará para que no haya sino un solo escrito de inventario así deba prestar la colaboración con un funcionario del Despacho con ese fin. Debe diseñar un protocolo interno, que bien podría elaborarlo el Consejo Superior de la Judicatura, como ha ocurrido con las audiencias, a efectos de que el inventario se vaya agotando por etapas. Por ejemplo, primero que se relacionen todas las partidas del activo. Luego las del pasivo, y posteriormente las recompensas, para correrle traslado a los interesados de un solo escrito. A continuación, conferirle el uso de la palabra a cada uno de los interesados para que formule las objeciones y pida las pruebas en las que funda las objeciones. A renglón seguido, correrles traslado de todas las objeciones para darles la oportunidad a los interesados de pronunciarse sobre ellas. Terminadas la etapa de formulación de objeciones y su traslado, si el asunto es muy complejo debe hacer un receso, es posible que deba hacer varios, para que los interesados se puedan pronunciar sobre las objeciones, y aprovecha el receso para proyectar el auto de pruebas; las decreta, incluyendo las que de oficio considere necesarias para resolver la controversia. Suspende la audiencia y si no hubo acuerdo sobre los valores, requiere para que con una antelación no menor de cinco (5) días presenten los dictámenes periciales y les advierte que si no los presentan él promediará los valores que le hayan dado a los bienes.

Nada dice la norma sobre la contradicción del dictamen, ni cuál es la finalidad de que lo presenten con cinco (5) de antelación a la continuación. Considero que deben aplicarse las normas generales sobre la contradicción del dictamen del artículo 228 del CGP., y que los interesados pueden pedirle al juez que cite a los peritos para interrogarlos en audiencia o éste citarlos de oficio. No creo, que pueden aportar otro, o pedir un plazo para aportarlo, porque ya tuvieron la oportunidad para hacerlo.

Terminada la confección del inventario el juez corre traslado del mismo, y si no hay objeciones, lo aprueba mediante auto inapelable. Si las hubo las decide y determina cómo queda el inventario definitivo y lo aprueba. Este auto es apelable en el efecto devolutivo.

La apelación, concedida en este efecto, permite que la providencia se cumpla y que el proceso continúe; si el superior confirma no pasa nada. Si se revoca se invalida toda la actuación en lo que dependa de la decisión revocada (art. 329 inciso 2º).

4.7.3 Falta de técnica del artículo 501 del CGP

Las normas del artículo 501 son antitécnicas e incoherentes. Las objeciones están escindidas: en el inciso 2º del numeral 1º se habla de objeciones al pasivo; en el inciso 4º, de ese numeral, de aprobación de los inventarios y resolución de las objeciones. Las objeciones a las recompensas, están en la parte final del inciso 2º del numeral 2º. La finalidad de las objeciones, está en el inciso 5º del numeral 2º; la decisión de las objeciones en el inciso 2º del 2º, y el trámite de las objeciones en el numeral 3º.

4.8 Decreto de la partición

Otro de los avances importantes en el CGP, frente al CPC, es que en este, por tratarse la partición de un derecho patrimonial de los comuneros, eminentemente dispositivo, el juez no la podía decretar de oficio, debía pedírsele. Ahora el nuevo código prescribe en el artículo 507, que *"En la demanda de apertura del proceso de sucesión se entiende incluida la solicitud de partición, siempre que esté legitimado para pedirla quien lo haya promovido"*. Ya no hay que esperar a que uno de los legitimados para partir, la pida, paralizándose el proceso mientras tanto. La pretensión está implícita en la demanda liquidatoria, no solo de la herencia sino de la sociedad conyugal o patrimonial. Esta es la razón para que el citado artículo determine que: *"Aprobado el inventario y avalúo el juez, en la misma audiencia, decretará la partición y reconocerá al partidor que los interesados o el testador hayan designado; si estos no lo hubieren hecho, nombrará partidor de la lista de auxiliares de la justicia"*.

4.8.1 Exclusión de bienes de la partición

El Código General del Proceso, en el artículo 505, se reproduce el artículo 605 del Código de Procedimiento Civil, sobre la facultad que se les da al cónyuge y a los herederos de solicitar la exclusión de bienes inventariados, siempre que se promueva la acción antes de que se decrete la partición y si se aporten los documentos que se indican en la norma.

El artículo prescribe: "*Exclusión de bienes de la partición.- "En caso de haberse promovido proceso sobre la propiedad de bienes inventariados, el cónyuge o compañero permanente, o cualquiera de los herederos podrá solicitar que aquellos se excluyan total o parcialmente de la partición, según fuere el caso, sin perjuicio de que si el litigio se decide en favor de la herencia, se proceda conforme a lo previsto en el artículo 1406 del Código Civil.*

"Esta petición solo podrá formularse antes de que se decrete la partición y a ella se acompañará certificado sobre la existencia del proceso y copia de la demanda, y del auto admisorio y su notificación". (Subrayas fuera del texto).

Esta norma constituyó un avance frente al Código Judicial, Ley 105 de 1931, por cuanto el artículo 947 se limitaba a decir que la aprobación del inventario "*no obsta para que, por separado, se intenten, por quienes tengan derecho, las acciones sobre ocultación o inclusión indebidas de bienes*".

Con el avance se pretendió y pretende que a los interesados no se les adjudique bienes que se están litigando en proceso separado y cuyas resultas son inciertas. Igualmente, que los verdaderos dueños no vean entorpecidos sus derechos sobre tales bienes con la adjudicación a los herederos o a los cónyuges. Esa circunstancia podría dar lugar también a suspensión de la partición (art. 516 del CGP) si se dan los supuestos de artículo 1388 del Código Civil C.C.

Para que sea procedente la exclusión en el proceso liquidatorio es necesario que la petición se presente antes de que se decrete la partición, lo cual acontece en la audiencia de inventarios en el mismo auto que lo apruebe, en forma inmediata, en virtud de que en la demanda liquidatoria o de sucesión, según el caso, está implícita la petición de partición (artículo 507 (arts. 501 num.1°, inciso 5, y 507 incisos 1º y 2º.).

A la petición debe acompañarse copia de la demanda con la que se promovió el proceso declarativo, del auto admisorio, de la notificación y constancia del secretario sobre el estado del proceso.

La petición, se resuelve de plano, porque no está previsto el trámite incidental (art. 137), ni en el artículo 321, trae ese asunto como apelable, ni ninguna norma especial le concede apelación.

En una tutela presentada con fundamento en la violación del debido proceso porque no se accedió a la exclusión, tanto la Corte Suprema, como la Constitucional, negaron el amparo, por no haber sido formulada la exclusión en tiempo, en vigencia del artículo 605 del CPC, igual al 505 del CGP[43].

También puede pedirse la exclusión de nuevos bienes que se denuncien en inventario adicional o partición adicional, siempre que se haga antes de que se decrete la partición.[44]

[43] T-898 de 16 de septiembre de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto.

[44] Pedro Lafont Pianetta. Ob. cit., pp. 146 y ss.

4.9 Inventario y avalúos adicionales

Preceptúa el artículo 502 del CGP: "*Cuando se hubieren dejado de inventariar bienes o deudas, podrá presentarse inventario y avalúo adicionales. De ellos se correrá traslado por tres (3) días, y si se formulan objeciones serán resueltas en audiencia que deberá celebrarse dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento de dicho traslado.*

Si el proceso se encuentra terminado, el auto que ordene el traslado se notificará por aviso.

Si no se formularen objeciones, el juez aprobará el inventario y los avalúos. Lo mismo se dispondrá en la providencia que decida las objeciones propuestas".

El artículo aclaró dudas que generaba el 602 numeral 4º, que era el que regulaba los inventarios adicionales, si se habían dejado *bienes* sin inventariar. Los jueces entendieron que como la norma hablaba de bienes, no se podían incluir deudas. Algunos como el profesor Lafont, sostenían que se podían relacionar si tienen un vínculo directo que los bienes que se relacionaban, como las garantizadas con hipoteca o prenda sobre los nuevos bienes inventariados, y otros como el profesor Devis[45], sostenían que la palabra "bienes" debía entenderse como patrimonio, y se podían incluir deudas, que es la forma de tutelar el derecho sustancial de los herederos, como criterio del fin del procedimiento señalado en el artículo 4º del CPC (similar al actual artículo 11 del CGP) a fin de que la hijuela de deudas sea "completa y real". Es su momento estuve de acuerdo con este criterio. Hoy está superado porque la norma comprende los bienes y deudas dejados de inventariar.

La principal discusión que ha suscitado este artículo es en torno a la presentación de inventarios adicionales cuando ya se ha practicado la partición y dictado la sentencia aprobatoria. Considero que esa presentación de inventarios solo se da cuando se tramita la partición adicional prevista en el artículo 518 del CGP, y si hay oposición, debe confeccionarse inventario de los nuevos bienes, y tramitarse desde ahí el proceso. El juez no puede impartirle el trámite del artículo 502, porque no tiene competencia, puesto que la perdió al dictar la sentencia aprobatoria de la partición y quedar ejecutoriada. La recupera cuando se adelanta el trámite de la partición adicional mencionada.

El artículo 602 numeral 4º, era más claro porque en el inciso 2º, disponía que el inventario adicional tenía que presentarse antes de la partición, y el 620

[45] Compendio de Derecho Procesal, Tomo III, Temis, 1978, p. 743.

sobre partición adicional no permitía presentar en ella nuevas deudas como igualmente lo establece ahora el 518 del CGP.

La razón para que no se pueda presentar partición adicional con nuevas deudas, según el profesor Devis[46], es que la partición anterior ya está hecha y habría que rehacerla para cambiar la hijuela de deudas.

Sobre este punto ha tenido ocasión la Corte de pronunciarse en varias oportunidades. Una de ellas, y a mi juicio la más explícita sobre el punto, la sentencia STC-18048 de 1º de noviembre de 2017[47], con la cual se resolvió una acción de tutela presentada contra el Juzgado 13 de Familia de Medellín por haberse negado a tramitar inventarios adicionales después de presentada la partición, aduciendo que la sentencia aprobatoria de la partición estaba ejecutoriada y no podía retrotraer la actuación y rehacer la primera partición para incluir pasivos, dijo que no solo era razonable sino que era la interpretación que más se ajustaba al ordenamiento jurídico porque las dos normas, la del 502 y la del 518, son diametralmente contradictorias porque el fin de la partición adicional es inventariar bienes que se hayan dejado de inventariar o de distribuir alguno que no se inventarió, y de acogerse la interpretación de la procedencia de los inventarios adicionales después de la partición daría al traste con esa finalidad. Agregó que por ser el artículo 518 posterior al artículo 502, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, y aplicando esa norma posterior es como se franquea esa contradicción insuperable, porque en verdad el "*inciso 2º del precepto referido no concuerda con ese marco legal*".

Y es que en verdad, se generan distorsiones graves, si se admiten inventarios adicionales después de la partición, como la ocurrida en el Juzgado 31 de Familia de Bogotá, donde después de dictar sentencia aprobatoria de la partición, permitió el trámite de inventarios adicionales para incluir pasivos, lo que condujo a que ordenara rehacer la partición ya aprobada, para cambiarla y que el partidor liquidara en ceros. Contra esa decisión se presentó acción de tutela, la cual fue decidida con la sentencia STC-20898 de 11 de diciembre de 2017, ordenando rehacer el proceso desde la presentación del inventario adicional, para darle trámite a una objeción. Sin embargo, se mantuvo en esta decisión el trámite del inventario adicional pese a que la sentencia aprobatoria de la partición estaba ejecutoriada, resultando contradictoria con la STC-18048 de 2017, ya comentada.

[46] Ob. cit., p. 743.

[47] M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Estoy plenamente de acuerdo con la interpretación hecha por la Corte en la sentencia STC-18048 de 2017, porque las normas son contradictorias, y porque lo contrario atenta contra el principio de preclusión y la cosa juzgada en la medida en que habría qué ordenar la refacción de la partición ya aprobada. Para ello, hay norma expresa que es el artículo 518.

FACULTADES OFICIOSAS, ULTRA Y EXTRA PETITA DEL JUEZ O JUEZA DE FAMILIA*

*Yadira Elena Alarcón Palacio***

RESUMEN

Este trabajo versa sobre el alcance de las facultades oficiosas y las de fallar ultra y extra *petita* de los jueces y juezas de familia. Lo analizaremos en tres momentos; en primer lugar, revisaremos los alcances conceptuales, tanto de las facultades de oficio como de las facultades ultra y extra *petita* en el ejercicio jurisdiccional en general. En segundo lugar, nos detendremos en la potestad-deber de los jueces y juezas de familia de fallar ultra y extra *petita* en los procesos de familia, en el marco normativo nacional y convencional que

* Este trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto "Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros". Financiado por PID2019-104226GB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033 (Ministerio de Ciencia e Innovación/Agencia Estatal de Investigación), Investigadoras Principales Alma Rodríguez Guitián y Pilar Benavente Moreda, profesoras de la Universidad Autónoma de Madrid. España. Este producto se realiza en el marco de las actividades del Grupo de Investigación de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Debo agradecer muy especialmente al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, en cabeza de su señor presidente actual, Ulises Canosa, por su deferencia de invitarme, no sólo a realizar esta contribución, sino además a participar como ponente en el XLIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Así mismo, quiero expresar mis agradecimientos al profesor de la Pontificia Universidad Javeriana, Juan Camilo Arboleda Restrepo, por nuestras discusiones y sus aportes en la realización de este capítulo de libro.

** Profesora Titular y Directora de la Especialización en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Abogada de la Universidad del Norte (Barranquilla - Colombia). Doctora en Derecho Privado Social y Económico y Máster en Necesidades y Derechos de la Infancia de la Universidad Autónoma de Madrid (España), Especialista en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá - Colombia). Socia Directora de la firma Alarcón Palacio & Asociados. Contacto: yalarcon@javeriana.edu.co.

los rige y en la caracterización de los sujetos protegidos. Por último, esbozaremos, con ejemplos jurisprudenciales, el alcance que tiene en Colombia la aplicación de estas facultades en materia de Derecho de Familia.

Palabras clave: facultades oficiosas, ultra *petita*, extra *petita*, juez de familia, sujetos protegidos, derecho de familia

1. FACULTADES DE LOS JUECES Y JUEZAS EN EL SISTEMA MIXTO COLOMBIANO (INQUISITIVO Y DISPOSITIVO)

En Colombia, tanto en el Código General del Proceso, como en la doctrina nacional y extranjera se ha desarrollado el rol del juzgador en un sistema mixto (Corte Constitucional en la sentencia C-874/2003[1] denominó "un sistema mixto"). Lo anterior obedece a que tiene características tanto de un sistema dispositivo como inquisitivo. Así, su carácter dispositivo se centra en que la regla general es que son las partes las que dan inicio al proceso mediante la presentación de una demanda, lo terminan por transacción o desistimiento, lo impulsan, piden pruebas, y el juez debe decidir sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones formuladas por el demandado con fundamento en el denominado principio de congruencia. No obstante, la regla descrita, algunos procesos o actuaciones tienen características inquisitivas en la medida en que pueden iniciarse por iniciativa del juez, precisamente en atención a que *"el proceso tiene un interés público y se orienta a dar facultades al juzgador para tender hacia la verdad real, la igualdad de las partes y la libre valoración de la prueba"*[2]. Otro rasgo inquisitivo es la facultad-deber con que se inviste al juez para decretar pruebas de oficio, con el fin de impulsar el esclarecimiento de los hechos y hallar la verdad como presupuesto de la justicia.

El principio de congruencia obliga al juez o jueza de conocimiento a proferir una sentencia acorde con las pretensiones de la parte actora.

Y es que el principio de congruencia no ha sido un principio absoluto. Ha encontrado importantes excepciones en otras áreas del derecho. El artículo

[1] COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-874/2003. Referencia: expediente D-4546 (30 de septiembre de 2003). MP Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-874-03.htm

[2] Ibid. Cfr. PARRA BENITEZ, Jorge. Derecho procesal civil. Segunda edición. Colombia: Editorial Temis, 2021, p. 250.

50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra las facultades extra y ultra *petita* y señala que:

> *"El juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas*".

Estas facultades fueron extendidas a los jueces de única instancia laborales, mediante sentencia C-662/1998[3], en la que se sostuvo que:

> *Dentro de la potestad integradora de esta Corte para revisar la totalidad de la preceptiva legal demandada, conforme a la jurisprudencia de la Corporación, la Sala estima que la misma no contradice el ordenamiento superior, salvo en la expresión "de primera instancia", como así se declarará en la parte resolutiva del presente fallo. En consecuencia, los jueces laborales de única instancia en adelante están facultados para emitir fallos con alcances extra o ultra petita, potestad que se ejerce en forma discrecional, con sujeción a las condiciones exigidas, esto es, que los hechos en que se sustenta el fallo con esos alcances se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados.*

Así mismo, el juez de acción popular puede proferir fallos ultra y extra *petita* para salvaguardar derechos colectivos, según jurisprudencia del Consejo de Estado. En sentencia T-176/16[4] se sostuvo:

> "Así pues, al conocer de asuntos que comparten el mismo problema *jurídico en relación con las facultades ultra y extra petita del juez popular, el Consejo de Estado ha determinado que el operador judicial puede tener en cuenta hechos distintos a los que aparecen en la demanda, siempre que se hayan probado dentro del proceso y se trate de la misma*

[3] COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-662/1998. Referencia: Expediente D-2064 (12 de noviembre de 1998). MP Hernando Herrera Vergara. Disponible en https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-662-98.htm

[4] COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-176/16. Referencia: expediente T-5.240.358 (11 de abril de 2016). MP Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-176-16.htm

causa petendi, es decir, de la acción u omisión que el actor planteó como transgresora de los derechos o intereses colectivos".

Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de aquellos casos en que se ha comprobado que el análisis del juez se dio sobre hechos y pretensiones totalmente diferentes a los que dieron origen a la demanda, pues en ello se ha entendido que el juez excedió sus facultades de proferir fallos ultra y extra *petita*.

> *"Por ejemplo, las sentencias (i) del 16 de mayo de 2007 –en el que el a quo efectuó el análisis de la eventual violación del derecho colectivo a la prestación del servicio de salud en relación con las transferencias de los recursos del Sistema General de Participaciones, a pesar de que el demandante señaló que la vulneración se configuraba porque el dinero de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA no era invertido en la prestación de salud del régimen subsidiado– y (ii) del 16 de octubre de 2007 –en la que el a quo amparó el derecho al ambiente sano ante la posible contaminación de una quebrada, a pesar de que se había alegado que se trataba de la vulneración a la movilidad de las personas residentes en un barrio ante el cambio de sentido de una vía–".*

En materia civil, un caso de excepción a la congruencia está dado por aquellas sentencias que sean totalmente absolutorias. Así la Corte Suprema ha sostenido que:

> *"en armonía con precedentes jurisprudenciales múltiples (reiteradas en providencia todavía reciente, de 1º de junio de 2004, exp. 7556), constituye regla general que las sentencias totalmente desestimatorias, naturaleza que reviste la dictada en este proceso por el sentenciador ad quem, no pueden caer en incongruencia, salvo eventos excepcionales que aquí no se configuran, cual acontece cuando 'un fallo de ese linaje sea el producto de haberse declarado una excepción respecto de la cual no operaba el principio inquisitivo, como la prescripción, la compensación o la nulidad relativa, excepciones estas que, como se sabe, para su estudio y reconocimiento deben 'alegarse en la contestación de la demanda' (art. 306 del C. de P. C.)' (sent. de 1º de febrero de 2000), o 'porque el juzgador se aparta de los extremos fácticos del debate (...) caso en el cual se estaría incurriendo en una inconsonancia o desarmonía denunciable en casación porque como se anotó, de conformidad con el artículo 305 ibidem, la congruencia en la actualidad comprende también 'los hechos' fundantes de las pretensiones' (sent. de 7 de marzo de 1997, exp. 4632)"* (Cas. Civ., sentencia de 12 de octubre de 2006, expediente No. 15693 31 89 002 1993 00274 01[5]).

Así mismo, en los Procesos Agrarios, en el parágrafo 2 del artículo 281 del Código General del Proceso, se establece que si una de las partes goza del amparo de pobreza, el juez de primera o de única instancia está facultado para decidir, en favor de aquella, acerca de lo que se debatió o probó, "aunque la demanda sea defectuosa, siempre que esté relacionado con el objeto del litigio". De ahí que puede conferir u ordenar el pago de derechos e indemnizaciones extra o ultra *petita*, bajo la condición de que los hechos que den origen a la condena estén debidamente controvertidos y probados.

También habrá análisis respecto de la congruencia o incongruencia del fallo sobre las excepciones como lo dispone el artículo 282 CGP. Según tal normativa, el rechazo de una excepción permite abstenerse de pronunciarse sobre las demás manteniendo la congruencia del fallo. No obstante, el superior que considere infundada aquella excepción debe resolver sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado la sentencia. Así mismo, hay excepciones de mérito que deben ser alegadas: (i) prescripción, (ii) compensación, (iii) nulidad relativa, por lo que el juez no podrá declararlas de oficio sin que su fallo resulte en disonancia con las actuaciones de las partes. Las demás excepciones, si son evidenciadas por el juez, las debe reconocer oficiosamente y esto tampoco dará lugar a la incongruencia del fallo[6].

A continuación, veremos cómo se desarrollan estas facultades en el ámbito del Derecho de Familia y en la Jurisdicción propia de la materia.

2. MARCO TEÓRICO DE LAS FACULTADES DEL JUEZ O JUEZA DE FAMILIA

El juez o jueza de familia se encuentra facultado de una serie de herramientas, que hacen distinta la actuación y dirección del proceso de cualquier otra jurisdicción. Dadas las relaciones familiares que se ventilan en este tipo de procesos y los sujetos de especial protección que pueden estar presentes, las facultades del juez se dan en dos ámbitos concretos, su actuación **oficiosa**

[5] COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Ref.: Exp. 15693-31-89-002-1993-00274-01 (12 de octubre de 2006). MP Pedro Octavio Munar Cadena. Disponible en: http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml

[6] PARRA BENÍTEZ, Op. cit., p. 250.

tanto para iniciar el proceso como en materia de pruebas y en la **no obligatoriedad de la consonancia o congruencia** de la sentencia con relación al *petitum,* dadas las facultades ultra y extra *petita* de que están investidos.

Haremos referencia a tres aspectos centrales dentro de las facultades que tiene el Juez de Familia de acuerdo con la Constitución Política de 1991, el Código General del Proceso, los demás desarrollos normativos sobre procedimiento y la jurisprudencia de los últimos años. Para eso expondremos de forma general el paradigma del juez como director del proceso y los deberes legales y constitucionales que ostenta en relación con sus actuaciones oficiosas, el decreto de pruebas de oficio y el obligatorio uso de las facultades para fallar ultra y extra *petita* en algunas controversias de familia. Ahora bien, para analizar estos puntos consideramos fundamental hacer unas precisiones conceptuales sobre los poderes del juez y la concreción de sus actuaciones en el marco normativo de los procesos judiciales.

2.1 Facultades oficiosas

2.1.1 Iniciación del proceso

El artículo 8 del Código General del Proceso establece como regla general que los procesos se deben iniciar a petición de parte, salvo en aquellos casos en que la ley autoriza que se promuevan de oficio.

Entre las excepciones al principio o sistema dispositivo en materia de derecho de familia, se encuentran los procesos de privación, suspensión o restablecimiento de la patria potestad, o remoción del guardador del menor de edad (artículo 395 CGP)[7], procesos de alimentos a favor de un menor de

[7] Artículo 395. Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad, remoción del guardador y privación de la administración de los bienes del hijo. Cuando el juez haya de promover de oficio un proceso sobre privación, suspensión o restablecimiento de la patria potestad, o remoción del guardador, dictará un auto en que exponga los hechos en que se fundamenta y la finalidad que se propone, de cuyo contenido dará traslado a la persona contra quien haya de seguirse el proceso, en la forma indicada en el artículo 91. Quien formule demanda con uno de los propósitos señalados en el inciso anterior o para la privación de la administración de los bienes del hijo indicará el nombre de los parientes que deban ser oídos de acuerdo con el artículo 61 del Código Civil, los cuales deberán ser citados por aviso o mediante emplazamiento en la forma señalada en este código. PARÁGRAFO. Cuando se prive al padre o madre de la administración de los bienes del hijo, una vez ejecutoriada la sentencia el juez proveerá el curador adjunto mediante incidente, salvo que el otro padre o madre conserve la representación legal.

edad (artículo 121 de la Ley 1098 de 2006, *CIA*)[8] y la declaración de yacencia (artículo 482 CGP)[9]. En relación con el inicio oficioso de los procesos referidos en el artículo 395 CGP el juez o jueza dictará un auto en que exponga los hechos en que se fundamenta y la finalidad que se propone con dicho trámite. De este auto se deberá dar traslado a la persona contra quien haya de seguirse el proceso, en la forma indicada en el artículo 91 CGP.

Se observa entonces que el objetivo de esa facultad de oficio busca concretar el deber del estado de garantizar la protección integral a los niños, niñas y adolescentes en aquellos casos en que ni las partes, ni el Defensor de Familia active el aparato de justicia para efectos de las pretensiones referidas. En cuanto a la declaración de yacencia, subyace el interés por la función social de la propiedad para que se pueda mantener en el tráfico jurídico de bienes, se logre el pago de obligaciones en favor de terceros y se surta el trámite respectivo.

2.1.2 Decreto de pruebas de oficio

Dentro de las facultades del juez como director del proceso de forma general, se encuentran las de su poder para decretar pruebas de oficio. Como sabemos el juez se manifiesta a través de providencias judiciales[10]. Una de estas provi-

[8] Artículo 121. Iniciación del proceso y adopción de medidas urgentes. Los asuntos a que se refiere esta ley se iniciarán a instancia del Defensor de Familia, del representante legal del niño, niña o adolescente, o de la persona que lo tenga bajo su cuidado. El juez podrá iniciarlos también de oficio. Al momento de iniciar el proceso el juez deberá adoptar las medidas de urgencia que la situación amerite para proteger los derechos del niño, niña o adolescente.

[9] Artículo 482. Declaración de yacencia. Si pasados quince (15) días desde la apertura de la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea con tenencia de bienes y que haya aceptado el cargo, el juez, de oficio o a petición del cónyuge, del compañero permanente, de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de quien pretenda promover demanda respecto de ella, declarará yacente la herencia y le designará administrador. En la solicitud deberán relacionarse y determinarse los bienes del causante de que se tenga conocimiento e indicarse el lugar de su ubicación, y conocerá de ella el juez competente para el proceso de sucesión; Roberto Suárez Franco sostiene que "la reforma a este régimen introducida por el Código General del Proceso y conforme al texto transcrito consistió en modificar el plazo para intentar la declaración "dentro de los 15 días" por el de después de 15 días".

[10] "Las providencias descritas por el profesor Henry Sanabria como "actos procesales mediante las cuales se adoptan decisiones, se impulsa el proceso o se resuelven cuestiones inherentes al trámite, así como asuntos accesorios que se presentan, o se toman decisiones de fondo sobre la controversia sometida a conocimiento de la juris-

dencias judiciales es el decreto de pruebas de oficio. Estas facultades son el resultado de la imposición de la corriente que entiende que es una forma de desterrar de los estrados judiciales las discusiones estériles en torno al cumplimiento estricto de los requisitos legales en las solicitudes de prueba y facilitado el recaudo de elementos de prueba útiles para evitar sentencias desconectadas de la realidad, lo cual conllevó al legislador, no sólo a autorizar al juez ordenar pruebas por iniciativa propia, sino a imponerlo como un deber[11].

Así el artículo 169 CGP establece que:

> *"Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras o en cualquier acto procesal de las partes.*
>
> *Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas"*

La prueba oficiosa tiene entonces las siguientes características:

dicción" SANABRIA, Henry. Derecho procesal civil general. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2021. p. 569; "La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en Colombia, han declarado que el término providencia judicial implica el conjunto de decisiones que adoptan los despachos judiciales, con el objetivo de centrar significativa la resolución de la litis, además de construir el derecho en serio que se debate en el proceso judicial. En ese orden, la Corte Suprema de Justicia, erigió parte de su jurisprudencia, destacando que, con las providencias judiciales, se pretende el impulso de los procesos y la resolución de las disputas basadas en el cuestionamiento de derechos subjetivos". ALARCÓN PALACIO, Yadira. Audiencias y providencias en el Código General del Proceso. Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2019. p. 205 (pp. 154-155).

[11] ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique, Iniciativa en la actividad probatoria. Prueba de oficio y carga dinámica en CGP. En: PARRA QUIJANO, J. Código General del Proceso: Ley 1564 de 2012 con Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad. Comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP. Primera edición. Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014. pp. 281-294 (p. 286).

La Corte Constitucional dijo que no es una facultad potestativa, sino un deber en materia civil. Deviene de su deber como (i) director del proceso, (ii) su compromiso con hallar la verdad como presupuesto de la justicia. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-264/2009. Referencia: expediente T-2.112.744 (3 de abril de 2009). MP Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-264-09.htm

a. En cuanto a los *testigos, tienen* límites, no puede ser citada cualquier persona, los citados como tales deben estar mencionados en el expediente.
b. No se puede discutir el decreto oficioso de pruebas.
c. Las partes están obligadas a propiciar su práctica.
d. Los gastos que se generen corren a cargo de las partes, por partes iguales, con independencia de lo que se resuelva en el pago de costas del proceso.

En la sentencia SC8456-2016[12] la CSJ puntualizó que: es deber del Juez decretar oficiosamente la prueba porque existe: a) porque un mandato imperativo se lo ordena; b) si se trata de pruebas necesarias para establecer los hechos relacionados con las alegaciones de las partes; c) pruebas para impedir fallos inhibitorios y nulidades; d) cuando después de la demanda sobreviene un suceso que altera o extingue la pretensión inicial y es demostrado con una prueba idónea que no fue legal y oportunamente aportada al proceso; y, e) si obran elementos de juicio suficientes.

Otro aspecto relevante es la oportunidad. La norma prescribe que el juez deberá decretar las pruebas de oficio en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia (artículo 170 CGP).

Así mismo señala que: "las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes", por lo que una vez practicadas deben ser trasladadas a las partes para su legítima contradicción.

No debe confundirse las pruebas de oficio con las que se le cargan a las partes por el principio de carga dinámica de la prueba. En el CGP, si bien en principio a quien invoca un hecho incumbe reconstruirlo, siempre que configure una carga excesiva, por la elevada dificultad o imposibilidad de demostrarlo, el hecho debe estimarse cierto, y a la parte contraria corresponde desvirtuarlo, aunque en palabras de Miguel Rojas, la fórmula de la carga dinámica de la prueba de nuestro CGP no es muy afortunada, en la medida en que según el artículo 167.2 CGP, si el juez observa que la parte que invoca un hecho está en dificultad superior o en imposibilidad de demostrarlo, debe emitir un auto para exigirle a la otra que lo desvirtúe y concederle un término para

[12] COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SC8456-2016. Radicación 20001-31-03-001-2007-00071-01 (24 de junio de 2016). MP Ariel Salazar Ramírez. Disponible en: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/02/SC8456-2016-2007-00071-01.pdf

que aporte o solicite la prueba (artículo 167.3 CGP)[13], lo cual puede inducir prejuzgamientos.

En materia de derecho de familia, tanto las facultades para ordenar pruebas de oficio, como la posibilidad de una carga dinámica de la prueba, juegan un papel determinante en la defensa de los derechos de las partes involucradas. Tratándose de dirección de los procesos de familia, el juez o la jueza deben imprimir una especial estrategia que permita no sólo el esclarecimiento de los hechos alegados, sino la correcta protección de los sujetos involucrados. Todo ello juega un papel fundamental cuando de la eficacia de los procesos de familia se trata, pues en ellos se discuten asuntos que atañen al núcleo fundamental de la sociedad.

2.2 Facultades para fallar ultra y *extra petita*

Las facultades para fallar ultra y extra *petita* son aquellas que permiten al Juez apartarse del requisito de congruencia en la sentencia que pone fin a la controversia. Este asunto ya estaba autorizado por el ordenamiento procesal antes de la entrada en vigor del CGP y por esa razón la segunda ponencia ante la Cámara de Representantes del proyecto de ley introdujo el parágrafo 1 del artículo 281 CGP manteniendo la posibilidad de fallar ultra y extra *petita* en asuntos de derecho de familia y agrarios[14]. Por regla general, la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas. En ese sentido reza el primer inciso del artículo 281 CGP: "No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último".

En consecuencia, si el juez o jueza resuelve más de lo pedido (ultra *petita*), concede algo que no le fue pedido o se aparta de los extremos fácticos del debate (extra *petita*), o concede menos de lo pedido (mínima/citra/infra *petita*), su decisión de fondo resulta incongruente. "También hay incongruencia cuando el Juez reconoce excepciones que el demandado debió alegar expresamente y no lo hizo, o las alegó en forma extemporánea o si no

[13] ROJAS GÓMEZ. Op. cit., p. 293.

[14] COLOMBIA, GACETA DEL CONGRESO, Año XX - Nº 745, Bogotá, D. C., 4 de octubre de 2011. p. 21. Disponible en: http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Camara&fec=04-10-2011&num=745

las reconoció habiéndose alegado y probado el demandado"[15]. Al respecto se pronunció la Corte Suprema de Justicia en Expediente No. 5602 (4 de septiembre de 2000)[16] al decir:

> "Al juzgador no le está dado fallar sobre aquello que no ha sido pedido por las partes, ni más allá de lo expresamente solicitado, tampoco puede abstenerse de pronunciarse sobre algo que ha sido pedido. "A este respecto, en providencia del 31 de julio de 1992, la Corte indicó que "si el sentenciador guarda silencio sobre los extremos sustanciales que son objeto del litigio y que fueron debidamente planteados como tales al constituirse la relación jurídico-procesal, incurre en inconsonancia por faltar al principio que le impone fallar sobre todo lo pedido, al igual que si excede con respecto a lo pedido, o cuando declara lo que nunca se impetró de la jurisdicción"[17].

La incongruencia puede darse en relación con las pretensiones y su acumulación cuando el juez se pronuncia sobre la subsidiaria sin pronunciarse sobre la principal; cuando se omite resolución sobre una pretensión subsidiaria genérica, no obstante haberse pronunciado sobre la principal; y cuando se acoge la subsidiaria, y se había acogido la principal[18].

En Derecho de familia, las facultades ultra y extra *petita* tienen su antecedente en el Código de Infancia y adolescencia donde se erigieron desde 2006, en herramientas protectoras de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. A partir de la expedición del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, se amplían tales facultades extendiendo su protección a otros sujetos en Colombia, una gran excepción al principio de congruencia en materia de

[15] PARRA BENÍTEZ, Op. cit., p. 247.

[16] COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Referencia: Expediente No. 5602 (4 de septiembre de 2000). MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Disponible en: https://vlex.com.co/vid/552533790

[17] Sobre las causales de inconsonancia de los fallos judiciales, véanse: CSJ. SC. Sentencias de 30 de noviembre de 1935; de 16 de agosto de 1938; 13 de junio de 1946; de 30 de marzo de 1949; de 30 de abril de 1952; de 30 de agosto de 1954; de 8 de febrero de 1955; de 2 de diciembre de 1958; de 13 de agosto de 1964; de 3 de diciembre de 1975; 25 de noviembre y 13 de octubre de 1993. Entre muchísimas otras. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SC1806-2015. Radicación 85001-3189-001-2000-00108-01 (24 de febrero de 2015). MP Jesús Vall de Rutén Ruíz. Disponible en: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/gfeb2015/SC1806-2015%20(2000-00108-01).doc. PARRA BENÍTEZ, Op. cit., p. 248.

[18] PARRA BENÍTEZ, Op. cit., p. 248.

derecho de familia. Las facultades ultra y extra *petita* permiten que el juez o jueza de familia, se pronuncie más allá de la pretensión o por fuera de la misma, sin que esto implique el desconocimiento absoluto de los principios procesales de la congruencia, consonancia y la *non reformatio in pejus*[19].

Por el contrario, no habrá incongruencia cuando se le está dado al juez resolver sobre ciertos asuntos conexos con la pretensión y derivados de esta, que no se solicitaron expresamente, pero que deben resolverse simultáneamente. Un ejemplo de esto es lo establecido en el artículo 122 del CIA al decir que el juez puede resolver extra *petita*. La norma autoriza acumular en una misma demanda pretensiones relacionadas con uno o con varios niños, niñas y/o adolescentes, respecto de los mismos padres, representantes legales o personas que los tengan bajo su cuidado, siempre que el juez sea competente para conocer de todas ellas.[20]

Por otra parte, en materia de familia el parágrafo primero del artículo 281 contemplan que no hay impedimento para que el juez falle ultra o extra *petita* cuando se requiere proteger adecuadamente a la **pareja, a los niños, niñas y adolescentes, o a la persona que esté en situación de discapacidad mental, o a una de la tercera edad** y a efecto de prevenir nuevas controversias parecidas. "Hay entonces una razón válida en consideración a los sujetos, especialmente si están en situación de debilidad, o son víctimas de violencia de cualquier naturaleza"[21].

Sobre la posibilidad de fallar ultra y extra *petita* conviene precisar que una cosa son las facultades con que cuenta el Juez o Jueza ordinario, particularmente el de familia para nuestro análisis, que son de naturaleza excepcional y acabamos de describir; y otras son las del Juez o Jueza de tutela, pues esta como mecanismo de protección de derechos fundamentales, reviste al juez que conoce de ella de una serie de facultades que, en ejercicio de la juris-

[19] BORDENAVE, Leonardo. La Regla de congruencia y su flexibilización. La necesidad del debate ideológico procesal. Lima: Ed. EGACAL. Disponible en: https://egacal.edu.pe/

[20] Artículo 122. Acumulación de pretensiones y pronunciamiento oficioso. Podrán acumularse en una misma demanda pretensiones relacionadas con uno o con varios niños, niñas o adolescentes, respecto de los mismos padres, representantes legales, o personas que los tengan bajo su cuidado, siempre que el juez sea competente para conocer de todas. El juez deberá pronunciarse sobre todas las situaciones establecidas en el proceso que comprometan los intereses del niño, la niña o el adolescente, aunque no hubieren sido alegadas por las partes y cuando todas ellas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

[21] PARRA BENÍTEZ, Op. cit., p. 250.

dicción ordinaria, no posee. Al respecto se ha sostenido que: "La principal de ellas, consiste en fallar más allá de lo solicitado por quien hace uso de este mecanismo, fallos ultra o extra *petita*. Prerrogativa que permite al juez de tutela pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo solicitado, deben ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental"[22].

3. APLICACIÓN DE LAS FACULTADES DEL JUEZ O JUEZA DE FAMILIA

3.1 Marco legal y convencional de los sujetos protegidos

La regulación de las facultades del Juez o Jueza de Familia se encuentra en la parte general en el Código General del Proceso respondiendo como ya se ha dicho a un sistema mixto que le ordena al juez iniciar ciertos procesos, indagar probatoriamente de oficio cuando resulte necesario para conocer los hechos materia de controversia y decidir por fuera de lo pedido o más de lo solicitado cuando así se requiera para garantizar la protección de ciertos sujetos. Estas reglas responden por un lado a unos deberes constitucionales que ponen en cabeza del estado la garantía de los derechos de ciertos sujetos y del debido proceso en todas las actuaciones judiciales[23]. Así mismo, obedece a una serie de obligaciones asumidas por el estado colombiano a través de tratados internacionales de derechos humanos tanto del sistema interamericano como del sistema universal.

Sobre eso conviene destacar la protección del debido proceso en las actuaciones judiciales y administrativas de los estados que se encuentran en la Convención de Derechos Civiles y Políticos, así como en la Convención Americana de Derechos Humanos ambos tratados vinculantes para Colombia. Por otro lado, se destacan esos mismos instrumentos, la Convención

[22] COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-049/98. Referencia: Expediente T-147245 (3 de marzo de 1998). MP Jorge Arango Mejía. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-049-98.htm

[23] Artículos 13 (igualdad), 29 (debido proceso), 42 (derechos de la familia, pareja, progenitura), 43 (protección de la mujer), 44 (derecho de los niños y niñas), 45 (derecho de los adolescentes), 46 personas de la tercera edad), 47 (personas con discapacidad). COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Gaceta Constitucional No. 116 (20 de julio de 1991). Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica

Internacional de los Derechos del Niño, la Convención de Belém do Pará, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre Personas con Discapacidad[24] que demandan del estado colombiano la protección de los derechos de sujetos de especial protección como quienes sufren como consecuencia de violencias y desigualdades originadas en el género, las personas con discapacidad y la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en un caso donde se requería la protección de un adulto mayor, ha señalado:

"1.3.3. Las particularidades propias de los procesos que involucran a la familia, los destinatarios de protección reforzada, y las solicitudes alimentarias, se hallan en esa línea por los fines que persiguen y los intereses que protegen. En los alimentos de menores, de discapacitados, adultos mayores y otro tipo de controversias conexas con el debate de esta vital prestación, al estar comprometidos fines de orden público y la dignidad humana, compete al juez actuar con especial celo.

El numeral 3º del canon 397 del Código General del Proceso, clara y terminantemente le impone al fallador la obligación de decretar, aun oficiosamente, "(…) las pruebas necesarias para establecer la capacidad económica del demandado y las necesidades del demandante, si las partes no las hubieren aportado".

[24] Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Ley 12 de 1991, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; Convención de Belém do Pará, aprobada por la Ley 248 de 1995, suscrita en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994; Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la Ley 2055 de 2020, adoptada en Washington, el 15 de junio de 2015; Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Recordando lo establecido en los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002), así como los instrumentos regionales tales como la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003); la Declaración de Brasilia (2007), el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable (2009), la Declaración de Compromiso de Puerto España (2009) y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012).

Pero, además, el Estado constitucional obliga al juez, en la sustanciación de causas familiares contaminadas con déficit de derechos, atemperar el rigor del principio de consonancia. En ese contexto, el C. G. del P., prevé:

"(…) En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultra y extra petita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole (…)" (Pár. 1, art. 281 C.G.P.).

Estas autorizaciones no devienen únicamente por disposición procesal, sino también por preceptos materiales, por imperio del bloque de constitucionalidad y todo el cuerpo jurídico internacional de los derechos humanos"[25].

3.2 El estado actual en materia jurisprudencial sobre las facultades oficiosas del Juez de Familia y las excepciones al principio de congruencia

El impulso tanto a las facultades de oficio en materia probatoria, como las de fallar ultra y extra petita, se han convertido en los mecanismos de las altas cortes para la protección de los sujetos por parte del aparato judicial. El mensaje de su aplicación quiebra constantemente las decisiones de bajas instancias, ya sea por vía de Casación o por vía de acción de tutela contra providencia judicial. Tanto en sede ordinaria, como en sede constitucional, la Corte Suprema de Justicia, ha sido incesante en la última década, en mostrar a todo el aparato judicial, la manera en cómo se aplican los enfoques diferenciales, la forma en cómo se debe aplicar una metodología que permita la superación del déficit de protección, cuando el operador u operadora judicial se encuentran frente al análisis de un caso cuyo sujeto es una mujer víctima de violencia, un niño, una niña o un adolescente, un adulto mayor o una persona con discapacidad, o una persona de la comunidad LGBTIQ+.

A continuación, haremos referencia a dos casos que ejemplifican el desarrollo reciente en sede judicial de las facultades y deberes de los jueces de familia que hemos desarrollado:

[25] COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC6975-2019. Radicación n.° 11001-02-03-000-2019-00591-00 (4 de junio de 2019). MP Luis Armando Tolosa Villabona. Disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/prensa/11001020300020190059100.pdf

3.2.1 El ejercicio de las facultades oficiosas en materia de pruebas en los procesos de alimentos de niños, niñas y adolescentes

Nuestro ordenamiento jurídico establece la prevalencia de los derechos de los niños y niñas sobre los derechos de los demás en el artículo 44 de la Constitución Política, de ahí que las normas que rigen el proceso deban llevar una consonancia con esa disposición que además guarda coherencia con las obligaciones internacionales ratificadas por Colombia en relación con la protección de la niñez, la infancia y la adolescencia. Sobre este punto se puede observar la Sentencia STC20190-2017[26], es un fallo de tutela contra una sentencia dictada en un proceso de aumento de cuota de alimentos en que la tutelante solicita en representación de sus hijas menores de edad que se deje sin efectos una audiencia celebrada y las providencias en ella emitidas; por cuanto se violaron los derechos al debido proceso de las menores de edad. En consecuencia, se pide que se ordene "rehacer las actuaciones, decretar pruebas de oficio y valorar nuevamente la totalidad de los medios de convicción allegados y, con fundamento en ello, se dicte un fallo ultra y/o extra *petita*, en el cual se impusieran medidas cautelares que garanticen el pago de los alimentos hasta tanto las menores cumplan los 25 años de edad".

Al respecto, la Sentencia con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa aclara que el asunto problemático de la actuación del Juez de instancia no era respecto de la congruencia del fallo, por cuanto el mismo se había adoptado "con base en el material debida y legalmente allegado al proceso", sino del "[decreto oficioso] de los medios de convicción en aras de verificar los hechos relevantes del juicio, en particular la capacidad económica del demandado."

Lo anterior se fundamentó en el numeral 3 del artículo 397 del Código General del Proceso, que establece la iniciativa que en materia probatoria posee el Juez de Familia. En dicho caso, se le reprochó entonces al juzgador no haber usado sus facultades oficiosas a fin de determinar los posibles ingresos del accionado, y no "limitarse a afirmar, cual lo hizo, que por cuanto la actora no acreditó si éstos generaban alguna renta, no era viable acceder a las súplicas." La Corte revocó las actuaciones al evidenciar entonces que el Juez incumplió las obligaciones en materia probatoria impuestas por Ley configurándose una vía de hecho.

[26] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. STC20190-2017. Radicación n.° 11001-22-10-000-2017-00718-01 (30 de noviembre de 2017). MP Luis Armando Tolosa Villabona. Disponible en: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20MAR2018/STC20190-2017.doc

3.2.2 Facultades del Juez de Familia para fallar ultra y extra *petita*

A continuación haremos referencia a algunos casos que muestran el alcance de las potestades en temas de género contra la mujer y en materia de menores de edad, en donde se utilizaron las potestades estudiadas: .

a. SU-080/2020. Conto vs Albán. La reparación integral por violencia de género contra la mujer en el divorcio

Uno de los casos de mayor impacto en los últimos años en materia de familia es el caso Conto vs Albán[27], este caso termina resolviéndose en sede de revisión de la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU-080/2020[28], después de un largo camino por sede ordinaria en primera y segunda instancia y en sede de tutela en primera instancia e impugnación. La Corte Constitucional termina confirmando parcialmente lo dispuesto de fondo por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC10829-2017[29].

Conoce de la Tutela la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por tratarse de una demanda contra providencia judicial del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. La Sala se pronuncia, en primer lugar, confirmando la improcedencia de los alimentos que habían sido solicitados por la demandante por no darse los elementos constitutivos de dicha prestación, en particular la necesidad de esta. En segundo lugar, la Sala pasa a recordar la proscripción de los actos de violencia de género y de violencia intrafamiliar,

[27] Cfr. ALARCÓN PALACIO, Yadira. Tendencias de la jurisprudencia sobre el reconocimiento de la responsabilidad civil en asuntos familiares en Colombia. En: Nuevos Retos del Derecho de Daños en Iberoamérica. Directores: María José Santos, Jesús R. Mercader Uguina, Pedro del Olmo. Editorial: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 745-764.

[28] COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-080/2020. Referencia: Expediente T-6.506.361 (25 de febrero de 2020). MP José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU080-20.htm

[29] COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC10829-2017. Radicación n.° 11001-02-03-000-2017-01401-00 (25 de julio de 2017). MP Luis Armando Tolosa Villabona. Disponible en: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/tutela/STC10829-2017.pdf. Hasta el caso Conto vs Albán, no existía un reconocimiento de indemnización de perjuicios en sede matrimonial, más allá de los derivados de la nulidad matrimonial en casos de cónyuge putativo. "Los cónyuges no se deben alimentos, pero se pide indemnización conforme a lo expuesto en el art. 148 C.C., si hubo mala fe de parte de uno de los contrayentes, pues tendrá éste obligación de indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado estimados con juramento, arts. 225 y 1846 C.C." MORALES ACACIO, Alcides. Lecciones de Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Leyer, 2013, p. 365.

para lo cual trae a colación las normas internacionales, por la obligatoriedad del Derecho Convencional, tales como la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (art. 4º, literal d) y la Convención Interamericana para sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem Do Pará, art. 7º, literal g). Así mismo cita la Constitución Política de 1991, respecto a los derechos a la igualdad, a la familia, la homogeneidad entre hombre y mujer y la protección reforzada de los niños, adolescentes y personas de la tercera edad.

Considera que el *ad quem* ha debido aplicar **el enfoque de género y haber hecho uso de las facultades *ultra* y *extra petita*** que la ley les otorga a los jueces de familia, para condenar la violencia al interior del seno familiar, y hacer uso de ellas para establecer medidas indemnizatorias en procesos de divorcio. La Sala Civil, afirma que, si el matrimonio termina por causas de violencia física o moral o por el menoscabo personal, económico o familiar, causando perjuicios de diversa índole a uno de los cónyuges, este puede pedir una indemnización, es decir acudiendo a la aplicación de los fundamentos teóricos de la responsabilidad civil en sentido clásico. Encuentra probada una vía de hecho en el fallo, concede la tutela y por tanto lo revoca, ordenando al Tribunal dejar sin efecto la sentencia de primera instancia y que vuelva a asumir conocimiento de la apelación en el sentido expuesto.

El afectado interpuso demanda de impugnación al fallo de tutela, avocando conocimiento la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL16300-2017[30], dicha decisión se refirió a **las facultades *ultra* y *extra petita* considerando que estas proceden derivadas de lo que resulte probado en el juicio, en aras del derecho a la defensa y el debido proceso**. En ese sentido concluye que, si bien se demostró en el caso un maltrato psicológico, no se probó el valor de los perjuicios ocasionados a efectos de tasar la eventual indemnización, ello por cuanto ni siquiera fueron estimados por la tutelante. Para el fallador de la impugnación queda abierta la posibilidad de acudir a otras causas procesales en procura del resarcimiento, lo cual no constituye el desconocimiento de los derechos fundamentales de la actora en materia de género contra la mujer.

Finalmente, la Corte Constitucional en sede de revisión resuelve el tema concediendo el amparo de los derechos fundamentales de la señora Conto,

[30] COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STL16300-2017. Radicación n.° 75391 (27 de septiembre de 2017). MP FERNANDO CASTILLO CADENA. Disponible en: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20NOV2017/STL16300-2017.doc

teniendo en cuenta que en el caso concreto no existía duda de la violencia de la que fue víctima la actora, y que tampoco existía duda de que, a causa de esa violencia, se estimó probada la causal de cesación de efectos civiles del matrimonio católico. Dictamina que lo que debía subseguir, entonces, sería demostrar la existencia del daño, su valuación, tasación y orden de reparación. Y reconociendo que, en derecho colombiano, el citado procedimiento no está habilitado para ello en el marco de un divorcio, ordena se realice mediante *incidente de reparación*.

b. C-117/2021. Resarcimiento o reparación del daño mediante la solicitud de "alimentos" definidos en el artículo 411.4 del Código Civil en la Unión Marital de Hecho

En el mismo sentido, y en sede de la Unión Marital de Hecho, la sentencia C-117/2021[31] que afronta por segunda vez una demanda de inconstitucionalidad del artículo 411, numeral 1 en este caso, la Corte Constitucional declara *la existencia de un déficit de protección en detrimento de las mujeres que son víctimas de violencia intrafamiliar por su pareja, en el marco de una unión marital de hecho*. En consecuencia, se ordena que los jueces deberán garantizar que las mujeres que, como parte de una unión marital de hecho, sean víctimas de violencia intrafamiliar (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 154.3 del Código Civil) puedan ventilar su pretensión de acceso al resarcimiento o reparación del daño mediante la solicitud de "alimentos" definidos en el artículo 411.4 del Código Civil, en el marco del proceso que corresponda. La Corte Constitucional retoma el exhorto que realizó la sentencia SU-080/2020[32], insistiendo en el llamado al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, regule ampliamente el derecho fundamental a acceder a una reparación integral en los casos de violencia intrafamiliar, por medio de un mecanismo judicial justo y eficaz, que respete los parámetros de debido proceso, plazo razonable y prohibición de revictimización[33].

[31] COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-117/2021. Expediente: D-13761 (29 de abril de 2021). MP Alejandro Linares Cantillo. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-117-21.htm

[32] Ibid. Nota 29.

[33] Para mayor desarrollo de los casos descritos en sede de la discusión sobre el derecho de alimentos en procesos de divorcio y declaración de unión marital de hecho, ver: ALARCÓN PALACIO, Yadira Elena. El derecho de alimentos más allá del vínculo de pareja. Colombia: Academia colombiana de Jurisprudencia No. 374 (julio-diciembre de 2021).

Cabe agregar en relación con esta decisión que la Sentencia deja clara su intención de ofrecer una herramienta a las víctimas de violencia intrafamiliar (hoy denominada violencia en el contexto familiar acorde con la Ley 2126 de 2021) en el marco de la unión marital de hecho, no obstante la solución encontrada no responde a la misma línea de acción señalada en el caso Conto v. Alban, pues en aquel dada la capacidad económica de la parte actora no procedía el derecho de alimentos (sanción)[34] y la decisión se decanta por la creación de un incidente de reparación integral de perjuicios dentro del mismo proceso de divorcio como solución para evitar la revictimización que implicaría que la cónyuge afectada tuviera que volver a mover todo el aparato judicial ante la jurisdicción civil para conseguir el reconocimiento a su derecho de justicia, reparación y no repetición. En este caso al extender las consecuencias de la fijación de alimentos por culpa de los cónyuges separados o divorciados, señalada en el artículo 411, 4 del Código Civil, a los compañeros permanentes que se separen por violencia de género en el contexto familiar, la ruta señalada pareciera ser la de alimentos resarcitorios. Esta solución sólo será eficaz en el evento de que la víctima del ultraje, trato cruel o maltratamiento de obra, además carezca de lo necesario para su congrua subsistencia, y su contraparte sea además titular de una capacidad económica que le asegure a la víctima el pago de alimentos; por tanto, en los casos de necesidad alimentaria y violencia, consideramos procedentes ambas condenas, en tanto que en los casos en los que el derecho de alimentos no sea exigible, debe, a semejanza del caso Conto v. Alban, iniciarse el incidente de reparación integral de la víctima de violencia de género en el contexto familiar.

c. Sentencia STC548-202235. Facultades extra *petita* del Juez de Familia en los procesos de fijación o modificación del régimen de custodia y visitas; así como la obligatoriedad de escuchar a los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales que les afecten

[34] Sobre los alimentos-sanción en el marco del proceso de divorcio consecuencia de que se declare probada una causal culpabilista en contra de uno de los cónyuges y, en consecuencia, alimentos a favor del cónyuge inocente ver: Cfr. GARCÍA SARMIENTO. Eduardo. Elementos de Derecho de Familia, Editorial: Facultad de Derecho, 1999. pp. 434 - 438; ARAMBURO RESTREPO, José Luis. Derecho de Familia. 2 Edición, Editorial: Leyer, 2019. p. 415.

[35] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. STC548-2022. Radicación n° 11001-22-10-000-2021-01093-01 (26 de enero de 2022). M.P. Francisco Ternera Barrios. Disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20MAR2022/FICHA%20STC548-2022.docx

En este proceso la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia analiza en sede de tutela una acción contra una providencia judicial del Juzgado Treinta y Uno de Familia de Bogotá presentada por la madre a nombre propio y en representación de sus hijas menores de edad buscando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso. La accionante reprocha las apreciaciones probatorias y la decisión que fijó la custodia en cabeza del padre de sus hijas con fundamento en un cambio de circunstancias y en la voluntad expresada en entrevista por la hija menor de edad. Al respecto, la Corte en ponencia del Doctor Francisco Ternera decide confirmar el fallo por encontrarlo acorde recordando que la tutela no es una instancia adicional y reiterando que les es dado a los Jueces de Familia fallar extra *petita*,[36] en el caso puntual otorgando algo distinto de lo solicitado al fijar la custodia en cabeza del demandado, cuando quiera que se requiera para proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes como lo indican las normas procesales que hemos estudiado[37].

[36] En sentido similar se pronunció la Corte en Sentencia STC12625-2018 con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco en la que se deja en firme una sentencia tutelada por presuntamente violar los derechos fundamentales al debido proceso del accionante recordando que le es dado al Juez de Familia fallar extra y ultra petita. En dicho caso, se había ordenado un desalojo en el marco de una medida de protección y el Juez de familia, cuya decisión se atacaba, realizó una revisión oficiosa de tal medida de protección y fijó custodia y alimentos a cargo de la persona cobijada con la medida de protección a pesar de que ello no se encontraba en el petitum. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC12625-2018. Radicación T 11001-22-10-000-2018-00194-02 (28 de septiembre de 2018). M. Margarita Cabello Blanco. Disponible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ombhpoyMWk0J:www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%2520NOV2018/FICHA%2520STC12625-2018.docx+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co

[37] Ahora bien, no todo pronunciamiento incongruente que se refiera a asuntos donde estén involucrados los derechos de niños, niñas y adolescentes es adecuado por cuanto el Juez de Familia tampoco puede pronunciarse sobre cuestiones totalmente ausentes de la relación jurídica procesal, sobre el particular se pronunció la Corte Constitucional en sede de tutela en la Sentencia T-051/2022 con magistrado ponente José Fernando Reyes Cuartas en la que se sostiene lo siguiente sobre decidir en relación con la patria potestad de los padres en procesos de custodia y cuidado personal: "En igual sentido, es importante considerar que si la sentencia se pronuncia sobre cuestiones no debatidas en el proceso, ausentes de relación jurídico procesal trabada, "la incongruencia, además de sorprender a una de las partes, la coloca en situación de indefensión que, de subsistir, pese a la interposición de los recursos, y con mayor razón cuando éstos no caben o se han propuesto infructuosamente, se traduce inexorablemente en la violación definitiva de su derecho de defensa". Por consiguiente, esta Corporación ha reconocido que las facultades ultra y extra petita, de los jueces no son absolutas y que en ciertos escenarios su aplicación irrazonable puede suponer el desconocimiento de los derechos fundamentales de alguna de las partes del proceso". COLOMBIA, CORTE

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN PALACIO, Yadira Elena. El derecho de alimentos más allá del vínculo de pareja. Colombia: Academia colombiana de Jurisprudencia No. 374 (julio-diciembre de 2021).

ALARCÓN PALACIO, Yadira Elena. Audiencias y providencias en el Código General del Proceso. Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2019.

ALARCÓN PALACIO, Yadira Elena. Tendencias de la jurisprudencia sobre el reconocimiento de la responsabilidad civil en asuntos familiares en Colombia. En: Nuevos Retos del Derecho de Daños en Iberoamérica. Directores: María José Santos, Jesús R. Mercader Uguina, Pedro del Olmo. Editorial: Tirant lo Blanch, 2020.

ARAMBURO RESTREPO, José Luis. Derecho de Familia. 2 Edición, Editorial: Leyer, 2019.

BORDENAVE, Leonardo. La Regla de congruencia y su flexibilización. La necesidad del debate ideológico procesal. Lima: Ed. EGACAL. Disponible en: https://egacal.edu.pe/

GARCÍA SARMIENTO. Eduardo. Elementos de Derecho de Familia, Editorial: Facultad de Derecho, 1999.

MORALES ACACIO, Alcides. Lecciones de Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Leyer, 2013.

PARRA BENITEZ, Jorge. Derecho procesal civil. Segunda edición. Colombia: Editorial Temis, 2021, p. 250.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique, Iniciativa en la actividad probatoria. Prueba de oficio y carga dinámica en CGP. En: PARRA QUIJANO, J. Código General del Proceso: Ley 1564 de 2012 con Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad. Comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP. Primera edición. Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014

SANABRIA, Henry. Derecho procesal civil general. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2021.

Jurisprudencia

COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Gaceta Constitucional No. 116 (20 de julio de 1991). Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica

CONSTITUCIONAL. Sentencia T-176/16. Referencia: expediente T-8.258.244 (18 de febrero de 2022). MP José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/t-051_2022.htm

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-117/2021. Expediente: D-13761 (29 de abril de 2021). MP Alejandro Linares Cantillo. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-117-21.htm

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-662/1998. Referencia: Expediente D-2064 (12 de noviembre de 1998). MP Hernando Herrera Vergara. Disponible en

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-662/1998. Referencia: Expediente D-2064 (12 de noviembre de 1998). MP Hernando Herrera Vergara. Disponible en https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-662-98.htm

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-874/2003. Referencia: expediente D-4546 (30 de septiembre de 2003). MP Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-874-03.htm*

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-080/2020. Referencia: Expediente T-6.506.361 (25 de febrero de 2020). MP José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU080-20.htm

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-049/98. Referencia: Expediente T-147245 (3 de marzo de 1998). MP Jorge Arango Mejía. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-049-98.htm

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-176/16. Referencia: expediente T-5.240.358 (11 de abril de 2016). MP Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-176-16.htm

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-176/16. Referencia: expediente T-8.258.244 (18 de febrero de 2022). MP José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/t-051_2022.htm

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-264/2009. Referencia: expediente T-2.112.744 (3 de abril de 2009). MP Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-264-09.htm

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Referencia: Expediente No. 5602 (4 de septiembre de 2000). MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Disponible en: https://vlex.com.co/vid/552533790

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Ref.: Exp. 15693-31-89-002-1993-00274-01 (12 de octubre de 2006). MP Pedro Octavio Munar Cadena. Disponible en: http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SC1806-2015. Radicación 85001-3189-001-2000-00108-01 (24 de febrero de 2015). MP Jesús Vall de Rutén Ruíz. Disponible en: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/gfeb2015/SC1806-2015%20(2000-00108-01).doc.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SC8456-2016. Radicación 20001-31-03-001-2007-00071-01 (24 de junio de 2016). MP Ariel Salazar Ramírez. Disponible en: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/02/SC8456-2016-2007-00071-01.pdf

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC10829-2017. Radicación n.° 11001-02-03-000-2017-01401-00 (25 de julio de 2017). MP Luis Armando Tolosa Villabona. Disponible en: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/tutela/STC10829-2017.pdf.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC6975-2019. Radicación n.° 11001-02-03-000-2019-00591-00 (4 de junio de 2019). MP Luis Armando Tolosa Villabona. Disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/prensa/11001020300020190059100.pdf

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STL16300-2017. Radicación n.° 75391 (27 de septiembre de 2017). MP FERNANDO CASTILLO CADENA. Disponible en: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20NOV2017/STL16300-2017.doc

COLOMBIA, GACETA DEL CONGRESO, Año XX - Nº 745, Bogotá, D. C., 4 de octubre de 2011, pp 328 (p. 21). Disponible en: http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Camara&fec=04-10-2011&num=745

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC12625-2018. Radicación T 11001-22-10-000-2018-00194-02 (28 de septiembre de 2018). M. Margarita Cabello Blanco. Disponible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ombhpoyMWk0J:www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%2520NOV2018/FICHA%2520STC12625-2018.docx+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. STC20190-2017. Radicación n.° 11001-22-10-000-2017-00718-01 (30 de noviembre de 2017). MP Luis Armando Tolosa Villabona. Disponible en: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20MAR2018/STC20190-2017.doc

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. STC548-2022. Radicación n° 11001-22-10-000-2021-01093-01 (26 de enero de 2022). M.P. Francisco Ternera Barrios. Disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20MAR2022/FICHA%20STC548-2022.docx

10.

Privación de libertad, presunción de inocencia y responsabilidad del Estado

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD A PARTIR DEL ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 1143
Martín Bermúdez Muñoz

PRIVACIÓN DE LIBERTAD, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (DEL ERROR JUDICIAL COMO BASE DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: UN RECORRIDO POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL ESPAÑOLA Y SUPRANACIONAL) 1167
Teresa Armenta Deu

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD A PARTIR DEL ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

*Martín Bermúdez Muñoz**

INTRODUCCIÓN

1.- Para tratar de señalar cuál es el <<estado del arte>> en la jurisprudencia actual, como presupuesto necesario para presentar las reflexiones que se hacen en esta ponencia, podría indicarse lo siguiente:

1.1.- En primer lugar, la jurisprudencia estima que el Estado debe responder por la privación de la libertad cuando se establece que la orden de detención ha sido proferida sin el cumplimiento de los requisitos legales para ello: valga decir, sin que existieran indicios graves sobre la participación del sindicado en el delito que se le imputa, o sin que se haya justificado la medida indicando en concreto por qué razón era necesario privar al sindicado de la libertad. Para hacer esta deducción se hace en las sentencias un análisis de las motivaciones de la providencia que ordenó la medida de aseguramiento y en muchas ocasiones la ilegalidad de la detención o <<falla del servicio>> se finca en las propias consideraciones que se exponen cuando se precluye la investigación o se absuelve al sindicado.

1.2.- En segundo lugar, cuando (i) no está probada la falla del servicio, (ii) no pueden estudiarse las motivaciones de la detención porque no se allegó la providencia o (iii) la absolución penal se fundamenta en la atipicidad objetiva de la conducta, la jurisprudencia fundamenta la condena a reparar el

* Abogado de la Universidad Libre, especializado en Derecho Privado en la Universidad de París II, profesor universitario, autor de los libros De la responsabilidad del estado y de los jueces, Las acciones de grupo en Colombia, Del dictamen pericial al dictamen de parte. Vicepresidente del Instituto Colombiano y Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

perjuicio en la tesis del <<daño especial>> o antijurídico. Es decir, se condena al Estado porque se considera que el demandante no está obligado a soportar un daño particular y grave que supera las cargas públicas que los ciudadanos deben soportar. Una objeción válida en este punto es la de indicar que parece innecesario estudiar la <<falla en el servicio>> si de todos modos el Estado será condenado cuando dicha falla no esté probada porque la providencia que ordenó la detención se considere ajustada a la legalidad. Esa objeción se responde aludiendo a la teoría de los diversos <<títulos de imputación>> en el artículo 90 de la C.P. e indicando que la función del juez administrativo sigue siendo reprochar la actividad de la administración para determinar <<estándares adecuados de servicio>>.

2.- En este <<estado del arte>> se presenta una controversia jurisprudencial relativa a la validez de exonerar al Estado por la *culpa exclusiva de la víctima,* a partir de lo que puede considerarse como tal. Si se estima que haberse comportado como *sospechoso* y generar con dicho comportamiento la decisión de ser detenido, se habla de la <<culpa preprocesal>>; y si se considera que lo único que exonera de responsabilidad es el comportamiento dentro del proceso (confesar y luego retractarse o dar versiones contradictorias) hablamos de <<culpa procesal>>.

2.1.- El Estado no debe responder cuando se acredite que *no causó* el daño que se le imputa porque está probada la fuerza mayor, el hecho de un tercero o culpa de la víctima. Y, en relación con la exoneración por *culpa de la víctima* en el caso del daño causado con la *privación de la libertad*, se enuncian dos posiciones:

2.2.- Solo exonera de responsabilidad la culpa *procesal* de la víctima, que es la que ocurre en curso del proceso y determina que el juez penal, equivocadamente, tome la determinación de ordenar la detención. Ella ocurre cuando, por ejemplo, el sindicado confiesa un delito que no cometió para favorecer un tercero y con base en esa confesión el juez dispone su detención. En este caso puede afirmarse que lo que determina la detención es el comportamiento doloso o gravemente culposo del sindicado que distorsiona la decisión que adopta el juez.

2.3.- También exonera de responsabilidad la culpa *preprocesal*, que se configura cuando el juez de la responsabilidad concluye que fue el comportamiento anterior a la iniciación del proceso penal de quien sufrió la detención el que generó que el juez le impusiera tal medida; lo que <<causó>> la detención no fue la decisión del juez penal que la dispuso al considerar que contaba

con elementos de conocimiento que le permitían deducir la existencia del delito y la participación del imputado, sino el hecho de que éste se comportó como <<sospechoso>> y en virtud de ese comportamiento el juez dispuso su detención. El juez de la responsabilidad concluye que, como la medida se adoptó correctamente teniendo en cuenta el comportamiento del imputado, el Estado no debe responder por los perjuicios que a éste le causó la detención. Sin embargo, como dicha conducta anterior al proceso fue la que el juez penal tuvo en cuenta para detenerlo, hablamos aquí de <<culpa preprocesal>>.

3.- La discusión sobre este punto y particularmente la admisión de que la culpa preprocesal (haber obrado como sospechoso) justifica la privación de la libertad presenta varios problemas. Implica particularmente *volver a juzgar* al sindicado que fue absuelto; determinar que así no hubiese sido condenado, era sospechoso y por esto merecía ser privado de la libertad. Pero sobre todo implica desconocer el alcance de la presunción de inocencia como *estado* del ciudadano y violar la prohibición de tratar como sospechosa a una persona que ha sido *absuelta* por el juez penal.

4.- Así pudiera estimarse que la Corte Constitucional optó por la alternativa de considerar que solo exonera la culpa *procesal*[1], lo cierto es que la tensión entre dos posiciones frente al derecho a reparación por la privación injusta de la libertad subsiste. Una primera posición considera que el Estado debe indemnizar cada vez que prive de la libertad a una persona y luego la absuelva porque solo es justa la privación cuando está justificada en una sentencia de condena y la responsabilidad se estructura demostrando simplemente la existencia de un *daño antijurídico* considerado como aquél que supera las cargas que una persona debe soportar. Una segunda posición que estima que el Estado solo debe reparar cuando el servicio haya fallado; si quien decide detener, tenía razones para disponer esta medida, el particular debe soportarla; y esto puede nuevamente traducirse en que los jueces consi-

[1] En el comunicado de la sentencia SU-363 de 2021 la Corte señaló que <<la determinación de la culpa exclusiva de la víctima debe atender lo previsto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996. El supuesto fáctico contemplado en dicha norma es la culpa grave o el dolo de la víctima, que no corresponden a los hechos sumariados en lo penal, sino a una conducta con incidencia procesal directa, necesaria y determinante, que tenga efecto durante la tramitación del proceso, por la cual se reemplaza la decisión del juez como causa material del daño (privación de la libertad), por la propia conducta de la víctima, que indujo, provocó o determinó la privación de la libertad>>. Para el momento en que se escribe esta ponencia no se había publicado el texto completo de la sentencia.

deran que los *sospechosos*, por el hecho de serlo, deben soportar la privación de la libertad sin indemnización.

5.- En los aspectos prácticos varios, vale la pena la pena tener en cuenta:

5.1- Hoy, en los procesos penales regidos por la Ley 906 de 2004, quien resulta responsable es la Rama Judicial porque es claro que el fiscal solicita la media y el juez de garantías es quien decide si la impone, y es el responsable por mantenerla vigente.

5.2.- El estudio de la *falla del servicio* o de la *legalidad o ilegalidad* de la detención puede tener efectos en relación con la acción de repetición contra el agente que profirió la medida, punto en el que vale tener en cuenta las presunciones de dolo modificadas por la Ley 2195 de 2022 o <<Ley de Transparencia>>[2].

5.3.- Es muy probable que la conclusión sobre la <<legalidad>> de esta decisión, hecha por los jueces administrativos, no sea acertada: sobre todo si se hace luego de que se conoce la absolución.

5.4.- Puestas así las cosas no parecería inoportuno hacer un estudio relativo a cuál sería el costo para el Estado de reparar automáticamente a quien ha sido absuelto, determinando legalmente el monto del perjuicio a partir de la duración de la detención. Ese costo habría que compararlo al que significa hacerlo luego de un proceso judicial de larga duración.

6.- En el marco de nuestro Congreso de Derecho Procesal No 53 , las reflexiones que se exponen en este ponencia tienen que ver el tratamiento de la responsabilidad del Estado teniendo como presupuesto el derecho a la *presunción de inocencia.* A partir de ellas pretendemos mostrar que ese derecho comporta la prohibición de *tratar como sospechoso* a quien no ha sido declarado culpable; y todo indica que tal derecho se viola cuando se niega la reparación de la persona que ha sido privada de la libertad y luego absuelta.

7.- El respeto al principio de la *presunción de inocencia* en los términos consagrados en nuestra C.P. impiden tratar de *sospechoso* a quien no ha sido condenado en una sentencia penal ejecutoriada y, con base en dicho trata-

[2] Artículo 5º de la Ley 678 de 2001, modificado por el artículo 39 de la Ley 2195 de 2022: <<La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: (…) 3. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia contrario a derecho en un proceso judicial>>.

miento, negarle el derecho a ser indemnizado por el perjuicio que le causó la detención. Esa misma *presunción de inocencia*, que se conserva cuando el sindicado es absuelto en una sentencia penal que hace tránsito a cosa juzgada *absoluta,* se desconoce cuando, con base en las mismas pruebas del proceso penal, el juez de responsabilidad le niega la indemnización a la víctima de la detención por considerarlo *sospechoso*, concluyendo que debe soportar los perjuicios sufridos con la privación de la libertad, del mismo modo que debe hacerlo quien es *condenado* por estar probada su participación en el delito.

8.- Concluir que el sindicado no debe ser reparado porque se comportó como sospechoso y eso fue lo que generó su detención implica desconocer la *presunción de inocencia,* por las siguientes razones:

8.1.- La presunción de inocencia, que tiene el efecto de una *verdad interina* (el imputado se *presume inocente* mientras no sea condenado) implica, en primer lugar, el derecho a ser tratado como *inocente* mientras no se profiera una sentencia penal condenatoria y ejecutoriada en su contra. Esa *presunción de inocencia* se viola cuando el juez de la responsabilidad lo trata como *sospechoso* y, por tal razón, le niega el derecho a ser indemnizado por los perjuicios sufridos con su detención.

8.2.- Una vez el sindicado es absuelto, la sentencia penal que así lo declara confirma su condición de *inocente* y el juez de la responsabilidad no puede desconocer tal decisión; se trata de una decisión que hace tránsito a cosa juzgada *absoluta* y en ella está involucrado el derecho fundamental de la persona absuelta a ser tratada como *inocente.* El juez de la responsabilidad no puede *reexaminar* las mismas pruebas con base en las cuales el juez penal lo absolvió, para concluir que <<su condición de sospechoso no se desvirtuó y por ende debía soportar los perjuicios que le generó la detención preventiva>>.

8.3.- Tal y como se advierte en la directiva 001 de 2020 de la Fiscalía General de la Nación, <<dado su carácter cautelar y provisional, las medidas de aseguramiento privativas de la libertad son preventivas y no sancionatorias, lo que quiere decir que estas no se imponen en virtud de la responsabilidad penal de quien es procesado. *Este mecanismo cautelar no supone, ni tiene como consecuencia, la responsabilidad penal y, por tanto, es compatible con el derecho fundamental y la garantía de la presunción de inocencia, consagrada en el inciso 4 del Art. 29 de la Constitución Política, siempre y cuando se use de manera razonable y proporcional. La presunción de inocencia, por último, acompaña a la persona procesada hasta la sentencia definitiva, y antes de ese momento siempre deberá ser tratada como inocente*>>.

I. EL ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

9.- En palabras de la Corte Constitucional, <<la presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual *"toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable"*. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución– contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que *"toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"*. Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que *"toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"*. Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito *"hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad"*>> [3].

10.- Nuestra Constitución optó claramente por consagrar la *presunción de inocencia*, que forma parte de los pilares un estado democrático que le da prevalencia a la dignidad humana[4]. Las consecuencias de la escogencia de esta alternativa, que es distinta de la de proclamar la <<*presunción de no culpabilidad*>> se precisan con toda claridad cuando se distingue la concepción de este principio en la escuela clásica (liderada fundamentalmente por Carrara) de la escuela positivista (liderada fundamentalmente por Ferri).

11.- Mercedes Fernández desarrolla este interesante punto que vale la pena transcribir integralmente, para entender con toda claridad cuál puede ser la *distorsión ideológica* que se genera en la jurisprudencia cuando aplica en la práctica la *presunción de inocencia*:

[3] Corte Constitucional. Sentencia C-289 de 2012.

[4] <<Entiende en este sentido GAROFOLI que existe una relación inescindible entre presunción de inocencia y Estado garantista, en la medida en que en un Estado de corte totalitario -donde se persigue el castigo del culpable por encima de la protección del inocente- es impensable la vigencia del principio>>. Mercedes Fernández López, "Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal". Trabajo de investigación presentado la obtención del grado académico de Doctor en Derecho en la Universidad de Alicante, 2004, 211.

<<Puede decirse que, ante el conflicto representado por el interés público en la persecución de los delitos y el interés individual del ciudadano sometido al aparato estatal de represión de la delincuencia, la Escuela clásica resuelve dicho conflicto a favor de este segundo (…) Las proclamas garantistas lanzadas por la Escuela clásica encontraron la rápida respuesta de juristas que se alinearon en una corriente contrapuesta, y que fue conocida como Escuela positiva (…) Para superar estos inconvenientes, la Escuela positiva propone un modelo de ciencia penal que adopta como eje los intereses de la sociedad en la represión y el castigo del delito frente a la persona del procesado. El giro en la perspectiva de análisis es evidente: mientras la Escuela clásica sitúa a la persona sospechosa de un delito como sujeto básico de protección -siendo la primera medida a tomar la de considerarle inocente-, la Escuela positiva parte de postulados completamente opuestos, pues para sus integrantes el conflicto de intereses entre el Estado y el individuo debe resolverse a favor del primero, de modo que el reconocimiento ilimitado de la presunción de inocencia supone un grave obstáculo para la satisfacción de los derechos de la sociedad en orden al control de la delincuencia (…)

<<Aunque FERRI admite la posibilidad de reconocerle esta garantía al imputado, entiende que una vez declarada en primera instancia la culpabilidad del acusado no tiene sentido alguno hablar de presunción de inocencia. De este modo, rechaza la posibilidad de que el condenado por una sentencia que todavía no ha alcanzado firmeza pueda permanecer en libertad durante la sustanciación de los correspondientes recursos (…)

<<Sin embargo, como la doctrina posterior ha puesto de manifiesto, esas críticas de naturaleza lógico-formal (a la doctrina clásica) no eran más que una pantalla tras la cual se encubría una clara opción política de tipo fascista. En línea con ello, para la Escuela técnico-jurídica, el fin del proceso no puede consistir en la tutela de los inocentes, sino en hacer posible el castigo de los culpables. Ciertamente, para MANZINl la finalidad del proceso es determinar si se presentan las condiciones necesarias para castigar, mientras que la tutela del inocente se realiza por medios indirectos: mediante el establecimiento de pautas procesales que impidan el error judicial, pero no a través del reconocimiento de la presunción de inocencia que, para este autor, no es más que una ficción y a la que califica como un concepto "burdamente paradójico e irracional".

<<Así, **para MANZINI, declarar la no culpabilidad del acusado es algo distinto a declarar la inocencia**. En consonancia con su tesis acerca de la finalidad del proceso, entiende que en la medida en que se trata de determinar la presencia o no de las condiciones para castigar, **la declaración de inculpabilidad del acusado nada tiene que ver con su consideración como inocente, a lo que se une que la declaración de certeza de la inocencia sólo sucede en determinados casos** (por inexistencia del hecho, por no haberlo cometido el acusado o porque el hecho no constituye delito) (...)

<<Los argumentos de esta corriente de pensamiento (que, como señala GHIARA, muestra un profundo desprecio por los principios políticos liberales) comienzan **con la descalificación del uso del término presunción para hacer referencia al pretendido derecho** de todo imputado a ser considerado inocente a lo largo del proceso. **Además, se ponen de relieve las significativas contradicciones existentes entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva**, así como con el hecho mismo de la imputación, **hasta el punto de entender que la imputación constituye, en todo caso, una manifestación de lo contrario, esto es, de que existe una presunción de culpabilidad**>>.

<<Fue, además, MANZINI, quien señaló que la condición de imputado es un *tertium genus* entre la inocencia y la culpabilidad; concretamente, **considera que su status debe ser el de sospechoso**'. Su opinión queda extremadamente clara en el siguiente pasaje: "***Es de sentido común que mientras no quede definitivamente declarada la certeza de las condiciones que hacen realizable la pretensión punitiva del Estado, no se puede considerar al imputado como penalmente responsable y, por tanto, se lo debe tratar como juzgable, o sea, como persona indiciada sin duda, pero cuya responsabilidad no ha sido aún declarada cierta.*** *Y esto no equivale precisamente a decir que, antes de la condena, se haya de presumir su inocencia hasta prueba en contrario. El no estar ciertos de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia y, por tanto, no puede nunca equivaler a presumir en él la inocencia*".

<<Esta fue la idea que triunfó en la elaboración del código procesal penal italiano de 1930, conocido como Código Rocco (en alusión al jurista artífice del mismo). **El texto legal -redactado en pleno apogeo del fascismo-** regula un proceso penal en el que la investigación del delito se antepone a los derechos del imputado, si bien, más que responder a una teoría acerca del proceso penal más o menos consolidada, constituye una contundente respuesta a la teoría del proceso penal mantenida por CARRARA y, en general, por la Escuela clásica.

<<Las tensiones que se acaban de analizar parecen suavizarse posteriormente, hasta el punto de que la Constitución italiana de 1947 es fruto del consenso entre las distintas fuerzas políticas presentes en el momento de su elaboración, cuyas doctrinas acerca del proceso se corresponden con las Escuelas jurídicas analizadas. Ciertamente, apenas finalizada la II Guerra Mundial y derrotado el fascismo, surgió la necesidad de instaurar un nuevo orden jurídico que reafirmara las garantías procesales que el régimen anterior negaba a los ciudadanos. Una de estas garantías era la presunción de inocencia, gran ausente del proceso penal fascista. Pero los partidarios de su reconocimiento se enfrentaron con el obstáculo de quienes eran reticentes a sacrificar los intereses de la colectividad -representados en la persecución y represión de los delitos a través del proceso penal- para favorecer la protección de una garantía como ésta que hacía prevalecer la libertad del individuo y limitaba los poderes represivos del Estado (...)

Uno de los más evidentes frutos de esos desencuentros fue el artículo 27 párrafo 2° de la Constitución, que señala que "el imputado no es considerado culpable hasta la condena firme". En los debates parlamentarios se pusieron de manifiesto las divergencias entre las Escuelas. Mientras la Escuela clásica defendía el reconocimiento de la presunción de inocencia en su sentido más amplio -como garantía no sólo formal, en un plano meramente político, sino eminentemente material, como garantía directamente aplicable-, la Escuela positiva y la Escuela técnico-jurídica introdujeron en su discurso la idea de "no presunción de culpabilidad" como algo distinto de aquélla. El resultado, como se ha señalado consecuencia del consenso, es el tenor literal del artículo 27 párrafo 2°, que lejos de adoptar una de las dos fórmulas propuestas (presunción de inocencia o no presunción de culpabilidad), refleja una solución de compromiso: no sanciona abiertamente la presunción de inocencia, pero tampoco la no presunción de culpabilidad, sino lo que se ha dado en conocer como presunción de no culpabilidad, que pretendía ser una garantía intermedia entre una y otra fórmula y que generó –y sigue generando– importantes polémicas acerca de su significado>>[5].

[5] Mercedes Fernández López, "Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal". Trabajo de investigación presentado la obtención del grado académico de Doctor en Derecho en la Universidad de Alicante, 2004, 180-193.

12.- Nuestra Constitución optó claramente por consagrar la *presunción de inocencia* a partir de la cual durante el proceso y luego de la sentencia absolutoria, la persona a la cual se le imputa la comisión de un delito (que además es privada de su libertad) se *presume inocente.* El *estatus* o la *condición* que tiene la persona mientras no es condenada es la de *inocente* y por ende debe ser *tratada* como tal. No es admisible asignarle la condición de *sospechosa* cuando se le imputa el delito y menos continuar tratándola como tal luego de que es absuelta, considerando que en esa sentencia <<no fue declarada inocente, sino que simplemente fue declarada no culpable>>. La condición de *inocente* forma parte de su *dignidad* como *persona humana* y por eso la constitución protege ese tratamiento asignándole el carácter de derecho fundamental.

13.- En la misma sentencia antes citada, la Corte Constitucional advierte: <<De este *"postulado cardinal de nuestro ordenamiento"*, se desprenden, entre otras, las siguientes consecuencias identificadas por la jurisprudencia constitucional: *Cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad*>>[6].

II. EL JUEZ DE LA RESPONSABILIDAD QUE TRATA DE SOSPECHOSO AL IMPUTADO QUE NO HA SIDO CONDENADO (FUE ABSUELTO) VIOLA SU DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

14.- El simple tratamiento de *sospechoso* que hace el juez de la responsabilidad para desestimar la reclamación de perjuicios viola la *presunción de inocencia* que el sindicado conserva mientras no ha sido condenado. Además de haber sido objeto de una medida cautelar que se evidenció como *innecesaria* porque el sindicado fue absuelto al final del proceso, el juez de la responsabilidad patrimonial lo <<revictimiza>> cuando vuelve a estudiar la idoneidad de la medida y como considera que, en ese momento sí podía considerarse sospechoso, le niega la indemnización.

15.- El razonamiento del juez de la responsabilidad, que tiene la obligación de garantizar el derecho fundamental a la presunción de inocencia[7], no puede

[6] Corte Constitucional. Sentencia C-289 de 2012.

[7] Tratándose de un derecho fundamental no hay duda de que el mismo no solo <<vincula>> a los jueces, sino que éstos tienen el deber de garantizarlo.

terminar alineándose con una opinión muy generalizada en la sociedad que confunde la prisión provisional con la sanción; el juez debe tomar partido por la visión contraria, garantizando que todos tratemos como inocentes a quienes el Estado no ha declarado culpables en una sentencia *ejecutoriada.*

16.- <<Una parte de la opinión pública asocia seguramente finalidades directamente represivas a la prisión preventiva. Pero esta idea primordial es precisamente una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal: que no sirve, como se ha dicho, para tutelar a la mayoría, sino para proteger, incluso contra la mayoría, a los individuos que, aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados como culpables (…) Eso quiere decir que las culturas de la justicia son múltiples, a menudo ambivalentes, a veces en conflicto, pero sobre todo históricamente cambiantes y que es responsabilidad intelectual y política de los juristas y de los legisladores defender y consolidar los valores de racionalidad, de tolerancia y de libertad que están en la base de esa conquista de la civilización que es la presunción de inocencia y que en buena parte se identifican con los valores mismos de la jurisdicción>>[8].

17.- La regla de presunción de inocencia que aparece expresamente prevista en la Constitución Política y que se considera como un *derecho fundamental* impone a todos, sobre todo a las autoridades públicas, y particularmente a los jueces, la obligación de *tratar como inocente* a quien no haya sido *condenado* penalmente por un delito, punto en el cual la Ley 600 de 2000 establece en su artículo 7º que <<toda persona se presume inocente y *debe ser tratada como tal* mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal>>.

La Corte Constitucional ha señalado:

> <<La presunción de inocencia es una de las columnas sobre las cuales se configura el Estado de Derecho y es, de igual modo, uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas. Su significado práctico consiste en que quien ha sido imputado de haber cometido un delito se presume inocente hasta tanto no se haya demostrado lo contrario mediante sentencia debidamente ejecutoriada (…) *"La Comisión cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos*

[8] Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal, Bogotá, Editorial Trotta, 1997, 561.

> *y se refiere en los siguientes términos a la exigencia de imparcialidad del juez:* <<***La imparcialidad supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones sobre el caso sub judice y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado.***>> *… Ser imparcial, por consiguiente, no significa no tener precomprensión –algo que ningún humano puede dejar de tener–.* ***Implica, más bien, moderar esa precomprensión ajustándola al derecho a la presunción de inocencia,*** *a la garantía de libertad y al derecho de defensa y contradicción, acomodándola a estos derechos de los que goza toda persona que ha sido acusada de haber cometido un delito cuando aún no obra contra ella una sentencia debidamente ejecutoriada que determine su culpabilidad* (…)">^[9].

18.- Calificar de *sospechoso* al imputado y, como consecuencia de lo anterior negarle el derecho a la reparación implica asimilar la detención preventiva, que es una medida cautelar, a una *sanción.* Implica concluir que el *imputado* al que se le impuso esta medida *merecía sufrir el perjuicio* que se le causó y por lo tanto no debe ser reparado: así como quien va a prisión por haber cometido un delito no debe ser indemnizado porque el daño que recibe se encuentra *justificado* en haber sido condenado como responsable de la comisión de un delito, el <<*sospechoso*>> de haber incurrido en el mismo, tampoco debe ser indemnizado. La privación provisional de la libertad no es una sanción que pueda imponérsele a quien es *sospechoso* de un delito, porque no hay ninguna norma que lo permita, y, por el contrario, la presunción de inocencia prohíbe darle al imputado tal tratamiento.

19.- Nuestra jurisprudencia señala: <<El detenido preventivamente debe seguir siendo tratado como una persona inocente *en todos los ámbitos* pues el hecho de que en su contra se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad no equivale en modo alguno a una condena (…) "*La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia, pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal*">^[10]. Cuando el juez de la responsabilidad desconoce el derecho del sindicado que califica de <<sospechoso>> a ser resarcido de los perjuicios que le genera la privación

[9] Corte Constitucional. Sentencia T-827 de 2005.

[10] Corte Constitucional. Sentencia C-289 de 2012.

de la libertad, en realidad está desconociendo su presunción de inocencia en el ***ámbito de un*** *proceso judicial.*

20.- El Tribunal Supremo Español, refiriéndose al principio de presunción de inocencia consagrado también como derecho fundamental en su Constitución, señala: <<"*Opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo*" (STC 109/1986, FJ 1). "*Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata*" (STC 138/1992). ***"El derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse que preside también la adopción de cualquier resolución tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas, o limitativo de sus derechos***" (STC 13/1982, FJ 4)>^[11].

21.- En la sentencia dictada el 19 de julio de 2019, el Tribunal Constitucional Español, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la limitación de la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad al supuesto de la "inexistencia del hecho imputado", indicó sobre la presunción de inocencia:

> <<(…) En términos generales, la finalidad de esta dimensión, que opera como garantía de efectividad del derecho a la presunción de inocencia, *es evitar que los funcionarios y las autoridades públicas traten a las personas que han sido absueltas de cargos penales o cuyos procesos penales han sido sobreseídos como si fueran de hecho culpables de la acusación formulada en su contra* (por todas, STEDH –Gran Sala– de 12 de julio de 2013, asunto Allen c. Reino Unido, § 94). El ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH *en esta vertiente se extiende a procesos posteriores a la absolución o archivo en los que se ventilan cuestiones que constituyen un corolario y un complemento de los procesos penales, entre los que el Tribunal*

[11] Tomado de Francisco Rubio Llorente, Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial, Barcelona, Ariel Derecho, 1995, 355 y ss.

Europeo sitúa la vía procedimental del art. 294 LOPJ para reclamar al Estado una indemnización por la prisión provisional sufrida no seguida de condena (SSTEDH de 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España, § 50; de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España, § 36, y de 16 de febrero de 2016, asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España, § 39).

<<Como precisa el tribunal de Estrasburgo (STEDH de 16 de febrero de 2016, asunto Vlieeland Boddy, §§ 38-40) y recuerda la STC 8/2017, FJ 7, "*se menosprecia la presunción de inocencia si una decisión judicial que afecta a un procesado refleja la sensación de que es culpable, cuando en realidad su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente.* (…)>>[12]

III. LA DECISIÓN DEL JUEZ PENAL NO PUEDE SER DESCONOCIDA POR EL JUEZ DE LA RESPONSABILIDAD

22.- La regla de presunción de inocencia exige un *esfuerzo de imparcialidad* del juez de la responsabilidad y le impone la prohibición de dudar de la inocencia de la víctima de la privación de la libertad que ha sido exonerada en una sentencia proferida por el juez penal.

23.- Esa decisión del juez penal debe respetarse, no solo porque es proferida por el juez competente y hace tránsito a *cosa juzgada absoluta* en el sentido de que sus efectos no están limitados a las partes que participaron en el proceso, como ocurre con la sentencia civil, sino porque ella tiene el trascendental efecto de preservar la presunción de inocencia de una persona. Una decisión ejecutoriada en la que se absuelve al sindicado de un delito no puede ser puesta en duda por ninguna autoridad; así a dicha autoridad no la convenzan los argumentos expuestos por el juez penal para adoptarla, el carácter de cosa juzgada de esta decisión se sustenta en sus fundamentos, se basa en que es una decisión *ejecutoriada* y proferida por el juez competente para dictarla.

24.- Si la persona fue declarada inocente por el juez penal y el juez de la responsabilidad vuelve a estudiar su conducta, teniendo en cuenta las mismas

[12] Tribunal Constitucional Español. Cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 4314-2018. Sentencia del 19 de julio de 2019.

pruebas que ya examinó el juez penal para concluir que la persona era *sospechosa* de un delito y por lo tanto era *justificada* su detención, está violando la obligación del juez de *tratar como inocente* a quien así ha sido declarado en una sentencia judicial. Cuando se le indica <<usted debe soportar la privación de la libertad porque, así haya sido declarado inocente, las pruebas recaudadas y valoradas en el proceso penal indican que usted –al menos– *era sospechoso* de la comisión del delito>>, viola la presunción de inocencia del sindicado. Cuando el juez penal absuelve al sindicado *declara su inocencia* y esa es la decisión que deben respetar todos los ciudadanos y particularmente los jueces.

El artículo 7 del código penal colombiano dispone:

> <<Toda persona se presume inocente y *debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.*
>
> <<En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.
>
> <<En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda>>.

Y el Consejo de Estado, en la sentencia del 17 de octubre de 2013, señaló:

> <<(…) desde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia resultaría abiertamente contradictorio sostener, *de una parte, que en materia penal al procesado que estuvo cautelarmente privado de su libertad y que resultó absuelto y, por tanto, no condenado* –cualquiera que hubiere sido la razón para ello incluida, por supuesto, la aplicación del principio in dubio pro reo, pues como lo ha indicado la Sección Tercera, no existen (total o parcialmente) categorías o gradaciones entre los individuos inocentes e inocentes)–, el propio Estado lo debe tener como inocente para todos los efectos, acompañado siempre por esa presunción constitucional que jamás le fue desvirtuada por autoridad alguna y por lo cual no podrá registrársele anotación en sus antecedentes judiciales con ocasión de ese determinado proceso penal; *sin embargo, de otra parte, en el terreno de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado, en lo que constituiría una contradicción insalvable, estaría señalando que el procesado sí estaba en el deber jurídico de soportar la detención a la cual fue sometido, cuestión*

que pone en evidencia entonces que la presunción de inocencia que le consagra la Constitución Política en realidad no jugaría papel alguno –o no merecería credibilidad alguna– frente al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado e incluso, en armonía con estas conclusiones, se tendría que aceptar que para dicho juez tal presunción sí habría sido desvirtuada, aunque nunca hubiere mediado fallo penal condenatorio que así lo hubiere declarado>>[13].

25.- En concordancia con la norma anterior, la doctrina hace referencia a las diversas dimensiones del derecho a la presunción de inocencia para señalar que tratar como inocente al imputado implica advertir que éste no tiene la obligación de *colaborar* probatoriamente en el proceso ni sobre él pesa ningún tipo de *carga probatoria.* La carga de aportación probatoria para demostrar su responsabilidad le corresponde exclusivamente a la fiscalía y el sindicado tiene el derecho a permanecer *pasivo* durante el juicio. Es la Fiscalía la que ha hecho la imputación y con base en ella y en los elementos de conocimiento el juez de garantías dispone la detención preventiva del imputado.

26.- Por tal razón, si la imputación no termina en sanción, el único responsable del daño que genera la *medida cautelar* es el Estado. Es la Fiscalía la que solicita la medida con base en los elementos de conocimiento que le presenta al juez; es el juez que la decreta con base en el análisis de tales elementos; y es el incumplimiento del deber de aportación de pruebas para confirmar la participación del sindicado lo que genera la sentencia absolutoria. ¿Dónde está la culpa del sindicado en todo lo anterior?

27.- La sentencia que absuelve al *sindicado* mantiene esa *presunción de inocencia.* El sindicado absuelto *tiene la condición de inocente* porque es esa *presunción* la que consagra nuestra Constitución la cual no optó –como ocurrió con la constitución italiana– por declarar simplemente la *presunción de no culpabilidad,* con base en la cual parte de la doctrina considera que –en ese ordenamiento– la absolución del sindicado no permite considerarlo *inocente* sino simplemente *no culpable.*

28.- Vistas las cosas desde la aplicación de la regla de *presunción de inocencia,* conforme con la cual las personas tienen *derecho a ser tratadas como inocentes* mientras no se produzca una sentencia en la que se les declare responsables del delito que se les imputa, habría que considerar que la *prisión preventiva*

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera. Expediente 23354. Sentencia del 17 de octubre de 2013.

contraría esta regla[14]. Tal medida se admite en garantía de *intereses generales* asociados con la necesidad de asegurar las funciones de la sanción penal. Sin embargo, ni siquiera su decreto modifica la condición de *inocente* del imputado y es esa condición la que simplemente se mantiene cuando se profiere la sentencia penal absolutoria.

IV. LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO *MEDIDA CAUTELAR ANTICIPATIVA* Y EL RESPETO A LA *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA*

29.- La *medida de aseguramiento* es una medida cautelar *anticipativa* que se adopta en el proceso penal: (i) para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia (evitando que el sindicado se haya fugado cuando es condenado); (ii) para permitir la adecuada marcha del proceso (evitando que el sindicado entorpezca el recaudo probatorio); y (iii) para cumplir anticipadamente una de las finalidades de la prisión que es evitar que el <<responsable de un delito>> lo siga cometiendo con la propia víctima o con otras. Por tal razón, para decretarla el juez debe contar con elementos de conocimiento (mientras no se incorporen en el juicio no pueden denominarse medios de prueba) de los cuales pueda inferir que el delito existió y que el sindicado participó en él.

30.- Las medidas cautelares *anticipativas* de los demás procesos (con intereses particulares y de carácter patrimonial), se justifican en el *peligro de la mora* en la producción de la decisión y en la *apariencia de buen derecho.* La *apariencia de buen derecho* se cumple solo cuando el juez, con las pruebas que le presenta el demandante (que en ese momento tienen el carácter de sumarias porque no han sido controvertidas por el demandado) concluye que se cumplen los requisitos para proferir una sentencia de *condena*: lo anterior es lo que justifica decretar una medida que implica otorgar las pretensiones de la demanda, desde el inicio del proceso y antes de oír al demandado a quien se le impone esta decisión.

31.- Para decretarlas, se exige como presupuesto de estas medidas que sean *reversibles* en el sentido de que si, al final del proceso, el demandante que las pidió no cumple con la carga de probar sus afirmaciones y la sentencia es *absolutoria,* la situación del demandado afectado con la medida cautelar pueda restablecerse. Si la medida no tiene ese carácter (por ejemplo, solicitar la destrucción de una edificación porque fue construida en terrenos del demandante) no puede decretarse.

[14] Doctrinantes como Ferrajoli la estiman inadmisible.

32.- Tales medidas se piden bajo la responsabilidad del demandante que es quien *afirma la apariencia del derecho,* allega las *pruebas sumarias* para demostrarla y está obligado a *prestar una caución suficiente* que garantice la reparación de los perjuicios patrimoniales que podría causarle al demandado. Piénsese lo que ocurre cuando el demandante pide que se suspenda la explotación de la actividad comercial que desarrolla el demandado y allega pruebas demostrando que es ilegal y viola sus derechos a realizar la misma explotación. El juez puede decretarla si cuenta con pruebas (así no hayan sido aún controvertidas) de que efectivamente tiene la razón; y la medida se justifica, porque tomar esta decisión luego de transcurrido el largo tiempo del proceso le generaría graves perjuicios al demandante. Pero, para decretarla, el demandante debe garantizar el pago de los perjuicios que podrían generársele al demandado con la medida, si la sentencia le es favorable.

33.- El cumplimiento de las anteriores condiciones es lo que habilita al juez a adoptar, al principio del proceso, medidas que solo podría adoptar al momento de proferir sentencia. A partir de las afirmaciones y medios de prueba (sin controvertir) que le ha ofrecido el demandante, el juez dicta una medida anticipatoria (de contenido similar a la sentencia de condena). No puede imponer una *condena* definitiva, como lo hace en la sentencia, *simplemente* porque no ha *oído* al demandado, porque no ha tramitado un proceso con su participación, porque no le ha garantizado el derecho fundamental a defenderse. Si oído el demandado y vistos los medios de prueba que este ofrece el juez no cambia de parecer, lo que en realidad hace en la sentencia es <<confirmar la medida anticipatoria>>. Si, por el contrario, al cumplirse la contradicción las pruebas pierden el valor que tenían y el demandante no cumple con la *carga de probar* y el demandado es absuelto, el juez debe disponer que las cosas vuelvan al estado anterior (restablecer el derecho) y ordenar el pago de los perjuicios (garantizados con la caución prestada).

34.- Aunque algunos críticos de estas medidas han señalado que su decreto viola la *presunción de inocencia* del demandado, todos coinciden en afirmar que estas medidas *violan el debido proceso* porque, sin que el mismo se surta se le impone una condena al demandado; porque al *modificar la situación de hecho* desde el principio (se le prohíbe ejercer la actividad comercial al demandado, por ejemplo) y al mantener tal situación *durante el proceso,* se convierten en un peligroso instrumento para presionar arreglos conciliatorios; tienen por efecto modificar las circunstancias de hecho en las que se encuentran las partes y convertir en prevalentes los intereses del

demandante. Sus defensores recuerdan entonces que, con tal objeto, dichas medidas se someten a requisitos estrictos y advierten sobre todo que quien las pide debe prestar caución para garantizar el pago de perjuicios.

35.- Nadie, absolutamente nadie, ha planteado que cuando el demandante pierde el proceso y el demandado debe ser indemnizado, como la *apariencia del buen derecho* la generó el mismo demandado con su comportamiento, debe *perder* su derecho a obtener la reparación de los perjuicios que se le generaron porque, no obstante haber sido absuelto, la medida cautelar se impuso como consecuencia de su *culpa exclusiva y determinante.* No es bueno hacer planteamientos *absolutos,* pero en realidad esta es una idea que hasta ahora a nadie se le ha ocurrido sostener.

36.- En el proceso penal:

a. La medida cautelar (detención preventiva) es solicitada por el *fiscal* que cuenta con elementos de conocimiento de los cuales se infiere la existencia del delito y la participación el imputado y además porque tiene razones que justifican que se adopte esta medida. Lo hace bajo su responsabilidad en el sentido de garantizar la consistencia y legalidad de los elementos de conocimiento que le presenta al juez de control de garantías; y lo hace bajo su responsabilidad porque debe tener la certeza de estar en condiciones de suministrar los *medios probatorios* necesarios para *condenar* al imputado. Esa carga probatoria en el proceso penal la tiene la Fiscalía: la <<apuesta por la condena>> que hace cuando pide la detención, es de su resorte y sobre todo de su responsabilidad. Solo puede hacerla cuando está en esas condiciones; le está prohibido pedir esta medida con cualquier finalidad distinta, como la de presionar acuerdos.

b. Lo único que no se le exige al fiscal es *prestar caución* que garantice el pago de los perjuicios al imputado cuya privación de la libertad solicita como medida cautelar, teniendo en cuenta que la medida se solicita para proteger el *interés público* y es la sociedad la que se beneficia con ella (puede adelantarse adecuadamente el proceso, se garantiza el cumplimiento de la pena y se protege a quienes podrían ser víctimas del delito imputado).

c. ¿Es una medida reversible? ¿Le restablecemos el derecho al sindicado cuando lo absolvemos, porque en la sentencia se <<confirma>> que es inocente o su estatus de tal no se modifica? ¿Se restablece otorgándole nuevamente la libertad, o nunca puede restablecerse el daño causado por el tiempo que duró en prisión?

d. ¿Es un daño normal que debe sufrir como consecuencia de vivir en sociedad, o la sociedad (representada por el Estado), en cuyo nombre se decretó, debería indemnizarlo? ¿Será necesario que los jueces y magistrados que resuelven sobre el derecho a la reparación de las víctimas de una detención preventiva sepan personalmente en qué consiste haber estado privados de la libertad en una prisión colombiana, para que comprendan este extremo del asunto? ¿Será indispensable probar de alguna manera esta circunstancia?

- Nadie duda de que la detención preventiva (excepcional) es necesaria, que es lícito que el Estado la decrete, y que todas las personas deben soportarla por el hecho de vivir en sociedad y tratarse de una medida que se toma para la defensa de los <<intereses generales>>.
- Lo que está en discusión es si el Estado (que representa el interés general en cuyo nombre se decretó) debe indemnizarla porque se trata de una carga excepcional que genera un daño muy grave o si, por el contrario, como se adopta justificadamente porque hay elementos de conocimiento de los cuales se infiere que participó en el delito, el sindicado no debe ser reparado. No debe ser reparado porque el daño se generó por su culpa *exclusiva y determinante* que además puede ser apreciada en *abstracto* conforme con el Código Civil, sin que pueda exigirse –como lo manda la ley– que obró con *dolo o culpa grave.*

37.- En la medida cautelar de detención preventiva que se toma en el proceso penal está también en juego el debido proceso considerado como la posibilidad de *sancionar al imputado* antes de que se surta el juicio y pueda defenderse. Y hablamos de *sancionar al imputado* porque nadie discute que la detención preventiva es una <<anticipación de la pena>> puesto que el sindicado es *privado de la libertad* en las mismas condiciones. Es tan cierto lo anterior que, si es condenado, le descontamos el tiempo de la prisión provisional.

38.- Pero lo que principalmente se afecta en este caso es la *presunción de inocencia del imputado*; es *esa* presunción la que se afecta cuando se adopta la medida, así sea necesaria, en aras del interés público. Dicho lo anterior, lo que no parece admisible es que, cuando el sindicado absuelto reclama la indemnización de perjuicios ese <<derecho fundamental>> se desconozca otra vez y se señale que <<como de todos modos él era sospechoso del delito y por tal razón fue detenido>>, no debe ser reparado.

V. LOS FALSOS INOCENTES Y LA VIOLACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

39.- La doctrina ha señalado que los jueces de la responsabilidad se abstienen de condenar al Estado porque en realidad consideran (están persuadidos o lo piensan sin decirlo) que, teniendo en cuenta su conducta y las pruebas obrantes en el proceso penal, el imputado en realidad debió ser condenado. Se habla entonces de los <<falsos inocentes>> y por esta razón se niega el derecho a la indemnización: <<usted sí cometió una conducta inadecuada que justificaba que recibiera esa consecuencia (que obviamente se asimila a un castigo)>>. Al obrar de esta manera se está violando el principio de *presunción de inocencia*, porque este principio no solo implica considerar que <<toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable>>, sino que implica también, como claramente lo ha señalado la Corte Constitucional, que los jueces tienen la obligación de *tratar como inocente* a una persona que ha sido absuelta de responsabilidad por el juez penal por la comisión del delito que se le imputó. Esta obligación se desconoce cuando el juez de la responsabilidad trata a la misma persona como sospechosa, para negarle la indemnización que reclama por haber estado privado de la libertad.

40.- *<<(…) No se puede dudar que la persona en la que claramente se reconoció su inocencia [en un juicio penal] debe ser indemnizada del perjuicio sufrido. Pero, cuando la duda sobre su inocencia subsiste, ¿qué decisión debe tomarse? Y, ¿si la decisión de no culpabilidad se tomó en aplicación del principio del beneficio de la duda? O aun, ¿qué posición se debe adoptar frente a un sospechoso erróneo o equívoco? (…)*

<<La problemática de la indemnización de las detenciones preventivas está así perfectamente definida: el Estado deberá indemnizar siempre a las personas que han sido objeto de una detención injusta cuya inocencia es claramente revelada en el curso del procedimiento. Pero se cuestiona la autoridad de la cosa juzgada ligada a las decisiones de no culpabilidad, cuando cabe distinguir verdaderos y falsos inocentes>>[15].

41.- La sentencia penal *absolutoria* excepcionalmente hace tránsito a cosa juzgada para el juez civil que juzga la *responsabilidad patrimonial del*

[15] Deguergue Maryse (traducido por Muñoz Frédérique), La indemnización de las detenciones provisionales injustificadas: un seguro a la garantía social, publicado en La justicia y la responsabilidad del Estado, Universidad Santo Tomás, 2010, 138 y 142.

sindicado. Se admite que solo tiene ese efecto cuando declara que el hecho no existió, que el sindicado no lo cometió o que obró en legítima defensa (objetiva), porque en esos casos la absolución del sindicado tiene que ver con la *causalidad y* la decisión el juez civil no debe contradecir la del penal sobre el mismo aspecto[16].

42.- Lo anterior obedece a la lógica conforme con la cual el juez de la responsabilidad penal y el de la responsabilidad patrimonial no pueden pronunciarse de manera divergente sobre un presupuesto común a las dos, como es el de la *relación de causalidad.*

43.- Es posible que quien ha sido absuelto porque no cometió el delito sea condenado civilmente porque sí causó el *daño,* aunque la conducta no constituya delito por ausencia de culpabilidad, que es lo que ocurre en el caso de quien ha dañado una *cosa ajena* pero no lo ha hecho *dolosamente,* por lo que no ha incurrido en dicho delito que requiere de *dolo* para su tipificación. Y también es posible que el juez penal lo absuelva porque no encuentre suficientemente probado que participó en el delito y el juez civil, que tiene un estándar probatorio distinto, encuentre que esas pruebas son suficientes para considerarlo autor del daño, por lo que podrá condenarlo a repararlo; en este caso el juez de la responsabilidad no estará desconociendo la *presunción de inocencia* porque el sindicado no fue condenado penalmente: estará declarando que, al considerar probado que el demandado es el autor del daño, lo condena a indemnizarlo.

44.- Lo anterior aplica en relación con la responsabilidad civil derivada del daño causado a la víctima con la conducta juzgada por el juez penal. Pero, cuando lo que se juzga es la responsabilidad del Estado por la *privación de la libertad* del sindicado, el juez no puede desconocer la sentencia que lo declara inocente del delito imputado y de este modo *mantiene* o *confirma* su presunción de inocencia. Lo hace cuando (i) afirma que las pruebas del proceso permiten considerarlo <<sospechoso>> de la comisión de un delito; (ii) estima que en realidad no fue declarado *inocente* sino que lo que ocurrió fue que no logró acreditarse su *culpabilidad*; y (iii) con base en lo anterior concluye que debe soportar el daño que le generó la detención.

[16] El artículo 57 de la Ley 600 de 2000 disponía lo siguiente sobre los efectos de la cosa juzgada penal absolutoria: <<La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa>>.

45.- Al obrar del modo anterior el juez de la responsabilidad: (i) está desconociendo la presunción de inocencia porque no está tratando como inocente a alguien que no ha sido condenado y (ii) está atribuyéndole a la detención preventiva el carácter de sanción: por haber obrado de ese modo, el sindicado <<debe>> soportar su detención sin indemnización. Eso es arbitrario en alto grado, porque implica justificar una detención (sin importar su duración) en contra de quien no ha sido condenado.

Bogotá D.C., septiembre de 2022

BIBLIOGRAFÍA

Cortés, Édgar, La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001.

Dumery, Alexandre, La faute de la victime en droit de resposabilité civile. L'Harmattan, Paris 2011.

Fernández López, Mercedes, Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal. Trabajo de investigación presentado la obtención del grado académico de Doctor en Derecho en la Universidad de Alicante en el año 2004.

Ospina Fernández, Guillermo, Ospina Acosta Eduardo, Teoría general de los actos o negocios jurídicos, Editorial Temis, Bogotá, 1987.

Larroumet, Crhistian, Droit Civil, Les obligations T. III, 2011.

Moore Michael S., Causalidad y responsabilidad, Marcial Pons, Madrid, 2011.

Pérez Vives, Álvaro, TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Talleres Editoriales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 1957, Segunda Edición

Sabard, Olivia, La cause étrangere dans le droits privé et public de la responsabilité extracontractualle. L.G.D.J., París 2008.

Tamayo Lombana, Alberto, La responsabilidad civil extracontractual y contractual, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2005.

PRIVACIÓN DE LIBERTAD, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

(Del error judicial como base de la responsabilidad estatal a la presunción de inocencia: un recorrido por la jurisprudencia nacional española y supranacional)

*Teresa Armenta Deu**

RESUMEN

En España la configuración normativa de la responsabilidad del Estado en caso de privación de libertad seguida de sentencia absolutoria no se consagra en la Constitución sino en normas de rango ordinario, conectándola con el deber de indemnización de indemnizar por el error judicial o la mala administración de justicia. Las diversas hermenéuticas del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han incidido notablemente en la configuración normativa ordinaria de dicha responsabilidad, derivando en una suerte de responsabilidad objetiva que no se conecta directamente con la presunción de inocencia, ni reconoce un derecho automático a ser indemnizado. Determinar la indemnización es complejo, tanto por el escaso número de resoluciones que la conceden, cuanto por el importe de lo percibido.

Palabras clave: Prisión provisional; Privación de libertad; Libertad de circulación; Medidas cautelares, Derechos fundamentales; Responsabilidad del Estado-juez; Indemnización; Reparación. Presunción de inocencia.

* Catedrática de Derecho Procesal, UdG, España. Vocal de la Comisión General de Codificación, Mº Justicia

INTRODUCCIÓN[1]

Algunos datos a modo de marco estadístico. En España, el Ministerio de Justicia ha reconocido entre 2000 y 2019 - por el concepto de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre- una cantidad de 2.072.695,38 euros. La indemnización media por cada prisión preventiva indebida es de 14.805 euros. En ese periodo de casi veinte años se resolvieron 3.698 reclamaciones y sólo se estimaron favorablemente el 3,8% de las mismas. 3.558 reclamaciones fueron desestimadas, es decir, un 96,8%. Se calcula que aproximadamente las indemnizaciones obtenidas suponen menos de 20 euros por día de privación de libertad.

Un mecanismo predictivo basado en algoritmos nos desaconsejaría vivamente seguir todo el proceso para intentar lograr la indemnización. ¿Debemos aquietarnos? ¿Es una cuestión de cuantía o de derechos? ¿La responsabilidad estatal cotiza a la baja? ¿Es tema de regulación legal?

Veamos la cuestión -sin preterir estos aspectos- centrándonos en la regulación española y la enorme incidencia de los diversos tribunales, nacionales y supranacionales, que constituirán el hilo conductor de la exposición.

1. REGULACIÓN INTERNACIONAL

El Convenio Europeo de Derechos Humanos contempla en el artículo 3 de su Protocolo 7º que: *Cuando una condena firme resulte posteriormente anulada, o cuando se haya concedido un indulto, porque un hecho nuevo o conocido con posterioridad demuestre que se haya producido un error judicial, la persona que haya sufrido una pena en virtud de esa condena será indemnizada conforme a la ley o a la práctica vigente en el Estado respectivo, excepto cuando se pruebe que la no revelación a tiempo del hecho desconocido le fuere imputable total o parcialmente.*

En términos muy semejantes se pronuncia el art. 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Nótese que el derecho a la indemnización se conecta a la existencia de circunstancias –un hecho nuevo o conocido con posterioridad– demuestre que se ha producido un error judicial, salvo que sucediera que la no revelación a tiempo este último hecho fuera imputable total o parcialmente a quien sufrió la prisión preventiva.

[1] Este trabajo a instancias de la amable invitación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal para su Congreso 2022 ha sido realizado disfrutando de la ayuda a la investigación (I+D+I) (PID2020-112683GB-100)

2. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En España, como en Europa, la configuración normativa no se corona con un artículo en la Constitución que consagre el derecho a la indemnización, sino que se alude a la indemnización por funcionamiento anormal de la administración de justicia[2], conectándolo con los supuestos de responsabilidad de la administración, como veremos seguidamente.

La regulación ha sido objeto de diversas hermenéuticas por parte del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a raíz de un número importante de resoluciones que han incidido notablemente en la configuración normativa ordinaria en torno a la responsabilidad en caso de prisión preventiva seguida de absolución, creando una jurisprudencia de geometría variable, entre otros aspectos porque el marco normativo que se interpretaba era diferente. Así por ejemplo, las resoluciones del TEDH se refieren expresa y concretamente al derecho a la presunción de inocencia, y no al derecho a recibir indemnización del Estado por prisión preventiva indebida.

2.1 Configuración constitucional y de la legislación ordinaria

La Constitución española en el citado art. 121 señala: *que los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.*

Los supuestos de responsabilidad abarcan, de manera más amplia que en los Convenios internacionales, tanto el error judicial, como el funcionamiento anormal de la Administración de justicia, previéndose un supuesto diferente, en el art. 106 CE, relativo al conjunto del funcionamiento normal o anormal de las administraciones públicas[3].

[2] Art. 121 CE. Una primera aproximación por MANZANARES SAMANIEGO, J.L, "la Responsabilidad patrimonial por prisión provisional" en "Diario la Ley", 2011, n.7761. También en PÉREZ PASCUAL, E, "La responsabilidad patrimonial del Estado por la Administración de Justicia", en (1997) La Ley: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía", n.1, pp. 1840ss.

[3] Artículo 106: 1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho

Ahora bien, el primer precepto no está consagrando la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados por cualquier error; mediante el inciso "conforme a la ley", se remite los pormenores de dicha responsabilidad a lo que señale la ley en concreto[4].

Descendiendo al plano de la legislación ordinaria, el art. 292 LOPJ establece: *que: Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán a todos los perjudicados, derecho a una indemnización, salvo en los casos de fuerza mayor*.

Además, el daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o un grupo de personas, sin que la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales presupongan, de por sí, derecho a la indemnización[5].

2.2 El error judicial y el supuesto específico de la prisión preventiva: primera hermenéutica del TS

La prisión provisional, o por expresarlo mejor, la indemnización a consecuencia de haber padecido prisión provisional seguida de absolución o sobresimiento libre se asimilaba originariamente a la existencia de mal fucionamiento en la administración justicia o eventual error judicial[6]. De esta manera, el art. 294.1

a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Como ha señalado TAPIA FERNANDEZ,I: al no contemplarse en el art. 121 CE el funcionamiento "normal" de la administración de justicia susceptible de producir daño al justiciable, no se comprende porque éste daño no se incorpora en el art. 106 CE. Cfr. La responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia en el ordenamiento jurídico español" en (2013), Justicia, nº 2., pp. 129 y ss.

4 RUIZ AMÁIZ, G. (2018), "Responsabilidad del Estado Juez por error judicial", Diario la Ley, nº 9313.

5 GUZMAN FLUJA, V, (1994), "El derecho a la indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia", Tirant lo Blanch.

6 La doctrina jurisprudencial -imposible de pormenorizar aquí por muy abundante- diferencia entre "error judicial", que siempre exige una concreta resolución judicial (individualizada y productora de la lesión) y el "funcionamiento anormal" que acoge cualquier otra actuación distinta de la resolución judicial. Además en el caso del error judicial, la reclamación exige siempre que un tribunal (el Supremo) declare su producción en un proceso, y una vez declarado, el justiciable podrá iniciar su solicitud de indemnización en vía administrativa y judicial después. Mientras que la reclamación por prisión preventiva indebida constituye una subespecie del error judicial,

de la LOPJ en su redacción primitiva señalaba: *Tendrán derecho a indemnizaciones quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta causa se haya dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le haya irrogado perjuicios*.

La interpretación y aplicación por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, destacaba dos vertientes en el precepto: a) considerar el error judicial como premisa de la indemnización, conectando *la inexistencia del hecho imputado* a la acreditada no producción del suceso o su falta de tipicidad, y b) *la inexistencia subjetiva del hecho*, esto es, la probada falta de participación del sujeto[7].

Se excluían expresamente, por tanto, las absoluciones por inexistencia o insuficiencia probatoria por aplicación del derecho a la presunción de inocencia, o las que se apoyaban en el "in dubio pro reo"[8].

La inexistencia del hecho imputado a que se refería el art. 294 LOPJ podía referirse, por tanto, a dos supuestos: a) inexistencia objetiva (no acreditación del supuesto de hecho o falta de tipicidad), y b) probada falta de participación del sujeto[9].

En definitiva, las absoluciones por inexistencia o insuficiencia de prueba no demostraban el error judicial en la adopción de la prisión provisional, y quedaban por tanto fuera del paraguas legal del art. 244 LOPJ. Había que acudir al art. 293 LOPJ que contempla el procedimiento para declarar la existencia de responsabilidad por error judicial, en el caso de haberse arrogado perjuicios al dictar una prisión provisional improcedente[10]. Lo que, como mínimo, alargaba el procedimiento, complicándolo al remitirse al art. 293 LOPJ y su compleja tramitación[11].

que por su naturaleza no necesita ser declarado, por lo que cabe acudir directamente al Ministerio de Justicia conforme a las previsiones legales.

7 Vid. GONZÁLEZ GRANDA, P, "Indemnización del Estado por prisión preventiva" en AAVV (2022) "Justicia y Proceso: Una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional" (con ARIZA COLMENAREJO), Dykinson.

8 MEDINA ALCOZ, L/ RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, I, (2019) "Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución" en "Revista española de Derecho Administrativo" n. 200, pp. 147-190

9 Vid, TAPIA FERNÁNDEZ, I, "La responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia en el ordenamiento jurídico español" en (2013), Justicia, nº 2

10 Vid. TOLOSA TRIBIÑO, C, "La responsabilidad patrimonial por error judicial: especial referencia a la prisión preventiva", en Tribuna, 14 de marzo de 2021.

11 Ibidem. Apartado "Delimitación de la figura del error judicial", con numerosas referencias jurisprudenciales.

3. STEDH ALLEN C. REINO UNIDO12 Y CONDENA DE ESPAÑA POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (caso Puig Panella, Tendam y Vlieeland Body y Marcelo Lanni c. España)[13]

Recordemos, que como en el caso de la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, constriñe su ámbito objetivo de pronunciamiento a los derechos contemplado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), circunstancia no baladí cuando se pronuncia en torno a una legislación nacional que enfoca la cuestión desde otro punto de vista, como en el caso de España, como se ha ido viendo. No porque invalide sus pronunciamientos -que por otra parte no son inmediatamente ejecutivos- sino porque el sesgo que implica el citado ámbito objetivo distorsiona en ocasiones el traslado sin más de su doctrina.

El Tribunal Europeo para la protección de Derechos Humanos (en adelante TEDH) empieza por señalar, que el art. 6,2 CEDH[14] no ampara el derecho a ser indemnizado por la existencia de una prisión provisional legal. Una vez firme la absolución no cabe diferenciar en función de los motivos que cada vez admite el juzgador penal..

A partir de ahí, y ante la denuncia de posible vulneración del citado precepto por el tenor literal del art. 294,1 LOPJ[15], y más en concreto, de la diferencia que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo al respecto efectuaba de una inexistencia objetiva (constatación de la inexistencia de hechos delictivos) y otra subjetiva (constatación por falta de pruebas sobre la participación del demandante de la indemnización), es incompatible con la presunción de inocencia, por establecer una diferencia que ignora la absolución previa del imputado. A juicio del TEDH, se vulnera el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al contemplar el caso de quien ha sido absuelto por falta de prueba que confirma su falta de culpabilidad, al habilitar que pueda permanecer latente dudas sobre su culpabilidad.

[12] STECH, de 2 de mayo de 1997.

[13] STEDH, de 25 de abril de 2006 y de 22 de junio de 2010 y 16 de febrero de 2016, respectivamente.

[14] Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada

[15] Que como sabemos enfoca el tema desde la perspectiva de la subespecie del error judicial, aunque más simplificado en su tramitación para reclamarlo.

Según el TEDH, la inexistencia objetiva es suficiente, en tanto la absolución que se debe a la existencia de prueba que demuestre la inocencia del privado indebidamente de libertad por inexistencia subjetiva de hechos, esto es, a consecuencia de prueba que acredite la ausencia de su participación en los hechos delictivos provoca la citada vulneración[16].

Esta doctrina se confirma en la más reciente STEDH en el "caso Vlieeland", recordando que no cabe sembrar dudas sobre la inocencia de la persona acusada después de la firmeza de la resolución mediante la que fue absuelta. Cualquier manifestación que suscite dudas al respecto vulnera el citado art. 6.2 CEDH.

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2010

Con la vista puesta en la condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero también en su propia interpretación del art. 294,1 LOPJ el Tribunal Supremo, modificó su doctrina para acoger la sentada por el TEDH, eliminando el elemento subjetivo, y consecuentemente, limitando la aplicación del art. 294 LOPJ, efecto que ha sido objeto de muchas críticas[17].

La doctrina de esta relevante resolución parte de que: el legislador español nunca quiso, ni el TEDH como se ha visto requiere, que se indemnice automáticamente cualquier supuesto de absolución. Como tampoco lo hacen, ni el art. 294 LOPJ, ni el art. 6.2 CEDH.

A partir de ahí, reacciona ante la STDH de 2010/ 84 (asunto Tendam) como no había hecho con la anterior (caso Panella)[18], cuyo contenido era idéntico. Esta circunstancia que dejó sin indemnización la mayoría de las indemnizaciones que habían acogido el llamado "elemento subjetivo"[19] De

[16] Vid, MARRERO GUANCHE, D, "Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado por Prisión Provisional seguida de absolución", en (2021) Revista General de Derecho Procesal, n. 54. Accesible en: Revistas@iustel.com

[17] CAMPANER MUÑOZ, J, "La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana" en La Ley Penal, nº 129, noviembre-diciembre 2017.

[18] Se 25 de abril de 2006.

[19] Ante de Campaner Muñoz, ya se había pronunciado al respecto, TAPIA FERNANDEZ, I, "La responsabilidad…."cit, p. 146ss. Quien denuncia que se efectúa una interpretación negativa retroactiva (para todas aquellas peticiones de indemnización aún por resolver), aunque también reconoce que la retroactividad más favorable en el ámbito penal se aplica únicamente al ámbito normativo.

este modo, se constata la inexistencia de causalidad entre indemnización y proceso que termine con sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre. No procede un título de imputación de responsabilidad patrimonial en todos los casos de las repetidas resoluciones absolutorias o de sobreseimiento libre; éste proviene de la "inexistencia del hecho imputado" como prescribe el art. 294 LOPJ. Siendo así y conforme a dicha hermenéutica se reenviaba al absuelto que ha padecido prisión preventiva al cauce del art. 293 LOPJ, que exige previa declaración de error judicial[20].

Por otra parte, en los casos de prisión preventiva seguida de posterior absolución merced a la declaración de ilicitud de las pruebas de cargo, la jurisprudencia entiende –unánimemente– que procede rechazar la concesión de indemnización en tales casos[21]. La razón no es otra que negar la equiparación entre la inidoneidad de una prueba para enervar la presunción de inocencia por su ilicitud y la inexistencia de hecho imputado o inexistencia de acción atípica. La ausencia de una prueba válida incriminatoria obliga a que prevalezca la presunción de inocencia, acarreando la absolución; sin que esta circunstancia conlleve la inexistencia objetiva.

A partir de ahí, y para no discriminar entre la indemnización que surge de la inexistencia de hechos objetiva y subjetiva (como prohíbe el TEDH) se dejó de indemnizar los casos de la última, limitando aún más, como se ha dicho, la aplicación del art. 294 LOPJ[22]. El Tribunal Supremo niega, además, que así se esté desprotegiendo al absuelto que haya sufrido prisión preventiva; sólo que deberá acudir a la vía general prevista en el art. 293 LOPJ[23].

[20] Vid, DEL SAZ, S, "La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado", en (2014) Revista Española de Administración Pública, pp. 55-98. Como denuncia TAPIA FERNANDEZ, I, el problema será los plazos de caducidad, (3 mm en el caso del error judicial desde que se dictó la resolución que se reputa errónea (el auto de prisión preventiva). Y en caso de acudir a la vía del anormal funcionamiento de la administración -con el riesgo de una interpretación poco favorable- cuyo plazo es de prescripción, y por tanto, podría entenderse interrumpido por la interposición del procedimiento, las dificultades se trasladan a entender -en este caso- qué se entiende por "anormal funcionamiento de la administración de justicia". Vid, "La responsabilidad patrimonial…"cit, conclusiones.

[21] SSTS, Sala de lo Contencioso Administrativo (S.C-A) , de 19 de septiembre de 2007 (escuchas ilegales), STS S.C-A, de 30 de junio de 2010.

[22] Vid, QUINTERO CRUZ, D, "Las deficiencias de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez con origen en la prisión provisional decretada por error judicial" en (2018) Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, vol.22, pp. 233-248.

[23] 1. La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar

5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 19 DE ENERO DE 2017. NUEVO GIRO Y DESVINCULACIÓN DEL ERROR JUDICIAL DE LA INEXISTENCIA DEL HECHO. PRISIÓN PROVISIONAL, RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN. EL ENLACE CON LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Tras la ya citada sentencia del TEDH (caso Vlieeland y Lanni) le llega al turno al Tribunal Constitucional, quien recoge la prohibición de distinguir entre dos casos (inexistencia objetiva y subjetiva de los hechos) y enfrenta la redacción del art. 294 LOPJ declarando la inconstitucional parcial de su texto, lo que se traduce en imponer una nueva redacción:

Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de éste se aplicaran las reglas siguientes:

a) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses, a partir del día en que pudo ejercitarse.

b) La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo y la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61..

c) El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado.

d) El Tribunal dictara sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de quince días, con informe previo del órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error.

e) Si el error no fuera apreciado se impondrán las costas al peticionario.

f) No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.

g) La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute.

2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse.

Desaparece, por tanto, la referencia a la inexistencia del hecho imputado y se desvincula del supuesto del error judicial. En definitiva, la prisión provisional descrita en el art. 294 LOPJ no tiene por qué haber sido adoptada concurriendo error judicial, ya que cabe encontrar supuestos de privación de libertad acordada perfectamente acordes a la legalidad y que terminen con la repetida absolución o sobreseimiento provisional.

La explicación del Alto Tribunal responde a entender que cabe perfectamente que existan indicios de delito contra el investigado conforme a los cuales, concurren los presupuestos legales para adoptar la prisión provisional, legitimándola, y sin embargo, tales apreciaciones, indiciarias nunca lleguen a sustentar una condena posterior. Incluso la prisión provisional puede estimarse injusta, pero no fruto de un error judicial.

Así las cosas, la corrección de la medida debe evaluarse conforme a lo conocido por el juez en el momento en que la adoptó, y en su caso, si se prorrogó, por los posteriores pronunciamientos para mantenerla; pero la corrección de tal decisión no corresponde a un juicio "ex post" en función de la condena o absolución final.

De este modo, la resolución parte de enfrentar dos intereses en tensión: de un lado, la existencia de una privación de libertad justificada en atención al interés general, en virtud de la cual, el ciudadano tiene el deber de tolerar las medidas legítimas de investigación que se adopten por los órganos judiciales en aras al interés de la sociedad en el esclarecimiento de los hechos; pero que termina con una resolución absolutoria. Y de otro, el derecho a ser indemnizado en atención a la especialidad del daño sufrido por haber atendido a aquél otro interés prevalente de asegurar el ejercicio del mencionado *ius puniendi*.

Con este planteamiento revive la importancia de recordar la regulación de la prisión provisional y las condiciones, presupuestos y condiciones con los que debe haberse adoptado, ya que su conjunto constituye el primer elemento para llevar a cabo, o no, una privación de libertad justificada, con todas las garantías previstas en la ley. A este aspecto dedicaré el siguiente epígrafe.

5.1 Líneas generales de la configuración normativa de la prisión provisional

Para resolver favorablemente la solicitud de prisión provisional se debe partir, en primer lugar, de su carácter especialmente incisivo a la hora de limitar un

derecho fundamental, lo que con arreglo al principio de proporcionalidad, la sitúa como una medida cautelar de "ultima ratio", a la que se recurre sólo en defecto de cualquier otra cuya efectividad resulte equivalente, y siempre con carácter excepcional[24]. No se olvide, que conforme a las Reglas de Tokio, "en el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como ultimo recurso" (art. 6,1)[25].

La regulación legal en España proviene de una importante reforma que la acomodó a las exigencias constitucionales y supranacionales, conforme a las cuales, la medida ordinaria es la libertad provisional y la extraordinaria la prisión provisional, reconociendo, además, que la prisión provisional es un supuesto de privación legítima de libertad amparada en la propia Constitución (art. 17.1) siempre y cuando: i) concurra un fin constitucionalmente legítimo, ii) se adopte para obtener fines también legítimos y proporcionales, y iii) concurran los requisitos consagrados en la Ley (en este caso la Ley de Enjuiciamiento Criminal)[26].

Con arreglo a los artículos 502 a 519 de la LECrim, resulta, entre las medidas cautelares penales, la más efectiva y a la vez la más criticada, lo que no impide reconocer simultáneamente la dificultad de sustituirla por otra[27]. Caracteriza a la medida: la excepcionalidad, la instrumentalidad y la proporcionalidad, comprendiendo a su vez ésta última, la idoneidad; necesidad y proporcionalidad "strictu sensu" o razonabilidad.

Acordar la prisión provisional se sujeta, además, a la concurrencia de tres presupuestos: subjetivo, objetivo y teleológico. *Subjetivo:* Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar auto de prisión (art.

[24] Este es el sentido del art. 502,2 LECrim, cuando señala: La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional. O del 508 LECrim, cuando advierte: La prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado, que abre la regulación de la libertad provisional, como medida preferible a la prisión provisional.

[25] PUJADAS TORTOSA, V, "Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso", (2008) Marcial Pons.

[26] El mandato constitucional se contenía en la STC 47/2000. Un análisis sobre la reforma, en ARMENTA DEU, T, en "Proceso abreviado, Juicio Rápido y Prisión provisional", en "Estudios de Justicia penal" (2014), pp. 283-292. <y también, en "Lecciones de derecho procesal penal" (2021) (13ª ed), Marcial Pons, pp, 221-231.

[27] Vid. Resoluciones del Consejo de Europa 11 (65) y 80 (80)

503.1.2º LECrim); *Objetivo:* Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delitos sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión cuando se acuerde por riesgo de fuga o de reiteración delictiva y el delito investigado tenga señalada pena superior a tres años. Duración que puede alcanzar los cuatro años si no ha resultado posible el juicio con anterioridad; y *Teleológico*: que los fines perseguidos con la medida sean constitucionalmente legítimos. La consecución de estos objetivos constituyen el parámetro que evita caer en la "automaticidad" de la medida, como aspecto inadmisible constitucionalmente (STC 47/2000).

A tenor de la doctrina constitucional mediante la prisión provisional pueden perseguirse sólo *fines constitucionalmente legítimos*, concretándolos en dos fines ordinarios: *a) asegurar la presencia del imputado cuando pueda inferirse riesgo de fuga*; o *b) evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba*); y otro excepcional*, c) evitar la reiteración delictiva*). Junto a los que se une la finalidad de *evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente en los supuestos de violencia de género (violencia doméstica*)[28]. Y con carácter también excepcional un cuarto, *d)* en virtud del cual*, También podrá acordarse la prisión provisional, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos*, siempre que se trate de delito doloso (nunca en los imprudentes) y para valorar el riesgo se atienda a las circunstancias del hecho y a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

[28] Para valorar la concurrencia de los presupuestos, el legislador marca determinados parámetros en atención al fin concreto que se persiga con la medida: Asegurar la presencia del imputado cuando quepa pensar en un riesgo de fuga, evaluando la naturaleza del hecho; la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado; la situación familiar, laboral y económica de éste; y la inminencia de la celebración del juicio oral, especialmente si se trata de un procedimiento para el enjuiciamiento rápido).

En cuando al segundo fin (Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, siempre que éstas sean relevantes para el enjuiciamiento y exista un peligro fundado y concreto); Destaca a este respecto la advertencia legal de no utilizar la prisión provisional cuando la inferencia del peligro de ocultación provenga de la falta de colaboración del imputado o de las actuaciones achacables al legítimo uso del derecho de defensa (art. 503.1.3º,b),II LECrim).

Posteriormente se añadió, como apartado c) de este ordinal tercero, el evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173 CP (violencia de género).

5. 2 Equilibrio y proporcionalidad entre los intereses tutelables enfrentados

Retomando el hilo de la exposición, la legítima adopción de la prisión provisional se sustenta en el debido equilibrio y proporción entre dos intereses en tensión: el cumplimiento de todos los requisitos expuestos que legitiman constitucionalmente el sacrificio excepcional de la privación de la libertad de movimientos que el Estado debe tutelar, y el interés que también el Estado debe proteger de la eficaz investigación de los delitos como instrumento ineludible para poder satisfacer el "ius puniendi". Unida a dicha ponderación, la proporcionalidad debe informar toda limitación de derecho fundamental enfrentando dos intereses de gran relieve: de un lado, la extraordinaria aflictividad que impone la limitación de un DF de relevante entidad[29], y el conjunto de circunstancias que le acompañan desde el punto de vista físico, familiar, social y laboral; y de otro, el ya señalado de poder investigar y perseguir los delitos.

En este contexto de justificación del interés general, el deber del ciudadano de tolerar la medida cautelar limitativa se atempera por la concurrencia del conjunto de requisitos y del fin constitucional legítimo de la media; pero, además, va unido a un derecho a la indemnización en atención, precisamente, a la especialidad del daño ocasionado desde múltiples puntos de vista (familiar, social y laboral, entre otros)[30]. Así, en el caso paradigmático en el que la

[29] Como señalan las SSTC 82/2003, de 5 de mayo,F.J 3; 29/2008, de 20 de febrero, F.J 7; 124/2010, de 29 de noviembre FJ 6, y 29/2019, FJ 3.

[30] La STC de 25 de julio de 2019 recuerda En un régimen democrático, donde rigen derechos fundamentales, la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción, de modo que aquellos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. De acuerdo con este significado prevalente de la libertad, la Constitución contempla las excepciones a la misma en los términos previstos en el art. 17.1 CE: "nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley. Entre esas posibilidades constitucionales excepcionales de privar legítimamente de libertad deambulatoria destaca la figura de la prisión provisional, cuya legitimidad final dependerá de que se adopte sobre la base de una motivación razonable, esto es, «cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego –la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro– a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como 'una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines' referidos» (STC 47/2000, FJ 3, citando la STC 128/1995, FJ 3). Vid, RODRIGUEZ RAMOS, L, "Todo preso preventivo absuelto merece indemnización (La STC 8/2017, referente a una reinterpretación del art. 249 LOPJ)".

prisión provisional va seguida de condena del sujeto que la padeció, opera un mecanismo de compensación, detrayendo el tiempo pasado en prisión provisional del tiempo al que se le condena[31]. Ahora bien, cuando no sucede así, no cabe inferir que la prisión provisional se adoptó sin fundamento, ya que los requisitos de ésta y de la condena son bien diferentes y las fuentes probatorias disponibles a la hora de acordar aquella pueden divergir notablemente de las que después permiten enervar la presunción de inocencia, y consecuentemente, condenar. Es en esta situación de asimetría, cuando el legislador ha previsto una compensación al daño a través de una indemnización, resarcimiento, que el TC considera una vía adecuada de protección de los DDFF.

5.3 Vulneración de la presunción de inocencia

El cumplimiento de los requisitos para adoptar la prisión provisional y la salvaguarda de adoptar esta medida como "última ratio", respetando el equilibrio expuesto en el epígrafe anterior, preserva el respeto a la presunción de inocencia.

Sin embargo, en el caso de la regulación del art. 249 LOPJ, la existencia de un juicio posterior en que puede volverse a dudar sobre las razones de la absolución, se vulnera implícitamente la presunción de inocencia como regla de tratamiento, en primer lugar por diferenciar entre una razón objetiva y otra subjetiva, como señalaba el TEDH en las resoluciones comentadas[32].

Es más, el Tribunal Constitucional acomete la proyección del derecho a la presunción de inocencia, tras la sentencia, cuando habiendo sido absuelto o sobreseído el proceso, puede ser tratado como culpable, el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH se extiende a procesos posteriores a la absolución, en los que se ventilan cuestiones que constituyen un corolario de los procesos penales, entre los que el TEDH sitúa la vía del art. 249 LOPJ para obtener una indemnización por la prisión provisional sufrida[33].

[31] Art. 58 CP (Abono del periodo de prisión preventiva, que alcanza incluso a la condena por otro delito, o por otro tipo de pena (art. 59 CP)).

[32] STC 85/2019, de 19 de junio, Antecente 10. Vid. La eficacia del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en (2018) La Ley, nº 13243.

[33] Los citados casos Puig Panella c. España, Tendam c. España y Vlieeland Boddy y Marcelo Lami c. España. Y antes respecto a Inglaterra: Allen c. Reino Unido, de 12 de julio de 2012.

Una vez que la absolución es firme -aunque se trate de una absolución "in dubio pro reo"- sembrar dudas respecto a la culpabilidad, incluidas aquellas sobre las causas de absolución, no resulta compatible con la presunción de inocencia. Ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en la inexistencia de pruebas y otra resultante de la constatación incontestable de aquella. Exigirle a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por prisión provisional se revela irrazonable y atenta contra la presunción de inocencia; algo que acontece cuando se expresan sospechas sobre la inocencia del entonces acusado para rechazar una indemnización que se fundamente en el "in dubio pro reo"[34].

Las resoluciones judiciales o administrativas que distinguen la absolución por haber quedada probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de pruebas de tal participación, reservando el derecho a la indemnización en el primer caso, plantean dudas sobre la inocencia, ignorando la previa absolución del acusado, que debe ser respetada por todas las autoridades judiciales cualesquiera que sean las razones dadas por el juez[35].

A juicio del Tribunal Constitucional español, esta doctrina obliga a una revisión del texto del art. 294 LOPJ, modificando su contenido y convirtiendo la responsabilidad en objetiva, desligándola incluso de la presunción de inocencia en el sentido que seguidamente se expone[36].

La decisión sobre si se infringe la presunción de inocencia como regla de tratamiento con eficacia posterior en el proceso penal es contextual, siendo tal contexto el normativo-procesal indemnizatorio, y desde esa perspectiva, la disyuntiva de indemnizar o no es, en términos absolutos y abstractos, ajena

[34] Capeau c. Bélgica, nº 42914/98, pfg. 25 CEDH, 2005-I.

[35] DE HOYOS SANCHO, M, (2020) "La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuesta" en "Revista de la Asociación de Profesores de Derecho de las Universidades españolas", n.1, pp. 127 a 173. También MUÑOZ CARRASCO, P, (2019) "Los presos preventivos absueltos podrán ser indemnizados (comentarios a la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 9477, de 13 de septiembre de 2019" en Diario la Ley, nº. 9481, de 19 de septiembre de 2019, pp. 1-10.

[36] La posterior sentencia del Tribunal Supremo remedia esta situación, tal como también reclamaba el Consejo de Estado en sendos Dictámenes 141/2017, de 30 de marzo o 423/2017, de 8 de junio. Sobre esta resolución en concreto, vid también, GUILLÉN LÓPEZ, E, "Prisión provisional y absolución: mismo daño (sic), misma indemnización (sic), (¿o no?), Breves notas a la STC 85/2019, de 19 de junio de 2019", en (2020) ReDCE n. 34, julio-diciembre.

a la dimensión de la presunción de inocencia[37]. Tan respetuoso es para ésta última un sistema automático de indemnización como otro que la excluya si se adoptó legalmente. Si el marco normativo-procesal niega la indemnización, nada puede objetarse al legislador en relación con la presunción de inocencia. Ahora bien, una vez reconocido el derecho, si el criterio permite sentar dudas sobre la inocencia del procesado no condenado, sí existirá afectación del art. 6.2 CEDH y del art. 24.2 CE.

5.4 Fundamento del derecho a la reparación

El Tribunal Constitucional, entiende, por tanto, que el derecho a la reparación no deriva de la ilegitimidad infringida que es la base del error judicial y del funcionamiento anormal que se contempla el art. 121 CE, sino que actúa como requisito legitimador del sacrificio, como garantía última del derecho a la libertad (art. 17 CE). Y añade: la absolución del que ha estado en prisión provisional no demuestra un error judicial, ya que aquella puede haber sido adoptada correctamente en su momento, y tras la sentencia absolutoria revelarse como indebida o materialmente injusta, lo que claramente no equivale a un error judicial. Con esas limitaciones, y como era de esperar los recursos ante el Tribunal Supremo en demanda de indemnización han sido muchos, y en todos se ha recordado que mientras no exista una regulación legal, la interpretación judicial se acomodará a los criterios propios del Derecho general de daños[38]

6. NUEVA VUELTA DE TUERCA. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO APLICANDO LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN/REPARACIÓN

Modificado el texto del art. 249 LOPJ, no es hasta 2019 cuando el Tribunal Supremo resuelve aplicando dicha redacción y la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional. La STS 1348/2019, de 10 de octubre (Sala Tercera)

[37] Vid. DE HOYOS SANCHO, M, (2020), "Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia", Tirant lo Blanch.

[38] Vid, SIMÓN CASTELLANO, P, (con Abadías Selmo) (2020) "La prisión provisional a análisis: su problemática aplicación práctica y el sistema de indemnización por daño sacrificial", Cizur Menor, pp. 348 y ss.

recoge el testigo del Tribunal Constitucional, que a su vez asumía la doctrina sentada por el TEDH, y afirma diferentes ideas clave:

1º) No existe automatismo alguno entre haber sufrido prisión provisional y luego ser absuelto o ver sobreseído el caso definitivamente.

2º) Pese a la ausencia de dicho automatismo, el tenor literal del nuevo art. 249 LOPJ -siempre en sede de responsabilidad patrimonial del Estado- sólo permite negar la indemnización en el casi imposible supuesto en que no se hubiera irrogado perjuicios. Es decir, en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento, el sometido a prisión provisional tiene derecho a indemnización.

Se reconoce así la existencia de una suerte de responsabilidad objetiva, que transforma la obligación de indemnizar, como sistema de eliminar los daños causados por una actuación culposa (responsabilidad por culpa) por la compensación por un daño objetivo que se produce por la simple prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento[39]. En otros términos: con el nuevo texto en el que no existe un supuesto de hecho concreto, más allá de las repetidas circunstancias, el reconocimiento del derecho a la indemnización se produce en tres únicos casos: i) haber sufrido un tiempo de prisión provisional aunque sea mínimo; ii) haber resultado absuelto o haberse dictado auto de sobreseimiento libre; y iii) haber acreditado perjuicios[40].

Será difícil encontrar supuestos de aplicación de la referencia a los términos "previstos en la ley" o, en su ausencia "mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realice la administración o los órganos judiciales"[41] .

Y lo que ha suscitado más reparos, este tipo de configuración chocará con supuestos de pronunciamiento absolutorio por apreciación de una causa de extinción de la responsabilidad criminal, como la prescripción del delito, por ejemplo; o peor aún, la paradoja que supondrá un pronunciamiento absolutorio por causa de exclusión de la antijuridicidad (error invencible, por ejemplo) o de la culpabilidad (trastorno mental transitorio, por ejemplo) en el que se tenga derecho a la indemnización y simultáneamente sea objeto de

[39] El voto particular de la magistrada Encarna Roca, así lo afirma paladinamente.

[40] PRIETO RODRIGUEZ, J.L (2021) "La crisis de la prisión provisional. Su conveniente reducción a la mínima expresión" en AAVV (Simón Castellano y A.Abadías Selmo, dir) "Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pp. 101 y ss

[41] STC 85/2019, F.J 13.

condena de responsabilidad civil (art. 118 CP)[42]. Esta última eventualidad, por cierto, ha sido contemplada por el TEDH en la pionera sentencia *Allen c. Reino Unido*[43] , defendiendo que la afectación a la presunción de inocencia depende "de la naturaleza y el contexto del proceso en el que fue adoptada la decisión impugnada", de manera, que cabe la posibilidad de afirmar una responsabilidad civil sobre la base de los mismos hechos, por las diferencias sobre la carga de la prueba, siempre que la decisión no contenga una declaración que impute responsabilidad penal al demandado[44].

7. LA INDEMNIZACIÓN Y CÓMO FIJAR SU CUANTÍA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. LA HORA DE LA VERDAD Y SUS INCERTIDUMBRES. EN BUSCA DE UNA REGULACIÓN ADECUADA

Configurado el derecho a la indemnización tal como se ha expuesto, surge el problema de fijar la cuantía de la indemnización; algo que el legislador no ha acometido en el tan repetido art. 249 LOPJ, más allá de señalar: *La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido* (art. 294,2 LOPJ).

Pese a una cierta tendencia a conceder una cantidad que multiplica una cantidad por el número de días, objetivamente, sin atender a las variantes arriba contempladas, so pretexto de la mayor igualdad y objetividad posibles, esto es, apartándose del criterio del texto legal, se detectan alguna reglas más específicas en las que se incorporan pautas diferenciadoras (incrementar la indemnización conforme al trascurso del tiempo progresivamente, por el aumento acumulativo del perjuicio ocasionado; reconocer y contabilizar el grave perjuicio moral y el consiguiente desprestigio social, así como la ruptura con el entorno social, la angustia, ansiedad o temor que conllevan; o recordar la relevancia de la edad, la rehabilitación de la honorabilidad perdida, o la probabilidad de alcanzar el olvido o borrar la huella de la prisión provisional sufrida[45].

[42] Así lo denuncia TOLOSA TRIBIÑO, C, en el citado "La responsabilidad patrimonial por error judicial….", penúltimo apartado.

[43] De 12 de julio de 2013.

[44] Pgf 125 STEDH de 12 de julio de 2013, caso "Allen c. Reino Unido".

[45] A este respecto resulta de interés leer el artículo escrito a raíz de la prisión decretada contra Sandro Rosell, en su día presidente del Futbol Club Barcelona, que finalmente

Concretar y fijar criterios que orienten la fijación de la cuantía es una misión que ha sido asumida por la jurisprudencia en múltiples sentencias, si bien no ha resultado sencillo, ni homogéneo. La propia STC 85/2019 alude a dos criterios: compesatio lucri cum damno y la relevancia causal de la conducta del propio perjudicado[46]. Los problemas surgen cuando se trasladan los criterios que informan el derecho de daño (civil) al ámbito de medidas cautelares adoptadas en el seno de un proceso penal, donde la configuración la carga probatoria es totalmente diferente, circunstancia que explica no poder negar la indemnización cuando habiendo absuelto sí cometió realmente el crimen y si no fue condenado fue por insuficiencia probatoria, o descuido de la acusación a la hora de presentar la prueba incriminatoria[47]. Lo contrario volvería a chocar con los pronunciamientos del TEDH.

Parece imprescindible acometer una nueva regulación sobre este y otros extremos de los casos de prisión provisional seguida de absolución o sobre-

fue absuelto. Vid, MIGUEL BARRIO, R, "Estudio de la prisión provisional a nivel teórico y jurisprudencial (con especial énfasis en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) a tenor del caso de Sandro Rosell", en (2020) Revista General de Derecho Procesal, n.50. Se recoge esta línea jurisprudencial en TOLOSA TRIBIÑO, C, "La responsabilidad patrimonial…", cit,

[46] Conforme al primero la prisión provisional no será indemnizada si en la causa hubo condena a pena privativa de libertad de una duración superior al tiempo superior pasado en prisión provisional, o cuando el sujeto fue absuelto pero el periodo transcurrido sin libertad se puede aplicar a otra causa distinta por la que el mismo sujeto cumplía condena (arts. 58 y 59 CP). El segundo resulta más difícil de aplicar ha sido reconocido jurisprudencialmente: cuando el investigado/acusado incumplió órdenes judiciales de comparecencia periódica, de alejamiento, o de no salida del país, y como consecuencia se acordó el ingreso en prisión; o en los supuestos de autoincriminación o confesiones falsas, en los que se contribuyó a un erróneo "fumus commisi delicti", o cuando pudiendo claramente haber aportado pruebas que evidenciaran su no participación en los hechos delictivos, decidió no hacerlo, incurriendo en "incumplimiento del deber de mitigar el daño". Un análisis pormenorizados sobre la indemnización con propuesta de nueva regulación en una futura regulación la realiza, DE HOYOS SANCHO, M, "La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas", en (2020) Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas, n.1.

[47] Vid. MEDINA y RODRIGUEZ (2019), "Razones para no indemnizar…cit,", p. 17ss. Según nos señala M. De Hoyos ((2020) "Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia", Tirant lo Blanch) estos autores llegan a proponer un proceso indemnizatorio "completamente autónomo" con reglas probatorias diferentes a las del proceso penal, propuesta que rechaza esta autora, y yo con ella.

seimiento libre. En la propuesta de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 se lleva a cabo con una extensión, que los límites de esta publicación impiden acometerla, sirviendo de atenuante que se desconoce a día de hoy si llegará a constituir un texto normativo[48].

A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

En España la configuración normativa de la responsabilidad del Estado en caso de privación de libertad seguida de sentencia absolutoria no se consagra en la Constitución sino en normas ordinarias que la conectan con el deber de indemnización del Estado -ese sí consagrado en la CE- por el error judicial o la mala administración de justicia.

Su regulación, que por razón de dicha ubicación provenía de la Sala del Tribunal Supremo que resuelve del orden administrativo, y no de la Sala penal, ha sido objeto de diversas hermenéuticas, que chocaron, primero, con resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se pronunciaba sobre la presunción de inocencia, y no sobre la citada responsabilidad del estado-juez, y después, del Tribunal Constitucional, que sí conectó, ponderándolos, dos intereses enfrentados: la privación de libertad por intereses constitucionalmente legítimos, como la persecución de los delitos, y el sacrificio excepcional de aquella privación de libertad conforme a los requisitos previstos legalmente.

El resultado fue una suerte de responsabilidad objetiva independiente de la presunción de inocencia, que no reconoce un derecho automático a ser indemnizado.

La determinación de la indemnización constituye uno de los aspectos pendientes de buena resolución, atendiendo tanto al escaso número de resoluciones que la alcanzan cuanto al importe de lo percibido. No ayuda

[48] A falta de un año y medio de legislatura se ciernen fundadas dudas al respecto. No obstante, esta circunstancia no se trata de una propuesta desdeñable sobre la que el límite requerido a este trabajo me impiden pronunciarme, pero sobre la que ya existen referencias doctrinales, concretamente: AGUILERA MORALES, M, "La prisión provisional" en AAVV (Jiménez Conde, F., y Fuentes Soriano, O., -dirs.-) (2022) Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, Tirant lo Blanch, pp. 500-517, y GONZALEZ GRANDA, P, "Indemnización del Estado por prisión preventiva injusta", en González Granda y Ariza Colmenarejo, (2021) "Justicia y Proceso: una revisión provisional contemporánea bajo el prisma constitucional", Dykinson, pp. 167-170.

la remisión al derecho de daños para su determinación y alcance, si se tiene presente los diversos criterios que informan el proceso civil y penal en materia de presunciones y cargas probatorias.

Abreviaturas utilizadas

CEDH: Carta Europea de Derechos Humanos/ **DF**: derecho fundamental; **DDFF**: derechos fundamentales/ **FJ**: fundamento jurídico/ **LECrim**: Ley de Enjuiciamiento Criminal/ **LOPJ**: Ley Orgánica del Poder Judicial/ **Pgf**: parágrafo (apartado)/ **TEDH**: Tribunal Europeo de Derechos Humanos/ **TC**: Tribunal Constitucional/**SS**: sentencias/ **STS**: Sentencia del Tribunal Supremo/ **STC**: Sentencia del Tribunal Constitucional/ **STEDH**: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES, M, "La prisión provisional" en AAVV (Jiménez Conde, F., y Fuentes Soriano, O., -dirs.-) (2022) Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, Tirant lo Blanch

ARMENTA-DEU, T, "Proceso abreviado, Juicio Rápido y Prisión provisional", en "Estudios de Justicia penal" (2014)

_____ "Lecciones de derecho procesal penal" (2021) (13ª ed), Marcial Pons, pp, 221-231

CAMPANER MUÑOZ, J, "La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana" en La Ley Penal, nº 129, noviembre-diciembre 2017

DEL SAZ, S, "La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado", en (2014) Revista Española de Administración Pública

De HOYOS SANCHO, M, (2020) "Efectos *ad extra* del derecho a la presunción de inocencia", Tirant lo Blanch

_____"La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas", en (2020) Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas, n. 1.

GUILLÉN LÓPEZ, E, "Prisión provisional y absolución: mismo daño (sic), misma indemnización (sic), (¿o no?), Breves notas a la STC 85/2019, de 19 de junio de 2019", en (2020) ReDCE n. 34, julio-diciembre

GUTIERREZ DE CABIEDES, P, "La prisión provisional" (2004), Aranzadi Cizur Menor.

GONZALEZ GRANDA, P, "Indemnización del Estado por prisión preventiva injusta", en González Granda y Ariza Colmenarejo, (2021) "Justicia y Proceso: una revisión provisional contemporánea bajo el prisma constitucional", Dykinson.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L, "El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial" en Diario la Ley, Nº 9563, 29 de enero de 2020.

MARRERO GUANCHE, D, "Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado por Prisión Provisional seguida de absolución", en (2021) Revista General de Derecho Procesal, n. 54.

MIGUEL BARRIO, R, "Estudio de la prisión provisional a nivel teórico y jurisprudencial (con especial énfasis en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) a tenor del caso de Sandro Rosell", en (2020) Revista General de Derecho Procesal, n. 50.

PUJADAS TORTOSA, V, "Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso", (2008) Marcial Pons.

RODRIGUEZ RAMOS, L, "Todo preso preventivo absuelto merece indemnización (La STC 8/2017, referente a una reinterpretación del art. 249 LOPJ).

TAPIA FERNÁNDEZ, I, "La responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia en el ordenamiento jurídico español" en (2013), Justicia, nº 2.

_____ "La eficacia del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en (2018) La Ley, nº 13243.

TOLOSA TRIBIÑO, C, "La responsabilidad patrimonial por error judicial: especial referencia a la prisión preventiva", en Tribuna, 14 de marzo de 2021

VEGAS TORRES, J, "Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal", (1993), La Ley.

11.

Derecho Arbitral

REFLEXIONES EN TORNO A LA OBLIGACIÓN PREVIA DE ACUDIR A LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ANTES DE INICIAR UN PROCESO: DERECHO COMPARADO Y DERECHO ESPAÑOL 1191
Juan Pablo Correa Delcasso

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ÁRBITROS: ¿QUIÉN ES EL RESPONSABLE POR EL ERROR JUDICIAL ARBITRAL? 1215
Manuel Eduardo Marín Santoyo

ALGUNOS ASPECTOS PRÁCTICOS DEL DICTAMEN PERICIAL 1237
Jaime Humberto Tobar Ordóñez

ACTUALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE 1261
Daniel Posse Velásquez

LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES EN COLOMBIA 1275
Laura Estephania Huertas Montero

LA PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE EN EL PROCESO ARBITRAL 1301
Carlos Alberto Paz Russi

EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL 1307
Hernando Herrera Mercado

REFLEXIONES EN TORNO A LA OBLIGACIÓN PREVIA DE ACUDIR A LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ANTES DE INICIAR UN PROCESO: DERECHO COMPARADO Y DERECHO ESPAÑOL

*Juan Pablo Correa Delcasso**

INTRODUCCIÓN

El Consejo de Ministros ha aprobado recientemente en España, en el mes de abril de 2022, el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (en lo sucesivo, "el Proyecto") junto al Proyecto de Ley de eficiencia organizativa de la Administración de Justicia.

Según afirma el prelegislador en la nota de prensa aparecida con motivo de la publicación del anteproyecto, el primero de dichos Proyectos constituye *"un nuevo instrumento integrado en la nueva arquitectura jurídica dentro de la Estrategia Justicia 2030, enmarcado y conectado con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea Next Generation"*, con el que pretende, además, dar respuesta a los desafíos surgidos como consecuencia de la pandemia de la Covid-19.

Entre las medidas que incorpora este último figura, con carácter destacado, el impulso que se da a los por él denominados "medios adecuados de solución de controversias (MASC)", medida que, según se nos dice, *"se considera imprescindible para la consolidación de un servicio público de Justicia sostenible"*.

Así, para el prelegislador, el objetivo de los MASC apunta a *"recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos*

* Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona. Abogado (La Guard Abogados).

que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales".

Para ello –entiende–, *"resulta necesario introducir medidas eficaces que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos"*, motivo por el cual se decide potenciar la mediación en todas sus formas e introducir otros mecanismos "de acreditada experiencia" en el derecho comparado.

En todos los casos (y este, ciertamente, no es un hecho nuevo, más allá de que ahora se regule de forma más o menos pormenorizada en el proyecto legislativo que ahora nos ocupa), se prevé la implantación de estos medios "adecuados" de solución de controversias en todos los asuntos civiles y mercantiles en aras de potenciar de manera decidida su utilización, exigiendo en todos los casos el acompañamiento, junto a la demanda inicial, del documento que acredite haberse intentado la actividad negocial previa a la vía judicial como requisito de procedibilidad.

Varios son los mecanismos que prevé, al efecto, el prelegislador: la actividad negocial, la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial, la opinión del experto independiente, la mediación, "así como cualesquiera otros procedimientos previstos en la legislación especial", muy particularmente en materia de consumo, destacando asimismo a bombo y platillo que una de las grandes novedades previstas en el Proyecto legislativo *"es que la validez que tendrá el acuerdo alcanzado a través del MASC es exactamente el mismo que si es resuelto por un juez. El acuerdo alcanzado tendrá el valor de cosa juzgada para las partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto. Para que tenga valor de título ejecutivo, el acuerdo habrá de ser elevado a escritura pública o bien homologado judicialmente cuando proceda".*

Ya para concluir –se nos dice– que si con estas medidas se logra que uno de cada cuatro procedimientos civiles termine en un acuerdo entre las partes, el sistema judicial se descargará de más de medio millón de procedimientos.

No obstante, cabe preguntarse si, a la vista de los antecedentes legislativos existentes tanto en España como en el resto de países europeos, los medios "adecuados" de resolución de controversias que ahora se plantea introducir nuestro legislador van a tener el éxito pretendido y constituyen, por ello, una solución real y efectiva a los males endémicos que aquejan a nuestra Administración de Justicia o, por el contrario, no van a servir a tal pretendida finalidad.

Pues bien: al interrogante anterior trataremos de dar respuesta en las páginas siguientes, no sin antes analizar qué medidas existían, hasta la fecha, en

nuestro ordenamiento jurídico; qué concretas medidas pretende introducir el prelegislador español y cuál es, sintéticamente expuesta, la situación en algunos países de nuestro entorno jurídico más próximo.

1. LA SITUACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN ESPAÑA Y EN EL DERECHO COMPARADO

Como es sabido, los intentos de conciliación previa no revisten novedad alguna en España, al igual que en tantos otros países de nuestro entorno cultural más próximo.

Sin remontarnos a épocas muy lejanas[1], la conciliación, tanto intraprocesal como preventiva o pre-procesal, ya fue objeto de regulación normativa en nuestra vieja LEC de 1881. Y es que, como en aquel entonces subrayaba MONTERO AROCA, en los últimos tiempos (es decir, a mediados de los ochenta, por aquella época), ya cabía registrar una tendencia a destacar el papel de la conciliación, como medio alternativo a la justicia del Estado, para solucionar conflictos.

Concretamente, tres eran los factores que estaban incidiendo, por aquel entonces, en el auge de la conciliación como medio para resolver los conflictos:

"1º) Las dificultades que para acceder a los tribunales del Estado tienen los menos favorecidos económicamente (…);

2º) La inadaptación de la justicia oficial para hacer frente a ciertos tipos de conflictos; esta justicia mira al pasado y soluciona los conflictos sin atender a la sociedad en que se producen, olvidando que las partes de ese conflicto han de seguir conviviendo diariamente (por ejemplo, en los edificios de propiedad horizontal).

3º) La insatisfacción creciente frente a los profesionales del derecho y el deseo de sustituir la razón jurídica artificial por la razón del sentido común"[2].

En definitiva, *"rien de neuf à l´horizon"*: mismos argumentos que los utilizados hoy en día para defender la bondad de la conciliación previa y, por lo

[1] Sobre este particular puede verse el trabajo de MONTERO AROCA, Bosquejo histórico de la conciliación hasta la LEC de 1855, "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1982, pp. 147-188, o la conocida STC 81/1992, de 28 de mayo, FJ 4, de la que fue ponente Vicente Gimeno Sendra.

[2] Comentarios a la Reforma de la LEC, AAVV, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 311.

que ahora nos ocupa, de los mal llamados medios "adecuados" de resolución de conflictos[3].

Pero lo interesante de dichas palabras, es que las mismas se vertían en un momento en el cual el legislador español abogaba por aquel entonces, a diferencia de lo que acontece en la actualidad, por suprimir la obligatoriedad de la conciliación previa. Con ello, como indicaba MONTERO AROCA, se quebraba una tradición más que centenaria, sustituyéndose simplemente en el texto normativo el verbo "deberá" por el verbo "podrá" a la hora de referirse a dicho intento de conciliación y de llevar a cabo, por tanto, tal reforma legislativa.

Y, con esta última, también terminaba, consecuentemente, la consideración de la conciliación previa como presupuesto de admisibilidad de la demanda, controlable de oficio por parte del juez.

Desde entonces, como es sabido, la conciliación previa no reviste carácter obligatorio en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, más allá de los numerosos incentivos que se ofrecen para su celebración a través de diversas resoluciones judiciales como, por ejemplo, la que convoca a las partes a la celebración del acto de la audiencia previa, lo cierto es que su regulación se halla básicamente establecida, en sede intra-judicial, en el art. 415 LEC el cual, tras las últimas reformas legislativas operadas, reza como sigue:

"1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo

[3] Para HINOJOSA SEGOVIA, Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, "La Ley, Mediación y Arbitraje", Abril Junio 2022, nº 11, pp. 3-4, la nueva terminología obedece al hecho de que, "en los últimos tiempos, sobre todo en EEUU, se ha comenzado a utilizar la expresión ADR (Adecuate Dispute Resolution), es decir, como «Sistemas adecuados de solución de conflictos», o la de MASC, como «Métodos adecuados de solución de conflictos». Nuestro pre-legislador ha optado por seguir esta última denominación (MASC), pero en vez de utilizar «Métodos adecuados de solución de conflictos», se ha decantado por «Medios adecuados de solución de controversias». Ello obedece, en nuestra opinión, a que, como se recoge en el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (11) , el término «medio», se define como «cosa», mejor instrumento en nuestro caso, «que puede servir para un determinado fin» (12) , en vez del término «método» que es el «procedimiento que se sirve en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla» (13) , por lo que es más preciso el primero para denominar a estos mecanismos. Y el término «controversias» frente al de «conflictos» se prefiere también, según nosotros, porque el primero no implica la confrontación que supone el segundo. Ahora en el Proyecto añade «en vía no jurisdiccional», como contraposición a cuando se utilizan en vía jurisdiccional".

o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 19, para someterse a mediación. En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto. 2. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial. 3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes. Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia".

Y, lo cierto también es que, como es sabido, escaso es el éxito que tiene esta última en la práctica, al igual que el instituto de la conciliación, hoy regulado en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (y que apenas sigue sirviendo, en la práctica, para interrumpir la prescripción y poco más)[4].

Por el contrario, son múltiples las voces que critican – entre otras – la falta de cultura de la mediación y, en general, de la transacción, que existe en España para subrayar la escasa utilización que tiene esta institución en nuestro ordenamiento jurídico[5].

[4] Sobre este particular, véase el estudio de BERMÚDEZ REQUENA, La conciliación como alternativa a la solución jurisdiccional al conflicto en el ámbito civil: trayectoria legislativa y nuevas perspectivas, en "La administración de justicia en España y en América". José Martín Ostos (Liber amicorum), Sevilla, 2021, pp. 215-216, quien aboga acertadamente por formar a los letrados de la administración de justicia en el ámbito de la conciliación, si es que verdaderamente se desea que esta institución tenga alguna utilidad.

[5] Según un análisis publicado por el Banco de España (El funcionamiento del sistema judicial: nueva evidencia comparada, Mora-Sanguinetti, 2013) la explicación de que España tenga una de las tasas de litigación más altas de la OCDE residiría en varios factores, entre los que podrían destacarse: i) la composición sectorial de la economía, medida por la proporción del empleo en cada sector (agricultura, industria o servicios); ii) la posición cíclica de la economía; iii) la cantidad y la calidad de la normativa; y iv) la disponibilidad de procedimientos para resolver los conflictos fuera de los tribunales, tales como la conciliación, la mediación o el arbitraje.

Por lo demás, muy similares son, sobre este particular, las soluciones que prevén algunos países geográficamente más próximos al nuestro. En todos ellos, existe una imparable tendencia a desjudicializar el conflicto que, en algunos casos, ha sido incluso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, "TJUE") como veremos seguidamente.

Así en Francia, por ejemplo, como indica MAUGUIN[6], el reciente Decreto n.º 2019-1333, de 11 de diciembre de 2019, que continúa los trabajos iniciados por la Ley n.º 2016-1547, de 18 de noviembre de 2016 (conocida como la "Ley de la Justicia del Siglo XXI", desarrollada por la Ley n.º 2019-222, de 23 de marzo de 2019, de programación 2018-2022 y de reforma de la justicia), ha introducido importantes novedades en lo que se refiere a la obligatoriedad de utilizar los métodos alternativos de resolución de conflictos antes de acudir a la vía judicial.

Concretamente, y como indica dicha autora, la idea tampoco es novedosa en Francia remontándose, incluso, a varios siglos atrás[7]. Pero a la vista de que la vía de la conciliación tiene poco éxito, el legislador ha decido entonces pasar "del incentivo a la obligación", estableciendo con carácter general en el artículo 4 de la Ley de 18 de noviembre de 2016 una conciliación preliminar obligatoria ante un "conciliador judicial" (que en Francia no es un profesional, sino un voluntario) en caso de que se acuda a los tribunales y se trate de un litigio de menos de 4.000 euros, recientemente elevados a 5.000.

Posteriormente, la Ley del 23 de marzo de 2019 ha ampliado las hipótesis en las que ha de acudirse a un método alternativo de resolución de conflictos (en adelante, "MASC"). Concretamente, el mismo se erige en obligatorio cuando se trate de reclamaciones dinerarias, pero también de litigios entre vecinos. Y, al igual que acontece con la reforma que pretende ejecutarse ahora en España, puede acudirse tanto a un conciliador judicial, como a la mediación o a la *"procédure participative"*, que vendría a ser como una suerte de procedimiento conciliatorio o transaccional dirigido por los abogados.

Con ello, se pretende así que nadie pueda quedar al margen de este tipo de métodos alternativos de resolución de conflictos, muy especialmente por

[6] Réforme de la Procédure Civile, artículo disponible en internet: https://www.dalloz-actualite.fr/dossier/reforme-de-procedure-civile#.Yq8IgHZBw2w.

[7] Como afirma esta última, el diputado Prugnon ya lo resumió muy bien en su día en el pleno de la Asamblea Nacional Constituyente del 7 de julio de 1790: "impartir justicia no es más que la segunda obligación de la sociedad; evitar los pleitos es la primera, y la sociedad debe decir a las partes: para llegar al templo de la justicia, pasad antes por el templo de la concordia" (L. J. Prugnon, Archives parlementaires, Tomo XVI, p. 739).

falta de medios económicos, habida cuenta de que tanto la mediación como la *"procédure participative"* son de pago[8].

Recientemente, otro Decreto, el nº 2019-1333, de 11 de diciembre de 2019, se ha encargado asimismo de especificar el concreto ámbito de aplicación del recurso previo obligatorio a todos estos métodos de resolución alternativa de conflictos y, en particular, de especificar cuándo podrán concurrir "motivos legítimos" para no acudir a los mismos.

Tras esta última reforma, en la actualidad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 750-1 del *Code de Procédure Civile* (en adelante, "CPC"), es obligatorio un intento de resolución amistosa antes de presentar:

- una demanda de deslinde y amojonamiento;
- acciones relativas a la distancia que prescribe la ley o la normativa especial para la plantación o la poda de árboles o setos;
- acciones relativas a construcciones y obras mencionadas en el artículo 674 del Código Civil francés;
- acciones relacionadas con la limpieza de acequias y canales utilizados para el riego de propiedades o para el movimiento de fábricas y molinos;
- litigios relativos a la constitución y al ejercicio de determinadas servidumbres previstas en el Código Rural y de Pesca Marítima, así como las indemnizaciones debidas a causa de estas servidumbres;
- litigios relativos a servidumbres establecidas en beneficio de determinadas asociaciones previstas por la orden nº 2004-632, de 1 de julio de 2004.

Por último, el apartado 2º del nuevo artículo 750-1 del CPC prevé cuándo podrá acudirse directamente a los tribunales de justicia sin tener que pasar forzosamente por un método alternativo de resolución de conflictos. Fruto de las reformas antes mencionadas, la norma contempla las siguientes hipótesis:

a. al menos una de las partes pretende la homologación de un acuerdo;
b. un texto legislativo ya lo exige;
c. concurren motivos legítimos para no acudir a esta tentativa previa y, entre ellos, se da una situación de indisponibilidad de los conciliadores judiciales "en un plazo razonable", lo que se anuda, básicamente, a la urgencia del asunto en cuestión, en aras de evitar que una interpretación

[8] Así ha tenido ocasión de declararlo el Tribunal Constitucional francés o "Conseil Constitutionnel" en su conocida sentencia de 21 de marzo de 2019, nº 2019-778.

excesivamente estricta de este concepto pueda conducir a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva[9].

Italia, en cambio, parece haber efectuado una apuesta mucho más decidida por la obligatoriedad de los MASC y, muy particularmente, por la mediación.

Así, tras haberse pronunciado el Tribunal Constitucional sobre estos últimos en una conocida resolución judicial, se reintrodujo en dicho país la obligatoriedad de la mediación mediante el Decreto Ley nº 69, de 21 de junio de 2013,

[9] Según afirma MAUGAIN, Réforme de la procédure civile: cas de recours préalable obligatoire aux modes de résolution amiable des différends", Op. cit, "en primer lugar, una razón legítima podría ser la "urgencia manifiesta". Es la primera vez que esta expresión aparece en el CPC y podría plantear algunas dificultades. Cabe imaginar, por ejemplo, que el demandante tendrá que dar razones especiales para presentar el caso directamente ante el tribunal, ya que una simple demostración de urrgencia no será suficiente. Por otra parte, dado que el presidente del tribunal o el juez encargado de los litigios en materia de protección pueden recurrir al procedimiento sumario o de référé" en todos los casos de urgencia" (CPC, futuro art. 834), ¿debemos entender que si esta urgencia no es evidente, el procedimiento sumario o de référé debe ir precedido de un intento de solución amistosa del litigio? Dos argumentos conducen a una respuesta positiva que puede resultar sorprendente. El nuevo artículo 750-1 se encuentra en las disposiciones comunes a los procedimientos escritos y orales y, por tanto, a las órdenes de medidas cautelares. Además, desde el 25 de marzo de 2019, el juez puede ordenar a las partes, incluso sin su acuerdo, que se reúnan con un mediador que él designe en cualquier fase del procedimiento, incluso en el procedimiento sumario o de référé (Ley nº 95-125 de 8 de febrero de 1995, art. 22-1). La forma de evitarlo podría ser basarse en las circunstancias del caso. De hecho, esta es la segunda hipótesis: un motivo legítimo puede basarse en las circunstancias del caso concreto. Aunque el resto del texto especifica estas circunstancias, es esta una hipótesis muy abierta. El texto se refiere a las circunstancias "que exigen que se dicte una resolución sin procedimiento contradictorio". Por lo tanto, el intento previo de resolución amistosa del litigio queda claramente excluido en el caso de un procedimiento "sur requête". Pero, sobre todo, el motivo legítimo puede estar relacionado con "las circunstancias del caso que hacen imposible ese intento". La generalidad de esta fórmula deja mucho a la apreciación soberana de los jueces de primera instancia. Por último, la razón legítima puede ser "la falta de disponibilidad de conciliadores judiciales". El artículo 4 de la ley de 18 de noviembre de 2016, tal y como entrará en vigor el 1 de enero de 2020, especifica "en un plazo razonable". La expresión no es nueva en los textos de derecho interno (aunque no aparece en el CPC), pero el Tribunal Constitucional exigió que se especificara. El proyecto de decreto optó por definirlo de la siguiente manera: "que no ponga en peligro los derechos del litigante en relación con la naturaleza y lo que está en juego en el litigio" (…) Sin embargo, el decreto nº 2019-1333 del 11 de diciembre de 2019 opta por no mantener esta definición; más aún, opta por no definir el tiempo razonable sino la indisponibilidad de los conciliadores judiciales. Esta última se define por su consecuencia, a saber, "la organización de la primera reunión de conciliación en un plazo manifiestamente excesivo teniendo en cuenta la naturaleza y lo que está en juego en el litigio".

por el que se establecían *"Disposiciones urgentes para relanzar la economía"*, convertido finalmente, con algunas modificaciones, en la Ley nº 98, de 9 de agosto de 2013.

El punto de partida de dicha norma venía motivado por algunas recomendaciones dirigidas a Italia por la Comisión Europea, en fecha 29 de mayo de 2013, en el marco del procedimiento de coordinación de las reformas económicas en favor de la competitividad, por la que se instaba al país itálico a acortar la duración de los procedimientos civiles, reduciendo el alto nivel de litigiosidad civil, y fomentando el uso de procedimientos extrajudiciales.

Con ella, se introdujeron así importantes modificaciones legislativas que preveían, básicamente, la reintroducción –inicialmente a título experimental– del carácter obligatorio de la mediación en determinados ámbitos las cuales, como en Francia, operaban a modo de requisito de procedibilidad.

Posteriormente, el Decreto-Ley nº 50, de 24 de abril de 2017 (convertido, con algunas modificaciones, en la Ley nº 96 de 21 de junio de 2017 por la que se dictan disposiciones urgentes para la implantación del sistema de mediación obligatoria), eliminó el carácter temporal o experimental de la institución que ahora nos ocupa (y que ya tenía en el Decreto legislativo inicial nº 28, de 2010), viendo avalada su legitimidad constitucional por una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de abril de 2019 (sentencia nº 97)[10].

Con ello, la mediación obligatoria pasaba a instaurarse en litigios de condominio, derechos reales, división, sucesiones hereditarias, pactos familiares; tenencia de bienes; comodato; alquiler de empresas; indemnización por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad médica y sanitaria; indemnización por daños y perjuicios derivados de la difamación por la prensa u otros medios de publicidad; contratos de seguros, bancarios y financieros.

Con posterioridad, con la llamada pandemia del Covid-19, pasó a regularse una nueva hipótesis de mediación obligatoria para litigios relativos a obligaciones contractuales, como la acción de cesación prevista en el artículo 37 del Código de Consumo, en virtud de la cual las asociaciones representativas de

[10] SANTAGADA, Le nuove condizione per l´accesso al giudice civile, "Giustizia Insieme", 2/2010, pág. 77, ya apuntaba la posible inconstitucionalidad de la norma, así como el carácter excesivamente ambiguo y/o amplio de la tipología de litigios que tenían que pasar por una mediación obligatoria: "a parte i profili di incostituzionalità, sempre in relazione al d.lgs. n.28/2010, merita ancora segnalare che la genericità di alcune delle espressioni utilizzate — es. diritti reali, successioni ereditarie, contratti assicurativi — rischia di allargare l'area già vasta coperta dalla obbligatorietà della mediazione o quanto meno di rendere incerta la sua estensione".

los consumidores y de los profesionales, así como las cámaras de comercio, industria, artesanía y agricultura, podían demandar al profesional o a la asociación de profesionales que utilizaran o recomendaran el uso de condiciones generales, y solicitar al juez competente que prohibiera el uso de las condiciones cuyo carácter abusivo haya sido comprobado.

Es de destacar por lo demás como, con buen criterio, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la mediación obligatoria en Italia algunos juicios sumarios o declarativos especiales como el proceso monitorio, el juicio de desahucio o los juicios posesorios.

Pero las reformas, ya de por sí nutridas y prolijas, no acaban aquí puesto que, recientemente, una ley de 26 de noviembre de 2021 ha abordado una importante reforma de la Justicia italiana.

En concreto, y a raíz del plan presentado por Italia a la Unión Europea de Recuperación y Resiliencia (que viene a constituir un ambicioso proyecto que abarca la reforma de la administración pública y de la justicia, básicamente), el legislador italiano pretende, nuevamente, reforzar los MASC ampliando, nuevamente (entre otras medidas), el ámbito de la mediación, o aumentando las garantías de imparcialidad en el arbitraje, todo ello siguiendo las recomendaciones de la denominada Comisión Luiso[11].

Consecuentemente, quien pretenda interponer en Italia una acción judicial relativa a un litigio en una materia de las enumeradas en la Ley está obligado a pasar previamente por un procedimiento de mediación, revistiendo el inicio de dicho procedimiento una condición para la admisibilidad del procedimiento judicial. En todos los casos, esta condición de admisibilidad se considera cumplida si la primera reunión ante el mediador concluye sin acuerdo, previéndose la asistencia obligatoria de un abogado.

Finalmente, cuando se alcanza un acuerdo, que firman tanto las partes como sus abogados, este reviste naturaleza ejecutiva, siendo estos últimos quienes darán fe y certificarán que el mismo se ajusta a las normas imperativas y al orden público.

[11] La citada Comisión fue creada por la ministra de Justicia, la Sra. Marta Cartabia, para cumplir con los compromisos adquiridos por Italia. El objetivo de esta última consistiría en reducir el tiempo de los juicios y lograr una mayor eficacia en la administración de justicia. Las propuestas de la comisión se refieren tanto a la oficina del juez, como al arbitraje, la mediación y los procedimientos civiles y de familia. En su informe final, presentado el 14 de septiembre de 2021, la Comisión Luiso expuso una serie de propuestas que fueron incorporadas casi en su totalidad a la Ley nº 206 de 25 de noviembre de 2021.

La falta de participación sin motivo justificado en el procedimiento de mediación puede permitir al órgano jurisdiccional inferir determinados argumentos de prueba en el ulterior procedimiento declarativo ordinario, así como eventuales sanciones en materia de costas.

En Reino Unido, las *Civil Procedure Rules* (en lo sucesivo, "CPR") regulan el procedimiento y la práctica que deben seguirse en materia civil ante distintos órganos jurisdiccionales. El objetivo de las CPR es ayudar a los tribunales a resolver los asuntos con equidad. Parte de este objetivo superior exige que el tribunal aliente a las partes implicad utilizar un procedimiento alternativo de resolución de litigios.

La mediación es totalmente voluntaria, pero en la normativa procesal civil figuran los condicionantes que deben seguirse en aras de determinar el importe de las costas.[12] El órgano jurisdiccional debe, por ende, sopesar los esfuerzos que se hayan podido realizar antes y durante el procedimiento a estos efectos Por lo tanto, si una parte ganadora hubiera rechazado previamente una oferta razonable de mediación, el juez podrá decidir que no se obligue a la parte perdedora a pagar las costas de la parte ganadora.[13]

Por último, en Portugal, el recurso a la mediación es totalmente voluntario y el procedimiento es también estrictamente confidencial[14]. Solo pierde este carácter por razones de orden público y, en particular, cuando sea necesario para garantizar la protección del interés superior del menor, la integridad física o mental de una persona por mediar peligro o para aplicar o ejecutar el acuerdo de mediación, y siempre en la medida estrictamente necesaria para la protección de dichos intereses. El contenido de las sesiones de mediación no puede ser utilizado como prueba por un órgano jurisdiccional, como acontece en la inmensa mayoría de ordenamientos jurídicos europeos[15].

[12] Por Ejemplo, las partes deben asistir a un "Mediation Information and Assessment Meeting (MIAM)" antes de demandar por vía judicial a tenor de lo establecido en el President's Pre Application Protocol (PAP) - Practice Direction 3ª.

[13] E-justice.europa.eu. 2022. Portal Europeo de e-Justicia - Mediación en los países de la UE. [online] Available at: <https://e-justice.europa.eu/64/ES/mediation_in_eu_countries?ENGLAND_AND_WALES&clang=en> [Accessed 19 July 2022].

[14] Así lo determina la "Lei n.º 29/2013, de 19 de abril", que establece los principios generales aplicables a la mediación realizada en Portugal, así como los regímenes jurídicos de la mediación civil y comercial, los mediadores y la mediación pública que, en su artículo 4, declara el principio de voluntariedad en la mediación.

[15] E-justice.europa.eu. 2022. Portal Europeo de e-Justicia - Mediación en los países de la UE. [online] Available at: <https://e-justice.europa.eu/64/ES/mediation_in_eu_countries?PORTUGAL&member=1> [Accessed 19 July 2022].

2. LA PROPUESTA PREVISTA EN EL PROYECTO DE LEY

Como expondremos seguidamente, la reforma prevista por el Proyecto legislativo que ahora nos ocupa es una reforma ambiciosa, en la medida en que abarca la jurisdicción civil, contencioso-administrativa, laboral y penal.

Según nos dice el prelegislador, con la misma se pretende abrir la Justicia a la ciudadanía (en línea con el proceso de reforma abierto en otras naciones europeas[16]) y hacer frente al conjunto de insuficiencias estructurales que –se dice– padece desde hace décadas el sistema de justicia español y que han dificultado que ocupe plenamente el lugar que merece en una sociedad avanzada. Sorprendentemente, también se nos dice por el prelegislador que no es un tema de escasez de recursos, sino de ineficiencia[17].

Muy crítico se muestra con el mismo el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, "CGPJ") en un interesante informe de fecha 22 de julio de 2021 que puede consultarse en su página web, al que se adjuntan dos votos particulares (uno de ellos firmado por cuatro magistrados), y que analizaremos de cerca en el presente trabajo por compartir, en gran medida, las acertadas opiniones que se vierten en el mismo. En opinión de los informantes, *"es cuestionable, pues, la articulación de medidas procesales de forma reactiva frente a una situación coyuntural, cuando la producción legislativa requiere de un sosegado examen"*[18].

Por lo que se refiere a la materia que ahora nos ocupa, el Proyecto contiene, sin duda alguna, una gran batería de novedades por las que se intentan introducir algunas instituciones existentes en algunos países de nuestro entorno cultural más próximo.

Pero lo que sin duda alguna sorprende más es la expresión *"medios **adecuados** de resolución de controversias"* que se utiliza para definir los nuevos MASC previstos en el Proyecto. Como acertadamente afirma en su informe el CGPJ, "*se desliza soterradamente la idea de que estos mecanismos autocompositivos son los únicos instrumentos adecuados para romper la sedicente «dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones*

[16] Citar artículo de FERRAND

[17] En España hay 5320 jueces, 11,2 por cada 100.000 habitantes. Muy superior a los 3 de reino unido y cercano a los 11 de Francia.

[18] https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia.

sociales». Frente a los mismos, la vía jurisdiccional aparece postergada, en un segundo plano, como último remedio de solución de conflictos. De esta forma, so pretexto de reforzar la responsabilidad de la ciudadanía en la administración de Justicia, se diseña un régimen de solución de conflictos previo a la jurisdicción, que queda en un segundo escalón, con el riesgo de ver degradada su función constitucional, cuya relevancia se relativiza. La finalidad de la generalización de estos mecanismos autocompositivos de solución de conflictos, y su misma funcionalidad, no reside, entonces, en servir de instrumento eficiente, eficaz y efectivo para superar las deficiencias estructurales del sistema de Justicia, sino en constituir el mecanismo adecuado para solucionar los conflictos en las relaciones jurídico-privadas de naturaleza disponible y para alcanzar la paz social, respecto del cual la jurisdicción se presenta como remedio de último recurso, lo que lleva aparejada la peligrosa idea de la ineficiencia e ineficacia de la vía y la respuesta jurisdiccional"[19].

Efectivamente, no podemos estar más de acuerdo con el CGPJ. Ni los medios alternativos de resolución de conflictos son la solución a todos los males, ni mucho menos a todos los males de la justicia, como si estos últimos proviniera solo de ella. Por el contrario, como institución ancestral que es, la justicia ha servido y sirve para rendir un gran servicio a la sociedad en su conjunto, sin que pueda ahora culpársela de todos los males que la aquejan, no siempre motivados por problemas intrínsecos u orgánicos[20].

Por el contrario, como es sabido, muchas son las causas que han de analizarse para resolver adecuadamente el problema: desde una cuestión de índole estrictamente social, pasando por la falta de especialización de nuestros jueces y magistrados, que choca abiertamente con la mayor complejidad y

[19] https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia, p. 7.

[20] Como acertadamente ponía de manfiesto SCARPA (Le nuove condizione per l´accesso al giudice civile, "Giustizia Insieme", 2/20210, p. 67) en Italia (refiriéndose a la reforma acometida en dicho país en el año 2010), "tanto meno, le ADR vogliono alimentare forme di business alternativo foraggiato dalle difficoltà dell'apparato giudiziario statuale. La mediazione finalizzata alla conciliazione non doveva dunque fornire occasione al nostro legislatore di dare l'idea che lo Stato sia prossimo ad abdicare al governo della giustizia civile: le ADR significano riconoscere all'autonomia privata un suo spazio nella risoluzione dei conflitti, senza però smentire la centralità e soprattutto la prioritarietà della giurisdizione civile statuale, e senza intraprendere pericolose strade di privatizzazione (Biavati, Conciliazione strutturata e politiche della giustizia, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2005, 3, 785 ss.).

tecnificación del contencioso civil y mercantil[21]. Y ni la mediación ni los mal llamados "medios adecuados de resolución de controversias", van a erigirse en la panacea de todos los males.

Es más: tampoco la potenciación del uso de las nuevas tecnologías debería desplazar tales principios –como acertadamente apunta también el CGPJ–, *"sino que deberían convivir armónicamente, en adecuado y ponderado equilibrio, de forma que la tecnología sirva a los fines del proceso, pero no constituya ni configure el proceso mismo"*[22]. Y es que, efectivamente, hoy por hoy (cuando menos), no resulta conveniente prescindir de la inmediación que comporta el juicio o vista, difícilmente sustituible por unas pantallas que no permiten, en innumerables ocasiones, formular ágilmente preguntas o percibir todas y cada una de las reacciones de sus distintos intervinientes.

En cuanto a los distintos medios de resolución "adecuados" que prevé el Proyecto legislativo, los mismos se regulan en los artículos 11 a 17 del texto normativo, y son básicamente los siguientes:

1º) La conciliación privada: se regula su concepto, el estatuto jurídico de la persona conciliadora y sus funciones. Se exige que la persona conciliadora deba ser un profesional inscrito como ejerciente en los colegios profesionales de la abogacía, la procura, los graduados sociales, el notariado o los registradores o se trate de una persona inscrita como mediador en el registro correspondiente, lo que cabe entender como razonable en aras de garantizar un nivel adecuado de profesionalidad en el ejercicio de las funciones conciliadoras. En todos los casos, también se exige, como no podía ser de otro modo, que dicho profesional sea imparcial y guarde los deberes de confidencialidad y secreto profesional.

Las funciones específicas de la persona conciliadora son, esencialmente, según el Proyecto de Ley: a) presidir las reuniones de las partes, bien sea personalmente o por medio de instrumentos telemáticos; b) facilitar que las partes identifiquen y concreten el objeto de la controversia; c) dar la palabra de forma ordenada a cada una de las partes; d) solicitar de cada una de ellas las posibles propuestas de solución y que construyan un eficaz

[21] Sobre este particular, véase también el artículo de COLMENERO GUERRA, Algunas consideraciones sobre la reforma de los MASC en el Anteproyecto de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, "LA LEY", nº 10, enero-marzo 2022.

[22] https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia.

acuerdo común; e) formular directamente a las partes posibles soluciones; f) en el caso de que exista acuerdo total o parcial, requerir a los abogados de las partes que redacten los documentos que legalmente correspondan; g) firmar en su calidad de conciliador el acuerdo junto con las partes y sus abogados; h) en caso de desacuerdo, emitir una certificación acreditativa de que se ha intentado sin efecto la conciliación; i) si la parte requerida ha rehusado participar en el proceso conciliador, hacerlo constar en el certificado que emita; j) gestionar por sí mismo, o por las personas que le auxilien y le den soporte administrativo, la recepción de la solicitud, la invitación a la otra parte, la citación para las reuniones presenciales o virtuales que se precisen; k) informar a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la conciliación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar.

2º) La oferta vinculante confidencial, cuyo origen se halla, como es sabido, en el derecho inglés (la denominada *Calderbank letter* por el caso en la que tuvo reconocimiento judicial Calderbank v. Calderbank de la Court of Appeal [1975] 3 AII ER 833).

Sintéticamente, y al igual que en Derecho comparado, el prelegislador español lo configura como un medio específico de formación del contrato, donde la oferta es vinculante para la parte proponente y la aceptación irrevocable para la parte requerida.

El Proyecto establece, concretamente, como norma de carácter imperativo que la oferta tendrá una **validez de un mes o cualquier otro plazo mayor establecido por la parte requirente,** transcurrido el cual sin ser aceptada decaerá[23].

[23] De conformidad con lo establecido en el texto del artículo 16 del Proyecto, "1. Cualquier persona que, con ánimo de dar solución a una controversia, formule una oferta vinculante a la otra parte, queda obligada a cumplir la obligación que asume, una vez que la parte a la que va dirigida la acepta. Dicha aceptación tendrá carácter irrevocable. La forma de remisión tanto de la oferta como de la aceptación han de permitir dejar constancia de la identidad del oferente, de su recepción efectiva por la otra parte y de la fecha en la que se produce dicha recepción, así como de su contenido. 2. La oferta vinculante tendrá carácter confidencial en todo caso siéndole de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 de este Título. 3. En el caso de que la oferta vinculante sea rechazada, o no sea aceptada expresamente por la otra parte en el plazo de un mes o cualquier otro plazo mayor establecido por la parte requirente, la parte requirente podrá ejercitar la acción que le corresponda ante el tribunal competente, entendiendo que se ha cumplido el requisito de procedibilidad. 4. En los casos en los

3º) La opinión de experto independiente, que podrán solicitar las partes con el objeto de resolver una controversia, designando de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante respecto a la materia objeto de conflicto. En todos los casos –afirma el Proyecto- estarán obligadas las partes a entregar al experto toda la información y las pruebas de que dispongan sobre el objeto controvertido.

En cuanto al objeto del dictamen, está podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto. Dicho dictamen, ya se emita antes de iniciarse un proceso judicial o durante la tramitación de este último, tendrá carácter confidencial con los efectos previstos en el artículo 8 de la norma.

Emitido el dictamen o la opinión no vinculante del experto, las partes dispondrán de un plazo de diez días hábiles desde su comunicación para hacer recomendaciones, observaciones o propuestas de mejora con el fin de aceptar la opinión escrita propuesta por el experto.

En el caso de que las conclusiones del dictamen fueran aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignará en los términos previstos en el artículo 11 del Proyecto y tendrá los efectos previstos en su artículo 12, a saber, valor de título ejecutivo, y contra el mismo solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Por el contrario, en los casos en los que no se haya aceptado el dictamen por alguna de las partes o por ninguna de ellas, el experto designado extenderá una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo por esta vía a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad.

En resumen, el prelegislador quiere dejar claro que el valor vinculante del dictamen deriva del acuerdo de las partes sobre sus conclusiones, respecto de las que pueden introducir recomendaciones, observaciones o propuestas de mejora con el fin de aceptar su dictamen.

Ahora bien, y como bien apunta el CGPJ en su informe, en la dinámica de este medio alternativo de resolución de controversias (en adelante, "MASC"),

que la parte que formuló la oferta vinculante resultase condenada en costas, cuando la oferta no hubiera sido aceptada por la otra parte y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente similar al contenido de dicha oferta podrá, iniciado el trámite de tasación de costas, solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía, presentando para ello la documentación íntegra relacionada con la oferta y tramitándose esta petición de acuerdo con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil".

cabe suponer que se planteará una cierta tensión entre la coherencia y sustantividad del criterio jurídico o técnico sostenido por el experto independiente y la intención de las partes de introducir cambios en el mismo con vistas a lograr un acuerdo. La opinión del experto independiente, más que un medio adecuado de solución de controversias autónomo, viene por ello a configurarse así como un instrumento al servicio de la negociación entre las partes, debiendo regular la futura ley, como sin duda alguna sería altamente deseable, el estatus de estos profesionales.

4º) Por último, el prelegislador también prevé acudir a la mediación. Para entender cumplido este requisito previo del proceso a través del intento de mediación, el nuevo texto legal prevé que se entenderá cumplido el mismo con la celebración, al menos, de una sesión inicial ante el mediador, siempre y cuando quede constancia en la misma del objeto de la controversia y demás requisitos establecidos en el artículo 17. A dicha sesión habrán de asistir las partes, personalmente si se trata de personas físicas, así como el representante legal o persona con poder para transigir, si se trata de personas jurídicas (Modificación del artículo 6 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

Del Proyecto que ahora nos ocupa se desprende, por lo tanto, que el intento de mediación sólo se tendrá por eficaz a los efectos del cumplimiento del requisito de procedibilidad si se celebra la sesión inicial, a la que asisten las partes y exponen ante el mediador, durante esa sesión, el objeto de la controversia.

En todos los casos, el requisito de la mediación o de la negociación previa se erige en requisito de procedibilidad (con algunas excepciones), en contra de una jurisprudencia constitucional existente hasta la fecha que era favorable a su subsanabilidad (STC 69/1997, de 19 de abril)[24].

Asimismo, según indica el artículo 4, la solicitud de una de las partes dirigida a la otra de cara a iniciar un procedimiento de negociación a través de un medio "adecuado" de solución de controversias interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por la parte requerida, reiniciándose o reanudándose respectivamente el cómputo de los plazos en el caso de que, en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida, no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta alguna por escrito.

[24] Citar párrafo importante.

Por lo demás, la interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o cuando se establezca la terminación del proceso de negociación sin acuerdo y, en el caso de que la propuesta inicial de acuerdo no tenga respuesta o bien de que el proceso negociador finalice sin este último, las partes deberán formular la demanda dentro del plazo de un año[25] a contar, respectivamente, desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida o, en su caso, desde la fecha de terminación del proceso de negociación sin acuerdo, para que pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad. Transcurrido dicho plazo sin que se haya presentado la demanda, las partes deberán iniciar un nuevo proceso de negociación para entender cumplido el requisito de procedibilidad.

Finalmente, también expone el Proyecto legislativo que ahora nos ocupa, si se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negocial intentada sin acuerdo, que los tribunales deberán tomar en consideración la actitud de las partes respecto a la solución amistosa y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas y/o para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

A subrayar también que, para el prelegislador, el intento de celebración de un medio "adecuado" de resolución de controversias no precisa que la parte requerida responda la propuesta de la parte requirente, sino que basta con acreditar que la propuesta de negociación ha sido formulada y que la parte requerida efectivamente la ha recibido. Si la respuesta es el silencio o la inacción, el intento se tiene por realizado.

Por último, también considera sobre este particular el CGPJ que la atribución al acuerdo del valor de cosa juzgada resulta criticable puesto que el acuerdo tiene un valor netamente contractual y no puede atribuírsele el valor propio de un pronunciamiento jurisdiccional firme. *"Contrato y sentencia son realidades jurídicas que no deberían confundirse"*, en palabras de dicha institución[26].

[25] Con anterioridad, el anteproyecto establecía un plazo de tan solo tres meses, que había sido justamente criticado por parte del CGPJ.

[26] Como acertadamente subraya el CGPJ, "lo acordado entre las partes tiene la fuerza vinculante derivada del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), pero no puede ser acreedor del específico valor del pronunciamiento jurisdiccional que determina la declaración irrevocable del Derecho en el caso. La STS 1148/2019 (ECLI:ES:TS:2019:1148) recoge esta doctrina en los siguiente términos: «Esta sala ha reiterado que la referencia contenida en el art. 1816 CC al efecto de cosa juzgada

Particularmente interesante es, por último, la modificación del régimen de las costas procesales que propone el Proyecto. Así, junto a la obligatoriedad de la vía consensual (al menos, de su intento), el prelegislador ha dispuesto un segundo incentivo de la actividad negociadora de las partes a través de esta institución**.** Por ello, en la nueva redacción de los artículos 394 y 395 de la LEC, se introducen modulaciones a las reglas generales de imposición de costas con la finalidad de incentivar los medios alternativos de resolución de conflictos.

Concretamente, prevé el proyecto que ahora nos ocupa que, en caso de vencimiento total, la parte ganadora no tendrá derecho a las costas si hubiera rehusado expresamente o por actos concluyentes, sin justa causa, participar en una actividad negociadora, de mediación o en cualquier otro medio "adecuado" de solución de conflictos al que hubiera sido efectivamente convocada. En el supuesto de vencimiento parcial, se podrá condenar al pago de las costas a la parte que no haya acudido, sin causa alguna que lo justifique, a un intento de mediación u otro MASC.

de la transacción no es del todo exacta. Como cualquier otro negocio jurídico, lo convenido por las partes tiene eficacia vinculante entre ellas, pero la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 222 LEC, y no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la eficacia del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos (sentencia 205/2018, de 11 de abril). Como dijo, entre otras, en la sentencia 41/1999, de 30 de enero: "En relación con la eficacia de cosa juzgada que el artículo 1816 del Código Civil atribuye a la transacción entre las partes, declaró la sentencia de 26 de abril de 1963 que "ha de entenderse e interpretarse en el sentido de que una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, sino que será éste, y solo él, quien regule las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren ésta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general, ya que eso requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece, ni se deduce de sus preceptos", doctrina reiterada en sentencias de 20 de abril de 1989 , 4 de abril y 29 de noviembre de 1991 y 6 de noviembre de 1993" (https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia, p. 15).

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROPUESTA NORMATIVA. CONCLUSIONES

Sintéticamente expuestas las grandes líneas del proyecto legislativo objeto de análisis, pasaremos seguidamente a efectuar un análisis crítico del mismo.

Del breve estudio comparativo que hemos llevado a cabo anteriormente, se desprende inequívocamente que la reforma pretendida es, sin duda alguna, la más valiente de las que hemos tenido ocasión de analizar en el presente estudio. Una valentía – dicho sea de paso – que va mucho más allá de instaurar con carácter obligatorio un medio alternativo de resolución de conflictos (como puede ser la mediación) para la resolución de algunos procedimientos puesto que, sorpresivamente, su uso se generaliza, hasta imponerse, para la totalidad de los mismos.

De ahí que no deba de sorprendernos que el Informe del CGPJ advierta que *"el riesgo, con todo, es que la regulación ofrezca resultados poco satisfactorios, como en su día tuvo la conciliación previa prevista en la LEC de 1881, y que el intento de solucionar amistosamente la controversia se convierta en un mero trámite burocrático con el único fin de dejar expedita la vía jurisdiccional".*

Asimismo, como advierte dicha institución, el modelo debe ser valorado desde el punto de vista de la compatibilidad con el derecho de acceso a la jurisdicción, y más cuando dicha problemática se planteó precisamente en relación a la regulación contenida en Derecho italiano sobre la obligatoriedad de la mediación previa que hemos tenido ocasión de analizar anteriormente[27].

En efecto, en los conocidos casos Minini y Alassini del TJUE[28], el Alto Tribunal ha sostenido que los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas

[27] Sobre este particular, véase también nuestro estudio Los retos de la mediación comercial en España y en la Unión Europea, "Derecho y Proceso" (Liber Amicorum Prof. RAMOS MÉNDEZ), Barcelona, 2018, Vol. I, págs. 659 y ss., donde poníamos de manifiesto, entre otros, los importantes avances que se habían logrando en Francia con la conciliación intra-procesal no obligatoria, así como con la implementación de la mediación obligatoria en Italia, según informaba el "INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles", publicado en la página web de la UE, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0542.

[28] Https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia, p. 19.

absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando estas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no impliquen, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados.

En particular, considera el TJUE que una resolución más rápida y menos costosa de los litigios y una disminución de la carga de trabajo de los tribunales deben considerarse como objetivos legítimos; y la imposición de un procedimiento de solución extrajudicial no resulta desproporcionada con respecto de los objetivos perseguidos cuando se cumplen una serie de condiciones, a saber: a) el resultado de dicho procedimiento extrajudicial no sea vinculante para las partes y, por lo tanto, no afecte a su derecho a un recurso judicial; b) el procedimiento extrajudicial no implique, en condiciones normales, un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial; c) la prescripción de derechos se interrumpa durante el desarrollo del procedimiento extrajudicial; d) el procedimiento extrajudicial no ocasione gastos significativos; e) la vía electrónica no constituya el único medio de acceder al procedimiento; y f) permita, o no impida, la adopción de medidas provisionales (sentencia de 18 de marzo de 2010, Alassini, par. 62, y sentencia de 14 de junio de 2017, Menini, par. 61).

Pues bien: pese a que, como subraya el CGPJ, la propuesta legislativa que ahora nos ocupa supera los requisitos antes mencionados exigidos por el TJUE, como bien subraya el alto organismo judicial *"la opción del prelegislador de establecer el carácter obligatorio del intento de MASC para todo asunto civil y mercantil (con la excepción de determinadas categorías de supuestos caracterizados, sustancialmente, por el carácter sumario o urgente de la tutela) carece de antecedentes en el ámbito de la Unión Europea"*. Y, de hecho, *"en los distintos países en los que se ha establecido la obligación de intento de MASC se ha optado por un modelo de obligatoriedad mitigada, esto es, la obligatoriedad se ha circunscrito a un conjunto delimitado de materias respecto de las que el legislador ha estimado que por su naturaleza son más idóneas para la conciliación o negociación evitadora del proceso".*

Y es que, efectivamente, como hemos visto anteriormente, el modelo de obligación "mitigada" de intento de MASC (en palabras del CGPJ) es, efectivamente, el que ha sido adoptado por el legislador italiano desde que se legislara sobre este particular en el Decreto Legislativo 28/2010 donde, como también hemos visto, se establece la obligación (hoy ampliada) de intentar la mediación antes de iniciar un proceso judicial cuando la controversia verse

sobre determinadas materias, como el régimen de copropiedad, los derechos reales, la división de la cosa común, las sucesiones hereditarias, los pactos de familia, los arrendamientos, el comodato, la administración de bienes, los daños derivados de responsabilidad médica o seguros, la difamación a través de medio de comulación social, o los contratos de seguros, bancarios y financieros.

De ahí que compartamos plenamente la opinión del CGPJ cuando, a renglón seguido, afirma que *"en el presente caso, este juicio de oportunidad no cuenta con una base suficiente de experiencia en el que sustentarse. En el ámbito del proceso civil, la naturaleza de los conflictos es de muy diversa calidad y todos no son igualmente susceptibles de resolverse mediante la negociación. En esta materia, la prudencia favorece cierto gradualismo en el diseño del alcance de la obligatoriedad del intento de MASC, tal y como preconiza el modelo de la obligatoriedad mitigada"*[29].

Cierto es que también que, como subraya asimismo el CGPJ, el prelegislador ha procurado compensar la extensión de la obligatoriedad del intento de MASC (todo asunto civil y mercantil, salvo ciertos supuestos) con una amplia libertad de elección del medio o instrumento de negociación, abarcando incluso la negociación directa entre las partes.

No obstante, visto el escasísimo éxito que ha tenido en nuestro Derecho histórico el instituto de la conciliación previa (hasta el punto de ser abolida en el año 1984), y vista también la escasa voluntad conciliadora que, hoy por hoy, tienen numerosas partes contendientes, creemos que el modelo previsto en el Proyecto va a servir más que para agilizar, para entorpecer el derecho a la tutela judicial efectiva[30].

[29] Https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia, pp. 19-20.

[30] En similares términos se pronuncia HINOJOSA SEGOVIA, Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, "La Ley Mediación y Arbitraje", Enero-Marzo 2021, pág. 23, "además, el que el intento de negociación, en un sentido amplio, incluyendo los diversos medios adecuados, a pesar de los efectos que se les otorgan, al tener categoría de requisito de procedibilidad necesario sin el cual no se dará curso a una demanda en los ámbitos civil y mercantil, con los incentivos que se establecen para su utilización, no obstante lo cual puede hacer inoperativos a los distintos MASC, como ocurrió con la obligatoriedad del uso de la conciliación en la LEC de 1881,hasta que la Reforma Urgente de la LEC de 1984 le hizo devenir en facultativo por dicha inoperatividad, o la falta de éxito que ha tenido una medida similar en los últimos intentos de potenciar estos medios adecuados de solución de controversias".

Y a todo lo anterior y para concluir se suma, en nuestra opinión, la escasa preparación de muchos mediadores o conciliadores (si pensamos en la conciliación que pueden hacer, entre otros, en España, los Letrados de la Administración de Justicia)[31] en temas de naturaleza civil o mercantil, más allá de los asuntos de familia o labolares donde, ciertamente, la mediación goza de mucho más recorrido y popularidad.

[31] Como acertadamente subraya ESCUDERO MORATALLA, Diálogos para el futuro judicial XIX. Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC), "La Ley", 5 de febrero de 2021 (también disponible en https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/02/10/dialogos-para-el-futuro-judicial-xix-medios-adecuados-de-solucion-de-controversias-masc), "las inercias procedimentales actuales empujan a todos los operadores jurídicos hacía el litigio por ser la solución más cómoda y previsible. Con su ineficiencia (síndrome de fallo múltiple) desdibuja responsabilidades, ineficacias y malas praxis. No hay que olvidar que la negociación, la "cultura del acuerdo" para que genere frutos y resultados implica un esfuerzo, una actitud proactiva, un compromiso en la búsqueda de soluciones, la posesión de conocimientos y habilidades que no todo el mundo posee, el reconocimiento de una autoridad moral y profesional que se adquiere con la práctica. Además, negociar, conciliar, implica tiempo, conocimiento (estudio y actualización) seguimiento y disponibilidad, factores y parámetros que no se dan en muchos órganos judiciales. Y, además: instalaciones, salas multiusos, salas de vistas; unos espacios de los que hoy no se dispone en numerosos edificios judiciales. Porque administrar justicia es algo más…; con la nueva Oficina Judicial es el arte de generar equipos, acostumbrarse a trabajar en grupo, en organización... ¡Y a eso no nos han enseñado! Asimismo, cada uno de los operadores jurídicos en su parcela, se ha de hacer presente, ganarse la autoridad, el respeto, mandar, organizar de forma consensuada y compartida. El pleito es el fracaso de todos…. Como diría Guyón, "el pleito es el fracaso del Abogado. ¡O mato al pleito o mato al Abogado!". Los grandes abogados van poco a la curia. El punto de partida emocional es la existencia de una cultura jurídica desfavorable a las soluciones negociadas. A nadie interesa el acuerdo… Al Juez (que es el personaje más importante porque mediatamente sobre su figura pivotan todos los fundamentos de la arquitectura negociadora y mediadora), mientras el sistema de módulos puntúe un acuerdo de forma muy inferior al redactado de una sentencia, nunca estará interesado en hacer interlocutorias recogiendo y homologando una negociación o transacción. Además, es quien ha de testar y respaldar la actividad mediadora del LAJ y facilitar criterios jurídicos homogéneos y previsibles a seguir. Al LAJ, tampoco le interesa porque supone una carga de actividad que en ningún caso se recompensa económicamente, y la vez le implica una disponibilidad continúa y un sobreesfuerzo porque implica una actividad de "guardia" y alerta constante. Por eso, aunque la LOPJ (LA LEY 1694/1985) le reconoce en el art. 456.6, f) la labor conciliadora (mediadora) como competencia propia, en realidad es un brindis al sol puesto que no se ha desarrollado prácticamente su actividad en las leyes procesales. Respecto del Abogado, existe en su subconsciente jurídico la mentalidad de que, si no se celebra el pleito, se queda sin trabajo, que la conciliación elimina la remuneración cuando eso no es así, el efecto "placebo" (sobre todo en curias pequeñas) de hacer el juicio para visualizar su actividad y justificar su remuneración… En resumen, como diría Cervantes "no hay cosa que más cresca, que causa en manos de Escribano"».

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ÁRBITROS: ¿QUIÉN ES EL RESPONSABLE POR EL ERROR JUDICIAL ARBITRAL?

*Manuel Eduardo Marín Santoyo**

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad por el ejercicio de la función de administrar justicia es un tema que ha ocupado la atención de la doctrina y la jurisprudencia, especialmente a partir de la superación de la denominada etapa de irresponsabilidad del Estado surgida a partir del principio <<*the King can do not wrong*>>, que incluía también las actuaciones del poder judicial. La revisión de la responsabilidad por las actuaciones que despliegan los jueces ha tenido como principal punto de discusión sus presupuestos y el alcances, ello en virtud de la naturaleza de la actuación judicial y la manera como las decisiones de los jueces se encuentran revestidas del principio de cosa juzgada.

Los anteriores aspectos también se han presentado en el derecho colombiano, en el cual, la responsabilidad por la administración de justicia sólo empezó a tener un verdadero desarrollo a partir del establecimiento del artículo 90 de la Constitución de 1991, en relación con el cual la doctrina ha señalado que <<*parece constituirse como el punto de partida para una transformación radical en el tratamiento del tema, apuntando precisamente a garantizar a los ciudadanos la indemnización de perjuicios causados por la administración de justicia*>>[1].

* Abogado de la Universidad Santo Tomas Seccional de Bucaramanga, con postgrado en contratación internacional y magister en DDHH y DIH. Magistrado Auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Profesor universitario. Miembro y Director de semilleros del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. manuelmarin6@gmail.com

1 Bermúdez Muñoz Martin, Responsabilidad de los jueces y del Estado, Ediciones librería del profesional, 1998, p. XIX

Partiendo de que actualmente la regla general es la existencia de responsabilidad por los daños que se causan con la administración de justicia, el objetivo del presente escrito es revisar cuál es el alcance de dicha responsabilidad en relación con los árbitros. Como punto de inicio tenemos que la responsabilidad por el ejercicio de la función arbitral debe ser vista desde la fuente de la misma, para lo cual la doctrina ha señalado que debe diferenciarse si la actuación proviene de <<*las disposiciones internacionales o las nacionales*>>[2], ya que unas y otras determinan de manera distinta el alcance de las responsabilidades aplicables a los árbitros.

En dicho sentido, se pueden encontrar en el arbitraje internacional ejemplos de inmunidad absoluta para quien ostenta la condición de árbitro, tal es el caso del artículo 21 de la Convención de Washington de 1965 sobre el <<*arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estado*>>. Entretanto la mayoría de las normas nacionales sobre arbitraje establecen la responsabilidad del árbitro delimitando esta de manera concreta, así se puede ver, entre otros en el caso español, en el que el legislador ha establecido responsabilidad penal y civil para los árbitros[3].

En el derecho colombiano la discusión sobre la responsabilidad de los árbitros se ha circunscrito principalmente a determinar los siguientes aspectos: (i) cuál es su origen, esto es, si se deriva de una relación contractual o de la ley; (ii) qué tipos de responsabilidades le aplican a los árbitros, (iii) si les son aplicables las reglas de responsabilidad por el error judicial previstas en la Ley estatutaria de administración de justicia; (iv) quién debe responsabilizarse por las actuaciones de los árbitros que causen daños a las partes y (v) quién es el juez competente para resolver las acciones de responsabilidad que se inicien en virtud del ejercicio de la función arbitral.

Respecto de las anteriores cuestiones se han presentado distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales que serán revisadas en el presente escrito, se fijará una propia y se propondrán algunas modificaciones concretas que podrían despejar las discusiones que se han venido presentando.

[2] Cárdenas Mejía Juan Pablo, La responsabilidad civil del árbitro en Arbitraje 360 Tomo I volumen 2- El árbitro y la función arbitral, edit. Ibañez, p. 157.

[3] Sobre el punto puede leerse: Rodríguez Mejía Marcela, Una mirada crítica al invisible del arbitraje: la responsabilidad civil y penal de los árbitros en Psicoanálisis del arbitraje; solución al problema en el actual paradigma de justicia, edit. Tirant lo Blanch

1. LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

En el derecho colombiano la doctrina[4] destaca que el antecedente más pretérito en relación con la responsabilidad de los árbitros se puede encontrar es el Código Judicial de Cundinamarca. Su artículo 771 establecía la responsabilidad de los árbitros por el incumplimiento de sus funciones o por el vencimiento del término. Entretanto, el artículo 788[5] de disponía que los árbitros eran responsables por las mismas causas que los jueces ordinarios.

Con posterioridad la Ley 157 de 1887 preveía, en su artículo 94, la responsabilidad patrimonial de los árbitros por el vencimiento de términos. Más recientemente el artículo 114 de la Ley 23 de 1991 estableció que los árbitros respondían penal, civil y disciplinariamente de la misma manera que los jueces civiles del circuito.

De manera que, en el derecho colombiano siempre ha existido un sistema de responsabilidad civil de los árbitros, sin embargo, actualmente uno de los problemas que han llevado a diversas interpretaciones es que el Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012) no abordó específicamente la responsabilidad civil de los árbitros: la normativa únicamente dispuso en su artículo 19 la responsabilidad disciplinaria de estos.

Pese a que el Estatuto Arbitral no regula la responsabilidad civil de los árbitros existen otras normas que permitan cimentar su existencia. La primera norma que se debe tener en cuenta es el artículo 116 de la Constitución. Éste incluye a los árbitros como particulares que administran justicia, lo que implica que le son aplicables las responsabilidades propias de quienes ejercen funciones jurisdiccionales.

En consonancia con la norma constitucional, el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que <<*Toda persona tiene*

[4] Botero Aristizábal Luis Felipe, Error jurisdiccional en el arbitraje nacional e internacional desde la óptica del derecho colombiano ¿implica el arbitraje una renuncia a la garantía indemnizatoria estatal de responder por los daños sufridos por los errores jurisdiccionales? (I parte), Revista Responsabilidad Civil y del Estado No.32 IARCE, 2013.

[5] Los nombrados arbitradores pueden aceptar o no el encargo; pero una vez aceptado están obligados a llenar las funciones que se les dan por este Código; i de lo contrario son responsables a las partes de los daños i perjuicios que se les causen por la falta de cumplimiento de estas funciones, a menos que una enfermedad u otra causa grave sea lo que les impide cumplirlas.

derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial >>. La anterior disposición es aplicable a la decisión de los árbitros, ya que el ordenamiento jurídico colombiano[6] asimila el laudo a una sentencia judicial en todos sus efectos —esto es, la cosa juzgada y el mérito ejecutivo—. Esto, implica que, por su expedición, los árbitros asumen la responsabilidad que la ley prevé para quien emite sentencias judiciales.

De las anteriores disposiciones normativas se puede concluir que a los árbitros le son extensibles las normas sobre responsabilidad de los jueces, lo

[6] El artículo 306 del Código General del Proceso reconoce los laudos arbitrales como títulos ejecutivos así: ARTÍCULO 306. EJECUCIÓN. Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Formulada la solicitud el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutiva de la sentencia y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior.(…) La jurisdicción competente para conocer de la ejecución del laudo arbitral es la misma que conoce del recurso de anulación, de acuerdo con las normas generales de competencia y trámite de cada jurisdicción.

Igualmente el inciso segundo artículo 298 del CPACA reconoce la calidad de título ejecutivo de los laudos arbitrales: ARTÍCULO 298. PROCEDIMIENTO. <Artículo modificado por el artículo 80 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Una vez transcurridos los términos previstos en el artículo 192 de este código, sin que se haya cumplido la condena impuesta por esta jurisdicción, el juez o magistrado competente, según el factor de conexidad, librará mandamiento ejecutivo según las reglas previstas en el Código General del Proceso para la ejecución de providencias, previa solicitud del acreedor.

Si el título lo constituye una conciliación aprobada por esta jurisdicción o un laudo arbitral en que hubiere sido parte una entidad pública, el mandamiento ejecutivo se librará, previa solicitud del acreedor, una vez transcurridos seis (6) meses desde la firmeza de la decisión o desde la fecha que en ella se señale, bajo las mismas condiciones y consecuencias establecidas para las sentencias como título ejecutivo. En este caso, se observarán las reglas establecidas en el Código General del Proceso para la ejecución de providencias judiciales.

Si la ejecución se inicia con título derivado de conciliación aprobada por esta jurisdicción, se aplicará el factor de competencia por conexidad. Si la base de ejecución es un laudo arbitral, operarán los criterios de competencia por cuantía y territorial, definidos en este código.

PARÁGRAFO. Los defectos formales del título ejecutivo podrán declararse por el juez de oficio en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.

que implica que también le son predicables la responsabilidad penal y civil propia de estos. Ello al margen de que la fuente de dicha responsabilidad sea legal o convencional, o si debe ser exigida directamente al árbitro o al Estado.

1.1 ¿Cuál es la fuente de la responsabilidad civil de los árbitros?

Pueden distinguirse dos tendencias respecto de cuál debe ser la fuente de la responsabilidad civil de los árbitros. La primera se fundamenta exclusivamente en la ley y la segunda en la relación que surge entre el árbitro y las partes.

La primera tendencia parte de la consideración de que la función arbitral se encuentra habilitada constitucionalmente por el Estado colombiano: se trata de una función pública, razón por la cual, la misma se encuentra sujeta a los dispuesto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, concretamente a lo establecido en el capítulo VI de su título II.

Esta visión indica que el artículo 74 de la Ley Estatutaria establece que las normas sobre responsabilidad por la administración de justicia se aplican a <<*los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente Ley Estatutaria*>>. Así, las reglas sustanciales y procesales son las mismas aplicables a los jueces estatales, por lo cual, el sector que prohíja esta tesis considera que las acciones deben dirigirse contra el Estado y no de manera directa contra quien tiene la calidad de árbitro[7].

La segunda tendencia considera que el ejercicio de la función arbitral surge de la habilitación de las partes, por lo cual, el fundamento de la responsabilidad proviene de dicho vínculo. Para esta visión la responsabilidad del árbitro proviene del cumplimiento de las obligaciones que surgen de la designación que se les efectúa de conformidad con el pacto arbitral, sin importar si la misma es directa, delegada o incluso realizada por el juez: la posibilidad de ser árbitro sólo es posible en virtud de la voluntad de las partes.

[7] Puede verse: Botero Aristizábal Luis Felipe, Error jurisdiccional en el arbitraje nacional e internacional desde la óptica del derecho colombiano ¿implica el arbitraje una renuncia a la garantía indemnizatoria estatal de responder por los daños sufridos por los errores jurisdiccionales? (I parte), Revista Responsabilidad Civil y del Estado No. 32 IARCE, 2013.

Para quienes sostienen esta postura el árbitro es responsable de los perjuicios que causan con el incumplimiento de las obligaciones que se derivan del <<*contrato*>>, dentro de las cuales la principal es la de decidir la controversia, pero a la que se le pueden adicionar por ejemplo el incumplimiento del deber de información previsto en el artículo 15 del Estatuto Arbitral. En dicho sentido, la responsabilidad de los árbitros es directa para las partes, por lo cual, las acciones deben dirigirse contra estos.

Por su parte, la Corte Constitucional ha acogido lo que denomina teoría mixta del arbitraje, la cual explica en la sentencia T- 069 de 2022 de la siguiente manera:

> <<(…) la jurisprudencia constitucional ha respaldado la teoría mixta del arbitraje, consistente en reconocer que surge a partir del acuerdo privado de voluntades y de la consideración de que la función ejercida por los árbitros es pública. Esta teoría mixta se sitúa en el intermedio de la de los voluntaristas y los procesalistas, puesto que se fundamenta en el reconocimiento de que la ley es la que le otorga valor de ejecutividad al laudo arbitral y determina el procedimiento que debe utilizarse en juicio, pero al mismo tiempo acepta que es la voluntad de las partes la que habilita a los árbitros para que dirima el conflicto promovido por ellas
>
> (…)
>
> De modo que, el arbitramento tiene origen en una cláusula de carácter contractual, y de otra, su ejercicio está vinculado a una regulación legal y a un respaldo institucional. Lo que significa, para el caso concreto que **no se podría endilgarse responsabilidad civil de naturaleza contractual a los árbitros quienes no acuerdan ni suscriben la cláusula compromisoria** o el pacto arbitral que da origen a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento como erradamente lo concluyó el juez civil de primera instancia>>.

De la postura de la Corte se puede concluir que la misma no desconoce que es la voluntad de las partes la que habilita al árbitro para resolver el conflicto, pero que su responsabilidad no es contractual, porque la función debe ceñirse a lo dispuesto en la ley.

Lo anterior más que solventar una tesis mixta realmente da más razón al fundamento contractual de la responsabilidad de los árbitros. La Corte acepta que la habilitación para el ejercicio de la función proviene *de las partes*, no del

Estado. Esto implica que quien ejerce la función arbitral no lo hace a nombre del este o bajo su dirección.

Además, si bien la sentencia establece que el que el ejercicio de la función arbitral se somete a una << *regulación legal y a un respaldo institucional*>>, ello no resulta contrario a que su fundamento sea la relación con las partes. El hecho de que las obligaciones que surgen para los árbitros estén sometidas a un marco legal imperativo no implica que por ello sea una actividad que tiene origen exclusivamente en la ley o que se ejerza por cuenta del Estado, pues como sucede con algunas tipologías contractuales, el legislador puede imponer para su celebración y ejecución requisitos legales obligatorios. Puede haber entonces obligaciones legales, pero ello no implica que la responsabilidad sea estatal, sino que se enmarque en el negocio jurídico celebrado.

Al margen de que se pueda considerar más acertada la visión contractualista del fundamento de la responsabilidad de los árbitros, lo cierto es que, en Colombia en virtud del reconocimiento constitucional de la función arbitral como una forma de administración de justicia, la misma constituye el ejercicio transitorio de una función jurisdiccional, por lo cual, en virtud del artículo 74 de la Ley estatutaria de administración de justicia se hacen responsables civilmente por las mismas causas que los jueces. Ello sin atención de que dicha función no se ejerce a nombre o por habilitación particular del Estado, sino en virtud de la determinación voluntaria de las partes.

1.2 Por cuáles actos responden civilmente los árbitros

Tal como se mencionó previamente, el Estatuto Arbitral vigente no reguló expresamente la responsabilidad civil de los árbitros, razón por la cual, debe establecerse el marco normativo que la cimienta. Esto implica admitir un presupuesto: en el derecho colombiano el árbitro sí es responsable por los daños que llegue a causar con el ejercicio de su función.

En la primera parte de este escrito establecimos que desde las primeras legislaciones colombianas la tendencia ha sido a asimilar la responsabilidad de los árbitros con la de los jueces ordinarios. Esta tendencia se mantuvo en el artículo 74 de la Ley 270 de 1996, que dispone que el régimen de responsabilidad previsto para los agentes judiciales estatales es aplicable también a los <<*los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional*>>. Como se indicó previamente, el artículo 116 de la Constitución Política incluye a los <<*árbitros habilitados*

por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley>>.

Con fundamento en las anteriores disposiciones, los árbitros son responsables civilmente por las actuaciones previstas en el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que le resulten pertinentes[8]: por el <<*defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y por el error jurisdiccional*>>. En estos casos, se deben cumplir los mismos requisitos para exigir la responsabilidad por actos de los jueces estatales, los cuales corresponden a los previstos en los artículos 66 a 70 de la referida ley.

Tratándose de responsabilidad por error judicial de conformidad con la ley y la jurisprudencia para que el mismo pueda derivar en la responsabilidad del Estado es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

a.- Que la decisión cause un daño antijurídico distinto del sufrido en el proceso en que se dictó la providencia objeto de error. El daño no puede tener el mismo contenido de las pretensiones presentadas en el proceso arbitral.

b.- Ser dictado por una autoridad jurisdiccional en su calidad de tal. En el caso de los árbitros implica que debe tratarse de una decisión adoptada en el curso del proceso, previa designación, aceptación e instalación del tribunal.

c.- Que se trate de una decisión en derecho, lo que implica que no es procedente la responsabilidad por error en aquellos arbitrajes en que conforme lo dispone el artículo 1 del Estatuto Arbitral se pacte que el laudo sea en equidad[9].

d.- Que la decisión contenga un error. En relación con este requisito, la jurisprudencia ha establecido que el mismo puede ser dos tipos: un *error de hecho*, que es aquel que se presenta en el objeto y motivos de la decisión o un *error de derecho*, que se constituye por violación directa de la ley, la falsa o errónea interpretación o su aplicación indebida[10].

En relación con los requisitos para que la decisión de los árbitros sea constitutiva de error, la doctrina y la jurisprudencia reconocen que debe aplicarse un parámetro de mayor exigencia al de los jueces estatales. Ello en virtud de

[8] Evidentemente no pueden ser responsables por la privación injusta de la libertad, al m

[9] La decisión en equidad no es aplicable a los procesos arbitrales en que participe una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, en los cuales el laudo debe ser en derecho.

[10] Sobre que constituye error judicial puede leerse: Consejo de Estado Sección Tercera Sub C, 26 de marzo de 2014, interno: 30300.

que la autonomía de la función arbitral conlleva que el juez de la responsabilidad civil no pueda considerar que las simples divergencias interpretativas con la determinación adoptada por los árbitros constituyen error.

En dicho sentido la doctrina ha indicado lo siguiente: <<*Así, en un caso en que una corte francesa anuló un laudo porque lo consideró que era contrario a la cosa juzgada de un laudo anterior, la Corte de Casación consideró que la discrepancia entre el tribunal arbitral y el juez de la anulación no permitía concluir que había culpa grave*>>[11].

Por su parte la jurisprudencia del Consejo de Estado[12] ha considerado que <<*cuando se trata de los árbitros entra en juego la autonomía de la voluntad como elemento adicional que hace que el estándar para identificar el error y, por consiguiente, condenar patrimonialmente a la Nación-Rama Judicial*[13] *sea aún mayor o más exigente y que, por lo tanto, el Estado únicamente responda por equivocaciones graves que materialicen un error manifiesto de apreciación, que no puedan comprenderse dentro del margen de apreciación autónoma de los árbitros*>>[14].

e.- Que el error este contenido en una providencia que se encuentre en firme. Esto implica que contra la decisión se hayan presentado los recursos

[11] Cárdenas Mejía Juan Pablo, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los pactos vinculados al arbitraje y la responsabilidad civil en Instituciones de Responsabilidad Civil Homenaje al Maestro Jorge Santos Ballesteros Tomo I, editorial Ibañez. Ediciones Unaaula, 2022

[12] Sección Tercera Subsección B Sentencia del 11 de octubre de 2021, Consejero Ponente Fredy Ibarra Martínez, interno 39798

[13] Se explicará más adelante las diversas posturas sobre a quien se le imputa la responsabilidad.

[14] La diferenciación también se ha hecho en lo que respecta a la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales y contra laudos arbitrales, para concluir que, en tratándose de decisiones de los árbitros, el amparo es todavía más excepcional "(…) respetando la voluntad de las partes de poner fin a una determinada controversia de naturaleza transigible a instancias de árbitros, y advirtiendo la naturaleza restrictiva de las vías judiciales diseñadas por el legislador para controlar este tipo de decisiones". Corte Constitucional, sentencia T-466/11. Ello toma en consideración "(i) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento". Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07.

ordinarios correspondientes, aspecto en el que vale puntualizar que contra el laudo arbitral no procede ningún recurso ordinario que permita su impugnación.

f.- Que el afectado con el error haya presentado la totalidad de los recursos ordinarios procedentes contra la decisión contentiva del mismo. Este requisito en materia arbitral debe ser mirado de manera especial a la luz de la procedencia del recurso de anulación contra el laudo, pues la naturaleza extraordinaria del mismo no implica que sea obligatorio su agotamiento para alegar la existencia de error, sin embargo, en caso de que se interponga la caducidad de la acción para exigir la responsabilidad de los árbitros por el error se computaría desde que el mismo sea resuelto y notificado.

Se tiene entonces que existe responsabilidad por el error judicial de los árbitros, pero que la misma requiere el cumplimiento de unos requisitos más exigentes que los del error de los jueces estatales. El parámetro para determinar su existencia requiere un respeto por la autonomía de la función arbitral, pues la misma se funda en la voluntad de las partes, tal como lo reconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

2. ¿QUIÉN ES EL RESPONSABLE POR EL ERROR JUDICIAL DE LOS ÁRBITROS?

De la revisión de las distintas normas se puede concluir que los árbitros son responsables por las mismas actuaciones que conllevan la responsabilidad extracontractual de los jueces. Ello no significa que necesariamente que el Estado sea responsable por los daños causados con el error judicial de los árbitros.

Por ello, en el derecho colombiano se continúa debatiendo a quién le corresponde asumir la responsabilidad por el error judicial de los árbitros. En este aspecto también se han presentado dos posturas: la primera indica que está a cargo del Estado y la segunda que debe ser asumida directamente por los árbitros.

En la sentencia del 11 de octubre de 2021[15], la mayoría de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado adoptó la postura según la cual, el responsable por los daños que se causen por el error judicial de los árbitros

[15] Interno: 39798.

es el Estado y que la legitimada por pasiva se encuentra en la Nación — Rama Judicial. Para ello, se indica lo siguiente:

> <<Como se advierte el artículo 74 contiene una disposición que define qué debe entenderse por "agente judicial" para efectos del artículo 65 puesto que no solo adquieren esa condición los funcionarios o empleados judiciales sino, también, los particulares que excepcionalmente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional.
>
> (…)
>
> De modo que, para los efectos del Capítulo VI de la Ley 270 de 1996, los particulares que ejercen transitoriamente función jurisdiccional y las autoridades indígenas se equiparan a agentes judiciales, pues, por autorización de la Constitución y de la ley ejercen función jurisdiccional en nombre y representación del Estado, por consiguiente, la Rama Judicial es la llamada a defender el interés jurídico que se discute en el proceso y a representar a la Nación, en los términos del inciso tercero del artículo 149 del CCA con independencia de si las respectivas demandas tienen o no vocación de prosperar, lo cual dependerá de cada caso concreto.
>
> Sostener que los árbitros no comprometen la responsabilidad del Estado con el ejercicio de jurisdiccional implica desconocer que la administración de justicia es una función estatal y que la justicia se administra "en nombre de la República de Colombia", incluso cuando se trata de un laudo arbitral.
>
> (…)
>
> En tal virtud, de afirmarse que los árbitros, en el ejercicio de la función pública jurisdiccional, no son agentes del Estado sino, que actúan en su propio nombre, se llegaría a la inaceptable conclusión de que en el Estado colombiano existen personas o entes privados que disputan la soberanía estatal y que, por lo tanto, ejercen la función jurisdiccional en nombre propio y de manera paralela a la institucional del Estado, razón por la cual el Estado no sería patrimonialmente responsable por los daños que puedan causar con ocasión de la actividad jurisdiccional dichos particulares. De esta manera, no solo se impactaría gravemente la base de juridicidad del Estado de Derecho, sino directamente el pilar de responsabilidad que, complementa necesariamente el sometimiento de las funciones públicas al derecho.
>
> Las discusiones anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 respecto de la constitucionalidad de la justicia arbitral, como

> justicia privada, quedaron zanjadas en la actualidad. Hoy en día, el artículo 116 de la Constitución preceptúa expresamente que la función jurisdiccional está en cabeza del Estado pero que los particulares pueden ser investidos de forma transitoria de esta función pública, sin que esto signifique, en modo alguno, predicar la existencia de una "justicia privada" ni mucho menos paralela o distinta a la que le corresponde, por esencia, impartir a la organización estatal >>.

La providencia se fundamenta en que los árbitros actúan a nombre del Estado por la habilitación entregada en el artículo 116 de la Constitución, por lo que deben considerarse agentes judiciales estatales. En dicho aspecto es necesario recalar en varios aspectos que permiten afirmar la postura contraria, esto es, que no corresponde a una responsabilidad del Estado.

En primer lugar, la lectura completa del artículo 116 lleva a concluir que el texto constitucional no autoriza, ni siguiera habilita la función arbitral, pues claramente el mismo texto señala que los árbitros actúan <<*habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*>>. Esto significa que no es por cuenta del Estado que los árbitros adoptan competencia o que toman su determinación.

A proposito de lo anterior, vale la pena traer a colación la sentencia de mayo 29 de 1969 proferida por la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se resolvió una demanda de constitucionalidad que se sustentaba en que las normas sobre arbitraje era inexequibles por no existir habilitación para la justicia arbitral en la Constitución de 1886. Al respecto se señaló lo siguiente:

> <<Porque el arbitramento, tal como está regulado en dichas disposiciones legales, o tiene carácter privado o tiene carácter jurisdiccional, en todas sus formas o en algunas de ellas (arbitramento en derecho, arbitramento en equidad, arbitramento libre o arbitramento forzoso).
>
> Si el arbitramento tiene carácter privado, porque constituye un caso especial de solución de conflictos de derecho por los particulares, no puede considerárselo inconstitucional, toda vez que esta forma de resolver controversias de mero derecho privado, en asuntos sobre los cuales se puede transigir, no está ni expresa ni tácitamente prohibida en la Constitución. Por eso nadie ha dudado hasta ahora de la juridicidad y constitucionalidad del contrato de transacción, mediante el cual los particulares pueden no solamente precaver un litigio eventual, sino terminar uno pendiente e inhibir así, en forma meramente contractual, a los jueces ordinarios de la jurisdicción de que están investidos y privarlos de la competencia adquirida ya en relación con el litigio pendiente que sustraen a su conocimiento
>
> (…)
>
> Y si el arbitramento tiene carácter jurisdiccional, como un especie de habilitación legal de los particulares para participar en la función pública de administrar justicia, como verdaderos jueces ocasionales o como' simples auxiliares de la justicia, tampoco puede considerarse inconstitucional dicha institución. Porque en el artículo 58 de la Constitución —el que invoca el demandante— se advierte expresamente que "administran justicia" "la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley " (se subraya). En otras palabras, la ley puede organizar o establecer Tribunales y Juzgados que administren justicia, además de los previstos expresamente en la Constitución>>.

Si bien la anterior sentencia es anterior a la Constitución de 1991, la razón de la decisión de la Corte no es incompatible con el artículo 116 de la actual carta política. En ambos casos se reconoce expresamente que la justicia arbitral no se sustenta en una habilitación del Estado, sino de las partes, por lo cual no puede considerarse que el solo hecho de que exista una norma constitucional o legal que reconozca el arbitraje conlleve que el mismo se ejerza por cuenta del Estado.

Un segundo aspecto que señala la sentencia del Consejo de Estado, para fijar la <<*imputación*>> de responsabilidad por el error judicial de los árbitros en el Estado, es que a este le corresponde responder por los daños antijurídicos causados por los << *agentes judiciales*>>, de conformidad con el artículo 65 de la Ley 270 . Como el artículo 74 de la misma ley incluye a los árbitros como particulares que administran justicia, para la sentencia la función jurisdiccional corresponde a un monopolio estatal: sólo se ejerce a nombre suyo.

Respecto de la anterior postura, debe señalarse que el sólo hecho del reconocimiento de una función por parte del Estado no implica que se ejerza a nombre de éste o que quien la ejerza sea un agente suyo. Con esa lógica, se podría considerar que los servicios públicos en que se habilita la prestación por particulares podrían conllevar la responsabilidad del Estado, por esa sola habilitación, lo cual desconocería las reglas de este tipo de prestación de servicios.

En el mismo sentido, no puede considerarse que la administración de justicia sea una actividad que constituya un monopolio estatal. Por el contrario, los

particulares cuentan con mecanismos que les permiten resolver directamente sus diferencias o entregar la resolución de estas a un tercero, así lo indica la sentencia previamente citada de la Corte Suprema de Justicia:

> <<Por otra parte, la potestad de resolver diferencias de carácter patrimonial **no es función privativa o exclusiva del Estado**, como supremo creador de derechos o supremo dispensador de justicia. El ideal de una sociedad organizada es que no haya conflictos entre sus miembros, esto es, que todos ellos se conduzcan pacíficamente dentro de la órbita de sus propios derechos. Pero, ante la gran dificultad de obtener la realización de esta aspiración surge como subsidiaria' la posibilidad de que los mismos particulares que discuten un derecho arreglen sus diferencias directamente o por medio de compromisarios, siempre que obren dentro del orden público, es decir, que sólo dispongan sobre aquellas cosas que atañen exclusivamente a su interés particular y sobre las cuales pueden ejercer la facultad de disponer libremente, como consecuencia apenas del derecho de propiedad y de la libertad contractual que los garantiza la Constitución Política>>.

Al igual que se señaló previamente, la razón de la anterior decisión tiene vigencia a la luz de la Constitución de 1991, pues en esta se reconocen mecanismos que permiten a las partes resolver sus diferencias por fuera de la jurisdicción del Estado, sin que ello implique que cuando se acude a los mismos se haga a nombre de este. A modo de ejemplo, no podría decire que si las partes habilitan un amigable componedor para resolver una diferencia contractual, éste actue a nombre del Estado. Ello pese a que su función tiene como marco normativo que la rige la Ley 1563 de 2012, ni que la firma de un contrato de transacción se haga bajo el amparo estatal.

Además de lo anterior, como lo señala la aclaración de voto a la sentencia del Consejo de Estado *<<17.- Los árbitros no son agentes estatales porque no son designados por el Estado. El artículo 116 de la C.P. autorizó a los particulares para que ellos mismos designen a otros particulares que resolverán determinada controversia en derecho o en equidad. Quienes hacen uso de esta facultad mediante la celebración de un pacto arbitral deciden sustraer la resolución de determinado conflicto del conocimiento de la jurisdicción estatal y voluntariamente acuerdan que sean otros particulares, designados por ellos mismos, quienes lo hagan. A la luz del artículo 90 de la C.P. no hay ninguna razón para imputarle al Estado los daños que sufran como consecuencia de una decisión que ellos mismos han adoptado>>.*

Para que el Estado responda por un daño antijurídico es necesario que le sea imputable, lo que de conformidad con la doctrina*<<no implica un vinculo causal sin más consideración, sino que implica un vinculo jurídico que permite considerar que por razón de determinadas circunstancias, el hecho es atribuible a una persona>>*[16]. En el caso de la responsabilidad del Estado no se predica por el solo hecho del cumplimiento de una función pública, sino que de conformdiad con el artículo 90 de la Constitución requiere que el daño antijurídico provenga de quien actúa como su agente, lo que implica que lo hace o por su designación o bajo su instrucción y vigilancia.

Al respecto, el artículo 140 del CPACA en desarrollo del artículo 90 constitucional señala que la imputación al Estado por actuaciones de los particulares se da cuando *<<haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma>>*, presupuesto que no se da en el caso de los árbitros, pues el Estado no los designa, no los controla[17], ni tampoco los instruye, por lo cual, no puede considerarse que los daños antijurídicos que puedan ser causados por estos le sean imputables.

En la misma línea expuesta señala la aclaración de voto a la sentencia en comento: En dicho sentido, la aclaración de voto a la sentencia citada señala*: <<Los árbitros no son agentes del Estado ni forman parte de manera transitoria de la Administración de Justicia: son particulares designados por las partes para resolver un litigio concreto. El Estado permite que lo hagan y crea las condiciones para que este tipo justicia funcione; esto no lo hace responsable de los perjuicios que puedan causar con sus decisiones>>*[18].

Adicionalmente, que el artículo 74 de la Ley Estatutaria incluya a los particulares que ejercen transitoriamente función jurisdiccional como sujetos de responsabilidad por la actuación de la administración de justicia , ni tiene como consecuencia que deban considerarse agentes judiciales del Estado, ello por cuanto como lo ha sostenido la doctrina << *de acuerdo con este artículo*

[16] Cárdenas Mejía Juan Pablo, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los pactos vinculados al arbitraje y la responsabilidad civil en Instituciones de Responsabilidad Civil Homenaje al Maestro Jorge Santos Ballesteros Tomo I, editorial Ibañez. Ediciones Unaaula, 2022

[17] En este punto vale la pena señalar que la Corte Constitucional en sentencia C- 917 de 2002 declaró la inconstitucional la función de inspección y vigilancia del Ministerio de Justicia sobre la actividad de los árbitros. Por ello, actualmente el artículo 18 de la Ley 640 de 2001 establece que el control estatal recae sobre los centros de arbitraje y la actividad de los mismos, la cual no se extiende a los arbitros.

[18] Aclaración de voto del Magistrado Martín Bermúdez Muñoz.

[65 de la Ley 270 de 1996] la responsabilidad del Estado se compromete por la acción u omisión de sus agentes judiciales, lo anterior implicaría que ella no opera en los demás casos. Es pertinente destacar a este respecto, que si la ley hubiese querido que la responsabilidad del Estado no se limitara al actuar de sus agentes judiciales, no hubiera incluido esta referencia específica y le hubiera bastado indicar que el Estado responderá por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de quien cumple funciones judiciales. Sin embargo, la ley precisó claramente los sujetos que determinan la responsabilidad del Estado.

No sobra destacar que cuando el artículo 66 define el error jurisdiccional hace referencia al que es cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, y por ello no sólo cobija a los agentes judiciales del Estado. Si ello es así, no parece armónico que se pueda simplemente interpretar que en virtud del artículo 74 la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional se extienda a otros casos en los cuales quienes han actuado no son agentes del mismo>>.[19]

En la sentencia T- 069 de 2022, La Corte Constitucional declaró la existencia de un defecto orgánico por falta de competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer juicios de responsabilidad extracontractual de los árbitros, decisión que podría entenderse como que la responsabilidad en dichos casos se predica del Estado. Sin embargo, en la providencia la Corte no definió si la responsabilidad por el posible error judicial de los árbitros se imputa al Estado, ni tampoco que la competente para conocer el proceso fuera la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La decisión se limitó a indicar que no se puede demandar directamente a los árbitros para obtener la devolución de sus honorarios. Para llegar a esta conclusión, la Corte planteó las siguientes consideraciones:

> <<105. De acuerdo con lo expuesto (ver supra pp. 70 y ss), el Estatuto de Arbitraje únicamente contempla la pérdida y reembolso de honorarios cuando los árbitros renuncien, sean removidos por inasistencia, prospere una recusación, se incurra en una falta a los deberes de información, no firmen oportunamente el laudo, expire el término fijado para el tribunal sin que se hubiere proferido el laudo, o en caso de que prospere el recurso de anulación con fundamentos en las causales 3, 4, 5 y 7.

[19] Cárdenas Mejía Juan Pablo, La responsabilidad civil del árbitro en Arbitraje 360 Tomo I volumen 2- El árbitro y la función arbitral, edit. Ibañez, página 185.

> (…)
>
> 107. De modo que, ante una legislación exahustiva de las condiciones en que resulta procedente la pérdida o devolución de honorarios, la Jurisdicción Civil carecía de competencia para pronunciarse sobre la eventual responsabilidad civil de los árbitros cuando dicho pronunciamiento implicaba materialmente la devolución de lo devengado a título de honorarios. Para la Sala, la falta de competencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogota y el Tribunal Superior de Bogotá para pronunciarse sobre el reintegro del segundo pago de honorarios recibido por Juan Carlos Cuesta Quintero y María Fernanda Guerrero Mateus configura los defectos orgánico, sustantivo y procedimental.
>
> 108. El orgánico, en su faceta funcional, dado que extralimitó en forma manifiesta el ámbito de sus competencias constitucionales y legales por cuanto si bien tiene competencia para adelantar procesos de responsabilidad civil contractual o extracontractual lo cierto es que dicho proceso no podía emplearse para devolver los honorarios devengados por haber fungido como árbitros>>.

La razón de la decisión de la Corte no es que exista imposibilidad de que los árbitros sean juzgados directamente o que por sus actuaciones el responsable sea el Estado. No, la Corte indica que la devolución de honorarios tiene una regulación legal que establece los casos y la forma en que la misma procede. Nada más. Y es por la regulación legal que no es posible demandar para que ordene dicha restitución ya que ésta, se somete exclusivamente a los supuestos previstos en la Ley 1563 de 2012.

Todo lo anotado lleva a concluir que la responsabilidad por el error judicial de los árbitros no es imputable al Estado, sino a estos de manera directa: no puede considerarse que sería la Rama Judicial la legitimada por pasiva para los procesos en que se reclame la misma.

Ahora bien, lo que resultaría conveniente para cerrar la discusión es que la misma resuelta por el legislador. Para ello, podría seguirse el ejemplo de legislaciones como la española, que establece que el responsable por el error judicial es el árbitro directamente e incluso prevé mecanismos como el deber de constituir pólizas de seguros como garantías para las eventuales condenas por ejercicio de la función arbitral[20].

[20] Establece el artículo 21 de la Ley de Arbitraje – Ley 60 de 2003: Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos.

3. LOS ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD POR ERROR JUDICIAL DE LOS ÁRBITROS

3.1 La acción procedente

Revisadas las posturas sobre la responsabilidad por el error judicial de los árbitros, así como a quien sería imputable el mismo, se procede a abordar cuál sería la acción procedente para exigir dicha responsabilidad.

Para quienes consideran que la responsabilidad por el error judicial de los árbitros se imputa al Estado la acción procedente para exigir la misma es la de reparación directa y la legitimación por pasiva corresponde a la Rama Judicial. En este supuesto, la vía procesal para exigir la responsabilidad de los árbitros sería o el llamamiento en garantía o la acción de repetición. La sentencia de 11 de octubre de 2021 lo señala de la siguiente manera:

> <<De otra parte, en el caso de que la Rama Judicial sea demandada dispone de la facultad de llamar en garantía a los árbitros, lo que resulta razonable, considerando que son ellos quienes conocieron, de primera mano, el desarrollo de la actuación procesal cuestionada. También, en el evento de resultar condenada a la reparación de daños y perjuicios

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas.

2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.

> con ocasión de la actividad de particulares en ejercicio de función jurisdiccional se deberá, si no se llamó en garantía y se reúnen los requisitos, repetir contra estos de conformidad con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 678 de 2001, lo anterior dado que los árbitros se equiparan a "agentes estatales" para los efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 270 de 1996>>.

La procedencia de la reparación directa, el llamamiento en garantía y la repetición requiere que se considere el daño antijurídico como imputable al Estado, para lo cual, es necesario entender a los árbitros como agentes judiciales. Esto, como se vio previamente, no resulta acertado, pues la función se ejerce por la habilitación de los particulares. Los árbitros no actúan por cuenta, a nombre, bajo instrucción o control del Estado, presupuestos necesarios para que este sea llevado al proceso judicial como demandado.

En relación con la posibilidad de demandar directamente a los árbitros, se presenta como objeción que la Ley 270 de 1996 derogó la acción de responsabilidad directa contra los jueces que preveía el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, para reemplazarla por la acción por daños causados con la administración de justicia. Respecto de la anterior objeción, es importante recalar nuevamente en el concepto de agente judicial es respecto del cual responde el Estado y al que no se le puede demandar directamente. El artículo 90 constitucional establece que en este caso es al Estado a quien le corresponde indemnizar a la víctima y posteriormente determinar si su agente **actuó con culpa grave o dolo**. Las anteriores premisas no se aplican a los árbitros, pues estos actúan por habilitación de la parte, por lo que su relación es directa con esta, sin que pueda considerarse que existe una responsabilidad del Estado cuando quien acude voluntariamente al arbitramento sufre un daño antijurídico por la decisión de sus árbitros.

Y esto es relevante porque la posibilidad de demandar a los árbitros no exige esa graduación. Paradójicamente, quienes promueven la postura de la responsabilidad del Estado por el error de los árbitros consideran que la posición contraria busca indicar que los árbitros no deben asumir las consecuencias de sus actuaciones irregulares. En realidad, se trata de todo lo contrario: no es un tercero (La Nación — Rama Judicial) quien debe responder por los árbitros. Son éstos, en el marco de la responsabilidad civil.

En conclusión, la acción para exigir la responsabilidad de los árbitros sería contra estos por responsabilidad civil, la cual podría correspondería a la

acción declarativa, para que se establezca si la decisión de los árbitros causó un daño y si se reúnen los demás elementos para la declaratoria de responsabilidad civil por error judicial.

Respecto de la discusión precedente, lo deseable sería que el tema fuera resuelto por el legislador, para lo cual debería establecerse una acción directa contra los árbitros, la cual debería condicionarse parámetros especiales para una eventual condena. Las guías de esos parámetros deberán, por un lado, respetar la autonomía de la función arbitral y, por el otro, exigir un estándar de culpa que imposibilite o desincentive el ejercicio de la actividad arbitral.

3.2 La jurisdicción competente

La existencia de las dos posturas que se han revisado a lo largo del escrito, afecta también la determinación de cuál es la jurisdicción competente para conocer del juicio de responsabilidad de los árbitros, pues en el caso de que la responsabilidad este en cabeza del Estado el proceso sería de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por el contrario, la imputación de responsabilidad directa a los árbitros no permitiría que la jurisdicción competente sea la de lo contencioso administrativo, ello por cuanto, el artículo 104 del CPACA establece que esta conoce de procesos contra <<*particulares cuando ejerzan función* ***administrativa***>>, lo cual no es predicable de los árbitros, pues no se cumplen en su caso los supuestos de los artículos 110 y 111 de la Ley 489 1998. Por esto, la competente para conocer de los procesos de responsabilidad de los árbitros sería la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil.

Al igual que se indicó en el caso de la acción procedente y de la imputación de responsabilidad, lo recomendable sería que el legislador definiera el punto, para lo cual, considero que debería establecerse una regla similar a la que fijada en el numeral 3 del artículo 104 del CPACA para los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios en que <<*se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes*>>, la cual permite que la jurisdicción de lo contencioso conozca conflictos entre dos particulares. Para el efecto, bastaría con que se incluyera un numeral al artículo 104 del CPACA, en el que se establezca que a jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer la acción de responsabilidad que se dirija contra los árbitros por el ejercicio de su función jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

Bermúdez Muñoz Martin, Responsabilidad de los jueces y del estado, Ediciones librería del profesional, 1998.

Rodríguez Mejía Marcela, Una mirada crítica al invisible del arbitraje: la responsabilidad civil y penal de los árbitros en Psicoanálisis del arbitraje; solución al problema en el actual paradigma de justicia, edit. Tirant lo Blanch.

Botero Aristizábal Luis Felipe, Error jurisdiccional en el arbitraje nacional e internacional desde la óptica del derecho colombiano ¿implica el arbitraje una renuncia a la garantía indemnizatoria estatal de responder por los daños sufridos por los errores jurisdiccionales? (I parte), *Revista Responsabilidad Civil y del Estado* No. 32 IARCE, 2013.

Cárdenas Mejía Juan Pablo, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los pactos vinculados al arbitraje y la responsabilidad civil en Instituciones de Responsabilidad Civil Homenaje al Maestro Jorge Santos Ballesteros Tomo I, editorial Ibañez. Ediciones Unaaula, 2022.

Corte Constitucional sentencia T- 069 de 2022.

Consejo de Estado sentencia del 11 de octubre de 2021 Sección Tercera Subsección B Sentencia consejero Ponente Fredy Ibarra Martínez, interno 39798.

Corte Suprema de Justicia Sala Constitucional sentencia de mayo 29 de 1969.

ALGUNOS ASPECTOS PRÁCTICOS DEL DICTAMEN PERICIAL

*Jaime Humberto Tobar Ordóñez**

INTRODUCCIÓN

La prueba pericial es un instrumento de persuasión necesario y fundamental cuando los hechos del caso involucran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos[1]. Según la disputa de que se trate, puede convertirse en la "prueba clave" para la decisión judicial.

En los procesos cuyo contenido técnico es muy alto, la prueba pericial se torna en el medio de convicción más importante con el que cuentan las partes. En muchas ocasiones, el Código General del Proceso puede verse limitado en cuanto a los medios que tienen las partes para hacer uso de esta prueba pericial.

Desde la modificación de la prueba pericial introducida en la ley 1564 de 2012 en el Código General del Proceso, pasando del dictamen judicial decretado y designado por el juez[2] al dictamen aportado por las partes[3], han sido muchas

* Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en derecho financiero y procesal de la Universidad del Rosario. Especialista en derecho constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Máster (Primer ciclo) en derecho comparado de la Universidad Complutense de Madrid. Conjuez de la Sección Primera del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de Medellín y del Centro de Arbitraje Empresarial de la Superintendencia de Sociedades. Socio de la oficina Tobar & Romero Abogados.

1 El artículo 226 del C. General del Proceso establece que "La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesan al proceso y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

2 Inciso 2 del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970).

3 Artículo 227 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

las experiencias que nos han dejado estos primeros 10 años, sobre las cuales queremos reflexionar en este escrito, haciendo alusión principalmente a algunas inquietudes o controversias que se han venido presentando, tanto en la justicia ordinaria como en los Tribunales de Arbitramento.

1. LAS INQUIETUDES RESPECTO AL "ANUNCIO DE LA PRUEBA PERICIAL"

Establece el artículo 227 del C. General del Proceso que:

> "*La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen,* ***la parte interesada podrá anunciarlo*** *en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba*" Lo resaltado fuera de texto.

No hay duda sobre las oportunidades que tienen las partes para aportar un dictamen pericial: demanda, contestación de la demanda, traslado de excepciones.

Donde se ha generado alguna inquietud, es en lo referente a cuál es el término que resulte insuficiente para aportarlo: ¿Cuál termino y quién lo considera insuficiente? Consideramos que el término no es otro diferente al que tienen las partes para aportar el dictamen pericial, que es el mismo de las oportunidades legales para presentar las pruebas. Y quien lo puede considerar insuficiente, no es otro que la misma parte que pretende hacerse valer del dictamen pericial y no cuenta con el mismo.

Este punto resulta aún más problemático, cuando el dictamen pericial requiere de información que se encuentra en poder de la otra parte, pues el término para la confección del dictamen debe contarse desde el momento en que la información ha sido entregada, o por lo menos, el acceso a los medios para elaborarlo ha sido permitido, situación que en algunos casos puede llegar a producirse, incluso, antes de que una de las partes conozca la intención de su contraparte de promover una demanda en su contra.

Lo que no resulta legal o valido, es que, por fuera de las oportunidades para aportar pruebas, se pretenda aportarlo, bajo el argumento de que no se tenía

tiempo para su elaboración, pues es en este último evento en que es necesario el "anunció" de la presentación futura del dictamen.

Por otra parte, la ley no exige cosa distinta que el "Anuncio de la prueba pericial", sin que sea necesario la determinación precisa del perito que lo elaborará y en el evento de que se haya indicado, nada obsta para el mismo puede ser modificado o cambiado.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 226 del C. General del Proceso, sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial, razón por la cual, si se va a presentar más de un dictamen que requiere diferentes conocimientos científicos, técnicos o artísticos, se debe anunciar e identificar cada uno de ellos; no pudiendo hacer un "anuncio general". Es importante advertir que esta denominación no debe ser meramente semántica, sino que debe responder a un criterio conceptual que debe hacerse respetar por parte del juez. En otras palabras, no basta no darle un nombre diferente al dictamen anunciado, sino que el objeto de este debe ser verdaderamente diferente.

Tampoco puede dividirse o escindirse la prueba pericial, aportando una parte del dictamen y anunciando la presentación de otra parte del dictamen, pues el dictamen debe ser uno y único sobre la materia de especiales conocimientos que se requieran.

En los Tribunales de Arbitramento[4] y en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo[5] no es posible "Anunciar la prueba pericial" que se va a presentar y al mismo tiempo, sobre el mismo asunto, solicitar que el Juez o Tribunal de Arbitramento lo decrete, pues violaría la estipulación indicada en

[4] El inciso 2º artículo 31 del Estatuto Arbitral (Ley 1564 de 2012) establece respecto de las pruebas, que el Tribunal tendrán las mismas facultades y deberes del Código de Procedimiento Civil. En ese sentido, se podría entender que el dictamen pericial únicamente pude ser aportado por quien lo pretende hacer valer, conforme lo indica el artículo 227 del C. General del Proceso. No obstante lo anterior, la posición mayoritaria aun cuando no unánime de los Tribunales de Arbitramento, es que el dictamen pericial puede ser solicitado por las partes, fundamentado en el inciso 3º del artículo 31 que establece que " En la audiencia de posesión del perito, el tribunal fijará prudencialmente la sumas que deberán consignar a buena cuenta de los honorarios de aquel, tanto la parte que solicitó la prueba, como la que formuló preguntas adicionales dentro del término que al efecto le señale el tribunal…". Resaltado fuera de texto.

[5] El inciso 2º del artículo 218 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que las partes podrán aportar el dictamen pericial o solicitar al juez que lo decrete en las oportunidades establecidas en el Código.

el artículo 226 del Código General del Proceso, que sobre un mismo hecho o materia solo puede presentarse un dictamen pericial.

Los requisitos formales que debe contener el dictamen pericial

Establece el inciso 2º del artículo 226 del C. General del Proceso que el dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

> *"1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.*
>
> *2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.*
>
> *3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.*
>
> *4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.*
>
> *5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.*
>
> *6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.*
>
> *7. Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.*
>
> *8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.*
>
> *9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.*

> *10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen".*

Si bien la ley establece que el dictamen debe contener como mínimo los mencionados requisitos, ello no implica que el desconocimiento de alguno de ellos impida que el dictamen sea valorado o tomado en consideración. La ley no establece una sanción por ese incumplimiento, pero la ausencia de alguno de esos requisitos puede afectar la credibilidad o idoneidad del perito.

Sobre el particular, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia reciente[6], ha indicado que:

> *"…el análisis acerca del cumplimiento o no de los requisitos enlistados en el citado precepto 226 corresponde a una actividad propia del momento en que se dirime la controversia, razón por la cual* ***la ausencia de los mismos no da lugar al rechazo automático de dicho medio de convicción****"*
>
> *" … a pesar de que la credibilidad de la pericia depende de la solidez de sus conclusiones, de la imparcialidad e idoneidad del perito, el juez no está facultado para sacar automáticamente del acervo el informe arrimado con defectos en tales presupuestos porque* ***las falencias o carencias del dictamen no son motivos suficientes para impedir su recaudo,*** *pues ese análisis está reservado para la sentencia, donde deberá motivarse de qué manera esas omisiones disminuyeron la verosimilitud del informe".*

Tampoco puede desecharse anticipadamente un dictamen pericial por no contener los requisitos formales de que trata el artículo 226 del Código General del Proceso, pues el dictamen debe valorarse al momento de proferirse la decisión y no antes, de acuerdo a las normas de la sana critica y es en ese momento en que se evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y fundamentos del dictamen.

En los términos de la Corte Suprema de Justicia[7]:

> "De modo que el análisis acerca del cumplimiento o no de los requisitos enlistados en el citado precepto 226 corresponde a una actividad propia del momento en que se dirime la controversia, razón por la cual la ausencia de los mismos no da lugar al rechazo automático de dicho

[6] Sentencia STC 2066-2021 del 3 de marzo de 2021, MP. Octavio Augusto Tejeiro.

[7] Ibidem

> medio de convicción. Esto es, a que se impida su ingreso al proceso, puesto que los únicos motivos que llevan a esa determinación son los referidos en el artículo 168 *ídem*, huelga reiterar, respecto de *«las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles»*. Y no existe disposición especial en materia de experticia que autorice excluir la prueba por esa razón"

Por otra parte, es posible que luego de haberse aportado el dictamen, el perito pueda anexar aquellos requisitos formales que no fueron incorporados e incluso entregarlos en la audiencia donde se controvierta su dictamen, pues en nuestra opinión, esa información adicional no implica que no se haya aportado el dictamen en la oportunidad para presentar pruebas. También creemos que en el evento de que la contraparte, en el contexto de la revisión del dictamen para su preparación identifique que hace falta información relevante para la contradicción del dictamen, debe de buena fe, indicar la información faltante y requerir su entrega y no guardar silencio para luego alegar una supuesta imposibilidad de ejercer el derecho de contradicción en debida forma por no contar con todos los datos necesarios.

Cosa distinta es la referente a la aportación de documentos que debe acompañar el perito para fundamentar la elaboración de su dictamen, como lo ordena el numeral 10º del artículo 236 del Código General del Proceso, facultad que no le permite acompañar documentos que le corresponde probar a las partes, por el principio de contradicción de cada prueba, tal y como ha sido señalado por la doctrina[8] citada por la Sala Civil de la Corte[9] en los siguientes términos:

> "*… los jueces no pueden darle a una prueba el mérito de convicción que en si misma merezca, por perfecta que intrínsicamente sea* […] *si frente al adversario o contraparte tal prueba no se ha ajustado al trámite procesal previsto para presentarla, decretarla y practicarla*»

En efecto, se indica que: "… el perito no está autorizado por la ley para introducir documentos que las partes debieron allegar dentro de las oportunidades probatorias, pues de lo contrario se estaría vulnerando el artículo 173 del C.G.P. y mucho más grave, el derecho de defensa, pues el legislador no prevé

[8] ANTONIO ROCHA. De la prueba en derecho. Tomo 1, p. 149.

[9] Sentencia Sala Civil Corte Suprema de Justicia de fecha 27 de mayo de 2022, Salvamento de voto de la Magistrada Martha Patricia Guzmán.

la contradicción de los documentos arrimados con el dictamen, a efectos de poder ser tachados o desconocidos por las partes".

En conclusión, el perito debe acompañar los documentos e información que fueron utilizados para la elaboración de su dictamen, pero bajo ese ropaje no puede introducir pruebas adicionales que le corresponde probar a las partes y que requieren ser controvertidas legalmente.

Otro aspecto relevante tiene que ver con la carga del perito de revelar la información respecto no solo de quien firma el dictamen pericial, sino de aquellos colaboradores que hayan participado en la confección del dictamen. Este requisito, de cardenal importancia pues permite tener mayor información sobre las características de quienes elaboraron la prueba, debe ser administrado con un criterio de razonabilidad, a la luz de la lógica que subyace a la norma.

En efecto, no tiene ningún sentido incluir la información de todas las personas que hicieron alguna actividad en el peritaje (por ejemplo, el chofer que transportó al perito en la visita a la obra), pero sí es fundamental incluir a todas aquellas personas que participaron en la sistematización de la información, en la redacción del informe pericial, en el análisis de datos, entre otros, incluso aunque el perito director, al final asuma como suyo todo el trabajo del equipo.

3. EL CONTENIDO Y METODOLOGÍA DEL DICTAMEN PERICIAL

El inciso 5º del artículo 226 del C, General del Proceso establece que el dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado y debe explicar los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados, así como los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.

Así, el contenido del dictamen debe ser completo, objetivo y contundente, fundamentado en consideraciones técnicas, donde cada palabra importa, basado en evidencia e investigaciones que se puedan comprobar y no en suposiciones. Si el dictamen no es completo, objetivo y contundente, puede sembrar dudas sobre la veracidad de las conclusiones.

Así mismo, el dictamen debe ser claro, es decir que se debe exponer con un lenguaje directo, sin ambigüedades, exponiendo de manera sencilla los hechos, las evidencias y sus conclusiones; mediante un lenguaje que resulte entendible para el juez.

Como lo menciona el profesor Martín Bermudez[10], siguiendo a Jordi Nieve Fenoll[11]:

> "… Pero la inteligibilidad del dictamen es algo mucho más comprometido, porque no es infrecuente que el perito, *siendo para él obvio mucho de lo que dice, no pierda mucho el tiempo en explicarlo demasiado. De esa forma, el texto del dictamen acaba resultando confuso, oscuro, y lo cierto es que no se aciertan a entender las razones de que el perito haya dictaminado de un modo u otro.*
>
> "Un dictamen, en esas condiciones, no puede ser creíble, y salvo que el perito lo concrete más en su comparecencia ante el tribunal, su resultado debería ser desechado, porque ningún juez podrá motivar en una sentencia que ha seguido un dictamen pericial cuyas razones no entiende, *no desde el punto de vista científico, sino desde la perspectiva meramente descriptivas…*
>
> "*…El dictamen que debe realizarse está dirigido a personas que no son expertas y que, por tanto, debe hacer un esfuerzo suplementario en la exposición de sus conclusiones*, a riesgo de que no sean tenidas en cuenta finalmente y el dictamen acabe resultando, en su conjunto, inútil, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero…"

Cuando la norma exige que el dictamen sea exhaustivo y detallado, exige que el dictamen sea completo y riguroso, sin sesgo alguno, minucioso al documentar los datos sobre sus investigaciones, donde se analicen todos los hechos que rodean al litigio, sin esconder nada, pues no debe olvidarse que el perito es un auxiliar de la justicia que desarrolla un oficio público en los términos del artículo 47 del Código General del Proceso. El perito no es un asesor o consultor de una parte y en ese sentido no se debe a ninguna de ellas, a pesar de que se pague por sus servicios profesionales[12]. En ese sentido, el

[10] Martin Bermudez Muñoz, Del dictamen judicial al dictamen de parte, Primera Edición, 2012, Net Educativa Editorial, pp. 89 y 90.

[11] Jordi Nieva Fennol, La valoración de la prueba, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 291.

[12] Sobre la manera de remuneración de los dictámenes periciales, es pertinente aclarar que, si bien la ley no fija un mecanismo específico, la suma a pagar debe responder a condiciones de mercado y al nivel de trabajo y complejidad de la actividad que se ha encomendado. De ninguna manera podría ser admisible que el dictamen pericial esté sometido a un régimen de bonificaciones por éxito o que el valor de los honorarios sean un porcentaje de las sumas que el dictamen acredite, pues se crean incentivos perversos para que el experto abandone su independencia y asuma un rol de asociado a las resultas del proceso.

perito no puede volverse parte interesada en el proceso y sus honorarios no deben estar determinados en relación con el éxito de las pretensiones de la parte que lo contrato.

El artículo 235 del C. General del Proceso indica que el perito debe desempeñar su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Frente a este punto, es importante indicar que el perito debe clarificar el alcance de su dictamen y ajustar las conclusiones a la labor que ha realizado. Dicho de otra forma, el perito no puede concluir asuntos que sean superiores a la actividad que ha desempeñado por solicitud de la parte.

Todas las exigencias sobre el contenido del dictamen pericial establecidas en el artículo 226 del C. General del Proceso, al que ya hemos hecho referencia, tienen el objetivo de garantizar la objetividad e idoneidad profesional del perito, que permitan demostrar el valor técnico y científico del dictamen y no un interés de la parte que lo contrató. Es por ello que el artículo 232 del C. General del Proceso indica que el juez debe apreciar el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana critica, teniendo en cuenta la idoneidad del perito y la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos.

Para cumplir con su obligación de auxiliar de la justicia y conocer todos los hechos relacionados con el dictamen que tenga relación con su dictamen pericial, puede y debe solicitar información a las personas contra las cuales se va a aducir el dictamen, e incluso información a terceros, de conformidad con las facultades establecidas en el numeral 1º del artículo 229 del C. General del Proceso, facultad que en nuestra opinión tiene incluso antes de que se encuentre trabada la relación jurídico-procesal o el proceso mismo; pues como se encuentra regulado en el artículo 227 del mismo estatuto procesal, la parte que pretenda valerse del dictamen debe aportarlo en la oportunidad para pedir pruebas, esto es, entre otras oportunidades, en la demanda.

Por su parte, el artículo 233 del Código General del Proceso establece la obligación que tienen las partes de colaborar con el perito para que faciliten los datos, cosas y acceso a los lugares necesarios para el desempeño de su función y si alguno no lo hace, el perito deberá dejar constancia de ello en el dictamen, pudiendo el juez apreciar la conducta como un indicio en contra, presumiendo ciertos los hechos susceptibles de confesión que la parte pretenda demostrar con el dictamen y sancionándolo con multa de 5 a 10 salarios; a menos que se justifique la negativa para facilitar lo requerido por el perito.

Así, el perito no puede excusarse en la falta de información o en información parcial entregada, para evadir la responsabilidad que tiene como auxiliar de la justicia, pues de presentarse esa situación, será un dictamen incompleto, que afecte su valoración probatoria. Ahora bien, cosa distinta ocurre, cuando el perito, a pesar de haber solicitado información, esta no le ha sido suministrada. En este evento, así deberá indicarlo, para que se valore los efectos de la conducta de quien no quiso atender la solicitud de información, como se indica en el artículo 233 del C. General del Proceso. También creemos que es legítimo que el perito haga asunciones y proyecciones hipotéticas respecto de la información que haya solicitado y que una parte no la haya suministrado, sin que sea posible que se pueda criticar el dictamen sobre la base de dichas asunciones. De otra forma habría un claro aprovechamiento de la propia conducta procesal indebida.

Por otra parte, nada obsta para que el dictamen pueda ser complementado y/o adicionado, cuando se tenga la información echada de menos por el perito, bien porque se justificó la negativa a la información y fue entregada, sin que por ello pueda entenderse que sobre el punto hay dos dictámenes periciales.

4. EL REGISTRO NACIONAL DE AVALUADORES

La Ley 1763 de 2013[13] reguló la actividad del avaluador y estableció la creación del Registro Abierto de Avaluadores RAA[14], al cual debe pertenecer, previa inscripción, un perito cuando va a rendir un dictamen en procesos judiciales o arbitrales relacionados con una valoración o avalúo de cualquier bien[15].

El parágrafo del artículo 10º de la mencionada ley, establece que un servidor que "autorice, facilite, patrocine, encubre o permita" el ejercicio ilegal de la valuación incurrirá en falta disciplinaria grave, lo que en nuestra opinión, que no es pacifica, implica que un dictamen pericial de avalúo cuyo perito no se

[13] Ley 1673 del 19 de julio de 2013, vigente 6 meses después de su promulgación.

[14] Artículo 5º de la Ley 1673 de 2013

[15] De conformidad con la definición establecida en el artículo 3º de la ley 1673 de 2013, por Valuación se enciente la actividad por medio de la cual se determina el valor de un bien, de conformidad con los métodos, técnica, actuaciones, criterios y herramientas que se consideren necesarios y pertinentes para el dictamen. A su vez, el artículo 2.2.2.17.1.2, Capítulo 17 del decreto 1974 de 2015 que reglamentó la ley 1673 de 2013 e incorporó el decreto reglamentario 556 de 2014, indica que las normas se aplican "…a quienes actúen como avaluadores, valuadores, tasadores y demás términos que se asimilen a estos."

encuentre inscrito y registrado, no puede ser tenido en cuenta, ni valorado, pues estará siendo presentado por alguien que está ejerciendo ilegalmente la profesión, con los efectos que ello produce y que de hacerlo, se podría estar incurriendo en falta disciplinaria grave.

También es importante advertir que no se puede confundir el Registro Abierto de Avaluadores con el Registro Nacional de Avaluadores, pues el primero se trata de una institución consagrada legalmente y cuyo incumplimiento tiene la reglas descritas en este capítulo, mientras que el segundo es una herramienta de tipo gremial que no tiene un carácter vinculante y cuyo no registro no tiene implicaciones de tipo probatorio.

Cosa distinta ocurre con un dictamen pericial cuyo contenido no corresponde a una valuación o avalúo, pues en ese caso no requiere que sea realizado por un perito registrado en el Registro Abierto de Avaluadores, como lo ha indicado el Tribunal Superior de Bogotá y aceptado la Sala Civil de la Corte Suprema. En efecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, negó una acción de tutela[16] contra la decisión del Tribunal Superior, que entre otros asuntos, había indicado:

> ***"Y no se diga que el dictamen rendido por el Ingeniero Contreras debe ser descalificado por no acreditar su inscripción en el Registro Abierto de Avaluadores*** *que prevé la ley 1673 de 2013,* ***por cuanto la mentada normativa aplica a*** *"quienes actúen como* ***avaluadores, valuadores, tasadores*** *y demás términos que se asimilen a estos utilizados en Colombia" (art. 2), entendida la valuación como "la actividad, por medio de la cual se determina el valor de un bien, de conformidad con los métodos, técnicas, actuaciones, criterios y herramientas que se consideren necesarios y pertinentes para el dictamen. El dictamen de la valuación se denomina avalúo" (art.3).*
>
> *Es más, el decreto 556 de 2014, reglamentario de la ley 1673, ilustra la esencia de la actividad regulada en dicha ley en su artículo 4° cuyo tenor dispone: (…)*
>
> *En esa medida,* ***no siendo un ejercicio de valuación de activos inmobiliarios el que aquí se desarrolló****, sino un examen técnico de la situación del predio y la cuantificación de los costos que tendría su reparación,* ***mal podría descalificarse por no acreditar como lo hizo "los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional" (art. 226C.G.P.),*** *y al estar*

[16] Sentencia STC del 24 de junio de 2021, MP. Dr. Octavio Augusto Tejeiro.

*respaldada en apreciaciones técnicas derivadas de **visitas de campo, análisis documental**, incluido el estudio de suelo practicado para la construcción reprochada y el acompañamiento del "Grupo de Apoyo -Ing. Fernando Castillo (Estudio de Suelos 2014 y personal para fotos y mediciones", dando **claridad y fundamentación a sus conclusiones**, es dable soportar en él la resolución del caso puesto a consideración de la Sala. (Resaltado propio)".*

La Corte para negar la acción de tutela, indicó que el reproche al Tribunal no era un desatino mayúsculo, sino la inconformidad con la apreciación del Tribunal Superior; sin inmiscuirse en los efectos que produce un dictamen de avalúo en el que el perito no se encuentre inscrito y registrado en el Registro Abierto de Avaluadores.

Por otra parte, existe la inquietud relacionada con los efectos de un dictamen pericial de avalúo que se presenta por un perito que no tiene el respectivo Registro Abierto de Avaluadores, pero que posteriormente de haberse rendido, cumple con ese requisito. En mi opinión ese dictamen no puede ser valorado, pues cuando se realizó el dictamen, el perito no cumplía con las acreditaciones legales necesarias para hacerlo. En otras palabras, el perito ejerció ilegalmente la profesión al emitir el dictamen. También incurre en la misma falencia, quien estando registrado en el Registro Abierto de Avaluadores, lo hace en una categoría diferente de aquella en la que corresponde el tipo de valoración sobre la cual recae el dictamen en cuestión.

Y sobre el ejercicio ilegal de la actividad de avaluador se pronunció la Corte Constitucional[17] declarando la exequibilidad del artículo 9º de la ley 1673 de 2013, que establece:

"ARTÍCULO 9o. EJERCICIO ILEGAL DE LA ACTIVIDAD DEL AVALUADOR POR PERSONA NO INSCRITA. Ejercer ilegalmente la actividad del avaluador será considerado como simulación de investidura o cargo y será sancionado penalmente en la forma descrita por el artículo 426 de la Ley 599 de 2000; Actualmente ejercerá ilegalmente la actividad de avaluador, la persona que sin cumplir los requisitos previstos en esta ley, practique cualquier acto comprendido en el ejercicio de esta actividad.

En igual infracción incurrirá la persona que, mediante avisos, propaganda, anuncios o en cualquier otra forma, actúe, se anuncie o se

[17] Sentencia C-385 del 24 de junio de 2015, MP. Alberto Rojas

presente como avaluador inscrito en el Registro Abierto de Avaluadores, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente ley o cuando indique ser miembro de alguna Lonja de Propiedad Raíz o agremiación de avaluadores sin serlo.

También incurre en ejercicio ilegal de la actividad, el avaluador, que estando debidamente inscrito en el Registro Abierto de Avaluadores, ejerza la actividad estando suspendida o cancelada su inscripción al Registro Abierto de Avaluadores, o cuando dentro de procesos judiciales desempeñe su función sin estar debidamente autorizado por el funcionario competente.

Estas violaciones serán sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, sin perjuicio de las sanciones penales y civiles aplicables"

La Corte declaró la exequibilidad, salvo en las expresiones

"Ejercer ilegalmente la actividad del avaluador será considerado como simulación de investidura o cargo y será sancionado penalmente en la forma descrita por el artículo 426 de la Ley 599 de 2000"

Otro de los interrogantes, es si el dictamen que sean rendidos por perito extranjero está sometido al régimen de inscripción y registro en el Registro Abierto de Avaluadores. En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa, pues consideramos que, si el dictamen tiene como propósito servir de prueba en un proceso ante los jueces o árbitros, debe cumplirse mediante un perito acreditado, como lo indica el literal c) del artículo 4º de la ley 1673 de 2013 que establece:

"Artículo 4o. Desempeño de las actividades del avaluador. El avaluador desempeña, a manera de ejemplo, las siguientes actividades sobre bienes tangibles:

…c) En los procesos judiciales y arbitrales cuando se requiere para dirimir conflictos de toda índole, entre ellos los juicios hipotecarios, de insolvencia, reorganización, remate, sucesiones, daciones en pago, donaciones, entre otros"

Situación diferente ocurre cuando de trata de un arbitraje de naturaleza internacional[18] cuyo procedimiento puede ser acordado entre las partes, de

[18] Los artículos 62 y siguientes de la ley 1653 de 2012 regulan el arbitraje internacional.

manera directa o referida a un reglamento arbitral[19], que incluye el tema probatorio. En el marco de la libre disposición de las partes sobre la configuración de estos procesos, las partes pueden definir, todo lo relacionado con el dictamen pericial, sin sujetarse a las normas colombianas.

5. LA PRUEBA PERICIAL INFORMÁTICA

Teniendo en cuenta los importantes y nuevos avances tecnológicos, hoy resulta de especial análisis lo referente a la prueba pericial informática, que no es otra cosa que una prueba documentada por un perito informático, sobre alguna circunstancia relevante relacionada con los hechos objeto de controversia, mediante la aplicación de especiales conocimientos técnicos o científicos en ingeniería informática o de sistemas.

No es un secreto que tenemos graves carencias para la obtención de las pruebas digitales, así como la cadena de custodia y la incorporación al proceso de los mensajes de datos, a pesar de la relevancia jurídica que tienen los medios de convicción que se generan a través de medios informáticos, electrónicos, y/o digitales.

Hoy resulta de común práctica, la aportación o solicitud[20] de un dictamen pericial informático, donde se busca, entre otros aspectos, el recaudo de toda la información relacionada con un determinado asunto, en los correos electrónicos, tabletas, teléfonos celulares, pertenecientes a una o varias personas involucradas en los hechos.

Frente a estas frecuentes solicitudes, deben tenerse en cuenta varios aspectos:

[19] El artículo 92 de la ley 1563 de 2012 establece que: "Las partes, con sujeción a las disposiciones de la presente sección, podrán convenir el procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento arbitral. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, con sujeción a lo dispuesto en la presente sección y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje. Esta facultad incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas"

[20] En nuestro sistema legal, tenemos un sistema dual en la prueba del dictamen pericial, pues en los trámites ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como en los tramites de arbitraje (por una interpretación legal que no es unánime), se permite a las partes acudir a cualquier de las dos modalidades de dictamen, esto es, aportando el dictamen pericial o bien, solicitando su decreto y practica por la autoridad judicial. La interpretación mayoritaria del Estatuto Arbitral, permite que el perito sea solicitado por las partes y designado por el tribunal arbitral, sin perjuicio de que siga coexistiendo el perito de parte.

a. La información personal o íntima

Cualquier medio que atente contra un derecho fundamental, como la vida privada, la intimidad y las comunicaciones deben ser excluidas de la prueba y prohibida su práctica, precisamente por atentar contra un derecho fundamental.

El derecho a la intimidad se puede definir[21] como **derecho a disfrutar de un ámbito propio y reservado para desarrollar una vida personal y familiar plena y libre,** excluido tanto del conocimiento como de las intromisiones de terceros.

Su fundamento se encuentra en el artículo 15 de nuestra Constitución Nacional, que establece:

> "*Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas…*".

Sobre este derecho fundamental, la Corte Constitucional ha indicado que:

> "*la Constitución reconoce a toda persona el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (CP art. 15), antes protegida por la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia. La finalidad principal de este derecho es resguardar un ámbito de vida privada personal y familiar, excluido del conocimiento ajeno y de cualquier tipo de intromisiones de otros, sin el consentimiento de su titular. El núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no se desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto*" (Sentencia T-530 de 23 de septiembre de 1992; se subraya).

Y en sentencia SU-089 de 1995[22] la Corte Constitucional indicó que entre los distintos aspectos que comprende el derecho a la intimidad se encuentran:

[21] Diccionario del Español Jurídico, Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial, Ed. Espasa, Madrid, 2016

[22] Sentencia Corte Constitucional de 1º de marzo de 1995, M.P. Dr. Jorge Arango Mejia.

"los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo "comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que éstos tienen de aquel",

Ahora bien, en un caso práctico, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia[23], al resolver una acción de tutela donde se pretendía que se garantizara los derechos fundamentales a la intimidad e inviolabilidad de correspondencia de terceros ajenos a la convocante y la convocada por haberse grabado en unos Cd´s mensajes de correo electrónico, mediante la intervención técnica del servidor practicada en desarrollo de una inspección judicial de una de las partes, consideró:

"… el fondo del presente debate constitucional comporta la confrontación, por un lado, del derecho que tienen las partes de un proceso a demostrar los hechos en que fundan su posición litigiosa y, por el otro, del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia de quienes son terceros a la respectiva controversia, cuando una de sus pruebas, presuntamente, afecta los derechos fundamentales de éstos, como sería el caso de la indicada inspección judicial con exhibición de documentos, en la que, según los peticionarios, se capturaron mensajes privados suyos.

"…cuando en desarrollo de un proceso civil, una de las partes reclama de su contraria, o de un tercero, la exhibición de documentos privados, y más exactamente los libros de contabilidad y papeles de comercio, la situación se ubica, precisamente, en una de las excepciones previstas en la norma constitucional y, por ende, ella no traduce la vulneración del derecho a la intimidad o al de inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación, siempre y cuando que la prueba, en todos sus aspectos, se ajuste a las disposiciones mercantiles y de procedimiento civil que se ocupan de ella.

"…el diligenciamiento que en un proceso judicial se realice para que un comerciante exhiba sus libros de contabilidad y sus papeles de comercio, incluidas la solicitud, ordenación y práctica de la prueba,

[23] Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de septiembre de 2007, MP. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

no pueden traducir la conculcación de los derechos fundamentales del llamado a cumplir esa orden judicial, ni de terceros. Pero tampoco resulta aceptable que los derechos a la intimidad, o de inviolabilidad de la correspondencia, se utilicen para impedir o entorpecer la práctica de esa clase de pruebas, particularmente si se verifican dentro de las condiciones atrás referidas.

"…los mensajes capturados en la inspección judicial y grabados en los discos compactos cuya destrucción reclama el escrito iniciador de este asunto, se encontraban en las diferentes "carpetas" o "bandejas" de direcciones de correos electrónicos que bien pudieran llamarse "empresariales", cuya utilización, por tener tal carácter, se entiende, ha de referirse, en principio y primordialmente, a la transmisión de datos relacionados con la actividad de la compañía, sea con terceros ajenos a la misma o entre sus funcionarios o empleados"

"… si en tales direcciones de correo "empresariales" existían comunicaciones privadas de los trabajadores a quienes se había confiado su uso, tal estado de cosas tuvo por causa que ellos optaron por transmitir a través de esas cuentas, misivas suyas, ajenas a la sociedad y/o al trabajo que hacían.

"…si los mensajes de datos que intentan acreditarse hubieran sido transmitidos a través del correo electrónico personal de los accionantes, al margen de si su contenido concierne al trabajo por ellos realizado, para acceder legítimamente a tales documentos, la prueba de exhibición tendría que dirigirse contra dichas personas, quienes respecto del correspondiente proceso, ostentarían la calidad de terceros, situación ésta que igualmente contempla el artículo 283 del Código de Procedimiento Civil"

"La anterior decisión de la Corte no es óbice para que los árbitros adopten todas las medidas pertinentes para excluir de la información recaudada, la que corresponda a mensajes de datos privados del personal de la citada empresa, de forma preferente sin proceder al examen de sus contenidos, para lo cual podrán aplicar procedimientos técnicos como los sugeridos por la Coordinadora de la Unidad de Delitos Informáticos de la Fiscalía General en el informe que a solicitud de esta Corporación rindió, o cualesquiera otros que sirvan a ese propósito"

"De tenerse que efectuar la revisión de contenidos de los mensajes grabados en los discos compactos, el Tribunal de Arbitramento deberá respetar el derecho a la intimidad de los trabajadores de Química Amtex

S.A. en relación con los mensajes de datos que, luego de la verificación que el Tribunal realice, ostente carácter privado o personal de los funcionarios, y que, por encontrarse en las direcciones de correo electrónico de la sociedad, hubieren sido grabados en los discos compactos en que se recogió la información. De igual modo, el Tribunal velará porque la privacidad de los trabajadores se respete cabalmente por las partes del mencionado conflicto arbitral, por los apoderados judiciales de éstas, por el auxiliar de la justicia y los técnicos en sistemas que intervinieron en la inspección judicial con exhibición de documentos allí surtida".

Nótese que la Corte Suprema de Justicia, a pesar de aceptar la recepción de correos electrónicos de un trabajador de una sociedad involucrada en un proceso, bajo el supuesto que ha usado el correo electrónico de la empresa, exige que se proteja los mensajes de datos que correspondan a asuntos privados o personales del trabajador y para que se excluya de la información recaudada la que corresponda a esos datos privados.

También creemos que el carácter íntimo de la información es una categoría legal que no está sometida al pacto de las partes o a su propia definición sobre su alcance. En esa medida, una información no se convierte en íntima por el hecho, por ejemplo, de estar sometida a un acuerdo de confidencialidad. En dichos eventos, creemos que la parte no puede excusarse en ese tipo de argumentos para sustraerse de sus obligaciones y tendrá la carga de exhibir la información, informar a terceros interesado si está obligado a hacerlo.

b) La información secreta de los abogados

No es posible que mediante la prueba pericial informática se obtengan conceptos, opiniones, estrategia rendidos por abogados, pues esa información esta protegida por el secreto profesional.

La Constitución Nacional establece en el artículo 74 que el secreto profesional es inviolable y en ese sentido no es optativo, ni hay margen para interpretaciones, pues es una obligación plena y total la de guardar el secreto profesional.

Es más, el artículo 34 de la ley 1123 de 2007 (Código Disciplinario del Abogado) establece que constituye falta de lealtad con el cliente la de "*Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito*".

Por su parte, el artículo 209 del Código General del Proceso establece en el numeral segundo, que no están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional y cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.

Como se ha indicado en varias sentencias de la Corte Constitucional[24] "*Cuando un individuo deposita su confianza en un profesional, ello genera la obligación inviolable que contrae quien conoce la intimidad de una persona, de no revelar lo conocido*".

Así las cosas, no puede en ningún momento, ni por motivo alguno permitirse que se recabe o se tenga acceso a información protegida por el secreto profesional, esto es, por cualquier documento proveniente de la relación existente entre el cliente y su abogado por tener carácter reservado o confidencial, sin importar que se trate de abogados externos o abogados internos que pertenezcan a la misma entidad.

La información que sea creada por parte de las personas como parte de la estrategia de preparación de la teoría legal para interponer una demanda o responder a una, debe estar incluida como parte de la información sometida a reserva y excluida de la prueba pericial. Al respecto, sugerimos que se tenga como mecanismo para excluir este tipo de información un criterio cronológico y no un análisis de contenido de la información, pues la revisión del juez para valorar ese tipo de objeciones se traduciría en la práctica de un conocimiento de quien va a decidir la controversia que ya supone una afectación a la imparcialidad del juzgador.

c. La información confidencial, secreta y/o sensible

La información confidencial y/o sensible esto es, aquella información cuya revelación, alteración, pérdida o destrucción puede producir daños importantes a la organización propietaria de la misma, también debe ser protegida para evitar que con la prueba se atente contra un secreto empresarial o industrial o se entregue una información sensible de una de las partes que pueda afectar un activo importante para competir.

[24] Entre otras, las Sentencias C-411 de 1993; T-158 de 1994, C-264 de 1996 y T-650 de 1999.

En este sentido, resulta indispensable que el juez adopte las medidas pertinentes para que dicha información, si es recaudada en un dictamen pericial informático[25], la información sea previamente revisada por la parte a quien se recauda la información, para que pueda advertir cuales documentos resultan confidenciales y/o sensibles, y sea el juez que determine si tal información resulta aceptada para ser incorporada o no al proceso.

Por supuesto, esta definición dependerá de la utilidad, pertinencia y conducencia de la prueba pretendida, para demostrar el supuesto de hecho que pretende probar. Si la información que se pretende recaudar es impertinente, inconducente o inútil, se debe rechazar de plano, como lo establece el artículo 168 del C. General del Proceso.

En la información confidencial y sensible será necesario hacer un análisis de la utilidad, pertinencia y conducencia de aquella información que se ha catalogado como confidencial y sensible; para que únicamente pueda ser aportados los documentos que tengan relación directa con los asuntos sometidos a la decisión judicial.

Desde el punto de vista práctico, resulta aconsejable que se tenga un protocolo o directrices por parte del Juez para el manejo de esta información por parte del perito, que impida que se vulneren los derechos de la parte que se ha visto precisada a entregar esta información por orden judicial.

6. LA CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL

Existe un derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen, fundado en el artículo 29 de la Constitución Nacional. En los términos de la Corte Constitucional[26], "*…Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales*" e indica que "*… para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer*".

[25] Nos referimos a un dictamen judicial, es decir, a un dictamen decretado por el juez, bajo el entendido que el perito de parte no ha tenido acceso a esa información confidencial y/o sensible.

[26] Sentencia C-034 de 2014,M.P. Dra. Maria Victoria Calle, que cita en lo pertinente la sentencia C-537 de 2006

Así, no se puede valorar un dictamen pericial de parte, si no se ha surtido la contradicción de esa prueba. El principio de publicidad probatoria junto con el principio de contradicción de la prueba son criterios rectores del debido proceso probatorio en la medida en que implican que las pruebas deben ser conocidas por las partes, a efectos de que puedan ejercer contradicción sobre las mismas, pues ello es una expresión del derecho de defensa y un desarrollo del principio de igualdad.

Para efectos de la contradicción debe tenerse en cuenta lo estipulado en el artículo 228 del C. General del Proceso, que establece que la parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial puede solicitar (i) la comparecencia del perito a la audiencia, (ii) aportar otro o, (iii) realizar ambas actuaciones.

Frente a la contradicción del dictamen pericial de parte, se han presentado inquietudes, como las siguientes:

a) Puede la parte que presenta el dictamen pericial de parte solicitar la comparecencia del perito?. En nuestra opinión, ello no es posible, por cuanto es una facultad que se ha otorgado a "la parte contra la cual se aduzca el dictamen" y no tiene sentido, si no se controvierte mediante la solicitud de comparecencia, que se interrogue al perito.
b) Cuando se aporta un dictamen que controvierte otro dictamen de parte, debe seguirse también con el procedimiento de contradicción y en ese sentido ¿puede aportarse otro dictamen pericial que controvierta al dictamen de controversia? En nuestra opinión y advirtiendo que no es un punto pacifico, ello no es posible, pues podría hacer interminable la controversia de un dictamen y además se estarían presentando dos dictámenes sobre un mismo punto[27]. Lo que sí se ha permitido especialmente en los trámites arbitrales, es la comparecencia del perito de controversia a una audiencia para ser interrogado.
c) ¿Puede el perito de parte en la audiencia donde va a ser interrogado, presentar documentos que complementen y/o adicionen su dictamen? En nuestra opinión, ello no es posible. No se trata de una diligencia de testimonio, donde ello resulta aceptable[28], sino de un interrogatorio para controvertir la presentación de un dictamen pericial. Y como lo mencio-

[27] Establece el inciso 2º del artículo 226 del Código General del Proceso, que Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial.

[28] En la prueba testimonial, el numeral 6º del artículo 221 del C. General del Proceso permite que el testigo aporte documentos relacionados con su declaración.

namos en líneas anteriores, el perito podrá acompañar los documentos formales a que hace referencia el artículo 226 del C: General del Proceso, pero no puede aportar documentos para fortalecer o fundamentar su dictamen pericial, pues serían documentos inoportunos.

d) ¿Cuál es el orden para interrogar al perito en la audiencia? Consideramos que debe empezar a interrogar al perito la contraparte de quien haya aportado el dictamen, por cuanto el es el interesado en contradecir sus hallazgos y conclusiones y quien va a intentar eliminar la eficacia probatoria del dictamen. Es así como el artículo 228 del C. General del Proceso indica que "*La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes*" y agrega que "*Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio*".

e) ¿Pueden asistir a la audiencia de interrogatorio del perito el perito que rindió el dictamen de la contraparte? Pueden asistir todos los técnicos y asistentes que colaboren con el apoderado que lleva a cabo el interrogatorio, entre ellos, los peritos que han rendido dictamen en el proceso. Son los técnicos los expertos en la materia y quienes pueden refutar, cuestionar o contradecir, total o parcialmente, el análisis y las conclusiones de otros expertos y los que puedan dar especiales luces a las partes para que puedan adelantar su interrogatorio. Insistimos que no se trata de una prueba testimonial, donde se encuentra prohibido que los testigos se encuentren presentes en la audiencia[29], sino un interrogatorio al perito que rindió el dictamen pericial de parte. Ahora bien, quien tiene el derecho de postulación[30] y en consecuencia, quien puede formular el interrogatorio es el apoderado judicial.

f) ¿Qué sucede si el perito que rindió el dictamen pericial no puede comparecer a la audiencia por encontrarse imposibilitado para ello? El inciso primero del artículo 228 del C. General del Proceso establece que si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

Ahora bien, debe diferenciarse si se trata de una incapacidad temporal o permanente. Si se trata de una incapacidad temporal, debidamente justificada por fuerza mayor o caso fortuito, se puede volver a citar por una vez más. Por el contrario, si se trata de una incapacidad permanente, que

[29] El inciso primero del artículo 220 del C. General de Proceso establece que los testigos no pueden escuchar las declaraciones de quienes les precedan.

[30] El artículo 73 del C. General del Proceso indica que las personas que hayan de comparecer al proceso lo deben hacer por conducto de abogado legalmente autorizado.

impide la comparecencia, v.gr. enfermedad terminal o incluso la muerte, en nuestra opinión hay un vacío legal, pues consideramos exagerada la sanción indicada en el artículo 228 del C. General del Proceso, esto es, que el dictamen no tenga valor, por un hecho ajeno e imprevisto para la parte que lo aportó; con una consecuencia funesta, que es la de quedarse sin una prueba que en determinadas circunstancias resulta necesaria e indispensable para el éxito de una pretensión.

Pero, por otro lado, también hemos indicado que no se puede valorar un dictamen pericial si no si no se da la oportunidad de controvertirlo y no se controvierte el dictamen, si el perito no asiste al interrogatorio que permita indagarlo sobre su idoneidad y el fundamento del dictamen.

Así las cosas, creemos que si el perito que rindió el dictamen no puede comparecer a la audiencia, su dictamen no puede ser valorado. Y además, consideramos que en casos extremos como la muerte del perito o la imposibilidad física de atender la audiencia, que este debidamente comprobada, el juez deberá analizar la posibilidad de garantizar el derecho a la prueba, mediante un nuevo dictamen, si ello resulta posible[31].

CONCLUSIONES

1. La prueba pericial es un instrumento de persuasión fundamental y necesario, cuando los hechos del caso involucran aspectos de naturaleza técnica.
2. El dictamen pericial de parte debe aportarse oportunamente y bajo el supuesto de la contradicción del dictamen, en la audiencia no se puede adicionar o complementar los documentos que fueron aportados para fundamentar las conclusiones. Los documentos formales a que hace referencia el artículo 226 del C. General del Proceso y que fueron mencionados en el dictamen, pueden ser aportados en una fecha posterior a la presentación del dictamen.
3. El dictamen debe valorarse de acuerdo a las normas de la sana critica al momento de proferirse la decisión y no antes.
4. El perito es un auxiliar de la justicia, autónomo e independiente de las partes. El perito no es un asesor o consultor de una parte y no se debe

[31] En los Tribunales de Arbitramento existe un término legal y/o contractual en el que se debe proferir el laudo arbitral, so pena de que el mismo sea anulado, de conformidad con lo establecido en el numeral 6º del artículo 41 del Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012).

a ninguna de las partes, a pesar de que se pague por sus servicios profesionales. E perito no puede volverse parte interesada en el proceso y sus honorarios no deben estar determinados en relación con el éxito de las pretensiones de la parte que lo contrato.

5. Un dictamen pericial de avalúo debe tener al perito registrado en el Registro Nacional de Avaluadores, so pena de que el dictamen no tenga valor probatorio, por tratarse de un perito que ejerce esa profesión de manera ilegal.
6. La prueba pericial informática hoy resulta necesaria, por los importantes y nuevos avances tecnológicos en el manejo de la información. Informática. Sin embargo, hoy hay vacíos y carencias para la obtención de esas pruebas digitales, la cadena de custodia y la incorporación al expediente de los mensajes de datos. Es necesario adoptar un protocolo para el adecuado manejo y desarrollo de esta prueba informática.
7. Debe excluirse de la prueba pericial informática toda aquella información que resulte ser personal o intima o que se relacione con secretos profesionales. La información confidencial o sensible debe ser revisada cuidadosamente teniendo como parámetro la utilidad, pertinencia y conducencia de la prueba pretendida,
8. No se puede valorar un dictamen pericial de parte, si no se ha surtido la contradicción de esa prueba.

ACTUALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

*Daniel Posse Velásquez**

RESUMEN

La ponencia resalta la importancia de las medidas cautelares en el arbitraje doméstico e internacional y ahonda en las controversias más relevantes que se han suscitado en la materia. Respecto del arbitraje doméstico, se resalta que las medidas cautelares innominadas no pueden utilizarse como un disfraz para omitir los requisitos legales para el decreto de las medidas cautelares nominadas. Respecto del arbitraje internacional, se sugiere que, quien requiera una medida cautelar, expresamente solicite que ésta sea decretada en forma de laudo. Finalmente, se señala que, a falta de arbitraje de emergencia en Colombia, el artículo 90 de la Ley 1563 de 2012 es una buena alternativa que permite recurrir a la autoridad judicial para que antes o durante el arbitraje decrete una medida cautelar en apoyo a un arbitraje internacional con o sin sede en Colombia.

Palabras clave: Arbitraje doméstico, arbitraje internacional, medidas cautelares, medidas cautelares nominadas, medidas cautelares innominadas, árbitro de emergencia, proyecto de Ley n° 009 de 2021

INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares en el arbitraje pueden cobrar tanta relevancia como el laudo arbitral en sí mismo. Sin la posibilidad de solicitar, decretar y ejecutar medidas cautelares, las decisiones contenidas en los laudos arbitrales podrían no ser efectivas o no poder materializarse. Más aún, en relación con las

* Socio, Posse Herrera Ruiz.

pruebas, las medidas cautelares aseguran su conservación, lo que constituye una seguridad adicional para que el Tribunal pueda arribar a una decisión adecuada.

La regulación de la solicitud, práctica y ejecución de medidas cautelares en el arbitraje se encuentra principalmente en la Ley 1563 de 2012 (la "Ley 1563" o el "Estatuto de Arbitraje"), en el artículo 32 y en el Código General del Proceso ("CGP"), para arbitraje doméstico; y en los artículos 67 y del 80 al 90 para arbitraje internacional. Las normas sobre medidas cautelares en el Estatuto de Arbitraje responden a esas necesidades de preservar la prueba y de asegurar que el laudo sea efectivo y se pueda materializar.

Colombia, guiándose por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (la "Ley Modelo") y por los desarrollos internacionales en términos de arbitraje y medidas cautelares, reconoce, en la sección de arbitraje internacional de la Ley 1563, que los árbitros son competentes para dictar medidas cautelares en el arbitraje y que, así mismo, antes o durante el arbitraje, los jueces nacionales son competentes para dictar medidas cautelares en apoyo de este, independientemente del lugar donde se encuentra asentado el arbitraje.

Esta ponencia tiene como propósito hacer referencia a las discusiones y controversias más relevantes que se han suscitado en materia de medidas cautelares, tanto en arbitraje doméstico como internacional.

Respecto del arbitraje doméstico, la ponencia ahondará en las diferencias entre las medidas cautelares nominadas e innominadas para concluir que las segundas no pueden utilizarse como un disfraz que permita soslayar los requisitos legales para el decreto de las primeras.

Respecto del arbitraje internacional, la ponencia se centrará en la ejecución de las medidas cautelares decretadas por tribunales internacionales con o sin sede en Colombia para concluir que, desde un punto de vista conservador y por cuestiones prácticas, las medidas cautelares se deberían dictar en forma de laudo y no como simples órdenes del tribunal arbitral.

Finalmente, se hará referencia al proyecto de ley n.°009 de 2021 que permitiría que los centros de arbitraje incluyan en sus reglamentos el arbitraje de emergencia y la posibilidad de recurrir a la autoridad judicial para que antes o durante el arbitraje decrete una medida cautelar en apoyo a un arbitraje internacional con o sin sede en Colombia.

1. ARBITRAJE DOMESTICO

Las medidas cautelares nominadas e innominadas: la categoría "*innominada*" no es un disfraz que permita omitir los requisitos legales de las nominadas

El artículo 32 del Estatuto de Arbitraje establece los términos en los cuales proceden las medidas cautelares en apoyo del arbitraje, bien sea que sean dictadas por un tribunal arbitral o por quien ejerza funciones jurisdiccionales.

De conformidad con *el primer inciso del artículo 32*, ante la solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral puede ordenar aquellas medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse ante la justicia ordinaria o ante la contencioso administrativa y se establece que para su *"decreto, práctica y levantamiento"* se deben seguir las normas del CGP o las del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ("CPACA").

En el primer inciso, el Estatuto Arbitral remite entonces al Libro Cuarto del CGP, específicamente a las medidas cautelares nominadas reguladas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 590 del CGP. Sobra advertir que, bajo el ordenamiento jurídico colombiano, las medidas cautelares nominadas son (i) la inscripción de la demanda, (ii) el embargo y (iii) el secuestro, exclusivamente.

El segundo inciso y siguientes del artículo 32 del Estatuto de Arbitraje, reflejan los mismos términos que el literal c) del numeral 1 del CGP. En otras palabras, regula las medidas cautelares innominadas que son aquellas –naturalmente diferentes a las nominadas– que sean *razonables* para *"la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión."*

La Corte Constitucional ha establecido que una medida cautelar es innominada, cuando no se encuentra expresamente establecida por el legislador[1]:

> ***Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley****, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser*

[1] Corte Constitucional, Sentencia C-835 de 2013. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

> *dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para 'prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra'* (…). (énfasis agregado).

De manera que, si la inscripción de la demanda, el embargo y el secuestro están previstos expresamente en los artículos 588 y 590 del CGP, las medidas cautelares innominadas se definen por oposición a esas. En pocas palabras, las innominadas son todas aquellas medidas *diferentes a* la inscripción de la demanda, el embargo y el secuestro.

Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia[2]:

> *Innominadas, significa sin "nomen", no nominadas, las que carecen de nombre,* ***por tanto, no pueden considerarse innominadas a las que tienen designación específica****; como lo expresa la Real Academia Española –RAE- "(…) Innominado(a): Que no tiene nombre especial (…)". De modo que atendiendo la preceptiva del artículo 590 ídem, literal c), cuando autoriza como decisión cautelar "(…) cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio (…)" (subraya fuera de texto),* ***implica entender que se está refiriendo a las atípicas, diferentes a las señaladas en los literales a) y b), las cuales sí están previstas legalmente para casos concretos; de consiguiente, las innominadas no constituyen una vía apta para hacer uso de instrumentos con categorización e identidades propias*** (énfasis agregado).

Al respecto se debe ser claro y tajante: las medidas cautelares innominadas no pueden servir de disfraz para solicitar una medida cautelar nominada, *i.e.,* un embargo o una inscripción de la demanda, sin cumplir el lleno de los requisitos que, para estas, exige la ley.

La Corte Suprema de Justicia expresamente ha analizado el tema de la inscripción de la demanda para concluir que su decreto debe ceñirse estrictamente a los requisitos de que trata el CGP y no puede decretarse bajo la categoría de medida cautelar innominada:

> *"A la luz de las consideraciones precedentes,* ***se constata la vía de hecho enrostrada por el tutelante, pues aun cuando el extremo actor deprecó la "inscripción de la demanda" sobre algunos predios del actor, con apoyo en el literal c) del artículo 590 del Código General del Proceso, como si se tratara de una cautela "innominada", los falladores denunciados accedieron a su decreto.***
>
> *En la providencia censurada, el colegiado acusado, tras relacionar los argumentos del remedio vertical, destacó que no le asistía razón al demandado, aquí actor, al sostener que en el juicio verbal cuestionado no podía ordenarse la anotada cautela. Lo considerado porque, según esbozó, el Código General del Proceso permite disponer "(…) cualquier medida que [se] 'estime razonable' (…) en cualquier tipo de proceso y bajo cualquier variedad de pretensiones (…)", circunstancia que, conforme aseveró, incluye la reseñada "inscripción de la demanda". En consecuencia, estimó intrascendente que la medida no "encuadr[ara] perfectamente" en el presupuesto descrito en los literales a) o b) del numeral 1° del artículo 590 ídem, pues, insistió, es viable decretar "cualquier cautela (…) para proteger el derecho del litigio (…)", según el literal c) ibídem. (…)*
>
> ***4. La fundamentación reseñada, además de pasar por alto el carácter restrictivo de las medidas cautelares, soslaya las particularidades de las mismas dispuestas por el legislador.***
>
> *Ciertamente, el ordenamiento jurídico, consagra, como antes se expuso, un régimen especial para la "inscripción de la demanda", previendo taxativamente los casos en los cuales procede, su alcance y efectos y otro distinto para las cautelas innominadas, imponiendo para su decreto, la petición puntual del extremo interesado y un juicio minucioso del funcionario de conocimiento, en relación con la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.*
>
> ***Así las cosas, es clara la irregularidad enrostrada a la decisión del tribunal, pues esa autoridad estimó que dentro de las medidas innominadas podía incluirse, sin dificultades, la inscripción de la demanda, lo cual revela que relegó las diferencias entre las clases de cautelas atrás referenciadas."***[3] (énfasis agregado).

El hecho de que los supuestos en los cuales se solicita la medida no encuadren rigurosamente en lo que dispone la norma no implica que la medida deje de ser nominada. Implica, más bien, que la medida solicitada resulta improcedente.

[2] Corte Suprema de Justicia, STC15244-2019 de fecha 8 de noviembre de 2019.

[3] Corte Suprema de Justicia, STC15244-2019 de fecha 8 de noviembre de 2019.

A pesar de ello, algunos tribunales han tomado la posición contraria, al considerar que las medidas innominadas no son solo aquellas que no están previstas en la ley o que carecen de nombre, sino que, además, incluyen aquellas que, aunque estén previstas en la ley, no lo estén para un caso específico o particular. Bajo este argumento, tribunales arbitrales han considerado procedente decretar, por ejemplo, la inscripción de la demanda en títulos mineros como una medida cautelar innominada.

Sin embargo, dado el carácter restrictivo de las medidas cautelares, es necesario que los tribunales arbitrales se ciñan a la ley a la hora de analizar si la medida solicitada es innominada o, si, por el contrario, es una medida nominada que no cumple las condiciones requeridas para que sea decretada. Un tribunal arbitral que decrete una medida cautelar nominada disfrazándola de innominada incurre en una clara violación al debido proceso y una vía de hecho:

> *Así las cosas,* ***se evidencia la lesión a la prerrogativa contenida en el canon 29 de la Constitución Política, por cuanto el tribunal,*** *pese a reconocer que estaba frente a un juicio verbal de "regulación y pérdida de intereses por cobro excesivo",* ***donde no se discutía ninguna de las tres hipótesis previstas para la procedencia de la inscripción de la demanda,*** *esto es, 1. Que "(…) (i) verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o [(ii)] como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra (…)"; 2. Que verse "sobre una universalidad de bienes[; y 3. C]uando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual (…)" (subraya fuera de texto) (lit. a) y b), num. 1°, art. 590 C.G.P.),* ***estimó la viabilidad de la medida sobre varios bienes del tutelante, aduciendo, equivocadamente, hallarse la misma incluida en las innominadas, previstas en el literal c) ídem.***
>
> ***Esa postura, como se vio, desconoce el carácter restringido y limitado de las medidas cautelares preceptuadas en la vigente codificación procesal civil y extiende los alcances de la renombrad inscripción de la demanda a debates litigiosos no previstos por el legislador*** (énfasis agregado) [4].

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que las medidas cautelares innominadas requieren petición de parte pues el tribunal arbitral no está facultado

[4] Corte Suprema de Justicia, STC15244-2019 de fecha 8 de noviembre de 2019.

para decretarlas de oficio. No obstante, el inciso 4 del artículo 32 del Estatuto de Arbitraje sí autoriza al tribunal a decretar una medida cautelar menos gravosa que la solicitada o una diferente a la solicitada, siempre que esta sea necesaria, efectiva, proporcional y razonable.

Otros requisitos para el decreto de las medidas cautelares innominadas

En los incisos 3 y 4 del artículo 32, se establecen los requisitos adicionales que se deben tener en cuenta a la hora de solicitar y decretar una medida cautelar innominada. El tribunal debe verificar que quien solicita la medida (i) tenga legitimación o interés para actuar y (ii) pruebe la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho, o, en otras palabras, el peligro de la demora (*peliculum in mora*).

¿Respecto de qué derecho se debe probar la existencia de una amenaza o vulneración? La Corte Constitucional ha sostenido que las medidas cautelares son:

> "*aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso,* ***la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso****. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada"*[5] (énfasis agregado).

De manera que el solicitante debe probar la vulneración o amenaza del derecho que se controvierte en el proceso arbitral.

Adicionalmente, el tribunal debe tener en cuenta (i) la apariencia de buen derecho (*fumus boni juris*), (ii) la necesidad; (iii) la efectividad y la (iv) proporcionalidad de la medida.

De acuerdo con la doctrina especializada, la "*necesidad*" supone la "*existencia de un riesgo que requiere pronta atención*"; la "*efectividad*" hace referencia a la "*protección contundente del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión*", y la "*proporcionalidad*" a la "*ponderación de los derechos del demandado aún no vencido en juicio, con los del demandante que enfrenta el riesgo de obtener*

[5] Corte Constitucional C-379 de 27 de abril de 2004, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

una sentencia inútil, porque el daño se produjo o no se puede ejecutar materialmente"[6].

El legislador no estableció los requisitos necesarios para la solicitud y decreto de las medidas cautelares por capricho o mera casualidad y, en esa medida, quien solicita la medida cautelar no puede simplemente mencionar que la medida es "*necesaria, efectiva y proporcional"* porque es la que —bajo algún argumento general— mejor conviene al solicitante. Al contrario, el tribunal o juez que conozca de la solicitud debe realizar un "*juicio minucioso* […] *en relación con la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida"* y decretar la medida menos gravosa u otra que sea razonable para la protección del derecho objeto del litigio.

También se debe tener en cuenta que, respecto de las medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandante puede impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución. Por su parte, para que el tribunal arbitral decrete una medida cautelar innominada, el demandante debe prestar caución equivalente al 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda.

El objetivo de la caución es que, quien solicite la medida innominada o quien solicite la modificación o levantamiento de la medida cautelar respecto de la pretensión pecuniaria, garantice el pago de los perjuicios que su solicitud pueda generar o el cumplimiento de la eventual sentencia.

La suspensión de procedimientos sancionatorios o de imposición de multas es una de las medidas innominadas a las que se acude con mayor frecuencia[7]. Por ejemplo, algunos arbitrajes se ha decretado la suspensión de los procedimientos administrativos sancionatorios iniciados contra la demandante por los supuestos incumplimientos del contrato, y la abstención de imponer multas o penalizaciones a la demandante, hasta tanto el tribunal arbitral se pronuncie sobre los méritos de la controversia.

[6] Jairo Parra Quijano, "Medidas cautelares innominadas", Edición XXXIV. Bogotá. Memorias del XXXIV Congreso de Derecho Procesal. 2013, pp. 310 y 311.

[7] Ver, por ejemplo, decisiones sobre las medidas cautelares innominadas solicitadas en el Tribunal de arbitraje de Transporte Zonal Integrado – Transit S.A.S. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.; el Tribunal de arbitraje de Consorcio AIA-Concay contra Instituto de Desarrollo Urbano – IDU.

2. ARBITRAJE INTERNACIONAL

Requisitos para la solicitud de medidas cautelares en el arbitraje internacional

En el Capítulo V del Estatuto de Arbitraje se establecen los términos bajo los cuales los tribunales con sede en Colombia están facultados para decretar medidas cautelares y órdenes preliminares, las condiciones para la ejecución y motivos para la denegación de la ejecución de las medidas cautelares, y las condiciones para que las medidas cautelares sean decretadas por la autoridad judicial en apoyo del arbitraje internacional.

De entrada, debe anotarse que el Capítulo V del Estatuto de Arbitraje concede a los árbitros en arbitrajes internacionales con sede en Colombia, poderes amplios para el decreto de las medidas cautelares.

Además, a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje doméstico, la Ley 1563 no especifica los tipos de medidas que los árbitros en arbitrajes internacionales puedan decretar y lo deja a discreción del tribunal arbitral.

El Estatuto de Arbitraje tampoco condiciona el decreto de medidas cautelares a exigencias distintas a la acreditación de la conducencia, pertinencia, razonabilidad y oportunidad de las medidas.

En arbitraje internacional, suele requerirse que el solicitante demuestre (i) la verosimilitud *prima facie* del derecho invocado por la demandante (*foms boni iuris*), *es decir,* que el caso de la demandante es razonable y que sus pretensiones no son frívolas o vejatorias[8] y (ii) el peligro de la demora (*periculum in* mora), que usualmente se traduce en evitar que se sigan causando perjuicios por la situación en la que se encuentran las partes.

No obstante, el artículo 81 del Estatuto de Arbitraje únicamente obliga al solicitante a acreditar que las medidas cautelares constituyen el mecanismo idóneo para obtener los propósitos buscados con ella, que son proporcionales al riesgo que se busca superar y que su adopción no implicaría para la parte demandada un sacrificio o una carga mayor a la estrictamente necesaria para evitar el daño que supondría para la parte solicitante la concreción de los riesgos que se adviertan.

[8] Ver por ejemplo, Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company contra El Gobierno de Mongolia, Orden sobre medidas provisionales del 2 de septiembre de 2018.

Decreto de medidas cautelares mediante laudo o mediante orden preliminar

Respecto de la forma en la que el tribunal arbitral decreta la medida cautelar, el inciso segundo del artículo 80 de la Ley 1563 señala que éstas pueden ser decretadas "*en forma o no de laudo*".

Mucho se ha discutido si, bajo la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (la "Convención de Nueva York"), las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales extranjeros en forma de orden procesal y no de laudo deben considerarse como laudos arbitrales definitivos y, en esa medida, seguir el reconocimiento y ejecución pactado bajo la Convención de Nueva York[9].

Hay quienes consideran que el carácter provisional o temporal de las medidas cautelares hace que su reconocimiento y ejecución no sea posible bajo la Convención de Nueva York[10]. Otros, señalan que los términos del artículo V(1)8e) de la Convención de Nueva York no impiden el reconocimiento y ejecución de laudos temporales y, en esa medida, no impedirían el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares[11].

Ante dicha discusión, en las enmiendas del 2006 a la Ley Modelo, se incluyó el artículo 17H cuyo texto se refleja en el artículo 88 del Estatuto de Arbitraje, según el cual:

> ***Toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento*** *y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido decretada. Para este efecto, la autoridad judicial procederá a la ejecución en la misma forma prevista por la ley para la ejecución de providencias ejecutoriadas proferidas por autoridades judiciales colombianas y dentro de dicho proceso solo podrán invocarse como excepciones las previstas en el artículo 89 de esta sección* (énfasis agregado).

[9] Ver Gary Born, "International Arbitration: Law and Practice." Holanda: Kluwer International Arbitration, 2012, pp. 2514-2515.

[10] Ver Gary Born, "International Arbitration: Law and Practice." Holanda: Kluwer International Arbitration, 2012, pp. 2514-2515.

[11] Nicolás Serván, 'Una condición para el éxito: El reconocimiento de medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales extranjeros en Latinoamérica', Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje, España 2021, Volumen 2021 Issue 41, pp. 21-34

Bajo el fundamento del artículo 88 del Estatuto de Arbitraje, algunos tribunales han decretado medidas cautelares en forma de orden y no de laudo.

Además, debe notarse también que, respecto de las órdenes preliminares, por ejemplo, para que el tribunal ordene a alguna parte no frustrar la finalidad de la medida cautelar solicitada, el artículo 83.5 del Estatuto de Arbitraje — reflejando el Artículo 17(C)(5) de la Ley Modelo, establece que las órdenes preliminares no constituyen laudos y no son objeto ejecución judicial. Así mismo, y a diferencia de la Ley Modelo, cabe aclarar que el Estatuto de Arbitraje no considera las órdenes preliminares como vinculantes para las partes.

Por ello, ante esta discusión, en Colombia se ha optado y se sugiere que el solicitante de una medida cautelar indique al tribunal que, en caso de acceder a su petición, profiera la medida cautelar en forma de laudo y no de otra forma. De esta manera, se asegura que la medida cautelar decretada sea vinculante para ambas partes y no quede duda sobre la posibilidad de que esta sea reconocida y ejecutada judicialmente.

3. ARBITRAJE DE EMERGENCIA Y MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL EN APOYO DEL ARBITRAJE CON SEDE EN COLOMBIA O EN EL EXTERIOR

En arbitraje internacional, la figura del árbitro de emergencia ha sido la solución a la urgencia de los demandantes de que se decreten medidas cautelares que salvaguarden el objeto del litigio. El árbitro de emergencia se designa con el fin de que conozca de las solicitudes de medidas cautelares, urgentes o provisionales, con anterioridad a que se conforme el tribunal arbitral que decidirá el fondo del litigio.

A la fecha, en Colombia no existe la posibilidad de recurrir a un árbitro de emergencia pues el Estatuto de Arbitraje no lo contempla. No obstante, en el proyecto de Ley n.°009 de 2021[12] por medio del cual se busca reformar la

[12] Proyecto de Ley n.°009 de 2021. Disponible en: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2021-2022/2222-proyecto-de-ley-009-de-2021

Ley 1563, se propone incluir un segundo parágrafo al artículo 32 del Estatuto de Arbitraje para incluir la posibilidad de que los centros de arbitraje introduzcan en sus reglamentos la figura del árbitro de emergencia.

Sin embargo, hasta que la reforma propuesta no se convierta en ley, el arbitraje de emergencia no está permitido en Colombia. Por lo anterior, el solicitante que, requiera el decreto de una medida cautelar antes de que el tribunal arbitral resuelva sobre el fondo de la disputa tiene dos opciones: (i) solicitar las medidas cautelares una vez el tribunal arbitral se constituya, o (ii) solicitar las medidas cautelares ante una autoridad judicial, en apoyo del arbitraje.

Respecto de la segunda opción, el artículo 90 del Estatuto de Arbitraje autoriza a que con anterioridad a la iniciación o durante el arbitraje internacional con sede en Colombia o en el exterior, la parte demandante acuda a la autoridad competente en Colombia para solicitar medidas cautelares:

> ***Con anterioridad a la iniciación del trámite arbitral*** *o en el curso del mismo,* ***e independientemente que el proceso se adelante en Colombia o en el exterior, cualquiera de las partes podrá acudir a la autoridad judicial para que decrete medidas cautelares****. La autoridad judicial ejercerá dicha competencia de conformidad con su propia ley procesal y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional* (énfasis agregado).

En consecuencia, en virtud de la anterior disposición, los jueces colombianos están facultados para decretar las medidas cautelares antes del inicio o durante el arbitraje internacional siempre y cuando se acrediten los requisitos contenidos en la ley procesal a la luz de los principios del arbitraje internacional. Por ejemplo, algunos juzgados civiles del circuito han decretado el embargo de establecimiento de comercio, acciones y sumas de dinero de la demandada, con anterioridad a que se constituya un tribunal arbitral internacional.

Otra de las virtudes de solicitar que una autoridad judicial decrete una medida cautelar en apoyo de un arbitraje internacional reside en que el artículo 90 del Estatuto de Arbitraje no exige a la parte solicitante prestar caución previa para el decreto de la medida. Sin perjuicio de ello, es posible que dicha caución sea exigida, por analogía, como ya ha ocurrido en el pasado.

Se resalta el uso del artículo 90 del Estatuto Arbitral pues constituye la única alternativa para que la parte convocante preserve los derechos de la disputa que se decida en el procedimiento arbitral, sin tener que esperar a que se constituya un tribunal arbitral y, sin poder recurrir a un árbitro de

emergencia. Evidentemente, quien requiera el decreto de una medida cautelar con anterioridad al arbitraje deberá sopesar los tiempos en los que un juez colombiano tardaría en decretar una medida cautelar contra los tiempos que tomaría la constitución de un tribunal y la decisión de este sobre las medidas cautelares.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Constitucional C-379 de 27 de abril de 2004, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia C-835 de 2013. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

Corte Suprema de Justicia, STC15244-2019 de fecha 8 de noviembre de 2019

Gary Born, "*International Arbitration: Law and Practice.*" Holanda: Kluwer International Arbitration, 2012, pp. 2514-2515.

Jairo Parra Quijano, "*Medidas cautelares innominadas",* Edición XXXIV. Bogotá. Memorias del XXXIV Congreso de Derecho Procesal. 2013, pp. 310 y 311.

Ley 1563 de 12 de julio de 2012, "*Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones".*

Ley 1564 de 12 de julio de 2012, "*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.",* Libro Cuarto: Medidas Cautelares.

Nicolás Serván, 'Una condición para el éxito: El reconocimiento de medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales extranjeros en Latinoamérica', Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje, España 2021, Volumen 2021 Issue 41, pp. 21 - 34

Proyecto de Ley n.°009 de 2021. Disponible en: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2021-2022/2222-proyecto-de-ley-009-de-2021

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company contra El Gobierno de Mongolia, Orden sobre medidas provisionales del 2 de septiembre de 2018.

LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES EN COLOMBIA

*Laura Estephania Huertas Montero**

RESUMEN

La discusión sobre la procedencia de la acción de tutela contra los laudos internacionales en Colombia es una realidad hoy en día. En el fondo esta discusión implica revisar el grado de protección que deben tener los derechos fundamentales de las partes e intervinientes en el trámite de un arbitraje internacional en el ordenamiento jurídico colombiano, sin desconocer la naturaleza especial de este mecanismo de resolución de controversias.

A partir de los diferentes elementos conceptuales, legales, jurisprudenciales y doctrinales abordados en este escrito se concluye que no es procedente la tutela contra este tipo de decisiones, lo que no implica que los derechos fundamentales sustanciales y el derecho fundamental al debido proceso queden sin protección frente a una eventual vulneración por parte de los árbitros internacionales, pues las vías llamadas a garantizar esta protección son el recurso extraordinario de anulación y la oposición frente a una eventual solicitud de reconocimiento de ese respectivo laudo internacional en Colombia.

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, con tesis de grado publicada sobre los derechos del consumidor: "Los derechos del consumidor en el derecho colombiano: eficacia de los mecanismos procesales para su protección individual y colectiva", candidata a magíster en justicia y tutela de los derechos con énfasis en derecho procesal por la Universidad Externado de Colombia. Investigadora del departamento de derecho procesal de la Universidad Externado de Colombia y docente en este mismo departamento de la comunidad de derecho procesal civil general, y docente titular de la cátedra de derecho procesal civil general, miembro del grupo de investigación "Teoría general del proceso y derecho procesal civil" De la Universidad Externado de Colombia, con categoría A en Colciencias, abogada litigante en Valbuena Abogados, y miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Palabras clave: Tutela, arbitraje, arbitraje internacional, función jurisdiccional, laudo internacional, recurso extraordinario de anulación, reconocimiento de laudo arbitral internacional.

INTRODUCCIÓN

Producto de la globalización en las relaciones comerciales, familiares, sociales y de diversa índole entre sujetos de diversas nacionales y partes del mundo, surgen, de forma inevitable conflictos transnacionales, que no pueden asociarse necesariamente en su origen a algún Estado en particular. Para enfrentar este desafío se hace necesario crear mecanismos aptos, eficaces y eficientes para resolver este tipo de controversias, que escapan a la capacidad de respuesta que puedan tener las autoridades judiciales de un determinado Estado. En este contexto surge el arbitraje internacional como un mecanismo transaccional de resolución de controversias, que permite que las partes le otorguen la facultad a un tercero imparcial, neutral y que incluso no se encuentre relacionado con el Estado del cual las partes inmersas en dicho conflicto son nacionales, para que lo resuelva de manera definitiva.

Frente a las decisiones de los árbitros internacionales, en el contexto anteriormente descrito, ha surgido la discusión de si contra ellas es procedente el mecanismo de amparo de los derechos fundamentales o de la acción de tutela en el derecho colombiano, cuando las mismas están llamadas a producir efectos jurídicos en Colombia. Esta discusión es una realidad de hoy en día a la que se ha visto enfrentada la Corte Constitucional en Colombia, aun cuando esta discusión no es propia de nuestro país, sino que por el contrario se ha producido en otros países[1].

Existen dos tipos de argumentos en relación con la discusión sobre la procedencia de la acción de tutela contra los laudos internacionales: i). El argumento económico y ii). Los argumentos jurídicos. En relación con los argumentos de orden económico, se ha sostenido que admitir la procedencia de la tutela en Colombia contra los laudos internacionales implicaría restarle la seguridad jurídica que estos mecanismos de solución de controversias

[1] Cfr. Para profundizar en estos países se recomienda, entre otros, los siguientes textos para referencia del lector: DE JESÚS, Alfredo, "La sala constitucional y el arbitraje comercial: hacia un régimen racional de control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano", Revista Peruana de Arbitraje No. 3, Instituto Peruano de Arbitraje, Perú, 2006, (pp. 63-136); CREMADES, Bernardo, "El arbitraje en la doctrina constitucional española", Revista Lima Arbitration No. 1, Circulo Peruano de Arbitraje, Perú, 2006, pp. 185-220.

deben tener y admitir que tendría que seguir vigente la discusión relacionada con un conflicto transnacional, aumentando los costos de transacción y disminuyendo los índices de competitividad del país en materia de inversión extranjera, pues uno de los indicadores para medir la competitividad de los países es la estabilidad y la agilidad de los mecanismos de resolución de controversias que se establezcan en un determinado territorio[2].

Sin embargo, consideramos que este argumento económico no resulta suficiente para analizar la procedencia de la acción de tutela en Colombia contra un laudo arbitral internacional, como quiera que el núcleo esencial de los derechos fundamentales que puedan ser invocados mediante esta acción constitucional no pueden ser restringidos ni su protección puede ser desmejorada por el Estado por fundamentos económicos, pues se debe garantizar de forma permanente e inalienable a todas las personas. Por esta razón, se hará énfasis en este escrito en los elementos jurídicos para evaluar la procedencia de la tutela contra un laudo internacional, abordando la acción de tutela como mecanismo constitucional previsto en el ordenamiento jurídico nacional, el arbitraje internacional y el aludo internacional con sus principales alcances y características, los mecanismos de impugnación e intervención judicial en los laudos internacionales y la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional en la materia para concluir que la tutela no es procedente contra este tipo de decisiones, sin perjuicio de que los derechos fundamentales de las partes y de todos aquellos que intervienen en el trámite de un arbitraje internacional pueden solicitar la protección de sus derechos a través del recurso extraordinario de anulación o de la oposición a una solicitud de reconocimiento de laudo internacional en Colombia.

1. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA

Para poder responder la pregunta de investigación planteada en este texto, se hace necesario, en primer lugar, hacer unas breves consideraciones sobre la definición y alcance de la acción de tutela en Colombia, para empezar a reflexionar sobre si este instrumento constitucional para la protección de los derechos fundamentales podría emplearse para discutir laudos internacionales emitidos en trámites arbitrales llevados a cabo en el extranjero.

[2] RIACHI SANABRIA, Juan Felipe, "La acción de tutela en el arbitraje comercial internacional: una aproximación metodológica frente a su procedencia", Revista de Derecho Privado No. 56, Universidad de los Andes, Bogotá D-C, enero-junio, 2016, (pp. 1-33), pp. 19-20.

La acción de tutela es un mecanismo procesal de rango constitucional, instituido para la protección de derechos fundamentales, que se encuentra consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 (En adelante CP). Esta norma establece que 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 interpuesta persona, 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[3], o por particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés general, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión[4]. Además, se establece que la tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[5].

De acuerdo con la disposición constitucional anteriormente comentada, la ley, la doctrina y la jurisprudencia han extractado, entre otras, como características principales de la acción de tutela, las siguientes: i). Que es un mecanismo procesal constitucionalmente previsto para la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, ii). Que es residual frente a otros mecanismos ordinarios que pueda prever el ordenamiento jurídico colombiano para la protección de dichos derechos, y iii). Que procede contra las actuaciones u omisiones de todas las autoridades del Estado y contra particulares en los casos en que estos presten un servicio público o en otros casos excepcionales.

El artículo 2 Del Decreto 2591 de 1991 -Mediante el cual se reguló el trámite y procedencia de la acción de tutela en Colombia- establece que este mecanismo procesal de rango constitucional garantiza la protección de los derechos fundamentales que pueden estar señalados expresamente en la constitución como tales o que, aunque no lo hayan sido, si de su naturaleza se deduce su carácter de fundamental, también podrían ser susceptibles de protección. Esto indica que la Constitución colombiana no establece un catálogo taxativo de derechos que considere fundamentales. El carácter de *numerus apertus* de los derechos fundamentales en el ordenamiento colombiano, se complementa también con los artículos 93 y 94 de la CP, que, al referirse al bloque de constitucionalidad, mencionan que los derechos humanos que se reconocen

[3] Inciso 1, Art. 86, CP.

[4] Inciso último, Art. 86, CP.

[5] Inciso 3, Art. 86, CP.

en tratados internacionales ratificados por el congreso colombiano, entran a complementar el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en el orden interno.

Por esta razón, la Corte Constitucional colombiana sostiene actualmente que los derechos fundamentales se caracterizan por ir unidos de manera inseparable a la existencia del ser humano[6], y, por lo tanto, son susceptibles de protección a través de la acción de tutela, en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre[7].

De otra parte, frente a la residualidad de la acción de tutela es menester afirmar que esta implica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la CP, que ante la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, se debe analizar si existe algún cauce procesal mediante el cual se pueda lograr la protección de dicho derecho, y sólo en el caso de no haber ningún medio de defensa judicial para lograr este propósito, se puede acudir a la tutela. De acuerdo con la doctrina la regla de subsidiariedad es entonces un examen puramente formal sobre la existencia de otros medios judiciales de defensa, que permite deducir la procedencia o improcedencia de la acción de tutela[8].

El artículo 6 del aludido Decreto 2591 de 1991 establece que la existencia de otros medios de defensa judiciales debe apreciarse en concreto por el juez, en cuanto a su eficacia y atendiendo las circunstancias en las que se encuentre el solicitante. Empero, esta regla encuentra una excepción consistente en que si lo que desea el solicitante es evitar un perjuicio irremediable, la acción se podrá interponer como un mecanismo transitorio, dejando de ser subsidiaria y convirtiéndose en principal. La irremediabilidad del perjuicio, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, solo puede producirse si el mismo es inminente, grave, urgente, impostergable y requiere de una intervención inmediata del juez[9].

[6] Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-539 de 1992, M.P: Simón Rodríguez Rodríguez.

[7] Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P: Ciro Angarita Barón.

[8] Cfr. OSUNA PATIÑO Néstor Iván, "Tutela y amparo: Derechos protegidos. Estudio comparativo Colombia-España", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C, 1998, pp. 43-44.

[9] En efecto, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha señalado que por perjuicio irremediable se entiende aquel que es inminente, urgente, grave e impostergable. Inminente es aquel «que amenaza o está por suceder prontamente». El perjuicio adquiere la calidad de urgente cuando por su naturaleza obliga al juez a dar

Estos parámetros son de gran importancia para el análisis que pretende hacerse en el presente escrito, pues en el ordenamiento jurídico colombiano existe el recurso de anulación contra laudos arbitrales internacionales, el cual puede ser empleado por las partes de un determinado trámite arbitral internacional para defender sus derechos e intereses, tal y como se abordará con mayor profundidad más adelante.

Y, finalmente, frente a la procedencia de la acción de tutela contra todas las autoridades públicas y los particulares en ciertos casos excepcionales, es menester afirmar, en primer lugar, que el derecho que tienen todas las personas que se encuentren en el territorio colombiano de reclamar a todas las autoridades públicas la protección de sus derechos, bienes e intereses es la contrapartida del deber que tienen todas las autoridades públicas, previsto en el artículo 2 de la CP:

"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". (Énfasis fuera del texto)

En tratándose de la procedencia de la tutela contra particulares, la Corte Constitucional ha sostenido en su jurisprudencia que esta acción constitucional procede en los siguientes casos: i). Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de un servicio público, como el

una «respuesta proporcionada a la prontitud». Respecto a la gravedad del perjuicio, ésta se refiere a la «gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona». Finalmente, el perjuicio es impostergable cuando exige del juez dar una «respuesta adecuada, oportuna y eficaz para restablecer el derecho». Cfr. Corte Constitucional, sentencias T–225 de 1993, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa; T–640 de 1996 M.P: Vladimiro Naranjo Mesa; T–173 de 1997, M.P: Antonio Barrera Carbonell; T–269 de 97, M.P: Jorge Arango Mejía; T–504 de 2000, M.P: Antonio Barrera Carbonell; T–859 de 2003, M.P: Eduardo Montealegre Lynett; T–222 de 2004, M.P: Eduardo Montealegre Lynett; T–401 de 2004, M.P: Rodrigo Escobar Gil; y T–827 de 2004, M.P: Rodrigo Uprimny Yepes. Citadas en: CARRERA SILVA Liliana, "La acción de tutela en Colombia", Revista IUS vol.5 n.27 Puebla, México,2011, p.8.

servicio público de educación o el servicio público a la salud; ii). Cuando aquél contra el cual se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de un servicio público domiciliario; iii). Cuando la solicitud se dirija en contra de una organización privada o contra un particular, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización o con el demandado; iv). Cuando aquel contra el cual se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar la prohibición constitucional de servidumbre y trata de personas; v). Cuando la entidad sea aquella contra la cual se hubiera hecho una solicitud en ejercicio del derecho fundamental al habeas data; vi). Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas; o vii). Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, caso en el cual se aplicará el mismo régimen de las autoridades públicas[10].

Estos parámetros jurisprudenciales resultan ser de una importancia mayúscula como quiera que, bajo lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, los árbitros son particulares que ejercen función jurisdiccional[11], aun cuando no hagan parte de la estructura organizacional de la Rama Judicial del Poder público[12], y la Ley 270 de 1996 establece que la administración de justicia es un servicio público esencial[13]. Esto permitiría pensar, por lo menos de forma preliminar, en la procedencia de la acción de tutela en contra de laudos arbitrales internacionales.

2. ARBITRAJE INTERNACIONAL: CONCEPTUALIZACIÓN Y ALCANCES

Habiéndose dado un panorama general sobre la acción de tutela en Colombia, ahora es preciso abordar el concepto de arbitraje internacional, y las implicaciones que este tiene como mecanismo de resolución de controversias. La

[10] Art. 42, Decreto Ley 2591 de 1991, analizado y modificado por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-134 de 1994, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa, Exp: D-404. Consideramos que las hipótesis V y VI de procedencia de la tutela contra particulares se podrían subsumir en una sola, puesto que la rectificación de informaciones inexactas o erróneas hacen parte de la solicitud que se puede hacer en contra de un particular en ejercicio del derecho fundamental al *habeas data*.

[11] Último inciso: "(…) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". (Énfasis fuera del texto)

[12] Arts. 228 a 253 de la CP.

[13] Art. 125. Cfr. En el mismo sentido: Corte Constitucional, Sentencia T-1165 de 2003, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

doctrina ha sostenido que el arbitraje internacional *es "el método de resolución extrajudicial de controversias entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), quienes derivan sus poderes del acuerdo entre las partes, así como del reconocimiento de sus funciones por la ley"*[14].

Sin embargo, la definición antes mencionada no genera ninguna diferencia con el arbitraje Nacional o doméstico, el cual también puede concebirse como un mecanismo alternativo de solución de controversias en donde las partes sustraen su conflicto de la jurisdicción del Estado y lo someten para su resolución, a través del pacto arbitral, a uno o más árbitros[15]. La diferencia entre ambos tipos de arbitraje está entonces en el *elemento internacional*, de manera que el arbitraje internacional es un mecanismo extrajudicial de resolución de controversias entre dos o más sujetos, que tenga carácter internacional, a través de la intervención de uno o más árbitros, quienes derivan la facultad de resolver el conflicto de fondo del acuerdo entre las partes, materializado en el pacto arbitral, y cuya decisión, denominada laudo arbitral, es vinculante para ellas.

En el ordenamiento jurídico colombiano, aunque no existe una definición de arbitraje internacional, el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, ha establecido tres hipótesis en las que debe entenderse que el arbitraje tiene un elemento internacional:

1. Cuando las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes.
2. Cuando el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios.
3. O cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

Si el caso sometido a arbitraje no se enmarca en ninguna de estas tres hipótesis no será considerado arbitraje internacional sino arbitraje nacional o doméstico.

[14] HERRERA BONILLA, Kristhy Marian, "Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional", Cuadernos de la Maestría en Derecho No. 6, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C, 2017, (pp. 265-328), p. 268.

[15] Esta definición existe en el derecho colombiano en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012.

De igual forma, se ha sostenido por la doctrina que el arbitraje internacional tiene una alta importancia para las relaciones comerciales internacionales, en la medida en que permite resolver conflictos entre las partes de manera pronta y cumplida sin añadir el conflicto entre jurisdicciones de diversos Estados. De esta forma, el arbitraje internacional se ha consolidado como un mecanismo autónomo e independiente de resolución de conflictos respecto de la jurisdicción estatal[16].

En el marco de este mecanismo, es posible que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, elijan la ley procesal y sustancial aplicable, el idioma en que se tramitará el procedimiento y la sede del arbitraje, que pueda estar localizada en cualquier parte del mundo[17].

3.1 Naturaleza del arbitraje internacional: ¿Contractual o jurisdiccional?

Habiéndose formulado en el apartado anterior algunas reflexiones en cuanto a lo que debe entenderse por arbitraje internacional, es menester abordar ahora en este numeral si el arbitraje internacional tiene una naturaleza contractual o una naturaleza jurisdiccional, en la medida en que la acción de tutela procede contra autoridades públicas o contra particulares que ejerzan funciones públicas o que presten un servicio público, por lo que de la naturaleza del arbitraje internacional dependerá, en gran medida, que los árbitros puedan considerarse particulares que ejerzan una función pública o que presten un servicio público o no.

Para responder a este interrogante de la naturaleza del arbitraje, han surgido en la doctrina diversas posturas: i). La teoría jurisdiccional, ii). La teoría contractualita, iii). Una teoría ecléctica o mixta, y iv). La teoría de la autonomía. La teoría jurisdiccional sostiene que es una concesión o autorización del Estado, por lo que puede ejercer un control sobre la actividad arbitral, convirtiéndola en una cuestión de orden público[18]. La teoría contractualista, por su parte, sostiene que son las partes y no la ley del Estado las que confieren competencia a los árbitros para dirimir una determinada controversia[19].

[16] HERRERA BONILLA, Kristhy Marian, Óp. cit., pp. 269 y 270.

[17] Ibídem, p. 269.

[18] Cfr. TALERO RUEDA, Santiago, "Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable", Ed. Temis, Bogotá D.C, 2010, p. 12.

[19] Cfr. Ibídem, p. 14.

De otro lado, la teoría mixta reconoce que es el acuerdo de voluntades el que habilita a los árbitros, pero la eficacia y vinculatoriedad de sus decisiones también está dada por un reconocimiento estatal de la labor de los árbitros. El pacto arbitral, bajo esta concepción, tiene por objeto un acto jurisdiccional, que es el laudo arbitral que resuelve la controversia entre las partes. Bajo esta posición el arbitraje tiene una doble naturaleza: contractual y jurisdiccional[20]. Y, finalmente, la teoría de la autonomía del arbitraje se refiere a que el arbitraje es un fenómeno económico que se determina por su propia finalidad y características[21].

En el derecho colombiano, en lo que concierne al arbitraje nacional, podría sostenerse que se acoge la teoría mixta, pues se reconoce que la competencia de los árbitros deviene de la voluntad de las partes vertida en el pacto arbitral, pero la Constitución Política de 1991 considera a los árbitros como particulares que pueden ejercer función jurisdiccional de manera transitoria.

El artículo 116 de la Constitución establece lo siguiente:

"La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". (Énfasis fuera del texto)

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 -Estatuto de arbitraje Nacional e Internacional- establece que:

[20] Cfr. Ìdem, p. 16.

[21] REY VALLEJO, Pablo, "El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización", Revista Universitas, No. 126, Universidad Javeriana, Bogotá D.C, 2013, (pp. 299-327), pp. 207-208.

"El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción (…)". (Énfasis fuera del texto)

De esta manera, la aludida Ley destaca el carácter contractual del arbitraje, al afirmar expresamente que la competencia de los árbitros para resolver una determinada controversia deviene de la voluntad de las partes, y, en línea con esta premisa, en el artículo 3 de esta Ley se define el pacto arbitral, como aquel instrumento a través del cual las partes consignan dicha voluntad:

*"El pacto arbitral **es un negocio jurídico** por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.*

El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.

En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho (…)". (Énfasis fuera del texto)

Así las cosas, en la medida en que en el derecho colombiano el árbitro es un particular que ejerce funciones jurisdiccionales de manera transitoria, con autorización expresa del Estado, y adquiere competencia en virtud del acuerdo de voluntades entre las partes, puede sostenerse que la tutela sí es procedente en contra de los laudos arbitrales nacionales, como quiera que los árbitros son particulares que ejercen una función pública (la función jurisdiccional), y en este mismo sentido, prestan el servicio público de administrar justicia.

Empero, en lo que respecta al arbitraje internacional, dada la definición y alcances que se abordaron en el numeral anterior, se considera que su naturaleza es eminentemente contractual, como quiera que este mecanismo de resolución de conflictos se ha considerado autónomo e independiente de cualquier jurisdicción estatal. Así las cosas, la competencia de los árbitros internacionales no deviene de la autorización legal ni constitucional de ningún Estado, sino únicamente de la voluntad de las partes de someter su controversia a unos particulares especializados en una determinada área del derecho.

Esta premisa se materializa en la potestad que tienen los árbitros dentro de un arbitraje internacional, a diferencia de las potestades que pueden tener los árbitros en un arbitraje nacional o los mismos jueces ordinarios en Colombia:

- Verbigracia, el artículo 80 de la Ley 1563 de 2012 establece que los árbitros a nivel internacional cuentan con la potestad de decretar medidas cautelares, salvo que las partes dispongan lo contrario en el pacto arbitral. De esta primera facultad nace una primera gran diferencia con el arbitraje nacional y con el proceso judicial, pues en estos dos últimos escenarios no es posible para las partes restringir la potestad del árbitro o del juez para decretar medidas cautelares cuando procedan o sean necesarias, de conformidad con la ley que resulte aplicable al caso concreto[22].
- Otro ejemplo se traduce en que, de conformidad con los artículos 97 y 100 de la aludida Ley 1563 de 2012, los árbitros internacionales pueden celebrar audiencias para la práctica de pruebas, salvo que las partes dispongan lo contrario, y para la celebración de estas audiencias se requiere de la intervención de un juez de apoyo. Esto claramente no acontece en el proceso judicial, pues los jueces ordinarios tienen plena facultad, por la regla procesal de la inmediación, de practicar las pruebas ellos directamente, salvo cuando deban comisionar este acto procesal, de acuerdo con lo regulado en los artículos 37 y 171 de la Ley 1564 de 2012 -Código General del Proceso.
- El laudo proferido en el marco de un arbitraje internacional no tiene la virtud de generar efectos en un determinado sistema jurídico, como si la tendría el laudo nacional o una sentencia judicial[23], salvo que sea reconocido por la autoridad judicial competente. El numeral segundo (sic) del artículo 111 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 5 del artículo 30 del Código General del Proceso establecen que todos los laudos internacionales requerirán reconocimiento en Colombia, el cual se llevará a cabo por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en única instancia, salvo que la sede del arbitraje sea Colombia, caso en el cual el laudo se considera como uno nacional y podrá ejecutarse directamente en el territorio colombiano sin necesidad de reconocimiento previo, salvo que se haya renunciado por cualquiera de las partes al recurso de anulación.

[22] Cfr. Ver: Artículo 32, Ley 1563 de 2012 y Artículos 588 y siguientes de la Ley 1564 de 2012 -Código General del Proceso.

[23] Cfr. RIACHI SANABRIA, Juan Felipe, Óp. cit., p. 14.

De esta forma, empieza a esbozarse una respuesta negativa frente la procedencia de la tutela en contra de laudos arbitrales dictados en un arbitraje internacional, por cuanto estos particulares no pueden considerarse, en este caso, que ejerzan funciones jurisdiccionales, sino que simplemente ejercen la competencia expresa de resolver una determinada controversia, dada la habilitación que le dan las partes que intervienen en dicho conflicto[24]. Si bien es cierto que el artículo 116 de la Constitución Política de 1991 establece que los particulares administran justicia en calidad de árbitros, sin hacer distinción entre árbitros nacionales o internacionales, esto no es una justificación suficiente para no interpretar esta norma constitucional de manera sistemática con la definición, características y alcances particulares del arbitraje internacional, puesto que estos particulares, al momento de decidir sobre una determinada controversia, no lo hacen en nombre en ningún Estado en particular ni para preservar la vigencia y aplicación de ningún ordenamiento jurídico estatal en concreto[25].

3.2 Prohibición de intervención de las autoridades nacionales en lo decidido en un laudo internacional, el recurso de anulación, y la solicitud de reconocimiento de un laudo arbitral internacional

El artículo 67 de la Ley 1563 de 2012 establece expresamente que:

"En los asuntos que se rijan por la presente sección, no podrá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos en que esta sección expresamente así lo disponga".

De esta forma, es claro que la intervención de las autoridades nacionales en las decisiones y labor de los árbitros internacionales es mínima, por lo que podría sostenerse que la intervención del juez de tutela nacional para cuestionar un

[24] Cfr. En el mismo sentido: RIACHI SANABRIA, Juan Felipe, Ibídem, pp. 16-18; DE JESÚS, Alfredo, "La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina", En: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y PIZARRO WILSON, Carlos (Coords.), "Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet", Universidad del Rosario, Bogotá D.C, 2008, (pp. 1-36), p. 11: "El fundamento de la autonomía del arbitraje comercial se sostiene en su naturaleza jurídica, la cual destaca por su carácter voluntarista (1), por tener su origen en la voluntad de las partes y por su carácter transnacional (2), por su incorporación en un orden jurídico transnacional".

[25] Cfr. En el mismo sentido: RIACHI SANABRIA, Juan Felipe, Óp. cit., p. 27.

laudo internacional está prohibida. La razón de ser de esta disposición está precisamente en que el arbitraje internacional no se encuentra sometido a la jurisdicción de ningún Estado en particular, por lo que ninguna autoridad judicial nacional de ningún Estado tiene la potestad de intervenir en la actividad ni en el razonamiento de los árbitros internacionales, salvo casos taxativamente previstos en la ley.

Las hipótesis donde se permite, de forma expresa y excepcional, la intervención de las autoridades judiciales en la eficacia y ejecución de las decisiones de los árbitros internacionales, corresponden al recurso de anulación y el reconocimiento del laudo internacional.

A. Recurso de anulación

El recurso de anulación de un laudo arbitral internacional, es un recurso extraordinario que procede contra este tipo de decisiones solamente si se configura alguna de las causales taxativamente previstas por la Ley, con el fin de restarle validez y eficacia. En el derecho colombiano, este mecanismo de impugnación se encuentra regulado en los artículos 107 y siguientes de la Ley 1563 de 2012. El artículo 107 establece que:

"Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales contempladas taxativamente en la presente sección".

Así mismo, el artículo 108 de esta misma ley prescribe las causales taxativas por las cuales un laudo arbitral internacional podría ser anulado, en los siguientes términos:

"La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio:

1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe:

a) Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las

partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley colombiana; o

b) Que no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o

c) Que el laudo versa sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley.

2. De oficio, cuando:

a) Según la ley colombiana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o,

b) El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia".

De acuerdo con la norma citada, es posible anular un laudo arbitral internacional cuando hay alguna causal que invalide el pacto arbitral, cuando no se notificó en debida forma a alguna de las partes la iniciación del proceso arbitral o la designación de los árbitros, que el laudo versó sobre cuestiones que no se encontraban cobijadas por el pacto arbitral, que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento no se ajustaron a lo pactado por las partes, cuando la controversia no sea susceptible de arbitraje de acuerdo con la Ley colombiana o cuando el laudo proferido sea contrario al orden público internacional de Colombia. Revisadas estas causales es posible concluir que con ellas se pueden garantizar los derechos sustanciales y el derecho fundamental al debido proceso de las partes que participan en un trámite arbitral internacional, entendido como el conjunto de garantías que le permite a los particulares presentar sus argumentos y pruebas de defensa y controvertir los de la contraparte, por lo que la tutela no funcionaría como una vía principal para la protección de estos derechos.

Frente al orden público internacional de Colombia se hace necesario realizar algunas breves precisiones de cara a esta investigación, como quiera que

este puede adquirir el carácter de procesal y de sustancial. La doctrina ha sostenido que el orden público internacional lo componen los principios que son considerados como los valores fundamentales por un determinado país:

"Debido al carácter fundamental del orden público, su alcance es relativamente estrecho. Además, el alcance del orden público debe restringirse aún más en el ámbito internacional; se distingue entre orden público nacional e internacional. Esta distinción "significa que lo que se considera de orden público en las relaciones internas no pertenece necesariamente al orden público en las relaciones internacionales" (…) *En otras palabras, "no todo incumplimiento de una norma imperativa del país anfitrión podría justificar la denegación del reconocimiento o la ejecución de un laudo extranjero. Dicha denegación sólo se justifica cuando el laudo contraviene principios que se consideran en el país anfitrión como reflejo de sus convicciones fundamentales, o que tienen un valor absoluto y universal."*[26] (Énfasis fuera del texto)

La Corte Suprema ha sostenido que *"el concepto de "orden público"… en el foro nacional tiene la virtualidad de enervar el reconocimiento o la ejecución de un "laudo extranjero", hecho bajo el amparo de la aludida Convención de Nueva York, se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del "foro" del juez del execuátur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas"*[27]. (Énfasis fuera del texto)

La doctrina y la jurisprudencia han sostenido que es posible hablar tanto de orden público sustancial como de orden público procesal[28]. Este último

[26] Trad. Propia de Hanotiau, B.; Caprasse, O, 2008, "Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention", En: Journal of International Arbitration. Vol. 25, Issue 6. pp. 721 – 741.

[27] Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de julio de 2011, M.P: Ruth Marina Diaz Rueda, Exp. 11001-0203-000-2007-01956-00. Cfr. En el mismo sentido: Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC9909-2017 del 12 de julio de 2017. M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

[28] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de mayo de 2017, M.P: Ariel Salazar Ramírez, Exp: SC6493-2017: "(…) En la doctrina del derecho internacional privado, el concepto de orden público internacional ha ocasionado variados debates, pero la mayoría se sitúa en una corriente restrictiva o minimalista que lo identifica con los principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que

concepto comprende los principios de orden procesal que componen un mínimo irrenunciable que debe garantizarse a todos los asociados, y que se asocian con el derecho fundamental al debido proceso. El profesor Manciaux ha manifestado lo siguiente respecto al orden público procesal:

"(…) En efecto, el control de conformidad de un laudo al orden público internacional no se limita al estudio de su contenido, sino que se extiende también a la manera en que el laudo ha sido rendido. A este título, el vicio en la constitución del tribunal (a), la corrupción de uno de sus miembros (b) y el incumplimiento grave de una regla fundamental de procedimiento (c) constituyen hipótesis de violación de reglas suficientemente esenciales para ser calificadas como reglas de orden público realmente internacional, destinadas a asegurar el derecho de toda persona al debido proceso"[29]. (Subrayado por fuera del original)

En un sentido similar, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

"(…) en la [noción] de «orden público internacional procesal» se incluyen las garantías fundamentales que permitan asegurar la defensa y un juicio ecuánime, como el derecho a recibir una adecuada notificación, una oportunidad razonable de defensa, igualdad entre las partes y un procedimiento justo ante un juzgador imparcial (…)"[30].

Así las cosas, es claro que cuando el juez de la anulación de un laudo arbitral internacional analiza la causal de orden público internacional -en su acepción sustancial o en su acepción procesal- también estudia la vulneración de los derechos fundamentales sustanciales y del derecho fundamental al debido proceso de las partes que intervinieron en el trámite de arbitraje internacional, por lo que esta es la primera vía procesal llamada a la protección de estos derechos y no la acción de tutela.

B. Reconocimiento de laudo arbitral internacional

De otro lado, el reconocimiento de un laudo dictado en un arbitraje internacional se refiere a la posibilidad de que la Sala Civil de la Corte Suprema

el Estado desee proteger, los cuales pueden ser tanto de naturaleza sustantiva como de orden procesal (…)".

[29] MANCIAUX Sebastien, "El orden público internacional y el arbitraje de inversión", En: "El orden público y el arbitraje", Ed. Universidad del Rosario, Bogotá D.C, 2015, (pp. 37-56).

[30] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de marzo de 2018, M.P: Ariel Salazar Ramírez, Exp: SC877-2018.

de Justicia, en única instancia[31], lo dote de plenos efectos jurídicos para que pueda ser ejecutado en el territorio colombiano, salvo aquellos laudos que se dicten en trámites arbitrales internacionales cuya sede sea algún lugar del país, pues en estos casos no se requerirá reconocimiento alguno del laudo y se puede ejecutar en Colombia como si hubiese sido una decisión dictada por jueces nacionales.

De conformidad con lo previsto en el artículo 112 de la Ley 1563 de 2012 la Corte Suprema puede negar el reconocimiento de los efectos jurídicos de un laudo arbitral internacional por las mismas causales de anulación de un laudo arbitral, por lo que también en este escenario se puede sostener que las partes intervinientes en un trámite arbitral internacional pueden solicitar la protección de sus intereses y derechos sustanciales y procesales exponiéndole a la Corte Suprema de Justicia los argumentos por los cuales no se le debe reconocer en Colombia efectos a un determinado laudo internacional. Esto, por supuesto, incide de manera directa en el carácter subsidiario que la tutela puede tener respecto de este tipo de decisiones.

4. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES

Teniendo en cuenta los elementos teóricos expuestos hasta ahora en este escrito, se hace necesario exponer, de manera breve, la posición que tiene la Corte Suprema de Justicia en relación con la procedencia de la acción de tutela en contra de laudos arbitrales, tanto nacionales como internacionales

4.1 Procedencia de la tutela contra laudo arbitral nacional: requisitos exigidos por la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha considerado que es procedente la acción de tutela en contra de los laudos arbitrales nacionales bajo el entendido de que, por expresa disposición del artículo 116 de la Constitución Política de 1991, los árbitros administran justicia al igual que los jueces y por esta razón sus decisiones tienen la virtualidad de vulnerar los derechos fundamentales de las personas[32]. De esta manera, esta corporación ha establecido unos requisitos

[31] Numeral 5, Artículo 30, Código General del Proceso.

[32] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-244 de 2007, M.P: Humberto Sierra Porto; Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015, M.P: Luis Guillermo Pérez, entre otras.

generales y unos requisitos especiales para la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales nacionales.

Los requisitos generales de procedencia son que la cuestión debatida tenga relevancia constitucional, el cumplimiento de la subsidiariedad de la tutela, la inmediatez de la tutela, que la irregularidad procesal alegada haya incidido de manera determinante en la decisión arbitral, y que se expongan de manera razonable los hechos y los derechos fundamentales vulnerados que sustentan el amparo solicitado[33]. Frente a la subsidiariedad, la Corte Constitucional ha sostenido que, en la medida en que el ordenamiento jurídico colombiano prevé el recurso de anulación para controvertir un laudo arbitral, se deberá agotar por regla general dicho recurso extraordinario antes de poder acudir a la acción de tutela. Sin embargo, si el caso concreto no encuadra en ninguna de las causales previstas por la ley procesal para la anulación del laudo arbitral, podrá solicitarse por la parte interesada la protección de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela[34].

Y, finalmente, en relación los requisitos especiales de procedencia, la aludida corporación ha sostenido que debe determinarse por el juez de tutela la configuración de una vía de hecho cometida por parte de los árbitros a la hora de dictar el laudo, la cual puede ser un defecto orgánico, un defecto fáctico, un defecto sustantivo o un defecto procedimental[35].

4.2 Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales en Colombia

La Corte Constitucional se pronunció por primera vez sobre la procedencia de la acción de tutela en contra de laudos arbitrales internacionales en la Sentencia SU-500 de 2015, con ponencia del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez. En este caso se analizó por esta corporación la procedencia de la acción de tutela en contra de un laudo emitido dentro de un arbitraje

[33] Cfr. Ver, entre otras: Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018, M.P: Alberto Rojas Ríos; Corte Constitucional, y Sentencia SU-500 de 2015, M.P: Luis Guillermo Pérez.

[34] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

[35] Cfr. Ver, entre otras: Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa; y Corte Constitucional, Sentencia T-466 de 2011, M.P: Jorge Iván Palacio.

internacional llevado a cabo ante la Cámara de Comercio Internacional y en contra de la sentencia que resolvió el recurso de anulación de dicho laudo. La Corte en esta oportunidad sostuvo que los laudos arbitrales son decisiones eminentemente jurisdiccionales, por lo que es posible predicar una equivalencia funcional entre los laudos arbitrales y las providencias judiciales, por cuanto resuelven de manera definitiva un conflicto y tienen la aptitud de afectar derechos fundamentales, haciendo procedente la acción de tutela contra los primeros.

Empero, en esta misma sentencia se sostuvo que, teniendo en cuenta que la procedencia de tutela contra los laudos arbitrales es más estricta, tendiendo en cuenta que son las partes las que voluntariamente deciden, a través del pacto arbitral, sustraer su conflicto del conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

La providencia anteriormente citada debe ser objeto de críticas, como quiera que en ella la Corte Constitucional partió de la base de que puede existir una equivalencia entre las decisiones de los jueces y las decisiones de los árbitros, sin distinguir entre los laudos nacionales y los laudos internacionales. Tal y como se expuso en los anteriores apartados, este razonamiento sería completamente válido para los laudos nacionales, como quiera que por expresa autorización constitucional, los árbitros son particulares investidos de la potestad de administrar justicia transitoriamente; sin embargo, por la propia naturaleza del arbitraje internacional, que se caracteriza por ser un trámite deslocalizado y autónomo e independiente de cualquier jurisdicción estatal, no es posible afirmar que sus decisiones pueden ser equivalentes funcionalmente a las de los jueces, por cuanto los árbitros en esta hipótesis no resuelven el conflicto en nombre de ningún Estado en particular ni para garantizar la vigencia de ningún ordenamiento jurídico nacional en concreto.

Recientemente, la Corte Constitucional se volvió a pronunciar sobre la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales internacionales. En la Sentencia T-354 de 2019, con ponencia del magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo se analizó la procedencia de una acción de tutela contra un laudo arbitral proferido en un arbitraje internacional con sede en Colombia. La Corte consideró que la procedencia de la tutela en contra de este tipo de decisiones era excepcionalísima, y configuró una regla fundada en el derecho sustancial aplicable al trámite arbitral y convenido por las partes en el pacto arbitral, en los siguientes términos:

"(…) frente a las acciones de tutela que se presenten contra laudos proferidos en Colombia con derecho sustancial extranjero, no es posible aplicar los requisitos de

procedibilidad especiales propios de la acción de tutela debido a que el único parámetro de control al cual el juez constitucional puede sujetar su análisis es el orden público internacional de Colombia y, al estar la violación de este último contemplada como una causal de anulación, se hace indispensable agotar previamente dicho recurso. En este contexto, el juez únicamente puede aplicar los requisitos específicos de procedibilidad en acciones de tutela formuladas contra laudos que estén gobernados, al menos parcialmente, por la ley colombiana y, aún en esos casos, la aplicación de estos requisitos habrá de respetar al máximo los elementos característicos de tal arbitraje (…)".

Este reciente criterio expuesto por la Corte genera bastante extrañeza y motivos de crítica. No existe fundamento jurídico alguno que permita afirmar que si el derecho sustancial escogido por las partes es el derecho colombiano debe proceder la acción de tutela de forma principal, mientras que si dicho derecho es extranjero, debe acudirse, en primer lugar, al recurso de anulación contra laudo internacional aplicándose el criterio de orden público internacional de Colombia, pues los artículos 111 y siguientes de la Ley 1563 de 2012, que regulan el recurso de anulación y el reconocimiento de los laudos internacionales en Colombia no establecen distinción alguna entre el derecho sustancial aplicable al conflicto como requisito para invocar la causal de violación al orden público internacional -sustancial o procesal- de Colombia, por lo que, en cualquier caso, estos mecanismos serían los llamados a ser empleados por las partes intervinientes en el trámite arbitral para solicitar la protección de sus derechos e intereses antes de acudir a la tutela.

Esta misma reflexión aplica para las demás causales de anulación o de reconocimiento de laudo arbitral internacional, que la Corte Constitucional deja por fuera de su análisis: la indebida integración del tribunal, la falta de competencia por desbordar lo pactado en la cláusula arbitral o la falta de notificación del inicio del procedimiento a la parte convocada, son yerros susceptibles de vulnerar el debido proceso de las partes que intervienen en un arbitraje internacional, independientemente del derecho sustancial aplicable al caso concreto, pero que en todo caso deberá buscarse su protección, en primer lugar, a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento procesal colombiano para estos efectos.

Piénsese en dos casos hipotéticos: El primer caso consistiría en un arbitraje internacional donde se decidió por las partes aplicar derecho sustancial colombiano, pero que los árbitros, al momento de tomar la decisión que resolvía de manera definitiva la respectiva controversia, vulneraron principios que componen el orden público internacional de Colombia. En este primer

escenario, de acuerdo con la metodología establecida por la Corte, la parte afectada tendría que invocar, en primer lugar, alguna de las vías de hecho establecidas en la jurisprudencia constitucional para que procediera la tutela contra dicho laudo, a pesar de que la causal de orden público internacional de Colombia cobija la protección de los derechos fundamentales[36].

Y, finalmente, un segundo escenario implicaría que se profirió un laudo en un arbitraje internacional donde se decidió aplicar derecho extranjero, pero al momento de emitirse el laudo puede sostenerse que el Tribunal o el árbitro único incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico al proferir el laudo sin tener competencia para ello, desbordando los límites del pacto arbitral, o incurrió en un defecto procedimental a la hora de notificar del inicio del trámite a la parte convocada o a la hora de integrar el Tribunal. En esta hipótesis, de acuerdo con la Corte, no se podría acudir a la tutela porque tocaría invocar el orden público internacional de Colombia a través del recurso de anulación contra dicho laudo[37].

5. CONCLUSIONES

De acuerdo con los argumentos expuestos a lo largo de este escrito, es posible concluir que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, actualmente no resulta procedente la acción de tutela en contra de los laudos arbitrales internacionales, por varias razones:

5.1 La primera de ellas, y quizás la más importante de todas, es que el Tribunal Arbitral o el árbitro único no ejerce funciones jurisdiccionales ni presta ningún servicio público de administrar justicia a nombre de ningún Estado en particular. La competencia de los árbitros internacionales no está dada por la autorización de ningún Estado sino por el mutuo acuerdo entre las partes, vertido en el pacto arbitral. El arbitraje internacional es un mecanismo de solución de controversias deslocalizado y autónomo e independiente respecto de cualquier jurisdicción estatal.

5.2 Como consecuencia de la primera premisa, no es posible establecer una equivalencia funcional entre las providencias judiciales y los laudos arbitrales internacionales, para poder concluir tajantemente que ambas son decisiones definitivas con la capacidad de afectar derechos fundamentales, pues los árbitros internacionales tienen potestades mucho más limitadas que los jueces a la hora de resolver el respectivo conflicto, facultades que incluso pueden ser limitadas por las partes, mientras que los jueces tienen facultades coercitivas y de instrucción dadas por la ley que, por regla general, no pueden ser limitadas salvo autorización legal, por ser las normas procesales de orden público.

Así mismo, el laudo internacional no tiene la aptitud de generar efectos jurídicos en ningún Estado ni en ningún territorio en particular, a diferencia de las providencias proferidas por los jueces nacionales, y esta la principal razón por la cual es necesario el procedimiento de reconocimiento del laudo para dotarlo de efectos jurídicos y que pueda ser ejecutado en el territorio colombiano.

5.3 Así mismo, y en gracia de discusión, si a pesar de las premisas expuestas con anterioridad, se admitiera la procedencia excepcional o excepcionalísima de la tutela en contra de laudos internacionales, no se cumpliría con el requisito de la subsidiariedad previsto en la jurisprudencia constitucional, pues los primeros mecanismos llamados a ser utilizados por las partes e intervinientes en un trámite de arbitraje internacional para proteger sus intereses, sus derechos sustanciales y su derecho fundamental al debido proceso -entendido como ese conjunto de reglas o garantías que le permiten a las personas presentar sus argumentos y pruebas a favor de sus intereses y controvertir los de la contraparte- son el recurso de anulación y la oposición frente al reconocimiento de un laudo internacional, regulados en la Ley 1563 de 2012.

5.4 La metodología actualmente concebida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela en contra de un laudo internacional no tiene ningún sustento fáctico ni jurídico, por lo que se sugiere como necesario que esta corporación reevalúe el criterio recientemente establecido en la Sentencia T-354 de 2019. Si, a pesar de los argumentos en contra de la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales internacionales, se quiere seguir sosteniendo la postura de que este amparo es procedente, el criterio no puede ser el derecho sustancial aplicable en el caso concreto, sino que podría explorarse el hecho de que, si el artículo 111 de la Ley 1563 de 2012 establece que el laudo internacional con sede en Colombia se asemeja a un laudo nacional, esto podría abrir la puerta para asimilar el laudo internacional al laudo internacional en estos casos particulares, con el fin de sostener que, si la ley Colombiana le reconoce plenos efectos jurídicos a dichas decisiones y la posibilidad de ser ejecutadas inmediatamente, como contrapartida

[36] TALERO RUEDA, Santiago, "Tutela contra laudos arbitrales: hacia una solución en el arbitraje local e internacional", Anuario de Derecho Privado No. 3, Universidad de los Andes, Bogotá D.C, 2021, (pp. 9-50), p. 40.

[37] Cfr. Ibídem, pp. 40-41.

debería permitir que un juez de tutela las revise. Sin embargo, aún en esta particular hipótesis sostenemos que la tutela en todo caso no sería procedente porque debe ser un mecanismo subsidiario con respecto al recurso extraordinario de anulación.

Finalmente, se hace énfasis a la comunidad jurídica y académica en general que el hecho de que se sostenga que no es posible interponer una acción de tutela en contra de un laudo arbitral internacional no significa que se está afirmando que los derechos fundamentales de las partes e intervinientes en un trámite de arbitraje internacional deben quedar sin protección ante una eventual vulneración, sino que, en esta hipótesis, deberá acudirse al recurso extraordinario de anulación u oponerse frente a la solicitud de reconocimiento de un laudo arbitral internacional en Colombia. Por esta razón, deben seguir fortaleciéndose a nivel jurisprudencial los conceptos de orden público internacional sustancial y procesal, para abarcar la mayor cantidad de hipótesis de protección de los derechos sustanciales y del derecho fundamental al debido proceso de los particulares, respetando el carácter contractual y autónomo del arbitraje internacional.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

Doctrina

CARRERA SILVA Liliana, "La acción de tutela en Colombia", Revista IUS vol.5 n.27 Puebla, México,2011.

CREMADES Bernardo, "El arbitraje en la doctrina constitucional española", Revista Lima Arbitration No. 1, Circulo Peruano de Arbitraje, Perú, 2006.

DE JESÚS Alfredo, "La sala constitucional y el arbitraje comercial: hacia un régimen racional de control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano", Revista Peruana de Arbitraje No. 3, Instituto Peruano de Arbitraje, Perú, 2006, (pp. 63-136).

DE JESÚS, Alfredo, "La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina", En: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y PIZARRO WILSON, Carlos (Coords.), "Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet", Universidad del Rosario, Bogotá D.C, 2008.

HANOTIAU, B.; CAPRASSE, O, 2008, "Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention", En: Journal of International Arbitration. Vol. 25, Issue 6.

HERRERA BONILLA, Kristhy Marian, "Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional", Cuadernos de la Maestría en Derecho No. 6, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C, 2017, (pp.265-328).

MANCIAUX Sebastien, "El orden público internacional y el arbitraje de inversión", En: "El orden público y el arbitraje", Ed. Universidad del Rosario, Bogotá D.C, 2015, (pp. 37-56).

OSUNA PATIÑO Néstor Iván, "Tutela y amparo: Derechos protegidos. Estudio comparativo Colombia-España", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C, 1998.

REY VALLEJO, Pablo, "El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización", Revista Universitas, No. 126, Universidad Javeriana, Bogotá D.C, 2013, (pp. 299-327).

RIACHI SANABRIA, Juan Felipe, "La acción de tutela en el arbitraje comercial internacional: una aproximación metodológica frente a su procedencia", Revista de Derecho Privado No. 56, Universidad de los Andes, Bogotá D-C, enero-junio, 2016, (pp. 1-33).

TALERO RUEDA, Santiago, "Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable", Ed. Temis, Bogotá D.C, 2010.

TALERO RUEDA, Santiago, "Tutela contra laudos arbitrales: hacia una solución en el arbitraje local e internacional", Anuario de Derecho Privado No. 3, Universidad de los Andes, Bogotá D.C, 2021, (pp. 9-50).

Jurisprudencia

Corte Constitucional, sentencia T-539 de 1992, M.P: Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, sentencias T–225 de 1993, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Constitucional, Sentencia T–640 de 1996 M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia T–173 de 1997, M.P: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia T–269 de 1997, M.P: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia T–504 de 2000, M.P: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia T–859 de 2003, M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia T–222 de 2004, M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia T–401 de 2004, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T–827 de 2004, M.P: Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional, mediante sentencia C-134 de 1994, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa, Exp: D-404.

Corte Constitucional, Sentencia T-1165 de 2003, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T-244 de 2007, M.P: Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015, M.P: Luis Guillermo Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018, M.P: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015, M.P: Luis Guillermo Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia T-466 de 2011, M.P: Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia T-354 de 2019, M.P: Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de julio de 2011, M.P: Ruth Marina Diaz Rueda, Exp. 11001-0203-000-2007-01956-00.

Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC9909-2017 del 12 de julio de 2017. M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de mayo de 2017, M.P: Ariel Salazar Ramírez, Exp: SC6493-2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de marzo de 2018, M.P: Ariel Salazar Ramírez, Exp: SC877-2018.

Leyes:

Constitución Política de 1991.

Decreto Ley 2591 de 1991.

Ley 1563 de 2012.

1564 de 2012 -Código General del Proceso.

LA PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE EN EL PROCESO ARBITRAL

*Carlos Alberto Paz Russi**

La jurisprudencia constitucional ha concluido que el trámite arbitral es un verdadero proceso y que, por consiguiente, está sometido a las exigencias y contenidos garantizados por el artículo 29 de la Constitución. En este sentido se consagró en la sentencia C-330 de 2000 "El arbitramento es un verdadero

* Abogado Universidad de San Buenaventura Seccional Cali (Colombia). Socio Fundador de la firma Paz Russi Abogados. Magister., c., en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Lomas de Zamora - Buenos Aires Argentina). Especialista en Derecho Comercial, (Pontificia Universidad Bolivariana. Medellín Colombia), con énfasis en Derecho de Seguros. Árbitro en Derecho Civil, Comercial, Seguros y Administrativo, en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, y de la Asociación de Ingenieros del Valle. Docente de las Cátedras de Derecho Procesal Civil, Probatorio, Arbitraje y Seguros las cuales ha regentado desde hace más de 26 años en las Universidades San Buenaventura, Pontificia Javeriana, Pontificia Bolivariana, Colegio Mayor del Rosario, en Pregrado y Posgrado. Conferencista Nacional e Internacional en temas de Derecho Procesal Constitucional, Procesal Civil, Seguros y Arbitraje. Profesor Galardonado en tres ocasiones durante el tiempo que regentó las cátedras de Derecho Procesal en la Universidad de San Buenaventura Cali. Ha sido director para Colombia de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Director para el Valle del Cauca de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Conjuez en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Presidente del Capítulo de Cali de la Asociación Colombiana de derecho de Seguros "Acoldese". Actualmente es Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericana de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Presidente del Capítulo Valle del Cauca del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros. Conjuez de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali. Docente de Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Conferencista invitado en los Diplomados de Arbitraje, y del Código General del Proceso de la Cámara de Comercio de Cali.

procedimiento judicial –en sentido material– y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales". Dicha conclusión ha sido reiterada, entre otras, en sentencias C-1038 de 2002 y C-330 de 2012.[1]

Establece la Ley 1563 de 2012:[2] "PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE. Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, **en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia** mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvención, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente.

En caso de que el tribunal se declare competente por mayoría de votos, el árbitro que haya salvado voto cesará inmediatamente en sus funciones y será reemplazado en la forma prevista en esta ley. Nombrado el reemplazo, se reanudará y terminará la primera audiencia de trámite.–

Por último, el tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.

Concluida la audiencia, comenzará a contarse el término de duración del proceso"

Autor de varias obras de derecho procesal civil, derecho probatorio, seguros, arbitraje, teoría general del proceso, y el derecho de petición, éstos dos últimos como coautor con Carlos Eduardo Paz Gómez.

[1] Sentencia C 765 de 2013. Actor Carlos Alberto Paz Russi. Magistrado: Alberto Rojas Ríos.

[2] Artículo 30.

Como podemos observar, el justiciable que acude al trámite arbitral presenta la demanda siguiendo los requisitos de la norma procesal, como lo es el artículo 82 y siguientes del Código General del Proceso, con la obligación de presentar el documento que contenga la cláusula compromisoria, o el compromiso, y si quiere hacer uso del pacto arbitral tácito deberá manifestarlo en uno de los hechos de la demanda (artículo 3º), y el proceso empieza de acuerdo con el artículo 12 de la ley 1563/12.

En la audiencia de integración del tribunal (artículo 14), interviene el demandado, y en la audiencia de instalación (artículo 20) la demanda es admitida, inadmitida o rechazada, no obstante antes de este acto procesal se elige Presidente del panel arbitral y secretario, el cual usualmente asiste a la audiencia, toda vez que el Centro de arbitraje ha citado a una audiencia privada para tratar estos temas, entonces empieza el término de cinco días del deber de información del secretario, el cual puede ser renunciado por las partes presentes en la audiencia, y se procederá a su posesión, de lo contrario se deberá esperar el vencimiento del término. Si hay objeción alguna para el nombramiento del secretario, los árbitros decidirán. Importante tener en cuenta que para el secretario no proceden las causales 2º y 12º del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que éste no decidirá sobre el asunto puesto a disposición de los árbitros, que son los únicos habilitados por las partes para decidir. Surtido el trámite anterior, el demandado es notificado del auto admisorio conforme a la ley procesal, es decir con base en el artículo 118 ibídem, nótese que el artículo 20 no impone como obligación que asistan las partes, por lo que se deberá notificar al demandado y el término de veinte días empezará a correr al otro día, o si no compareció se deberá notificar de acuerdo con el artículo 23 de la ley arbitral en concordancia con el decreto 806 de 2020, es decir, a través de los medios electrónicos informados, y éste interviene ejerciendo su derecho de defensa, y de contradicción, no obstante, lo anterior, el artículo 30 ibidem indica que una vez agotadas las etapas preterminadas como lo son admisión, inadmisión, de la demanda, resolución de las recusaciones interpuestas, notificación del auto admisorio de la demanda, traslado de las excepciones de mérito, resolución de los recurso de reposición interpuestos, es cuando el panel arbitral debe pronunciarse sobre su competencia. Es por ello por lo que se debe corregir de una vez por todas este error, pues el panel arbitral asume su competencia desde el mismo momento de la delegación de las partes y su aceptación a dirimir el conflicto.

Cuando el panel arbitral dicta el auto admisorio está indicando que es competente, pues de lo contario debe rechazar la demanda y enviarla al juez

que considere competente, de acuerdo con el artículo 90 inciso 2º del Código General del Proceso. Recordemos que si encuentra que la acción ha caducado debe rechazar la demanda. Tema este sumamente importante que solo lo puede determinar quién tiene competencia, pues como bien lo ha establecido la Corte Constitucional mediante sentencia C 807 de 2009, el justiciable "se ve enfrentado a la pérdida de su derecho sustancial, así como de la oportunidad para accionar".

Retomando lo regulado en el artículo 20 de la ley arbitral que indica "Sin perjuicio de lo que haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a los previsto en el Código de Procedimiento Civil (Hoy día, Código General del Proceso).

Es por ello por lo que consideramos que la reforma a la ley arbitral deberá indicar que los árbitros adquieren su competencia una vez agotada la audiencia de integración, se adicione el artículo 21 inciso 2º indicando que las causales de excepción previa deberán interponer mediante recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, y si prospera el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda arbitral, por falta de jurisdicción o de competencia, o por caducidad de la acción se ordenará remitir el expediente al juez que corresponda y lo actuado conservará validez.

Recordemos que por habilitación de las partes en el pacto arbitral la competencia es privativa de los árbitros, es decir, excluye a todas las demás autoridades judiciales, y en razón a esa delegación asumen competencia para resolver el conflicto cuando admiten la demanda, desde el mismo momento de la integración del tribunal arbitral, pues por mandato constitucional, reglado en el artículo 116 tienen jurisdicción temporal siempre y cuando se itera las partes le deleguen la competencia para conocer del asunto, o litigio.

Es por ello, que se deberá suprimir lo establecido en el artículo 20 del Estatuto Arbitral inciso 5º que indica: "Sin perjuicio de lo que luego haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite"

El artículo 20 del Estatuto Arbitral que nos indica que, si el tribunal arbitral se declara incompetente, el justiciable demandante "En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda, ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente"

Con lo anterior, se evitan los conflictos procesales que se presentan cuando los abogados que acuden al trámite arbitral presentan las excepciones previas en

escrito separado y pretenden que el panel arbitral las resuelva, de lo contrario acuden a la acción de tutela, que hoy por hoy sirve para todo incluso para indicar que si se rechaza el escrito de excepciones previas se le está conculcando el derecho de defensa al justiciable, toda vez que se debió dar aplicación al artículo 12 del Código General del Proceso, que se ha vuelto mágico para unos árbitros y jueces para resolver el tema desconociendo la legislación, de hecho incluso se pide airadamente que se inaplique la norma arbitral que indica que las excepciones previas no se aplican al proceso arbitral, cuando realmente fue el legislador dentro de su autonomía de acuerdo con el artículo 150 de la Constitución Política que indicó claramente que en este trámite no son procedentes.

Las excepciones previas, tienen como finalidad "evitar procesos inútiles, cuyo fracaso se conoce de antemano. (…) cuando se declara probada una excepción de estas (impedimentos procesales en doctrina), el juicio queda paralizado en su iniciación, y por eso deben ser consideradas como medios para impedirlos, más bien que como modo extraordinario de ponerle fin" (Devis Echandía).

"La excepción previa busca que el demandado, desde un primer momento, manifieste las reservas que pueda tener respecto a la validez de la actuación, con el fin de que el proceso, subsanadas las irregularidades, se adelante sobre bases de absoluta firmeza, corrigiendo, de paso, fallas por omisión en las que incurrió el juez, porque es lo cierto que éste a través de las facultades de inadmisión de la demanda puede desde un primer momento obtener el saneamiento del proceso, deber que persiste a lo largo del mismo. (Hernán Fabio López Blanco).

Si el artículo 100 del Código General del Proceso trae taxativamente las causales y en ellas en su numeral 1º indica "Falta de jurisdicción o competencia" es deber del justiciable demandado o llamado en garantía, presentar dicho recurso so pena de que no pueda interponer el recurso de anulación fundado en el numeral 41 numeral 2º de la ley arbitral que indica "La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia" pues al vencimiento de cada etapa procesal el árbitro deberá realizar el control de legalidad, de acuerdo al artículo 132 del Código General del Proceso que ordena: "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" normas esta que va ligada al principio de preclusión procesal. Y el artículo 102 establece: "los hechos que configuran excepciones

previas no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones"

Resuelto lo anterior, ya el panel arbitral se concentrará a continuar el proceso, y se fijará la audiencia de conciliación de que trata el artículo 24 del estatuto arbitral y si no se concilia la totalidad de las pretensiones, o se concilian parcialmente se fijarán los gastos y honorarios y una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral deberá celebrar la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, se decretarán las pruebas solicitadas por las partes, y decretará de oficio las que considera necesarias. En el trámite arbitral no es obligatorio decretar pruebas de oficio, toda vez que existe norma especial como lo es el artículo 30 inciso final que sobre el tema indica "y las que de oficio estime necesarias" Concluida la audiencia, comenzará a contarse el término de duración del proceso. Proceso que se desarrollará con la finalidad de resolver el conflicto suscitado, el cual no terminará por un tema procesal toda vez que ya antes de la audiencia de trámite se realizaron los ajustes necesarios para poder dictar el laudo.

No olvidemos que de acuerdo al artículo 1º del Código General del Proceso, éste aplicará en las actividades procesales cuando "no estén regulados expresamente en otras leyes" motivo por el cual se debe aplicar el artículo 278 que nos ordena que "En cualquier estado del proceso, el juez (árbitro) deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos (…) 3º Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa" y así podemos llegar a la primera audiencia de trámite, no solo cuando han pagado los gastos y honorarios, sino cuando tenemos un trámite hasta el momento saneado y el justiciable sabrá que tendrá solución a su conflicto y no obtendrá un laudo en contra por estos aspectos procesales, que en últimas a eso ha acudido al proceso arbitral y ha designado los árbitros en quien confía por su experiencia en el tema a resolver.

PRINCIPIOS PROCESALES CONSTITUCIONALES: Acceso a la Administración de Justicia. Debido Proceso. Lealtad Procesal. Transparencia. Buena fe.

EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

*Hernando Herrera Mercado**

Retomo y actualizo apuntes de la obra que sobre esta materia publicara hace algunos años y algunos otros escritos de nuestra autoría, para dar cuenta de tema tan transcendente, toda vez, que sin duda, es innegable la importancia que tiene el arbitraje dentro de la adecuada resolución de controversias en el campo de la contratación.

* Abogado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Posee una acreditada experiencia en cargos directivos de alta responsabilidad legal los sectores privado y público. En el sector privado, se ha desempeñado como director ejecutivo de la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), presidente de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá, igualmente director de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, asesor jurídico de la empresa Bavaria S.A. y gerente de proyecto de la Agencia Norteamericana de Desarrollo, e integrante de la Corte de Arbitraje de la Asociación de Exmagistrados (Asomagister). También ha hecho parte de la mesa de análisis de Caracol Radio en temas jurídicos y judiciales. En el sector estatal, se ha desempeñado como presidente (e) y secretario general de Telecom, asesor y secretario del Ministerio de Justicia y del Derecho, y asesor de la Comisión Especial Legislativa (encargada de reglamentar las disposiciones más importantes de la Constitución del 91). Ha ejercido la cátedra universitaria en pregrado y postgrado en las universidades Externado, Javeriana, La Sabana y el Rosario. También ha sido conjuez del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo de Estado (Sección Tercera y de su Sala de Consulta y Servicio Civil). Director fundador del postgrado de Arbitraje en la Universidad del Rosario. Director de la Maestría de Arbitraje, Nacional, Internacional y de Inversión de la Universidad del Rosario y la Cámara de Comercio de Bogotá. Miembro activo de la lista de árbitros de varios centros de arbitraje e integrante de más de 120 trámites arbitrales y de amigable composición en campos de la contratación pública y privada. Columnista de Ámbito Jurídico de LEGIS y de otras revistas académicas especializadas. Autor de varias obras individuales y colectivas en temas jurídicos, principalmente, en torno al arbitraje.

Pasaremos a tocar en este ensayo lo atinente a los medios de impugnación frente al laudo arbitral, y muy especialmente lo que tiene que ver con la anulación.

En primer lugar conviene discernir, que entendemos por medios de impugnación, los mecanismos de defensa y saneamiento a disposición de los sujetos procesales, con el fin de oponerse plenamente a una providencia judicial o intentar contrarrestar sus eventuales errores en la sustanciación o definición litigiosa, y lograr su revocatoria total o parcial.

De lo anterior, que se haya indicado, generalmente, al término "recurso", el concepto de "regresar", es un recorrer (al decir de Couture) o correr de nuevo el camino ya hecho, lo que supone que otra autoridad u organismo pueda examinar las resoluciones previamente adoptadas. En tal sentido, los medios de impugnación suponen necesariamente la contradicción de una actuación judicial o de rango similar, con el claro cometido procesal de que se vuelva a discernir en torno a la materia ventilada. Así las cosas, el impulso de tales instrumentos, tiene por objeto de que se rectifique la resolución dictada, por parte ya bien sea del mismo juzgador o tribunal que la dictó, por parte de un órgano jerárquico superior, o quien se la ha asignado tal función.

Los medios de impugnación se concreta, por consiguiente, en vías legítimas, dada su pleno reconocimiento legal, orientados a remediar el eventual agravio de una providencia anómala, injusta o ilegal.

Dependiendo del acto que se busque conjurar, tales instrumentos de repudio procesal poseen un ámbito de acción más o menos amplio, en orden a facultar a la autoridad que conoce de ellos para surtir una revisión material y de fondo de la decisión, o para simplemente, verificar que no se hubieren quebrantado en ella unos presupuestos formales.

Desde esa perspectiva, bien puede decirse que existen recursos que tienden a corregir resoluciones por haberse originado una equivocación en el juzgamiento (errores *in iudicando*); y otros, que atacan los yerros de procedimiento (errores *in procedendo*).

Aunque también se ha patentado otra clasificación, atinente a distinguir el alcance de estos medios de impugnación dependiendo si se limitan o no a causales taxativas, lo que da lugar a una tipología entre ordinarios o extraordinarios.

De ahí que, generalmente los primeros den lugar a la expedición de un pronunciamiento con arreglo a derecho, sustituyendo la resolución

impugnada; mientras que los segundos, auspician exclusivamente su nulidad o revocatoria.

Por regla común, los primeros, habilitan la revisión integral de la materia de un proceso, incluso sobre la forma como se aplicó el derecho; los otros, por el contrario, están dirigidos a censurar ciertos errores tipificados bajo determinadas causales sin abrirse una segunda instancia o realizarse un reexamen de la controversia planteada.

Estos límites y distinciones cobran especial importancia en el tema arbitral, toda vez que tradicionalmente en esta materia los recursos establecidos contra la sentencia arbitral o laudo, no hacen propicio el que pueda adelantarse un nuevo juicio. En el arbitraje, entonces, los arbitrios o medios procesales de impugnación, poseen un alcance restringido, y el agraviado no puede pretender una nueva resolución, sino muy concretamente, la invalidación de la decisión definitiva de la controversia que está recurriendo.

Diremos también que, usualmente, el conocimiento de estos medios de impugnación se han deferido a la jurisdicción, y que nunca conocen de estos recursos, por vía de posible retractación, el mismo tribunal que dictó el laudo, o por vía de reconsideración, una instancia arbitral superior con la competencia para redefinir el caso.

Comúnmente también señalar que, los medios de impugnación en materia arbitral proceden exclusivamente contra los laudos o sus providencias aledañas de corrección o adición, pero no contra determinaciones distintas de un tribunal arbitral –proferidas generalmente mediante autos–, para las que se reserva el ejercicio de la reposición que debe ser formulada ante el mismo panel.

Pese a que un sector arbitralista, aduce que la naturaleza contractual de la cláusula arbitral emancipa de revisión el fallo de los árbitros, mayoritariamente se piensa que la instauración de sistemas de impugnación, no riñe con tal presupuesto, ya que lo que se persigue es simplemente concretar en este tipo de trámites el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.[1] Dos cosas distintas pues son, la sumisión al arbitraje, a que ello suponga la ausencia de un mecanismo judicial de control a la actividad arbitral.

[1] Tradicionalmente han existido dos corrientes con relación a la pertinencia de instaurar medios de impugnación de los laudos arbitrales. Una, defiende la posibilidad de evitar que el laudo arbitral sea sometido a cualquier tipo de injerencia judicial y por ende la única función del órgano jurisdiccional sería la de encargarse de su ejecución. La segunda, atribuye a la jurisdicción la facultad de controlar a posteriori la actuación de los árbitros, aunque solamente con relación a su regularidad procesal.

La doctrina científica más autonomista, arguye que la inclusión de vías jurisdiccionales para enmendar los eventuales errores cometidos por los árbitros, materializan la "judicialización" de la figura y además hacen prolongar innecesariamente la resolución de la disputa. Sin embargo, del otro lado de la orilla, están precisamente quienes miran en tales recursos la prerrogativa de ejercer un derecho tan primordial como el de impugnación, que a su vez también se origina en la autonomía del sujeto procesal.

En todo caso, en la línea media de ese debate, la instauración de recursos contra el laudo, no puede suponer que ellos disfruten de una posibilidad ilimitada para atacar el fallo arbitral.

Convergeremos entonces, en que en virtud de los inevitables nexos de unión entre el sistema alternativo de solución de controversias –arbitral– y el sistema corriente de definición de litigios –jurisdiccional–, y que se concretan no solo en la impugnación sino también en la ejecución del laudo, definitivamente lo propicio es el establecimiento de medios de impugnación –no de apelación–, que no se extiendan a la revisión del fondo del laudo y que resulten razonables y ponderados.

De manera tal, que una vez emitida la solución arbitral, a las partes o a cualquiera de ellas, no se le despoje de su derecho de acceso a los tribunales, a través de un recurso restringido pero conducente.

Ciertamente, los medios de control de los laudos arbitrales no poseen paralelismo con los motivos impugnatorios de las decisiones que profieren los jueces, y por su predefinido ámbito de acción, tienden a originar una acción bien distinta de la que encausa el proceso arbitral. Dentro de este contexto, el desenvolvimiento del régimen de recursos contra los fallos arbitrales se soporta en la admisibilidad de la revisión jurisdiccional de los laudos arbitrales, pero bajo un claro espectro que no muta a la instancia judicial en una vía ordinaria de revisión.

Se postula que la actuación arbitral –a pesar de su carácter de solución extrajudicial– está llamada a respetar ciertas reglas y, lógicamente, su desacatamiento da lugar a la procedencia de los supuestos impugnatorios, sin inmiscuirse en la valoración de cómo se aplicó la norma sustantiva. En efecto, como la justicia arbitral está premunida de una agilidad y celeridad que le son rasgos distintivos de suyo, suena más que acertada la previsión de que se restrinja las instancias que lo alarguen y que además desfiguren su esencia, en el sentido de convocar a sujetos imparciales y expertos para delegarles la resolución de una discrepancia jurídica.

Tales consideraciones, se han concretado en la uniformidad del régimen de recursos contra los laudos arbitrales, con simples variaciones, en algunos casos imperceptibles, procurando al máximo su firmeza e inapelabilidad, pues predominan las regulaciones que rechazan las revisiones de las decisiones arbitrales a la usanza de las segundas instancias.

Así, podemos decir que los medios de impugnación contra el laudo no se erigen en recursos de reforma, por estar atados a causales que disciernen concretamente sobre la arbitrabilidad o el juicio regular, lo que obliga a un encuadramiento expreso del eventual agravio con el fin de constatar si ha existido tal extralimitación o vicio. Complementariamente conviene dejar constancia en este punto que, las determinaciones arbitrales resultan inapelables, y serán susceptibles de recursos extraordinarios cuando, en esencia, alteren la sustanciación regular del juicio o recaigan sobre asuntos que escapan a la órbita de los árbitros.

Por consiguiente, la autoridad judicial que conoce de los recursos contra el laudo no puede enmendar la definición arbitral ni declarase competente para conocer de cualquier oposición, ya que únicamente pueden fundarse en motivos legalmente previstos, en otras palabras, tasados. Igualmente dentro de esta perspectiva, de forma expresa se presupone que los remedios procesales en lo que hace al arbitraje, se ciñen a la búsqueda de la anulación total o parcial del laudo.

En tal sentido, el recurso de anulación en modo alguno está llamado a sustituir el laudo arbitral por un pronunciamiento distinto, sino que constituye un medio de impugnación, que persigue atacar su validez. Por tanto, es una *cognitio iuris* posterior al procedimiento arbitral, a pesar de que constituye una *cognitio* limitada a solicitar que se le deje sin efectos por la viabilidad de causales restringidas y previamente señaladas por el legislador.

En todo caso, es de advertir que no es pacífica la discusión del apelativo que el remedio procesal o instrumento de impugnación contra el laudo, debe tener. Gran parte de la doctrina científica sostiene, y no sin razón, que los mal llamados "recursos contra el laudo arbitral" no son propiamente recursos, sino que nos hallamos ante el real ejercicio de una acción autónoma, cuyo objeto es solicitar la nulidad del laudo.[2, 3]

[2] Posición de Font Serra, citada por Fernando Reglero Ramos, en El arbitraje, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, p. 226.

[3] Con relación a este punto, resulta oportuno traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 5 de mayo de 1995, que expone que "no obstante

De atenerse a las peculiares prerrogativas otorgadas a los órganos jurisdiccionales que conocen de la nulidad frente a laudos arbitrales y que no son otros distintos a verificar la existencia de concretos vicios -impidiéndoles pronunciarse de fondo sobre la resolución arbitral adoptada, lo que hace de este trámite un decurso independiente y autónomo-, no quedaría más que prodigar su carácter de acción.

Y es que si fuera un recurso típico, su alcance superaría el ámbito atribuido a un mecanismo de control judicial *per se* limitado, convirtiéndose en algunos casos, en una instancia con potestad de revisar integralmente la controversia resuelta por el laudo, lo cual desde luego desnaturalizaría su esencia.

En efecto, si el laudo arbitral tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, y las resoluciones que este contenga solo pueden atacarse por el apremio de un examen que no compromete el fondo del asunto, sumado el hecho de que los jueces que conocen de la anulación no son los superiores jerárquicos de los tribunales arbitrales, es de lógica aseverar, que se está ante la presencia de una acción y no de un recurso.

Lorca Navarrete y Silguero Estragnan[4] explican a este respecto: "el arbitraje por propia esencia, no admite grados funcionales ni jerarquías jurisdiccionales porque la unidad es consustancial a su naturaleza, de ahí que el recurso de anulación no se conceptúe como una instancia *ad quem* ordinaria y propia de una apelación civil"[5].

Empero, nuestra legislación opta por denominar a este medio de impugnación, "recurso", tal y como se contempla en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012. No obstante ya está visto que para que pudiera invocarse correctamente este concepto, haría falta, entre otras, que árbitros y jueces integraran una misma unidad funcional, se estableciera entre ellos una jerarquía, y se otorgara más campo de acción a la hora de revisar la decisión cuestionada, lo que no se presenta aquí. No es pues, la anulación, sino simplemente un juicio externo de formalidad, que no se extiende al reexamen del fundamento de lo resuelto.

su denominación legal el recurso de anulación de laudo arbitral no es un auténtico recurso, sino una acción autónoma de impugnación que da lugar a un proceso nuevo".

4 Lorca Navarrete, Antonio María y Silguero Estagnan, Joaquín, Derecho de arbitraje español, Ed. Dykinson, Madrid, 1994, p. 502.

5 Ciertamente el juez competente de la anulación no puede emitir un nuevo "laudo" o decisión sustancial del caso. Por excepción, en legislaciones como la suiza, se establece que en caso de declaratoria de nulidad del laudo, el asunto sea devuelto al panel arbitral para que la vuelvan a emitir sin los vicios de nulidad constatados.

Se agrega a esta disquisición, que las causales de anulación del laudo arbitral están centradas en aspectos de carácter formal, relativos, esencialmente, a casos de defectos del convenio arbitral, resolución de controversias no incluidas en el convenio arbitral y vicios concernientes al cumplimiento del procedimiento.

Siguiendo estas líneas, no cabe duda alguna que hubiere sido más propicio y encajado mejor, haber utilizado el término de acción para referirse a este medio de impugnación de la decisión de los árbitros.

Tal mecanismo persigue un efecto declarativo determinado, por lo visto, sin pretender la reforma de la decisión, ni equivaler a una instancia adicional dentro del arbitraje[6]. Bien por ello entonces, puede homologarse la anulación del laudo como una acción impugnativa autónoma[7] que no busca que se replantee la materia objeto de la controversia[8].

Esta fundamentación parte de la base que los recursos contra la definición arbitral –bueno es anticiparlo en la anulación o la revisión–, tienen carácter rescisorio, cuyo ejercicio da lugar a un proceso declarativo especial, en el que como se ha expuesto por la doctrina, se pretende tan solo que el tribunal se pronuncie acerca de la validez o no del laudo.

Al respecto el tratadista Hugo Alsina[9] sostiene: "La acción de nulidad de laudos arbitrales es un medio de impugnación característico y específico del juicio arbitral, existente en la generalidad de legislaciones y constituyendo una figura *sui generis* fundamentalmente distinta de las impugnaciones del proceso ordinario y sin parangón con las utilizadas contra las sentencias de los jueces. Tal acción de nulidad provoca un juicio de control *a posteriori*

6 La intervención jurisdiccional en el arbitraje se encuentra prácticamente limitada al "auxilio judicial" o la posibilidad de que para facilitar el procedimiento los árbitros puedan requerir determinado apoyo de los jueces, a la resolución del recurso de anulación y a la ejecución forzosa del laudo.

7 Guasp, a la hora de distinguir entre los medios por los que se puede atacar el límite temporal de una sentencia, diferencia: la vía del recurso, la vía de acción impugnativa autónoma y la vía de apertura de un nuevo litigio sobre el fondo. Desde esa perspectiva, la anulación de laudos corresponde más a una acción impugnativa autónoma, puesto que no puede hablarse de recurso en sentido propio, toda vez que no se ejercita dentro de un proceso como tal, ni se origina contra una resolución judicial para modificarla.

8 El autor Álvarez Sánchez de Movellan expresa que en rigurosa técnica jurídica, el recurso de anulación no es un recurso, sino que el legislador utiliza el calificativo de recurso en un sentido impropio.

9 Alsina, Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Tomo VII, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 87.

sobre la existencia de los presupuestos y de los caracteres funcionales y formales que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las decisiones arbitrales".[10]

Ambos están subordinados a la concurrencia de determinadas condiciones, ya que está vedado a la jurisdicción entrar a conocer *in extenso* el contenido del laudo, o lo que sería lo mismo, reiniciar el debate fallado por los árbitros. La casi unanimidad de legislaciones que contemplan estos recursos, por no decir que todas, lo afincan en motivos tasados de procedibilidad. Así lo irriga por ejemplo la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional –aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional–, que establece concretamente como motivos de anulación una triple escala de control, a saber:

a. El control de la existencia y validez del convenio arbitral.

b. El control de la regularidad del procedimiento en garantía del derecho de defensa y de los principios de igualdad, audiencia y contradicción.

c. El control sobre el fondo, estrictamente limitado a la garantía del orden público.

Con ello se garantiza que la pretensión anulatoria de un laudo no entrañe una segunda instancia, como lo ha definido el Tribunal Supremo español: "Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad –entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de motivos de la Ley 60/2003– de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje. Para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal, que se sujeta a las reglas del juicio verbal, y cuya competencia se atribuye a las Audiencias Provinciales".[11]

[10] Algunos autores han catalogado a la anulación como una acción meramente rescisoria. Al respecto ver a Miguel Ángel Fernández Ballesteros, comentario al artículo 40 de la Ley de Arbitraje española, en Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, del 23 de diciembre, Editorial Aranzadi, 2004, p. 412.

[11] Auto del 21 de febrero de 2006.

En tal sentido, el recurso o acción de anulación arbitral, claramente extraordinarios, operan frente a determinadas circunstancias, en las que se fija como causas impugnatorias: la inobservancia de formalidades; la emisión fuera de plazo; la resolución de aspectos no sometidos a la decisión arbitral o de materias no susceptibles de arbitraje. Ósea, lo que en últimas puede encuadrarse en la ocurrencia de vicios formales o procedimentales, o en la extralimitación temporal u objetiva.

De modo que, a la jurisdicción únicamente le está asignado comprobar la regularidad del proceso arbitral, sin poder sustituir al árbitro en la decisión del conflicto. De forma tal, que como tantas veces se ha dicho, su función no alcanza al fondo del asunto sino a constatar los presupuestos del arbitraje y el desarrollo del procedimiento.

Nuestra legislación consagra de la siguiente forma la posibilidad de interponer el recurso de anulación contra un laudo arbitral. Señala en tal sentido el artículo 40 de la Ley 1563 del 2012:

> *Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquél, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso*[12].

En relación con las facultades del juez que conoce de la anulación, es un punto prácticamente unánime señalar que estas se limitan a la verificación de las causales invocadas, bajo una perspectiva de interpretación restrictiva. De hecho, la normativa también tajantemente establece, que la autoridad judicial competente en la anulación no se puede pronunciar sobre el fondo de la

[12] En otras legislaciones, el recurso de anulación es planteado dentro un marco más excluyente, haciendo ver que los laudos arbitrales son impugnables exclusivamente a través de este recurso y no por ningún otro. El artículo 62 de la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana, precisamente establece: "contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo arbitral, debe fundamentarse y basarse exclusivamente en las causales señaladas en el siguiente artículo". Los términos "solo" y "única" pues, reafirman el aludido criterio.

controversia, ni está llamada a calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo[13].

Como lo tiene por claro la jurisprudencia, no se trata, entonces, de una nueva oportunidad para revivir el debate planteado ante el tribunal de arbitramiento pues al juez ordinario o contencioso le está vedado pronunciarse sobre el fondo del litigio conocido por aquél. En otras palabras, los jueces de anulación deben limitar su misión a cotejar las causales específicamente invocadas por los recurrentes con el contenido del laudo, lo que desde luego redunda en la estabilidad jurídica atribuida al laudo[14, 15].

La jurisprudencia contencioso administrativa ha resaltado las características fundamentales de este recurso. Sobre el particular, el Consejo de Estado[16], explicó:

> "[…] En reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado, Sección Tercera se ha referido a la naturaleza, y características del recurso extraordinario de anulación, aspectos sobre los cuales ha destacado lo siguiente:

[13] Inciso 4, artículo 42, Ley 1563 de 2012.

[14] Sin embargo este aspecto ha tenido algunas vicisitudes. Por ejemplo, en la Sentencia T-136 de 2003, se indicó lo siguiente: "no obstante el carácter limitado de las facultades del juez que conoce del recurso de anulación, nada le impide al Tribunal Superior o al Consejo de Estado pronunciarse oficiosamente sobre las nulidades absolutas que afecten el compromiso o la cláusula compromisoria. Ello es así porque estos contratos, como todo negocio jurídico, pueden estar afectados por las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 1741 del Código Civil, causales que, como se sabe, pueden reconocerse aún sin petición de parte interesada, tal como lo dispone el artículo 1742 de ese estatuto. De ese modo, si el negocio jurídico que dio lugar a la convocatoria del tribunal de arbitramento está afectado de nulidad absoluta, debe declararse esa nulidad pues tal declaratoria constituye un imperativo legal. Además, como ante esa situación queda sin fundamento jurídico alguno el proceso arbitral desatado, debe también declararse la nulidad del laudo arbitral en él proferido".

[15] El ejercicio de la indicada facultad fue también esgrimida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Así, en la Sentencia del 8 de junio de 2000 –expediente 16.973–, se declaró oficiosamente la nulidad del laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitramento convocado para dirimir la controversia suscitada entre el Consorcio Amaya Salazar y el Instituto de Valorización de Manizales. De igual manera, mediante la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 1º de agosto de 2002 –Exp. 21.041–, se declaró la nulidad del laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitramento convocado para dirimir la controversia suscitada entre Termorío y Electranta, por la nulidad absoluta, por objeto ilícito, del pacto compromisorio.

[16] Consejo de Estado, Sentencia del 21 de mayo de 2008, Exp. 33.643.

> "i) El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.
>
> "ii) La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores *in procedendo* (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso.
>
> "iii) Mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores *in iudicando* (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios.
>
> "iv) De manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales previstas en los numerales 4º y 5º, del artículo 72, de la Ley 80 de 1993.
>
> "v) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado "principio dispositivo", según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra; en consecuencia, no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación.
>
> "vi) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; 'tal excepcionalidad es pues, a la vez, funda-

mento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados'.

"vii) Dado el carácter restrictivo que caracteriza el recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley (artículos 128 de la Ley 446 de 1998 y 164 del Decreto 1818 de 1998) […]".

De lo visto se puede colegir, que el que la legislación disponga de un mecanismo tan restringido para atacar los laudos arbitrales, se deriva no solo de sus especiales condiciones de cosa juzgada y mérito ejecutivo, sino debido a la consideración de que el proceso arbitral se reputa como de única instancia[17, 18].

El recurso de anulación pues está diseñado fundamentalmente para censurar los errores en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales –por ejemplo, la violación del principio de la congruencia, los errores aritméticos o las resolutivas contradictorias–.Evidentemente, un muy concreto ámbito de acción y la precisa predeterminación de las facultades del juez que conoce de su trámite.

De lo anterior también que se exija que los motivos de anulación planteados por el recurrente, deban encuadrarse dentro de los supuestos del precepto

[17] La Corte ya se ha pronunciado sobre tal carácter, como sigue: "[…] el artículo 116 de la Carta Política permite a los particulares sustraerse a la aplicación de justicia por los funcionarios de la rama judicial y optar –escapando a la regla general en los casos autorizados por la ley–, por someter sus diferencias a la decisión de un tribunal ad hoc compuesto por árbitros, que son particulares y no adquieren la calidad de servidores públicos, a pesar de cumplir transitoriamente con la función pública de dispensar justicia. Al hacer uso de esa excepción regulada por la ley en desarrollo del mandato constitucional, los particulares se someten a la decisión judicial de una corporación esencialmente transitoria, que no tiene superior jerárquico y, por ende, quienes a ella acuden, optan por una organización excepcional de la administración de justicia, donde la naturaleza de las cosas hace imposible la aplicación de la regla general de la doble instancia (a través del recurso ordinario de apelación), que rige en la rama judicial (artículo 3° del Código de Procedimiento Civil)" (Corte Constitucional, Sentencia T-570 de 1994).

[18] Al respecto conviene ver también, Consejo de Estado, sentencia del 24 de octubre de 1996, Rad. 11632.

normativo que lo consagra. En otras palabras, no es posible subsumir dentro de los supuestos de la respectiva causal materias fácticas disímiles o distintas o simplemente constitutivas de meros cuestionamientos a la manera como los árbitros encausaron la controversia sometida a su juicio[19].

En resumen, de las restricciones impuestas a los recursos contra el laudo, se infiere su fuerza vinculante, cosa distinta a su intangibilidad, en orden a que si bien como se ha visto, contra él no cabe una segunda instancia, sí proceden, aunque con un marco limitado, vías judiciales para controlarlo.

[19] Por disposición legal el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso, cuando las causales no correspondan a ninguna de las señaladas en la ley. Lo anterior de conformidad con el artículo 42 de le Ley 1563 de 2012, según el cual: "la autoridad judicial competente rechazará de plano el recurso de anulación cuando su interposición fuere extemporánea, no se hubiere sustentando o las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en esta ley".

12.

Derecho de la competencia

NOVEDADES PROCESALES EL RÉGIMEN DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA: UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO 1323
Jorge Enrique Sánchez Medina

"NOVEDADES PROCESALES SOBRE LIBRE COMPETENCIA" 1345
EL ESTÁNDAR DE PRUEBA DEL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL DE VIOLACIÓN DE NORMAS 1345
Felipe Serrano Pinilla

NOVEDADES PROCESALES EL RÉGIMEN DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA: UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO

*Jorge Enrique Sánchez Medina**

RESUMEN

Este artículo presenta y examina las más recientes novedades procesales en el derecho a la libre competencia económica en Colombia. Para ello, aborda cada novedad procesal situándola en un contexto global, en diálogo con procesos de creación de normas análogas en otras regiones del mundo y con discusiones académicas y de política pública promovidas por organismos multilaterales acerca de las mejores prácticas en la aplicación del derecho de la competencia.

El artículo presenta un breve análisis de la evolución del programa de beneficios por colaboración y del régimen sancionatorio en materia de competencia. Además, describe el proceso de institucionalización de las estrategias de cumplimiento o *compliance* promovidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia en el último año. El análisis se enmarca en un estudio comparado de los avances procesales en estas tres materias por parte de otras jurisdicciones y del examen de las tendencias de *enforcement* de las autoridades de competencia del mundo en los últimos 6

* Socio fundador, JSM Abogados. Ejerció como Magistrado Auxiliar de la sección tercera del Consejo de Estado de Colombia y como Abogado Sustanciador de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. También como Delegado para la Protección de la Competencia y Delegado para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Fue asesor de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y apoderado del Primer Mandatario en dos gobiernos diferentes. Arbitro de la Lista A de la Cámara de Comercio de Bogotá.

años. Las tendencias son llamativas. Muestran una caída significativa no solo del número de decisiones sancionatorias contra carteles empresariales, sino también de las aplicaciones o solicitudes de acceso a programas de clemencia o de beneficios por colaboración. A su vez, las tendencias presentan un auge en la implementación de estrategias de abogacía y cumplimiento como herramienta para disuadir la comisión de prácticas restrictivas de la competencia.

Estas tendencias podrían revelar información útil para balancear y optimizar las estrategias de aplicación de derecho de la competencia. De ahí que este artículo explore la manera en la que la introducción de las novedades procesales anotadas en el régimen de competencia Colombiano responden a las tendencias locales y globales en materia de optimización y aplicación efectiva del derecho de la competencia.

Palabras clave: competencia, programa de beneficios por colaboración, cumplimiento, multas, carteles.

1. INTRODUCCIÓN

1. Las normas procesales son instrumentales para la realización de los objetivos del derecho a la libre competencia económica[1] como de buena parte de las instituciones jurídicas. Su finalidad es garantizar que las autoridades administrativas y judiciales cuenten con herramientas idóneas y suficientes para lograr la efectividad de sus funciones y, en el caso específico del régimen de libre competencia económica, las normas procesales apuntan a un equilibrio con las garantías de los agentes económicos que comparecen al proceso. No basta con la adopción de un régimen jurídico que prohíba prácticas comerciales restrictivas de la competencia para garantizar la realización del derecho constitucional, para ello también es indispensable contar con un diseño institucional adecuado y estratégico[2] que se ajuste a los tiempos actuales; que se mantenga eficiente de cara al dinamismo de los mercados y atento de las realidades socioeconómicas locales e internacionales.

[1] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-029 de 1995. (M.P. Jorge Arango Mejía: febrero 2 de 1995). Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-029-95.htm

[2] KOVACIC, William y HYMAN, David. Competition Agency Design: What's on the Menu? (2012). GW Law Faculty Publications & Other Works. Disponible en: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty_publications

2. En la actualidad, se reconoce con mayor frecuencia la influencia que las herramientas procesales pueden tener sobre la efectividad de la aplicación del derecho de la competencia[3]. Esa efectividad depende indudablemente del correcto funcionamiento de las autoridades que, sin duda, está vinculado tanto a la disponibilidad de recursos humanos y económicos, como de herramientas jurídicas idóneas. Por esa razón, es común ver que las agencias de competencia no solo establezcan prioridades y enfoquen su actividad hacia los casos con mayor impacto sobre los consumidores y la economía –como es el caso de la persecución de carteles en América Latina[4]–, sino, también, que promuevan iniciativas orientadas a optimizar y armonizar sus objetivos con el diseño institucional y a sus reglas de procedimiento. Por ejemplo, es usual que las autoridades de competencia complementen sus estrategias de lucha contra carteles empresariales –aplicación del derecho ex post– con la implementación de estrategias de robustecimiento de programas que se han denominado de clemencia e inmunidad[5] –entre nosotros de beneficios por colaboración–, sumados a la promoción de programas de cumplimiento[6]o *compliance*.

3. Es una práctica reiterada que las agencias de competencia inviertan en el fortalecimiento de sus capacidades sancionatorias[7] y en la potenciación de sus competencias y poderes de investigación. Estas reformas a los regímenes de competencia, de acuerdo con las recomendaciones de organismos multilaterales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos –OCDE–, revitalizan los sistemas jurídicos y contribuyen a

[3] RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA. Agency Effectiveness, Competition Agency Practice Manual. (2010).

[4] BANCO MUNDIAL. Fixing markets, not prices: Policy options to tackle Economic Cartels in Latin America and the Caribbean. (30 de Junio de 2021). Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35985

[5] UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. The use of leniency programs as a tool for the enforcement of competition law against hardcore cartels in developing countries. (Noviembre, 2010). Pág. 4. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf7d4_en.pdf

[6] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Programas de cumplimiento con el Derecho de la Competencia. Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE. (Junio, 2021). Disponible en: http://oe.cd/ccp

[7] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Sanctions in antitrust cases. Foro Global de Competencia, discusión sostenida el 1-2 de diciembre de 2016. (Diciembre, 2016). Disponible en: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)14/en/pdf

frenar y disuadir las prácticas restrictivas de la competencia más gravosas. Invertir en la disuasión de este tipo de prácticas producirá un efecto que se proyecta –*spillover*– sobre la disuasión de las demás conductas prohibidas por los regímenes de protección a la libre competencia[8]. Es cierto que las diferentes líneas de actividad de las agencias de competencia son interdependientes, de manera que las ganancias de eficiencia obtenidas por la aplicación eficaz de un grupo de herramientas, podrán tener impactos positivos sobre las demás[9].

4. Así, por ejemplo, la efectividad de un programa de beneficios por colaboración dependerá de que exista una amenaza real de detección de una conducta ilegal, circunstancia de improbable ocurrencia si la agencia de competencia no tiene capacidad de detección y sanción suficiente. En igual sentido, también será necesario que la agencia cuente con suficientes mecanismos de difusión que le permitan comunicar de manera precisa y clara las consecuencias de sus actuaciones administrativas para que los individuos y las agremiaciones se apropien del reproche social que merecen estas conductas. Este contexto no se logra sin un régimen sancionatorio lo suficientemente robusto, con sanciones que impacten la decisión de formar carteles que, en términos prácticos, reduzcan su rentabilidad y los hagan inviables para un agente racional, al tiempo que inhiban la realización de cualquier otra práctica restrictiva.

5. Como explicaré más adelante, la pregunta por los ingredientes necesarios para una aplicación óptima del derecho de la competencia no puede desestimar el impacto, positivo y negativo, de la adopción de ciertas iniciativas. Por ejemplo, como si se tratase de las piezas de un reloj, habrá de establecerse el impacto en la aplicación de la política pública que pudiera tener en materia de cumplimiento, la iniciativa de incluir un régimen de responsabilidad civil[10]. Al respecto, Bodnar, Fremery, Normann y Schad, del Duesseldorf Institute for Competition Economices –DICE–, comprobaron a partir de un experimento empírico el efecto adverso de la inclusión de la posibilidad de reclamación

[8] UK COMPETITION MARKETS AUTHORITY. The deterrent effect of competition authorities' work. Literature review. (Septiembre, 2017), p. 60. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/642801/deterrent-effect-of-competition-authorities-work-lit-review.pdf

[9] Ibid.

[10] RUBINFELD, Daniel. Improving antitrust sanctions. III. Private Enforcement. (2016). Pág. 100. Disponible en: https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/Improving-Antitrust-Sanctions_stamped.pdf

de daños a través de la justicia civil sobre los programas de cumplimiento[11], cuestión que podría no ser necesariamente así en todos los contextos, pero que termina por revelar la necesidad de balancear y estimar todos los efectos de la implementación de las instituciones jurídicas..

6. Es principalmente en el contexto de la lucha por la eliminación de carteles empresariales que se ha estudiado con intensidad de qué manera se puede optimizar la aplicación del derecho de la competencia; y que se ha explorado, con frecuencia desde aproximaciones empíricas, cuáles son las condiciones que permiten que las sanciones, los beneficios por colaboración y los programas de cumplimiento contribuyen a mejorar la eficacia del régimen de competencia. Además, estos estudios han identificado que la introducción y modificación de herramientas para la lucha contra carteles, como por ejemplo la mejora de los procedimientos sancionatorios, ha coincidido con el incremento a nivel mundial del número conductas desmanteladas[12]. No obstante, las aproximaciones de las agencias de competencia alrededor del mundo son divergentes y, aunque se observe un proceso de convergencia gradual frente a la inclusión de programas de beneficios por colaboración y de cumplimiento[13], no ocurre lo mismo con las características de las multas, pues se ha observado que existe variación entre regímenes dependiendo de los objetivos y principios que justifiquen su imposición[14].

7. La adopción de estrategias de cumplimiento de la ley de competencia e iniciativas de defensa de la competencia produce un ciclo virtuoso que repercute en el incremento en la eficiencia de la aplicación de la ley.

[11] BODNAR, Olivia; FREMEREY, Melinda; NORMANN, Hans-Theo; SCHAD, Jannika Leonie. The effects of private damage claims on cartel activity: Experimental evidence, DICE Discussion Paper, No. 315, ISBN 978-3-86304-597-5. (2021): Heinrich Heine University Düsseldorf, Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Düsseldorf

[12] DARGAUD, E., MANTOVANI, A. REGGIAM, C. Cartel punishments and the Distortive Effects of fines. Journal of Competition Law and Economics, 12 (2). (2016), pp. 375-400

[13] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Programas de cumplimiento con el Derecho de la Competencia. Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE. (2021). Disponible en: http://oe.cd/ccp

[14] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Sanctions in antitrust cases. Global Forum on Competition. Background Paper by the Secretariat. (2016). Disponible en: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)14/en/pdf

8. Este documento se centra en explorar, con una visión de derecho comparado, las novedades procesales que se han introducido recientemente en Colombia con el fin optimizar la aplicación del derecho de la competencia y fortalecer el ciclo de interdependencia entre las distintas áreas de operación de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de competencia.

2. NOVEDADES EN EL PROGRAMA DE BENEFICIOS POR COLABORACIÓN: AJUSTE DE UN PROGRAMA BASADO EN INCENTIVOS

9. La Ley 2195 de 2022 introdujo cambios relevantes en los capítulos de beneficios por colaboración con la autoridad y régimen sancionatorio. Estas modificaciones tienen diversos propósitos prácticos, entre ellos, desarrollar normas efectivas de lucha contra los carteles empresariales y armonizar las reglas procesales colombianas con los avances introducidos a los programas de clemencia, delación o de beneficios por colaboración por parte de diferentes jurisdicciones del mundo. Adicionalmente, estas modificaciones tienen en consideración el desempeño del programa de beneficios por colaboración desde su creación en el 2009, y su acogida por parte de agentes de mercado. De acuerdo con la parte introductoria del Decreto 253 de 2022, que modifica la reglamentación del programa contenida en el Decreto 1523 de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio ha recibido 21 solicitudes de acceso al programa de beneficios por colaboración, 18 de las cuales derivaron en la firma de convenios de colaboración con la autoridad, y 9 dieron lugar a resoluciones sancionatorias. En específico, la presentación de solicitudes se concentró en el periodo de 2014 a 2017, con 17 solicitudes; en adelante, solo se han recibido 2.

10. Las cifras del caso colombiano muestran la disminución significativa de las solicitudes de aplicación al programa de beneficios por colaboración en los últimos años. Esta tendencia coincide con el panorama internacional identificado en el análisis elaborado por la OECD en su reciente reporte *OECD Competition Trends 2022*[15]. Este reporte fue construido a partir de una base de datos que incluye variables relevantes, desde recursos de las autoridades de competencia hasta su actividad en áreas como carteles, abusos de posición dominante, control de integraciones empresariales y abogacía

[15] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. OECD Competition Trends 2022. (2022), p. 48. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf

de la competencia. Los datos fueron recopilados durante un periodo de 6 años (del 2015 al 2020), y cubren la actividad de 73 jurisdicciones alrededor del mundo, entre miembros y no miembros de la organización. El reporte analiza y compara tendencias en la actividad de autoridades de competencia de distintas regiones geográficas y sugiere correlaciones generales.

11. Allí la OCDE señala que, a pesar de la creciente adopción de programas de beneficios por colaboración en las últimas décadas, las solicitudes por parte de agentes de mercado han disminuido de manera significativa. En el periodo de 2015 a 2020 se observó una prevalencia en dicha disminución a nivel mundial. El número de aplicaciones fue menor en 2020 respecto de 2015, por ejemplo, en Europa disminuyó en un 70.5%, mientras que en la región de las Américas que incluye todo el continente americano disminuyó en un 68.6%, respecto de 2015. Vale la pena mencionar que, de acuerdo con el reporte, también el promedio de decisiones relacionadas con conductas de cartelización disminuyó en la mayoría de regiones del mundo durante el periodo de 2015 al 2020 y que los casos que fueron detectados mediante herramientas proactivas de detección presentó la misma tendencia.

12. Las razones detrás de la caída del número de aplicaciones al programa de beneficios por colaboración variarían por región y jurisdicciones específicas. No obstante, algunas de las explicaciones comunes a la reciente caída incluyen: (i) incertidumbre respecto del contenido de la aplicación y el alcance de los beneficios; (ii) el riesgo de perder la oportunidad de defensa ante un eventual litigio; (iii) incertidumbre frente a la seguridad jurídica en la jurisdicción; (iv) altas cargas administrativas derivadas del proceso; (v) los costos de la duración de la investigación y eventuales pretensiones por daños y perjuicios; (vi) la posible existencia de un régimen de marcadores discrecional[16]; (vii) las posibles implicaciones para los empleados; y, (viii) el impacto de la delación sobre la relación del delator con competidores y el riesgo de retaliaciones comerciales[17].

13. Estos factores fueron más relevantes para aquellas jurisdicciones en las que no se había introducido un régimen de responsabilidad civil recientemente, pues el reporte de la OCDE atribuyó esta tendencia principalmente a

[16] La denominación de marcadores refiere a los criterios quede acuerdo con cada jurisdicción permiten obtener un lugar privilegiado en el tiempo y en los beneficios en la aplicación al programa de clemencia o beneficios por colaboración.

[17] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. OECD Competition Trends 2022. (2022), p. 48. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf

la introducción de este tipo de regímenes. Según el organismo multilateral, en las jurisdicciones en las que existe esta posibilidad, los cartelistas tendrían que evaluar, además de las consecuencias jurídicas derivadas de procesos administrativos y penales, los costos de litigio que resultarían de una eventual demanda por daños ante la jurisdicción civil. Por esa razón, la OCDE estimó que la responsabilidad civil podría tener un impacto considerable sobre la toma de decisión de aplicar a un programa de clemencia en sede administrativa, disminuyendo así el número de aplicaciones recibidas y limitando la eficacia de la herramienta. Esta circunstancia, sin embargo, no ha impedido que se introduzcan en los regímenes jurídicos provisiones que equilibren los beneficios de los delatores con los derechos de las víctimas afectadas para obtener un resarcimiento –como es el caso de Colombia con la introducción del parágrafo 3 del artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, modificada por la Ley 2195 de 2022–.

14. Las recientes modificaciones al programa de beneficios por colaboración colombiano se ocupan de los factores identificados por la OCDE en su reporte como determinantes de la caída en las solicitudes ante las autoridades para participar en los programas de beneficios por colaboración o clemencia. Las nuevas disposiciones incorporan no solo las recomendaciones de la OCDE para la implementación de un sistema de detección de carteles efectivo contenidas en la *2019 Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels* de la cual Colombia es adherente. También refuerzan la posibilidad de desestabilizar las estructuras de cartel existentes, a través de la modificación de incentivos para reportar.

15. En su numeral II.1.a. la OCDE establece, entre otras, que los programas de clemencia efectivos deben: (i) establecer incentivos para la notificación voluntaria y otorgar inmunidad total al primer solicitante que informe sobre su conducta en el cartel y coopere plenamente con la autoridad de competencia, así como reducciones en las sanciones para los solicitantes posteriores; (ii) definir con claridad las reglas y procedimientos que rigen los programas de clemencia y los beneficios relacionados; (iii) facilitar la presentación de informes mediante el uso de un sistema de *marcadores* que promueva la presentación temprana de informes y ofrezcan certeza a los solicitantes; (iv) establecer estándares claros sobre el tipo y la calidad de la información que califica para recibir beneficios; (v) asegurar la cooperación continua entre el solicitante y la autoridad de competencia a lo largo de la investigación al tomar en cuenta factores tales como el valor de la información presentada y el momento de su presentación al determinar el nivel de reducción de las

sanciones; (vi) brindar protección o reducción de sanciones a los funcionarios y empleados de las entidades que solicitan los beneficios o clemencia; (vii) excluir a los coaccionadores de carteles de recibir inmunidad; (viii) otorgar una protección adecuada de confidencialidad a los solicitantes de los beneficios o clemencia; y, finalmente, (ix) reducir las cargas innecesarias para las partes que solicitan clemencia.

16. Desde inicios de implementación del programa de beneficios por colaboración en el 2009, se procuró por garantizar previsibilidad y seguridad jurídica a los investigados. Estos aspectos se han ido optimizando, primero con la reglamentación del Decreto 2896 de 2010, el primer conjunto de reglas aplicables a los aplicantes a beneficios por colaboración; y luego, con el Decreto 1523 de 2015, que se encargó ajustar el esquema de incentivos para infractores del régimen a fin de motivar el uso del mecanismo al proporcionar mayor claridad frente al instrumento jurídico, producto de una comisión redactora en la que participaron académicos, autoridad y abogados litigantes.

17. Las modificaciones introducidas por el Decreto 1523 de 2015 resultaron de la experiencia de la autoridad con los primeros casos en los que existió colaboración por parte de cartelistas. Esa experiencia permitió identificar la necesidad de ajustar definiciones relevantes, como la del instigador; e incluir un orden de prelación para la obtención de beneficios por colaboración, y un sistema de marcadores reglado. Con anterioridad a este Decreto, el solicitante que obtuviera el primer lugar conseguía la exoneración total de la multa a imponer, mientras que el segundo, era acreedor de una reducción de un 70%, el tercero del 50%, y en adelante, podrían ser acreedores de un 30% en la reducción de la multa a imponer.

18. Tras la modificación incluida por el Decreto 1523 de 2015, se amplió la brecha entre los beneficios obtenidos por el primer solicitante y los demás. Así, el segundo solicitante sería acreedor de una reducción de entre el 30 y 50% de la multa y el tercero de una reducción hasta el 25% de la multa. Este decreto agregó los parámetros para evaluar la utilidad de la información aportada por los solicitantes de cara a la suscripción del convenio para obtener beneficios por colaboración.

19. El Decreto 253 de 2022 es claro frente a las modificaciones que incluye y las circunstancias que busca optimizar. Así, refirió de manera explícita a las que consideró unas carencias del programa de beneficios por colaboración del 2015, y su relación de causalidad con la disminución del número de solicitudes. Estableció, entonces, que aspectos como otorgar beneficios diferenciados a los delatores dependiendo del momento en que acudan a la

entidad e incluir una limitación al número de los delatores incrementarían la eficiencia del programa. Al incluir estas modificaciones, también se espera aumentar los incentivos para aplicar al programa desde las primeras etapas de la actuación administrativa, en particular, antes de la expedición de la resolución de apertura de investigación.

20. El Decreto 253 de 2022 modificó el orden de prelación para conceder los beneficios derivados de la firma del convenio del programa de beneficios por colaboración y limitó el número máximo de delatores a 3 por actuación administrativa. En adelante, los beneficios variarán dependiendo de si la solicitud de ingreso se presenta hasta un día antes de la fecha de expedición del acto de apertura de investigación administrativa o el día de su expedición o con posterioridad. En el primer caso, se concedería la exoneración total de la multa al solicitante que ha acreditado los requisitos contenidos en la norma, y al segundo se le otorgaría una reducción de entre el 30% y el 50%, mientras que al tercero hasta el 25%. En el segundo caso, el primer solicitante obtendría una reducción de hasta el 30%, el segundo hasta el 20% y el tercero de hasta le 15%.

21. Las modificaciones introducidas siguen patrones de optimización de autoridades homólogas alrededor del mundo. Están orientadas a que los programas de delación alcancen un punto de eficacia frente a su rol para incrementar la capacidad de las agencias para detectar conductas anticompetitivas[18] y disuadir a los agentes de mercado de cometerlas. Su implementación, de acuerdo con evidencia empírica[19], también incrementaría la percepción que tienen los agentes económicos sobre la política de competencia de un país, contribuyendo a la diseminación de una cultura de competencia. Con todo, la modificación desde nuestra perspectiva hace más compleja la aplicación del programa beneficios al incorporar criterios de oportunidad que no existían y que, a pesar de su lógica estricta, podrían militar como desincentivo para los potenciales solicitantes.

22. En efecto, para los propósitos de la investigación, el que un solicitante al programa de beneficios de colaboración llegue incluso después del acto de apertura, puede resultar en términos prácticos tan útil como la colaboración de quien llegue antes. En esa medida, los criterios de oportunidad podrían

[18] MILLER, Nathan. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. (2009) Disponible en: https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.99.3.750

[19] BORREL, Joan Ramon., JIMENEZ, Juan., GARCÍA, Carmen. Evaluating Antitrust leniency programs. Pág. 107. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1993027

terminar por privar a las autoridades del acceso a la información determinante para la investigación y desincentivar a potenciales solicitantes.

23. De acuerdo con la discusión adelantada por la OCDE en 2018, sobre los retos de coordinación de los programas de cumplimiento[20], las agencias de competencia han evaluado la efectividad y desempeño de sus programas de cumplimiento de cara a 3 áreas principalmente. Primero, frente a los retos derivados de la alineación del programa con otras herramientas para la aplicación de la ley contra carteles, como las responsabilidades penal y civil derivadas de la conducta anticompetitiva. Segundo, frente a los retos de la aplicación del programa de beneficios por colaboración en casos de carteles o conductas anticompetitivas con implicaciones transfronterizas. Tercero, frente a la consecución de una colaboración efectiva de los aplicantes durante la investigación. Esto último ha implicado no solo la revisión del contenido de los programas de beneficios de colaboración para afinarlos al punto de su eficacia, sino también complementar el sistema de aplicación de la ley con poderes efectivos para investigar y sancionar.

24. El Banco Mundial, en su informe "*Fixing markets, not prices*" del 2021, identificó que agencias de competencia de Brasil, Chile, México, Colombia y Perú fortalecieron sus facultades jurídicas para empoderarse con la capacidad de llevar a cabo visitas de inspección administrativa asunto que, para el caso colombiano, a pesar de los amplios poderes de la autoridad, experimentó un dramático desuso. Estos países, además, invirtieron en la implementación de herramientas proactivas, como el análisis de datos de contratación pública, para identificar de manera oficiosa patrones sospechosos en los mercados de compra pública. Adicionalmente, fortalecieron sus técnicas de investigación con herramientas de inteligencia de mercado que les han permitido identificar prácticas restrictivas de la competencia más sofisticadas. Estas estrategias estuvieron acompañadas por el establecimiento de programas de cumplimiento que concedieran beneficios a los agentes de mercado que reportaran carteles.

25. Para el Banco Mundial, los programas de clemencia de la región de América Latina, con mención particular a aquellos del El Salvador, Ecuador y Perú, podrían optimizarse de varias maneras. En varios casos, sus programas de clemencia habrían desprotegido a los aplicantes frente a

[20] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, Challenges and Co-ordination of Leniency Programs. Background note by the Secretariat. (2018). Disponible en: https://www.oecd.org/competition/challenges-and-coordination-of-leniency-programmes.htm

la imputación de responsabilidad criminal y al uso de información aportada en el trámite de delación. Estas circunstancias, unidas a la discrecionalidad en el otorgamiento de las exoneraciones, desincentivan a los cartelistas a acercarse a la autoridad.

26. En este contexto, el Banco Mundial mencionó la importancia de que los programas de clemencia otorgaran mayores beneficios al primer aplicante respecto de los subsiguientes. Además, sugirió permitir aplicaciones verbales al programa y una garantía de confidencialidad mayor. Por último, recomendó incrementar la predictibilidad y la seguridad jurídica a través del desarrollo regulatorio de las normas que componen los programas. A estas recomendaciones se suman las experiencias recientes de 13 autoridades de competencia de la región entre las cuales existe un consenso generalizado frente a la utilidad de la herramienta[21]. Cada una de estas agencias se encuentran en diferentes etapas de maduración de sus regímenes de competencia, y en consecuencia, sus programas de delación son heterogéneos. Según la OCDE[22], la sofisticación y maduración de los programas varía dependiendo de si incluyen beneficios para segundos y terceros aplicantes, o disposiciones relacionadas con la calidad de la información aportada de cara a la concesión de beneficios, el otorgamiento de inmunidad penal, y la inclusión de reglas de reserva y confidencialidad de la información[23].

27. La heterogeneidad de los programas de clemencia de las agencias de América Latina permite evaluar la efectividad de los diferentes diseños y disposiciones[24]. Por ejemplo, recientes mejoras a los programas se han centrado en fortalecer los incentivos para que los agentes acudan a la firma de los convenios de colaboración. En la actualidad, siguiendo la tendencia del resto de regiones del mundo, las autoridades latinoamericanas debaten las razones que explicarían la baja en el número de aplicaciones a programas

[21] BANCO MUNDIAL. Fixing markets, not prices: Policy options to tackle Economic Cartels in Latin America and the Caribbean. (30 de Junio de 2021). Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35985

[22] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Session I: Strengthening incentives for leniency agreements – Call for Contributions. Latin American and Caribbean Competition Forum., (2022). Disponible en: https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2022forum/

[23] Ibid.

[24] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2014). Session II: Leniency Programmes in Latin America and Caribbean: rules, reforms, and challenges. Disponible en: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2016)5/en/pdf

de clemencia[25]. Y, en el caso de la región, discuten si atribuir ese fenómeno a una posible disminución de la efectividad de la aplicación de la ley –tomando por criterio las decisiones y monto de las multas impuestas–, y su reducido efecto para desincentivar la formación de carteles; y, al surgimiento e implementación de programas de cumplimiento al que le atribuyen o confían un amplio potencial para reducir actuaciones ilegales[26].

28. Estas dos dimensiones, la efectividad de la aplicación de la ley y su relación con el régimen sancionatorio y la institucionalización de los programas de cumplimiento serán abordadas en los capítulos que desarrollo a continuación.

3. INSTITUCIONALIZACIÓN JURÍDICA DE LA ESTRATEGIA DE CUMPLIMIENTO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

29. En el 2019 los programas de cumplimiento en materia de competencia no eran una realidad jurídica en el país[27]. Desde entonces, y con miras a fortalecer sus capacidades de defensa y promoción de la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio intensificó sus esfuerzos para desarrollar una estrategia de cumplimiento del derecho de la competencia eficaz que ayudara a prevenir violaciones de las normas de protección a la competencia. Para ello, la Superintendencia apoyó al Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación –ICONTEC– en la elaboración de la norma técnica voluntaria de buenas prácticas en materia de libre competencia económica. La NTC 6378:2020, proporciona lineamientos a las empresas para la implementación de programas de cumplimiento del régimen de libre competencia como parte de sus políticas de gobierno corporativo.

30. La expedición de la norma fue una novedad a nivel internacional por su carácter sui generis. A diferencia de la iniciativa de la autoridad colombiana, que cooperó con una entidad de normalización como el ICONTEC para expedir una norma técnica, la mayoría de jurisdicciones que han adoptado

[25] Ibid.

[26] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Session I: Strengthening incentives for leniency agreements – Call for Contributions. Latin American and Caribbean Competition Forum., (2022). Disponible en: https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2022forum/.

[27] BARRETO GONZÁLEZ, Andrés. El compliance y el derecho de la competencia. [en línea] Bogotá: Universidad Externado de Colombia, (2019). 2019 ISBN 9789587902822.

alguna estrategia de cara a incrementar el cumplimiento, han acudido a la expedición de directrices o guías[28] o al despliegue de mecanismos para incentivar la cultura de cumplimiento[29]. De acuerdo con la última revisión del tema por parte de la OCDE, "*las directrices varían en escala y alcance, pero a menudo son muy detalladas, con ejemplos prácticos y referencias a casos de la misma u otras jurisdicciones, y ofrecen explicaciones sobre el fondo junto a directrices sobre el proceso de cumplimiento y los requisitos*"[30].

31. Los debates alrededor de la implementación de los programas de cumplimiento se han centrado en las medidas que adoptan las autoridades de competencia para incentivar su uso. Algunas jurisdicciones han promovido políticas de recompensa, como es el caso Australia, Brasil, Canadá, Chile, Alemania, Hong Kong, Japón, Estados Unidos, el Reino Unido, Suiza, entre otros. Estas autoridades han reconocido los programas de cumplimiento en el sistema de aplicación de la ley de competencia al establecer causales de reducción de multa si los programas cuentan con los elementos mínimos establecidos en las guías, como es el caso de Brasil, Chile y Perú. Un enfoque distinto es el de la Comisión Europea que, aunque reconoce la importancia de los programas de cumplimiento, ha sido tajante en indicar que no ofrecerá recompensa alguna por su implementación de cara a la imposición de una multa.

32. En el 2021, la edición inaugural de los *Antitrust Compliance Awards* de la publicación *Concurrences* convocó a académicos, agencias de competencias, practicantes, empresas y *legal techs*[31] para que expusieran sus mejores y más innovadoras prácticas en la materia. Al menos 20 autoridades de competencia del mundo adjuntaron sus iniciativas de cumplimiento consistentes en guías, videos, podcasts, y otras aproximaciones creativas. Según el comité director de los premios, la mayoría de las iniciativas consistía en la pedagogía a los agentes de mercado sobre los regímenes de competencia y, las restantes,

[28] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Competition Compliance Programmes. OECD Competition Committee Discussion paper (2021). Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes-2021.pdf

[29] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Competition Compliance Report. Advocacy Working Group. (2021) Disponible en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/report-on-competition-compliance/

[30] Ibid.

[31] CONCURRENCES, Antitrust Compliance awards. (2021) Ver sitio web: https://compliance.concurrences.com

proveían mecanismos de mitigación de multas con la aplicación de programas de competencia robustos.

33. La agencia de competencia de Canadá, fue premiada por haber implementado una estrategia integral para apoyar a las empresas y a las asociaciones a prevenir conductas anticompetitivas. Su estrategia incluía una serie de podcasts, guías para el diseño de programas de cumplimiento ajustados a la norma, entre otros materiales que apoyan y facilitan la promoción del cumplimiento en distintos sectores de la economía[32]. Por su parte, la Autoridad de competencia de Brasil, el *Conselho Administrativo de Defensa Económica,* expuso sus Guías para la estructuración y adopción de programas de cumplimiento por parte de agentes económicos[33]. El propósito de estas guías es establecer directrices no vinculantes sobre la implementación de programas de cumplimiento por compañías y otros agentes económicos. La guía aborda temas como los beneficios del cumplimiento y de la adopción de los programas de cara a la mejora del gobierno corporativo, como la prevención del riesgo, la identificación anticipada de problemas de competencia internos y por parte de otras compañías, los beneficios reputacionales y la reducción de costos por contingencias litigiosas. Así mismo, comprende los elementos esenciales para la estructuración de programas de cumplimiento robustos y el impacto futuro sobre multas derivadas de actuaciones administrativas[34].

34. En este contexto, y de cara a los debates académicos y de política pública que se han suscitado sobre la materia que reconocen la importancia de invertir en mecanismos preventivos de violaciones al régimen de protección a la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio se sumó a las autoridades del mundo que reconocieron en el cumplimiento una herramienta esencial para el fortalecimiento de sus funciones. Así, presentó al gobierno nacional una iniciativa de modificación al diseño institucional de la entidad con el objeto de fortalecer el seguimiento y vigilancia de asuntos relacionados con la política de cumplimiento del derecho a la libre competencia económica. Con el Decreto 092 de 2022, se creó la Dirección de

[32] CONCURRENCES, Canadian Competition Bureau. (2021) Ver sitios web: https://compliance.concurrences.com/en/compliance/2021-en/agencies-initiatives-en/canadian-competition-bureau y https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/home

[33] CONCURRENCES, Brazilian Competition Authority. (2021) Ver sitio web: https://compliance.concurrences.com/en/compliance/2021-en/agencies-initiatives-en/brazilian-competition-authority

[34] Ibid.

Cumplimiento adscrita a la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

35. La novedad que trae la nueva Dirección de Cumplimiento es que estaría encargada por mandato explícito, de promover una cultura de buenas prácticas de cumplimiento en materia de libre competencia. La Dirección de Cumplimiento implementaría estrategias para el desarrollo y seguimiento de actividades de divulgación, promoción y capacitación relacionadas con el fomento y construcción de una cultura de cumplimiento. Adicionalmente, estaría encargada de la vigilancia de la adopción efectiva de programas de cumplimiento que se establezcan, con ocasión a garantías aceptadas por parte del Superintendente de Industria y Comercio en el marco de investigaciones administrativas; o como resultado de la imposición de condicionamientos por parte del Superintendente de Industria y Comercio en ejercicio del control de solicitudes de consolidación, integración, fusión y obtención de control. Se espera que la Dirección de Cumplimiento emita lineamientos para la adopción de políticas y programas de cumplimiento por parte de agentes de mercado y criterios para la identificación y gestión temprana de riesgos de incumplimiento en materia de competencia.

36. Con la creación de la Dirección de Cumplimiento y sus funciones de vigilancia y pedagogía activa para la prevención de violaciones al régimen de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio se sumaría al grupo de agencias que potencian el valor para la protección de la competencia de los programas de cumplimiento, tanto a nivel interno de las organizaciones, como en el contexto de las actuaciones administrativas. Con todo, resulta notorio que entre las nuevas previsiones no se hubiera previsto la posibilidad de que los agentes económicos vinculados a una investigación administrativa puedan aspirar a una disminución de la multa cuando acrediten haber adoptado previamente programas de cumplimiento con los elementos mínimos, como atrás se reseñó fue la opción de diseño institucional previsto en varias jurisdicciones.

4. FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD SANCIONATORIA

37. Los artículos 67 y 68 de la Ley 2195 de 2022 modificaron el régimen sancionatorio para personas jurídicas y naturales establecido en la Ley 1340 de 2009. Con esta modificación se ajustó la legislación colombiana a los estándares recomendados por la OCDE para sanciones efectivas. El objeto

de la modificación fue reforzar la capacidad sancionatoria de la autoridad y dosificar el monto de las sanciones conforme a nuevos criterios y circunstancias agravantes.

38. El primer aspecto sobresaliente de la modificación al régimen sancionatorio es la determinación del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, según la cual la Superintendencia de Industria y Comercio podría imponer sanciones pecuniarias a los *agentes de mercado*, sean personas naturales o jurídicas, por la violación a las disposiciones del régimen de libre competencia económica. Con anterioridad, la norma no se refería de manera explícita a la categoría de agente de mercado, que fue desarrollada por vía de precedente administrativo por parte de la autoridad de competencia.

39. Lo segundo es que se han incluido nuevos topes máximos, así como criterios para la imposición y graduación de la multa, y los agravantes para efectos de dosificar la sanción. Adicionalmente, la norma atribuye a la Superintendencia de Industria y Comercio varias potestades adicionales para imponer la sanción. Ahora la autoridad tiene la atribución de imponer como sanción hasta el trescientos por ciento (300%) del valor de la utilidad, atendiendo los límites de la norma, y cuando fuera posible cuantificar las utilidades percibidas por el infractor derivadas de la conducta. Así mismo cuenta con la facultad de aumentar hasta el diez por ciento (10%) sobre el importe de la multa a imponer, por cada circunstancia agravante en la que incurra el infractor. Finalmente, establece que será un atenuante el aceptar los cargos formulados en los casos en los que el investigado no obtuviera el reconocimiento como delator. La anterior norma establecía como circunstancia atenuante la colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta.

40. Para la imposición de la sanción la Superintendencia tiene ahora la potestad de elegir dentro de cuatro criterios, **el que arroje un mayor valor de la multa** En todos los casos se establecieron límites. Por ejemplo, un criterio es el de los ingresos operacionales del infractor o el del patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. En ese caso, la sanción no podrá exceder el veinte por ciento (20%) del valor ni de dichos ingresos o del patrimonio del infractor. En igual sentido, el segundo criterio establece un monto en salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo del infractor, que no podrá exceder cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, como lo establecía la anterior disposición. Otra novedad interesante es la inclusión del criterio para imponer la multa para los casos en

los que la infracción está relacionada con procesos de contratación pública. En esos eventos, el valor del contrato será tenido en cuenta, sin que la multa exceda el (30%) del valor del contrato.

41. Frente a los criterios para la graduación de la multa, la norma incluye: la idoneidad que tenga la conducta para afectar el mercado o la afectación del mismo, así como el tiempo de duración de la conducta; y, al mismo tiempo excluye de consideración para la graduación la conducta procesal de los investigados y la dimensión del mercado afectado.

42. Las modificaciones al régimen sancionatorio resultan pertinentes de cara a la valoración realizada por el Banco Mundial acerca de la calidad de las sanciones administrativas impuestas en países de la región Latinoamericana. De acuerdo con el reporte anteriormente citado[35], las sanciones administrativas impuestas son muy pequeñas para disuadir la formación de carteles empresariales. Los datos estudiados por el Banco Mundial sugieren que las multas representan tan solo un 3% del beneficio esperado por los cartelistas al coludirse[36]. Lo que implicaría que las multas no estarían cumpliendo con el objetivo de incrementar el riesgo de que la detección del cartel por parte de la autoridad resulte en pérdidas económicas. La recomendación por parte del Banco Mundial fue incluir multas determinadas por un porcentaje fijo de las utilidades en lugar de valores nominales, lo que las convierte en una proxy del daño causado por el cartel[37]. En esa vía se modificó la norma colombiana.

5. CONCLUSIONES

43. Las novedades procesales introducidas recientemente en Colombia mediante la Ley 2195 de 2022, el Decreto 253 de 2022 y el Decreto 092 de 2022 son coherentes con las mejores prácticas recomendadas por organismos multilaterales como la OCDE y el Banco Mundial en materia de aplicación efectiva de la ley de competencia. Adicionalmente, prometen idoneidad para enfrentar la reducción del número de aplicaciones al programa de beneficios por colaboración de los últimos años y el aumento en la complejidad de los casos de prácticas restrictivas de la competencia que se ve reflejado en la reducción de decisiones sancionatorias.

[35] BANCO MUNDIAL. Fixing markets, not prices: Policy options to tackle Economic Cartels in Latin America and the Caribbean. (30 de Junio de 2021). Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35985

[36] Ibid.

[37] Ibid.

44. Los ajustes introducidos al programa de beneficios por colaboración y al régimen sancionatorio refuerzan y robustecen las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio. Por un lado, afinan el esquema de incentivos necesarios para incrementar el uso del programa de beneficios por parte de agentes de mercado, y, al mismo tiempo, potencian la capacidad sancionatoria para incidir en el efecto disuasorio de la aplicación de la ley. Con estas modificaciones la SIC incorpora las conclusiones a las que han llegado estudios empíricos sobre las relaciones de interdependencia y causalidad que existen entre la eficacia de la aplicación de la ley y el balance de las capacidades de detección, investigación, sanción y disuasión.

45. El enfoque propuesto para avanzar en estrategias de cumplimiento del derecho de la competencia es sui generis. Con la creación de la Dirección de Cumplimiento se institucionalizaron algunos mecanismos para incrementar la prevención de infracciones al derecho de la competencia. No obstante, existe un vacío frente al efecto de la implementación de los programas de cumplimiento de cara a procedimientos administrativos sancionatorios.

REFERENCIAS

BANCO MUNDIAL. Fixing markets, not prices: Policy options to tackle Economic Cartels in Latin America and the Caribbean. (30 de Junio de 2021). Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35985

BARRETO GONZÁLEZ, Andrés. El compliance y el derecho de la competencia. [en línea] Bogotá: Universidad Externado de Colombia, (2019). 2019 ISBN 9789587902822.

BODNAR, Olivia; FREMEREY, Melinda; NORMANN, Hans-Theo; SCHAD, Jannika Leonie. The effects of private damage claims on cartel activity: Experimental evidence, DICE Discussion Paper, No. 315, ISBN 978-3-86304-597-5. (2021): Heinrich Heine University Düsseldorf, Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Düsseldorf

BORREL, Joan Ramon., JIMENEZ, Juan., GARCÍA, Carmen. Evaluating Antitrust leniency programs, p. 107. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1993027

CONCURRENCES, Antitrust Compliance awards. (2021) Ver sitio web: https://compliance.concurrences.com

CONCURRENCES, Canadian Competition Bureau. (2021) Ver sitios web: https://compliance.concurrences.com/en/compliance/2021-en/agencies-initiatives-en/canadian-competition-bureau y https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/home

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-029 de 1995. (M.P. Jorge Arango Mejía: febrero 2 de 1995). Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-029-95.htm

CONCURRENCES, Brazilian Competition Authority. (2021) Ver sitio web: https://compliance.concurrences.com/en/compliance/2021-en/agencies-initiatives-en/brazilian-competition-authority

DARGAUD, E., MANTOVANI, A. REGGIAM, C. Cartel punishments and the Distortive Effects of fines. *Journal of Competition Law and Economics*, 12 (2). (2016), pp. 375-400

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Competition Compliance Report. Advocacy Working Group. (2021) Disponible en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/report-on-competition-compliance/

KOVACIC, William y HYMAN, David. Competition Agency Design: What's on the Menu? (2012). GW Law Faculty Publications & Other Works. Disponible en: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty_publications

MILLER, Nathan. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. (2009) Disponible en: https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.99.3.750

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Programas de cumplimiento con el Derecho de la Competencia. Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE. (Junio, 2021). Disponible en: http://oe.cd/ccp

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Sanctions in antitrust cases. Foro Global de Competencia, discusión sostenida el 1-2 de diciembre de 2016. (Diciembre, 2016). Disponible en: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)14/en/pdf

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. OECD Competition Trends 2022. (2022), p. 48. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, Challenges and Co-ordination of Leniency Programs. Background note by the Secretariat. (2018). Disponible en: https://www.oecd.org/competition/challenges-and-coordination-of-leniency-programmes.htm

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Session I: Strengthening incentives for leniency agreements – Call for Contributions. Latin American and Caribbean Competition Forum., (2022). Disponible en: https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2022forum/

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Session I: Strengthening incentives for leniency agreements – Call for Contributions. Latin American and Caribbean Competition Forum., (2022). Disponible en: https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2022forum/.

RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA. Agency Effectiveness, Competition Agency Practice Manual. (2010).

RUBINFELD, Daniel. Improving antitrust sanctions. *III. Private Enforcement*. (2016), p. 100. Disponible en: https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/Improving-Antitrust-Sanctions_stamped.pdf

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. The use of leniency programs as a tool for the enforcement of competition law against hardcore cartels in developing countries. (Noviembre, 2010), p. 4. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbp-conf7d4_en.pdf

UK COMPETITION MARKETS AUTHORITY. The deterrent effect of competition authorities' work. Literature review. (Septiembre, 2017), p. 60. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/642801/deterrent-effect-of-competition-authorities-work-lit-review.pdf

"Novedades procesales sobre libre competencia"
EL ESTÁNDAR DE PRUEBA DEL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL DE VIOLACIÓN DE NORMAS

*Felipe Serrano Pinilla**

RESUMEN

La presente ponencia busca analizar el acto de competencia desleal de violación de normas desde la perspectiva de la carga probatoria que exige su tipificación en la ley 256 de 1996, contrastando las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han desarrollado en el ámbito nacional, a partir de la misma doctrina y norma de competencia desleal del Reino de España.

Palabras clave: Competencia desleal, violación de normas,ventaja competitiva, significatividad.

En el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 se tipificó el acto de competencia desleal de violación de normas, cuya configuración requiere de la concu-

* Abogado, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Javeriana, Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Master en Leyes y Derecho de la Competencia de la Universidad de Nueva York y Master en Políticas Públicas de la Universidad de Oxford. Entre 2012 y 2015, fue Jefe de Asesores del Superintendente de Industria y Comercio y Superintendente de Industria y Comercio Encargado. Trabajó como Abogado en el Departamento de Litigios de varias firmas colombianas y fue Secretario General e Investigador del Consejo Privado de Competitividad. Es profesor en temas de derecho de la competencia en programas de posgrado de la Universidad de los Andes, Javeriana y Externado. Actualmente es socio de la Firma Serrano Martinez, concentrando su práctica en áreas de derecho de la competencia y litigio societario. Está admitido como abogado en Colombia y el Estado de Nueva York.

rrencia de (3) elementos: (i) la infracción de una norma jurídica diferente a las normas de competencia por parte del demandado; (ii) la adquisición de una ventaja competitiva por parte del infractor frente a los competidores como consecuencia de la infracción de una norma; y (iii) que dicha ventaja sea significativa.

En esta ponencia se analiza el estándar de prueba exigido para que se configure el acto de competencia desleal de violación de normas, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En particular, se hará referencia al estándar probatorio que debe cumplir el demandante para probar los elementos (ii) y (iii) exigidos por la norma.

1. LA VIOLACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA

El acto de competencia desleal regulado por el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 requiere para su configuración, en primera medida, la violación de una norma jurídica distinta de las que hacen parte del régimen de competencia desleal por parte del demandado.

Según ha establecido la jurisprudencia[1], la norma jurídica violada debe ser de aquellas que imponen obligaciones de acceso al mercado, u obligaciones que debe cumplir quien participe en él, y en todo caso normas que tengan con un contenido económico. Así, por ejemplo, la obtención de una licencia o permiso para participar en un mercado sería de aquellas que, de ser infringida, daría lugar al cumplimiento del primer presupuesto para la configuración del acto de competencia desleal de violación de normas. Lo mismo ocurriría con las normas que contienen obligaciones tributarias o arancelarias para quienes quieren participar en un mercado.

No es necesario que la autoridad administrativa competente para vigilar el cumplimiento de la norma jurídica haya declarado su violación, como presupuesto para que el juez de competencia desleal pueda entender que la misma ha sido infringida[2]. El juez del proceso, sin necesidad de un pronunciamiento previo, puede reconocer en sentencia que la violación de una norma cuya vigilancia no le corresponde ha ocurrido, a efectos de poder emitir un fallo en el proceso de competencia desleal.

[1] Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil. M.P. Nancy Esther Angulo Quiroz. Sentencia del 24 de julio de 2013.

[2] Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. MP Marco Álvarez Gómez. Sentencia del 25 de julio de 2018.

Una vez verificada la violación de la norma el juez deberá analizar si dicha violación otorga una ventaja competitiva, y si la misma es significativa. La sola violación de la norma no es suficiente, en ningún caso, para que se entienda configurado el acto desleal, mucho menos es suficiente para entender configurados los requisitos restantes de la norma, que habrá que probar de manera independiente.

2. LA VENTAJA COMPETITIVA Y SU SIGNIFICATIVIDAD

Para que el acto de competencia desleal tenga lugar la violación de la norma debe tener como consecuencia una ventaja competitiva significativa para el infractor. En otras palabras, el infractor debe ser más atractivo para el consumidor frente al competidor que si cumple la norma, precisamente como consecuencia de su violación y no por circunstancias ajenas a ella.

Así, por ejemplo, la infracción de una norma tributaria que le genera un ahorro en costos al competidor debe reflejarse en un menor precio al consumidor final frente al competidor cumplido, de tal forma que el producto del primero resulte más atractivo que el del segundo a raíz de la violación de la norma.

No ocurriría lo mismo si el consumidor prefiere el producto del infractor no por ser más económico (en el evento en que no lo sea), sino porque tiene un mejor diseño o resulta más innovador. En este evento, si bien existe la infracción de una norma, la misma no estaría generando una ventaja competitiva, con lo cual no se podría tener por cumplido el requisito. Igual será el caso del competidor que accede al mercado sin cumplir algún requisito de licenciamiento o permiso, y resulta ser más competitivo que el competidor cumplido por las bondades de su producto o su servicio. En este evento el acto de competencia desleal no se habrá configurado, lo que no obsta para que la autoridad encargada de la vigilancia del cumplimiento de la norma investigue y sancione (de forma independiente) su violación.

Debe recordarse que el derecho de competencia colombiano, especialmente en lo que se refiere al régimen de competencia desleal, se encuentra vinculado al derecho español, en tanto, la Ley 256 de 1996 está basada en su norma de competencia desleal. De esta manera, es apenas natural que los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales derivados de la ley española en ocasiones sean tomados como referencia en nuestra jurisdicción. No obstante, las

dos leyes de competencia desleal no son idénticas, y presentan profundas diferencias en aspectos sustanciales y procesales para la configuración de actos de competencia desleal en los que, por supuesto, la jurisprudencia comparada no es de recibo.

Este es precisamente lo que ocurre en el caso del acto de competencia desleal de violación de normas. Como se verá en mayor detalle, la doctrina y la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio han reconocido como válida la tesis derivada del derecho español, según la cual, la sola infracción de una norma que regule la habilitación o concurrencia a cierta actividad en el mercado por sí misma da lugar al acto de competencia desleal, pues según esta tesis, la simple violación otorgaría una ventaja competitiva significativa.

Lo anterior a pesar de que la norma colombiana, a diferencia de la española, no considera desleal la simple violación de la norma jurídica que regula la concurrencia al mercado, sino que requiere de la configuración y prueba por el demandante de dos supuestos adicionales (la ventaja competitiva derivada de la violación y su significatividad). Se reitera, entonces, que en la regulación colombiana se exige sin excepción o distinción alguna que, para la configuración del acto de violación de normas, demuestre la existencia de la infracción de una norma jurídica, cualquiera que esa fuese, y la ventaja competitiva significativa, que no se puede presumir o derivar de la sola prueba de la violación de la norma.

3. LA TESIS ESPAÑOLA Y SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA COLOMBIANO

En la regulación española, el acto de violación de normas se encuentra tipificado en el artículo 15 de la Ley 3 de 1991, modificada por la Ley 29 de 2009 (en adelante "norma española"), donde se plantean tres (3) escenarios independientes en los cuales se puede configurar este acto:

> *"1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de leyes. La ventaja ha de ser significativa.*
>
> *2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.*

> *3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar, obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjeros" (Subrayado fuera del texto)."*

A diferencia del régimen español en el que se contemplan tres escenarios en los cuales se puede presentar la conducta desleal, en el régimen colombiano únicamente existe un escenario en el que se puede configurar la conducta, y que solo tendrá lugar si concurren tres elementos. Dice el artículo 18 de la Ley 256 de 1996:

> *"ARTÍCULO 18. VIOLACIÓN DE NORMAS. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica.*
>
> *La ventaja ha de ser significativa."*

En el régimen colombiano el acto se configura cuando se viola una norma, y siempre y cuando se pruebe que la violación de la misma genera una ventaja competitiva, y que se demuestre que la ventaja es significativa. En otras palabras, en Colombia el acto de violación de normas únicamente abarcaría (en principio) la causal contenida en el numeral 1 de la norma española. Por esto, mientras que en España la sola violación de una norma concurrencial da lugar al acto de competencia desleal (conforme al numeral 2 del artículo que regula dicho acto en España), no ocurre lo mismo en Colombia, donde la sola violación de la norma concurrencial es apenas el primero de los requisitos que se debe probar para llegar a una condena.

En España, como se vio, la violación de cualquier norma jurídica que no regule la concurrencia al mercado será desleal si se prueba que otorga una ventaja competitiva significativa (numeral 1); así mismo, la violación de una norma que regule la concurrencia al mercado por sí misma será desleal (numeral 2), sin necesidad de probar la ventaja competitiva significativa.

En Colombia, si bien la norma señala que el primero de los tres requisitos para que se configure el acto desleal se encuentra probado con la violación de cualquier norma jurídica (como ocurriría en el caso del numeral 1 de la Ley española), la doctrina nacional ha señalado que este primer requisito solo se cumpliría si la norma violada es de aquellas que regula el acceso a los mercados. Esto implicaría que no solamente en Colombia se exigiría la violación de una norma y la prueba de una ventaja competitiva significativa para configurar el acto desleal, sino que además se exigiría que la norma violada sea de aquellas que regula la concurrencia a los mercados:

> *"En esto la norma colombiana y la interpretación acogida por nuestra jurisprudencia se han apartado totalmente de la legislación española que distingue entre una ley general, cuya violación, para que se considere desleal, debe otorgar una ventaja significativa en el mercado a quien la realiza y, la violación de una norma que regule la actividad concurrencial, que por este sólo hecho se estima desleal. Así, para nuestros operadores jurídicos la norma violada debe ser de aquellas que regulen la actividad concurrencial de las empresas. En lo pertinente, la doctrina ha estimado que no cualquier violación a una norma puede tener efectos significativos en el mercado. Se trata de aquellas normas que regulan la actividad concurrencial de los competidores que son parte del proceso."*[3]

Esta posición ha sido ampliamente aceptada por la jurisprudencia nacional, adoptándose la postura de que, frente al acto de violación de normas, la única normativa cuya violación podría subsecuentemente generar una ventaja competitiva significativa (que en todo caso, debe probarse) sería la que regula la concurrencia del demandado al mercado. Afirma la jurisprudencia:

> *"Al respecto, se debe señalar que no es cualquier tipo de norma vulnerada la que tipifica la conducta que se estudia, sino aquella que tiene incidencia en el comportamiento concurrencial de los competidores, permitiendo así un escenario jurídico en igualdad de condiciones. Para este propósito, resulta ineludible precisar la norma que se considera violada, probar su infracción, y acreditar que con esa vulneración el participante del mercado obtuvo un provecho significativo."*[4]
>
> *"Este desde el sentido abstracto, en tanto de este tipo de conducta desleal pretende asegurar el funcionamiento correcto del mercado, no preservar el cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico. Así las cosas, como ha sostenido este despacho en pasadas oportunidades es preciso prever la vulneración de una disposición vigente y desde luego aplicable a la actividad que involucra las partes, desde este punto se puede ver la sentencia número 28 2010 proferida también por este despacho."*[5]

[3] Dionisio de la Cruz, La competencia desleal en Colombia. Un estudio sustantivo de la ley. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 327

[4] Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia del 25 de agosto de 2017. Rad. 15-198633

[5] Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 15-060941 de 2016.

En otra jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, dicha Entidad fue un paso más allá al aplicar una tesis que si bien identifica la estructura tripartita de la configuración del acto de violación de normas en Colombia, en su aplicación realmente consideró que la sola violación de la norma que regula la concurrencia al mercado configura el acto desleal; es decir, aplicando el numeral 2 español conforme al cual la sola violación de una norma concurrencial da lugar al acto desleal, sin que tenga que probarse la ventaja competitiva significativa. Dice la SIC:

> *"La pasiva contó con la posibilidad de prestar el servicio de TPBCLDI sin haber obtenido del Estado, autorización previa para la explotación del espectro electromagnético, que sí canceló Orbitel S.A. E.S.P. y por el valor de USD 150´000.000, conforme a la Resolución Nº 0568, proferida por el Ministerio de Comunicaciones, el 4 de marzo de 1998. (numeral 2.1.7 de los hechos probados)*

Por otro lado, la actividad irregular imputable al demandado se ejecutó sin aportar el 5% de sus ingresos brutos al Fondo de Comunicaciones, (…).

> *En similar sentido, con las pruebas que obran en el proceso se puede afirmar que la actividad de reoriginamiento ilegal que aquí se estudia se realizó en el mercado sin que se costituyera la garantía de cumplimiento expedida por una entidad bancaria o por una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia, por el valor de US 30`000.000, tal y como lo disponía el artículo 17 del Decreto 2542 de 1997.*
>
> *Ahora bien, dadas las circunstancias particulares del presente asunto, es posible colegir que el ahorro de los costos antes enunciados, configuraron una ventaja de tipo competitiva, en tanto que en aplicación de las reglas de la experiencia y lo indicado por la propia autoridad, resulta razonable colegir que ese ahorro ilícito en la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada, se trasladó a los precios ofrecidos al público."* [6]

En este evento, la SIC consideró, que la sola violación de la norma configuraba de plano la ventaja competitiva significativa, al ser la norma de carácter concurrencial. Se evidencia en este caso la manera en que la carga de la prueba exigida a la demandante se limitó a la verificación del efectivo

[6] Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 033 del 31 de mayo de 2011, Expediente 06025545. En igual sentido, las sentencias 041 y 048 del 2011.

incumplimiento de las normas que regulan la concurrencia al mercado, concluyendo de manera "lógica" (o más bien automática) que tal incumplimiento se perfeccionaría sobre los precios ofrecidos al público, sin que efectivamente se analizara o probara la manera en que tales infracciones afectaban la operación de la entidad demandada.

La anterior posición ignora los requisitos propios establecidos por la norma jurídica colombiana que, a diferencia de la española, exige no solo la violación de la norma (sea que regule o no el acceso al mercado), sino también la demostración de una ventaja competitiva significativa como consecuencia de dicha violación.

Es importante resaltar que la existencia de una infracción de normas que regulen la concurrencia a determinada actividad económica no genera automáticamente una ventaja competitiva, mucho menos ni significativa, por lo que (al menos en el caso colombiano) la carga y el debate probatorio deberá ser mucho más exhaustivo en la demostración o refutación de la adquisición de una ventaja significativa en virtud de la violación de una norma jurídica.

4. LA PRUEBA DE LA VENTAJA COMPETITIVA Y SU SIGNIFICATIVIDAD

La problemática doctrinal planteada ha sido recurrente en la jurisprudencia, donde ocasionalmente se ha logrado ajustar la postura en sede de segunda instancia o de casación ante la Corte Suprema de Justicia. Este es el caso de una jurisprudencia reciente, el caso *Inalambria Internacional S.A. contra Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.,* en el cual se analiza, de forma juiciosa, la diferencia entre la ley colombiana y la española, y los requisitos para que se configure el acto de violación de normas.

En el citado caso, en sentencia de primera instancia, la Superintendencia de Industria y Comercio declaró que la demandada habría incurrido en el acto de competencia desleal de violación de normas.

Al apelarse dicha decisión, el Tribunal Superior de Bogotá revocó la sentencia y en su lugar negó las pretensiones en tanto que, si bien habría existido una trasgresión normativa, no se habría configurado una ventaja competitiva, ni tampoco se habría demostrado su significatividad.

Respecto de la ventaja a evaluarse, consideró el Tribunal que:

> "*[D]ebe ser de tal impacto que posicione en el mercado al infractor, otorgándole mayor beneficio sobre el resto de los competidores, lo que no fue acreditado en el plenario con las pruebas documentales y testimoniales recaudadas.*
>
> *(...)*
>
> *El desconocimiento de los límites máximos tarifarios por sí sólo no constituye acto de competencia desleal, porque no devela provecho de gran magnitud para la convocada en tanto existen otros factores en el mercado que determinan al consumidor en la elección para proveerse de un bien o servicio.*" [7]

Nótese cómo el Tribunal pone especial énfasis en la necesidad de que el demandante acredite que existe una ventaja competitiva de impacto como consecuencia de la violación de la norma, a través de pruebas documentales y testimoniales, sin que sea suficiente acreditar la violación de la norma.

Además de lo anterior, concluye el Tribunal afirmando que, si bien existió una infracción normativa que necesariamente le generó perjuicios a la entidad demandante, tal infracción no le otorgó prerrogativas competitivas suficientes a la infractora para que se configurará el acto de competencia desleal.

Frente esta decisión del Tribunal Superior de Bogotá se interpuso el recurso extraordinario de casación. Al evaluar la Corte Suprema de Justicia la sentencia objeto del recurso proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, apoyó la decisión del Tribunal. La Corte Suprema de Justicia desestimó el argumento del recurrente conforme al cual, cuando se comprueba la infracción de una norma que corrige fallas o desviaciones de mercado, no es necesaria la concurrencia de una ventaja competitiva significativa, en tanto (según el recurrente) "*la trasgresión del precepto implica por sí misma la obtención de esa ventaja competitiva a favor del infractor, la cual se entiende significativa*." [8]

En un primer momento, la Corte Suprema de Justicia rebate de forma clara la equivocada pretensión del recurrente de querer aplicar la presunción de violación de una norma concurrencial del derecho español, contra el

[7] Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de diciembre de 2021. Sala de Casación Civil, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Rad: 11001-31-99-001-2017-40845-01.

[8] Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de diciembre de 2021. Sala de Casación Civil, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Rad: 11001-31-99-001-2017-40845-01.

verdadero alcance y tipificación del acto desleal de violación de normas en la legislación colombiana:

> "*Cual se desprende de dicha regulación, en el Reino de España para que se configure el acto de competencia desleal de violación de normas (…) por el contrario, si la conculcación recayó respecto de norma jurídica expedida para regular la actividad concurrencial, esto es, de un determinado mercado, no será indispensable auscultar si existió obtención de ventaja competitiva y significativa a favor del infractor.*
>
> *La distinción resulta de cardinal importancia en tanto revela cómo esa legislación extranjera presume que, a raíz de la trasgresión de una norma jurídica reguladora de cualquiera actividad concurrencial, el infractor obtiene, per se, la aludida ventaja competitiva y significativa.*
>
> *No sucede lo propio en el ordenamiento patrio, habida cuenta que la ley 256 de 1996, (…) en Colombia la legislación reguló, de manera clara y expresa, que la calificación de una actividad como acto de competencia desleal de violación de norma jurídica -ya fuera esta expedida con el propósito de regular un específico sector mercantil o no-,* ***siempre deberá caracterizarse por otorgar ventaja competitiva y significativa a favor del imputado, de donde en cada caso concreto deberá ser objeto de estudio y prueba****."*[9] (Subrayado y negrilla es propio).

En seguida, establece la Corte Suprema de Justicia el estándar de prueba que debe cumplirse frente a la ventaja competitiva que debe generar la violación de la norma y su significatividad, para que efectivamente se configure el acto desleal:

> "*[L]a obtención de ventaja competitiva sancionada es aquella derivada del incumplimiento de preceptos normativos, en la medida que esta transgresión puede colocar al infractor desde el inicio de su desenvolvimiento comercial en situación de privilegio en relación con sus contrincantes directos e indirectos.*
>
> *(…)*
>
> *La significatividad, como tercer presupuesto del acto de competencia desleal bajo estudio, alude a que la alteración del plano de igualdad que obtiene el comerciante o interviniente en el mercado con la conculcación del respectivo precepto sea importante o trascendental, esto es, que se vea favorecido de forma especial teniendo en cuenta el punto de partida de los competidores."*[10]

[9] Ibidem.

En la misma línea, como en el respectivo caso no se logró probar la significatividad de la ventaja, la Corte Suprema de Justicia se pronuncia frente al escenario en que la infracción normativa no genera tales prerrogativas de forma automática, pues el efecto que tenga una infracción sobre la posición de un comerciante en el mercado dependerá de muchas variables, y no necesariamente de la violación de la norma:

> "*Por supuesto que casos habrá en los cuales la ventaja no se muestra representativa* ***en razón a que el adquirente potencial del bien o servicio, al momento de escoger entre los diversos oferentes, puede estar motivado por otras circunstancias diversas a aquellas reguladas en la norma transgredida****, por lo que el juzgador en cada caso concreto debe sopesar la variadas circunstancias que rodean la prestación del servicio o las características del producto, según sea el caso, a efectos de determinar la aludida significatividad."*[11] (Subrayado y negrilla es propio).

Al reconocer la Corte Suprema de Justicia la absoluta necesidad de que el desconocimiento de las consecuencias que tenga la infracción de una norma jurídica sea esclarecido por el debate probatorio en cuestión, en aras de lograr demostrar la existencia de una ventaja competitiva significativa, trae a colación dos ejemplos para ilustrar escenarios en los cuales, si bien existe una infracción normativa, los efectos sobre la competitividad del infractor son inocuos y/o irrelevantes:

> "*Por vía de ejemplo, que la legislación trasgredida se muestre obsoleta, fenómeno que desde una óptica sociológica resulta común, en tanto no son pocas las veces en las cuales las dinámicas sociales, con mayor razón las prácticas mercantiles, tienen desarrollo más célere en comparación con el ordenamiento legal que las rige.*
>
> *Igualmente puede ocurrir que la persona trasgresora de la norma jurídica prohibitiva no haga uso de la ventaja competitiva y significativa que dicho precepto intento evitar, a que de tenerla a su alcance, porque, (…) decide prestar el servicio a una gama de clientes a quienes*

[10] Ibidem.

[11] Ibidem.

desinteresa la aludida prerrogativa o porque aquel decide destacar su producto o servicio con otras cualidades, a más de diversas opciones." [12]

De esta manera, concluye el más alto tribunal de forma ineludible que, a la luz del artículo 18 de la ley 256 de 1996, para que una conducta sea constitutiva de acto desleal de violación de normas, se requiere que la infracción de una norma otorgue una ventaja competitiva y esta sea significativa en favor del infractor, y que dicha circunstancia sea demostrada en el proceso por el demandante, sin que dicha carga probatoria quede satisfecha con la demostración de la simple violación de la norma.

5. CONCLUSIÓN

En Colombia, el acto de violación de normas como acto de competencia desleal, únicamente podrá configurarse cuando se encuentren probados sus tres elementos: (i) la infracción de una norma jurídica que regule el acceso a los mercados, (ii) la ventaja competitiva y (iii) la significatividad de tal ventaja.

En el ámbito nacional no hay lugar a la aplicación de la presunción del derecho español que, en el escenario de infracción de una norma que regule la concurrencia a un mercado, genera automáticamente una ventaja competitiva significativa en cabeza del infractor.

Todo todo lo contrario, el estándar probatorio establecido en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 exige que el demandante logre demostrar con documentos, testimonios u otras pruebas, que, a raíz del incumplimiento, el infractor ha sido colocado en una situación de privilegio en relación con sus competidores y, que además sea vea sustancialmente favorecido por dicha posición de privilegio.

Esto por cuanto el desempeño en el mercado por parte de quien ha infringido una norma puede ser producto de un sinnúmero de circunstancias por las cuales es preferido por un consumidor, y no necesariamente por la violación de una norma jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de diciembre de 2021. Sala de Casación Civil, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Rad: 11001-31-99-001-2017-40845-01.

[12] Ibidem.

Dionisio de la Cruz, *La competencia desleal en Colombia. Un estudio sustantivo de la ley*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

José Massaguer, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid: Civitas, 1999.

Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia del 25 de agosto de 2017. Rad. 15-198633

Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 15-060941 de 2016.

Superintendencia de Industria y Comercio, expediente 06025545, sentencia 033 del 31 de mayo de 2011.

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. MP Marco Álvarez Gómez. Sentencia del 25 de julio de 2018

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil. M.P. Nancy Esther Angulo Quiroz. Sentencia del 24 de julio de 2013.

13.

Derecho Societario

JURISPRUDENCIA, DERECHO SOCIETARIO Y DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA 1361
Alejandro Linares Cantillo

JURISPRUDENCIA, DERECHO SOCIETARIO Y DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

*Alejandro Linares Cantillo**

En junio 8 de 2022, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del presidente de la Corte, Aroldo Quiroz Montalvo, resumió los casos prototipo de desestimación de la personalidad jurídica, los cuales están vinculados a la utilización de la sociedad para transgredir una disposición legal, causar perjuicios o evadir obligaciones contractuales, por un comportamiento atribuible a los socios o a los administradores. Esta importante decisión hizo una recopilación de la jurisprudencia y la normatividad aplicable en materia de limitación de responsabilidad en materia societaria, sus excepciones, los requisitos para configurar la desestimación de la personalidad jurídica según el régimen legal bajo el cual se solicita el mecanismo, y ejemplos en los cuales procedería esta figura excepcional.

Por su parte, el Código General del Proceso[1] estableció en la Superintendencia de Sociedades facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a la declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de

* Magistrado de la Corte Constitucional. Agradezco muy especialmente el apoyo investigativo de Antonio Laborde Baena para la realización del presente escrito.

[1] Artículo 24, numeral 5, Ley 1564 de 2012. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:

a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.

c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la

la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros; los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, dicha Superintendencia conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios.

A raíz de esta sentencia reciente del órgano de cierre de la jurisdicción civil y comercial, el propósito de este escrito es revisar, comentar y organizar la jurisprudencia en materia societaria ante situaciones en las cuales la persona jurídica de naturaleza privada sea empleada para abusar de los derechos propios, defraudar a terceros o a la ley, esta última vía la interposición societaria[2], y la interesante institución de la desestimación de la personalidad jurídica[3]. Primero se mencionará el principio general de la limitación de responsabilidad de los socios al monto de sus aportes y a la separación

acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez.

d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios.

e) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.

2 La interposición societaria se configura cuando la sociedad tiene el propósito de servir de intermediario para realizar actos prohibidos a una persona natural o cuando la persona jurídica es utilizada con el propósito de eludir normas comerciales, tributarias, etc.

3 Lo anterior, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que "las banderas de la separación patrimonial y personificación jurídica de los entes morales no pueden alzarse como patente de corso, con el fin de autorizar la realización de actos contrarios a máximas que, integradas a los sistemas jurídicos modernos, llegaron a morigerar los alcances de la autonomía privada, tales como la buena fe, la prohibición de abuso del derecho y la ineficacia del fraude a la ley.".

patrimonial entre la sociedad y sus asociados (Acápite I). Esta regla general de la separación patrimonial y consecuente limitación de responsabilidades entre los socios y la entidad de capitales, tiene varias excepciones que toman la forma de la figura de la «desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad», también denominada levantamiento del velo corporativo (Acápite II). Al final del escrito se plantean unas conclusiones (Acápite III).

1. PRINCIPIO GENERAL: LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ASOCIADOS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

En la mayoría de los países, incluyendo el ordenamiento jurídico colombiano, la constitución de una sociedad crea una persona distinta de los asociados, dotada de atributos propios de la personalidad jurídica para el desarrollo del objeto propuesto[4]. Sin perjuicio de los efectos económicos significativos que genera la personería jurídica de las sociedades anónimas[5], entre los efectos jurídicos más significativos de dicha distinción respecto a sociedades de capital[6] se ubica (i) la separación patrimonial de los activos de la sociedad y los activos de los asociados, lo cual protege o escuda los activos de la persona jurídica de los acreedores de los asociados; y, a su vez, (ii) la limitación de responsabilidad de los asociados, por medio de la cual los acreedores de la sociedad únicamente pueden perseguir los activos del ente legal y no los activos individuales de propiedad de los asociados.

En efecto, la legislación colombiana ha reconocido explícitamente la separación patrimonial y la limitación de responsabilidad, al igual que la jurisprudencia. Por un lado, por ejemplo, los artículos 98[7], 143[8], 144[9], 145[10], 156[11], 191[12], 252[13]

4 Tales atributos son el nombre, domicilio, nacionalidad, capacidad y patrimonio.

5 Ver, entre otros, Kraakman, R. H. (2009). The anatomy of corporate law: A comparative and functional approach. Oxford: Oxford University Press.

6 Se debe distinguir entre (i) las sociedades de personas, por aportes o cuotas (e.g. las limitadas, sociedades en comandita simple, colectivas); (ii) las sociedades de capital o por acciones (e.g. las anónimas, simplificadas por acciones (SAS), comanditarias por acciones). En los términos de la normatividad colombiana, las primeras se constituyen en virtud de la confianza entre los socios, y en la medida en que concurren los asociados a la representación y administración de la sociedad, éstos responden solidariamente por las obligaciones en cabeza de la sociedad.

7 El inciso segundo del artículo 98 del C. de Co. establece que: "La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.".

y 373[14] del Código de Comercio; y los artículos 1[15] y 2[16] de la Ley 1258 de 2008 codifican la regla general que establece que (i) la constitución de una sociedad

[8] "Los asociados no podrán pedir la restitución de sus aportes, ni podrá hacerlo la sociedad, sino en los siguientes casos:1. Durante la sociedad, cuando se trate de cosas aportadas sólo en usufructo, si dicha restitución se ha estipulado y regulado en el contrato; 2. Durante la liquidación, cuando se haya cancelado el pasivo externo de la sociedad, si en el contrato se ha pactado su restitución en especie, y 3. Cuando se declare nulo el contrato social respecto del socio que solicita la restitución, si la nulidad no proviene de objeto o causa ilícitos."

[9] El artículo 144 del C. de Co. establece que "Los asociados tampoco podrán pedir el reembolso total o parcial de sus acciones, cuotas o partes de interés antes de que, disuelta la sociedad, se haya cancelado su pasivo externo. El reembolso se hará entonces en proporción al valor nominal del interés de cada asociado, si en el contrato no se ha estipulado cosa distinta."

[10] El artículo 145 del C. de Co. establece que "La Superintendencia de Sociedades autorizará la disminución del capital social en cualquier compañía cuando se pruebe que la sociedad carece de pasivo externo; o que hecha la reducción los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo, o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales. Cuando el pasivo externo proviniere de prestaciones sociales será necesario, además, la aprobación del competente funcionario del trabajo."

[11] El artículo 156 del C. de Co. establece que "Las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades formarán parte del pasivo externo de la sociedad y podrán exigirse judicialmente. Prestarán mérito ejecutivo el balance y la copia auténtica de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la asamblea o junta de socios. Las utilidades que se repartan se pagarán en dinero efectivo dentro del año siguiente a la fecha en que se decreten, y se compensarán con las sumas exigibles que los socios deban a la sociedad."

[12] El inciso primero del artículo 191 del C. de Co. establece que "Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos."

[13] El inciso primero del artículo 252 del C. de Co. establece que "En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales. Estas acciones sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos."

[14] El inciso primero del artículo 373 del C. de Co. establece que "La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables (…)"

[15] El artículo 1° de la Ley 1258 establece que "La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad."

implica el nacimiento de una persona distinta de los socios; (ii) al ser una persona distinta y dotada de los atributos de la personalidad jurídica, entre ellos el patrimonio, el patrimonio de la sociedad es distinto al patrimonio de cada socio; y (iii) los acreedores de los socios carecen de cualquier acción sobre los bienes de la sociedad.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en virtud del derecho fundamental de asociación[17], (i) las sociedades una vez constituidas en forma regular crean una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, sin importar su carácter personalista o de capitales; y, (ii) con respecto a las sociedades de capital, el patrimonio como atributo de la personalidad de la sociedad le permite actuar y desempeñarse en el tráfico jurídico con independencia de sus socios, como gestora de una actividad económica autónoma; (iii) una vez que el asociado realiza el aporte a capital, se desvincula de las obligaciones que asuma el ente social y, en esa medida, la limitación de la responsabilidad de los asociados tiene como límite el monto de sus aportaciones; (iv) las personas jurídicas de riesgo limitado son pilares estructurales para el desarrollo del país; y, por tanto, (v) la negación de la separación patrimonial entre socios y sociedad conllevaría a desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona jurídica, e implicaría privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la "*Constitución Económica*"[18].

Ahora bien, sin perjuicio de la importancia económica y jurídica de la separación patrimonial y la limitación de responsabilidad de los asociados, la ley y la jurisprudencia han establecido que dichas instituciones no les otorgan a los asociados un derecho absoluto y, en esa medida, ante la configuración de ciertos supuestos consistentes en el fraude a la ley, a terceros y el abuso del derecho por medio de la utilización de la figura asociativa, excepcionalmente se puede proceder con el allanamiento de la personalidad jurídica, también llamado el levantamiento del velo corporativo, lo cual conlleva configurar la inoponibilidad frente a terceros de la limitación de responsabilidad de los socios y, con ello, extender la responsabilidad de la sociedad por sus obligaciones a los asociados individualmente considerados y/o administradores, según sea el caso.

[16] El artículo 2° de la Ley 1258 establece que "La sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas."

[17] Artículo 38 de la Constitución Política ("CP").

[18] Corte Constitucional, sentencias C-865 de 2004 y C-090 de 2014.

2. EXCEPCIONES: LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

A. Normatividad aplicable

De conformidad con lo anterior, en desarrollo de los artículos 58 y 83 de la Constitución política y los principios contenidos en el artículo 2341 del Código Civil[19] y 830 del Código de Comercio[20], existen varios regímenes en los cuales el Legislador ha establecido excepciones a la limitación de responsabilidad en las sociedades de capital, mandatos legales que corresponde interpretar y aplicar principalmente a los jueces civiles. Sin pretender analizar el universo de limitaciones establecidas, se resalta (i) en cuanto al ***régimen societario*** del Código de Comercio, los artículos 105[21] y 135[22], así como el artículo 71 de la Ley 222 de 1995[23], aplicable a empresas unipersonales; (ii) el artículo 44 de la Ley 190 de 1995[24], ***estatuto anticorrupción***, respecto de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia; (iii) el artículo 25 de la Ley 1429 de 2010, Ley de Formalización y Generación de Empleo, cuando hay una ***liquidación privada de sociedades***

[19] Los artículos 58 y 83 de la Carta consagran el deber constitucional de no hacer daño a otro. Por su parte, el artículo 2341 del Código Civil es la base de la responsabilidad civil extracontractual en nuestro sistema.

[20] Normas de rango legal por medio de las cuales se establece la responsabilidad civil extracontractual por abuso de los derechos propios.

[21] El inciso cuarto del artículo 105 del C. de Co. sobre nulidad absoluta del contrato social establece que "Los asociados y quienes actúen como administradores responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo externo y por los perjuicios causados. Además, quedarán inhabilitados para ejercer el comercio por el término de diez años, desde la declaratoria de la nulidad absoluta."

[22] El artículo 135 del C. de Co. establece que "En las sociedades que no requieren el permiso de funcionamiento, los asociados responderán solidariamente por el valor atribuido a los aportes en especie, a la fecha de la aportación, sea que se hayan efectuado al constituirse la sociedad o posteriormente.". Ver también el artículo 354 del C. de Co. con respecto a la sociedad de responsabilidad limitada.

[23] El parágrafo del artículo establece que "Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados."

[24] El artículo 44 de la Ley 190 establece que "Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta."

sin pasivos externos, en caso de comprobarse que, en contra de lo consignado en el inventario, existen obligaciones frente a terceros, los asociados se harán solidariamente responsables frente a los acreedores; (iv) en lo relativo al ***régimen tributario***, el artículo 794-1 del Estatuto Tributario[25]; (v) en materia de ***insolvencia***, los artículos 61[26], 82[27] y 83[28] de la Ley 1116 de 2006; (vi) en materia de la ***sociedad por acciones simplificada***, el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008[29]; y (vii) en cuanto al ***control fiscal***, el reciente artículo 65 de la

[25] El inciso primero de dicho artículo 794-1 del ET establece que "Cuando se utilice una o varias sociedades de cualquier tipo con el propósito de defraudar a la administración tributaria o de manera abusiva como mecanismo de evasión fiscal, el o los accionistas que hubiere realizado, participado o facilitado los actos de defraudación o abuso de la personalidad jurídica de la sociedad, responderán solidariamente ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados."

[26] El inciso primero del artículo 61 de la Ley 1116 establece que "Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente".

[27] Los primeros tres incisos del artículo 82 de la Ley 1116 establecen que: "Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo. No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos. Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal".

[28] El artículo de la referencia establece la inhabilidad para ejercer el comercio sobre los administradores y socios de la deudora y las personas naturales ante los supuestos identificados en la norma.

[29] El artículo 42 de la Ley 1258 establece que "Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios

Ley 2195 de 2022[30] contempla la desestimación como mecanismo probatorio en el proceso de responsabilidad fiscal.

B. Jurisprudencia relevante

Si bien la normatividad legal que consagra la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades es abundante, es preciso destacar la jurisprudencia de nuestras cortes que han aplicado el concepto a casos concretos, Veamos pues la jurisprudencia constitucional y ordinaria civil más relevante que se ha pronunciado sobre las excepciones a la limitación de responsabilidad en materia societaria.

1. *Corte Constitucional: revisión de tutela*. Por medio de la sentencia SU-636 de 2003, la Corte ordenó el pago subsidiario de mesadas pensiónales de jubilación por parte de sociedades que habían ejercido control empresarial sobre una sociedad en liquidación obligatoria. En dicho caso, la sociedad en liquidación no contaba con los recursos económicos suficientes para atender su obligación de pagar las mesadas pensionales; no obstante, se señaló que (i) el incumplimiento se derivó de las decisiones tomadas por la junta directiva de la sociedad, conformada por los representantes de las empresas controlantes y por sus administradores designados por dicha junta directiva; y (ii) la sociedad subordinada fue un instrumento útil para el desarrollo del objeto social de las sociedades controlantes, que obtuvieron todo el beneficio económico de las actividades desarrolladas por aquella. Por ello, para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, se

se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario. La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario."

30 El artículo inciso del artículo 65 de la Ley 2195 establece que, ante ciertos supuestos descritos en los numerales de la norma: "En cualquier momento de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal que adelante la Contraloría General de la República, si de las pruebas recaudadas se considera necesario establecer el beneficiario real de las operaciones o transacciones realizadas por personas jurídicas presuntamente responsables, el Director de la actuación correspondiente podrá decretar como prueba el levantamiento del velo corporativo con el fin de identificar a los controlantes, socios, aportantes o beneficiarios reales, y de determinar si procede su vinculación como presuntos responsables al proceso (…)".

presumió transitoriamente la responsabilidad subsidiaria (hasta por el 100% del pasivo laboral) de las empresas controlantes hasta cuando la justicia ordinaria decidiera el asunto con carácter definitivo. Lo anterior, inspirado en el ideal de un orden justo, de conformidad con el preámbulo de la Constitución, que garantiza el mínimo vital de los pensionados y sus familias. En efecto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional la Corte ha acudido a la desestimación de la personalidad jurídica para tutelar los derechos fundamentales de acreedores de obligaciones pensionales y laborales[31].

2. *Corte Constitucional: revisión de constitucionalidad*. A su vez, la Corte Constitucional en sede de control abstracto, ha reiterado que la limitación de la responsabilidad no es un derecho absoluto.

   (i) Al analizar la constitucionalidad del régimen de insolvencia previsto en la Ley 222 de 1995[32], particularmente la responsabilidad subsidiaria de la matriz respecto a su subordinada, la Corte consideró que dichas disposiciones eran exequibles. Sostuvo que, sin perjuicio de los derechos derivados del artículo 38 de la CP, (a) la libre asociación no está exenta de regulación y control, máxime en casos de abusos de la figura asociativa, (b) la iniciativa privada es libre pero "*dentro de los límites del bien común*", y, por tanto, el bien común resulta tutelado cuando se impide que las relaciones incontroladas de interdependencia o de control entre compañías, bajo el manto de la libertad de empresa, generen cuantiosos perjuicios a los acreedores[33].

   (ii) Mediante la sentencia C-865 de 2004, al analizar los artículos 252 y 373 del Código de Comercio, se sostuvo que cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados. Señaló que, en esa medida, la actuación maliciosa, desleal o deshonesta de los accionistas generadora

31 En sentido semejante, la Corte Constitucional mediante la SU-1023 de 2001, presumió transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros en relación con las obligaciones pensionales en cabeza de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana, en virtud de la subordinación de esta frente a aquella. Lo anterior, para efectos de proteger los derechos fundamentales de los involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo.

32 Dicho régimen fue derogado y remplazado por la Ley 1116 de 2006.

33 Corte Constitucional, sentencia C-510 de 1997.

de un daño para terceros es la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.

(iii) Asimismo diez años más tarde, en la sentencia C-090 de 2014, al estudiar la figura de la desestimación de la personalidad jurídica prevista en la Ley 1258 de 2008, la Corte señaló que (a) dicha figura contempla una herramienta legal que evita que la separación patrimonial termine por proteger a los accionistas que incurrieron en acciones fraudulentas contrarias a la buena fe contractual. Por tanto, esas actuaciones fraudulentas conducen "*inexorablemente a que uno de los atributos de la personalidad del ente moral –patrimonio– se mezcle con el de aquellos socios que actuaron en contra de la ley, es decir, se pierde el límite de la responsabilidad para aquel que actuó fraudulentamente*". En línea con lo señalado anteriormente por la Corte, la sentencia en referencia señaló que (b) la desestimación se funda en el daño causado a un tercero como consecuencia de alterar el uso natural de la sociedad, por lo que se permite la comunicación del patrimonio de la persona jurídica y de aquel que a través de ella quiso violentar la ley o perjudicar el derecho de un tercero, imponiendo una responsabilidad solidaria cuya fuente es el daño, debiendo indemnizar los perjuicios ocasionados con dichos actos.

3. *Corte Suprema de Justicia.* Por su parte, la jurisdicción ordinaria en lo civil también se ha pronunciado sobre las excepciones a la limitación de responsabilidad de los socios. En sentencia reciente[34], la Sala de Casación Civil recopiló la jurisprudencia constitucional y ordinaria, así como la normatividad aplicable, sobre la limitación de responsabilidad, sus excepciones, los requisitos para configurar la desestimación de la personalidad jurídica según el régimen legal bajo el cual se solicita el mecanismo, y ejemplos en los cuales procedería la figura excepcional[35]. Sostuvo

[34] SC1643-2022, 8 de junio de 2022

[35] A título enunciativo, la providencia señala ejemplos en los cuales procede la desestimación: (i) La instrumentalización de una filial por parte del controlador, con el fin de realizar propósitos que únicamente interesan a la última; (ii) La administración de la sociedad en transgresión de las formalidades legales y estatutarias siempre que se efectúe de forma dolosa o para satisfacer un interés que es propio de los asociados; (iii) confusión de patrimonios y negocios entre la sociedad y todos o algunos de socios; (iv) Fraude a socios o acreedores, como cuando la sociedad es usada para evadir el cumplimiento de obligaciones, responsabilidades, disimular bienes, burlar intereses del fisco, servir de testaferro, etc.; y (v) infracapitalización de la sociedad, que ocurre cuando la sociedad se crea sin el capital razonablemente requerido para desarrollar el objeto social propuesto.

esta sentencia que ante situaciones en las cuales la persona jurídica sea empleada para abusar de los derechos propios, defraudar a terceros o a la ley, esta última vía la interposición societaria[36], procede la desestimación de la personalidad jurídica[37]. En efecto, señaló que la separación patrimonial entre la sociedad y sus asociados "*no puede convertirse en sucedáneo de fraudes, ya que el ente empresarial despliega sus actividades erigido en el principio de la buena fe (art. 83 C.P., 1603 C.C. y 871 C. de Co.), no para disfrazar actividades fraudulentas, ni para propósito distinto para el que fue creado conforme a sus estatutos (art. 99 C. de Co.),* (…) *en el ordenamiento jurídico floreció a título exceptivo a la regla general de la separación patrimonial y consecuente limitación de responsabilidades entre los socios y la entidad de capitales (art. 252 C. de Co.), la figura de la «desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad», también denominada levantamiento del velo corporativo, entre otros. Bien se ha dicho que la «falta de lealtad respecto a un acto o una conducta debe ser sancionada con la desestimación»*.

4. *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.* En esa línea de la excepcionalidad de la desestimación de la personería jurídica, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en su condición de juez de segunda instancia ante las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades, ha mantenido que la carga probatoria de quien solicita la desestimación de la personalidad jurídica es elevada en la medida en que se debe demostrar la conducta fraudulenta de la parte pasiva, ya sea mediante el propósito de engaño a socios o terceros, o a la ley, cuya acreditación no puede estructurarse "*con fundamento en simples conjeturas o apreciaciones subjetivas, pues para combatir la presunción constitucional de buena fe y, la legal de los actos de disposición societaria, debe existir certeza del comportamiento*"[38].

[36] La interposición societaria se configura cuando la sociedad tiene el propósito de servir de intermediario para realizar actos prohibidos a una persona natural o cuando la persona jurídica es utilizada con el propósito de eludir normas comerciales, tributarias, etc.

[37] Lo anterior, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que "las banderas de la separación patrimonial y personificación jurídica de los entes morales no pueden alzarse como patente de corso, con el fin de autorizar la realización de actos contrarios a máximas que, integradas a los sistemas jurídicos modernos, llegaron a morigerar los alcances de la autonomía privada, tales como la buena fe, la prohibición de abuso del derecho y la ineficacia del fraude a la ley.".

[38] Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Quinta de Decisión Civil, de fecha 25 de junio de 2019.

CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto, la constitución de una sociedad mercantil crea una persona jurídica nueva distinta de los asociados. Así, entre los efectos jurídicos más significativos de dicha distinción respecto a sociedades de capital se evidencian (i) la separación patrimonial de los activos de la sociedad y los activos de los asociados, lo cual protege o escuda los activos de la persona jurídica de los acreedores de los asociados; y, a su vez, (ii) la limitación de responsabilidad de los asociados, por medio de la cual los acreedores de la sociedad únicamente pueden perseguir los activos del ente legal y no los activos de los asociados individuales. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la separación patrimonial y la limitación de responsabilidad encarnan la principal herramienta de la economía, el derecho y el Estado para el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución Económica. En razón a lo anterior, dichos atributos de las sociedades de capital deben ser respetados celosamente y estar exentos de limitaciones, salvo ante eventos que conlleven al desconocimiento o desnaturalización de los fines de estos.

En efecto, de conformidad con la normatividad aplicable y el desarrollo jurisprudencial por parte de la justicia constitucional y ordinaria civil, dichas instituciones no les otorgan a los asociados un derecho absoluto. En esa medida, ante la configuración de ciertos supuestos consistentes en el fraude a la ley, a los trabajadores, a terceros, y el abuso del derecho por medio de la utilización de la figura asociativa, excepcionalmente y a través de los jueces de la república, se puede proceder con la desestimación de la personalidad jurídica o levantamiento del velo corporativo y configurar la inoponibilidad frente a terceros de la limitación de responsabilidad de los socios y, con ello, extender la responsabilidad de la sociedad por sus obligaciones a los asociados individualmente considerados y/o administradores, según sea el caso.

14.

Derecho de consumo

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR ¿CADUCA O PRESCRIBE? 1375
Alejandro Giraldo López

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR ¿CADUCA O PRESCRIBE?

*Alejandro Giraldo López**

SUMARIO

La norma del Estatuto del Consumidor – Ley 1480 de 2011– que establece el plazo que tiene el ciudadano para interponer la acción de protección al consumidor –artículo 58 num. 3–, no hace claridad si la consecuencia jurídica de dejar pasar este plazo, es la caducidad o la prescripción.

Sin duda esta es una discusión de gran relevancia, porque las consecuencias jurídicas de una y otra son diferentes. La jurisprudencia y la doctrina ha tratado de dilucidar este galimatías, sin que hasta el momento sea pacífica su solución. En el presente artículo se revisarán las diferentes posiciones que han sido expuestas hasta el momento, para concluir cuál es la tendencia actual en la jurisprudencia y en la doctrina para decidir este asunto.

* ALEJANDRO GIRALDO LÓPEZ, es abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, terminó estudios de doctorado en sociología en la Universidad de Salamanca y es magíster en Sociología Jurídica del Instituto de Sociología Jurídica de Oñati (España), y en Derecho Económico de la Universidad Javeriana. Trabajó en la Superintendencia de Industria y Comercio como asesor del Superintendente, Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor y Superintendente Delegado para Reglamentos Técnicos y Metrología Legal. También se desempeñó como Vicepresidente Jurídico de FENALCO Nacional. Actualmente es el Director Ejecutivo del Organismo Nacional de Acreditación de Colombia – ONAC. Es profesor de posgrado de las universidades Rosario, Javeriana, Externado, Andes y Sabana, en derecho del consumo y de la competencia y de la infraestructura de la calidad. Es autor de los libros Guía Práctica para Entender el Subsistema Nacional de la Calidad – SICAL (2020) y Exigencias de Calidad de Mercados Nacionales e Internacionales (2015), y coautor de los libros Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor (2012) y Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica (1998). Además, es escritor de artículos para revistas especializadas en derecho económico, derecho de los mercados y revistas especializadas en temas de calidad.

SUMMARY

The Consumer Protection Law –Law 1480 of 2011– establishes the term that the citizen has to file the consumer protection action –article 58 number 3–, but that article does not make it clear whether the legal consequence of letting this term pass is expiration or prescription.

This is undoubtedly a highly relevant discussion, because the legal consequences of one and the other are different. Jurisprudence and doctrine have tried to elucidate this gibberish, without its solution being peaceful so far. In this article, the different positions that have been exposed so far will be reviewed, to conclude which is the current trend in courts and specialists to decide this juridical point.

INTRODUCCIÓN

El Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) cumple 10 años de su expedición, y ha sido, sin duda, una ley que ha transformado las relaciones comerciales entre empresarios y ciudadanos.

Desde el punto de vista jurídico, ha habido grandes avances jurisprudenciales y doctrinarios, que le han dado vida al texto de la norma, haciéndola dinámica, actual, viva. Existen algunos conceptos que han evolucionado de forma pacífica, como el de la garantía, la publicidad o la información, y otros que han generado mucho más debate, especialmente en la parte procesal, como la naturaleza judicial o administrativa de las multas, la posibilidad de hacer llamamiento en garantía a un tercero o la prescripción –o caducidad– de la acción.

En el presente artículo abordaremos esta última discusión, presentando la definición y consecuencias jurídicas de cada uno de estos conceptos, para posteriormente pasar a revisar la norma del Estatuto del Consumidor que establece el tiempo para interponer la acción, y presentar las diferentes tesis que han desarrollado la doctrina y la jurisprudencia sobre la posibilidad de considerar que el paso del tiempo lleva a una caducidad o una prescripción de la acción.

0. DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD.

0.1 La prescripción

La Corte Constitucional, en reciente sentencia, explicó los dos alcances de la prescripción, una de carácter adquisitivo –usucapión– y otra de carácter extintivo o liberatorio[1]:

> *"14. En el sistema jurídico colombiano, la prescripción es una institución jurídica que corresponde a dos figuras diferentes: por una parte, la adquisitiva, también conocida como* ***usucapión*** *(adquisición o apropiación por el uso, por su etimología latina usucapionem, de usus-uso- y capere –tomar-), que es un título originario de adquisición de derechos reales, por la posesión ejercida durante el tiempo y bajo las condiciones exigidas por la ley y la* ***prescripción extintiva o liberatoria****, que es un modo de extinguir derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular , dejando salvas las suspensiones determinadas por la ley en favor de ciertas personas"* (negrillas en original).

Con relación a la prescripción extintiva, la misma Corporación ya se había pronunciado, afirmando que[2]:

> *"la prescripción extintiva tiene una estrecha relación con principios constitucionales como el orden público, la seguridad jurídica y la convivencia pacífica, por ello es protegida dentro de nuestro ordenamiento. En efecto, en los casos en los que el titular de un derecho permanece indefinidamente sin ejercerlo, no sólo se encuentra involucrado el interés particular, sino también el interés general en la seguridad jurídica del ordenamiento y estabilidad de las relaciones"*

Por esta razón, la prescripción extintiva es una sanción por la inacción o negligencia del titular de la acción, quien deja pasar el tiempo sin ejercer su derecho[3]:

> *"En virtud de la prescripción, en su dimensión liberatoria (…) se tiene por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede*

[1] Sentencia C-091 del 26 de septiembre de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[2] Sentencia T-581 del 27 de julio de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[3] Sentencia C-227 del 30 de marzo de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

presumir que el titular lo ha abandonado; por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular" (subrayado original).

0.2 La caducidad

La caducidad, por su parte, ha sido considerada una figura jurídica de orden público con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los administrados:

> *"La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia."*[4].

Este entendimiento ha sido pacíficamente reiterado por el Alto Tribunal:

> *"(…) la figura procesal de la* caducidad *ha sido entendida como el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o un derecho, que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en un proceso jurídico. La caducidad es entonces un límite temporal de orden público, que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez oficiosamente"*[5].

0.3 Similitudes y diferencias entre la prescripción y la caducidad

Tanto la prescripción como la caducidad son figuras jurídicas creadas por la ley, y será esta la que les dé el alcance que le corresponda en cada situación particular:

[4] Sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[5] Sent. C-227/09.

> *"De acuerdo con la teoría procesal, tanto la prescripción como la caducidad son fenómenos de origen legal cuyas características y efectos debe indicar el legislador; estas figuras procesales permiten determinar con claridad los límites para el ejercicio de un derecho"*[6].

Esta misma postura fue reiterada por la propia Corte, al revisar la exequibilidad de las disposiciones del Código General del Procedimiento (art. 282) y del Código Civil (art. 2513) que exigen que se alegue la prescripción para poder ser considerada por el Juez[7].

> *"17. En suma, la prescripción en general es una institución compatible con el ordenamiento constitucional colombiano, pero su configuración concreta, relativa a los plazos y las condiciones para su configuración y reconocimiento, es una materia de competencia del legislador, por lo que su constitucionalidad debe ser analizada caso por caso".*

Sin perjuicio de la singularidad que puede existir en cada caso que el legislador así lo señale, de carácter general, las dos figuras jurídicas tienen similitudes y diferencias importantes.

Como similitudes, podemos señalar que ambas figuras fueron establecidas por el legislador con la finalidad de generar seguridad jurídica de manera que las controversias se cierren y se impida la posibilidad de acudir indefinidamente ante la administración de justicia, por eso, una y otra están sujetas a un límite temporal.

Como diferencias destacables, se puede traer a colación la sentencia de la Corte Constitucional de 1998, en la que señaló[8]:

> *3.5. Si bien las dos figuras mencionadas están íntimamente relacionadas por la comunidad de finalidades que persiguen, sin embargo, presentan características diferentes que las distinguen y les otorgan identidad propia. En forma no exhaustiva, se señalan las siguientes diferencias:*
>
> *- La caducidad está unida al concepto de plazo extintivo, es decir, al término prefijado para intentar la acción judicial, de manera que una vez transcurrido éste se produce fatalmente el resultado de extinguir dicha acción. Por ello, la caducidad debe ser objeto de pronunciamiento*

[6] Sent. C-227/09.

[7] Sent. C-091/18.

[8] Sentencia C-574 del 14 de octubre de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

judicial oficioso cuando aparezca establecida dentro de la actuación procesal, aun cuando no se descarta la posibilidad de que pueda ser declarada a solicitud de parte.

En relación con el tema de la caducidad la Corte en la sentencia C-351/94 expresó lo siguiente:

> '… la institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales -con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa-, constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde".

Posteriormente la Corte se refirió recientemente al tema de la caducidad de las acciones contencioso administrativas en la sentencia C-115/98, así:

> 'El fenómeno jurídico de la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones, cuando por un acto, hecho, omisión u operación administrativa por parte de una autoridad pública, se lesiona un derecho particular'.
>
> (….)
>
> 'La institución de esta clase de términos fijados en la ley, ha sido abundantemente analizada por la doctrina constitucional, como un sistema de extinción de las acciones, independientemente de las regulaciones consagradas a través de la figura jurídica de la prescripción extintiva de derechos'.
>
> 'Siempre se ha expresado que la caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho

> fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos'.
>
> (….)
>
> 'La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (artículo 136 del CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado'.

- La prescripción requiere, al contrario de la caducidad, alegación de parte y, en tal virtud, no puede ser declarada de oficio por el juez. Además, puede ser objeto de suspensión frente a algunas personas dentro de ciertas circunstancias (C.C. art. 2530), a diferencia de la caducidad que no la admite.

- La prescripción es renunciable una vez ocurrida, mientras que el juez no podría jamás aceptar tal determinación de las partes con relación a la caducidad".

En la anteriormente citada sentencia C-091/98, la Corte Constitucional, en otro de sus apartes, señaló:

> *"16. A pesar de las dificultades teóricas para diferenciar la caducidad de la prescripción extintiva, ya que ambas figuras conducen a resultados prácticos equivalentes, por la imposibilidad de hacer efectiva la obligación o el derecho, esta Corte ha establecido que la prescripción extintiva se diferencia de la caducidad por su naturaleza y por sus efectos. La caducidad es un fenómeno de orden público que extingue la acción correspondiente, cierra la posibilidad de acceder a la justicia y genera, por consiguiente, el rechazo de la demanda, en razón de su no presentación oportuna o, si no fue preliminarmente advertida, la adopción de una sentencia inhibitoria, por tratarse de un defecto*

insaneable del proceso. Por su parte, la prescripción extintiva suprime los derechos o las obligaciones y, por lo tanto, no cierra el acceso al juez, no impide que el mismo profiera una sentencia de fondo, respecto de las pretensiones formuladas ya que, al lado del pago, son asuntos relativos al objeto mismo de la litis".

En estos términos, se puede señalar como diferencias principales entre la prescripción extintiva y la caducidad, las siguientes:

a. *La prescripción extintiva, por regla general, debe alegarse, mientras que la caducidad aplica de pleno derecho.* En efecto, los artículos 282 del Código General del Procedimiento[9], como el artículo 2513 del Código Civil[10], establecen la obligación para la parte que tenga interés en que sea declarada, de alegarla en la demanda o en la contestación de la misma, para que pueda ser valorada por el juez. Excepcionalmente, el numeral 6° del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA[11], faculta al juez para declarar la

[9] Código General del Proceso, artículo 282: ***Resolución sobre excepciones****. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia,* ***salvo las de prescripción****, compensación y nulidad relativa,* ***que deberán alegarse en la contestación de la demanda****.*

Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada*.*

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción"

[10] Código Civil, artículo 2513: ***El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio****.*

La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella".

[11] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 180: ***Audiencia inicial****. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:*

prescripción extintiva de oficio. Por su parte, la caducidad siempre será declarada de oficio, se haya o no alegado por la parte beneficiada.

b. *La prescripción extintiva no impide al juez pronunciarse sobre el fondo del asunto y debe ser analizada en la sentencia, mientras que la caducidad obliga al rechazo de la demanda o al fallo inhibitorio.* Cuando el demandado excepciona extinción de la obligación por cualquiera de las causas establecidas en el artículo 1625 del Código Civil, inclusive la prescripción, esta debe ser analizada en la sentencia, lo que implica un fallo de fondo. Cuando la acción ha caducado, el Juez debe rechazar la demanda de plano, y si este no la advirtió al inicio del proceso, una vez la identifique, debe emitir fallo inhibitorio sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

c. *La prescripción extintiva no extingue –del todo– las obligaciones, mientras que la caducidad hace desaparecer el derecho.* Si bien el numeral 10° del artículo 1625 del Código Civil establece como una de las formas de extinguir las obligaciones la prescripción, el artículo 1527 de la misma normatividad[12] habla de las obligaciones naturales como aquellas que *"no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas"*, en las que se encuentran las obligaciones *"extinguidas por la prescripción"*. Sin duda es un galimatías que la prescripción extintiva no extinga del todo la obligación, porque le permite al acreedor retener el pago en caso en que se haga; pero no siendo este escrito objeto de dicha discusión, solo se agregará que en el caso de la caducidad el derecho fenece en su integridad, y si se realiza un pago, podrá ser repetido por pago de lo no debido.

d. *El término de prescripción se puede interrumpir, suspender e inclusive renunciar, mientras que el término de caducidad, por regla general, no.*

(…)

6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, ***de oficio*** *o a petición de parte,* ***resolverá sobre*** *las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y* ***prescripción extintiva****.*

[12] Código Civil, artículo 1527: *Las obligaciones son civiles o meramente naturales.*

Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.

Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.

Tales son:

(…)

2a.) Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción.

(…)

Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia desde antaño, cuando ha analizado la figura de la interrupción de la prescripción, como un derecho subjetivo que depende de la actuación tanto del demandante como del demandado, y en veces, de la misma ley:

> *"Dicho esto, naturalmente se larga la conclusión de que al compás del tiempo ha de marchar la atildada figura de la incuria, traducida en un derecho inerte, inmovilizado, cual aparece dicho en el artículo 2535 del Código Civil. Patentízase así que el mero transcurso del tiempo, con todo y lo corrosivo que es, no es suficiente para inmolar un derecho.*
>
> *"No es sino reparar, acaso como la comprobación más concluyente de lo que acaba de decirse, que si el acreedor, antes que incurrir en dejadez, ejercita su derecho -no importa que sea sin éxito rotundo-, bien pueden contarse los años que quiera sin desmedro del derecho en sí; en algunas partes, con apenas instar al deudor para la satisfacción de la deuda, lo obtiene; en otras, es riguroso que la exhortación al pago se haga mediante demanda judicial.*
>
> *"Más aún: es probable que la pereza del acreedor se vea purgada por la actitud del obligado, dado el reconocimiento que éste haga de la deuda.*
>
> *"En una palabra, el comportamiento tanto del acreedor como del deudor puede interferir el lapso prescriptivo. De este modo, háblase lisamente de la interrupción de la prescripción, sin que esté de sobra recordar a este respecto que su principal consecuencia es la de que el tiempo anterior queda como borrado para esos fines (art. 2539 ejusdem).*
>
> *"Recuérdese que pueden existir, de otra parte, circunstancias especiales que obstruyan el decurso de la prescripción, y se habla ya de la suspensión de la misma (art. 2541 in fine).*
>
> *"Todas estas cosas proclaman que jamás la prescripción es un fenómeno objetivo, de simple cómputo del tiempo. Es una tesis desafortunada del tribunal; desatino que brota entre líneas remarcadas cuando se piensa que con ello permite florecer la idea errónea de que la prescripción corre fatalmente, sin ninguna solución de continuidad, sendero por el que irrumpió comparándola con la caducidad, con olvido de que hay disposiciones que expresamente dicen en qué casos se interrumpe la prescripción y en qué otros se suspende.*
>
> *"Hace apenas unas líneas, en efecto, se hizo notar que en la prescripción juegan factores subjetivos, que, por razones más que obvias, no son comprobables de la 'mera lectura del instrumento' contentivo de la obligación. La conducta de los sujetos de la obligación es cuestión que siempre ameritará un examen orientado a establecer si concurrentemente se configuran todas las condiciones que deben acompañar al tiempo para que con certeza se pueda decir si la prescripción ocurrió verdaderamente. Sólo así se llegará a determinar lo relativo a la interrupción y suspensión de la prescripción"*[13].

En cambio, cuando el mismo Tribunal analiza la figura jurídica de la caducidad, descarta de plano la posibilidad de que esta sea interrumpida, por cuanto es un fenómeno objetivo dado por el paso del tiempo, sin miramientos a elementos subjetivos como el comportamiento del acreedor o deudor, o la calidad de los mismos:

> *"Fuera de toda discusión está, entonces, que el citado término bienal es, como desde antaño lo ha reiterado esta Corporación, de caducidad y no de prescripción, y, por ende, para no citar aquí sino lo que es estrictamente indispensable, no es susceptible de suspensión civil, ni siquiera en favor de los incapaces, dado que se trata 'de un plazo prefijado por la ley para el ejercicio del derecho de acción, a cuyo vencimiento se produce fatalmente la decadencia del derecho'. Denota la caducidad su repulsión a la idea de que existan circunstancias con virtualidad para suspender su marcha inexorable; de ahí que, ni por semejas, pueda invocarse que le sea aplicado el régimen de suspensión a que ciertamente está sujeta la prescripción (art. 2530 del Código Civil). Repítese, su paso es indetenible; como tal, no para mientes en la persona del titular de la acción, porque no está para nada interesada en averiguaciones de tipo subjetivo, cuestión ésta que suele invocarse para poner de resalto su diferencia con la prescripción, diciéndose al efecto:*
>
> > 'Pero se comprenderá bien la diferencia teórica que media entre las dos instituciones si se observa el fundamento jurídico-filosófico que explica la prescripción, o sea el abandono, la negligencia en el titular del derecho o la acción, en una palabra el ánimo real o presunto de no ejercerlos; en tanto que en la caducidad esa razón de índole subjetiva no se tiene en cuenta, pues basta para que el fenómeno se produzca el hecho objetivo de que en la ley (...) se prefija un plazo para que el interesado no pueda obrar útilmente si deja que transcurra sin haber hecho uso de él ...' *(LXI, pp. 589 y 590).*

[13] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 11 de enero de 2000, M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

"Lo que ocurre es que, como se advirtió en la misma ocasión, por ser la prescripción un fenómeno extintivo basado en el transcurso del tiempo, 'ha sido frecuente entender que toda extinción de acciones por esta causa se considera como un fenómeno de prescripción', al que le son aplicables las 'reglas que a ésta gobiernan'. Lo que no pasa de ser una confusión 'entre dos órdenes de instituciones jurídicas de características esenciales bien diferenciadas (...). En efecto, al lado de la prescripción liberatoria como medio de extinguir las acciones en juicio se admite desde hace algún tiempo (...) el de la caducidad o término perentorio, el cual puede producir -es verdad- los mismos efectos, pero cuyos fundamentos esenciales así como su régimen en la actuación positiva del derecho son muy distintos de los que integran aquella figura jurídica'.

"Consideraciones todas que han llevado a la Corte a afirmar tajantemente que 'los términos de prescripción admiten suspensión (...) mientras que los plazos de caducidad no comportan la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión y 'deben ser cumplidos rigurosamente so pena de que el derecho o la acción se extingan de modo irrevocable' (CXLVIII, p. 308).

"Sobra decir, pues, que es inadmisible cualquier intento, como aquí lo pretende el censor, de equiparar la caducidad con la prescripción con el fin de que a aquella se aplique el régimen de suspensión que en favor de incapaces se instituyó para ésta".[14]

Sin perjuicio de la perentoriedad de lo dicho por la Honorable Corte Suprema, la ley hoy establece dos eventos en que se suspende el término de caducidad, uno con la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante un conciliador legalmente reconocido por el Ministerio de Justicia[15], y cuando se presenta la demanda[16].

[14] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 14 de mayo de 2001, M.P. Manuel Ardila Velásquez.

[15] Ley 640 de 2001 artículo 21: ***Suspensión de la Prescripción o de la Caducidad****. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador* ***suspende el término de prescripción o de caducidad****, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.*

[16] Código General del Proceso, artículo 94: ***Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora.*** *La presentación de la demanda interrumpe*

1. LA NORMA DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR Y SU INTERPRETACIÓN A TRAVÉS DEL TIEMPO

En el numeral 3° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, que regula el procedimiento jurisdiccional de la acción de protección al consumidor, se establece:

"3. Las demandas para efectividad de garantía, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y las controversias netamente contractuales, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato. En los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación. En cualquier caso deberá aportarse prueba de que la reclamación fue efectuada durante la vigencia de la garantía".

Como se puede observar, la norma no establece la consecuencia jurídica para las demandas que sean presentadas transcurrido el término de un año que otorga la ley para iniciar la acción de protección al consumidor. Esto llevó a pensar, en un primer momento, que la consecuencia era la caducidad, pero con el tiempo la jurisprudencia se ha decantado más por sostener que es la prescripción.

En un primer caso, la Corte Suprema de Justicia falló en segunda instancia un proceso de tutela que se interpuso ante el Tribunal Superior de Bogotá contra un fallo de un juzgado civil del circuito de la misma ciudad, que confirmó una sentencia en segunda instancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, que denegó las pretensiones de la demanda por considerar que había operado la *caducidad* de la acción[17]. En este fallo, la Corte avaló el

el término para la prescripción e ***impide que se produzca la caducidad*** *siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.*

[17] Sentencia de segunda instancia proferida el 9 de noviembre de 2017 M.P. Margarita Cabello Blanco, que confirmó el fallo de primera instancia del 27 de septiembre del mismo año dictado por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que negó la acción de tutela promovida por Aroldo Miranda Escobar en contra del Juzgado 41 Civil del Circuito de la misma ciudad, que mediante sentencia del 8 de septiembre confirmó el fallo del 15 de febrero de 2017 dictado por la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro del proceso que él mismo había adelantado

análisis que hizo el Tribunal sobre la *caducidad* de la acción de protección al consumidor, el cual concluyó que era esta la consecuencia jurídica del transcurrir del tiempo sin ejercer la acción. Dijo así el Tribunal de Alzada:

> *"En efecto, para adoptar la determinación, la autoridad querellada tuvo en cuenta que* «**el transcurso del tiempo afecta las regulaciones contractuales y del consumo, no sólo a través de la prescripción extintiva, sino también de la caducidad, entendida ésta última como el término perentorio para el ejercicio de una prerrogativa dispuesto en la ley que, por ser inherente al orden público, opera de pleno derecho, pues en últimas, lo que se busca es la seguridad jurídica para evitar que el sujeto pasivo quede expuesto al ejercicio de las acciones por un tiempo más allá de lo razonable. Siendo la caducidad el medio para asegurar que las acciones se ejerzan dentro del término establecido por la ley, es esta la razón por la que el legislador facultó al juez para declarar ese fenómeno aún de oficio. Nótese como el inciso segundo del artículo 90 del CGP dispone que 'el juez rechazará la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia o cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla', norma que guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 282 ibídem, que no enuncia la caducidad dentro las excepciones dispositivas que requieran solicitud de parte, lo que significa que puede ser declarada aún de oficio. No obstante se observa que en la contestación de la demanda, al contrario de lo afirmado por el apelante, la entidad demandada propuso como excepción la denominada caducidad de la acción de protección al consumidor en donde indicó que el término de que trata el numeral 3° del artículo 58 de la Ley 1480 del 2011 ya se había superado**».
>
> *(…)*
>
> *"A la par, adujo que* «conforme al hecho doce de la demanda, la obligación de la aseguradora de pagar el riesgo asegurado surgió con ocasión de la calificación de invalidez efectuada el 14 de abril de 2014 dictaminada al demandante en el 58.45% de pérdida de capacidad laboral debido a las enfermedades que padece con fecha de estructuración el 8 de enero de 2014 [y que] con base en estas afirmaciones y pruebas que obran dentro del proceso al respecto, no cabe duda [...], que la determinación censurada merece confirmación ya que la

en contra del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. y BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.

> demanda fue presentada hasta el día 17 de febrero del 2016, **fecha para la cual ya había transcurrido el término de un año, luego, ya se había consolidado la caducidad**, contado aun desde la fecha de la calificación y su notificación al demandante»
>
> *"En relación con los argumentos del recurso, señaló que* «**el término de caducidad aplicado en el presente caso no puede ser confundido ligeramente con el término de prescripción establecido para la acción derivada del contrato de seguro**. **La caducidad aplicada en el presente caso tiene fundamento en el numeral 3° del artículo 58 de la ley 1480 del 2011**, norma que de manera expresa regula la oportunidad para ejercer la acción especial de protección al consumidor financiero, independientemente del fundamento de la controversia, esto es si es o no derivada de un contrato de seguro, pues la ley no distingue el origen del conflicto, sino, simplemente, que se trate de esta modalidad de acciones especial, vale decir la protección al consumidor financiero; en tal evento, está por demás entrar a controvertir si operó o no la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro ni las demás excepciones propuestas por la parte demandada, pues tal discernimiento sería procedente en el evento de que hubiere lugar a analizar el fundamento de las pretensiones de la demanda, discusión que no tiene cabida en el presente caso ante el impedimento legal derivado de haberse vencido el plazo para formular la acción especial de que se trata»
>
> *(…)*
>
> *"7. Bajo esa perspectiva, emerge la inviabilidad de la protección extraordinaria reclamada, en la medida en que, itérase, en la providencia cuestionada no obran las circunstancias estructurantes de un abierto, ostensible y patente yerro judicial que pudiera abrir las puertas del éxito a la pretensión tutelar, en tanto que de la transcripción antes vista dimana que se efectuó el debido aquilatamiento de la situación fáctica evidenciada en torno a la causa anulativa alegada, como una valedera exposición de los motivos decisorios que fundaron la resolución adoptada.*
>
> *"Esto es que, una vez analizados la naturaleza jurídica de la* «acción de protección al consumidor», *la juzgadora de conocimiento ad quem* ***evidenció que la respectiva demanda no se formuló oportunamente, por lo que operó la caducidad de la acción la que podía declararse, bien de oficio o a solicitud de parte****, toda vez que la misma se formuló con fundamento en la calificación de invalidez efectuada al gestor el*

14 de abril de 2014, la que se estructuró el 8 de enero de ese año, en tanto que la demanda se impetró el 17 de febrero de 2016, data para la cual ya había transcurrido con suficiencia el plazo de un (1) año que la ley establece para su ejercicio, contado aún desde la notificación de la señalada experticia médica, el cual es independiente del fundamento de la controversia, ***por lo que se hallaba la administración de justicia impedida para abordar el estudio de fondo de la cuestión debatida; hermenéutica que encuentra sustento normativo, particularmente, en el núm. 3° art. 58 de la Ley 1480 de 2011 y en los cánones 90 y 282 del C. G. del P.,*** *la que desde luego no puede ser alterada por esta vía, todo lo cual no merece reproche desde la óptica ius fundamental para que deba proceder la inaplazable intervención del juez de amparo"* (Subrayas y negrilla fuera del texto).

En otro caso muy próximo y similar al anterior, se manejó por parte del Tribunal Superior de Bogotá y de la Corte Suprema de Justicia, el concepto de *caducidad* y de *prescripción* indistintamente, sin parar mientes en la diferencia entre uno y otro. Este fue un fallo de tutela resuelto por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia[18], y de su apelación resuelta por la Sala Laboral de la misma Corporación[19], que interpuso la parte demandante contra un fallo de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá, que decidió revocar el fallo de primera instancia dictado por la Superintendencia de Industria y Comercio, en un proceso de protección al consumidor, por haber operado la *caducidad* de la acción.

Dijo así el fallo de primera instancia:

"4.3. Finalmente, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en fallo del 25 de abril de pasado, dispuso revocar la decisión de primer grado, para en consecuencia, **declarar la caducidad de la acción***, con sustento en que*

(…)

[18] Fallo de tutela del 23 de junio de 2017 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo, en acción interpuesta por Luz Nelly Acosta Casella contra la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la sentencia dictada en segunda instancia el 25 de abril de 2017 dentro del proceso de acción de protección al consumidor promovido por ella en contra de la sociedad Continautos S.A., que declaró probada la caducidad de la acción.

[19] Fallo de tutela en segunda instancia del 9 de agosto de 2017 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, dentro del proceso ut supra.

"Concluyendo así, que si la señora Acosta Casella tuvo conocimiento de que la entrega del rodante se efectuó el 11 de mayo de 2009, circunstancia que se corrobora de su «confesión» *y* «"la orden de salida" suscrit[a] por la señora Castro Caro que da cuenta que en efecto la entrega se produjo el 11 de mayo de 2009», ***dicha calenda es a partir de la cual se tenía que contabilizar el término de caducidad;*** *luego entonces, y como quiera que* «la queja jurisdiccional sólo vino a presentarse el 9 de agosto de 2012», *esto es, tres años después de ocurrida la entrega espuria,* ***la acción ya se encontraba caducada*** *(fls. 41 a 53).*

"5. Puestas así las cosas, al margen de que esta Corporación comparta íntegramente o no el señalado pronunciamiento, se concluye que no puede tildarse de antojadizo o caprichoso, lo cual impide su cuestionamiento en esta Sede, pues la diferencia de criterio que expone la parte aquí interesada no permite, por sí solo, predicar el quebranto de los derechos cuya protección invoca, siendo que en la decisión censurada se observaron las normas procesales que eran aplicables para el caso concreto, máxime, cuando quedó demostrado, que en efecto la inconforme acudió al aparato jurisdiccional en busca de su protección como consumidora por la adquisición de un producto por fuera de los términos estipulados para ello, esto es, a partir del finiquito contractual, y en su caso, cuando tuvo conocimiento directo del incumplimiento del mismo, ***lo que inexorablemente conllevaba a declarar la caducidad de la acción incoada****."* (Subrayas y negrillas fuera de texto).

En el fallo de segunda instancia, se puede leer lo siguiente:

"En este caso, la accionante solicita que se deje sin efecto la sentencia proferida el 25 de abril de 2017 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá que revocó la decisión, a través de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio accedió parcialmente a sus pretensiones. En su criterio, ***no había lugar a que se declarara la caducidad de la acción ejercida****, porque* ***el término de prescripción de la garantía legal solo podía contarse*** *a partir del momento en que el bien le fuera entregado, evento que no había ocurrido, posición que fue avalada por la representante del Ministerio Publico, con similares argumentos.*

"Sin embargo, observa esta Sala que el Tribunal Superior de Bogotá, al amparo de un criterio jurídico igualmente razonable, ***estimó que en el caso planteado había operado la caducidad****.*

(…)

"En segundo lugar, el Tribunal ***estimó que el artículo 58 de esa misma ley regula los términos de caducidad****, en cuya virtud establece que la demanda debe presentarse dentro del año siguiente a la expiración de la garantía, de la terminación del contrato o del conocimiento de los hechos que fundamentaron la reclamación, según corresponda:*

(…)

"Bajo esos parámetros y, conforme a las pruebas recaudadas, encontró que el día 11 de mayo de 2009 la demandante había tenido conocimiento de que el bien había sido entregado a otra persona, momento a partir del cual debía contabilizarse el término de un año, previsto en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, ***lo que permitía concluir que la acción para reclamar había caducado****, al haberse interpuesto tres años después de ocurridos los hechos.*

(…)

Por tal razón, reflexionó que no podía sostenerse que, como en ese caso no se había entregado el producto, ***no había lugar a decretar la caducidad regulada en el artículo 58 de esa ley****, dado que lo que se perseguía con la acción era precisamente obtener el cumplimiento de la obligación de entrega"* (Subrayas y negrillas fuera de texto).

La Superintendencia Financiera inicialmente también consideró la sanción por inacción como la *caducidad*, y así lo reflejaron sus fallos desde 2012 hasta 2016, como se puede ver en este ejemplo:

"Pese a la anterior declaración, considera esta Delegatura relevante hacer igualmente referencia a ***la excepción de caducidad*** *propuesta por el Banco demandado, respecto de la cual necesario resulta advertir que, conforme al numeral 3 del artículo 58 de la Ley 1480, las demandas en acción de protección al consumidor en tratándose de controversias netamente contractuales, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato. Sobre el particular y considerando que obran en el expediente a folios 147 y 148 documentos originales expedidos el 7 de octubre de 2014, por la Sucursal Popayán del BBVA COLOMBIA S.A. en los cuales se certifica que las cuentas Nos. 721-0001485 y 721-005304 se encuentran canceladas desde el 7 de febrero de 2013, lo que permite a la Delegatura concluir también que* ***operó el fenómeno de la caducidad que la acción de protección al consumidor****, por lo menos, en lo relacionado con las citadas cuentas dado que la demanda fue presentada el 14 de julio de 2014, esto es luego de 16 meses de haberse terminado el vínculo contractual entre las partes"*[20] (Subrayas y negrilla fuera de texto).

Sin embargo, esta posición de considerar la *caducidad* como sanción por vencimiento del plazo para demandar, fue modificada por el Tribunal Superior de Bogotá en fallo adoptado en enero de 2016[21], en el cual sostuvo:

"(…) tal interpretación no se ajusta a las reglas establecidas por la jurisprudencia para establecer cuándo un término legal puede establecerse como caducidad, esto es: (i) cuando la ley así lo indica o (ii) cuando el legislador consagra un lapso para ejercer determinada acción, último caso en el cual por vía jurisprudencial, se ha permitido entender como de caducidad; sobre el caso en estudio indicó que , "si bien es cierto, el numeral 3° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, al cual acudió, no hace alusión a una figura en concreto, y por ende, podría decirse que se refiere a una caducidad de la acción, como en efecto se declaró; también lo es, que de forma posterior, específicamente en el numeral 6° de la misma disposición, el legislador optó por la figura de la prescripción de la acción, regulación de índole especial que debe primar y la cual no puede ser declarada de oficio".

A partir de allí, tanto la Superintendencia Financiera como la Superintendencia de Industria y Comercio han tenido una posición mucho más consistente sobre la prescripción –que no caducidad– de la acción de protección al consumidor.

En reciente fallo, la Superintendencia de Industria y Comercio reiteró su posición de forma decidida y expresó los argumentos jurídicos en los que la sustenta, dejando claro que para esta Entidad no existe duda de que la sanción es la *prescripción* de la acción[22]:

"1. Las reglas de prescripción en el ámbito de la protección al consumidor

"Se han presentado diversas posiciones respecto de la naturaleza de los términos previstos en el numeral 3° del artículo 58 de la Ley 1480 de

[20] Radicado interno: 2014062941, expediente No. 2014 – 0712, Municipio de Piendamó Vs. BBVA Colombia S.A.

[21] Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil, sentencia del 21 de enero de 2016, M.P. Julia María Botero Larrarte, radicado 11001 31 99-001-2015-01185-01.

[22] Sentencia número 9140 del 30 de septiembre de 2020, dentro del radicado No. 19-212259, Carlos Luna Noguera Vs. Country Motors S.A.

2011. El debate se ha centrado en si se trata de límites temporales que establecen la caducidad de la acción o si lo previsto en la referida norma es la regulación del término de prescripción del derecho a reclamar la protección por la vulneración de los derechos de los consumidores. Esta Delegatura se ha decantado por la última de las doctrinas mencionadas, esto es que la regulación allí prevista corresponde a la de un término de prescripción. Esta posición encuentra sustento en que, como lo ha señalado el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, una lectura sistemática de los preceptos que regulan la acción de protección al consumidor resulta claramente indicativa de que la voluntad del legislador fue la de establecer un término de prescripción, que no de caducidad para el ejercicio de los derechos que reconocidos a favor de la parte débil de la relación. Así se colige del inciso del numeral 6 del referido artículo 58, en el que se señala:

> 'La Superintendencia de Industria y Comercio adelantará las gestiones pertinentes para individualizar y vincular al proveedor o productor. Si transcurridos dos meses desde la interposición de la demanda, y habiéndose realizado las gestiones pertinentes, no es posible su individualización y vinculación, se archivará el proceso, sin perjuicio de que el demandante pueda presentar, antes de que opere la prescripción de la acción, una nueva demanda con los requisitos establecidos en la presente ley y además deberá contener información nueva sobre la identidad del productor y/o expendedor' *(negrillas fuera del texto original).*

"En consecuencia, fue el mismo legislador el que determinó expresamente la naturaleza de los términos regulados en el numeral 3° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, para establecer que se trataba de la figura de la prescripción, con un régimen particular relativo a las reclamaciones que se tramitan por la vía de la acción de protección al consumidor.

"Además de la mencionada pauta interpretativa, el canon hermenéutico previsto en el artículo 4° del Estatuto del Consumidor permite arribar a la misma conclusión. Se establece en dicho precepto que: '[l]as normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor.' *En consecuencia, se impone entender que la regulación prevista en el numeral 3° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 corresponde a la de un término de prescripción, por tratarse de una posición más beneficiosa para el sujeto protegido por las normas de consumo. Lo anterior, debido*

a que, a diferencia de la caducidad, la prescripción debe ser alegada por la parte que pretende favorecerse de aquella, es renunciable, se puede interrumpir mediante escrito dirigido por el acreedor al deudor (art. 94 del C.G.P.) y no puede ser declarada oficiosamente por el juez, entre otras particularidades de esta institución que ciertamente redundan en favor del consumidor.

"Definida la naturaleza de los términos regulados por la norma en comento (numeral 3° del

artículo 58 de la Ley 1480 de 2011), es necesario señalar que el legislador definió tres supuestos diferentes respecto de la regulación de la prescripción de la acción de protección al consumidor, dependiendo del derecho o protección reclamada, así:

"i. Cuando la protección reclamada esté enderezada a hacer efectiva la garantía legal (art. 7 y ss.), el término de prescripción es de un año, el cual comienza a contarse desde el momento en que expiró la garantía;

"ii. Cuando la demanda verse sobre una reclamación netamente contractual, esta deberá presentarse dentro del año siguiente a la terminación del contrato, so pena de que opere la prescripción;

"iii. Finalmente, como regla residual – para los demás casos- se establece que la prescripción operará a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación.

"Como se observa de los diferentes supuestos, el legislador, en lo que respecta al plazo de prescripción de la acción de protección al consumidor, sentó la regla de que este es de un año, distinguiendo entre los diversos eventos el momento desde el que se empieza a contar dicho término (dies a quo). Lo anterior hace fundamental determinar el tipo de controversia y derecho que se está debatiendo, en tanto la conclusión al respecto producirá efectos relevantes en relación con el momento desde el cual se contará el término de prescripción, pues mientras que para los dos primeros supuestos el legislador estableció parámetros de carácter objetivo que identifican el inicio de la contabilización del término de prescripción, la regla residual está dada por un criterio subjetivo.

"En relación con la distinción entre factores objetivos y subjetivos para la determinación del momento en que empieza a correr el término de prescripción la doctrina ha señalado:

> 'Así, el dies a quo podrá ser objetivo o subjetivo, según si considera o no la posibilidad que el legitimado activo conociera o no la acción

y/o la posibilidad de accionar. Desde este punto de vista, el primero -asociado a la certeza jurídica corresponde a la revisión de un hecho externo que prescinde de todo cuestionamiento acerca de la posición subjetiva del titular, como podría ser, por ejemplo, la realización del hecho lesivo, la entrega del producto, la celebración del contrato, etc. Por su parte, conforme al segundo -favorecedor de la justicia-, el plazo sólo principiará, una vez que el titular se encuentre en condiciones de hacer valer su derecho. En este sentido, un inicio subjetivo exigiría que el término principie con la aparición de los daños, el conocimiento de la infracción o del legitimado pasivo, etc.'

"Ahora bien, es necesario señalar que la interpretación respecto de los dos primeros supuestos debe hacerse de manera restrictiva. A modo de ejemplo, en aquellos asuntos en los que la controversia, además de involucrar la solicitud de la efectividad de la garantía o la protección relativa a un asunto netamente contractual, implique una controversia referida a deficiencias informativas, no obstante la cercanía que pueda existir entre la información y el contenido contractual o la garantía solicitada, deberá el juez analizar con cautela el contenido de los derechos ejercidos, de tal forma que contabilice el término prescriptivo de manera particular para cada supuesto. Es así, que no podrán cobijarse las reclamaciones derivadas de las deficiencias informativas por el conteo del término prescriptivo de las demandas por efectividad de garantía o reclamaciones netamente contractuales, pues en este caso lo determinante será identificar el momento en el que el consumidor tuvo conocimiento de los hechos en que funda su petición, sin que se le puedan aplicar los parámetros objetivos que corresponden a las otras reglas consagradas por el legislador.

"Dentro de este marco, aparece con claridad que al sujeto que alega la prescripción, para que prospere la excepción propuesta, le corresponde demostrar: i) el momento desde que comenzó a correr el plazo de prescripción; y, ii) que para la fecha de presentación de la demanda ya había transcurrido un año desde el inicio del conteo del término prescriptivo.

"Para los dos primeros supuestos de prescripción, que se fundan en parámetros objetivos, deberá demostrar el demandante la fecha de expiración de la garantía o de terminación de los vínculos contractuales en los que se funda la reclamación. En lo que respecta a la regla

residual, para determinar si el interesado ha tenido conocimiento sobre los hechos que motivan la reclamación se ha dicho que el análisis puede realizarse a partir del conocimiento real o potencial que tenga el sujeto sobre dichas circunstancias.

"En cuanto al conocimiento real, este supone que se ha acreditado directamente que el demandante conocía las circunstancias constitutivas de la acción. De otra parte, el conocimiento potencial se determina considerando el momento a partir del cual un sujeto que actúa de manera razonable debería haber llegado a conocer las circunstancias que dan origen a la reclamación.

"En ese sentido, se ha señalado por parte de la doctrina extranjera lo siguiente:

'Ello significa que se hace depender el inicio de la prescripción del conocimiento subjetivo que haya podido tener el perjudicado de la existencia de los hechos constitutivos de su pretensión. Se establece así una regla en cuya virtud el inicio del cómputo del plazo de prescripción se produce en el momento del conocimiento razonablemente posible o debido por parte del titular de la pretensión indemnizatoria de los elementos integrantes de su supuesto de hecho; es decir, una discovery rule en la terminología del common law.'

"En sentido análogo, respecto de la discovery rule en el derecho anglosajón se ha señalado que esta supone que el término para ejercitar la acción empieza a correr desde el momento en que el potencial demandante descubre, o actuando con diligencia razonable debía descubrir, los hechos constitutivos de la base de la reclamación.

"En materia de consumo, para determinar el conocimiento razonable debe acudirse al parámetro del consumidor medio. En relación con dicho estándar, esta Entidad ha señalado que para el caso colombiano es posible reconocer que un consumidor "normalmente informado" es aquel que usualmente no planifica sus decisiones de consumo y solamente consulta aquellos aspectos de la información que son esenciales para realizar la elección o que resaltan por su tamaño. De otra parte, el consumidor "razonablemente atento y perspicaz" no es el que hace análisis detallados y tampoco se encuentra en capacidad de tener una compresión total de la información, por lo que puede incurrir en yerros permanentes respecto de los aspectos que demandan un mayor cuidado.

> *"Así las cosas, entre mayor sea la complejidad de la operación de consumo o sea mayor el detalle que demandada el descubrimiento de los hechos que sirven de base a la reclamación, más exigente será la labor probatoria que debe desarrollar el demandado para demostrar el conocimiento por parte del consumidor de esas circunstancias, de tal forma que se logre determinar el punto de inicio para el conteo del término de prescripción. Por ejemplo, en el derecho español se han considerado de especial complejidad el entendimiento de las operaciones financieras, por las dificultades que existen para que el adquirente del producto logre una compresión real de las características y riesgo del producto, por lo que se ha exigido la demostración de hechos contundentes que permitan evidenciar la consciencia real por parte del accionante de la afectación a sus intereses".*

En conclusión, al parecer la jurisprudencia ya ha inclinado su balanza a favor de la interpretación más favorable para el consumidor, es decir, a favor de la prescripción de la acción. De esta forma el término podrá ser interrumpido natural o civilmente por reconocimiento de la deuda por su deudor o por interposición de la demanda judicial (art. 2539 C. Civil), o por requerimiento que haga el acreedor (art. 2544 C. Civil), o por presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial (art. 21 Ley 640 de 2001); igualmente se suspenderá el término en los casos establecidos en la ley (arts. 2530 y 2541 C. Civil). Y, por último, obligará a quienes pretendan ser favorecidos con ella, que la aleguen desde la demanda o la contestación de la misma (art. 282 CGP y art. 2513 C. Civil).

15.

Derecho de insolvencia

PROCESOS DE INSOLVENCIA ASPECTOS TRIBUTARIOS MÁS RELEVANTES 1401
Ruth Yamile Salcedo Younes

PROCESOS DE INSOLVENCIA ASPECTOS TRIBUTARIOS MÁS RELEVANTES

*Ruth Yamile Salcedo Younes**

INTRODUCCIÓN

Los procesos de insolvencia empresarial, bien de reorganización o liquidación, adelantados por personas naturales comerciantes y personas jurídicas, plantean importantes temas de orden tributario, los cuales son normalmente objeto de normativas encontradas (las de orden estrictamente fiscal[1] y las propias de insolvencia). De manera adicional, están las regulaciones penales referidas a los delitos por omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes, defraudación tributaria y omisión del agente retenedor y del recaudador del IVA; y las normas especiales, emitidas en razón de la emergencia de salud producida por el COVID-19, que establecieron vigencias limitadas para importantes alivios tributarios.

* Abogada egresada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; especialista en Derecho Tributario y en Derecho Financiero. Expresidente del Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Profesora universitaria. Socia Pardo Carreo & Salcedo Younes. Asesores Jurídicos.

La autora agradece sus comentarios a los doctores Ruth Younes de Salcedo, MIquelina Olivieri, Nadia del Pilar Aldana y Carlos José Cortés.

[1] Debe anotarse que las normas tributarias nacionales, contenidas esencialmente en el Estatuto Tributario y en su Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016, las cuales resultan aplicables a los departamentos, municipios y distritos, en materia procedimental (Ley 788 de 2002, artículo 59), contienen disposiciones completamente desactualizadas, incluso, la mayoría de ellas, referidas a "los concordatos", cuando la Ley 1116 de 2006 derogó el Título II de la Ley 223, referido a dicho régimen.

En todos estos temas, se advierte una tensión entre los fines propios de la insolvencia, como mecanismo protector de la empresa[2]; y la protección constitucional de los tributos, como fuente de financiación de los gastos del Estado.

Bajo este marco, este trabajo cubrirá estos aspectos señalados en el sumario.

1. NORMATIVA TRIBUTARIA APLICABLE EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

Frente al problema evidenciado de la aplicación y vigencia de las normas de carácter tributario, debe partirse del artículo 34 de la Ley L. 1116 de 2006, que tiene este texto:

> ***ARTÍCULO 34. CONTENIDO DEL ACUERDO.*** *Las estipulaciones del acuerdo deberán tener carácter general, en forma que no quede excluido ningún crédito reconocido o admitido, y respetarán para efectos del pago, la prelación, los privilegios y preferencias establecidas en la ley.*
>
> *Los créditos a favor de la DIAN y los demás acreedores de carácter fiscal no estarán sujetos a los términos del estatuto tributario y demás disposiciones especiales, para efectos de determinar sus condiciones de pago y tasas, las cuales quedarán sujetas a las resultas del acuerdo de reorganización o de adjudicación...".*

Esta disposición resulta de gran importancia para los efectos analizados en este escrito y de la misma se deriva lo siguiente: (i) aplica para las obligaciones fiscales, dentro de las cuales están las tributarias (impuestos, tasas y contribuciones), sin distinguir su carácter nacional o territorial; (ii) se establece la aplicación preeminente de lo dispuesto en el acuerdo de reorganización o de adjudicación; (iii) aplica respecto a dos aspectos: las condiciones de pago y tasas de las acreencias; (iv) esta norma no

[2] A efectos de la debida interpretación y aplicación de la normativa tributaria en estos procesos, debe tenerse en cuenta la finalidad por la cual fue establecido el régimen de insolvencia y que se concentra en la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa, mediante la reestructuración de su operación y de sus activos y pasivos (dentro de los cuales se ubican las obligaciones tributarias), en los casos de procesos de reorganización; o la liquidación oportuna y ordenada de la empresa, logrando el mejor aprovechamiento del patrimonio del deudor (Ley 1116 de 2002; artículo 1º).

cubre el universo, por lo que para asuntos diferentes al acuerdo, debe determinarse cuál es la disposición aplicable, verificando la aplicación de normas especiales tributarias dentro las normas que rigen la insolvencia y la reestructuración empresarial; y muy especialmente lo reglado en los Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020,[3] emitidos en virtud de las emergencias sanitaria y económica, según se expone en el aparte siguiente.

2. MEDIDAS TRIBUTARIAS APLICABLES DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA

Respecto a la viabilidad y vigencia de las medidas establecidas en los Decretos Legislativos en mención, se dispuso (i) su aplicación a las empresas que se hubieren afectado como consecuencia de la emergencia sanitaria; y ii) su vigencia por dos años desde la entrada en vigencia del Decreto Ley 560 (inciso 2º del artículo 1º) lo cual se cumplió el 15 de abril de 2022. Sin embargo, el artículo 136 de la Ley 2159 de 2021, dispuso la prórroga de los Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020 hasta 31 de diciembre de 2022, pero con excepción del parágrafo 3 del artículo 5, del Título III del Decreto Legislativo 560 de 2020 y del Título III del Decreto Legislativo 772 de 2020 (estas dos excepciones se referían, precisamente, a asuntos tributarios).[4] Bajo este preámbulo, los comentarios siguientes:

2.1 Rebajas de capital, intereses y sanciones tributarias

Este asunto debe partir de la primera excepción acabada de consignar (la del parágrafo 3 del artículo 5º del Decreto Legislativo 560 de 2020), norma que estableció la posibilidad de efectuar *"rebajas de sanciones, intereses y capital"* de obligaciones tributarias y en general a favor de entes estatales. [5]

[3] El Decreto 560 de 2020 creó dos instituciones de negociación extrajudicial expedita, (i) El proceso de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización; y (ii) El procedimiento de recuperación empresarial.

[4] Sobre estos beneficios, puede consultarse Oficio 220-193144 del 21 de septiembre de 2020 de la Superintendencia de Sociedades.

[5] Se estipuló que las acreencias de primera clase a favor de las entidades públicas quedaban subordinadas en el pago dentro de esa clase, *"respecto de las acreencias que mejoren su prelación, como consecuencia de la financiación a la empresa en reorganización, por parte de los titulares de las acreencias afectas al concurso"*. Esta previsión resultó muy novedosa, si se tiene en cuenta que, incluso, subordina los pagos de los créditos tributarios a los recursos frescos otorgados a la empresa.

Debe anotarse que esta reducción automática de intereses y sanciones operó, precisamente, porque se expidió una norma de carácter legal que la permitió, sin la cual le está vedado a los funcionarios tributarios aplicar directamente tal mecanismo, incluso para obligaciones que se cobran a través de procesos de insolvencia.[6] Las rebajas de capital automáticas tampoco son aceptadas sin que exista una norma que lo permita[7].

El Decreto 939 de 2020 reglamentó la disposición comentada, reiterando que las medidas establecidas aplicarían siempre y cuando la insolvencia se encontrara asociada a las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, que el proceso de insolvencia fuera admitido con fundamento en el Decreto Legislativo 560 de 2020[8] y hasta el término que establece el inciso 2 del artículo 1 del mismo, es decir, desde el 15 de abril de 2020 hasta el 15 de abril de 2022.

Las rebajas se sometían a estas reglas:

Esta medida aplicaba para los procesos de reestructuración empresarial (Ley 550 de 1999), reorganización empresarial (Ley 1116 de 2006), validación judicial de acuerdo extrajudicial de reorganización (artículo 84 Ley 1116 de 2006), negociación de emergencia de un acuerdo de reorganización, procedimientos de recuperación empresarial ante las cámaras de comercio (Decreto Legislativo 560 de 2020) y reorganización abreviada (Decreto Legislativo 772 de 2020).

6 Y ello, a pesar de la fuerza vinculante del acuerdo de reorganización, asunto que se analizará posteriormente.

7 La Sentencia C- 237 de 2020 dispuso la exequibilidad de esta norma, bajo la limitante que ello no implicara, en ningún caso, la posibilidad de condonación de deudas fiscales, lo cual se refería a las derivadas de los fallos de responsabilidad fiscal y no a las obligaciones tributarias.

Debe indicarse la posición reiterada de la Corte Constitucional de no resultar constitucionalmente viables las amnistías basadas en la simple mora del deudor (Sentencia Corte Constitucional C- 060 de 2018). Sin embargo, como la medida se enmarcó dentro de la situación de crisis y dado que contribuiría a la conservación de la actividad económica y a la promoción del empleo, se declaró exequible.

8 De todas formas, el artículo 2.2.2.9.7.3. Ib. señaló que las empresas que con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 560 de 2020, se encontraban en procesos de insolvencia de conformidad con la Ley 1116 de 2006, o en acuerdos de restructuración bajo la Ley 550 de 1999 y debieron renegociar los términos, por efectos de las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica establecido en el Decreto 417 de 2020, y hasta la vigencia del Decreto Legislativo 560 de 2020, podían solicitar la aplicación de la rebaja de capital, intereses, sanciones o multas, pero únicamente sobre el saldo de las obligaciones objeto de la reforma al acuerdo de reorganización.

i. Rebajas de capital: no operaban sobre retenciones en la fuente y valores adeudados por IVA e impuesto al consumo (valores donde el empresario hubiera sido ente recaudador).[9]
ii. Cubrimiento: operó para obligaciones a favor de la DIAN y de otras entidades del Estado[10]. Se anota que la norma dejó a salvo los trámites que debían ejercerse ante asambleas departamentales y concejos municipales (ello, en consideración de la autonomía territorial de las entidades tributarias, protegida por la Carta Política).
iii. Los porcentajes máximos de rebajas de impuestos, tasas y contribuciones se regularon con base en los criterios de tiempo de pago, comportamiento del deudor y compensación de las acreencias; y al efecto se incluyeron tablas que incluyeron estos ítems: términos de pago establecidos en el acuerdo (de uno y hasta ocho años); rebajas de capital (del 40% al 5%) y rebajas de intereses y sanciones (del 80% al 40%). La regla fue: a menor tiempo de ejecución del acuerdo, mayores rebajas.
iv. Estas quitas se aplicaban a créditos reconocidos en el acuerdo, así tuvieran la condición de litigiosos o condicionales.
v. Las rebajas debían ser aprobadas por un Comité especial en un plazo de 60 días calendario.[11]

Debe concluirse que en virtud de la excepción de la Ley 2159 de 2021 para la norma acabada de comentar, la rebaja automática de capital, intereses y sanciones sólo estuvo vigente hasta el 15 de abril de 2022.

9 Esta norma expresamente señala la aplicación del artículo 32 de la Ley 1429 de 2010, que regula los pagos de retenciones previo a la aprobación del acuerdo. Y, de todas formas, deja a salvo "la responsabilidad penal o de cualquiera otra índole a que hubiere lugar."

10 Ver Nota 8.

11 Una rebaja general de sanciones e intereses por obligaciones tributarias se incluyó en la Ley 2155 de 2021, que permitió una reducción de estos conceptos para obligaciones cambiarias, aduaneras y tributarias (impuestos, tasas y contribuciones), tanto nacionales como territoriales, la cual estuvo vigente hasta el 31 de diciembre del 2021, siempre y cuando se tratara de obligaciones que presentaran mora a 30 de junio de 2021 y "cuyo incumplimiento se haya ocasionado o agravado como consecuencia de la pandemia generada por el COVID-19". El beneficio consistía en la disminución del 80% del valor, tanto de las sanciones como de los intereses (y sobre estos últimos, aplicar una tasa inferior, la tasa de interés bancario corriente para la modalidad de créditos de consumo y ordinario, certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.). Estos beneficios aplicaron también a entidades aún si se suscribían acuerdos de pago hasta la fecha indicada. Sin embargo, para temas de insolvencia aplicaba la regulación especial del Decreto 939 de 2020.

2.2 Disposiciones sobre ganancias ocasionales

La segunda excepción establecida en la Ley 2159 de 2021 se refiere al impuesto de ganancias ocasionales (este es un impuesto complementario al impuesto a la renta) y al respecto, se establecieron dos mecanismos de alivio tributario adicionales en el artículo 15 del Decreto 772 de 2021, aplicable a los años gravables 2020 y 2021[12]. El primero consistió en someter a gravamen como ganancia ocasional, cuya tarifa es del 10% y no como renta ordinaria (con tarifas del 32% en 2020 y del 31% en 2021, para sociedades) las rebajas, descuentos o quitas de capital, así como las multas, sanciones e intereses que fueran parte de los acuerdos de reorganización celebrados bajo la Ley 1116 de 2006 e incluso bajo el Decreto 560 de 2020. Y el segundo, en permitir que estas ganancias ocasionales fueran compensadas con pérdidas fiscales que trajera acumuladas la sociedad (esto es, que hubieren sido declaradas en las declaraciones anteriores) o que se generaran en el mismo ejercicio.

Sobre estas segundas medidas, debe anotarse que su vigencia se limita a lo indicado; esto es, por las vigencias 2021 y 2022.

2.3 Medidas sobre retención en la fuente

La retención en la fuente es una forma anticipada de pagar los tributos y consiste en un monto que debe trasladarse por los agentes retenedores al acreedor tributario, el cual ha sido descontado en los pagos o abonos en cuenta que aquellos efectúen.[13]

El beneficio establecido en el Decreto Legislativo 560 de 2020 consistía en que tanto las empresas admitidas a procesos de reorganización empresarial, como las que se encontraran en la fase de ejecución de su acuerdo, no quedaban sometidas a retención en la fuente ni a autorretención, por impuesto a la renta, a partir de la expedición del Decreto 560 de 2020, y hasta el 31 de diciembre del mismo año.

[12] El Decreto en mención previó una vigencia hasta el 30 de junio de 2022.

[13] Entre otros gravámenes, aplica en el impuesto a la renta, impuesto a las ventas, impuesto de industria y comercio, gravamen a los movimientos financieros, estampillas, contribución de obra pública, etc.

La normativa tributaria establece también la obligación de "autorretención" en algunos eventos, como en los casos de ingresos por ventas a favor de aquellos que obtengan la autorización respectiva por parte de la autoridad tributaria (artículo 368 Estatuto Tributario).

Bajo este decreto, el tratamiento previsto estaría vigente hasta el 31 de diciembre de 2020 (por disposición expresa de su artículo 12; y ello a pesar de la vigencia general de este Decreto, inicial, hasta el 15 de abril de 2022), lo cual obliga a analizar si bajo la extensión producida por la Ley 2159 de 2021 (hasta el 31 de diciembre de 2022), podría concluirse que la ampliación de la vigencia del Decreto 560 aplica incluso para esta medida. Sin embargo, se concluye que no, dado que dicho decreto estableció una norma especial para retención en la fuente, la cual resulta aplicable de manera preferente. [14]

2.4 Retención en la fuente por IVA

De igual manera, para las empresas admitidas a procesos de reorganización empresarial, como para las que se encontraran en la fase de ejecución, se implementó "como medida benéfica" el incremento del porcentaje de retención en la fuente por el impuesto sobre las ventas (IVA) a soportar, pasando del 15% al 50%. Al respecto, y pesar de poder significar un recorte de liquidez, la Corte Constitucional, en la Sentencia C- 237 de 2020, entendió que al constituir una mayor retención en la fuente acreditable contra el monto a pagar, se aliviaba la caja de la empresa. De la misma manera opinó la Superintendencia de Sociedades, pero bajo la claridad que el beneficio se produce es cuando los proveedores demoran el pago de las facturas.[15]

Para esta medida también se contempló una vigencia limitada expresa (hasta el 31 de diciembre de 2020)[16], por lo que la extensión de la Ley 2159 de 2021 (hasta el 31 de diciembre de 2022) no resulta aplicable.[17]

2.5 Anticipo en el impuesto a la renta

El anticipo constituye un valor que debe liquidarse en la declaración de renta y que aplica como pago para el año gravable siguiente[18]. Su efecto

[14] La norma señalaba que esta medida era sin perjuicio del impuesto que resultara a cargo de la empresa respectiva. Manifestación innecesaria, puesto que las obligaciones tributarias no exceptuadas por cualquier disposición legal, se mantienen vigentes.

[15] Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-232147 del 04 de diciembre de 2020.

[16] Artículo 13 Decreto Legislativo 560 de 2020.

[17] Sobre las vigencias de las medidas especiales tributarias puede consultarse el Oficio 220-191346 del 6 de diciembre de 2021 de la Superintendencia de Sociedades.

[18] Artículo 807 Estatuto Tributario.

es que aumenta el valor a trasladar al Estado. El beneficio consistió en que sólo por el año gravable 2020 se permitió no efectuar el cálculo del anticipo en el impuesto que se aplicaría al año gravable 2021. Esta medida tuvo entonces un efecto en la liquidez de estas compañías, que se produjo en el año 2021 (año en que debió presentarse y pagarse la declaración de renta por el año gravable 2020).

2.6 Renta presuntiva

De todas las medidas tributarias comentadas en este aparte, la única que tiene hoy efecto es la de exclusión del cálculo de la renta presuntiva; pero no en virtud de una norma emitida en razón de la crisis sanitaria, sino porque la Ley 2010 de 2019 (artículo 90) eliminó, para todos los contribuyentes, la obligación de liquidar renta presuntiva a partir del año gravable 2021[19].

3. LA ADMISIÓN DE LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN O DE LIQUIDACIÓN, REPORTE DE LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS Y COBROS COACTIVOS EN CURSO – BREVES NOTAS

Los créditos tributarios pueden dar lugar al inicio del proceso de insolvencia; e incluso la solicitud de reorganización puede instaurarse por el deudor o por la autoridad tributaria[20], quien además puede objetar los créditos presentados[21].

[19] El parágrafo del artículo 40 de la Ley 1116 de 2006 regula la exclusión del cálculo de la renta presuntiva para las empresas que hayan celebrado un acuerdo de reorganización, por los tres primeros años contados a partir de la fecha de confirmación del acuerdo. En las normas del proceso liquidatario también se consagra en caso de declaración judicial de liquidación judicial.

[20] Los supuestos s de admisibilidad del proceso de reorganización son: (i) la cesación de pagos (cuando el deudor *"incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley*); y (ii) la incapacidad de pago (artículo 9º de La Ley 1116 de 2006). Esta segunda causal figura suspendida por 24 meses por el artículo 15 Nral 1º del Decreto 560 de 2020.

Por su parte, en el Estatuto Tributario se incluye la obligación de intervención de la Administración Tributaria en *"los concordatos"* (artículo 845 Ib.)[22] y el mismo asunto se regula en el artículo 19 de la Ley 1116 de 2006, que obliga a remitir copia de la providencia que decreta el inicio del proceso a la DIAN. Debe considerarse la aplicación preeminente de las normas de insolvencia y la condición de la Superintendencia de Sociedades, quien para el efecto cumple funciones jurisdiccionales.

Los cobros coactivos tributarios que se estén adelantando al inicio del proceso de insolvencia deben incorporarse dentro del mismo, so pena de nulidad de las actuaciones que contravengan esta previsión.[23] El juez del concurso debe decidir sobre las excepciones pendientes, dada su competencia prevalente.

Por su parte, en el artículo 11 Ib. se establecen las normas de legitimación para la instauración del trámite de reorganización, así: "*1. En la cesación de pagos, por el respectivo deudor, o por uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas, o solicitada de oficio por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre el respectivo deudor o actividad…*"

[21] Las objeciones se regulan en el artículo 29 de la Ley 1116 de 2006, modificado por el artículo 36 de la Ley 1429 de 2010.

[22] Norma cuya redacción corresponde a la Ley 6ª de 1992 (este es otro ejemplo de la indebida actualización y armonización de las normas tributarias y las normas de insolvencia).

De igual manera, el artículo 849 del Estatuto Tributario señala que la intervención de la Administración (tributaria) en los concursos de acreedores, *"se hará sin perjuicio de la acción de cobro de cobro administrativo"*. Esta norma resulta derogada por las disposiciones especiales de la ley 1116 de 2006.

[23] Ley 1116 de 2006, "*ARTÍCULO 20. NUEVOS PROCESOS DE EJECUCIÓN Y PROCESOS DE EJECUCIÓN EN CURSO. A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor. Así, los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado antes del inicio del proceso de reorganización, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y considerar el crédito y las excepciones de mérito pendientes de decisión, las cuales serán tramitadas como objeciones, para efectos de calificación y graduación y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuenta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada.*

El Juez o funcionario competente declarará de plano la nulidad de las actuaciones surtidas en contravención a lo prescrito en el inciso anterior, por auto que no tendrá recurso alguno…"

El inicio del trámite de insolvencia supone el cumplimiento de obligaciones formales tributarias, como la actualización del RUT y la actualización de las facturas, considerando que la razón social debe contener *"en reorganización"* o "*en liquidación".*

Importante considerar, a efectos de la caducidad y prescripción sobre los créditos a cargo del empresario, que el artículo 72 de la Ley 1116 de 2006 establece que *"desde el inicio del proceso de reorganización o de liquidación judicial, y durante la ejecución del acuerdo de reorganización o de adjudicación queda interrumpido el término de prescripción y no operará la caducidad de las acciones respecto de los créditos causados contra el deudor antes del inicio del proceso".* De todas formas, respecto a otro tipo de términos, en esencia, los establecidos para la prescripción de las potestades tributarias (entre ellas las sancionatorias), rige la normativa del Estatuto Tributario.

Los tributos que se generen durante el trámite de la insolvencia, se tratan como gastos de administración, en virtud de lo dispuesto en los artículos 17, parágrafo 3º y 71 de la Ley 1116 de 2006.*"* [24]

4. OBLIGACIONES TRIBUTARIAS EN DISCUSIÓN O PENDIENTES DE FIRMEZA

Es posible que al inicio del trámite de insolvencia existan incertidumbres sobre las obligaciones tributarias, bien porque se esté adelantando una fiscalización por la autoridad respectiva o porque esté pendiente su decisión en la jurisdicción contencioso administrativa. De igual forma, pueden estar corriendo los términos de firmeza de las declaraciones tributarias u otras obligaciones formales pueden ser objeto de revisión, porque no ha prescrito el término respectivo.

[24] El artículo 17 Ib. Esteblece que *"desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores". Y el asunto se refuerza en el artículo 71 Ib., que establece: que "las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial. …".*

En los casos de existir litigios pendientes, se obliga al deudor a constituir una provisión para atender el pago que llegare a generarse, hasta tanto se resuelva el crédito litigioso, caso en el cual el mismo queda sometido a los mismos términos señalados en el acuerdo de reorganización para los créditos de su misma clase y prelación[25]. Nada se indica respecto a las discusiones en sede administrativa o judicial que surjan con posterioridad al inicio del trámite de insolvencia, pero que correspondan a obligaciones tributarias anteriores a este momento (al respecto, deben considerarse los términos de prescripción de las obligaciones tributarias y los plazos de firmeza de las declaraciones). Sobre este asunto, la solución debe ser la misma, puesto que no podría dársele el carácter de gastos de administración, en la medida que la obligación tributaria nace cuando se realiza el hecho generador y no cuando se determina por el contribuyente o por la autoridad tributaria.

Respecto a los fallos de cualquier naturaleza que se profieran luego de la firma del acuerdo, pero en razón de las obligaciones objeto del proceso de reorganización, se establece el mismo tratamiento antes indicado, precisándose que no constituyen gastos de administración.[26]

5. PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS

La prelación de créditos en los trámites de insolvencia se resuelve aplicando la normativa civil. Para ello, el deudor debe "*allegar con destino al promotor un proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto, en el cual estén detalladas claramente las obligaciones y los acreedores de las mismas, debidamente clasificados para el caso de los créditos, en los términos del Título XL del Libro Cuarto del Código Civil."*[27].

[25] Al respecto, puede consultarse el Oficio 220-081850 del 23 de Julio de 2019 de la Superintendencia de Sociedades.

[26] El artículo 3º de esta norma también establece respecto a estos créditos, que "En el evento de estar cancelados los de su categoría, procederá su pago, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo"

[27] Ver artículos 13, 24 y 25 de la Ley 1116 de 2006.

Ver, sobre el debido entendimiento de este artículo, a Juan José Rodríguez Espitia. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia, Pág. 385.

El reporte de los créditos, en estricta lógica, debe comprender la información de los deudores solidarios tributarios, considerando que estos podrían repetir contra el deudor.

De la normativa civil, a efectos tributarios, se destaca:

i. El artículo 2493, que establece que las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Respecto a los créditos tributarios, puede suceder que el deudor empresario haya celebrado acuerdos de pagos con la autoridad tributaria y en virtud de los mismos haya otorgado hipotecas a su favor.

ii. El artículo 2494 Ib., de acuerdo con el cual gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase.

iii. Las acreencias fiscales, en los términos del artículo 2495 Ib., constituyen créditos de primera clase y se ubican en el sexto renglón: *"6. Los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados."*

   El privilegio consiste en que para el pago de estas acreencias se afectan todos los bienes del deudor; correspondiendo primero el pago a los que se enumeran antes en la lista.

Una cuestión importante es la relativa a la prelación que les corresponde a las sanciones tributarias. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha emitido conceptos reiterados en el sentido que las sanciones tributarias no forman parte de los créditos de primera categoría y que su graduación debe ser como créditos de quinta clase; ello, bajo el argumento que corresponden al *ius punendi* del Estado y que no tienen naturaleza tributaria.[28]

En favor de los acreedores que aporten nuevos recursos, o que se comprometan a hacerlo, se establece que la prelación que tienen las obligaciones tributarias puede ser compartida a prorrata con estos acreedores, incluso en el evento del proceso de liquidación judicial.[29] Sin embargo, el artículo 5, parágrafo 3, del Decreto 560 de 2020 prevé que los créditos fiscales sí se podrían subordinar al acreedor que entregue recursos frescos (norma que estará vigente hasta diciembre 2022).

[28] Superintendencia de Sociedades. Oficio 220 -157862 del 11 de agosto de 2020.

[29] El artículo 41 de la Ley 1116 de 2006 establece que no se puede afectar la prelación de créditos pensionales, laborales, de la seguridad social, y de adquirentes de vivienda, sin perjuicio que el acreedor respectivo o cualquier otro, "*acepte expresamente los efectos de una cláusula del acuerdo referente a un derecho renunciable, siempre que ello conduzca a la recuperación de su crédito*".

Acá no se incluyen los créditos de orden tributario; y debe ser bajo la razón fundamental de que estos no constituyen créditos renunciables.

De igual manera, el mencionado decreto (artículo 4º,que regula los mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial) contempla en su numeral 2º el mecanismo de "descarga de pasivos", aplicable cuando el pasivo del deudor sea superior a la valoración como empresa en marcha, caso en el cual el acuerdo de reorganización puede disponer la descarga de aquella parte del pasivo que exceda esta valoración, cumpliendo los requisitos de la misma norma establece, entre ellos la aprobación de una mayoría de acreedores externos que representen por lo menos el sesenta por ciento de aquellos con vocación de pago.

6. RETENCIONES EN LA FUENTE

Respecto a las retenciones en la fuente en los procesos de insolvencia, deben considerarse principalmente estos tratamientos generales:

i. La existencia de pasivos por retención en la fuente y por contribuciones de seguridad social no constituye óbice para instaurar el proceso de insolvencia, en cuyo caso deben reportarse al juez del concurso, así como el plan en el que se van a cubrir (máximo al momento de la confirmación del acuerdo de reorganización).[30]

[30] Artículo 32 de la Ley 1429 de 2010. Sin embargo, cuando se revisa el el artículo 41 de la Ley 1116 de 2006, que regula la posibilidad de modificar la prelación de créditos, se advierte una incongruencia normativa, puesto que indica dentro de las condiciones aplicables para esta modificación, que no se debe afectar la condición de los créditos de seguridad social, cuando los mismos, según el artículo 32 comentado, deben satisfacerse previamente a la confirmación del acuerdo.

La Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en varias oportunidades sobre este asunto. Se cita Oficio 220-171449 del 08 de noviembre de 2021, en el que se dijo:

"En resumen, se tiene que el artículo 32 regula tres situaciones:

a. La existencia de pasivos por concepto de retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a trabajadores o aportes al sistema de seguridad social, no impide el acceso del empresario a un proceso de reorganización empresarial. Estas retenciones de carácter obligatorio se pagan como gastos de administración, independientemente de que hagan o no parte de una facilidad de pago. Cualquier otra acreencia fiscal distinta a la mencionada deberá hacerse parte del trámite de reorganización respectivo o sujetarse a las sumas relacionadas por el deudor, sin que modifique tal situación que dichas acreencias hagan parte de un acuerdo previo en el que estén incluidas retenciones a cargo del deudor y a favor de la DIAN.

b. En caso de existir retenciones de carácter obligatorio, es deber del deudor informar al juez concursal sobre la existencia de estos pasivos y presentar un plan de atención de los mismos.

ii. Las obligaciones que se causen con posterioridad al inicio del proceso constituyen gastos de administración.

iii. En el evento que el empresario tenga vencidas obligaciones por retenciones en la fuente (incluso por seguridad social), si no se satisfacen en el término que indique el juez del concurso (máximo tres meses) se debe instaurar el proceso liquidatorio.[31]

iv. Sobre los asuntos indicados, debe tenerse en cuenta que el Decreto 560 de 2020, permite, a diferencia de lo que ocurre en un proceso de reorganización ordinario, el aplazamiento de ciertas obligaciones por conceptos de gastos de administración, que no incluyen las obligaciones laborales y de seguridad social; por tanto, sí pueden ser obligaciones de retención en la fuente.[32]

v. Respecto a retenciones soportadas por el empresario y a autorretenciones por impuesto a la renta, se establece un régimen muy benéfico, consistente en la posibilitar de tramitar su devolución, a partir del mes calendario siguiente a la fecha de confirmación del acuerdo y durante un máximo de tres años contados a partir de la misma fecha.[33]

7. EL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN Y LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS

El acuerdo de reorganización constituye un contrato y en el mismo se determinan las condiciones de los pagos de las acreencias del deudor, de acuerdo con los privilegios y prelaciones señalados en la normativa civil

c. La atención de retenciones de carácter obligatorio se debe efectuar a más tardar en la audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización. No obstante, lo anterior, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el 353 ejusdem, el cual prevé como causal de no confirmación del acuerdo por parte del juez del concurso, el no estar satisfechos o debidamente atendidos los pasivos referidos en el literal a) precedente."

[31] Artículo 49 de la Ley 1116 de 2006.

Dado el texto del artículo 32 de la Ley 1429 de 2010, antes comentado, es lógico entender que esta previsión aplicaría frente a retenciones posteriores al inicio del proceso de reorganización.

[32] Numeral 3º parágrafo 1º, artículo 8º Decreto Legislativo 560 de 2020. Este aplazamiento no está sometido a intereses de mora, y por ende no habría lugar inició de procesos ejecutivos (art 71 Ley 1116 de 2006). Ante el fracaso de la negociación, el deudor debe pagar esos gastos de administración durante el mes siguiente.

[33] Artículo 40 de la Ley 1116 de 2006, que señala períodos trimestrales para cada petición. Esta previsión le permite al empresario aliviar su situación de liquidez.

y las prescripciones especiales establecidas en las normas de insolvencia. El acuerdo se presenta ante el juez del concurso por el Promotor y debe haber sido aprobado previamente por los acreedores que representen la mayoría absoluta de los votos admitidos, estableciéndose para el efecto cinco categorías de acreedores, dentro de las cuales las autoridades tributarias tienen espacio dentro de la categoría B, para "las entidades públicas." [34]

Respecto a las obligaciones tributarias, es del caso detenerse en el efecto general de este acuerdo. Dispone el artículo 40 Ib. de la Ley 1116 de 2006:

> ***"ARTÍCULO 40. EFECTO GENERAL DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN Y DEL ACUERDO DE ADJUDICACIÓN.*** *Como consecuencia de la función social de la empresa, los acuerdos de reorganización y los acuerdos de adjudicación celebrados en los términos previstos en la presente ley, serán de obligatorio cumplimiento para el deudor o deudores respectivos y para todos los acreedores, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en él....***"**

Nótese que esta disposición no establece categorías de acreedores, por lo que las autoridades tributarias quedan sujetas a lo convenido dentro del acuerdo.[35]

Respecto a los intereses sobre deudas tributarias, a pesar de su carácter accesorio frente a la obligación principal, que es de carácter tributario, se entiende que estos intereses quedan comprendidos dentro de las estipulaciones del acuerdo. Ello, bajo la regulación preferente de las normas de insolvencia que se prevén para el acuerdo concordatario en el artículo 34 de la Ley 1116 de 2006, antes transcrita, la que expresamente obliga al acreedor tributario a someterse a los términos del acuerdo, y no a las disposiciones del Estatuto Tributario.[36]

[34] Artículo 31 de la ley 1116 de 2006. Debe anotarse que el Decreto 560 de 2020 establece que través del presente trámite de negociación de emergencia, el deudor podrá negociar acuerdos de reorganización con una o varias las categorías establecidas en el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006 (Parágrafo 3º artículo 8).

[35] El artículo 4º de la Ley 1116 de 2006 señala como principios de régimen de insolvencia la universalidad, la igualdad, la eficiencia, entre otros. La aplicación de estos principios refuerza la conclusión de sujeción de las autoridades tributarias al acuerdo aprobado.

[36] En relación con este asunto, la Superintendencia de Sociedades, dio respuesta a estos interrogantes;

Otro tema objeto de estudio es el de la posible indexación del capital, considerando el efecto inflacionario. Sobre el particular, oninó la Superintendencia de Sociedades:

> *"En ese sentido la jurisprudencia vigente de este Despacho, reflejada en el Auto del 21 de abril de 2017 de confirmación del Acuerdo de Reorganización de …, considera que "en aquellos acuerdos de reorganización donde se prescinda absolutamente de la causación de intereses, o del reconocimiento de los mismos o su condonación, es imperativo tener en cuenta que para la efectividad del pago, este debe sercompleto y comprender el componente de indexación, la depreciación de la moneda. Así las cosas, de conformidad con lo anotado, se entiende que el pago debe ser indexado, y por tal razón no se requiere que el acuerdo lo indique, pues la pérdida de poder adquisitivo (inflación) es un hecho notorio. Cabe anotar, que cuando se contemple el pago con intereses, éstos contemplan la indexación y el riesgo de la operación, entre otros componentes".*[37]

Respecto a quitas de capital, el artículo 33 de la Ley 1116 de 2006 establece la posibilidad de pactarlas para obligaciones en general, bajo las mayorías establecidas para aprobar el acuerdo y bajo la condición de que las quitas y condonaciones cumplan estas condiciones

> *"1. Sean aprobadas con el voto favorable de un número plural de acreedores que equivalga a no menos del sesenta por ciento (60%) de votos*

"¿La tasa de interés que se pacte en un acuerdo de reorganización votado favorablemente por los acreedores mayoritarios, es aplicable a las obligaciones en favor de la DIAN, en virtud del principio de igualdad de los acreedores?" y "¿Existe alguna norma de carácter concursal que permita dar a la DIAN, en los acuerdos de reorganización regulados por la ley 1116, un tratamiento excepcional desde el punto de vista de la tasa de interés?

Su concepto, "a título informativo", fue en el sentido que bajo la aplicación del artículo 34 citado y del principio de igualdad que informa los procesos de insolvencia, estos asuntos se rigen por el acuerdo: *"En resumen, se tiene que los créditos fiscales quedan sujetos a las resultas del acuerdo de reorganización que se llegare a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores, y en relación con los mismos no se les aplica las disposiciones especiales existentes."* (Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-117586 de 2011).

Debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 69 de la Ley 1116 de 2006, los intereses en proceso de liquidación se consideran como créditos legalmente postergados, esto es, que se cancelan cuando se pague el resto del pasivo externo.

[37] Oficio 220-199276 del 5 de septiembre de 2017, que reitera Oficio 220- 178005 del 11 de agosto de 2017.

> *admisibles de los acreedores externos, de la clase cuyas acreencias serán afectadas y sin participación del voto de los acreedores internos; o*
>
> *2. Cuenten con el consentimiento individual y expreso del respectivo acreedor, en el caso de no contar con la mayoría prevista en el numeral anterior."*

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha reiterado que no son viables las rebajas de capital, por tratarse de obligaciones de orden tributario y como tales, protegidas por la Carta Política por establecerse para satisfacer las necesidades del Estado.[38]

Respecto a las sanciones tributarias también aplicaría el argumento de especialidad de las normas de insolvencia. La existencia de jurisprudencia de la Corte Constitucional referida a la prohibición de amnistías que se establecen bajo el simple argumento de la mora del deudor no tendría acá cabida, en la medida que no se trata de un beneficio generalizado, sino a favor de un determinado deudor que está tramitando un proceso de reorganización en el cual su propósito fundamental es la conservación de la empresa y la protección del crédito.

En materia tributaria, se permiten dos tipos de compensación: (i) en el caso de deudores tributarios que cuenten con saldos a favor o pagos en exceso a cargo del mismo acreedor tributario nacional o territorial, resulta viable que se prevea en el acuerdo la compensación como forma de extinción de la obligación a cargo del empresario utilizar estos saldos a favor o pagos en exceso[39]; (ii) en relación con el IVA descontable, se establece con carácter imperativo[40] que estos derechos *"deben ser utilizados para atender las acreencias a favor del fisco"*. Estos dos tratamientos, si bien constituyen

[38] Corte Constitucional. Sentencia C-743 de 2015. *"Constituye un comportamiento de particular gravedad que tomando como referente únicamente la mora en las obligaciones, el legislador apruebe medidas que desafían la vigencia de la Ley generando, con ello, la expectativa de que su incumplimiento puede, en el futuro, no ser reprochado o serlo con menor fuerza por virtud de la propia actuación del legislador…"*

[39] La Ley 1116 de 2006 en su artículo 17 dispone: "*Efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores …; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiduciarias mercantiles o encargos fiduciarios …; efectuar compensaciones….. salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso."* (se resalta).

[40] Parágrafo 3º artículo 34 Ley 1116 de 2006.

casos excepcionales, se justifican por el hecho de tratarse de obligaciones tributarias (que son de primera clase) y porque se trata de acreedores y deudores recíprocos de obligaciones tributarias.[41]

8. DISPOSICIONES ESPECIALES TRIBUTARIAS APLICABLES AL DOCUMENTO QUE CONTIENE EL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN

Sobre este acuerdo, así como sobre el documento de adjudicación de bienes, y las escrituras públicas otorgadas en su desarrollo o ejecución, incluidas aquellas que tengan por objeto reformas estatutarias o daciones en pago sujetas a dicha solemnidad, que estén directamente relacionadas con los acuerdos respectivos, se establece que se consideran como documentos sin cuantía, lo cual tiene como efecto la disminución muy sensible del gravamen de registro que llegare a aplicar.

De igual forma, se prevé que "*los documentos en que consten las deudas una vez reestructuradas quedan exentos del impuesto de timbre",* asunto sobre el cual debe indicarse que bajo la normativa actual la tarifa de este impuesto es del 0%.

Respecto al impuesto predial, la misma norma consagra dos tratamientos: el gravamen causado con anterioridad al inicio del proceso de insolvencia se sujeta a los términos del acuerdo de reorganización o a lo que se prevea dentro del trámite de liquidación; en tanto que el que se cause con posterioridad, sí puede exigirse a efectos de la obtención del paz y salvo requerido para la enajenación de inmuebles. Igual previsión se prevé para las tasas y contribuciones de bienes sometidos a registro.

9. NORMAS ESPECIALES TRIBUTARIAS EN LOS TRÁMITES LIQUIDATARIOS

En el acápite de las normas referidas al proceso liquidatario de a Ley 1116 de 2006 se disponen estos beneficios tributarios:

i. La adjudicación de bienes a pensionados y trabajadores no se grava en el impuesto a la renta. Esta exoneración resulta muy justa, si se

[41] Véase Rodríguez Espitia. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia, p. 467.

tiene en cuenta el carácter de los beneficiarios, dada su condición de principales afectados con la insolvencia del deudor.

ii. La exoneración de la aplicación de retención en la fuente en la adjudicación de los bienes a los acreedores; disposición que también traduce una medida justa, más si se tiene en cuenta que de no existir, el deudor tendría que disponer de recursos líquidos para cumplir con la obligación de la retención, la cual sólo procedería de llegarse a generar alguna ganancia en cabeza del acreedor, puesto que las restituciones de capital no generan ingreso gravado alguno.[42]

iii. La providencia de adjudicación de bienes se considera sin cuantía, lo cual disminuye los derechos e impuestos de registros[43]. Sin embargo, dado su carácter departamental de este impuesto, en cada caso deberá revisarse la normativa aplicable.

10. RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DEL LIQUIDADOR O DEL PROMOTOR

El artículo 572 del Estatuto Tributario, en su literal g) – cuya redacción corresponde a la Ley 52 de 1977- establece que "*los liquidadores por las sociedades en liquidación y los síndicos por las personas declaradas en quiebra o en concurso de acreedores*", son quienes deben cumplir las obligaciones formales tributarias de sus representados.[44]

De forma tal que, el representante de la sociedad que tramita el proceso de insolvencia, bien sea en la reorganización o en la liquidación, es el obligado al cumplimiento de estas obligaciones formales (inscripciones en registros tributarios, presentación de declaraciones, reportes de información, atención de visitas tributarias, facturación, etc.).

El punto interesa realmente es en cuanto corresponde a la responsabilidad que tienen los representantes cuando se incumplen las obligaciones formales. Al respecto, el artículo 573 Ib., consagra la responsabilidad

[42] Esta medida y la anterior se regulan en el artículo 62 de la Ley 1116 de 2006.

[43] Artículo 58 de la Ley 1116 de 2006. Si bien incluye el impuesto de timbre, se reitera lo dicho respecto a que su tarifa es 0%.

[44] Esta disposición resulta hoy en total incongruencia con las disposiciones que rigen los procesos de insolvencia; sin embargo, la normativa tributaria, a pesar de las constantes reformas tributarias que se producen desde hace muchos años atrás, no se ha ocupado de actualizar esta disposición.

subsidiaria "*cuando omitan cumplir tales deberes* (las obligaciones formales), *por las consecuencias que se deriven de su omisión".*

El debido entendimiento de esta disposición es en el sentido que la responsabilidad recae sobre los intereses y sanciones derivados del incumplimiento, puesto que estas son las consecuencias que se derivan de la omisión. Por ende, no pueden cubrir el monto del tributo. Además, como la responsabilidad es subsidiaria, ello implica que debe cubrirse en el evento que la empresa sometida al trámite de insolvencia no la cubra; lo cual podrá resultar probable, bajo la situación de cesación de pagos del empresario.

Ahora bien, la responsabilidad del administrador solo puede asignársele por las obligaciones incumplidas durante su gestión[45], pero no por los incumplimientos anteriores, puesto que no correspondieron a su gestión. Ello constituiría una aplicación claramente retroactiva de una norma sancionatoria.

11. ASUNTOS PENALES TRIBUTARIOS – BREVES COMENTARIOS

El Código Penal consagra delitos referidos de manera específica a conductas tributarias. En resumen, son los siguientes:

i. **Omisión del agente retenedor o recaudador:** delito regulado en el artículo 402 Ib. (cuyo texto corresponde al artículo 339 de la Ley 1819 de 2016), norma que tipifica la no consignación de las sumas retenidas o autorretenidas en la fuente y las recaudadas por impuesto a las ventas o al consumo, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que debió presentarse la declaración y efectuar el pago respectivo; y la no consignación en el término legal de las sumas recaudadas por tasas o contribuciones públicas.

   En estos delitos, cuando se trata de sociedades u otras entidades, las sanciones se aplican a las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de las respectivas obligaciones.

[45] La DIAN mediante concepto 1543 del 21 de enero de 2019 señaló: *"La responsabilidad solidaria para los representantes legales y liquidadores, en las voces del artículo 847 del Estatuto Tributario, se establece en la medida en que pongan en peligro el pago de obligaciones tributarias a cargo del ente social que entre en liquidación; bien sea porque no avisan de su liquidación y, por tal razón, la Administración se ve imposibilitada para hacer valer sus créditos o porque, a pesar del privilegio para el pago de la deuda frente a otras acreencias, se desconoce dicha prelación, lo que conlleva a que, en los dos eventos, la deuda pueda quedar insoluta.*

El parágrafo de la disposición comentada resulta de gran importancia, puesto que permite la cesación del proceso penal, pero solo cuando se extinga la obligación principal con sus intereses (los previstos en el Estatuto Tributario)[46]; asunto que merece estos comentarios: (i) en el trámite concursal se debe considerar que las obligaciones por retención en la fuente deben estar cubiertas antes de la aprobación del acuerdo de reorganización; y las causadas posteriormente, constituyen gastos de administración; (ii) lo dicho para obligaciones anteriores al acuerdo no se extiende a las sumas recaudadas por IVA o impoconsumo, por lo que se evidencia, de un lado, que el empresario queda sometido al acuerdo, el cual le impide dar preeminencia a cualquier pago incumpliendo los términos convenidos; y del otro, la cesación del proceso penal solo se produce cuando se pague el tributo adeudado junto con sus intereses. Consideramos que el análisis integrado de la normativa concursal y penal, lleva a tener en cuenta el carácter obligacional del acuerdo, previsto en el artículo 34 de la Ley 1116 de 2006, norma que no establece excepciones.

Sobre este asunto, la Superintendencia de Sociedades[47] ha sostenido que existiendo procesos de responsabilidad penal, el proceso de insolvencia continúa hasta su culminación, al no poderse aplicar prejudicialidad alguna, en los términos del artículo 7 de la Ley 1116 de 2006, que dispone:

> *"NO PREJUDICIALIDAD. El inicio, impulsión y finalización del proceso de insolvencia y de los asuntos sometidos a él, no dependerán ni estarán condicionados o supeditados a la decisión que haya de adoptarse en otro proceso, cualquiera que sea su naturaleza. De la misma manera la decisión del proceso de insolvencia tampoco constituirá prejudicialidad."*

[46] Señala este parágrafo: *"El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a la ventas, el impuesto nacional al consumo o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar."*

[47] Puede consultarse el Oficio 220-177443 del 04 de Diciembre de 2012 ratificado en Oficio 220-192922 del 26 de noviembre de 2013 de la Superintendencia de Sociedades

Ahora bien, revisando la jurisprudencia, se encuentra este antecedente en el que la Corte Suprema de Justicia[48] concluyó que*: "la iniciación del proceso de insolvencia o de reorganización, …, configura la causal de extinción de la acción penal"* por cuanto: *"…si admitir a la compañía a la negociación del acuerdo de reestructuración traía consigo la imposibilidad de pagarle o compensarle las sumas adeudadas a la DIAN -como acreedora la entidad debía concurrir al proceso para la satisfacción de la deuda a su favor—, resulta explicable la decisión legislativa de exonerar de proceso penal en una circunstancia como esa a los gerentes o representantes legales responsables de no consignar los impuestos retenidos o autorretenidos en la fuente."*[49]

Sin embargo, estos fallos se profirieron con base en el parágrafo 5º del artículo 402 del Código Penal, que no está vigente según la redacción actual del mismo, y que señalaba:

> *"Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas".*

ii. **Omisión de activos y declaración por un monto inferior; e inclusión de pasivos inexistentes:** El artículo 434A del Código Penal tipifica estas conductas, cuando el valor de las mismas supere los 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y se derive un menor valor a pagar.

De igual forma, se establece la extinción de la acción penal *"cuando el contribuyente presente o corrija la declaración o declaraciones correspondientes, siempre y cuando esté dentro del término para corregir previsto en el Estatuto Tributario y, en todo caso, realice los respectivos pagos de impuestos, sanciones tributarias e intereses correspondientes."*

[48] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Patricia Salazar Cuellar. Proceso No. 42822 del 18 de marzo de 2015.

[49] En la misma sentencia, señaló que la iniciación del proceso de insolvencia o de reorganización, cuyos efectos son semejantes a los de admisión a la negociación de un acuerdo de reestructuración a que se refiere la Ley 550 de 1999, también configura la causal de extinción de la acción penal objeto de examen.

Otras sentencias pueden consultarse en las que se adoptó la misma postura por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: Radicado No. 24065 del 13 de febrero de 2007 y Radicado 45194 del 11 de agosto de 2015.

Sin embargo, se evidencia la misma complejidad advertida anteriormente, sobre la aplicación preeminente del acuerdo de reorganización, de acuerdo con el cual pueden fijarse plazos y tasas que resultan de obligatorio cumplimiento.

iii. **Defraudación o evasión tributaria:** Este delito está regulado en el artículo 434B del Código Penal y se tipifica cuando no se presenta la declaración tributaria estando obligado a ello o cuando en la misma se omiten ingresos; se incluyen costos o gastos inexistentes; o se reclamen créditos fiscales, retenciones o anticipos improcedentes por un valor igual o superior a 250 salarios mínimos legales mensuales, y con ello se genere un menor impuesto a cargo del contribuyente.

Y, lo mismo que para el delito anterior, se establece la extinción de la acción penal cuando se corrige la declaración en la oportunidad legal y se pagan los impuestos, sanciones tributarias e intereses correspondientes, evidenciándose la misma posible asimetría entre el tema penal y el concursal.

CONCLUSIONES

1. A pesar que la normativa contenida en el Estatuto Tributario resulta desactualizada frente a las normas que rigen los procesos de insolvencia, prima -en general – la aplicación de esta últimas.
2. Los beneficios tributarios establecidos por la emergencia sanitaria referidos a rebajas de capital, sanciones e intereses; aplicación del impuesto complementario de ganancias ocasionales; medidas sobre retención en la fuente y retención del IVA y exclusión del anticipo de renta, tuvieron una vigencia limitada y no resultan hoy aplicables, a pesar de la extensión de la vigencia del Decreto 560 de 2020. La exclusión del cálculo de la renta presuntiva opera hoy para todos los contribuyentes.
3. La admisión del proceso de insolvencia ocasiona la pérdida de las competencias de la autoridad tributaria para los cobros coactivos; el juez del concurso decide las excepciones pendientes y aprueba el acuerdo de reorganización. La autoridad tributaria mantiene sus facultades de fiscalización e investigación y los litigios tributarios dan lugar a constituir provisiones. Cuando se resuelven los procesos, el crédito tributario mantiene la prelación que le corresponde.
4. Al momento de la confirmación del acuerdo, las retenciones en la fuente por tributos deben haberse satisfecho. Las retenciones que se causen a partir del inicio del concurso se pagan como gastos de administración.

5. El acuerdo de reorganización resulta de obligatorio cumplimiento para las autoridades tributarias, salvo la previsión especial contenida en el Decreto 560 de 2020 que permite negociaciones especiales entre grupos de acreedores, en los que no haya participado la autoridad fiscal, caso en el cual no le resultaría vinculante este acuerdo.
6. Las sanciones e intereses originados por el incumplimiento de obligaciones tributarias, contrario a lo que sucede con el tributo adeudado, no tienen como prelación la primera clase.
7. El administrador de la empresa que adelanta un trámite de insolvencia es responsable subsidiario por las obligaciones tributarias.
8. Las normas concursales no permiten la prejudicialidad ni para el trámite de insolvencia, ni respecto a la decisión de este proceso de este proceso.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia).

Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-743 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán: Diciembre 2 de 2015.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-237 de 2015 M.P. José Fernando Reyes Cuartas: Julio 8 de 2020.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1144 de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Patricia Salazar Cuellar. Proceso No. 42822 del 18 de marzo de 2015.

David Rueda Mantilla. Prescripción de la potestad sancionadora del Estado en materia tributaria. Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario 79. Noviembre de 2018. At. 189.

Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. Marzo 30 de 1989. D.O. N° 38.756.

Decreto Legislativo 417 de 2020. Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional. Marzo 17 de 2020. D.O. N° 51259.

Decreto Legislativo 637 de 2020. Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional. Mayo 06 de 2020. D.O. N° 51306.

Decreto Legislativo 560 de 2020. Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica. Abril 15 de 2020. D.O. N° 51286.

Decreto Legislativo 772 de 2020. Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial. Junio 03 de 2020. D.O. N° 51334.

Decreto 375 de 2021. Por el cual se adicionan los parágrafos 3 al artículo 1.6.1.13.2.11., 5 al artículo 1.6.1.13.2.12. y 2 al artículo 1.6.1.13.2.15., a la Sección 2 del Capítulo 1'3 del Título 1 de la Parle 6 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria Abril 9 de 2021. D.O. N° 51.640.

Decreto 939 de 2021. Agosto 19 de 2021. D.O. N° 51.771.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales: siones

epto 1543 del 21 de enero de 2019.

Juan José Rodríguez Espitia. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia, (2019).

Ley 788 de 2002. Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2002. D.O. N° 45.046.

Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. D.O. N° 46.494.

Ley 1429 de 2010. Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo. Diciembre 29 de 2010. D.O. N° 47.937.

Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 01 de 2012. D.O. N° 48.489.

Ley 2010 de 2019. Diciembre 27 de 2019. D.O. N°. 511.79.

Ley 2155 de 2021. Septiembre 14 de 2021. D.O. N°.51.797.

Ley 2159 de 2021. Noviembre 12 de 2021. D.O. N°.51.856.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-117586 del 17 de Octubre de 2011.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-199276 del 5 de septiembre de 2017.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220- 178005 del 11 de agosto de 2017.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-081850 del 23 de Julio de 2019

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-193144 del 21 de septiembre de 2020.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-232147 del 04 de diciembre de 2020.
Superintendencia de Sociedades. Oficio 220 -157862 del 11 de agosto de 2020.
Superintendencia de Sociedades Oficio 220-171449 del 08 de noviembre de 2021.
Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-191346 del 6 de diciembre de 2021.

UNIVERSIDAD LIBRE®
Vigilada Mineducación

ICDP
INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL
Calle 67 No. 4 A 09 Bogotá D.C. - Colombia
Celular/Whatsapp (+57) 316 480 88 58
icdp@icdp.org.co