

TEMAS PROCESALES

ISSN:2619-3655

Retos de la justicia en nuestros tiempos

33 |

La Revista Temas Procesales Vol. 33 no tiene ánimo de lucro.
Periodicidad: semestral
temasprocesales@gmail.com

Queda prohibido cualquier tipo de reproducción —con fin
lucrativo— de los trabajos académico aquí presentados.
Todos los Derechos Reservados.

Filiación: Red para el Estudio del Proceso y la Justicia
www.redidprocesalyjusticia.org
redinterinstitucionalderecho@gmail.com
Medellín, Colombia.

Edición, diagramación, diseño editorial y corrección de estilo:
Daniel Jaramillo Giraldo - danielfjaramillogiraldo@gmail.com
Octubre de 2020

COMITÉ EDITORIAL

Adriana Arboleda (Colombia-Universidad Remington), Jorge Vásquez (Colombia-Universidad Católica Luis Amigó), Diana Ramírez Carvajal (Colombia-Universidad de Medellín), Andrea Meroi y Mario Chaumet (Argentina-Universidad Nacional del Rosario) y Cristina Patiño (Colombia-Universidad Nacional).

COMITÉ CIENTÍFICO

Michele Taruffo (Italia-Universidad de Pavía), Eduardo Oteiza (Argentina-Universidad de la Plata), Daniel Mitidiero (Brasil Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Giovanni Priori (Perú-Pontificia Universidad Católica del Perú), Arturo Álvarez e Isabel Villar (España-Universidad de Cadiz).

COMITÉ EVALUADOR

Camilo Andrés Garzón Correa (Colombia-Universidad Cooperativa de Colombia), Juan Camilo Yepes Yarcé (Colombia-Universidad Autónoma Latinoamericana), Juan Carlos Acevedo Velásquez (Colombia), Beatriz Elena Arcila Salazar (Colombia, Universidad Católica del Oriente).

Tabla de contenido

<i>Presentación</i>	1
<i>Causas Procesales para la reparación Integral del daño ex delito: Modelos español y colombiano</i>	
Arturo Álvarez Alarcón	3
<i>La justicia digital: ¿amenaza o herramienta del principio de inmediación del juez contemporáneo?</i>	
Édgar Gustavo Miranda Ruiz	36
<i>El reconocimiento de la persona jurídica en la inteligencia artificial: ¿realidad o ficción?</i>	
Adriana del Pilar Henao Ochoa	50
<i>Violencias Basadas en género y la violencia institucional</i>	
Luisa Alejandra Saldarriaga Quintero	65
<i>Retos de la justicia en la era de la cuarta revolución industrial</i>	
Alfonso Norberto Jiménez Ramírez	85
<i>Garantías procesales en la justicia digital</i>	
Zulay Milena Pinto Sandoval	100
<i>Entendimiento y retos de la justicia ambiental en la era digital</i>	
Yulyana Andrea Gelvez Villamizar.....	120
<i>La acción civil pública del carbón como modelo procesal para la reparación civil de daños ambientales complejos: una experiencia de proceso estructural en brasil</i>	
Camilo Zufelato y João Eberhardt Francisco	133
<i>Cláusulas abusivas, abuso de derecho y daños</i>	
Mary Ela Martínez	155
<i>Tecnología, proceso y pruebas: hacia la inclusión digital</i>	
Pablo Darío Villalba Bernié	179

Presentación

El derecho, como cualquier disciplina, debe cambiar de acuerdo con las condiciones que traiga su tiempo. Para este número de nuestra revista, quisimos darle especial importancia a las discusiones comunes de nuestro tiempo, a aquellas discusiones que están impulsando un cambio diametral en nuestras formas sociales y que, al hacerlo, también están modificando la forma en la que se desarrolla el derecho. Hablamos de las discusiones que nos invitan a repensarnos como seres humanos, a extender las concepciones que tenemos de los principios fundamentales de nuestras sociedades democráticas; hablamos de las discusiones relacionadas con la irrupción de la inteligencia artificial en nuestros quehaceres cotidianos, con las nuevas perspectivas de género que nos invitan a ampliar el margen de tolerancia, de las discusiones en torno al marco de la responsabilidad que nos proponen visualizar nuestra posibilidad de dañar a otro en su derecho desde diversas perspectivas y, finalmente, de importantes discusiones que tienen que ver con la forma idónea para resolver nuestros conflictos.

Temas Procesales busca estar siempre a la vanguardia, busca avanzar de acuerdo con los cambios de pensamiento que van creciendo en nuestro devenir histórico como sociedad global. El mundo en el que vivimos es un mundo que se ve continuamente impactado por variaciones sutiles en las narrativas, que finalmente terminan por darle sentido a nuestra existencia: ¿puedo ser hombre y sentirme atraído por otros hombres?, ¿valen más los hombres que las mujeres?, ¿puede un robot sentenciar en derecho?, ¿qué se me puede exigir cuando causo un daño a otro?, ¿el proceso judicial es la forma más efectiva para solucionar nuestros conflictos? Cada época trae sus interrogantes y la nuestra ha traído unos supremamente controversiales, apasionantes y llenos de posibilidades. Es importante que estos interrogantes encuentren su espacio de discusión en el ámbito académico, para que las posibles formas del mundo que traigan consigo las respuestas frente ellos puedan ir moldeando el pensamiento del jurista del futuro.

Este número busca darle ese espacio a estos interrogantes, para que se respondan desde la perspectiva del derecho, para que generen más dudas acerca de lo que debe ser desde la visión de la justicia, desde la visión de quien busca darle a cada quien lo que se merece en su condición esencial: la de ser humano

Vanessa Franco Ramirez
Rionegro, 25 de octubre de 2020

Cauces procesales para la reparación integral del daño *ex delicto*: modelos español y colombiano*

Arturo Álvarez Alarcón

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Cádiz.

ORCID: 0000-0002-8579-7471

Resumen: La satisfacción del derecho a una reparación integral del daño para las personas que resultan perjudicadas por los delitos puede verse perjudicado si el sistema procesal no establece un cauce procesal eficaz para la declaración del delito y la posterior declaración y ejecución de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil *ex delicto* requiere que previamente a su declaración y ejecución se declare la existencia de un delito, lo que necesariamente deberá producirse a través de un proceso penal. La declaración de la responsabilidad civil puede realizarse siguiendo dos modelos distintos: en el propio proceso penal, de modo acumulado, o en un proceso civil posterior al proceso penal. Los ordenamientos español y colombiano son ejemplos de cada uno de estos modelos. Ambos modelos requieren que el ordenamiento establezca una adecuada coordinación entre las vías procesales penal y civil para que el derecho a la reparación integral no se vea perjudicado por una defectuosa regulación que, en último extremo, provocaría a la víctima una quiebra en el derecho a un acceso eficaz a la justicia.

* Trabajo elaborado por el autor, en el Grupo de Investigación PAI-SEJ 287, *Proceso y Empresa*, financiado por la Junta de Andalucía.

Introducción

«Las obligaciones nacen [...] de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», si bien, «[I]as obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se registrarán por las disposiciones del Código Penal» (art. 1089 CCE). «Las obligaciones nacen [...] a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos» (art. 1494 CCC). Así es como los derechos español y colombiano establecen a los delitos como fuentes de las obligaciones, en concreto, la denominada responsabilidad civil *ex delicto*.

De todo acto ilícito puede derivarse una responsabilidad civil, pero si el ilícito es de carácter penal, los ordenamientos jurídicos pueden prever una vía procesal específica para su reclamación, que forzosamente contempla la necesidad de que previamente se declare la existencia del delito. Y ello, desde la perspectiva del derecho o interés de la víctima o perjudicado, no siempre es favorable o, incluso, puede constituir una seria dificultad.

Teniendo en cuenta que la actividad jurisdiccional siempre —secularmente, podría decirse— es criticada por su lentitud, la arquitectura procesal para poder exigir esta clase de responsabilidad civil cobra una importancia aún mayor, puesto que en la determinación y exacción de la responsabilidad civil *ex delicto* es preciso que se produzca una sentencia penal como presupuesto de la declaración de dicha responsabilidad civil. Pensemos, por ejemplo, que, si la previsión legal es que la responsabilidad civil sólo pudiera reclamarse por medio de un proceso civil —del que necesariamente sería cuestión prejudicial un previo proceso penal, que declarara la existencia del delito— resultará que la persona perjudicada estará obligada a esperar al transcurso de dos procesos consecutivos, un primero, de índole penal, y otro posterior, de índole civil.

Esto significa que el acertado diseño del cauce o cauces procesales para reclamar la responsabilidad civil derivada del delito

repercute en la efectividad del fundamental derecho a la tutela judicial efectiva¹.

Si el requisito de eficacia es ineludible en el ámbito del Derecho español, por ser explícito en el texto constitucional, en el ordenamiento colombiano esta exigencia de efectividad hay que considerarla implícita en varios preceptos en los que se establece como objetivo la reparación integral de la víctima².

De esa exigencia de eficacia en la obtención de la protección judicial se deduce la importancia que tiene verificar la regulación procesal de esta materia y comprobar su eficacia en la realidad. Un estudio detallado y completo excedería de los límites del presente trabajo. Además, el análisis de la real aplicación de las normas, es decir, el estudio de campo de lo que en la práctica diaria de los tribunales acontece, exige un esfuerzo que en estos momentos no se está en condiciones de realizar, requiriendo la participación de expertos de otras disciplinas que elaboren y lleven a cabo encuestas y otros métodos de medición.

Por eso, en este trabajo se pretende únicamente señalar el marco jurídico que debería contemplarse y analizarse para valorar qué grado de eficacia tienen los cauces procesales para la indemnización de la responsabilidad civil nacida del delito.

1. Medios procesales para la reparación de los daños derivados del delito

Son varios los instrumentos o medidas de índole procesal que se pueden disponer por el ordenamiento jurídico para la mejor protección de los intereses y derechos del perjudicado por el delito.

El primero de ellos se refiere al cauce procesal por el que poder exigir la reparación. Es decir, si sólo a través del proceso civil o si también por medio del proceso penal, y la relación, en todo caso, que existirá entre uno y otro. Esto es, por tratar de buscar un término

1 Vid. arts. 24.1 Constitución Española (CE), 229 Constitución Política de Colombia (CPdC), 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

2 Así el art. 250.6 CPdC que encomienda a la Fiscalía General de la Nación la «reparación integral a los afectados con el delito». Igualmente se consagra en el art. Transicional 66, del mismo texto constitucional, el derecho de la víctima a la reparación.

omnicomprensivo de todas las dificultades que la duplicidad de cauces produce, la cuestión que interesa es la de conocer los cauces procesales por los que obtener la reparación y la “coordinación” (o descoordinación) que entre ellos debería existir, pues deben evitarse situaciones tales que la elección de una vía procesal errada pueda provocar la prescripción o la caducidad del derecho para reclamar el daño.

Desde una perspectiva subjetiva, es primordial observar qué reconocimiento atribuye el ordenamiento jurídico a la persona que padece los daños derivados del delito. Es decir, qué consideración tiene la víctima o perjudicado por el delito para la mejor defensa procesal de sus derechos e intereses. El Derecho puede desplegar un paraguas protector de la víctima que se extienda sobre todo lo relativo a la reparación integral de los daños y perjuicios padecidos, mediante la elaboración de un verdadero estatuto de la víctima. La definición de víctima, ofendido, perjudicado, etc., pues son varios los términos y expresiones utilizados, tiene aquí un rol importante, porque puede que el Derecho los defina y proteja de diferente manera.

En el mismo ámbito subjetivo, pero esta vez en el lado pasivo, es de suma importancia que el Derecho señale como responsables de la responsabilidad civil *ex delicto* a otros sujetos que, no siendo los autores o responsables de la conducta delictiva, hayan obtenido algún provecho del mismo o, simplemente, porque la ley les imponga alguna suerte de responsabilidad *in vigilando* o *in eligendo*.

Pero cabe adoptar también una perspectiva objetiva, relativa al daño mismo. Desde este ángulo puede plantearse que, en primer lugar, el proceso debería contemplar medidas que fueran dirigidas a que el daño que se ocasione fuera lo menor posible, mediante una temprana detención del mismo o una rápida intervención que evite su agravamiento. Y para ello, que la vía procesal fuera civil o penal debería ser indiferente.

La reparación del daño requiere que en primer lugar pueda ser adecuadamente determinado, tanto cualitativa como cuantitativamente. Sólo entonces podrá procederse a la reparación del mismo, que debería ser integral. Y aquí nuevamente el Derecho introduce el elemento subjetivo, por más que pueda parecer que la determinación objetiva del daño convierten la reparación integral en algo totalmente subjetivo.

En efecto, los ordenamientos suelen contemplar vías de negociación y de mediación para la satisfacción de la víctima. Si se abren estas vías (alternativas o complementarias del proceso), en las que las partes pueden acordar el monto del daño y la forma de su reparación, la conclusión obvia es que el daño puede dejar de ser algo objetivo sino susceptible de pacto entre las partes. Lo que no necesariamente puede ser negativo ni positivo.

En este mismo aspecto de la solución consensuada a la responsabilidad civil, no es baladí la consideración de que el alcanzar el convenio y cumplirlo pueda tener una repercusión sobre la responsabilidad penal, favorable para el autor del delito, porque ello servirá de acicate a la reparación eficaz del perjudicado.

Por último, la vía para la ejecución eficaz de la responsabilidad civil, una vez que ésta ha sido completamente declarada, constituye un elemento fundamental para la reparación integral del daño. Con independencia de que en esta fase procesal se pueda hacer un sitio también al pacto entre las partes, resulta esencial que el Estado promueva actuaciones verdaderamente útiles para la obtención del resarcimiento de un daño que ya es indubitado. Varias vías se abren para esta posibilidad, desde el impulso de oficio de la ejecución hasta el adelanto de la indemnización, subrogándose en la posición del perjudicado.

El estudio completo de todos estos elementos o instrumentos procesales, útiles para la reparación integral del daño o íntegra responsabilidad civil, no podría plasmarse en este lugar, que, por fuerza, debe ceñirse a una prudente extensión. Es por eso por lo que sólo se va a hacer incursión en alguno de estos aspectos, considerando los ordenamientos jurídicos colombiano y español.

2. Cauces procesal para la determinación de la responsabilidad civil *ex delicto*

2.1. Modos de compatibilizar los procesos civil y penal para la determinación de la rc *ex delicto*

Por su condición de derecho subjetivo privado, la exacción de la responsabilidad civil derivada del delito es susceptible de ser exi-

gida por medio del proceso civil. Ahora bien, como la causa de esa responsabilidad es la existencia del delito y que éste sólo se puede determinar por medio del proceso penal, nos encontramos ante un claro supuesto de prejudicialidad penal respecto del proceso civil. Por ello, la mayoría de los ordenamientos imponen que el juez civil deba suspender el proceso en que se pretendiera declaración y condena fundamentadas en un delito, a la espera de que el juez penal decida si existe o no tal delito³.

Esta solución, de **dos procesos consecutivos**, tiene una consecuencia funesta para los intereses de quien ha padecido los daños del delito, pues deberá esperar a la conclusión de un primer proceso, de índole penal, para luego proseguir con otro, de naturaleza civil. La lentitud, endémica en los tribunales de justicia, produciría así auténticos estragos en los intereses y derechos del perjudicado por el delito, obligado a recorrer dos caminos procesales diferentes y sucesivos, con sus correspondientes instancias.

Por eso se comprende que, con el ánimo de mejorar la protección del perjudicado por el delito, los ordenamientos diseñen un proceso penal capaz de albergar en él la pretensión civil de reparación del daño, junto a la pretensión penal. Estamos, por tanto, ante un supuesto de **acumulación de pretensiones –civil y penal- en el proceso penal**.

El beneficio que esta solución aporta a la víctima se refleja en varios aspectos. De un lado, sólo será necesario transitar por un único cauce para obtener la satisfacción de la pretensión civil, obviando así el inconveniente antes señalado del inmenso retraso que ocasionaría el recorrido de dos vías consecutivas. Además, se alcanzan otras bondades como la de poder aprovechar la prueba que se obtiene y aporta para la causa penal también para la pretensión civil. Material

3 El Código General de Procesos (CGP) colombiano no se refiere expresamente a la prejudicialidad penal, pero sí determina que, a petición, de parte el juez decretará la suspensión del proceso «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 reconvencción», que durará hasta que se presente «copia de la providencia ejecutoriada que puso fin al proceso que le dio origen» (art. 161). En el proceso civil español cabe que la actuación sea de oficio, de modo que cuando el juez aprecie que algún hecho puede ser constitutivo de delito, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiese lugar al ejercicio de la acción penal, ordenando la suspensión del proceso civil cuando el hecho en cuestión pueda tener influencia decisiva en la resolución civil y conste que se está investigando en una causa criminal (art. 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española [LEC])

probatorio que no será preciso que vaya a buscar la parte, pues será aportado en la indagación de los actos criminales.

Esta opción aporta también la ventaja de que se puede atribuir al Ministerio Fiscal la función de asumir la defensa de los intereses del perjudicado por el delito, promoviendo cualquiera de las medidas que el ordenamiento prevea, desde la adopción de medidas cautelares a la obtención y aportación de pruebas, sin que por ello se vea reducido el espacio procesal como parte, que puede asumir dicho perjudicado, que puede actuar con su propia defensa.

Sin embargo, es fuente de otras dificultades, como cuando el proceso penal concluye sin sentencia de condena, lo que, *a priori*, expulsaría al perjudicado del proceso y le obligaría a acudir *ex novo* a la vía procesal civil.

Pero, en ambos modelos es necesario establecer una cierta coordinación entre las vías procesales y civiles, por cuanto el derecho a la reparación pertenece al ámbito dispositivo de las personas, que incluye (salvo que el Derecho ordenara otra cosa) la elección del método y del proceso, en su caso, que estime más adecuado para su satisfacción. Aún más, en numerosas ocasiones no es notorio el carácter delictivo de la conducta que causa el daño, razón por la que sería posible iniciar, incluso concluir, el proceso civil sin esperar al proceso penal.

Como se puede entender de lo expuesto, tanto un modelo como otro requieren de unas normas que regulen adecuadamente los efectos de uno en otro, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada ocasión.

2.1.1. Derecho colombiano

La responsabilidad civil *ex delicto* se regula dentro del Título XXXIV del Código Civil colombiano, bajo la denominación de «Responsabilidad común por los delitos y las culpas», en los arts. 2341 a 2360 del Código Civil, donde se expresa claramente que la obligación de indemnización corresponde al que ha inferido el daño, «sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido» (art. 2341).

Respecto de las dos opciones que antes se han señalado –proceso penal seguido de proceso civil o proceso penal con acumulación de la pretensión civil–, el Derecho colombiano ha previsto expresamente la primera de las opciones, ya que en el Código de Procedimiento Penal establece *incidente de reparación integral* (Libro I, Cap. IV, Tít. II) como una vía específica para la reclamación de los daños causados por el delito. Se trata, por tanto, de un instrumento diseñado específicamente para dar satisfacción a uno de los derechos de la víctima, que le está atribuido por norma con rango constitucional⁴.

El *incidente de reparación integral* se encuentra temporalmente ubicado tras la emisión de la sentencia firme de condena, debiéndose interponer en el lapso de treinta días subsiguientes. Se sigue así el modelo que antes se ha denominado de «procesos consecutivos». Se ha justificado esta configuración temporal o sucesiva con el argumento de la racionalización de los procedimientos judiciales, en la seguridad jurídica y en la celeridad de los procesos judiciales, sin menoscabo para los derechos de las partes e intervinientes. (Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2011).

Presenta la particularidad, en cuanto a la legitimación activa, que se atribuye la misma, en primer lugar, a la víctima, y a sus herederos, sucesores o causahabientes, cuando la reparación tiene exclusivamente carácter económico. Cuando la pretensión tenga otra naturaleza, la tendrá también el fiscal o el ministerio público, por solicitud de la víctima (Corte Constitucional, Sentencia C-520 de 2011).

La legitimación pasiva corresponde al declarado responsable penalmente (art. 102, CPP) y los terceros que puedan ser responsables civiles del daño ocasionado (art. 107, CPP), incluido el asegurador de la responsabilidad civil (art. 108, CPP).

La naturaleza jurídica de este procedimiento puede ser discutible. La ley lo denomina «incidente», como si fuera una parte del proceso penal en que se declara la responsabilidad penal por el delito. Sin embargo, sería más correcto atribuirle la naturaleza de

4 El derecho a obtener justicia, verdad y reparación es atribuido a las víctimas del conflicto armado por el artículo transitorio 66, introducido en la Constitución Política de Colombia a través del Acto Legislativo 1/2012. Para cualquier perjudicado por el delito, este derecho se encuentra insito en el art. 250.6 de la Constitución colombiana, que atribuye a la Fiscalía General de la Nación la función de velar por el derecho a la reparación integral a los afectados por el delito.

un proceso autónomo, porque se inicia cuando el proceso penal ha concluido con una sentencia firme y sin que hasta ese momento, en dicho proceso penal, se haya formulado ninguna pretensión reparatoria. Es precisamente después de que la sentencia ha ganado firmeza cuando la víctima del delito, que puede no haber sido ni siquiera parte en el proceso penal, puede solicitar la incoación del «incidente», si bien la pretensión no se introduce sino más tarde, en la primera audiencia (art. 103, CPP).

Sin embargo, a pesar de esta previsión legislativa, nada impediría que el perjudicado por un hecho delictivo acudiera a la vía del proceso civil para reclamar los daños padecidos. Proceso que debería suspenderse si el juez entendiera que concurre la causa de suspensión que se expresa en el citado art. 161.1 CGP: «[...] 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 reconvencción». Esta causa de suspensión es un supuesto de prejudicialidad, en este caso de índole penal.

En este supuesto podemos apreciar que se produce una cierta inversión de lo que antes hemos expuesto: proceso civil, que se suspende, seguido de un proceso penal.

Pero a partir de aquí se pueden suscitar numerosas dudas, algunas de las cuales, como veremos, también se plantean en el ordenamiento procesal español. La primera es si, concluido el proceso penal, se reactivará el proceso civil inicialmente interpuesto o, por el contrario, se seguirá la vía del incidente de reparación integral, con la consecuente finalización o archivo del proceso civil primigenio. Pero, como veremos más adelante, se pueden producir algunas «distorsiones» en el esquema trazado por el legislador (proceso penal - incidente de reparación integral) cuando se inicie previamente un proceso civil. Y, además, como más adelante se verá, es inevitable que en muchas ocasiones se inicie, incluso culmine, un proceso civil, con carácter previo al proceso penal. Es decir, puede suceder que la prejudicialidad penal no llegue a operar, sin que, además, pueda aducirse que se ha producido un quebrantamiento de la legalidad.

2.1.2. Derecho español

En el Derecho español, igualmente, «[l]as obligaciones nacen [...] de los actos y omisiones ilícitos», si bien –esta es una particularidad notable– «[l]as obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal», mientras que «[l]as que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones [...]» del Código Civil⁵.

Esto significa que en el ordenamiento jurídico español, a esta clase de responsabilidad civil, no se le aplicarán las normas comunes del Código Civil, sino unas especiales y que se encuentran ubicadas en un texto legal penal (aunque no por ello pierden su naturaleza de civiles)⁶. «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible»⁷. Ciertamente, la obligación civil de reparación y de indemnización no nace del delito, sino de la producción del daño o del perjuicio (Cortés Domínguez, V., 2008, pp.175). La insistencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y del Código Civil en relacionar delito y acción civil tiene que ver sobre todo con la expresión de que la reclamación de estos daños y perjuicios se someterá a un régimen jurídico material y procesal diferentes de los supuestos en que se tratara del denominado «ilícito civil». (Artículos 1093, 1101 a 1107, y 1902 a 1910).

Por tanto, a la cuestión de la dificultad de la determinación de la vía procesal por la que se va a procurar la exacción de la responsabilidad civil *ex delicto*, se añade la de que las normas jurídicas que se aplicarán son diferentes. Ello implica que, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento colombiano, es decisiva la calificación –

5 Arts. 1089, 1092 y 1093 CCE. «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible» (art. 100 Ley de Enjuiciamiento Criminal española [LECrim]).

6 Arts. 109 a 122, del Título V («De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales»), del Libro I, del Código Penal español (CPE).

7 Art. 100 LECrim. En armonía con el Código civil, cuando dispone que «[l]as obligaciones nacen [...] y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia» (art. 1089), que luego concreta aún más al afirmar que «[l]as obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal»

como delito- de los hechos para determinar las normas aplicables, lo que sólo se puede producir a través del proceso penal.

Se entiende así que el diseño general establecido por el legislador se corresponde con el modelo antes referido de acumulación de pretensiones civil y penal en un único proceso, de índole penal. Por eso, en nuestro ordenamiento se entiende que no puede sustanciarse separada y simultáneamente la pretensión reparatoria civil y pretensión penal⁸. «Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme» (LECrim, Art. 11). De esta manera, como norma general, junto con el enjuiciamiento penal de la conducta presuntamente criminal, se sustanciará la pretensión civil por los daños y perjuicios derivados de aquella conducta, resolviéndose todo ello en una misma sentencia⁹. Por esto, si la sentencia es condenatoria, en ella misma se incluirá también la condena que proceda sobre la responsabilidad civil emanada del ilícito penal.

Así pues, la incoación del proceso penal limita la formulación de la pretensión civil de reparación del daño, porque esta última no podrá formularse separadamente sino conjuntamente con la primera, aunque se deja margen a la voluntad del perjudicado para reservarla para la vía procesal civil, una vez que haya concluido el proceso penal. Es decir, el ordenamiento jurídico español impone como norma general que la pretensión de reparación del daño *ex delicto* se acumule a la pretensión penal en el proceso penal, pero deja libertad al perjudicado para que pueda optar por esperar a la conclusión del proceso penal y, tras él, promover el oportuno proceso civil. Se requiere que el ejercicio de esta opción sea expreso con exclusión de una tácita elección.

8 Salvo en los supuestos contemplados en el art. 782.1 LECrim, para el procedimiento abreviado: « Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal»

9 «Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar» (art. 112 LECrim)

La eventualidad de un proceso civil por esta causa, que se hubiera iniciado antes que el correspondiente proceso penal, está contemplada como un supuesto claro de prejudicialidad, en cuya virtud, se ordenará la suspensión del proceso civil cuando la decisión del juez penal sobre hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil, además de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, si fuese preciso¹⁰.

2.2. Naturaleza privada de la pretensión reparatoria: el valor del principio dispositivo

La pretensión civil, en todo caso, lo es de condena, por cuanto por ella se persigue que al acusado se le imponga una obligación de dar o hacer (extrañamente será de no hacer), y la prestación consistirá en la restitución de los efectos o la indemnización de los daños y perjuicios padecidos por el ofendido o víctima. Aunque también podrá ser mero declarativa cuando la pretensión se dirija a obtener la nulidad de algún contrato que se haya podido realizar a costa del patrimonio de la víctima (Sentencia de 15 de noviembre de 2002).

El derecho a la reparación integral del daño padecido, aún derivando de un delito, tiene naturaleza de derecho subjetivo privado. Y esta naturaleza no se ve alterada por el hecho de que se pueda interponer la pretensión correspondiente en el proceso penal (supuesto del Derecho español) o en un incidente de reparación integral (caso del Derecho colombiano).

Por tanto, aunque discurra por los trámites de un proceso penal, la pretensión de reparación siempre se encuentra sometida a los principios y a las normas materiales y procesales características de la jurisdicción civil, con las especialidades propias del hecho de la conexión con un delito, que es de donde deriva la responsabilidad. Sin duda, desde un punto de vista procesal, la tramitación de esta

10 Art. 40.1 y 2 LEC. En el mismo sentido, el art. 114 LECrim ordena que «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». Esto se ha relacionado con la consideración de los intereses que entran en liza, porque mientras que en el proceso civil sólo podrán contemplarse cuestiones que afectan a intereses privados, que son los afectados cuando se trata de la acción civil, en el proceso penal sí que se pueden tutelar tanto los intereses privados como los públicos, presentes en los conflictos de carácter penal (vid. Cortés Domínguez, V., 2008, pág. 176).

pretensión se inspirará en principios propios del proceso civil. Y es que la responsabilidad civil, aunque acción que se ejercita conjuntamente con la penal por las acusaciones, en modo alguno pierde su naturaleza y autonomía¹¹. La responsabilidad civil *ex delicto* participa de la misma naturaleza que la responsabilidad civil extracontractual ordinaria contenida en los arts. 1902 y ss. CCE y en los arts. 2341 y ss. CCC. No se produce un cambio en su naturaleza jurídica porque esté regulada en un cuerpo legal penal, como ocurre en el caso español (arts. 109 a 122 CP), sino que mantiene su carácter civil, siendo irrelevante que se reclame en vía procesal penal o civil.

De lo anteriormente expuesto deriva la conclusión de que en todo caso la reclamación de la responsabilidad civil *ex delicto* se rige por los mismos principios que los señalados para cualquier pretensión civil, y, aunque se han señalado varios¹², el que de modo esencial impregna el ejercicio de la acción civil *ex delicto* es el característico de todos los procesos civiles: el principio dispositivo¹³.

El principio dispositivo se fundamenta en que los intereses y derechos afectados por el delito, a los que se refiere la acción civil, son de naturaleza privada y por ello sus titulares tienen facultades dispositivas sobre los mismos¹⁴. Ello se traduce desde el punto de vista material, en que los perjudicados pueden libremente decidir si persisten en su titularidad o renuncian a ella, total o parcialmente, o

11 Vid. ATS 564/2018, de 22 de marzo. «La acción civil “ex delicto” no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en un proceso penal, por eso el tratamiento debe ser igual, so pena de establecer agravios comparativos y discriminaciones injustificadas según el perjudicado decida ejercer su derecho resarcitorio en el propio proceso penal o lo reserva para hacerlo en vía civil, como le permite expresamente el art. 109-2º C penal» (STS 99/2014, de 5 de febrero).

12 En el ATS 564/2018, de 22 de marzo se añade el principio de rogación, afirmando que por él se exige el cumplimiento de los principios de bilateralidad, audiencia y contradicción. En realidad, el principio de rogación, que podría relacionarse con la congruencia, es característico del Derecho hipotecario y registral, que se manifiesta, por ejemplo, en el art. 6 de la Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946) o el art. 3 del Reglamento Notarial (Decreto de 2 de junio de 1944).

13 Con más acierto dice la STS 263/2018, de 31 de mayo, que «El ejercicio de la acción civil acumulada en esta jurisdicción penal, cuyo examen corresponde sólo al Magistrado Presidente - art. 4 LOTJ -, concorde reiterada jurisprudencia, no le hace perder su naturaleza privada, estando regida su sustanciación por los principios propios del proceso civil, es decir, oportunidad, dispositivo y aportación de parte».

14 De donde la STS 936/2006, de 10 de octubre, ha deducido las siguientes consecuencias:

«a) La relación jurídica es un derecho privado y por tanto, en ella ha de partirse de la autonomía de la voluntad y de la existencia de derechos subjetivos de los que sus titulares tienen la plena disposición, con todas las consecuencias que ello implica, empezando por la de que el interés privado puede ser satisfecho de modo extrajudicial.

b) La naturaleza de la acción civil derivada del delito participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en la Ley Enjuiciamiento Civil (STC. 18.3.92). Por ello el proceso en el que se van a aplicar las normas regula-

transigen, etc. Desde una perspectiva procesal, los titulares de aquellos bienes pueden decidir si los tutelan por alguna de las vías procesales establecidas, por cual de ellas, si sostienen la pretensión hasta el final o desisten o renuncian, etc.

Hay otros principios que se señalan también, como los de audiencia, contradicción, igualdad, congruencia, etc. Pero son comunes a todo el proceso, incluido el penal, si bien respecto de este último puedan descubrirse ciertos matices y terminología diferentes¹⁵.

2.2.1. La interposición de la pretensión de reparación: instancia de parte o del Ministerio Fiscal

De acuerdo con lo expuesto sobre el imperio del principio dispositivo en esta materia, es la pretensión formulada por la parte, su declaración de voluntad, la que determina la función del juez, tanto por la petición en sí misma -que le obliga a resolver-, como por su contenido. Resulta imprescindible, pues, que se formule la pretensión civil para que el juez penal pueda pronunciarse sobre ella, y lo hará en los términos fijados por el contenido de aquella pretensión (ATS 564/2018, de 22 de marzo).

En el caso del Derecho español, además del ejercicio que puede realizar el propio perjudicado¹⁶, existe la particularidad de que la interposición de la pretensión civil puede ocurrir de modo *cuasi*-oficial, porque el ordenamiento atribuye legitimación al Ministerio

doras de esta responsabilidad ha de quedar sujeto a los principios propios de la oportunidad y sus derivados, el dispositivo y el de aportación de parte. Más específicamente:

1) El proceso civil sólo podrá iniciarse a instancia de parte, con lo que habrá de ejercitarse en él una verdadera pretensión, dependiendo por tanto de la decisión del perjudicado el acudir o no al proceso.

2) El objeto del proceso será determinado por el perjudicado demandante y el órgano judicial habrá de ser congruente en la resolución, sin que pueda conceder más de lo pedido, en aras del respeto a los principios acusatorio o de congruencia. [...]

3) Dada la naturaleza plenamente dispositiva de la responsabilidad civil, nada impide que sobre la misma se realicen todos los actos de disposición que se refieran, bien al objeto del proceso, esto es, a la pretensión civil (allanamiento, renuncia, transacción), bien al proceso, lo que en este caso puede llevar, no exactamente al desistimiento en sentido estricto, pero si a la reserva de la acción, para ejercitarla o no en un posterior proceso civil».

15 «Rige el principio de justicia rogada y no el principio acusatorio, por ello, para medir la congruencia de la sentencia con la pretensión hay que acudir a los criterios del proceso civil y no a las especialidades del proceso penal» (STS 467/2018, de 15 de octubre).

16 «En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible» (art. 109.I LECrim)

fiscal para su ejercicio y, además, le impone el deber de hacerlo. De modo que, aunque el perjudicado no acuda al proceso penal y no se persone, sus derechos e intereses en este punto serán tutelados por la acción del Ministerio público¹⁷.

Pero esto no constituye una disminución del principio dispositivo, porque a todos los efectos, el Ministerio fiscal es una parte del proceso, que interviene defendiendo intereses y derechos ajenos, los del perjudicado, merced a una *legitimación extraordinaria* que le atribuye el Derecho.

En el caso del Derecho colombiano, la ignición del incidente de reparación integral ocurrirá cuando la víctima formule su solicitud expresa para que el juez fallador convoque a una audiencia pública, que es con la que se dará inicio al incidente citado. La solicitud puede ser hecha también por el fiscal o por el Ministerio Público, pero siempre lo harán a instancia de la víctima¹⁸. Pero la pretensión no se introduce hasta el momento de la celebración de la audiencia y lo debería realizar oralmente la propia víctima, expresando la concreta reparación a que aspira (Art. 103, CPP.).

2.2.2. La determinación del contenido de la pretensión de reparación

Íntimamente ligado con el principio dispositivo se encuentra el de congruencia, de tal modo que más bien podríamos decir que éste deriva de aquél. El principio dispositivo obliga al juez a ser congruente con las pretensiones de las partes también en la reclamación de la responsabilidad civil nacida del delito, aún formulándose en un proceso penal¹⁹. Si no se respetara este deber de congruencia (lo que conecta también, no se olvide, con el derecho a la tutela judicial

17 Para el procedimiento penal abreviado se dispone que «[e]l Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley» (Art. 773 LECrim)

18 Artículo 102 CPP: «Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante». Los arts. 107 y 108 se refieren, respectivamente, al tercero civilmente responsable y al asegurador

19 «En particular, la imposibilidad de fijar una indemnización más alta que la solicitada no es una derivación del principio acusatorio -como se argumenta a veces por inercia- sino del principio dispositivo y el de rogación» (vid. STS 467/2018, de 15 de octubre, que cita las STS 365/2012, de 15 de mayo, 353/2008, de 13 de junio).

efectiva), podríamos encontrarnos con los diferentes supuestos de incongruencia ya conocidos.

Con rotunda claridad, el Derecho colombiano confiere en exclusiva a la víctima la facultad de concretar la forma de reparación integral, que lo hará en el acto de la audiencia a la que sea citado por el juez fallador, junto con las personas frente a las que dirigirá su pretensión (art. 103 CPP). Aunque el precepto consiente que el fiscal o el Ministerio Público puedan presentar la solicitud de incidente de reparación, si así se lo pidiese la víctima, no les atribuye a estas instituciones la facultad de dar contenido a la pretensión.

En el Derecho español, tanto el ofendido como el Ministerio Fiscal, cuando sostenga también la pretensión civil, expresarán en sus escritos de calificación, «la cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida» así como las personas que consideren responsables (Art. 650. II.1º y 2º, 781, 798, etc., LECrim).

Sin embargo, cuando los términos literales de la petición no son lo suficientemente claros y provocan alguna duda sobre cual es el contenido de lo que se pide, con apoyo en el derecho a la tutela judicial efectiva y acudiendo a las normas interpretativas del Código Civil, el tribunal puede deducir la «intención evidente sobre la literalidad estricta de las palabras consignadas en los escritos o en el acta del juicio oral» (ATS 564/2018, de 22 de marzo). Y se ha llegado a afirmar que «[I]a autonomía de tratamiento de la acción civil no exige la aplicación rigurosa del principio vigente cuando se trata de la penal por el cual deben entenderse proscritas las interpretaciones extensivas contrarias al acusado. Si la acción civil puede ejercerse conjunta o separadamente de la penal, renunciarse o reservarse, es perfectamente congruente en línea de principio la aplicación unitaria del mismo régimen jurídico, procesal y sustantivo, en un caso y en otro» (STS 1337/2002, de 26 de octubre).

Y, como ocurre en el proceso civil, el tribunal se pronunciará única y exclusivamente y totalmente sobre las pretensiones que le hayan sido formuladas. Así, cuando el perjudicado desee interponer varias pretensiones, incluso incompatibles entre sí, cuando se for-

mulen con carácter «eventual» o, más adecuadamente, subsidiario (art. 71.4, LEC). Pero, para eso, para que la pretensión principal se tenga por interpuesta y también la subsidiaria, es indispensable que así se solicite expresamente por el perjudicado²⁰.

2.2.3. La renuncia/desistimiento al ejercicio de la reclamación de reparación

1) Antes de nada, es necesario hacer una precisión terminológica fundamental, pues las expresiones «renuncia» y «desistimiento» tienen unos significados jurídicos totalmente diferentes en los ordenamientos colombiano y español.

El término «renuncia» en el Derecho de Colombia se usa en relación con los términos procesales (art. 119 CGP), con el no uso de la excepción de prescripción extintiva (art. 282 CGP), con el decreto sobre costas (art. 365.9 CGP), a las cláusulas sobre prelación de créditos (art. 557 CGP), siempre en el sentido de abandono de una facultad o derecho, que podríamos considerar mayoritariamente de carácter procesal.

En cambio, el «desistimiento» se refiere a la pretensión e «implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada» y podrá producir efectos de cosa juzgada (art. 314.II CGP)²¹.

Este desistimiento del Derecho colombiano equivale a lo que en el Derecho español denominamos renuncia y que afecta al derecho o interés en que se sustenta la pretensión. «Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado» (art. 20.1, LEC). En cambio, «desistimiento», para el Derecho español es el mero abandono del cauce procesal abierto, no afectando al litigio o cuestión de fondo, de modo que «actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto» (art. 20.3, LEC).

20 Así, por ejemplo, la STS 382/2010, de 28 de abril, que hace referencia a un defecto de solicitud de que se declare la nulidad del contrato de compraventa y de una indemnización sustitutoria, para el caso de que aquella nulidad no se pudiera otorgar.

21 No obstante, el denominado «desistimiento tácito» podrá producir efectos meramente procesales, en ciertas condiciones (vid. art. 317 CGP)

De lo que aquí se va a tratar de la renuncia (en terminología española) o desistimiento (en expresión colombiana) a la reparación del daño padecido como consecuencia del delito.

2) La Ley de Enjuiciamiento Criminal española contempla la posibilidad de que el perjudicado renuncie a la pretensión civil. Son pocas y mal sistematizadas las normas que se refieren a este acto de carácter dispositivo, pero está fuera de toda duda de que nos encontramos ante una renuncia de derechos de carácter civil, por lo que se deberá estar a lo que se dispone para estos actos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 20.1, LEC). En todo caso, se trata de una manifestación de voluntad, por lo que este acto debe realizarse conscientemente y sin incurrir en error.

La incoación del proceso penal conlleva el ejercicio conjunto de las acciones penal y civil (en terminología de la vetusta LECrim), de modo que se entiende que aún en el supuesto de que se haya formulado sólo la pretensión penal, «se entenderá utilizada también la civil» (art. 112, LECrim), de modo que se atribuye al Ministerio fiscal la función de sostener ambas pretensiones de oficio («haya o no en el proceso acusador particular»). (Art. 108, LECrim). Por este motivo, la incoación de un proceso penal incorpora al mismo las pretensiones penal y la civil, de modo que sólo podrá producirse la renuncia mediante un acto procesal.

La renuncia, que deberá ser expresa, es un acto procesal que deberá estar revestido de los requisitos de defensa y representación adecuados²², por lo que la incomparecencia del acusador al acto del juicio oral no puede equivaler necesaria y automáticamente a la renuncia al ejercicio de la acción civil» (STS 165/2018, de 9 de abril). Como se ha dicho, no hay apenas normas que regulen este aspecto, y el modo concreto en que se deba producir la renuncia tampoco lo está. La renuncia puede tener lugar mediante la presentación de un escrito, con las firmas de abogado y procurador, pero también puede efectuarse mediante una comparecencia, en este caso con el abogado. Incluso, si el juez lo estima oportuno, si la renuncia se produjo por escrito, podría requerir al perjudicado para que se ratifique en

22 La naturaleza procesal de la norma contenida en el art. 112 LECrim se ha puesto de manifiesto en la STS 362/2010, de 28 de abril.

su presencia. Pero la renuncia también puede ponerse de manifiesto en el acto de la vista del juicio oral o en cualquiera de los escritos que deben presentarse por las partes.

Lo que no resulta aconsejable es que, después de expresada la renuncia en la fase de instrucción, el tribunal proponga la ratificación de aquella renuncia en el acto del juicio oral, pues si no se produjera, contradiciendo lo que por escrito había dicho, el conflicto será evidente.

Por lo dicho, la renuncia podría tener lugar fuera del proceso, por cualquiera de los medios que el Derecho contempla, incluso ante notario. Pero nada de eso será útil si no es incorporado al proceso de un modo adecuado y que no deje lugar a dudas sobre la voluntad del perjudicado. Por eso, en estos casos, la ratificación mediante una comparecencia puede ser muy oportuna.

Lo anterior sirve para hacer referencia sobre una realidad y es la de que las partes pueden llegar a un acuerdo extrajudicial sobre las consecuencias civiles del delito, incorporando a la renuncia como el vehículo por el que el acuerdo se va a incorporar al proceso.

No es renuncia el hecho de que los perjudicados no se muestren en la causa (art. 110. II, LECrim). Ni tampoco lo es la manifestación por la parte perjudicada de que no formulará escrito de acusación, ni el mismo hecho de no formularlo (ATS 679/2017, de 20 de abril). Pensemos que al no producirse la renuncia expresa el Ministerio fiscal está obligado, como se ha dicho, a proseguir con el ejercicio de la acción civil, además de que nada impediría que el propio perjudicado, si cambiara de oposición, la sostuviera en los momentos ulteriores del proceso.

Aún más, ni siquiera el aquietamiento con la sentencia y el aparente desentendimiento del perjudicado respecto del recurso de casación, interpuesto el Ministerio fiscal, puede interpretarse ni como desistimiento ni como renuncia tácitos, como en algún caso se ha pretendido. Por el contrario, mientras no conste expresamente la renuncia, el acusador público seguirá legitimado (*ex art. 108 LECrim*) y hasta obligado a sostener la pretensión civil (STS 119/2002; 271/2010). Si ni siquiera la falta de personación del perjudicado en el proceso penal

equivale a renuncia tácita, mucho menos puede entenderse que lo sea el aquietamiento a la sentencia o la falta de personación en el recurso de casación (STS 300/2014, de 1 de abril).

Una vez producida la renuncia, el Ministerio fiscal se limitará exclusivamente a la responsabilidad penal (Art. 108 in fine LECrim.), y, aunque no lo diga así la Ley, los jueces y tribunales penales harán igual, con exclusión de todo aquello que sólo pueda ser útil a la acción civil renunciada²³.

No obstante, la renuncia sólo alcanzará a aquellos perjudicados u ofendidos que la hubieren manifestado, pero no al resto, si los hubiera (art. 107 LECrim). Éstos, los demás perjudicados, son libres de proseguir en el proceso sosteniendo sus propias pretensiones civiles así como penales. Incluso, prevé la ley, podrán ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere.

La renuncia a la pretensión civil de resarcimiento no impide que el propio perjudicado pueda proseguir con el ejercicio de la acción penal (STS 316/2013, de 17 de abril), aunque resulte difícil imaginar el supuesto en la práctica, pero legalmente nada lo impide.

3) El caso de Colombia es distinto, pues las pretensiones penal y civil no se ejercitan conjuntamente. Si la víctima hubiera solicitado la incoación del incidente de reparación integral, se sucederán unas audiencias reguladas en los arts. 103 y 104 del CPP. La ausencia del actor a cualquiera de las audiencias producirá el efecto de desistimiento de la pretensión, con archivo de la solicitud y la condena en costas (art. 104. Parágrafo CPP).

Pero es necesario establecer alguna reflexión sobre esta norma y su posible eficacia jurídica. El incidente de reparación se articula por medio de dos sucesivas audiencias. La primera de ellas se produce como consecuencia de la mera solicitud de la víctima (o del fiscal o del Ministerio Público, a instancias de la víctima). La solicitud simplemente provoca que el juez fallador cite a las partes a una primera audiencia (art. 102, CPP). En el momento de la celebración de la primera audiencia aún no se ha interpuesto la pretensión, lo que

23 «Y también tiene dicho este Tribunal que la acción civil es renunciante, en cuyo caso no es procedente que el Ministerio Fiscal continúe sosteniendo esa pretensión, ni que el Tribunal acuerde indemnización alguna (STS 13/2009, de 20-1)» (Vid. STS 165/2018, de 9 de abril)

tendrá lugar en ese mismo acto y de modo oral. Tras lo cual, el juez se pronunciará admitiéndola o rechazándola: «Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer» (art. 103, CPP).

La segunda audiencia, en cambio, denominada de prueba y alegaciones, sí que cuenta ya con una pretensión debidamente interpuesta y admitida por el juez.

A pesar de esta clara diferencia entre ambas audiencias, la ley establece el desistimiento (renuncia, en la terminología española) como efecto de la ausencia injustificada del solicitante a cualquiera de ellas. Y, puesto que no se ha producido un desistimiento expreso, habrá de entenderse que estamos ante un desistimiento tácito. Pero esto no está exento de dificultades, de las que se van a tratar seguidamente.

Antes, conviene dejar señalado que el texto legal no se refiere al desistimiento expreso, el cual debería ajustarse a la norma general del art. 314 CGP, y que no presenta ninguna particularidad que requiera alguna mención. Probablemente será extraño que esto se produzca en la práctica, pero puede ocurrir cuando se haya producido una negociación extraprocesal y alcanzado un acuerdo, que las partes no desean presentar ante el juez como una conciliación, de modo que la vía para hacerlo aflorar en el incidente sería mediante un desistimiento del actor.

4) Como se ha señalado, la ausencia del solicitante a esta audiencia implicará el «desistimiento de la pretensión», según ordena la ley (Art. 104. Parágrafo, CGP.). Pero este efecto no es compatible con la regulación de la primera de las audiencias, ya que en este caso aún no se ha interpuesto la pretensión por el solicitante ni la misma ha sido admitida por el juez. Por ello, si no existe pretensión no se puede desistir de ella. Si acaso, debería hablarse de una renuncia de los derechos (art. 15 CCC), pero no es fácil de admitir que ésta pueda producirse de modo tácito.

Alejándonos de la literalidad de la norma, la interpretación que parece más correcta es la de entender que estamos ante un desisti-

miento de la pretensión sino de actos procesales, a que también se refiere la norma contenida en el art. 316 CGP. La única consecuencia jurídica que se señala en dicho precepto es el de la condena en las costas²⁴, ocasionadas por el trámite o acto procesal promovido y del que se desiste. Y deberíamos admitir además que el desistimiento en este caso se produce de modo tácito, aunque no encaje plenamente en la disposición que regula este tipo de desistimiento²⁵.

5) En cuanto a la ausencia de la víctima a la segunda audiencia, existe alguna diferencia respecto del caso antes expuesto. La situación procesal es totalmente diferente, porque en esta segunda ocasión la pretensión de la víctima ya consta presentada, pues debió hacerse oralmente en la primera audiencia y el juez debió admitirla. Aquí sí que cabe hablar con propiedad de desistimiento de la pretensión.

Sin embargo, no encaja plenamente en el modelo del CGP, por cuanto el art. 314 se refiere al desistimiento expreso y el efecto de éste sería el de producir los mismos efectos que la sentencia absolutoria. Tampoco se compadece con lo que se prevé para el desistimiento tácito²⁶.

6) Todas estas precedentes reflexiones tienen como finalidad la de resolver la duda sobre los efectos sobre el derecho a la reparación integral, que se pueden producir como consecuencia de la ausencia del incidentante a alguna de las audiencias.

Tras lo expuesto, podemos concluir que el desistimiento que se regula en el CPP es *sui generis*, no ajustado a las normas que se comprenden en el CGP, pues tiene sus propios requisitos y efectos.

24 Además de condena a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares, pero que no es relevante en este instante.

25 En efecto, aunque es posible proponer la interpretación de que nos encontramos ante un supuesto de desistimiento tácito (art. 317 CGP), también existen serios inconvenientes. Se podría entender que estamos ante un supuesto en el que el solicitante de un incidente debe cumplir una carga procesal para continuar el trámite de un incidente (art. 317.1 CGP). Pero esta opción cuenta con el inconveniente de que, a pesar del nombre utilizado por el Código de Procedimiento Penal, realmente no se trata de un incidente, sino de un auténtico proceso de naturaleza civil, tal como se ha argumentado anteriormente. Además, se requiere que se haya presentado la demanda, vehículo procesal de la pretensión, lo que de ninguna manera ha ocurrido. Por otro lado, aún en la hipótesis de que se aceptara esta interpretación, encontraríamos el inconveniente de que los efectos que la ley le anuda no son compatibles con la regulación de este trámite.

Del mismo modo, resulta poco pertinente la consideración de que se trata de un supuesto de inactividad procesal (art. 317.2 CGP), porque ésta requiere el transcurso de un año.

26 Los trámites del art. 316.1 CGP, como se ha señalado en la nota al pie anterior, no se corresponderían con los establecidos en el art. 104 CPP.

En concreto, pues es lo que aquí se está planteando, el efecto característico de este desistimiento es el archivo de la solicitud y la condena en costas, tal como se dispone en el Parágrafo del art. 104 CPC.

La duda, por consiguiente, es si la mención que en dicho Parágrafo se hace al «desistimiento de la pretensión» provoca también el efecto de una sentencia absolutoria o, en caso contrario, si podrá volver a presentar posteriormente la solicitud del incidente más tarde o, tercera posibilidad, si quedará expedita la vía de acudir a un proceso civil ante los tribunales de este orden.

Y para llegar a una interpretación satisfactoria, quizás fuera adecuado tener en cuenta la posición de la víctima y la conveniencia de que el ordenamiento despliegue a su favor un adecuado paraguas protector.

2.3. Eficacia recíproca de las resoluciones recaídas en los procesos civil y penal sobre los mismos daños

1) Con independencia de que el legislador haya dispuesto alguno de los dos sistemas, que venimos refiriendo, para la exacción de la RC *ex delicto* (proceso penal seguido de proceso civil o acumulación de la pretensión civil a la penal en el proceso penal), hay ciertas circunstancias que pueden producirse en la práctica, que constituyen un apartamiento de la previsión legal, sin que por ello se incurra en ilegalidad y sin que pueda apreciarse mala fe en las personas litigantes.

Son numerosas las situaciones que entrarían dentro de este capítulo, pero sólo se va a hacer referencia a algunas de ellas, quizás las más frecuentes. Una es el supuesto en el que **las partes pueden haber acudido a la vía civil antes** de que se haya iniciado la vía penal o la eficacia de la sentencia absolutoria respecto de los daños causados.

2) No es extraño que algunas responsabilidades civiles sean tuteladas antes por la vía civil que por la penal, ya porque el perjudicado estime inicialmente que no hay delito, ya porque opte por intentar antes la satisfacción en vía civil que penal. Y cuando esto ocurre, se pueden producir varias situaciones. Una de ellas ocurre

cuando, ejercitada la vía civil, no se produce la plena satisfacción de la pretensión civil y se promueve entonces un proceso penal.

Posiblemente este supuesto se le escapó en su previsión al legislador español decimonónico²⁷, que no imaginó que se pudiese interponer la pretensión civil antes de principiar el proceso penal. Sin embargo, ha entendido el Tribunal Supremo (STS 382/2010, de 28 de abril) que el perjudicado hace efectiva la facultad de opción que se establece en el art. 109.2º CP²⁸, en armonía con lo que previene el art. 111 LECR²⁹.

La incompatibilidad que se establece entre ambas vías procesales, civil y penal, es sólo para el ejercicio simultáneo de ambas, pero no hay obstáculo para su existencia sucesiva. Ahora bien, una vez que se acude al proceso civil y que en él se obtiene una resolución de condena conforme con las pretensiones, aunque la ejecución sea infructuosa, no puede luego interponerse la pretensión civil en el ulterior proceso penal, reclamando los mismos daños patrimoniales, porque eso sería una duplicación de la pretensión que ya está reconocida.

Es decir, podría la víctima de un delito interpretar que es más adecuado a sus intereses reclamar los daños padecidos a través del proceso civil, sin calificar los hechos como delito, alcanzando una sentencia de condena favorable a sus pretensiones. Pero puede también ocurrir -esto es lo que se ha plantado en la práctica- que cuando quiere ejecutar aquella sentencia encuentra dificultad para lograrlo en el patrimonio del deudor. Acto seguido, sea a su propia instancia sea como consecuencia de las actuaciones del Ministerio Fiscal, se incoa un proceso penal para juzgar aquellos hechos. Y esto ha sido tomado como una nueva oportunidad para lograr la satisfacción que no obtuvo en el vía civil.

Pues bien, en este caso no sólo nos encontraríamos ante un claro supuesto de cosa juzgada, sino que de consentirse esta duplicidad se provocaría la incongruencia de hacer posible la ejecución de dos sentencias (STS 1052/2005, de 20 de septiembre), una penal

27 No tiene excusa que las reformas penales y procesales penales de las últimas décadas (no se olvide que el Código Penal es de 1995 y que es continuamente reformado) no hayan contemplado este caso que no es extraño para los tribunales.

28 « El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil».

29 « Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente [...]».

y otra civil, sobre el mismo sujeto y por una misma indemnización, incurriendo en una «flagrante vulneración del principio “*non bis in idem*”, debiendo de desaparecer toda mención a las responsabilidades civiles “*ex delicto*” » (STS 382/2010, de 28 de abril).

Esta tesis del Tribunal Supremo merece alguna matización, como invitación a la reflexión. Cuando se acude por el perjudicado a la vía civil, antes de la incoación del proceso penal, se está ejercitando una acción de responsabilidad extracontractual de naturaleza civil, regida por las disposiciones del Código civil (Art. 1093 CC)³⁰. En cambio, si la misma pretensión se formula en el proceso penal, estaremos ante la responsabilidad civil *ex delicto*, que se regula por el Código penal (Art. 1092 CC)³¹. Por consiguiente, no es totalmente inocua la opción procesal (civil o penal) del perjudicado, sino que tiene relevancia también en cuanto a las normas materiales aplicables.

Por otra parte, se ha usado el argumento de la cosa juzgada para rechazar la interposición de una pretensión civil en el proceso penal, en un caso como el expuesto, puesto que ya ha recaído una sentencia, entendiéndolo más correcto que el principio de *non bis in idem*, que es propio del ámbito sancionador. Se ha sostenido que se trata de un supuesto claro de cosa juzgada material, en cuanto que «ha sido ya agotada la función jurisdiccional de declaración respecto de una determinada pretensión civil, sin perjuicio de que en una misma vía civil se plantee la pretensión de ejecución, teniendo como título inmediato la sentencia de condena», lo que ocurre incluso aunque no se haya acudido a la ejecución. Plantear la pretensión civil ya juzgada en un proceso penal constituye una duplicación de la misma, por lo que dentro de la vía penal, sólo cabe ya plantear la pretensión punitiva (STS 986/2010, de 27 de octubre).

Pues resta una última reflexión, a partir del dato que antes se ha anunciado. Cuando se ejercita la acción civil contra algún deudor es diferente de la que se exige en el proceso penal derivada de la comisión de un delito, «por lo que no existe la identidad para que entre en juego el principio de *non bis in idem*» (ATS de 11 de octubre de 2012).

30 «Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro».

31 «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal».

A mi juicio, nos encontramos en el ámbito de la cosa juzgada, que obliga a comparar no solo los sujetos sino también lo que se pide y, especialmente, los hechos en los que se funda la pretensión. Puede fundamentarse la reclamación en vía civil de una suma dineraria entre dos sujetos en virtud de un título de ejecución y posteriormente, en vía penal, repetirse los sujetos y la suma dineraria pero con base en los perjuicios padecidos por un delito de alzamiento de bienes que ha conducido a la inutilidad de la vía civil emprendida previamente. En este caso, la obtención de una previa sentencia civil favorable no excluye la pretensión civil en el ulterior proceso penal, porque esta segunda pretensión civil se fundamenta precisamente en la imposibilidad de hacer efectiva la sentencia favorable como consecuencia del delito padecido. El perjuicio que se reclama en el proceso penal será, inicialmente, la cuantía que no ha podido obtener en el proceso civil. La coincidencia de sujetos no puede conducir a identificar ambas pretensiones, porque los fundamentos respectivos son distintos.

Distinto sería el caso de una apropiación indebida padecida por un sujeto que optara por acudir en primer término al proceso civil y, obtenida la sentencia favorable, ante la imposibilidad de la ejecución sobre el patrimonio del deudor, promueve la vía penal. En este segundo cauce no resulta admisible una pretensión civil reclamando el producto de la aprehensión, porque ello ya ha sido juzgado. La identidad de sujetos y de objeto es palmaria, porque se trata de los mismos hechos. Lo que varía es la calificación jurídica de los mismos, pues ahora el perjudicado estima que se trata de un ilícito penal, pero antes consideró que era un ilícito civil. Los hechos ya han sido juzgados y, además, con resultado favorable para su pretensión³². Distinto será que no pueda obtener la satisfacción efectiva por imposibilidad en la ejecución, pero lograr eso no es función del proceso penal.

Aunque las consideraciones anteriores se han referido al ordenamiento y jurisprudencia españolas, los ejemplos expuestos muestran que situaciones similares pueden producirse en la práctica jurídica colombiana, porque en ocasiones unos hechos tienen apariencia de no constituir un ilícito penal, de manera que pueden ser perseguidos sólo en vía civil, sin perjuicio de que más adelante se aprecie que

32 Puede verse la STS 301/2019, de 7 de junio, relativa a unas reclamaciones realizadas en un concurso de acreedores y que luego se reiteran en el proceso penal, entendiéndose en éste que al haberse obtenido ya la

se ha incurrido en un delito y que resulta oportuno abrir el proceso penal correspondiente.

3) Situaciones diferentes son las del caso de sobreseimiento en la vía penal y la extinción de la acción penal. Aunque son similares, veremos que no son las mismas y que en ambos casos hay notables repercusiones para la responsabilidad civil.

En cuanto a lo primero, dispone la Ley que en caso de que el Juez ordene el sobreseimiento -en el procedimiento abreviado-, si aquél se produjera por causa de exención de responsabilidad penal del sujeto, ordenará que se devuelvan las actuaciones a las acusaciones para calificación, y el juicio proseguirá hasta que recaiga sentencia, a los efectos de imposición al acusado de las medidas de seguridad adecuada y del enjuiciamiento de la responsabilidad civil (art. 782.1, LECrim). Recuérdese que la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, salvo que la extinción se deba a que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer y así se declare por sentencia firme, porque si la causa de la extinción es otra, la acción civil se podrá ejercitar ante la jurisdicción civil. (art. 111, LECrim).

No todas las causas de exención provocarán esta prosecución del procedimiento sino exclusivamente las que seguidamente se enumeran (art. 20, CPE) ³³:

1.º Anomalía o alteración psíquica al tiempo de cometer la infracción penal de tal índole que el sujeto que cometió la infracción penal no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión

2.º Estado de intoxicación plena del sujeto infractor debido al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o estado de síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión

sentencia favorable en el juzgado de lo mercantil, no es posible hacer la reclamación en este segundo proceso («no era posible un nuevo ejercicio de la acción civil en la causa penal»).

33 La única causa que queda excluida por el art. 782 citado es la que se contiene en el apartado 7º del art. 20 CP: «El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo».

3.º Alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4.º Actuación en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos señalados en la ley (art. 20.4º CPE)³⁴.

5.º Estado de necesidad del sujeto por el que, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos (art. 20.5º CPE)³⁵.

6.º Miedo insuperable en el sujeto.

Así pues, si el proceso penal concluye sin condena del acusado por alguna de estas causas, la víctima tendrá la opción de acudir al proceso civil o proseguir con el proceso penal en el que se pronunciará una sentencia exclusivamente civil, sobre los daños y perjuicios ocasionados a la víctima. Se trata, sin duda, de una medida dirigida a proteger a la víctima y también para el aprovechamiento de las actuaciones procesales, en un claro acatamiento del principio de economía procesal.

En este sentido, el incidente de reparación integral del Derecho colombiano, podría tener su fundamento también en una sentencia absolutoria, cuando la misma tuviera su fundamento en causas similares a las que se han señalado en el ordenamiento español.

4) Por último, pues estudiar otros muchos supuestos constituiría un abuso de las condiciones de edición de esta obra, debe hacerse mención a la extinción de la pretensión penal y su repercusión sobre la responsabilidad civil. Reza la Ley española que «[1]a extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer» (art. 16.I, LECrim). De aquí cabe deducir dos primeras posibilidades:

34 «Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor».

35 «Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

1. Que no existieron los hechos y, por consiguiente, los eventuales perjuicios civiles -si realmente existieron- no derivan de aquellos hechos.

2. Que existieron unos hechos que ocasionaron los perjuicios, pero no son constitutivos de delito. En este supuesto el perjudicado podrá seguir con su pretensión de reparación, pero ya no fundada en un ilícito penal, sino civil. Esto abre dos posibilidades y las dos tienen cabida en nuestro ordenamiento:

3. La pretensión civil se interpondrá a través de un proceso civil que se deberá incoar *ex novo* (art. 16.II, LECrim)³⁶

d. La pretensión civil, que ya se encuentra formulada en el proceso penal, proseguirá su sustanciación en este proceso, que sólo seguirá para este fin. Esta posibilidad tiene carácter excepcional.

Los tribunales refieren también un supuesto que no es exactamente la inexistencia de delito, sino que el acusado resulta absuelto pero el delito existe y respecto de él hay otros acusados, los cuales continúan sujetos al proceso penal. Si el sujeto, aunque absuelto del delito, se estima que se benefició del mismo y que ha participado en sus efectos económicos, es tenido por partícipe a título lucrativo, siendo por ello responsable civil del mismo (ATS 262/2017, de 17 de enero. art. 122 CPE). En este supuesto, el proceso penal prosigue con los otros acusados, sin que exista dificultad alguna para que la acción civil se mantenga acumulada a la penal y se resuelvan conjuntamente en la sentencia. Lo único que varía en este caso es la posición procesal del sujeto que, de ser acusado pasa a responsable civil.

El Tribunal Supremo, al considerar que la pretensión civil se acumula como eventual de la acción penal, en el proceso de esta índole, determina que su pervivencia está sujeta a la existencia de la responsabilidad penal (STS 430/2008, de 25 de junio; 172/2005, de 14 de febrero). Por esa razón, si concurre una causa extintiva de la

36 «En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido».

responsabilidad criminal (STS 430/2008, de 25 de junio; 172/2005, de 14 de febrero), una exención de responsabilidad penal (ATS 9781/2014, de 13 de noviembre), inexistencia de punibilidad por la concurrencia de una excusa absolutoria (STS 1061/2005, de 30 de septiembre; 1288/2005 de 28 de octubre; 467/2018, de 15 de octubre), etc., en suma, cuando se produce la absolución de la acción penal, no será posible un pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil que hubiera derivado del delito, por lo que no podrá proseguir el proceso penal con la única finalidad de establecer dicha responsabilidad civil, debiendo acudir a la jurisdicción civil para obtener el resarcimiento que fuera procedente, salvo en los casos en los que la ley expresamente así lo autorice. La obligación del tribunal de pronunciarse sobre las acciones civiles, dimanantes del delito, sólo existe cuando se acredita el hecho originador de dichas responsabilidades y que este es un delito (STS 1288/2005 de 28 de octubre).

Pero, el propio Tribunal Supremo reconoce que en algunos supuestos es necesario que el proceso penal llegue hasta la práctica de la prueba en el juicio oral, porque sólo de esa forma se puede concluir terminantemente si concurren o no los presupuestos fácticos de la excusa absolutoria. Esto puede suponer que se desarrolle la prueba acreditativa de la existencia del delito, de su autoría y también de la propia responsabilidad civil. Por eso, «en estos casos sí puede determinarse la responsabilidad civil para no repetir un proceso de las mismas características» (STS 618/2010 de 23 de junio)³⁷.

Conclusiones

Los Derechos español y colombiano siguen dos modelos distintos para la satisfacción del derecho a la reparación del daño derivada del delito. El Derecho español opta por la acumulación de la pretensión civil de reparación a la acusación penal, dentro del proceso penal. El Derecho colombiano establece un proceso civil (el *incidente de reparación integral*) tras la sentencia de condena penal.

37 En esta resolución se concluye que «[e]n el caso de autos, no se discute el parentesco, ya que el denunciante se reconoce como hermano de uno de los acusados. Por tanto, la determinación de la responsabilidad civil, debe realizarse en la jurisdicción civil, practicando la prueba pertinente para concretar la cuantía de la que dispuso el acusado y que puede ser objeto de demanda por el recurrente».

Pero en ninguno de estos dos modelos se contiene una previsión normativa suficiente que coordine adecuadamente los efectos que recíprocamente pueden producir los procesos civil y penal que se abran sobre unos mismos hechos. La práctica forense nos muestra situaciones posibles en las que los hechos pueden ser juzgados antes en la vía civil que en la penal.

Por último, es necesaria una previsión normativa más completa para la eventualidad de que el proceso penal concluya sin una condena penal, para que los daños producidos por los hechos juzgados puedan ser llevados a la vía procesal civil lo más rápida y eficazmente que sea posible, evitando dilaciones y duplicidades, particularmente en orden a la prueba.

REFERENCIAS

Cortés Domínguez, Valentín. (2008). Derecho procesal penal. Valencia: Tirant lo Blanch

Referencias Jurídicas

Congreso de la República de Colombia. (1 de septiembre de 2004) Artículo [Título I]. Código de procedimiento penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658.

—(12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489. Recuperado de: [http:// www.secretariassenado.gov.co/senado/base-doc/ley_1564_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/base-doc/ley_1564_2012.html)CCC

Constitución Española. [Const.] (29 de noviembre de 1978). BOE: 311 de 29/12/1978

Constitución Política de la República de Colombia. [Const.]. (1991). Gaceta Oficial de la República de Colombia No. 116 de julio 20 de 1991.

Corte Constitucional de[Colombia]. (2011) Sentencia C-520 de 2011.

— (1992) T-006 de 1992

Ministerio de Gracia y Justicia. (24 de julio de 1889). [Real Decreto de 24 de julio de 1889]. Por el que se publica el Código Civil. BOE-A-1889-4763

Ministerio de Gracia y Justicia. (14 de septiembre de 1992). Por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [Real Decreto de 14 de septiembre de 1882]. BOE-A-1882-6036

Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 Noviembre 1969, Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/docid/57f67ff14.html>

ONU. (de 18 de diciembre de 2000) Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), DOCE C.

—Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171, Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html> [Accesado el 26 Octubre 2020]

Tribunal Supremo español. (14 de febrero de 2005). Sentencia 172/2005.

— (2012). Auto de 11 de octubre de 2012

— (2014). Auto 9781/2014, de 13 de noviembre

— (2017). Auto 679/2017, de 20 de abril

— (2018). 564/2018, de 22 de marzo

Tribunal Supremo español (2017) Auto 262/2017 de 17 de enero. Art. 122, CPE

— (15 de noviembre de 2000). Sentencia 99/2014

— (2002). Sentencia 119/2002

- (26 de octubre de 2002). Sentencia 1337/2002
- (20 de septiembre de 2005). Sentencia 1052/2005
- (30 de septiembre de 2005). Sentencia 1061/2005
- (28 de octubre de 2005). Sentencia 1288/2005
- (2006). Sentencia 936/2006
- (13 de junio de 2008). Sentencia 353/2008
- (25 de junio de 2008). Sentencia 430/2008.
- (2010). Sentencia 362/2010
- (2010). Sentencia 271/2010
- (28 de abril de 2010). Sentencia 382/2010
- (27 de octubre de 2010). Sentencia 986/2010
- (15 de mayo de 2012). Sentencia 365/2012
- (17 de abril de 2013). Sentencia 316/2013
- (5 de febrero de 2014). Sentencia 99/2014
- (1 de abril de 2014). Sentencia 300/2014
- (9 de abril de 2018). Sentencia 165/2018
- (31 de mayo de 2018). Sentencia 263/2018
- (15 de octubre de 2018). Sentencia 467/2018
- (2019). Sentencia 301/2019

La justicia digital: ¿amenaza o herramienta del principio de inmediación del juez contemporáneo?

Edgar Gustavo Miranda Ruiz

Edgarg-mirandar@unilibre.edu.co. Especialista en Derecho

Administrativo, Maestrante en Derecho Procesal.

Resumen: La intempestiva aparición del COVID-19 o SARS-CoV-2 ha ocasionado grandes impactos en distintos sectores a nivel mundial; la administración de justicia no ha sido la excepción, pues ante esta contingencia de salud pública la dinámica de la justicia digital llama a reflexionar sobre uno de los elementos clave del proceso: la inmediación. Desde esta perspectiva el presente documento desarrolla en un primer apartado el principio de la inmediación judicial, como se ha concebido por la doctrina, su desarrollo normativo en Colombia y en otros países, así como algunas decisiones que al respecto han proferido las altas Cortes en Colombia. En el segundo apartado se analiza la implementación de la justicia digital y las implicaciones derivadas de su implementación en la época de pandemia. Finalmente, a manera de cierre, se presentan unas conclusiones que buscan condensar los hallazgos y el punto de vista sobre la temática abordada.

1. Elementos descriptivos sobre el principio de la inmediación judicial

El principio de inmediación constituye una garantía para las partes pues reviste de suma importancia el contacto directo del juez con el desarrollo de una actuación procesal. Algunos autores como Fernando Quiceno destacan la incidencia de este principio de la siguiente manera «[...] es un principio general del proceso, acrecienta su importancia cuando se trata de la prueba, pues permite al juez una mejor apreciación de ellas, particularmente cuando se trata de testimonios, reconocimientos judiciales, indicios, interrogatorio a las partes y a los peritos[...]]» (Quiceno Álvarez, F., 2000, p.94); este ejercicio participativo del juez como director del proceso no termina allí, por el contrario «también implica que el magistrado no debe hacer el papel de mero receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las propuestas por los litigantes. Sólo así puede decirse que el juez es el director del debate probatorio[...]]»(p.94).

En estos términos, resulta oportuno señalar que la inmediación en el campo probatorio ha tenido un amplio desarrollo a partir de exponentes que brindan un sin número de herramientas jurídicas para atender el desafío de la valoración de la prueba judicial. Así pues, para el doctor Devis Echandía, este principio resulta relevante por cuanto para «[...] la eficacia de la prueba, el cumplimiento de sus formalidades, la lealtad e igualdad en el debate y su contradicción efectiva, es indispensable que el juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad e interviniendo luego de su práctica[...]]»(Echandía, D., p. 120). También resulta acertado establecer que «este principio contribuye a la autenticidad, la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba. De lo contrario, el debate probatorio se convertiría en una lucha privada, y la prueba dejaría de tener un carácter de acto procesal de interés público[...]]» (Echandía, D., p. 120). En este mismo sentido, el tratadista Fernando Quiceno Echandía resalta la importancia del papel protagónico del juez al señalar que:

El juez no debe permanecer inactivo, ni hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las pedidas por las partes (preguntas propias a testigos,

a peritos y a las mismas partes; ampliación de las inspecciones judiciales; adición de copias de documentos, etc.) y para ordenar oficiosamente otras. Sólo así puede decirse que el juez es el director del debate probatorio. Es el complemento indispensable de la inmediación [...] (Echandía, D., p. 120)

Por su parte, la doctrina penal también ha establecido que «[...] el principio de inmediación se vincula con la percepción que el juez tiene con los elementos de conocimiento y los intervinientes en el acto público del juicio oral, el funcionario que va proferir el fallo de primera instancia, debe ser aquel que directamente practica las pruebas y ante quien se presentaron los alegatos de conclusión...» (Saray Botero, N., 2017, p. 776); aunado a ello, ha señalado que este fundamento «... está relacionado con el principio de concentración, en cuanto que aquel sea efectivo, es indispensable que el debate sea concentrado y que no prolongue más de lo necesario, lo racional, para que la memoria no se pierda...»(p. 776). Resulta ineludible entonces el contacto directo del juez con la actuación, la prueba, su producción como principio rector del proceso, además, este ejercicio participativo del funcionario judicial en que se traduce la inmediación debe ser activo y empleando todos los medios normativamente consagrados para ello.

En Colombia, el Código General del Proceso consagra esta garantía procesal de la siguiente manera «el juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan...» (Código General del proceso (CGP), No. 48489, art.6). Por su parte, la normatividad Procesal Penal establece este mismo principio así:

[...] 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 ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse 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 Jue de control de garantías[...]. (CGP, No. 48489, art.6)

Seguidamente, la especialidad procesal del trabajo y de la seguridad social consagró dicho precepto al señalar que «[...] presencia del juez en la práctica de las pruebas. El juez practicara personalmente todas las pruebas. Cuando le fuere imposible hacerlo por

razón del lugar, comisionara a otro juez para que las practique[...]». (Presidencia de la República. Código procesal, del trabajo y la seguridad social, art. 52)

Por su parte, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo introdujo este principio a su acción procesal de la siguiente forma «[...] en la fecha y hora señaladas para el efecto y con la dirección del juez o magistrado ponente, se recaudarán todas las pruebas oportunamente solicitadas y decretadas[...]» (Congreso de la República. Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), No47956, art. 181); en igual sentido este código consagró que «[...] en cualquiera de las instancias el juez o magistrado ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes[...]». (CPACA, No47956, art. 213)

En el ámbito internacional países como Argentina y Chile también incluyen este precepto en sus respectivas normatividades. En el caso de Argentina, se tiene que esta nación consagró dicho principio procesal para los procedimientos de flagrancia cuando se verificasen las circunstancias del artículo 285 del Código Nacional en los siguientes términos «Las decisiones jurisdiccionales a las que se refiere el presente título se adoptarán en forma oral en audiencia pública y contradictoria, respetándose los principios de intermediación, bilateralidad, continuidad y concentración[...]» (Congreso de la Nación (Argentina). Código Procesal penal, art. 353); así mismo, la normatividad penal de esa Nación dispuso este precepto para «hechos dolosos en los que se verificasen las circunstancias del artículo 184» (Congreso de la Nación (Argentina). Código Procesal penal, art. 292).

Ahora bien, esta misma normatividad consagra como medio de prueba la inspección judicial, en donde el funcionario judicial participa de manera activa pues «[...] comprobará, mediante la inspección de personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiere dejado; los describirá detalladamente y, cuando fuere posible, recogerá o conservará los elementos probatorios útiles[...]» (Congreso de la Nación (Argentina). Código Procesal penal, art. 216). Finalmente, el Código Procesal Civil y Comercial de

esa nación, adoptó este precepto al indicar «el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia» (Congreso de la Nación (Argentina). Código Procesal Civil y Comercial, art. 360).

Por su parte, la normatividad procesal de Chile consagra una expresión de la inmediación procesal cuando indica que:

[...] los testigos serán interrogados personalmente por el juez, y si el tribunal es colegiado, por uno de sus ministros a presencia de las partes y de sus abogados, si concurren al acto. Las preguntas versarán sobre los datos necesarios para establecer si existen causas que inhabiliten al testigo para declarar y sobre los puntos de prueba que se hayan fijado. Podrá también el tribunal exigir que los testigos rectifiquen, esclarezcan o precisen las aseveraciones hechas... (Congreso Nacional (Chile). Código de Procedimiento Civil, art. 365).

Además, la especialidad penal en su codificación también adoptó este principio y señaló «...el juez hará concurrir a su presencia y examinará por sí mismo a los testigos indicados en la denuncia, querrella o auto cabeza de proceso, o en cualesquiera otras declaraciones o diligencias y a todos los demás que supieren hechos o circunstancias, o poseyeren datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente[...]»(Congreso Nacional (Chile). Código de Procesal Penal, art. 193).

Nótese como este precepto además de comportar un carácter relevante para el ejercicio procesal en Colombia, también refleja su universalidad en la aplicación en otros ordenamientos jurídicos en donde incluso faculta al juez para ingresar en la esfera personal del ser humano y tener un contacto directo a partir de la inspección judicial a personas, sirviendo dicho medio de prueba como elemento cognoscitivo para la formación de la verdad procesal.

En congruencia, la jurisprudencia colombiana no le ha perdido el rastro a la introducción de este principio como fundamento del ejercicio jurisdiccional de administrar justicia. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha señalado en distintos pronunciamientos la relevancia de este precepto al indicar:

[...] 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 con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia, de principio a fin.

Se considera que mediante la aplicación de dicho principio es más posible descubrir la verdad de los hechos y proferir una decisión justa, es decir, alcanzar el ideal del derecho. Su mayor expresión tiene lugar en los procesos orales[...] (Corte Constitucional Sentencia C83, 2002)

El Alto Tribunal es determinante en la gran cantidad de garantías introducidas al proceso judicial penal, por ende, resulta oportuno señalar su postura sobre el principio de inmediación en el sistema penal acusatorio:

[...] en efecto, las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral.

En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales[...] (Corte Constitucional Sentencia C591, 2005)

La relevancia procesal de este principio también ha sido objeto de pronunciamientos en sede de tutela, destacando la exclusividad del juez natural de la causa en su aplicación de la siguiente manera:

[...] En segundo lugar, cuando se trata de pruebas testimoniales, el campo de acción del juez de tutela es aún más restringido, pues el principio de inmediación indica que quien está en mejor posición para determinar el alcance de este medio probatorio, es el juez natural. Al respecto, ha señalado la Corte que: «[e]n estas situaciones no cabe sino afirmar que la persona más indicada, por regla general, para apreciar tanto a los testigos como a sus aseveraciones es el juez del proceso, pues él es el único que puede observar el comportamiento de los declarantes, sus relaciones entre sí o con las partes del proceso, la forma en que responde al cuestionario judicial, etc[...] (Corte Constitucional Sentencia T-302, 2008)

Otro de los Órganos de cierre en materia procesal es la Corte Suprema de Justicia, la cual también ha emitido pronunciamientos respecto de la injerencia del principio de inmediación en las actuaciones procesales. Sobre el particular, en materia penal señaló lo siguiente:

[...] Al ampliar los componentes de la valoración probatoria, el art. 380 ídem fue más allá de la apreciación en conjunto de las pruebas y el escrutinio de éstas a la luz de las reglas de la sana crítica. La remisión a criterios para cada uno de los medios de prueba desarrolla, en algunos aspectos, el principio de inmediación inherente al esquema procesal penal regulado por la Ley 906 de 2004.

La inamovilidad del juez resulta determinante para ciertos aspectos de la valoración que, al margen del contenido objetivo de la prueba, únicamente tienen sentido si, de la observación de sucesos que tienen lugar en la audiencia de juicio oral, pueden extraerse conclusiones probatorias. Mientras que al tenor de una prueba testimonial o a la evidencia documental se puede acceder en cualquier momento, consultando los registros u observando el documento, respectivamente, determinados acontecimientos sólo podrán tener impacto en el funcionario judicial si son percibidos en vivo por éste.

Esa lógica es la que sustenta, entre otros criterios relevantes de apreciación, el comportamiento de los testigos o peritos durante la audiencia y los interrogatorios, así como la forma de sus respuestas y personalidad (arts. 404 y 420 C.P.P.). Pues tales aspectos difícilmente puedan consultarse en registros, que limitadamente pueden re-producir el contenido literal de las pruebas, pero que son incapaces de re-crear en su totalidad lo acontecido en la práctica probatoria[...] (Corte Suprema de justicia. Auto AP4480 de 2019)

Finalmente, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha indicado que la inmediación es

Uno de los principios fundamentales del derecho probatorio, es el de la inmediación, en virtud del cual se persigue que el juzgador, por el contacto directo y personal al practicar las pruebas, pueda aprehenderlas y apreciarlas con mayores elementos de juicio y mejores garantías de acierto, razones estas por las cuales, sólo de manera excepcional ha de acudir a la práctica de las mismas mediante comisión a otros despachos judiciales. (Corte Suprema de Justicia. Auto de 14 de febrero de 1996)

En tal virtud, queda claro que el principio de la inmediación no solo resulta relevante para la actuación judicial, también es un baluarte para la valoración probatoria ejercida por el juez, siendo este parte activa dentro de ese dinamismo probatorio con el solo propósito de llegar a la verdad procesal. El contacto directo, la per-

cepción y el análisis de cada elemento de prueba constituyen un desarrollo cognoscitivo para el funcionario judicial, quien a partir de ello podrá establecer la autenticidad, confiabilidad y veracidad de la información suministrada por el medio de prueba, formando así un conocimiento sobre los hechos objeto de litigio.

Dicho precepto, tal y como lo expone la doctora Diana Ramírez, lleva a establecer que «el juez es considerado un sujeto de especial muy importante dado que sus razonamientos, generan un peso específico en el proceso en favor del valor justicia. El juez está llamado a establecer la verdad, la justicia, la protección de las garantías» (Ramírez Carvajal, D., 2019), es decir, su actividad probatoria debe estar orientada a mantener un contacto directo con la prueba a fin de llegar a la tan anhelada tutela judicial efectiva.

2. Impacto de la era tecnológica en el principio de inmediación en Colombia en el proceso judicial

Desde hace algún tiempo la administración de justicia ha propiciado la reinvención de su ejercicio jurisdiccional, en donde además de reformas legales y normativas, también se encuentran contemplada la implementación de plataformas inteligentes en el sistema de judicial y la aplicación de las tecnologías de la información a las actuaciones ya adelantadas. En Colombia, la Ley 270 de 1996, también conocida como la Ley de la administración de justicia, propuso que «el Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información» (Congreso de la República. Ley estatutaria de administración de justicia, art. 95) convirtiéndose en el primer avistamiento de una justicia digital, basada en medios tecnológicos como herramientas para el cumplimiento del deber de los funcionarios judiciales.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 1564 de 2012 que expidió el Código General del Proceso, se introdujo a la actuación procesal de forma imperativa la regla general de procedimiento

consistente en la utilización de las TIC, al consagrar «en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura» (Congreso de la república. Ley 1564, art. 103), lo que sin duda sería el inicio del plan de justicia digital.

Algunas reflexiones se han propuesto sobre el sentido de estas reformas procesales, una de las más destacadas es la aportada por el doctor Nicolás Parejo, quien como miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal señaló que se «debe procurar como uno de sus aspectos fundamentales, que los procedimientos que allí se regulan superen la prueba de la obsolescencia y cuenten con una maleabilidad que les permita adaptarse a los avances en las tecnologías y en comunicaciones que vendrán con el paso del tiempo» (Pájaro Moreno, N., 2014, p. 245, así pues, la introducción procesal de la modificación a la actuación constituye el desafío de preservarla en el tiempo bajo el criterio de utilidad para el proceso.

De otro lado, la Rama Judicial de Colombia a través del «Plan Sectorial De Desarrollo Rama Judicial 2019 – 2022 «Justicia Moderna Con Transparencia Y Equidad» (Consejo Superior de la Judicatura. Plan Sectorial de Desarrollo Rama Judicial, 2019) estableció las estrategias y proyectos para consolidar el pilar estratégico de modernización tecnológica y transformación digital, entre la cuales señaló:

1. Adaptar del marco de política institucional en materia TIC y de justicia digital.
2. Adquirir e instalar la Plataforma Tecnológica de cómputo y comunicaciones con base en el inventario de tecnología.
3. Mantener la continuidad y sostenibilidad del negocio.
4. Implementar y/o modificar Sistemas de Información para facilitar las labores de Administración de justicia.
5. Conservar los sistemas de información de la Rama Judicial actualizados.

6. Mantener el licenciamiento de las soluciones tecnológicas de la Rama Judicial.

7. Modernizar y/o Incorporar los componentes de comunicación de datos. (p. 2)

Ahora bien, teniendo en cuenta la actual contingencia de salud pública la Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoce el impacto que ésta ha tenido en el ámbito de la justicia precisando que «el avance que ha tenido esta implementación para la administración de justicia se ha visto truncado por muchas circunstancias, entre las cuales se resalta la reciente aparición del virus COVID-19 (también llamado SARS-CoV-2)» (Organización Mundial de la Salud (OMS). 2020), pues este letal virus ha ocasionado que el mundo detenga sus actividades normales y cotidianas para hacerle frente a sus efectos mortales.

Es así como en Colombia, el Gobierno Nacional para hacer frente a dicha situación declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional (Presidencia de la República. Decreto legislativo 637) y la emergencia sanitaria a causa del coronavirus COVID-19 (Ministerio de Salud. Resolución 385, 12 de marzo de 2020). Así mismo, con la expedición del Decreto Legislativo 491 de 2020 se estableció que «para evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones» (Presidencia de la República. Decreto Legislativo 493 del 28 de marzo de 2020), dando prelación al conocido «teletrabajo».

Atendiendo este nuevo escenario, el Consejo Superior de Judicatura dispuso la continuidad en «el apoyo técnico, funcional y material necesario para que los servidores judiciales y administrativos puedan adelantar sus labores con apoyo de herramientas y medios tecnológicos, de preferencia institucionales» (Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de

2020) señalando además, para el ejercicio jurisdiccional de administrar justicia que «Los jueces utilizarán preferencialmente los medios tecnológicos para todas las actuaciones, comunicaciones, notificaciones, audiencias y diligencias, y permitirán a las partes, abogados, terceros e intervinientes actuar en los procesos mediante los medios tecnológicos disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades físicas innecesarias» (Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020).

Lo anterior, apresuró la introducción del funcionario judicial a la era digital, su criterio, sus habilidades, su conocimiento y sobretodo su rol como director del proceso se vio sometido a un cambio intempestivo del dinamismo que trasciende el normal desarrollo de un proceso. Con todo esto, se debe tener en cuenta que la percepción en términos psicológicos y bajo la óptica de la *pregnancia* corresponde a «categorizar o, dicho de otra forma, agrupar los datos del entorno con base en cualidades. La *pregnancia* describe la tendencia mental a la organización de los eventos externos dentro de ciertos parámetros encargados de garantizar la calidad de las representaciones psíquicas» (Oviedo, G., 2004), sin duda alguna, este elemento de la psicología humana se encuentra presente en la actividad probatoria del juez.

Entonces, dicho precepto, es modificado dada la aplicación del mecanismo tecnológico sin unas reglas previas para su utilización y por ende la inmediación del juez se desarrolla de forma diferente. Así las cosas, las reglas de valoración probatoria no pueden apostarle al mismo fin cuando el funcionario judicial se encuentra en su rol algo limitado, por ejemplo, para percibir el comportamiento de un testigo, las aseveraciones corporales expresadas en su testimonio, la actitud cuando sea objeto de interrogatorio entre otras situaciones propias del desarrollo de juicio adversarial, son aspectos que deben abordarse en una revolución probatoria tecnológica.

No obstante, algunos sectores que ejercen la abogacía han señalado que, a raíz de «la crisis generada por el covid-19, la justicia se ha visto forzada a utilizar con mayor agresividad las TIC, en especial, para el desarrollo de las audiencias. Todo esto ha provocado que algunos piensen que la inmediación está desapareciendo. No lo creo. En

realidad, se sigue cumpliendo en las audiencias virtuales, pero con un matiz distinto» (parra Cuadros, J., 2020). Toda vez que el derecho actual exige la introducción de reglas de valoración tecnológica que modifiquen u ofrezcan un paradigma alternativo de análisis probatorio, en donde no solo sean las expresiones corporales o la técnica de incorporación de un documento al juicio oral las órbitas determinantes para que el criterio del fallador medie en la actuación procesal.

Conclusiones

La intermediación se mantiene con el paso del tiempo en Colombia y otros países, como el principio procesal que funge como puente entre las facultades jurisdiccionales del Estado representadas en el juez y los hechos objeto de litigio. Esta precisión ratifica la importancia del rol de administrador de justicia en los términos y condiciones que la normatividad estipule, pero no escapa de situaciones externas que influyeran la manera como se ejerce dicha labor.

El fin de la tregua para la implementación de la justicia digital llegó con la aparición del virus COVID-19 (también llamado SARS-CoV-2). Con él se hicieron plenamente evidentes las falencias que posee la Administración Nacional y la Judicatura para implementar el plan de justicia digital proyectado; demostrando que existen condicionamientos de orden estructural y de habilidades que deben ser atendidos prioritariamente.

La utilización medios tecnológicos en el desarrollo de las actuaciones como una constante influye de manera significativa en los ejercicios de valoraciones probatoria que realizan los funcionarios. Por tanto, el sistema jurídico procesal requiere una implementación de reglas tecnológicas de valoración probatoria, que garanticen la presencia del principio de intermediación en otros paradigmas procesales como el virtual que se presenta en la actualidad.

REFERENCIAS

- Devis Echandía, Hernando. (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo primero. Bogotá: Temis.
- Organización Mundial De La Salud-OMS. [sitio web]. Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). Recuperado de: https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=EAlaIqObChMIoZykh6So6wIVAJiGCh3tMQQ-BEAYASAAEgI2mPD_BwE
- Oviedo, Gilberto Leonardo. (Agosto de 2004). La definición del concepto de percepción en psicología con base en la teoría de la Gestalt. En: *Revista de Estudios Sociales*, No. 18, 89-96. Recuperado de: <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/res18.2004.08>
- Pájaro Moreno, Nicolás. (2014) *Actuación procesal y auxiliares de la justicia*. En I. C. *Procesal, Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012*. Comentado. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Parra Cuadros, Jairo Alejandro. (2020). Justicia digital: ¿crisis de la intermediación? En: *Revista digital, Asuntos Legales*. Recuperado de: <https://www.asuntos-legales.com.co/analisis/jairo-alejandro-parra-cuadros-2761190/justicia-digital-crisis-de-la-inmediacion-3019040>
- Quiceno Álvarez, Fernando. (2000). *Valoración judicial de las pruebas*. 1ª edición. Bogotá: Jurídica de Colombia.
- Ramírez Carvajal, Diana María. (2019). *La prueba en el proceso es verbo no sustantivo: Reflexiones a partir de las enseñanzas de Hernando Devis*. [en línea]. Recuperado de: Instituto Colombiano de Derecho procesal.
- Saray Botero, Nelson. (2017). *Procedimiento Penal Acusatorio*. 2ª edición. Bogotá: Leyer Editores.

REFERENCIAS JURÍDICAS

- Congreso de La Nación [Argentina]. (01, diciembre, 2016). Ley 27277. Código Procesal Penal. [en línea]. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/268408/norma.htm>
- (01, diciembre, 2016). Ley 27272. Código Procesal Civil y Comercial. Artículo 2016. [en línea]. Recuperado de: <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civilargentina.pdf>
- Congreso De La República de Colombia. (12, julio, 2012). Ley 1564. Código General del Proceso. Diario Oficial. Bogotá, 2012. No. 48489.
- Ley 906. (31, agosto, 2004). Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, 2004. No. 45.657.
- Ley 1437. (18, enero, 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

- Ley 270. (15, marzo, 1996). Ley estatutaria de administración de justicia.
- Congreso Nacional [Chile]. Ley 1552 (30, agosto, 1905 – Modificada por la Ley 20217 de 2007). Por la cual se aprueba el Código de Procedimiento Civil. Artículo 365. [en línea]. Recuperado de: <https://iberred.org/legislacion-codigo-procesal-civil>
- Ley 19696 (29, septiembre, 2000 – Modificada por la Ley 19815 de 2002). Por la cual se aprueba el Código de Procesal Penal. Artículo 193. [en línea]. Recuperado de: URL <https://iberred.org/legislacion-codigo-procesal-penal>
- Consejo Superior De La Judicatura [Colombia]. (2019). Plan Sectorial De Desarrollo Rama Judicial 2019 – 2022 “Justicia Moderna Con Transparencia Y Equidad”. [en línea]. Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/26035296/Plan+Sectorial+de+Desarrollo+2019-2022.pdf/1744e358-886d-44ed-96b2-3c319b5ffa99>
- (22, marzo, 2020). Acuerdo PCSJA20-11526. [en línea]. Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/medidas-covid19/acuerdos>
- Acuerdo PCSJA20-11532. (11, abril, 2020). [en línea]. Recuperado de: http://actoadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%07e%02fApp_Data%02fUpload%02fPCSJA20-11532.pdf
- Corte Constitucional [Colombia]. (8, octubre, 2002). Sentencia C-830. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- (9 de junio de 2005). Sentencia C-591. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- (3 de abril de 2008). Sentencia T-302. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Suprema De Justicia [Colombia]. Sala de Casación Civil. (2019). Auto AP4480-2019 Radicación N° 54944 M.P. Eyder Patiño Cabrera Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil diecinueve (2019) en donde cito el AP 22 Feb. 2017, Rad. 45543 y AP 26 abr. 2017, Rad. 45829.
- Auto del 14 de febrero de 1996, exp. No. 5739 adoptada por el Consejo de Estado SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: Alberto Montaña Plata Bogotá D.C., tres (3) de abril de dos mil veinte (2020) Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02574-01(47912).
- Ministerio de Salud [Colombia]. Resolución 385. (12, marzo, 2020).
- Presidencia De La República de Colombia. (24, junio, 1948). Decreto-Ley 1564. Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Decreto Legislativo 637. (06, mayo, 2020).
- Decreto Legislativo 491. (28, marzo, 2020).

El reconocimiento de la persona jurídica en la inteligencia artificial ¿realidad o ficción?*

Adriana Del Pilar Henao Ochoa

Docente Tiempo Completo Ocasional–Coordinadora del Área de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. aphenao@correo.iue.edu.co

Resumen: La cuarta revolución industrial o revolución 4.0, como es conocida, ha llevado a que la tecnología avance al punto que la inteligencia artificial pueda desarrollarse hasta el supuesto que tenga la capacidad de imitar las redes neuronales del cerebro humano, con una red neuronal artificial (RNA) para reproducir el desarrollo cognitivo del hombre. Es así como se ha llegado a desarrollar unos robots dotados de inteligencia artificial (IA) dura, que es la que lleva a que, dichos robots provistos con este tipo de IA puedan, aparentemente, razonar de manera autónoma. Estos avances científicos, que hoy son una realidad, llevan al derecho a afrontar un desafío, porque se debe regular el resultado de la robótica para que, conforme a los principios éticos de esta actividad —principios reconocidos por organizaciones como OCDE, UE y G-20— se regule jurídicamente, el uso, la actividad autónoma ejercida, como las consecuencias que se pueden generar por la acción de estos robots inteligentes. El Parlamento Europeo, en el año 2017, ha realizado el primer intento de regular las relaciones que se generan en el derecho civil, por la interacción entre robots dotados con IA y los seres humanos, pero esa regulación está en receso, ya que, la posibilidad del reconocimiento de una personalidad jurídica a entes dotados de IA ha generado gran controversia, pues, al parecer, por dicho hecho los derechos humanos estarían en juego. Es por ello, que en esta disertación se busca, objetivamente mostrar la realidad y la evolución que se ha tenido al respecto.

* Ponencia como trabajo que se realiza en el Semillero Derecho Privado - Revolución 4.0 en el contexto jurídico y social. Línea de investigación a la que pertenece el Semillero - Derecho Privado. Grupo de Investigación que avala al Semillero - Auditorio Constitucional.

Introducción

En el semillero de investigación en Derecho Privado, denominado Revolución 4.0 en el contexto jurídico y social, el cual es avalado por el Grupo de investigación Auditorio Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado, se ha venido desarrollado una línea de investigación explorativa-descriptiva, en la cual se viene observando que, frente a los avances tecnológicos se han realizado grandes adelantos en ciencia y tecnología. Esto se deba a que la necesidad de agilizar y facilitar la actividad humana, en todos sus aspectos, ha llevado a que se desarrolle de manera vertiginosa la inteligencia artificial, creando unos Robots dotados de IA que, al parecer, tienden a optimizar las actividades cotidianas del ser humano. Pero al ser entes que pueden llegar a comportarse de manera autónoma, la sociedad se ha preguntado qué hacer, pues ya es hora de que el derecho trate, de manera directa, de regular esta nueva realidad social y científica. En esta disertación se muestra una serie de situaciones que han avanzado a lo largo de la historia y que hoy hace que la humanidad se plantee la posibilidad de reconocer como personas electrónicas a este tipo de robots.

Es así como, en el desarrollo de esta exposición, planteamos unas situaciones fácticas para que cada receptor de esta información se forme sus propias conclusiones, dejando en claro que el debate apenas inicia y solo el tiempo nos dirá como lo resolverá el derecho.

1. Inteligencia artificial evolución, protección jurídica y alcance

En la era de la revolución industrial, hablar de inteligencia artificial (IA) es pensar en uno de los muchos avances científicos que se ha dado en la tecnología, en virtud de la cuarta revolución industrial.

No se tiene un concepto unificado sobre lo que es inteligencia artificial, pero es viable definirla como la posibilidad de imitar la mente o el raciocinio inteligente del ser humano en múltiples actividades realizadas por artefactos o redes que reconducen la información de acuerdo a la necesidad del ser humano. Para Margaret Boden, la IA «no es una dimensión única, sino un espacio profusamente estructurado de capacidades diversas de procesar información. Del mismo modo la IA utiliza muchas técnicas diferentes para resolver

una gran variedad de tareas» (2016, p3). Desde otra perspectiva, el filósofo francés Eric Sadin considera que la IA es «una forma de superyó dotado en todo momento de la intuición de la verdad y que orienta el curso de nuestras acciones individuales y colectivas hacia el mejor de los mundos posibles» (Sadin 2018, p. 37).

Siendo coherentes con las definiciones dadas, para comprender el funcionamiento de la IA, es importante entender cómo se nutre la IA, por ello de una manera general es importante definir lo siguiente:

- Qué son los Algoritmos,
- Qué es el Internet de las Cosas (IoT),
- Qué es el *big data*
- Y los análisis de los *big data* (*Big Data Analytics*)

El **algoritmo** se define como un «Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema» (RAE, 2019), igualmente se ha determinado que desde el siglo IX el matemático y geógrafo Mohammed Ibn Musa Al-Khwarizmifue describió lo que sería un algoritmo matemático. En materia de programación se estableció que «Desde comienzos de la segunda guerra mundial, se le confió al húngaro Alan Turing, que se encontraba en Inglaterra desde 1936, la forma de descodificar los mensajes alemanes, Turing había precisado la noción de calculabilidad y adoptado la noción de algoritmo al cálculo de ciertas funciones» (Melo, 2013, p. 58). Para Pérez Jiménez «Todo algoritmo puede traducirse en un programa escrito en un lenguaje de programación y todo programa es un algoritmo. Todo problema resoluble algorítmicamente puede ser resuelto mecánicamente por un ordenador» (2005, p. 39). Para que el algoritmo pueda cumplir con la función de ser resoluble se requiere que verifiquen al menos tres características básicas tales como: *precisión*, es decir, el dato suministrado no debe dar lugar a ambigüedad; *definibilidad*, estableciéndose que con la repetición en las mismas condiciones, el resultado debe ser el mismo; y *finitud*, entendiendo que ese conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema, debe acabar en una secuencia finita de pasos (Trigo, 2005, p. 46); todo ello para que el

algoritmo sea útil en su uso. En síntesis, en términos de Pérez Jiménez, se tiene claro que el algoritmo está en todo programa.

El Internet de las Cosas (sigla en inglés IoT). El IoT se define como esa conectividad de objetos (datos) a través de la red, que llevan a que la información sea útil y eficiente; la ONU, a través de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, sector de desarrollo en «Directrices la protección de la infancia en línea para la industria 2020» definió que el «Internet de las cosas constituye la siguiente etapa hacia la digitalización de la sociedad y la economía, en la que los objetos y las personas se interconectan a través de redes de

comunicación e informan sobre su estado y/o el entorno que los rodea», es decir, es la posibilidad de que los aparatos electrónicos, como el celular, los televisores, los carros, los electrodomésticos, etc., puedan conectarse a internet, y a través ellos podamos facilitar la vida del ser humano.

El big data. Como se ha vendido afirmando, tanto el algoritmo, como el internet de las cosas se nutren de datos, datos que están transitando en la red, de tal forma que, volumétricamente, son grandes datos, y a esto lo denominamos el *big data* (macro-datos), el cual se define como conjuntos de datos o combinaciones de conjuntos de datos cuyo tamaño, complejidad por la variabilidad de la información y velocidad de crecimiento de los datos dificultan su captura, gestión, procesamiento o análisis mediante tecnologías y herramientas convencionales, por ello para que dicha cantidad de datos sean útiles a la actividad del hombre, se desarrolló un proceso de análisis denominado *Big Data Analytics*.

El *Big Data Analytics*, es entendido como un *software*, a través del cual se analizan los datos para descubrir tendencias o patrones de estos grandes datos, siendo de gran importancia para las empresas, personas o entes gubernamentales. Ya que estos macro-datos, son analizados desde varias perspectivas así: *Big Data Analytics* descriptivo, describe lo que sucedió en el pasado; *Big Data Analytics* de diagnóstico, trata de interpretar los macro-datos y porqué ocurrieron; *Big Data Analytics* predictivo, analiza los datos para poder predecir lo que pudiera suceder; y el *Big Data Analytics* prescriptivo,

el cual además de analizar los macro-datos, aconseja como proceder de acuerdo a los datos suministrados y analizados.

Establecido como se nutre la IA, es necesario establecer que en el mundo estamos presenciando un acelerado desarrollo de la Robótica, robótica dotada de IA, la cual es utilizada en muchos quehaceres de la vida del hombre como la industria automotriz, manufacturera, el agro e, incluso, la medicina; hemos presenciado el vertiginoso ascenso que ha trascendido su utilización hasta llegar a desarrollar muchas actividades cotidianas del hombre, tales como actividades de casa, compañía para adultos mayores, labores de trabajo como recepcionistas, barman, entre muchas más, todas estas con una característica de autonomía que hace pensar en la ciencia ficción.

Pero ¿qué se denomina robot?, ¿qué es la robótica y cuáles son sus límites? Un robot es, según la RAE «una Máquina o ingenio electrónico programable que es capaz de manipular objetos y realizar diversas operaciones» (2019), así mismo la Revista de Robots, define que un robot «es una entidad autómatas o máquina automática compuesta por un sistema electromagnético y por mecánica artificial. [...] son clasificados de diferentes formas en función de si tiene forma humana y de androide, o simplemente es un brazo robótico»; entendiendo que es un robot, la robótica se define como una «ciencia que aglutina varias ramas tecnológicas o disciplinas, con el objetivo de diseñar máquinas robotizadas que sean capaces de realizar tareas automatizadas o de simular el comportamiento humano o animal, en función de la capacidad de su *software*» (Revista de Robots, 2020). Pero este desarrollo de ciencia y tecnología ha llevado a que éticamente se imponga límites a su desarrollo. Por ello y paradójicamente un autor de ciencia ficción fue el que estableció las tres reglas esenciales de la robótica, Isaac Asimov estableció en su libro *Yo Robot* tres reglas fundamentales en las cuales establece: 1. Un robot no puede hacer daño al ser humano, 2. Un robot debe obedecer las órdenes dadas por los seres humanos, y 3. Un robot debe proteger su existencia en la medida que no haya conflictos con la primera y segunda ley (García, 2007). De estos postulados parte la ética en la robótica, por ejemplo en Europa el Parlamento Europeo estableció una serie de principios éticos entre los cuales se destacan: benefi-

cencia (hacer el bien), no maleficencia (no hacer daño), autonomía o acción humana (human agency, respeto por la autodeterminación y elección de los individuos), justicia (trato justo y equitativo para todos) y transparencia (entender y dar cuenta de cómo funciona, los riesgos potenciales y su forma de intervención). (Cotino, 2019).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha establecido cinco principios básicos para el desarrollo o actividad de la IA; en su directiva establece cinco principios complementarios —caber recordar que Colombia hace parte de esta organización desde el año 2019—, posteriormente fueron adoptados por el G-20 en la Declaración Ministerial sobre Comercio y Economía Digital:

La Recomendación identifica cinco principios complementarios basados en valores para la administración responsable de una IA confiable:

- La IA debería beneficiar a las personas y al planeta impulsando el crecimiento inclusivo, el desarrollo sostenible y el bienestar.
- Los sistemas de inteligencia artificial deben diseñarse de manera que respeten el estado de derecho, los derechos humanos, los valores democráticos y la diversidad, y deben incluir las salvaguardias adecuadas, por ejemplo, permitiendo la intervención humana cuando sea necesario, para garantizar una sociedad justa y equitativa.
- Debe haber transparencia y divulgación responsable en torno a los sistemas de IA para garantizar que las personas comprendan los resultados basados en la IA y puedan desafiarlos.
- Los sistemas de IA deben funcionar de manera robusta, segura y a salvo a lo largo de sus ciclos de vida, y los riesgos potenciales deben evaluarse y gestionarse continuamente.
- Las organizaciones y las personas que desarrollan, implementan u operan sistemas de IA deben ser responsables de su correcto funcionamiento de acuerdo con los principios anteriores. (OCDE, 2019)

Entendiéndose que por tecnologías disruptivas se comprenden aquellas que evolucionan o cambia bruscamente en poco tiempo, es claro que dentro de las mismas se incluyen la robótica y la IA, por ello, establecer estos principios éticos, delimita la actividad cotidiana de la robótica dotada de inteligencia artificial con autonomía, para que en el futuro se respete al ser humano como sujeto primordial y esencial.

Es que el ser humano, como sujeto de derechos e imputaciones, es reconocido por el derecho como un ente dotado de personalidad que tiene la posibilidad de auto-determinarse, es decir, en términos de Jorge Enrique Medina, la persona es todo individuo habilitado para ser titular de derechos y obligaciones y quedar sometido a las normas jurídicas. La persona como sujeto de la especie humana tiene un carácter de moral civil y jurídico (2014, p 467, 539-550). Pero desde la antigüedad se estableció que, además de los seres humanos, hay unos entes o sujetos con capacidad de obrar con raciocino, como lo eran los dioses, ángeles y demonios, pero adicional a estos entes, en Roma se estableció un «ente» que actúa con independencia de las personas que lo crean, con posibilidad de tener derechos y obligaciones, y ser representada por un tercero, esto es lo que genéricamente se conoce hoy como persona jurídica (artículo 633 Código Civil colombiano).

En este sentido es claro que, en la actualidad, los seres humanos no son los únicos entes dotados de derechos y obligaciones en el ordenamiento jurídico, también existen entes jurídicos como las sociedades civiles, comerciales, patrimonios autónomos, etc., quienes tienen la posibilidad de un reconocimiento de personalidad jurídica que los hace acreedores a un conjunto de derechos y obligaciones. La personalidad de la que se ha dotado a las personas jurídicas, ha evolucionado de acuerdo al devenir de nuestra sociedad y de la actividad mercantil, por ello, Francisco Reyes Villamizar en el libro Derecho Societario I manifiesta que «El efecto principal de la constitución regular de la sociedad es la formación de una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados [...] de modo que cuando se verifica la constitución regular de la compañía, ésta surge, en forma automática, como un ente jurídico diferenciado» (2013, p 209, 211); pero lo que se conoce con el nombre de persona jurídica, dotado de derechos y obligaciones, de manera independiente de las personas que le dan vida jurídica, ha suscitado en la actualidad controversias ya que

Con frecuencia se habla de la denominada crisis de personalidad jurídica de la sociedad, para expresar la presunta incompatibilidad del mencionado concepto con la realidad económica y con las necesidades del tráfico mercantil [...] Una visión más optimista, con la cual nos identificamos, permite

pensar que [...], lejos de comprobar la crisis de la personalidad jurídica de la sociedad, demuestran su capacidad de adaptación a las circunstancias adversas que atentan contra su prevalencia en el régimen societario. De acuerdo con esta concepción, los mecanismos de defensa de la personalidad jurídica permiten que mediante la aplicación de expedientes excepcionales puedan salvaguardarse los intereses de todos los que se relacionan con la sociedad. (Reyes, 2013, pp. 223-224)

Es claro que a lo largo de la historia los únicos dotados de derechos y obligaciones no son los seres humanos, si se mira en la actualidad los seres como los animales, son sujetos de imputaciones y protecciones jurídicas, igual sucede con los nevados, los ríos, entre otros reconocimientos de derechos, que se establecen para beneficio o protección de bienes que no tienen autonomía de la voluntad. En consecuencia es claro que la personalidad es una atribución del derecho, como objeto cultural, que genera derechos y obligaciones; en este sentido Luis Alberto Valente considera que «La personalidad jurídica es una construcción del derecho y constituye una imputación unitaria que las normas proyectan sobre un complejo de relaciones, pudiendo advertir que son efectuadas por un esquema unificado de funciones subjetivas» (2019, p.12), entonces es importante cuestionarse ¿Qué se puede decir entonces de aquellos entes que tienen una autonomía de actuar aprendida, imitando el comportamiento humano, y que podrían causar daños que deben resarcirse?

Con el devenir cotidiano de los robots dotados de IA, es claro que hay diferentes tipos de robots.

Bajo esa órbita están los robots de secuencia variable en los que un operador puede modificar la secuencia fácilmente; pasando por los robots regeneradores (conducidos por el operador humano); hasta abordar la categoría del robot inteligente, vale decir, aquel que es capaz de entender e interactuar con cambios en el medio ambiente. Puede hablarse, entonces, de robots que a través de técnicas de inteligencia artificial pueden tomar sus propias decisiones y resolver problemas (Valente, 2019, p3).

Además, es claro que, en la dinámica de la IA, la llamada IA dura es la que busca «como replicar el funcionamiento del cerebro con una computadora, es decir, se trata de hacer que aquella siga un camino similar al mentalmente recorrido por una persona. Normalmente son los neurobiólogos, o los investigadores de la cognición, los que se interesan por la IA «dura»» (Rojas, 2019)

Es un hecho notorio y cierto el avance que ha realizado la humanidad en la robótica, se ha destacado, entre otros casos similares, la robot Sophia, la cual fue activada en 2015 por su creador David Hanson, un ingeniero en robótica que en 2013 fundó a Hanson Robotics. Este robot está diseñado para actividades asistenciales en personas de la tercera edad o para actividades de relacionamiento público. Para el creador, este *software* de apariencia femenina, opera con IA, un procesamiento de datos visuales que le permite percibir a través de las cámaras en los ojos y reconocimiento facial, que también la dotan de gesticulación humana y posibilitan una conversación simple con otro ser humano. Se considera que posee una red neuronal optima de inteligencia artificial que le permite procesar lenguaje no estructurado, es decir, sostener una conversación sencilla o básica, con capacidad de aprender nuevas respuestas e incrementar su conocimiento cada vez que interactúa con un ser humano. Esta es una gran muestra de lo que la IA y el aprendizaje autónomo o *machine learning* pueden desarrollar.

El desarrollo tecnológico que se ha evidenciado en Sophia, la llevó el 11 de octubre de 2017 a la ONU, para mostrar cómo la IA puede contribuir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). De manera sorpresiva, el 25 de octubre de 2017, en el marco de un evento tecnológico llevado a cabo en Riad, capital de Arabia Saudita, se le reconoció nacionalidad a la robot Sophia. La noticia tomó mucha preponderancia, ya que la robot Sophia al parecer tiene más derechos que las mujeres en ese país. La robot Sophia «En esta ocasión, se dirigió a la audiencia en inglés sin el velo y sin abaya, el pañuelo y vestido que la ley islámica obliga a llevar a las mujeres de Arabia Saudita». (BBC News, 30 de octubre de 2017)

En consecuencia, asumiendo que los robots que están dotados de IA son entes que pueden llegar a tener una autonomía parecida a la autodeterminación del ser humano, se hace necesario que el derecho se anticipe y regule dichas situaciones que hoy parecen extrañas, pero que, con lo disruptivo de estas tecnologías, en un futuro cercano serán masivas en la sociedad. Por ejemplo, la Comunidad Europea, en una mirada de avanzada, ha estado analizando de manera preventiva, la posibilidad de reconocimiento de una personalidad

electrónica a la IA, en la medida que se ha establecido que la IA, en cualquiera de las formas, pueden rebasar las instrucciones establecidas por su programador, generando el riesgo de que en algunos eventos lograran causar daños a terceros o a su legítimo tenedor. Por ello, la UE en el año 2017, en concreto El Parlamento Europeo, el 16 de febrero de 2017, emitió una Resolución (2015/2103(INL)) con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil en materia de IA y robótica, para el caso, en la directiva 59 se establece y:

Pide a la Comisión que, cuando realice una evaluación de impacto de su futuro instrumento legislativo, explore, analice y considere las implicaciones de todas las posibles soluciones jurídicas, tales como:

a) establecer un régimen de seguro obligatorio en los casos en que sea pertinente y necesario para categorías específicas de robots, similar al existente para los automóviles, en el que los fabricantes o los propietarios de robots estarían obligados a suscribir un contrato de seguro por los posibles daños y perjuicios causados por sus robots.

b) establecer un fondo de compensación que no solo garantice la reparación de los daños o perjuicios causados por un robot ante la ausencia de un seguro;

c) permitir que el fabricante, el programador, el propietario o el usuario puedan beneficiarse de un régimen de responsabilidad limitada si contribuyen a un fondo de compensación o bien si suscriben conjuntamente un seguro que garantice la compensación de daños o perjuicios causados por un robot;

d) decidir si conviene crear un fondo general para todos los robots autónomos inteligentes o crear un fondo individual para cada categoría de robot, así como la elección entre un canon único al introducir el robot en el mercado o pagos periódicos durante la vida del robot;

e) crear un número de matrícula individual que figure en un registro específico de la Unión que asegure la asociación entre el robot y el fondo del que depende y que permita que cualquier persona que interactúe con el robot esté al corriente de la naturaleza del fondo, los límites de su responsabilidad en caso de daños materiales, los nombres y las funciones de los participantes y otros datos pertinentes;

f) crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos

supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente. (2017)

Si se observa, en estas recomendaciones se establecen el reconocimiento de una personalidad jurídica a los robots dotados de IA, con la posibilidad de establecerse una persona electrónica individual. Esto sería un gran avance y no es desatinada la idea, del reconocimiento, por parte del derecho a los robots por el devenir social, de persona electrónica. Con ello se implementarían, entre otras cosas, la oportunidad de tener un nombre para que puedan acceder a una matrícula individual que le genere un registro o identificación a dicha persona electrónica, es como si se estableciera un número de identidad personal para los robots dotados con IA, que los individualice, y con ello se pueda tener una base de datos estatal, que los reconozca en caso de una eventualidad; se establece adicionalmente la posibilidad de crear un fondo común formado por los recursos del fabricante, el programador, el propietario o el tenedor del robot dotado de IA. Es decir, lo que para la Unión Europea es la persona electrónica, para nosotros pudiera asimilarse a la persona jurídica como ente ficticio, personificado generalmente en las sociedades comerciales o civiles, pues a estas personas se les dota de personalidad, con el fin de que puedan ser sujetos de derechos y obligaciones. Por ello, y en consonancia con las recomendaciones dadas por el Parlamento Europeo, a la persona jurídica electrónica se le reconocería un nombre, se les identificaría, se le puede reconocer un domicilio, una nacionalidad (igual que se le establece la nacionalidad a las personas jurídicas) y se establecería de manera vinculante (para quienes compren, arrienden, u obtengan un robot), un fondo común, el cual sería el patrimonio que, como tal, sería la prenda de los acreedores que pudiera llegar a tener, con la salvedad que en dicho fondo también podría contribuir el robot dotado de IA, dependiendo de la actividad productiva que llegue a realizar.

Parece ciencia ficción, pero, entendiendo el avance social en el desarrollo de las tecnologías, es inminente, es una realidad el reconocimiento de personalidad a los robots, con la consecuente calidad de persona jurídica electrónica para estos entes dotados de IA.

Lamentablemente hasta la fecha no se ha legislado en la UE frente al tema de la personalidad electrónica y todo lo que ello apareja. Es un hecho cierto que

se ha dividido la opinión de la comunidad académica como de la sociedad en general, respecto de quienes creen que es impensable un reconcomiendo de personalidad y de persona electrónica a los robots, porque se cree que solo es para los seres humanos esta categoría, y ellos solo son objetos. También hay quienes piensan que es imposible contener el desarrollo vertiginoso que se le ha dado a la Robótica en general, en especial a los robots con forma humana en lo físico como en lo intelectual, y en consideración a ello el derecho debe intervenir regulando y organizando la sociedad. Igual hay posiciones intermedias que son conscientes de que hay que realizar una regulación jurídica, pero ello no implica el reconocimiento de persona electrónica dotado de derechos y obligaciones, pues se piensa que en materia de responsabilidad por los daños causados responden los legítimos tenedores, como una responsabilidad civil objetiva, o en su defecto el fabricante, el proveedor o distribuidor en los términos que establece el Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011).

Conclusiones

La realidad social ha hecho que la ciencia y la tecnología avancen de manera vertiginosa, por ello la IA es un instrumento para dotar de autonomía a los robots, donde el derecho debe iniciar su intervención con el fin de regular de manera directa las situaciones en que se vea implicado el relacionamiento de un robot y un ser humano.

La posibilidad de que un robot cause daños, hace que se piense en la posibilidad de reconocer como persona electrónica a los robots, tal como lo ha avizorado el Parlamento Europeo, estableciendo una especie de ciertos atributos a estos entes, tales como:

- El nombre el cual le puede brindar a los robots una posibilidad de identificación y seguimiento por parte de los entes gubernamentales;
- La capacidad, entendida como el desarrollo del objeto para el que fue construido;
- El patrimonio, pues el establecer un fondo para futuros daños causados por los robots, donde contribuyan los fabricantes, los propietarios o tenedores de los robots, hace que se asegure la posibilidad de resarcir los daños causados, por desperfecto, por mala utilización o porque desborda la autonomía programada.
- La nacionalidad, con solo el reconocimiento de vinculación para el país que hace uso de dichas tecnologías, sin que tengan la posibilidad

de ejercer derechos políticos, porque esa no es la finalidad; y si se quiere el domicilio, como la posibilidad de ubicación en caso ser requerido.

En suma, estamos frente a una realidad que nunca creímos poder presenciar, pues en caricaturas de televisión en los años 70, propias de la imaginación de lo imposible, como los «supersónicos», todo parecía ciencia ficción, ficción que hoy podemos definir que en verdad es una realidad.

Solo nos quedan muchos interrogantes que, de forma comunitaria, a través de Organizaciones Internacionales como la ONU, la OEA, la OCDE, el G-20 o la UE, y en espacios académicos, podremos llegar a regular.

- Entre algunos interrogantes que se podrían plantear los siguientes:
- ¿Los robots dotados con IA pueden tener autonomía o son solo autómatas?
- ¿Es posible que los robots dotados con IA, sean reconocidos como persona electrónica?
- ¿Cuál será la responsabilidad de los fabricantes y legítimos tenedores de los robots dotados con IA, en caso de éstos causar un daño, podrán los primeros exonerarse de la responsabilidad de reparar el daño?

REFERENCIAS

- Boden, M. (2017). *Inteligencia Artificial*. [Traducido al español de IA. Its Nature and Future]. Madrid: Turner Libros.
- Cotino, L. (2019). Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho. *Revista catalana de dret públic*, 58, 29-48. <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3303>
- García Manrique, R. (2009). “Yo, robot” o las tribulaciones de un robot kantiano. *Revista de Bioética y Derecho. Universidad de Barcelona*, (9), 1-5. doi: <https://doi.org/10.1344/rbd2007.9.7835>
- Medina, J. (2014). *Derecho Civil Aproximación al Derecho de las Personas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Melo de Alonso, M. C. (2003). Las matemáticas en la ingeniería a través de la historia. *Ciencia e Ingeniería Neogranadina*, 13(1), 53-60. <https://doi.org/10.18359/rcin.1337>
- OCDE. (junio de 2019). What are the OECD Principles on AI? Recuperado de <https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>
- ONU. (octubre de 2017). La Inteligencia Artificial como herramienta para acelerar el progreso de los ODS. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2017/10/1387731>
- Parlamento Europeo. (2017). Resolución del Parlamento Europeo (2015/2103(INL)), con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html
- Pérez, A. (2005). Algoritmos en la enseñanza y aprendizaje de las matemáticas. *UNIÓN-Revista Iberoamericana De Educación Matemática*, 1(1). 37-44. <https://union.fespm.es/index.php/UNION/issue/view/12/4>
- Real Academia Española. (2019). Algoritmo. En Diccionario de la lengua española (edición del tricentenario). Consultado el 13 de Julio de 2020 <https://dle.rae.es/algoritmo?m=form>
- Real Academia Española. (2019). Robot. En Diccionario de la lengua española (edición del tricentenario). Consultado el 13 de Julio de 2020 <https://dle.rae.es/robot>
- Redacción. (2017, 30 de octubre). Sophia, el robot que tiene más derechos que las mujeres en Arabia Saudita. *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-41803576>
- Revista de Robots. (2020). ¿Qué es la robótica? Recuperado de https://revista-derobots.com/robots-y-robotica/que-es-la-robotica/#Definicion_de_robotica
- Reyes, F. (2013). *Derecho Societario I*. Bogotá: Temis.

- Rojas, R. (2019) ¿Qué es la Inteligencia Artificial? *Consejo Consultivo de Ciencias*. <https://www.ccciencias.mx/es/ciencia-y-opinion/item/667-inteligencia-artificial.html>
- Sadin, E. (2018). *La Silicolonización del Mundo. La irresistible expansión del liberalismo digital* [Traducido al español de La Silicolonisation du Monde l'Irrésistible Expansion du Libérelisme Numérique] Argentina: Caja Negra.
- Trigo, V. (2005). Algoritmo. *Revista Digital de ACTA*. No 35, 43-50. <https://www.acta.es/medios/articulos/matematicas/035041.pdf>
- Valente, L., A. (2019) La personalidad electrónica. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias*.
- Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. 49. 001 <https://doi.org/10.24215/25916386e001>

Violencias basadas en género y la violencia institucional*

Luisa Alejandra Saldarriaga Quintero

Docente Universidad Católica de Oriente, coordinadora clínica jurídica en defensa de los DDHH de las mujeres, integrante del grupo de investigaciones jurídicas. LSaldarriaga@uco.edu.co.

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-8783-3501>

Resumen. Se presenta una discusión y cuestionamientos en términos jurídicos, políticos y sociales en torno a la violencia intrafamiliar analizada desde la concepción de la violencia basada en género contra las mujeres, utilizando para tal fin datos y leyes, se asumen el género es una construcción sociohistórica, lo cual implica que se contraponen al determinismo biologicista de carácter estático. La normativa y gran parte de la sociedad colombiana no asumen otros modelos de familia más allá de la estructura tradicional de tipo nuclear patriarcal. La visión familista se asume como el eje central de la normativa en términos de protección de violencia contra la mujer. La normativa en Colombia presenta vacíos jurídicos para brindar protección a las mujeres, en el marco de las relaciones de pareja más allá del ámbito familiar reconociendo los sesgos de género de los administradores de justicia y la violencia institucional.

* Como parte del proyecto: Acceso a la Justicia con perspectiva de género, proyecto presentado por el grupo de investigación: investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica de Oriente. Convocatoria 2018.

«Mi caso ya va a cumplir dos años y medio y todavía no hay una imputación de cargos, todavía está en la impunidad. Se dejaron pasar muchas pruebas¹»

Introducción

Durante gran parte de la historia de la humanidad, el espacio de lo privado en términos de pareja y familia se ha considerado una esfera exenta de la intervención de terceros, en especial por parte de aquellos que tienen primacía en lo público, como el Estado. No obstante, los cambios acaecidos durante el siglo XX, especialmente en occidente con la incursión de ideologías y movimientos sustentados en la lucha por los derechos civiles, como es el caso del feminismo, que buscó darle un lugar y rol diferente a las mujeres, permitieron cambios sustanciales en las esferas de lo político, social, sexual, laboral, educativo y económico. Aunado a lo anterior, la discusión iniciada por intelectuales y académicos en torno al concepto de género va a cuestionar la idea y configuración de ser hombre y mujer, yendo más allá del determinismo biologicista para asumir una visión centrada en la historia y la cultura como determinantes del género.

De igual forma, los estudios sobre el género permiten identificar la asimetría de poder que se evidencia entre hombres y mujeres en las relaciones de pareja, dando como resultado que, en el marco de la institución tradicional de la familia, la violencia se asume como un fenómeno «normal» donde es permitido el derecho de ejercer la fuerza, la intimidación o la minimización del otro para su subyugación y dominio.

Es así, como el legislador en Colombia, asumiendo la visión familista reconoce a la mujer no por su condición *per se*, sino por el lugar y rol que cumple en el marco de familia. Lo cual trae implicaciones en la elaboración de leyes que buscan proteger a la mujer, ya que en estas no se incluye la perspectiva de género, la cual permitiría el reconocimiento de factores diferenciales y, a su vez, daría cuenta de factores que inciden en la mayor prevalencia de la mujer como víctima en el marco de la violencia intrafamiliar.

1 Palabras de Ana María Covaleda, Directora Fundación Violencia de Género en relación al proceso penal en contra de su expareja, quien le dio una golpiza y continúa libre posterior a dos años del evento (2019).

A pesar de los avances normativos en Colombia, todavía se presentan vacíos jurídicos en diversas formas de ejercicio de la violencia contra las mujeres en relaciones de pareja, en especial aquellas que no se encuentran protegidas por el marco normativo de la violencia intrafamiliar y que son tramitados de manera inadecuada por otra tipología como las lesiones personales.

1. Metodología

Se realizó una revisión narrativa (Guirao Goris, Olmedo Salas, & Ferrer Ferrandis, 2008) a partir de búsquedas sistemáticas en Google académico y Jstor con los términos violencia intrafamiliar, violencia basada en género, violencia contra las mujeres, familia, género, concepto y feminismo descoloniales, así como los términos correspondientes: *domestic violence, gender violence, violence against women, family, concept, decolonial feminism*. Se buscaron artículos originales, revisiones, libros y capítulos de libros. Se seleccionaron con base en la lectura de los *abstracts* y de los textos, documentos que permitieron plantear respuestas a la pregunta de investigación. Otros artículos, programas de televisión, artículos de periódico y libros fueron localizados a partir de bibliografía inicialmente revisada.

2. Resultados

Violencias basadas en género contra las mujeres

Para poder responder a la pregunta de si la violencia intrafamiliar es una violencia basada en género contra las mujeres, es necesario en primera medida conceptualizar la violencia y el género. Estos conceptos cuando se someten a un análisis epistemológico, develan el marco interpretativo en el cual se concibieron, hablan de las intencionalidades de quienes los crearon y los utilizan, visibilizan ciertos aspectos y ocultan otros, por supuesto presentan tanto conveniencias como restricciones para la prevención y manejo de la violencia de género (Ariza Sosa, 2012, p. 111).

Este marco interpretativo se basa en instrumentos jurídicos internacionales y se ha desarrollado a través de revisiones de literatura de investigaciones. La definición del límite que existe entre no violencia y violencia o crimen depende de la comprensión de la naturaleza del acto, su intención, el daño ocasionado y el no consentimiento. De igual forma es necesario considerar las variaciones en su reiteración, duración y gravedad, los daños sufridos por la víctima, así como caracterizar la víctima, el perpetrador y el evento. Dichas variaciones permiten clasificar los diferentes tipos de violencia y permiten agrupar las formas de violencia reconocidas en las leyes como delitos diferentes o nuevos tipos y también pueden ocasionar que los tipos antiguos sean redefinidos a partir del debate público, como es el caso de la violencia simbólica (Walby et al., 2017, pp. 31-33, 39) this approach is not the same as identifying violence with specific national criminal codes. The definition of violence depends on the location of the boundary between violence and notviolence. This depends on the understanding of the nature of the act (and intention).

«Entiendo por violencia toda forma de interacción humana en la cual, mediante la fuerza, se produce daño a otro para la consecución de un fin», señala Franco (1999, pp. 2-3). Tanto quien produce como quien recibe el daño puede ser un grupo de personas o un colectivo. La intención de producir daño, es parte de la interacción. El daño puede ser de diversos tipos y significa un detrimento del bienestar (Walby et al., 2017, pp. 32-33) this approach is not the same as identifying violence with specific national criminal codes. The definition of violence depends on the location of the boundary between violence and notviolence. This depends on the understanding of the nature of the act (and intention).

El género es un concepto construido en el feminismo para visibilizar que las construcciones culturales de lo masculino y lo femenino no son naturales ni ahistóricas. Desde sus primeras concepciones en los años setenta del siglo XX (Rubin, 1986, p. 97) se ha convertido en todo un campo de investigación que ha tenido diferentes énfasis, desarrollos, usos e interpretaciones. Desde la última década del siglo XX se ha presentado un giro discursivo en los estudios feministas (Connell, 2014, pp. 518-519). Para el feminismo des-

colonial la jerarquía entre lo humano y lo no humano (indígena) es la dicotomía central de la modernidad colonial, en consecuencia, sólo los individuos civilizados eran considerados hombres y mujeres. Así, el género es entendido como una de las imposiciones coloniales (Lugones, 2011, pp. 106, 111) e incluso puede considerarse una ficción mítica y poderosa, tal como se ha hecho con la categoría analítica de raza (Lugones, 2008, p. 81). En ese orden de ideas, «el proceso de reducción del concepto de género al control del sexo, sus recursos, y productos es constitutiva de la dominación de género» (Lugones, 2008, p. 93). Las feministas descoloniales advierten las importantes interseccionalidades entre el sexo, la clase social, la autoridad colectiva, la relación entre capital y trabajo racializado, la construcción del conocimiento, la guerra, la violencia y la colonialidad del poder (Lugones, 2008, p. 99).

El género se puede entender como una categoría central, omnipresente y útil para comprender todos los aspectos de la vida social. Dicha categoría estableció una ruptura epistémica que es fundante para la especie humana pese a que está transformando la historia dentro de la estabilidad de la misma episteme en que se construyó. Por supuesto, las relaciones de género varían de forma importante según el periodo histórico, la cultura, su grado de colonialidad y no son binarias en todos los casos, como sucede en la sociedad occidental hegemónica contemporánea. En los pueblos indígenas americanos por ejemplo, las relaciones entre hombres y mujeres eran suplementarias y establecían una dualidad no jerárquica entre lo masculino y lo femenino (Segato, 2011, pp. 31-48).

En los casos de violencia, el análisis de género no se restringe a determinar si la víctima y el perpetrador son hombres o mujeres, dado que las relaciones de género no son sólo el contexto, pues permeantean, moldean o infligen la violencia de diferentes formas (Walby et al., 2017, pp. 31-33) this approach is not the same as identifying violence with specific national criminal codes. The definition of violence depends on the location of the boundary between violence and not violence. This depends on the understanding of the nature of the act (and intention De este modo, Rita Segato (2008, p. 84) señala: «los crímenes sexuales no son obra de desviados individua-

les, enfermos mentales o anomalías sociales, sino expresiones de una estructura simbólica profunda que organiza nuestros actos y nuestras fantasías y les confiere inteligibilidad». Esa estructura simbólica patriarcal es la base de la violencia feminicida que se presenta tanto en las relaciones interpersonales, cuando la mujer es la pareja o familiar del agresor, como en las impersonales, por ejemplo en los crímenes de Ciudad Juárez (Segato, 2012).

Ahora bien, aunque las violencias basadas en género afectan en mayor número e intensidad a las mujeres (García-Moreno et al., 2013, pp. 17-20), la violencia contra las mujeres es un concepto que visibiliza especialmente a las víctimas, con la desventaja de que —cómo se ha analizado— no constituyen un grupo homogéneo, por la interseccionalidad señalada. Además el enfoque en la mujer, más que en el género puede interpretarse como una tendencia a esencializar las categorías de mujer y hombre (Walby et al., 2017, p. 47) *this approach is not the same as identifying violence with specific national criminal codes. The definition of violence depends on the location of the boundary between violence and notviolence. This depends on the understanding of the nature of the act (and intention.* En la recomendación que la CEDAW promulgó en 1992, se señala:

En el artículo 1 de la Convención se define la discriminación contra la mujer. En la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención, independientemente de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1992, p. parr.6).

Las ventajas de este concepto de violencia contra la mujer radican en que señalan de forma directa a las víctimas y por ende facilitan las medidas de prevención, manejo y protección. Sin embargo, invisibilizan a los victimarios y a las relaciones de poder en las cuales ocurre tal violencia, aspectos esenciales para el diseño e implementación exitosa de tales medidas.

3. Violencia intrafamiliar

La contemporaneidad², como período de la historia humana, ha sido testigo de cambios sustanciales en las estructuras sociales, producto de una evolución y dinámicas que no se habían presentado de manera tan fehaciente en períodos previos. Entre las instituciones sociales, la familia ha vivido modificaciones sustanciales en su configuración a partir de la definición de quienes la integran y la forma en la cual establecen la forma en la que se relacionan entre sí.

La familia como institución presenta cambios profundos a partir del siglo XX, como consecuencia directa de las nuevas dinámicas y avances de la sociedad, especialmente en occidente, con la ciencia, la urbanización acelerada y los modelos económicos, entre otros fenómenos aunados a nuevas formas de pensar que posibilitaron cambios en la pirámide social y en el rol de sus integrantes. Allí, el grupo poblacional de las mujeres asume transformaciones significativas en su rol ya que antaño eran relegadas al espacio de lo doméstico, donde realizaban labores de cuidado y aseo y ahora comienzan a asumir un nuevo rol en lo público, permitiendo el acceso a derechos negados previamente y a la equidad con sus pares masculinos en los ámbitos laboral, económico, sexual y político.

Es por esto que el modelo de familia nuclear de tipo patriarcal, construido sobre una base religiosa, comienza a horadarse y a permitir que las nuevas dinámicas modifiquen el modelo idealizado, que también se ve afectado sobremedida en la década de los años sesenta. Autores como Dirk van de Kaa y Ron Lesthaeghe denominan esta afectación como la segunda transición demográfica, la cual explica el proceso en el cual, en los países occidentales, se reduce la tasa de fecundidad incluso hasta el nivel de reemplazo poblacional (Marco-Gracia, 2018). Lo anterior, da como resultado no solo que el modelo de familia tradicional se debilite, sino que el hombre, y en especial, la mujer asuma un rol más decisivo en cuanto a la opción de reducir o no tener hijos, de casarse o cohabitar con su pareja, incluso asumir una sexualidad más activa a partir de la llegada de los métodos anticonceptivos.

2 Se asume la contemporaneidad como el período de la historia humana que inicia con la revolución francesa en el año 1789 hasta la actualidad.

Empero, los avances socioculturales evidenciados en occidente se contraponen con el concepto de familia dado a partir de lo establecido en la Constitución Política, en la que en el artículo 42 se reduce la visión de la familia a «(...) la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla». Lo anterior evidencia cómo, a pesar de los avances dados en occidente, el legislador y parte de la sociedad colombiana no aceptan los cambios en el modelo de familia tradicional, oponiéndose mayoritariamente a la configuración familiar a partir de la orientación sexual o a un modelo donde la mujer presenta libertad, independencia y empoderamiento, en el que incluso la figura de los hijos no es relevante.

La visión patriarcal, por lo tanto, ha creado obstáculos para una mayor apertura y aceptación de nuevos modelos de familia modernos, donde sus integrantes y sus roles son diferentes. Lo cual incluso ha otorgado justificaciones para quienes ejercen violencia en el espacio de la familia.

Es así, como la violencia intrafamiliar tiene como base una asimetría de poder donde las agresiones recaen sobre el miembro que se considera más vulnerable, en la mayoría de ocasiones establecida por un hombre sobre mujeres y niños. La violencia intrafamiliar por lo tanto

Está relacionada con todo acto, omisión o abuso de poder que se despliega en el contexto de las relaciones familiares, que atente contra la vida, la integridad corporal o psíquica, o la libertad de uno o varios de sus integrantes, sobre las que recaen los abusos o actos agresivos. (Corporación Universitaria Remington, 2016, p. 95).

Felicia Pratto y Angela Walker (2013) (Citado por Bosch, Ferrer, Ferreiro y Navarro, 2013, pp. 63-64) plantean que la desigualdad y asimetría de poder entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja se sustenta en cuatro fuentes, a saber: la fuerza física y su uso o la amenaza de usarla; el control de recursos, tanto materiales como de conocimiento o de otro tipo; la asimetría en la distribución de responsabilidades sociales, tareas domésticas y cuidado y, por último, la ideología de rol de género, transmitida a través de los procesos de socialización.

La asimetría de poder entre hombres y mujeres en el marco de una relación de pareja o en el caso específico al cual nos referimos, en el espacio de lo familiar se evidencia de diferentes formas, siendo estas (Bosch, Ferrer, Ferreiro y Navarro, 2013; Agudelo, 2019):

1. Violencia física: se presenta cuando se hace uso de la fuerza con el fin de dañar o intimidar a la mujer.

2. Violencia sexual: acciones que van desde los menosprecios a la sexualidad de la víctima hasta el forzamiento de la actividad sexual por parte de la pareja.

3. Violencia psicológica: acción de carácter verbal, que provoca daño psicológico y que busca la minimización y menosprecio de la mujer en sus diferentes esferas de actuación.

4. Violencia económica o patrimonial: desigualdad en el acceso a los recursos económicos y/o a las propiedades compartidas.

Otras formas de violencia contra las mujeres son (Bosch, Ferrer, Ferreiro y Navarro, 2013, 2013):

5. Violencia estructural: impedimento de acceso a los derechos básicos por parte de las mujeres.

6. Violencia espiritual: se menosprecian o destruyen las creencias culturales o religiosas de las mujeres.

7. Violencia política o institucional: ausencia o desarrollo insuficiente de políticas, leyes o programas en términos de equidad de género.

8. Violencia simbólica: persistencia por preservar los valores del patriarcado.

9. Violencia social: atribuir y ubicar a la mujer en una escala inferior a la mujer en la pirámide social.

Para el caso colombiano, las cifras de violencia intrafamiliar a pesar de la asunción de nuestro país como un Estado Social de Derecho a partir de la Constitución Política de 1991, en la cual, en el artículo 42, se establece no solo la protección a la familia a través del

estado y la sociedad, sino sanciones para el ejercicio de la violencia, así: «Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley» no son muy alentadoras. Las cifras que evidencian las acciones realizadas por los entes gubernamentales y otras organizaciones que no logran dar con los resultados esperados.

Y es que para el año 2018, «(...) la Fiscalía General de la Nación (en relación a la violencia intrafamiliar) recibió 94.442 denuncias, mientras que en el 2017 recibió 101.276, es decir un promedio de 11 denuncias cada hora» (Beltrán, 2019).

En cuanto al género, para el año 2018 «Medicina Legal atendió a 6850 hombres y 42.285 mujeres» (Beltrán, 2019). Por departamentos, Antioquia se ubica en segundo lugar después de Bogotá (tiene 12.388 casos denunciados) «con mayor número de denuncias, para un total de 5.492, de las cuales en el 84 por ciento de los casos las víctimas fueron mujeres y en el 16 hombres» (Álvarez, 2019).

Los datos evidencian que en el espacio de lo privado, concretamente en la familia, las mujeres siguen estando sujetas a una asimetría de poder que las sigue ubicando en una escala inferior tanto de manera simbólica como fáctica, lo cual da como resultado diversas manifestaciones de violencia, incluso con la posibilidad de llegar a un feminicidio, sin que las autoridades competentes avancen ni asuman su responsabilidad.

4. Violencia intrafamiliar desde una perspectiva de género

Luego de profundizar en la conceptualización de género y violencias basadas en género y de hablar sobre violencia intrafamiliar, es menester hacer una reflexión crítica sobre el enfoque familista que ha acompañado la visión de violencia intrafamiliar, la cual ha sido tipificada como delito por el legislador y, por el otro lado, exponer la importancia de abordar la violencia intrafamiliar desde una perspectiva de género. Solo de esta manera es posible comprender cómo históricamente los cuerpos de las mujeres han sido tratados como objetos con dinámicas y vulneraciones específicas producto del sistema patriarcal también reflejado en el sistema jurídico.

Es así como a partir de una lectura crítica de la ley 1959 del año 2019, específicamente sobre el concepto de núcleo familiar que contiene el parágrafo 1 del artículo 1, que nos antepone a «un enfoque familista» (Corporación Sisma Mujer, 2012) que carece de comprensión integral sobre las violencias basadas en género y desconoce los derechos de las mujeres víctimas en el contexto familiar.

La reciente modificación al código penal sobre el delito de violencia intrafamiliar involucra la relación del concepto familia y la transformación y la diferenciación necesarias entre familia, unidad familiar y contexto familiar que desde la perspectiva jurídica viene evolucionando desde hace varios años, especialmente a nivel jurisprudencial: sentencia T 070 de 2015 y sentencia C 577 de 2011³.

Así las cosas, la ley en mención ubica nuevamente a las mujeres en el escenario de sujeto responsable de cuidados porque, dentro de su perspectiva, las mujeres tienen reconocimiento y valor solo si son esposas, madres, hijas, hermanas tías, dejando por fuera otros roles diferentes a los de la familia tradicional y aun desde una visión cerrada y sesgada al reconocimiento de las múltiples formas de constitución de una familia⁴, es decir, esta ley representa nuevamente un estereotipo sobre el rol de la mujer impuesto por la sociedad.

Siguiendo el argumento anterior, continúa la ley ubicando la protección de los derechos de la mujer ante la tutela de la institución familiar. La modificación a la que es sometida el delito de violencia intrafamiliar se encuentra en el título VI del código penal destinado a los «delitos contra la familia» es decir, que solo ante la tutela de la familia, la unidad doméstica y la armonía familiar se tutelarían los derechos de las mujeres víctimas de violencia; así las cosas, el legislador elige proteger una institución, conformada por dos sujetos (incluyendo sus hijos y padres) que conviven o han convivido,⁵ de las violencias sobre sus integrantes.

3 La Corte Constitucional en la sentencia T-070 de 2015 manifiesta su visión nominativa del concepto de familia y concede a una trabajadora del acueducto de Bogotá el derecho a inscribir a su hijastro como miembro de su familia para acceder a los beneficios educativos pactados en la convención colectiva. En la sentencia C577 de 2011, la misma Corte reconoce íntegramente la entidad familiar de las parejas del mismo sexo y les reconoce igualdad de derechos a las parejas de sexo diferente, de esta manera la Corte supera la visión jurisprudencial enfocada exclusivamente a los derechos patrimoniales.

4 Múltiples áreas del conocimiento, como la sociología, vienen hablando de las diferentes formas de constitución de las familias y el legislador colombiano aún sigue considerando solo una forma de ser.

5 Vale la pena decir, que, pese a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, algunos operadores de justicia siguen leyendo al hombre y mujer como protagonistas de la institución de la familia dejando de lado

Adicionalmente, a la hora de reflexionar sobre delitos como la violencia intrafamiliar hay que tener en cuenta el factor de acceso efectivo a la justicia, y en este sentido las interpretaciones de los operadores y operadoras judiciales y de las tomadoras y tomadores de decisión tienen un peso importante. Ha sido evidente como algunos de los mencionados exigen de la materialización del maltrato físico⁶ para que se manifieste la triple entidad del delito (típico, antijurídico y culpable) y se puedan proteger los derechos de la víctima, en este sentido el acervo probatorio de otros tipos de violencia queda bajo responsabilidad de la víctima y los derechos de las mujeres a una vida libre de violencias no se protegerían.

Se puede inferir que, como consecuencia de la Ley 1257 de 2008 y de los diferentes Tratados Internacionales que ha ratificado Colombia en materia de protección de derechos de las mujeres, el legislador tenga como responsabilidad modificar y actualizar este tipo de disposiciones. Aun así, esto resulta insuficiente a la hora de introducir la perspectiva de género a la hora de analizar este tipo de problemáticas, ya que sin el reconocimiento del tipo de violencias a los que las mujeres son sometidas, cualquier esfuerzo será inútil a la hora de garantizar los derechos de las mujeres y el respectivo acceso a la justicia.

En el caso de la violencia intrafamiliar como delito, esta continúa ligada a una institución, por demás tradicional, como la familia, lo que deja de lado el reconocimiento de la libertad y autonomía de la mujer con independencia de dicha institución y deja ligada la protección de sus derechos según el nivel de riesgo que, anclado a otros sujetos, representa; es decir, mientras este tipo penal siga anclado a la institución familiar tradicional, carecerá de la perspectiva de género necesaria para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias.

Aún frente a todo lo dicho, es importante manifestar que la norma es consecuencia del mandato constitucional y legal y que sin ella el operador de justicia quedaría obligado a cumplir los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que, de manera equivocada y sin tener en cuenta la perspectiva de género, ha limitado

las múltiples formas de constitución.

6 Todo esto producto de los prejuicios y estereotipos que manejan los operadores de justicia que aún no aplican la perspectiva de género que por mandato Constitucional es obligatoria.

el concepto de familia a las relaciones sexuales o de afecto entre la pareja dejando de lado el contexto familiar y sin ninguna visión sobre las violencias huérfanas, nuevamente desconociendo las dinámicas de la violencia basada en género.

El legislador por lo tanto no incorpora la perspectiva de género en la lectura que se hace de la dinámica de violencia intrafamiliar, así las cosas, aunque se cambie la transformación de la nominación entre unidad familiar, núcleo familiar o contexto de familia se continúan desprotegiendo los derechos de las mujeres y las dinámicas de las violencias basadas en género.

5. Violencia Institucional: sentencia T 735 de 2017.

La violencia institucional en el marco de la violencia de género se da por parte de las autoridades encargadas de materializar los derechos de las mujeres y se explica por la interiorización de estereotipos de género que menoscaban sus derechos y libertades. Ello se refleja en los espacios judiciales cuando se toma bajo sospecha de una mentira o exageración el relato de la víctima, circunstancia que reproduce la violencia. No obstante, en la mayoría de los casos, la respuesta institucional consiste en alejarse de su rol como tercero imparcial, para situarse al lado del agresor y disminuir aún más a la mujer, ya sea humillándola, descalificándola, culpabilizándola de la violencia, jerarquizando o naturalizando la violencia, interpretando indebidamente el material probatorio, no aplicando el enfoque de género o desconociendo sus competencias relacionadas con la protección integral de las mujeres.

Así las cosas, la Corte estableció que existen dos tipos de violencia institucional:

- La reproducción de la violencia que supone la imposición de obstáculos para acceder a la justicia, en detrimento del compromiso internacional estatal de actuar con diligencia para prevenir, atender, investigar, juzgar y sancionar la violencia contra las mujeres.
- La producción de la violencia contra las mujeres cuando los funcionarios ocasionan daños psicológicos, económicos, físicos

y sexuales sobre la mujer, que resulta más lesiva por cuanto anula cualquier expresión de inconformidad ante la legalidad y legitimidad con la que actúa la administración.

La corporación SISMA MUJER afirma, en consulta a la Corte, que las comisarías de familia son instituciones ineficaces respecto de su objetivo de proteger a las mujeres víctimas de violencia debido a que no entienden la definición de violencia legal, según la cual también está dada por factores psicológicos, económicos y sexuales. Tampoco profieren medidas de protección integral y de atención que busquen conjurar esa amenaza, por cuanto se limitan a la protección de la seguridad personal con un aviso a la estación de Policía. Dicha situación invisibiliza la violencia no física y envía el mensaje a la víctima, su familia y la sociedad de que esas agresiones no son graves o son formas naturales de relación entre hombres y mujeres.

Esta corporación manifiesta también que las comisarías no brindan información suficiente a las mujeres sobre sus garantías ni una orientación integral, no se les ofrece asistencia en salud, no se les respeta su derecho a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición, ni se respeta su decisión de no ser confrontadas con el agresor. Adicionalmente, mencionó varias conductas de violencia que los funcionarios públicos realizan y que generan impactos emocionales negativos en las mujeres al incrementar su sensación de vulnerabilidad y experimentar la falta de apoyo de la autoridad pública.

Alertó además sobre la ausencia de medidas para enfrentar la violencia institucional, debido a que:

1. No existe información estadística sobre las actuaciones de las comisarías;
2. No existen programas de capacitación en equidad de género a los funcionarios;
3. Los lineamientos expedidos (Resolución 0163 de 2013) son insuficientes para dar cumplimiento a la Ley 1257 de 2008;
4. El Ministerio Público no interviene en las audiencias ante las comisarías;

5. No hay claridad sobre la procedencia de la figura de la recusación, en tanto se trata de entidades de carácter judicial-administrativo.

6. No se han establecido mecanismos de seguimiento efectivo a las actuaciones de las comisarías, puesto que ni la Secretaría de Integración Social, ni la Personería Distrital, ni la Procuraduría General de la Nación asumen con seriedad la labor de vigilancia.

Una vez reseñado el precedente sobre la procedencia de la acción de tutela para cuestionar las decisiones adoptadas dentro del proceso de medidas de protección y su trámite de incumplimiento, así como la regulación de esos mecanismos, se hace necesario hacer referencia a los deberes de las autoridades públicas cuando conocen casos de violencia en contra de las mujeres.

Al respecto, la Corte Constitucional ha incorporado dentro de su jurisprudencia los estándares derivados de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; esto con el fin de determinar el alcance de las obligaciones estatales en cuanto a la prevención, investigación, sanción y reparación de la violencia contra la mujer, al considerar que ellos hacen parte del bloque de constitucionalidad. Adicional a ello, se tiene que la citada Ley 1257 de 2008, en su artículo 4, señala que esos compromisos son guía para su interpretación y aplicación en relación con todas las medidas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

6. Las violencias huérfanas frente a la ley 1959 de 2019

Las violencias huérfanas, al igual que la violencia intrafamiliar, se constituyen como una violencia basada en género contra las mujeres. Aunque las segundas gozan de una regulación concreta y tienen consagración normativa amplia con disposiciones que incorporan estándares internacionales, las primeras adolecen de una reglamentación jurídica específica que permita una intervención estatal efectiva.

La violencia intrafamiliar fue regulada por primera vez en Colombia en el año 1996 a través de la Ley 294. Esta norma surge a raíz de la obligación jurídica adquirida por el Estado cuando ratificó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer «Convención De Belem Do Pará», mediante la Ley 248 de 1995. Aunque dicho instrumento internacional avocaba a los Estados para incorporar normas que erradicaran las violencias contra las mujeres, el Congreso expide la Ley de violencia intrafamiliar con enfoque familista sin reconocer de forma expresa, que, de acuerdo con las estadísticas, son las mujeres el mayor porcentaje de víctimas, sin tener en cuenta el fenómeno del subregistro. Sólo doce años después el Estado cumplió con su obligación expidiendo la Ley 1257 de 2008, que busca dictar normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

La aplicación armónica de ambas normas ha permitido de manera más o menos efectiva el trámite jurídico de las violencias contra las mujeres en el ámbito familiar, esto es, bajo la configuración de pareja (matrimonio o unión marital de hecho) y expareja con hijos en común. Esta interpretación fue válida hasta el año 2017 cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, consideró en la Sentencia 48047 que la violencia que se ejercía entre las exparejas, aunque tuviesen hijos en común, no podría tramitarse por el tipo penal de violencia intrafamiliar, sino por el de lesiones personales. Dicha interpretación generó la conciliación de un cúmulo de procesos y el obstáculo principal para que las mujeres víctimas de sus exparejas acudieran de forma expedita a las comisarías de familia para la solicitud de medidas de protección.

Esta inadecuada interpretación fue resuelta mediante la Ley 1959 de 2019, que dejó claro que ha de entenderse, entre otras, la violencia intrafamiliar como la violencia ejercida entre cónyuges o compañeros permanentes, aunque se hayan separado o divorciado, las exparejas con hijos en común y las personas con las que se sostienen o hayan sostenido relaciones extramatrimoniales de carácter permanente que se caractericen por una clara e inequívoca vocación de estabilidad. Este último literal, incluye las relaciones de «amantes», cobijando bajo esta protección las violencias ejercidas dentro de las parejas o exparejas no

convencionales. Aunque esta norma amplía nuevamente la protección de exparejas e incluye una nueva categoría para la protección de las violencias dentro del tipo penal de violencia intrafamiliar, siguen quedando por fuera otras violencias contra las mujeres.

Las violencias huérfanas son aquellas violencias que aún tienen un vacío jurídico que impide la erradicación de las violencias contra las mujeres en estos ámbitos no cobijados de manera efectiva con los estándares normativos de la violencia intrafamiliar; es el caso de los novios, exnovios y otras relaciones equiparables, amorosas o sexuales, que se configuran en el contexto contemporáneo y que se escapan de los mandatos normativos tradicionales del matrimonio o la unión marital de hecho. Si bien es cierto estas violencias usualmente se tramitan por el tipo penal de lesiones personales, la diferencia en cuanto al alcance y protección dista frente la efectividad del procedimiento penal o administrativo de la violencia intrafamiliar.

Cuando las violencias huérfanas contra las mujeres, en el mejor de los casos se tramitan bajo el tipo penal de lesiones personales produce diferentes consecuencias: i) Se desdibujan las causas que originaron las violencias y por tanto, se desconocerá su base patriarcal, lo que afecta en gran medida una política criminal asertiva, porque estará actuando para la intervención de delitos cuyos sujetos activos según la norma no son calificados, pero que para este caso, si lo son porque son victimarios que tienen o han tenido alguna relación con la víctima. ii) Uno de los trámites dentro del proceso es la conciliación, momento procesal prohibido en la violencia intrafamiliar. En ocasiones se insta a la víctima para que lo haga desconociendo los efectos que produce esta decisión. iii) La víctima sólo puede acudir a la instancia judicial para solicitar medidas de protección, que tardan mucho más y que en ocasiones no se otorgan. iv) En este tipo de delitos, la violencia psicológica es de difícil argumentación aunque la Corte Constitucional planteo que el «daño en la salud» es una lesión personal que puede tramitarse bajo este tipo penal.

Conclusiones

Más allá de las discusiones y nuevos modelos de familia establecidos en occidente, la visión del modelo tradicional de familia de índole

patriarcal y nuclear en Colombia se mantiene vigente en gran parte de la sociedad colombiana; esta visión afecta la postura del legislador, imposibilitando que este asuma posturas y elabore leyes donde reconoce otros modelos de familia cuyos roles y relaciones son cambiantes y dinámicas, producto de la orientación sexual, las condiciones socioeconómicas y la forma de relacionamiento con los demás.

La violencia intrafamiliar es una violencia basada en género contra las mujeres, porque aunque es multicausal puede observarse en la base de estas causas estereotipos o roles sexistas, que legitiman la violencia y buscan aconductar o garantizar el *statu quo* de las mujeres en el espacio privado o doméstico, preservando las relaciones inequitativas de poder de hombres sobre mujeres.

Las violencias huérfanas contra las mujeres, tienen un vacío jurídico que afecta su erradicación porque usualmente son tramitadas por el tipo penal de lesiones personales, que desconoce las causas de este tipo de violencias y los sujetos calificados que las producen. Eso lleva a que no se cuente con garantías específicas con las que si goza el tipo penal de la violencia intrafamiliar.

REFERENCIAS

- Agudelo, J. (2019). Lo invisible en la violencia psicológica contra la mujer. (Inédito). En: *Análisis del contexto y los desafíos jurídicos frente a la violencia intrafamiliar en la ciudad de Medellín, año 2016*. Medellín: UNAULA
- Alvarez, M. (11 de octubre de 2019). Antioquia, el de más casos de violencia contra la mujer en el país. El Tiempo. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/violencia-contra-las-mujeres-en-antioquia-422166>
- Ariza Sosa, G. R. (2012). *De inapable a intolerable: Violencia contra las mujeres en sus relaciones de pareja en Medellín*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Beltrán, M. (2019). CM& (Noticiero). Bogotá.
- Bosch, E., Ferrer, V., Ferreiro, V. y Navarro C. (2013). *La violencia contra las mujeres. El amor como coartada*. México, D.F.: Siglo XXI Editores.
- Connell, R. (2014). Rethinking Gender from the South. *Feminist Studies*, 40(3), 518-539. Recuperado de www.jstor.org/stable/10.15767/feministstudies.40.3.518
- Constitución Política de Colombia (Const.) (1991). Recuperado de: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>
- Corporación Sisma Mujer (2012). Informe de la mesa por el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias, sobre la implementación de la Ley 1257 de 2008 y su estado actual de cumplimiento. Recuperado de: <http://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2016/12/29.-03.2012.Informe-Derecho-Mujeres-Vida-Libre-De-Violencias-Implementaci%C3%B3n-Ley-1257.pdf>
- Corporación Universitaria Remington e Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forense. (2016). Radiografía de la violencia regional, retos y alientos. Medellín: Fondo Editorial Remington. Disponible en: <http://www.uniremington.edu.co/images/investigacion/libros-investigacion/Radiografia-de-la-violencia-regional-Retos-y-alientos.pdf>
- Corte Constitucional, Sala octava de revisión, República de Colombia. Sentencia T 070 de 2015. MS Martha Victoria Sáchica Méndez
- Corte Constitucional, Sala plena, Republica de Colombia. Sentencia C 577 de 2011. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Franco Agudelo, S. (1999). *El quinto, no matar: Contextos explicativos de la violencia en Colombia*. Santafé de Bogotá: IEPRI : TM Editores.
- García-Moreno, C., Pallitto, C., Devries, K., Stöckl, H., Watts, C., & Abrahams, N. (2013). *Global and regional estimates of violence against women: Prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*. Geneva, Switzerland: World Health Organization.

- Guirao Goris, J. A., Olmedo Salas, Á., & Ferrer Ferrandis, E. (2008). El artículo de revisión. *Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria*, 1(1), 1–25.
- Ley 1257 de 2008. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.193 de 4 de diciembre de 2008. Congreso de Colombia. Bogotá. 4 de diciembre de 2008.
- Lugones, M. (2008). Colonialidad y género. *Tabula Rasa*, (9), 73–101. Lugones, M. (2011). Hacia un feminismo descolonial (G. Castellanos, Trad.). *La Manzana de la Discordia*, 6(2), 105–119.
- Marco-Gracia, F. (2018). La génesis de la Segunda Transición Demográfica en el Aragón rural (1970-2012). *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 161. 63-86. <http://dx.doi.org/10.5477/cis/reis.161.63>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1992, enero 29). *La violencia contra la mujer. CEDAW Recomendación general n° 19*. Recuperado de http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf
- Rubin, G. (1986). El tráfico de mujeres: Notas sobre la «economía política» del sexo. *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales*, (30), 95–145. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2168393>
- Segato, R. L. (2008). La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez: Territorio, soberanía y crímenes de segundo estado. *Debate Feminista*, 37, 78–102. Recuperado de www.jstor.org/stable/4262512
- Segato, R. L. (2011). Género y colonialidad: En busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial. En K. Bidaseca & V. Vazquez Laba (Eds.), *Feminismos y poscolonialidad: Descolonizando el feminismo desde y en América Latina* (2a ed., pp. 17–48). Buenos Aires: Ediciones Godot.
- Segato, R. L. (2012). Femigenocidio y feminicidio: Una propuesta de tipificación. *Herramienta*, (49). Recuperado de <https://herramienta.com.ar/articulo.php?id=1687>
- Walby, S., Towers, J., Balderston, S., Corradi, C., Francis, B., Heiskanen, M., ... Strid, S. (2017). Conceptualising violence and gender. En *The concept and measurement of violence* (1a ed., pp. 31–56). Recuperado de www.jstor.org/stable/j.ctv47w5jo.8

Retos de la justicia en la era de la cuarta revolución industrial

Alfonso Norberto Jiménez Ramírez

alfonsonorbertojimenez@hotmail.com

Resumen: El presente escrito configura un debate analítico argumentativo sobre las discusiones con vigencia científica frente a la coyuntura de la justicia digital. Para dar alcance a lo anterior el presente texto consta de tres partes; en la primera parte tendrá un desarrollo descriptivo sobre la Inteligencia artificial, su concepto, los elementos que la componen y los retos o problemas que esta plantea en el contexto de la justicia digital. La Segunda parte describirá, en contextos de factibilidad, el impacto de la inteligencia artificial en el proceso judicial, su función dentro del proceso y sus principales críticas desde los fines procesales. Finalmente, el texto destacará a manera de exposición hallazgos de relevancia para la configuración de estrategias de superación de uno de los retos que plantea la inteligencia artificial en el proceso judicial.

Inteligencia artificial y justicia digital

Colombia asiste una vez más a la cita con la tecnología; y no es para menos, bastaría con revisar la visión del ministerio de las ciencias para comprender el interés mediático en tales temas.

El ministerio de ciencia tecnología e innovación será reconocido como el propulsor de la transformación de Colombia hacia una sociedad del conocimiento y por enfrentar los retos y desafíos de la cuarta revolución industrial, igualmente será identificado por su liderazgo e impacto en las regiones y por promover su desarrollo sostenible desde la investigación y la innovación a través de la articulación Universidad, empresa, estado y sociedad. (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2018)

Desde la Presidencia de la República, Colombia se propone formar 100.000 programadores de aquí al año 2022, para generar proyectos principalmente de inteligencia artificial entre otros¹.

Tal escenario plantea el abordaje jurídico de tópicos hasta ahora desconocidos por el derecho Colombiano y que actualmente se están estructurando a un ritmo galopante, basta con revisar el tema de alimentación de datos a sistemas de inteligencia artificial, (en adelante IA), para comprender que no es un tema lejano pues, hoy en día muchos artículos del mercado incorporan sistemas operativos capaces de reaccionar, sugerir y vaticinar al servicio de los usuarios con fundamento en información o historial reiterativo de los patrones de uso. Tales hazañas son típicas de las computadoras de inteligencia artificial implementadas ya por la industria de producción masiva donde entre la maquinaria especializada de uso reservado se tiene conocimiento de vehículos inteligentes como Tesla o los relojes inteligentes como el Apple Watch y su IA llamada Siri.

Si bien la IA ha tenido buena acogida en productos de consumo masivo, no ocurre lo mismo en el contexto de fiabilidad de valores menos individuales, tal rechazo se prueba en el ejercicio mental de imaginar una confianza colectiva y plena en una máquina de inteligencia artificial para el juzgamiento computado de la conducta humana. De tal ejercicio se infiere que el solo imaginar un sistema

¹ Presidente Iván Duque presenta Misión TIC 2022, el programa con el que se formarán 100.000 programadores en el país. (Citado el 22de marzo del 2020) Disponible en: <https://mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/150045:Presidente-Ivan-Duque-presenta-Mision-TIC-2022-el-programa-con-el-que-se-formaran-100-000-programadores-en-el-pais>

de juzgamiento computarizado produce cierto resquemor; y no es para menos, pues, apartando la ponderación de pesos jurídicos que se enfrentan, el sentido común por el control y la verificabilidad de las cosas es tan instintivo como la supervivencia misma.

Sociológicamente, del mismo modo en que resulta difícil concebir la figura de un empleado o un funcionario sin supervisión física, sin el control de horario, o incluso sin aquel elemento de subordinación contractual, también resulta difícil obviar un gran salto tecnológico que no se encuentra acompasado al sistema de creencias y *modus vivendi* generacional, pues, hace apenas unos años se planteaba (en las películas de los años ochenta) un panorama desolador en el cual las máquinas monopolizarían el control del mundo y demarcarían el destino de la humanidad donde el rol de la inteligencia artificial sería la toma de decisiones sin contemplación circunstancial, soslayando la integridad del ser humano y, aunque ello se trata solo de ciencia ficción, se necesita todo un giro histórico-hermenéutico (gadamer, H-G, Parada, A., 1998) para la superación del mencionado imaginario colectivo.

Es precisamente el giro historicista el que invita a reflexionar sobre las bondades que ha representado la tecnología para la humanidad. Pensar, por ejemplo, en la precisión milimétrica de un robot cirujano en procedimientos médicos altamente invasivos, el éxito de la experiencia acumulada de muchos cirujanos expertos cargado en una computadora, con precisión milimétrica, sin dubitaciones en un logaritmo de diagnóstico, capaz de dictar cuál es el corte perfecto, que no tenga la presión típica del temor o de cualquier sentimiento humano y que, por el contrario, este diseñado para ejecutar, de manera perfecta, una cirugía de columna o de cerebro. Ciertamente es que el ser humano es irremplazable, es la fuente que alimenta la información, es el sensor que da los patrones a seguir y, en el caso de la IA, esta es una línea cuyo trazo seguirá evolucionando dentro de los parámetros marcados por el hombre.

Ahora bien, hermenéuticamente se cuenta con perspectivas más complejas, científicas y confiables que ven la inteligencia artificial como lo que es, una herramienta para obtener la potencialización, para elevar rendimientos, para leer la información y sumi-

nistrar en tiempo real datos relevantes, estadísticos, conectividad, análisis de probabilidades, todo aquello que simplemente mejore la accesibilidad y la prestación de un servicio.

Así las cosas, el reto de la cuarta revolución industrial está en la armonización del desarrollo tecnológico al servicio del ser humano. Es un reto hacer que la IA trabaje para la humanidad sin desplazar al humano ni a su rol social. La inteligencia artificial no se está desarrollando actualmente con la idea de sustituir a un juez humano, en ese sentido existen diversos grados de colaboración aplicada al derecho entre la máquina y el humano. En primer lugar, se encuentran los sistemas que sustituyen al experto. En segundo lugar, se encuentran los sistemas que identifican el problema y los sistemas que ayudan a identificarlo y, en tercer lugar, se tienen los sistemas que ayudan a la toma de decisiones.

Es gracias a la anterior segmentación que se cuentan con actuales y mejores perspectivas de uso de IA en adjudicación del derecho. Por ejemplo, en la adjudicación del derecho procesal, científicamente se ha fundamentado la factibilidad de optimizar el principio de celeridad por ejemplo en procesos de naturaleza declarativa que ocasionan la congestión del aparato judicial con la aplicación de una base de datos para que describa patrones con la cual se logrará una solución efectiva y objetiva funcionando, así como un apoyo de descongestión para el aparato judicial en instancias procesales.

Si bien lo indica Álvaro Pascual D., (2017):

Los primeros avances en IA aplicada al derecho iban dirigidos a simples procedimientos, tales como la aplicación de reglas sencillas a hechos no controvertidos. No obstante, recientemente este campo de la investigación científica se ha centrado en áreas más complejas y desafiantes que conciernen a los procesos legales y se ha hecho énfasis sobre todo en la toma de decisiones judiciales. De momento, ningún mero engranaje de reglas o patrones algorítmicos pueden emular a la perfección el modelo humano de toma de decisiones judiciales, pues no en vano el juez tiene la ardua tarea de solucionar controversias de las cuales suelen depender el patrimonio, los derechos o la libertad de las personas. (Pascual, Á., 2017)

La toma de decisiones judiciales requiere una unión entre conocimientos legales y juicios de valor como aquella habilidad exclusiva de humanos capaces de razonar con discernimiento para diferenciar

la verosimilitud de la verdad, lógica para optimizar la predictibilidad de las cosas mediante secuencias coherentemente o identificación de patrones con o sin los elementos silogísticos suficientes incurriendo incluso en el vaticinio que hace uso de la intuición humana y finalmente el sentido común. Pues son estos elementos del razonamiento los que permiten a los juzgadores, en sus tareas, ejecutar actividades como: evaluar la credibilidad de un testigo, el valor probatorio de unas pruebas, o en especial en el orden penal, el balance entre piedad y severidad a la hora de aplicar una pena valorando las circunstancias internas y externas del caso, dentro del rango discrecional que la ley les otorga (Ramírez, D., 2020).

1. Impacto de la inteligencia artificial en el proceso judicial, su función dentro del proceso y sus principales críticas desde los fines procesales

Ahora bien, se debe tener en cuenta que los proyectos de desarrollo de inteligencia artificial aplicada a la toma de decisiones judiciales se han alejado de la idea utópica de crear un súper *software* o juez cibernético que resuelva casos reales y se ha enfocado en el desarrollo de herramientas prácticas y analíticas que sirvan de ayuda al juez humano en sus actividades de resolución de casos. No obstante, el hecho de agregarle elementos proporcionados por sistemas de inteligencia artificial a la discrecionalidad judicial humana, ello plantea sus problemas y bondades.

1.1. Impacto en el principio de autonomía judicial

Paradójicamente este aspecto se ve amenazado en la coyuntura de la incorporación de la IA debido a que durante la fase de incorporación de estos sistemas los jueces se verán impactados en su estabilidad.

La retribución y las compensaciones laborales están pensadas —en el derecho— como un mecanismo de reconocimiento al esfuerzo, a la dedicación y a la complejidad del cargo. Un funcionario bien retribuido es un empleado con alta autoestima, capaz de anteponer el deber sobre la presión; en este sentido, las compensaciones laborales tienen una relación directamente proporcional con el compromiso, la dedicación y los resultados. (Ramírez, D., 2020)

El fantasma de los despidos ante la implementación de la inteligencia artificial es un temor latente; de ser esto cierto sería un precio costoso por pagar en aras a la modernidad. Con tan solo contemplar esta idea, se genera una resistencia a un proceso necesario como lo es el proceso de actualización y optimización de la justicia, no se puede desconocer que parte de la crisis del sector se origina por la sobrecarga laboral, la insuficiencia en cuanto al número de despachos, de funcionarios, de presupuesto, de herramientas técnicas y tecnológicas, preparación, capacitación y ambientes organizacionales sanos que, hoy por hoy, brillan por su ausencia.

La IA no es la solución, tan solo es una herramienta para lograr actualizar la administración de justicia, pero vender la idea de perfección, o de solución mágica, o dejar entrever que el futuro es la automatización de la administración de justicia, de la mano de innovaciones tecnológicas con miras al reemplazo de seres humanos por maquinas, es sin duda alguna dar la espalda a la realidad del papel preponderante del juez en la sociedad.

1.2. Impacto ambiental

Una postura de gran relevancia frente a la coyuntura de la justicia digital se encuentra planteada paradigmáticamente como justicia ambiental y encuentra defensa emblemática en posturas como la de Ramírez.

Al lado de los tradicionales derechos fundamentales o derechos civiles e inherentes a la persona humana, se posicionan bajo el principio de progresividad, los derechos sociales económicos y culturales, que contienen una gran carga de desarrollo para el ente estatal, a través de políticas públicas como educación, vivienda, trabajo, justicia y salud. Pero además también hacen su entrada, los intereses y los derechos colectivos, donde se encuentra el derecho fundamental, a un ambiente sano, de que habla la constitución (Ramírez, D., 2019)

Acogiendo los postulados de Diana María Ramírez Carvajal se tiene que la transformación de la justicia escritural a la llamada justicia oral fue un avance indirecto en muchos aspectos. Ello terminó generando un impacto en cuanto al consumo de papel, las incesantes hojas y hojas que se necesitaban en el desarrollo un solo proceso constituyen una representación gráfica y simbólica de la disciplina del derecho desde los tiempos de la era clásica, que permearon todo

el evolucionismo del derecho hasta la modernidad, llegando a reseñar una reiteración consumista absurda, si se tiene en cuenta un primer estadio de material físico aportado por las partes en sus diferentes escritos petitorios, así como los pronunciamientos por parte del despacho, ríos de copias, tinta y elementos contaminantes; todo esto sin contar los miles de árboles que sacrificaron su existencia para que el litigante promedio plasmara, sobre el producto del sacrificio ambiental, las ideas que rondaban su mente; eso sin entrar a debatir en los alegatos finales en cuanto a cuál y cómo debía ser el proceder del despacho: textos que retomaban todas las ideas planteadas y relatadas por testigos, creando folios y folios que aun reposan en el archivo, como testigos silentes de discordias resueltas y del grito del medio ambiente.

El cuidado del ambiente es un mandato de rango constitucional, que ante la permisividad o tal vez la carencia de forma distinta, los seres humanos dejaban de lado. Afortunadamente, el despertar de la conciencia ambiental encontró eco en los principios constitucionales y, hoy, la cuarta revolución industrial presenta alternativas ambientalistas. Tan sencillo como replantear el modelo escritural gracias a la posibilidad de la justicia digital, los archivos en memorias o en la nube, donde se traslada el contenido de los mismos sin necesidad de reproducción sobre hojas y hojas de papel, sin lugar a dudas aportan a la conservación del medio ambiente; la enseñanza del reciclaje y el cuidado del medio ambiente en campañas desde los jardines infantiles está preparando generaciones de jóvenes preocupados por el planeta. Es palpable el cambio de conciencia social.

2. Función de la IA dentro del proceso

Siguiendo al señor presidente Iván Duque, quien planteó la necesidad de que “la justicia sea digital, los expedientes electrónicos, el seguimiento en línea, las denuncias *online*, y propuso además la posibilidad de mecanismos de resolución de conflicto” (Presidencia de la República de Colombia. 2020), podemos decir que se identifican claramente las necesidades en el abordaje del tema justicia e inteligencia artificial. El primer gran tema es el expediente electrónico, es una necesidad apremiante dejar de enterrar los funciona-

rios judiciales en montañas de papel. Los despachos judiciales en otrora físicos y en algunos casos hasta distantes de los usuarios, se transformarían pues, al estar en la red, la información está al alcance de todos. El segundo aspecto relevante es el llamado seguimiento en línea, que permite acceso rápido y da una percepción al usuario de contar con mecanismos amigables para la resolución de sus conflictos. Se tendría un proceso en línea², donde la información, soportada en la nube, es garantía de transparencia, eficacia libertad de acceso remoto, lo que impactaría favorablemente las necesidades de la sociedad, y favorecería, a la par, el medio ambiente.

En cuanto a la mediación de la prueba —artículo 6o del código general del proceso— esta impone la carga de la misma al juez, ante la apremiante evolución de la IA se están obteniendo desarrollos tecnológicos en la búsqueda de soluciones, explorando sobre diversos temas, es así que se han creado herramientas capaces de leer las emociones en el rostro de una persona, con toda la carga de invasión a la privacidad que esto pueda significar. El margen de error es otro reto, nada asegura a ciencia cierta que las expresiones de llanto, por ejemplo, producto de una alegría o de una sorpresa, no puedan ser confundidas con llanto de frustración o de dolor, así contextualizado no es infalible el resultado. Asumir este riesgo en la práctica de un testimonio o en el interrogatorio de parte, deshumanizando la justicia y permitiendo que un *software* valore o identifique señales en el rostro del declarante y, gracias a ellas, de un valor probatorio al testimonio recadado, es un camino largo por recorrer, se genera una presión en el deponente que se podría comparar a estar unido a un detector de mentiras, universo difícil de transitar en cuanto a legalidad de la prueba así obtenida.

La nueva tipología de pruebas obtenidas con la mediación de la IA trae aparejados grandes retos.

Leer críticamente las posibles consecuencias de las nuevas tecnologías en términos de la seguridad y la privacidad. Si bien es muy difícil esconderse de las lecturas que hacen de nosotros los sistemas de información, podemos decidir bajo qué circunstancias hacer uso de los atajos tecnológicos. Es más,

2 Elevar denuncias de manera remota, es la forma más efectiva de garantizar que los delitos no queden sin ser conocidos por las autoridades, crear campañas masivas de información, sensibilización, desde edades tempranas y articulando estas con un medio eficaz de denunciar es garantía de prevalencia de derechos.

podemos demandar explicaciones acerca del uso que de nuestros datos hacen las distintas compañías. Este reto fomenta la agencia en los seres humanos. Ahora se acepta que el ciudadano exija explicaciones a las instituciones y se respeta que haya mecanismos empresariales para responder a estas solicitudes. Y la agencia, en particular, ayuda a la autodeterminación del humano en su entorno.(Pérez, J., 2020)

Nuevamente emerge el reto de la vulneración de derechos y las libertades del ser humano frente a la inteligencia artificial. Lo que podría ser analizado desde el marco de la vulneración y ameritaría resarcimiento de perjuicios causados, además validaría la discusión sobre la responsabilidad en la comisión de este, daño causado por la IA que aprende por sí misma. Esto trasladaría el tema a responsabilidad del fabricante, del programador o, en ultimas, del operador.

En términos de legislación, lo anterior supone unos dilemas éticos y bioéticos muy complejos porque basta imaginar el impacto que pueden tener los desarrollos genéticos. Pensemos, por ejemplo, cuando existan avances científicos que permitan a una persona pagar por un implante de memoria (esto parece ciencia ficción pero no lo es) o unos padres que podrán pagar para que su hijo nazca sin los genes que producen una determinada enfermedad o, incluso, con un gen que potencie su capacidad cognitiva. (Vallejo, J., 2019)

La legislación tiene un compromiso bastante grande en relación con este tema de responsabilidad. No solo es el desarrollo de IA, sino los límites a la misma, una legislación que debe estar a la par, ante la pregunta de qué se debe regular, y qué temas no ameritan regulación, la evolución de estas tecnologías exigen amplios campos de análisis, pues al ser un universo en creación, su potencial es infinito, delimitado solo por la creatividad del hombre.

Añádase a lo anterior que las dificultades legales y éticas que se dan en países democráticos para la implementación de una nueva tecnología no se dan en estos países lo que les permite asumir el liderazgo global más fácilmente. Empresas como Twitter no pueden hacer llegar sus mensajes en China. (Fernández, E., 2020)

Este fenómeno mundial trae la guerra de las tecnologías sin duda alguna una batalla campal se librará por la supremacía de la conquista de estos escenarios, el comercio está incursionando en las redes sociales, la globalización abrió mercados insospechados y la red interconectó el mundo, La geopolítica es cambiante y la conquista es la forma.

2.1. Principales críticas

Pese a que se ha afirmado que ningún sistema computacional sería capaz de emular el razonamiento humano de manera idéntica, actualmente y más todavía en un futuro a medio plazo, la inteligencia artificial puede llegar a imitar el comportamiento humano con un grado muy avanzado de similitud. En esa línea se encuentran los sistemas expertos, que no son otra cosa que programas que imitan el comportamiento humano. Utilizan información previamente introducida a dicho sistema y emiten una solución con base en dicha información.

No obstante lo anterior, una postura de gran relevancia frente a la coyuntura de la justicia digital se encuentra planteada paradigmáticamente como justicia dialógica y genera reflexiones críticas en torno a la IA con fundamento en posturas como la de Ramírez:

La decisión dialógica tiene una base argumentativa con perspectiva racional. Ella se basa en argumentos que deben estar justificados por el juez, además de ser coherentes y suficientes. Este análisis argumentativo, parte en primera línea de la interpretación de los hechos, pero de manera consecuencial es aplicable a la interpretación de la prueba, pues ambos se componen de narraciones lingüísticas, de textos y contextos sin un sentido preestablecido (Ramírez, D., 2020).

Estas líneas cobran una especial preponderancia, al preguntar si en el imaginario de un *software* de sistema operativo inteligente, con automatización de actualización de textos legales, dogmática, precedentes y teorías de doctrinantes, capaz de proferir sentencia, se contaría con la posibilidad de verificar sus fundamentos dialógicos, competencia propia del ser humano, como aquella ratio que llena el estándar de justicia que se requiere, es decir, cómo se cumpliría el control o la verificación de este aspecto frente al fin social aparejado a la administración de justicia?, o simplemente estamos abocados por esta necesidad de celeridad judicial y de eficacia, a sacrificar la verificabilidad del razonamiento dialógico.

Dice Ramírez que, “la razonabilidad de las conclusiones alcanzadas en la sentencia, se corresponden con la lógica de las inferencias construidas por el juez”(Ramírez, D., 2020). Sin lugar a dudas ese análisis razonable de cada uno de los elementos materiales probatorios, de

las circunstancias de los mismos, de la narrativa, de la claridad de la prueba apreciada en contexto, es un reto para el juez; es solo observar la frecuencia del uso de los recursos impetrados contra sentencias judiciales. Donde los extremos inconformes con la decisión proferida aun ante el caudal probatorio, recurren en el mayor de los casos a hablar de esa interpretación equivocada realizada por el juez, o esa indebida aplicación de norma. Esto nos lleva a reflexionar sobre el reproche, o bien de la forma como se obtuvo la prueba, o bien de la interpretación de la misma, o en su defecto de la percepción. Recordemos que dichas decisiones imparciales están ajustadas a razonamientos lógicos, pero tienen un alto contenido interpretativo, todo esto queda apreciado en conjunto todo aquello que infirió el juez y que fue objeto de análisis, expresado claramente en el sustento de la sentencia, lo que es un requisito, por demás, sobre el cual se exige congruencia. Preguntémonos entonces ¿qué tanto éxito tendría nuestra súper computadora realizando el proceso dialógico necesario para la valoración probatoria en el contexto de uno de esos casos difíciles?

Para visualizar lo anterior vale la pena recurrir al ejercicio imaginario de que, por ejemplo, un día martes vas a una panadería y el programa Google Maps memoriza tu ruta para luego sugerirte todos los martes a esa misma hora el destino de la panadería como una solución mágica o automática, el problema con esto es que no todos los martes tú vas a querer ir a la panadería... O cuando tu *e-mail* graba información de búsqueda y te ofrece productos que estuviste buscando en Google, etc.

Otra de las críticas es la precaria preparación del gremio de juristas frente a la inminente llegada de la era de la justicia digital. Sierra señala que “los nuevos abogados del país deben estar mucho más preparados para interactuar con la tecnología, los algoritmos, las matemáticas y, en general, el lenguaje de la programación” (Sierra, G., 2020). Lo cierto es que los proyectos desarrollados hasta ahora no pueden sustituir la labor hecha por el juzgador, ni siquiera en las reclamaciones más sencillas y el profesor Sierra viene generando una serie de reflexiones en torno a los usos de estas tecnologías y su impacto en el derecho.

“El jurista tiene que empaparse de la tecnología para identificar dónde puede volverse violatoria de derechos o no garantizar derechos como debería garantizarlos” (Sierra, G., 2020). En esa medida el operador jurídico no puede saber solo de derecho, tiene que conocer el lenguaje informático, saber de arquitecturas informáticas, cómo la máquina desarrolla sistemas de predictibilidad y cómo clasifica en la que se plantean si el razonamiento jurídico puede realizarse por un ordenador y abre cuatro ámbitos en esta materia:

1. Búsquedas en bases de datos legales y jurisprudenciales.
2. Gestión y redacción documental.
3. Formulación de dictámenes.
4. Resolución de casos, elaboración de teorías, dogmas y apertura de nuevas líneas jurisprudenciales como nuevos sistemas jurídicos.

“El derecho se pensaba alejado de las tecnologías; sin embargo, el *big data*, el *blockchain*, la IA y el *machine learning* están transformando de forma disruptivas el derecho” (Sierra, G., 2020). Esto dice Sierra, si bien un sistema de inteligencia artificial puede ser increíblemente útil para nuestra tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo único cierto es que tenemos un camino largo por recorrer, no podemos ser ajenos a la realidad, desconocer las bondades de la IA es quedar estancados en el tiempo y, no hacerlo en la administración de justicia, es condenarla a la inoperancia. La evolución es transformar paulatinamente, la cuarta revolución industrial llegó para quedarse es nuestro reto lograr este paso.

Conclusiones

La justicia digital tiene en la IA la mejor alianza estratégica para proveer fallos nutridos de argumentación jurídica, vigente a la vez tendría acceso a una visión completa de la interpretación de principios, facilitando la labor del juzgador.

La IA permite el manejo de información pública transparente, accesible en la nube, lo cual permite la interacción de la conexión desde cualquier parte del país y del mundo

La IA ayuda a dinamizar la administración de justicia, elimina barreras y acorta distancias, impactando tanto favorablemente en la población y en el medio ambiente.

La inteligencia artificial tiene la función de Proveer bancos de información consultables en tiempo real.

Tiene la función de acortar tiempos de respuesta, ahorro de costos de insumos y papelerías.

La inteligencia artificial Sintetiza el proceso, facilita el recaudo probatorio en tiempo real, a través de las distintas formas de interconexión desde cualquier lugar del mundo.

LA IA debe romper con el paradigma, tradicional, Los usuarios deben permitir y aceptar el cambio al igual que los funcionarios.

Se requiere una legislación acorde a la velocidad del desarrollo de la IA .

REFERENCIAS

- Abdala, M; Lacroix, S. y Soubie, S. (2019). *La política de la Inteligencia Artificial: sus usos en el sector público y sus implicancias regulatorias*. Buenos Aires: CIPPEC.
- Álvaro Pascual, David. (2017). Inteligencia artificial: un panorama de algunos de sus desafíos éticos y jurídicos. Disponible en: <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/14950>
- Fernández, Federico. (2020). *La inteligencia artificial como factor geopolítico*. (Citado el 22 de marzo del 2020).
- Gadamer, Hans-Georg; Parada, Arturo. (1998). *El giro hermenéutico*. Madrid: Cátedra.
- Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación. (2020). *El ministerio de la ciencia dentro de su misión y visión contempla la articulación entre universidades, empresa estado y universidad*. (Citado el 22 de marzo del 2020). Disponible en: <https://minciencias.gov.co/ministerio/vision-y-mision>
- Ministerio de Tecnologías de la Información y Las Comunicaciones. (2018). *Presidente Duque presenta los lineamientos para lograr una Colombia Digital*. Bogotá: El Ministerio; 2018.
- Pérez, J. (2020). La crisis de la humanización y la revolución 4.0. (En línea) (Citado el 04 julio de 2020). *Revista de Investigación E Innovación En Salud*. 2020; Vol.3, No.3: 140-142.
- Presidencia de la República de Colombia. (2020). *En foro Justicia para el Ciudadano, el Presidente Duque traza derroteros para reforma a la justicia*. (Citado el 22 de marzo del 2020). Disponible en: <https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2020/En-foro-Justicia-para-el-Ciudadano-el-Presidente-Duque-traza-derroteros-para-reforma-a-la-justicia-200219.aspx>
- Ramírez, Diana. (2019). Ideas sobre la justicia ambiental y el desarrollo social en Colombia: de la corte constitucional a las aulas de la universidad. *Revista Academia & Derecho*. 2019; Vol.7, No.18: 53-86. <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.18.5997>
- (2020a) *“La retribución de los jueces desde la perspectiva de la independencia”* (Citado el 22 de marzo del 2020). Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/independencia-retribucion-jueces-840975316>
- (2020b) *La decisión judicial dialógica -un mandato de los principios procesales constitucionales*. Rionegro: Universidad Católica de Oriente; 2020.
- Sierra, G. (2020). *“Ciudades inteligentes y derecho público”, que promete repensar la manera en que se resuelven las tutelas en el país*. (Citado el 22 de marzo del 2020) Disponible en: <https://urosario.edu.co/Investigacion/UCD/Articulos/Algoritmos-El-nuevo-reto-del-Derecho/>
- Vallejo, J. (2019). Derecho y cuarta revolución industrial. (En línea) (Citado el 04 julio de 2020). *Revista Universidad EAFIT*. 2019; Vol.2, No.4: 68-69. Disponi-

ble en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/revista-universidad-ea-fit/article/view/6077/4727>

Garantías procesales en la justicia digital

Zulay Milena Pinto Sandoval

Abogada Universidad Libre, Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Procesal. Candidata a Magister Derecho Procesal, Universidad Libre, Seccional Cúcuta.

Resumen: Las nuevas realidades que ofrece la aplicación de las TIC en la vida humana, ha derivado en un sinnúmero de aplicaciones en la vida diaria, tanto individual como colectiva. Estas herramientas tecnológicas han incursionado en el mundo de la administración de justicia, con prototipos de inteligencia artificial, el *blokchain* y el *big data*, entre otros. Se busca reflexionar sobre las garantías procesales en esta era de la revolución industrial 4.0, donde se ha implementado un sistema de justicia electrónica o digital. Se acude a un análisis documental y bibliográfico para conocer de cerca los pormenores de cada situación. Como resultado se obtiene que la justicia digital también está impregnada de las exigencias de los derechos fundamentales constitucionales y que su implementación exige de los operadores una migración hacia un nuevo paradigma.

Introducción

El Estado de Derecho precisa que se tenga en cuenta un portafolio de normas y reglas, que disponen las distintas convenciones de articulación de cada asociado dentro del estado. En dichas reglas, el Estado propone qué tipos de acciones o comportamientos debe desarrollar cada asociado para que su actuar sea lícito; *contrario sensu*, cuando las respuestas conductuales del asociado no se ajustan a las exigencias se dice que ha transgredido el ordenamiento jurídico y se hace acreedor de una sanción.

En este orden, el Estado Constitucional contemporáneo, fundado en las plenas garantías de los derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso, como vienen dispuestos en las constituciones modernas, ofrece un marco protector para que diferentes derechos se otorguen, previo cumplimiento de estándares de exigibilidad, tanto internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2017) como nacional, donde no sólo se resalta su reconocimiento, sino también la protección y promoción por parte de autoridades públicas y asociados en general (Agudelo Ramírez, M., 2005).

Por lo anterior, el Estado dentro de sus fines tiene la tarea de administrar justicia entre sus conciudadanos. Es una acción pública y se le ha encomendado a uno de los poderes públicos, como es el judicial. Este servicio público responde a la necesidad de «asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo» (Constitución Política, 1991, art. 2), objetivo que conllevó la creación de juzgados, tribunales y altas cortes de cierre, dentro de cada jurisdicción. Así, los funcionarios judiciales deben bajo ciertos protocolos, previa solicitud (demanda) del interesado, administrar justicia conforme a unos procedimientos, cuyo resultado será la declaratoria de un derecho o su negación a la parte que haya solicitado su reconocimiento, esto es, la sentencia de fondo.

En este punto, se debe recordar que el derecho es una ciencia social que va gestándose en la medida que la sociedad misma se recrea y reinventa, es decir, el derecho busca dar respuesta a las diferentes experiencias novedosas o nuevos elementos que surgen dentro de la dinámica social; en este sentido, se puede afirmar con

la Corte Constitucional que el «derecho es una disciplina que evoluciona conforme los cambios que se producen en la sociedad, variaciones que surgen en diferentes ámbitos, ya se trate del cultural, económico o tecnológico. Por lo tanto, el derecho puede ser considerado como un instrumento dúctil» (Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 2020).

Así, el derecho no puede resultar indiferente a las nuevas condiciones de la experiencia humana y, por ello, debe responder con las disposiciones regulatorias de esos nuevos fenómenos, en caso que los mismos lleguen a crear conflictos dentro de la sociedad. En este orden, el derecho ha asumido en el mundo de la administración de justicia, la inclusión de las nuevas herramientas tecnológicas de la información y las comunicaciones (TIC), para ofrecer a los usuarios del sistema de justicia, otras alternativas que permitan una justicia más célere y efectiva, pero, siempre dentro del marco del respeto de las garantías constitucionales (Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 2020).

En este orden, importa saber qué se entiende por sistema de justicia dentro del ámbito colombiano, por cuanto en esa medida permite saber qué elementos componen este servicio público en la dinámica del Estado Social de Derecho. En el Plan Decenal de Justicia 2017-2027, suscrito por las distintas autoridades que intervienen en la administración de justicia, la define como: «el ensamblaje de normas, procedimientos, políticas públicas y estrategias, de índole institucional y civil, cuyo objeto es producir agregativamente resultados que materialicen valores constitucionales esenciales como el acceso a la justicia, la oportuna y recta administración de justicia, la pacífica resolución de conflictos, la prevalencia del principio de legalidad y el goce efectivo de los derechos de la ciudadanía» (Ministerio de Justicia de Colombia, 2017, p. 3). Se infiere cómo la prestación de este servicio, más allá de la articulación de las distintas entidades, tiene unos fines muy concretos, donde en definitiva busca la prevalencia y protección de las garantías y derechos procesales de los usuarios del sistema.

En este orden, se busca con este trabajo decantar acerca de la protección de las garantías procesales, a través de la administración

de justicia mediante la utilización de los instrumentos y herramientas electrónicas digitales, cómo se vienen introduciendo en la práctica de la judicatura, conforme se ha visto anteriormente. Para llevar a cabo esta tarea investigativa y reflexiva, se exponen los alcances de algunas de las herramientas tecnológicas más representativas de la revolución industrial 4.0, como son la inteligencia artificial, el *blockchain* y el *big data*, instrumentos que se vienen aplicando dentro del sistema jurídico colombiano. Así mismo, se ha hecho un estudio de algunas normas que regulan el ejercicio de administrar justicia electrónica o digital, y, de igual forma, la relación de las experiencias dentro de la judicatura, del uso de los tecnofactos¹ de las TIC. Por último, para el cierre se analiza el papel de las garantías procesales que reclaman los usuarios del sistema judicial, dentro de la dinámica de la implementación de las TIC en la administración de justicia colombiana.

1. Cuarta revolución industrial, basada en el conocimiento y las TIC

La entrada en escena del computador en las distintas áreas de la vida humana, ha contribuido a la gestación de un salto cualitativo en la sociedad, en su forma de actuar en todas las áreas de interacción humana, estamos cada vez, más próximos a la instauración de un mundo artificial, dejando atrás el mundo físico y natural.

En materia de tecnología, los estudiosos (Klaus, S., 2016, p. 149)², analizando el devenir de la ciencia moderna, han propuesto la iteración de tres revoluciones industriales y una cuarta que se está consolidando. La primera hace alusión al nacimiento de la industria con base en el motor de vapor, se establecen nuevas fuentes de energía, así como nuevos medios de transporte; esta primera revolución se lleva a cabo, sobre todo, en Inglaterra a partir del siglo XVIII; la segunda comprende el predominio de energías como el petróleo, el

1 Se entiende por tecnofactos las distintas creaciones del ingenio humano, en el que se conjugan la tecnología y manufactura, donde cada época tiene sus propios inventos como el ferrocarril, el teléfono, la plancha eléctrica, el televisor, el celular, el computador, etc.

2 Otra breve reseña de las revoluciones industriales se encuentra en: Barona Vilar, Silvia. *Cuarta revolución industrial (4.0) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia*. En: UANDES, [en línea], 3 (1), Universidad de los Andes, Chile, pp. 1-21. DOI: 10.24822/rjduandes.0301.1 También puede servir la buena reseña de cada una de las cuatro revoluciones el estudio de Rozo-García, Florelva. Revisión de las tecnologías presentes en la industria 4.0. *Revista UIS Ingenierías RUI* [en línea] 19 (2), 2020, pp. 177-192. DOI: 10.18273/revuin.v19n2-2020019

gas y la electricidad, los sistemas de transporte novedosos como el avión y el automóvil y se estima su período entre la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del siglo XX; la tercera revolución conocida como revolución digital debe su aparición al nacimiento de uno de los tecnofactos más influyentes de las últimas décadas: el computador, se hizo fuerte el mundo de la microelectrónica y la automatización, generando nuevos dispositivos de comunicación como el teléfono móvil celular, los computadores digitales y el uso de la internet (Maiseche Cuadrado, A., 2019).

Por último, tenemos la cuarta revolución industrial, cuyo punto característico es la transformación digital de los espacios mediante el uso de las nuevas tecnologías como la inteligencia artificial, el *blockchain*, el *big data*, el *machine learning*, la robótica, entre otros, que desde diferentes ángulos. Klaus Schwab, creador del Foro Económico Mundial, en su libro «La cuarta revolución industrial», la define como «una fusión de tecnologías a través de los mundos físico, digital y biológico» (Klaus, S., 2016, p. 8, 13), cuyos escenarios virtuales, inteligentes y digitales, serán las características del formato de estas nuevas herramientas tecnológicas.

Esta nueva era industrial, enarbolaba el computador como su símbolo y los procesos de la microelectrónica, cuyo accionar «replantan la forma de ser, actuar y convivir, produciendo una transformación de muchos de los principales aspectos que habían modelado nuestras vidas» (Mejía Jiménez, M. R., 2011, p. 167). Así se encuentran diferentes impactos en la vida laboral, profesional, personal y en campos como el económico, político, cultural y en lo judicial, por nombrar algunos escenarios.

Hablar de cuarta revolución industrial, es una realidad que trae una serie de nuevos campos de acción, a la vez, que exige nuevas áreas de conocimiento y nuevos ambientes de desarrollo laboral para quienes piensen ingresar a este nuevo paradigma, enmarcado dentro de la Sociedad del Conocimiento. Pero, para hablar de sociedad del conocimiento, también se debe traer a colación la sociedad de la información; esta última, viene desarrollada mediante el auge de la microelectrónica dando como resultado «la creación, acceso, manejo e intercambio de contenido electrónico» (Pérez Zúñiga, R.;

Mercado Lozano, P.; Martínez García, M.; Mena Hernández, E. & Partida Ibarra, J. Á., 2018), lo que ha derivado en una dependencia o subordinación del actuar humano a los sistemas informáticos, que ha roto el paradigma de la presencialidad intersubjetiva a una nueva relación de carácter virtual, mediada por el componente electrónico.

Lo anterior, se enlaza con el concepto de la sociedad del conocimiento apoyada en la sociedad de la información, que exige del nuevo ciudadano digital una serie de presaberes para poder «desempeñarse con eficacia social en una sociedad digital y de redes que interactúan de manera sistemática e ininterrumpida» (Pérez Zúñiga, R. et al., 2018). En tal sentido, el conocimiento se expande hacia nuevos horizontes, se vuelve una herramienta de desarrollo social al alcance de los distintos actores de la sociedad que se estructuran en una nueva ciudadanía, más activa en los procesos que «obliguen a los gobiernos, empresas y universidades a tomar medidas para promover la incorporación del conocimiento en la producción, en los procesos administrativos, así como en la prestación de servicios públicos» (Pérez Zúñiga, R. et al., 2018). Esta simbiosis entre las sociedades de la información y del conocimiento ha llevado a que las habilidades individuales se pongan a disposición del entorno social mediante recursos electrónicos, con lo que se posibilita la construcción de redes de conocimiento, cada vez más articuladas y enlazadas a través de la Web.

Ahora bien, es necesario delinear algunos de los grandes componentes de la nueva revolución industrial 4.0, esto es, definir y comprender en qué consisten algunas herramientas tecnológicas que se han ido sucediendo luego del computador y que sirven de soporte a los diferentes cambios que se están produciendo a nivel mundial. Aquí solo se abordan tres herramientas: la inteligencia artificial, el *blockchain* y el *big data*, no tocando otras áreas como el internet de las cosas, la robótica, el *machine learning*, entre otros.

1.1. Inteligencia Artificial

La inteligencia artificial (IA) es uno de los sueños del ser humano en cuanto posibilidad de poder llegar a crear otro homólogo con capacidad inteligente. La IA es la articulación de diferentes campos del saber como las matemáticas, la lingüística, la psicología,

la neurociencia, entre otras, que con el avance del conocimiento científico han ido construyendo un edificio teórico y experimental que busca la creación de sistemas mecánicos (máquinas) «que ayuden a comprender la inteligencia y realizar modelos y simulaciones de estos». Ponce Gallegos, C. y Torres Soto, A., 2014, p. 16)

El profesor Ramón López de Mántaras, precisa que «el objetivo último de la IA, lograr que una máquina tenga una inteligencia de tipo general similar a la humana» (López de Mántaras, R., 2018, p. 161); desde esta perspectiva, según Mántaras, partiendo de la hipótesis de Newell y Simon conocida como Sistema de Símbolos Físicos (SSF), que expone que «todo sistema de símbolos físicos posee los medios necesarios y suficientes para llevar a cabo acciones inteligentes» (López de Mántaras, R., 2018, p. 161), símbolos que al ser físicos, necesitan de dos tipos de sustratos: uno físico-electrónico como sería en los computadores y otro físico-biológico para el caso de los seres humanos. Tales procesos, llevaría a la constitución de dos tipos de ámbitos, por un lado, los circuitos electrónicos digitales para los computadores y, por otro, las redes neuronales, en los humanos (López de Mántaras, R., 2018, p. 161).

Siguiendo a Mántaras, se pueden hallar dos tipos de IA, una de tipo general y otra particular. La general es una inteligencia que puede disponer para cualquier tipo de evento, mientras que la segunda, es una especie de inteligencia especializada, donde sólo se ejecuta un determinado tipo de acción, como, por ejemplo, jugar ajedrez. La idea es dotar de mayor autonomía la máquina (López de Mántaras, R., 2018, p. 162) para que ella misma llegue a convertirse en otra mente.

Mántaras, siguiendo las ideas del filósofo John Searle, expone otros dos conceptos que son clave para comprender el paradigma de la IA; se trata de la existencia de dos bloques de IA, una fuerte y otra débil. La fuerte tiene como objetivo la generación de una máquina capaz de establecer los parámetros apropiados de una mente humana, «no simula una mente sino que es una mente y por consiguiente debería ser capaz de tener una inteligencia igual o incluso superior a la humana» (López de Mántaras, R., 2018, p. 161); mientras que la IA débil se aplica al campo de la especialización

o realización de tareas específicas «sin necesidad de tener estados mentales» (López de Mántaras, R., 2018, p. 161).

El área de la IA débil es la que, de alguna forma, se encuentra más en boga, debido a la necesidad de generar soluciones en campos muy especializados, donde la capacidad del computador mediante el uso de herramientas de IA, puede realizar labores muy específicas, a través de fórmulas lógicas y la construcción de programas en los campos de la salud, como el diagnóstico médico asistido por computador, toma de decisiones empresariales, manejo de información de formas inductiva y deductiva, entre otros (López de Mántaras, R., 2018, p. 161), así como las aplicaciones en el orden militar, finanzas y jurídico, dándose así una ampliación de las fronteras donde puede desarrollarse una serie de insumos para perfeccionar ciertos procesos.

1.2. Blockchain

Otro de los aportes de la revolución 4.0 tiene que ver con la creación de una nueva moneda, ya no física, sino digital, el Bitcoin, pues su arquitectura se determina sobre la base del procedimiento del *Blockchain*. Esta herramienta del mundo del software avanzado tiene unas grandes ventajas, siendo principalmente, que garantiza la solución a problemas como la privacidad, seguridad e inclusión, debido a procedimientos internos como la firma digital y el encriptamiento; tecnología que además responde a los principios de integridad, transparencia y trazabilidad (Zozaya-Gorostiza, C.; Incera Diéguez, J. y Ranzoni, A., 2019). El *blockchain* se puede definir como «una base de datos distribuida donde cada nodo o usuario en la red ejecuta y registra transacciones agrupándolas en forma de bloques». (Parrondo, L., 2018, p. 12)

Ahora bien, esta tecnología está siendo llevada a otras áreas de interés, debido a sus grandes logros y alcances, con lo que su expansión va en aumento. Esto ha permitido que el *blockchain* tenga otras aplicaciones en campo diferentes al Bitcoin. Zozaya-Gorostiza, Carlos; Incera Diéguez, José & Franzoni, Ana, exponen algunos de estos nuevos escenarios donde comienza a darse aplicación a esta herramienta: «Este tipo de «libro mayor» puede ser utilizado para registrar o intercambiar cualquier tipo de activos importantes o valiosos como

certificados de nacimiento, títulos de propiedad, votos, transferencias de dinero, contratos inteligentes y varios más. De hecho, algunas empresas están utilizando la *blockchain* de Bitcoin como una forma de almacenar información que no tiene nada que ver con bitcoins» (Zozaya-Gorostiza, C.; Incera Diéguez, J. y Ranzoni, A., 2019, p. 126).

Así, el *blockchain* como herramienta de manejo de datos en bloques, descentralizado, determinan una serie de facilidades, pero ante todo seguridad, para los usuarios quienes pueden hacer directamente sus movimientos a través de la red, con lo cual el papel de los agentes intermediarios físicos, tienden a desaparecer y, con ello gana el sistema «mayor transparencia y mayor democratización de los sistemas financieros, económicos e incluso políticos» (Parrondo, L., 2018, p. 131).

1.3. *Big data*

El permanente movimiento de los grupos sociales, así como sus diferentes formas de interacción colectiva e individual, han generado diversos espacios donde los seres humanos desarrollan tales actividades y, con ello, se vienen generando una gran cantidad de datos e información que se almacenan y son sometidas, mediante gestión de datos con tecnologías de punta (Hernández-Leal, E.; Duque-Méndez, N. y Moreno-Cadavid, J., 2017), dando como resultado que se estructuren unos grandes bancos de datos, por decirlo de alguna forma.

El *Big data* es una herramienta tecnológica que se conoce también como «macrodatos» o «datos masivos» (Podestá, A.; Viera, S.; Lamperti, S., Caparra, D.; Asis, P. y Di'Lorio, A., 2019), que se encuentra caracterizada por 5V, como son volumen, variedad, velocidad, valor y veracidad. Volumen debido a la gran cantidad de datos, variedad debido a que la información proviene de distintas fuentes donde todo recurso es apropiado para generar un dato, tales como Facebook, Twitter, Instagram, Telegram, entre otros, así como sistemas de gestión financiera, sanitaria, como también datos provenientes de la telefonía fija y celular, de radio, SMS, WhatsApp, etc. y datos integrados en cualquier archivo (Podestá, A. et Al., 2019). Velocidad que se requiere para la captura, gestión y consolidación de los datos; Valor que poseen los datos gestionados y actualizados dentro de la organización para la toma de decisiones en tiempo real, y, por último,

veracidad de los datos en cuanto los mismos deben estar alejados de cualquier manipulación (Podestá, A. et Al., 2019), esto es, que haya seguridad en la validez de la información y que los datos no estén incompletos o incorrectos (Rozo-García, F., 2020).

El *Big data* ha dado origen a la actividad de analítica de datos o ciencia de los datos, donde se estructuran unos procedimientos y herramientas informáticas y estadísticas, «técnicas necesarias para el tratamiento y manipulación de información masiva desde un enfoque estadístico e informático» (Hernández-Leal, E. et al., 2017), con los que se busca obtener información, de primera mano, para la toma de decisiones en tiempo real, pero también, «considerar los patrones extraídos a partir de los datos y que pueden generar procesos de innovación» (Hernández-Leal, E. et al., 2017).

2. Algunas experiencias en uso de las TIC en administración de justicia, caso colombiano.

El uso de las TIC en Colombia ya viene trasegando un largo camino en el ordenamiento jurídico nacional, por una parte, el ingreso paulatino de las distintas tecnologías dentro del ejercicio de la judicatura, así como su afianzamiento y, ahora, como herramienta esencial dentro del tránsito judicial.

En tal sentido, por nombrar algunas de estas regulaciones, se tiene la Ley 270 de 1996, conocida como la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, donde puntualmente, en el artículo 95, titulado «Tecnología al servicio de la administración de justicia», señala el compromiso del Consejo Superior de la Judicatura por dotar de los elementos necesarios a los despachos judiciales, para que «los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones» (Congreso de la República de Colombia, Ley 270 de 1996).

La Ley 527 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», es una ley ícono dentro del circuito jurí-

dico colombiano, pues define los parámetros del comercio electrónico, pero además ratifica el uso de nuevas tecnologías, como ya lo venía haciendo el Código del Comercio con anterioridad y, a la vez, determina que todo elemento electrónico se constituye en material probatorio dentro de cualquier causa, pues, las reglas dispuestas no son restrictivas al derecho comercial, sino que pueden migrar en su aplicación a diferentes cuestiones, ya sea penal, administrativo, laboral, civil (Rincón Cárdenas, E., 2017). De igual manera, acentuó las exigencias para que el documento electrónico estuviera dentro de los esquemas de seguridad y, por tanto, mitigar los «riesgos comunes en las nuevas tecnologías, como lo son la suplantación de identidad, la alteración de la información, la ausencia de confidencialidad en las comunicaciones y, por supuesto, el repudio» (Rincón Cárdenas, E., 2017).

La Ley 1564 de 2012 *«Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones»*, dispuso en el artículo 103 «Uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones», donde ordena que *«en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura»* (Pabón Parra, P. A., 2016, p. 131). Igualmente, en el artículo 78, entre los deberes de las partes y los apoderados, señalar en la demanda o en la contestación de la misma, el lugar físico o el correo electrónico para recibir notificaciones (numeral 5), enviar los memoriales, que se presumen auténticos, presentados en el proceso a dichas direcciones (numeral 14). También, en relación con la notificación, artículo 291, numeral 3, se dispone que esta será personal y que las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil deberán registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente, la dirección física y electrónica para las notificaciones (Pabón Parra, P. A., 2016, p. 131).

Ahora último, en época de Pandemia, el pasado 4 de junio de 2020, dentro de las distintas regulaciones que ha venido expidiendo el Gobierno Nacional, con motivo de la declaración del estado de emergencia sanitaria, económica, social y ecológica, expidió el Decreto Legislativo 806/2020 *«Por el cual se adoptan medidas para imple-*

mentar 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, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica». Llama la atención que la nueva realidad social exige que las relaciones interpersonales directas deben ser redireccionadas, ya no a unos encuentros directos, sino que estos ahora se hacen, necesariamente, indirectos, mediados por la tecnología, podría decirse enlazados en conexiones artificiales de complejos lenguajes computacionales. Realidad que tampoco es extraña para la administración de justicia en Colombia.

Hecho este recorrido legislativo, se observa que ya se están utilizando estas tecnologías dentro del ejercicio de la administración de justicia, se hicieron pruebas pilotos y se han desarrollado políticas acerca de la puesta en marcha del «expediente electrónico», se está utilizando la tecnología de inteligencia artificial por parte de la Corte Constitucional para la selección de las acciones constitucionales de tutela; se llevan a cabo aplicaciones de *Big data* en la jurisdicción de Restitución de Tierras Despojadas y, por último, en tiempos de pandemia se ha ordenado la utilización del computador, por sesiones de teletrabajo de los despachos judiciales para atender los distintos requerimientos del ejercicio de la judicatura, como se registró previamente.

En tal sentido, la Mag. María Victoria Quiñonez Triana del Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento del Magdalena, viene liderando desde hace varios años atrás, la implementación del uso del expediente electrónico en su despacho judicial. Experiencia que se ha constituido en un proyecto piloto para que la misma Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, venga desarrollando y mostrando esa experiencia a los Jueces y demás funcionarios de la Rama Judicial, como una manera de que sí se puede adoptar una doble política, por un lado «cero papel», abandonando el expediente escrito y, por otro, la asunción de las TIC como herramienta de organización y gestión judicial.

Otra experiencia que permite poner a la mano del usuario de la administración de justicia, se tiene en el proyecto desarrollado por la Unidad Nacional de Restitución de Tierras Despojadas (URT) con el apoyo de la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Esta-

dos Unidos (USAID), con la cual se organizó la plataforma «Nodo de Tierras», donde se entrelazan las gestiones de diferentes entidades que están articuladas con los procesos de restitución de tierras como son: el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC); la Superintendencia de Notariado y Registro; el Consejo Superior de la Judicatura; la Unidad de Víctimas; la Agencia Nacional de Tierras; la Fiscalía General de la Nación; USAID; y el Ministerio de Tecnologías de la Información (MinTic) (Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, 30 de junio de 2017), procedimiento automatizado que permite intercambiar la información entre dichas entidades vinculadas.

Una explicación más certera del objetivo de esta plataforma la presenta la misma URT donde precisa: «[e]s la primera plataforma tecnológica de interoperatividad entre entidades del Estado para dar agilidad y transparencia al proceso de restitución de tierras en beneficio de las víctimas de despojo. El Consejo Superior ofrece dentro de este sistema los servicios de: radicación de demanda, notificación y órdenes, respuesta a órdenes judiciales, consulta de sentencias y consulta de procesos» (Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, 30 de junio de 2017). Tales acciones necesitan que estén reguladas por las medidas de ciberseguridad, donde se garantice la configuración de un expediente único electrónico, la anotación y registro de las actuaciones, pero también, evitar que se manipulen o modifique el expediente, por lo cual ya se ha dispuesto la implementación de un «código «hash», el cual le asocia un número al documento original y en caso de ser manipulada la información de cualquier documento dentro del expediente, este número se modifica y queda reportado en la base de datos, garantizando los elementos de seguridad jurídica de autenticidad, integridad y no repudio». (López Jaramillo, G. E., 2019, p. 52)

Este procedimiento se encuentra fundamentado en la herramienta del *Big data*, toda vez que la plataforma se halla direccionada desde un «Data Center, el cual garantiza control de acceso a la información, seguridad, eficiencia, eficacia, efectividad, confiabilidad y accesibilidad en forma rápida; es inmediata e independiente del fun-

cionario o empleado del despacho porque se obtiene desde el nivel central». (López Jaramillo, G. E., 2019, p. 52)

También, la Corte Constitucional ha acogido el uso de las TIC, como herramientas facilitadoras del procesamiento del enorme volumen de las acciones constitucionales de tutela que llegan a esa sede, para su procedimiento de revisión. Por esto, con la incorporación de la herramienta de Inteligencia Artificial, denominado «Prometea» se desarrolla un proceso de selección, donde se analizan y evalúan las acciones de amparo. Este proceso de modernización ha contado con el apoyo de la Cámara de Comercio de Bogotá, Corferias y la Universidad del Rosario, con quienes la Corte suscribió un Memorando de Entendimiento (Ortiz Delgado, G. S., 2020, pp. 32-37).

3. Garantías procesales en tiempos de virtualidad.

La implementación de las herramientas tecnológicas en la administración de justicia colombiana exige, por un lado, que se analicen si los mismos favorecen la eficacia de este servicio público y, de otra parte, si la interacción del sistema de justicia y usuario están cobijadas por la observancia y el respeto de las garantías constitucionales que denota el impartir justicia.

En tal sentido, cuando se habla de garantías procesales se está refiriendo a los valores jurídicos constitucionales, que forman parte de los cimientos de la Carta Política, denominados derechos fundamentales, donde se hace eco de los distintos ordenamientos internacionales, así como de la jurisprudencia de las Cortes Transnacionales, en esta misma materia (Ramos Ortells, M., 2020). Manuel Ramos Ortells, afirma como las garantías están unidas a una doble exigencia, de una parte, se necesita que haya la prestación efectiva de un servicio público de administración de justicia y, por otro, que exista una forma procesal que sirva para realizar la garantía (Ramos Ortells, M., 2020). Soportes desde el que es propicio que se establezca un punto de partida para el respeto de las garantías procesales: «serán debidas las dilaciones, serán razonables los plazos, si las actividades procesales y el tiempo para su realización vienen impuestos por el respeto a las garantías procesales dentro de un ser-

vicio público de Justicia cuyo diseño, dotación y funcionamiento sean correctos» (Ramos Ortells, M., 2020).

Bajo estas premisas, la metodología procesal, su diseño e implementación es una tarea del Estado, ya que se trata de la prestación de un servicio público, que debe estar ajustado a las necesidades mínimas de unas garantías, conforme lo expresa la normatividad internacional de los derechos humanos, pues sirven como talanqueras del poder estatal frente al asociado (Rojas Gómez, M. E., 2017, p. 211); siendo entonces, el acceso a la jurisdicción un compromiso del Estado moderno constitucional para que sus asociados puedan dirimir sus problemáticas y conflictos, conforme al régimen jurídico establecido (Rojas Gómez, M. E., 2017, p. 212-213).

En este mismo sentido, se debe exponer que el proceso judicial constituye la principal garantía, ya que sirve como espacio adecuado para un debate amplio y contradictorio, que permita conocer o, por lo menos, acercarnos a la realidad litigiosa donde las partes de cada extremo del conflicto accedan, por vía jurisdiccional, a un reconocimiento de sus derechos (Rojas Gómez, M. E., 2017, p. 212-213; 404-407). En consecuencia, la configuración del proceso se constituye en una barrera protectora a favor del asociado contra cualquier desmesura del orden estatal, que ponga en riesgo su libertad o intereses personalísimos y, a la vez, «como herramienta que el individuo pueda exigirle al Estado para reclamar la realización de sus derechos cuando considere que le han sido desconocidos o vulnerados» (Rojas Gómez, M. E., 2017, p. 214), ya sea que los esté reclamando o para defenderse de los señalamientos en su contra. (Rojas Gómez, M. E., 2017, p. 216)

Precisa señalar que, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el principio de la dignidad humana se constituye en el eje articulador de los demás derechos fundamentales de la persona, según el texto constitucional: «fundada en el respeto de la dignidad humana» (art. 1) (Pabón Parra, P. A., 2013, p. 7), por el que se «reconoce como vértice, centro y fin último de protección a la persona, su ser, su naturaleza individual y social. Los intereses fundamentales del coasociado están por encima de los intereses estatales» (Pabón Parra, P. A., 2013, p. 7). Siendo una exigencia que el acudir a la jurisdicción en busca de justicia, así como constituirse en parte dentro

del proceso judicial o administrativo, no puede soslayar la condición humana y, por tanto, en cualquier actuación debe «asegurarse la construcción del «*debido proceso*» o «*proceso justo*» que la humanidad exige para el juzgamiento de cualquier cuestión problemática, en consideración a lo subjetivos que con el proceso se persiguen». (Rojas Gómez, M. E., 2017, p. 218)

El debido proceso se considera como un derecho instrumental, multifacético, pues aglutina en su estructura otras exigencias fundamentales de la persona (Agudelo Ramírez, M., 2005, p. 90). Así las cosas, el tratadista Miguel Enrique Rojas Gómez, hace una relación de las diferentes garantías que pueden verse inmiscuidas en el debido proceso, como son: el punto de partida, el respecto de la dignidad humana; el señalamiento de una autoridad natural y competente para asumir el conocimiento del caso; la independencia de la judicatura frente a los demás poderes públicos para evitar cualquier intromisión; esto deriva en la imparcialidad que debe exhibir el juez instructor y juzgador, que no comprometa su neutralidad; disposición de oportunidades para el ejercicio contradictorio, en cuanto a los planteamientos y elementos de juicio, como material probatorio, donde las partes puedan ejercer su derecho a una defensa técnica en lo posible, en un debate abierto y público, para mitigar las arbitrariedades y el aseguramiento de la transparencia en la confrontación. Otro derecho del debido proceso es la igualdad de las partes ante los jueces y el sistema jurídico, esto conlleva a evitar tratos discriminatorios y fundados en conductas sospechosas por parte de los operadores judiciales (Rojas Gómez, M. E., 2017, p. 218-235).

En esta misma línea argumentativa, se encuentran la duración razonable del proceso, con lo cual se busca evitar las dilaciones indebidas y una pronta aplicación de justicia, situación que depende de cada caso en particular. Las disposiciones de las presunciones de buena fe y de inocencia, son criterios universales desde los cuales se debe sopesar los señalamientos hacia cualquier persona. Los protocolos establecidos para el desarrollo de los debates sirven como reglas para que se observe el cumplimiento de los espacios y oportunidades procesales de cada parte o sujeto procesal. El principio de legalidad exige que se aplique el régimen sustancial preexistente al

momento de ocurrencia de los hechos que generaron la situación de conflicto. El resultado del debate, esto es, el dictado de la sentencia debe estar sostenida por la motivación y razones necesarias para la adopción de la decisión en tal sentido. Frente a las decisiones de fondo se tiene que garantizar el derecho a impugnar o la segunda instancia cuando así se disponga, o acudir ante el juez constitucional, mediante la acción de tutela en defensa de los derechos propios vulnerados. Una vez juzgado y resuelto un caso, no se puede acudir ante la jurisdicción a solicitar su accionar frente a los mismos hechos, dándose así el fenómeno de cosa juzgada, con lo que se evita el juzgamiento múltiple. En definitiva, el debido proceso busca que el Estado ofrezca a sus asociados una tutela judicial efectiva que no solo proteja los derechos desde lo formal, sino que se haga efectiva la justicia material y, con ello, se asegure la satisfacción real del derecho reconocido. (Agudelo Ramírez, M., 2005, p. 236-272)

Visto lo anterior, la justicia digital o electrónica se constituye en una herramienta que permite ofrecer otras alternativas de administración de justicia, a partir del uso de las TIC. Sin embargo, dicho procedimiento también se encuentra sujeto a las obligaciones y exigencias constitucionales de los derechos fundamentales, por cuanto, su puesta en escena implica la prestación del servicio público de administración de justicia por parte del Estado, cuyo objetivo es la solución justa y razonable de un conflicto, que asegure «la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo» entre sus coasociados.

En este sentido, puede decirse que la justicia basada en el uso de las TIC, se caracteriza por darse en un plano digital, mediatizada por el computador, donde la relación de presencialidad directa *face to face*³ no es una realidad fenoménica perceptible, sino que se establece un encuentro de los sujetos procesales y demás intervinientes, bajo la tutela del operador jurídico, desde la comodidad de los escenarios propios de cada participante en las audiencias.

Sin embargo, la puesta en marcha de este tipo de procedimientos con base en las TIC, hace urgente, además, de la dotación de infraestructura logística, urge el desarrollo de competencias entre los diferentes operadores y usuarios que debe ir más allá de la capa-

3 «cara a cara»

citación en el uso de dispositivos, para alcanzar una alfabetización digital totalmente funcional, en este sentido, se haga realidad el surgimiento de una nueva mentalidad en cuanto al papel de las TIC en la vida diaria de las personas y la operatividad de las diferentes plataformas y aplicativos virtuales en la construcción de un nuevo paradigma, propio de la revolución industrial 4.0.

REFERENCIAS

- Agudelo Ramírez, Martín. (2005). El debido proceso. *Opinión pública*, 4 (7), pp. 89-105. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5238000.pdf>
- Barona Vilar, Silvia. (2019). *Cuarta revolución industrial (4.0) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia*. UANDES, 3 (1), Universidad de los Andes, Chile, pp. 1-21. DOI: 10.24822/rjduandes.0301.1
- Hernández-Leal, Emily; Duque-Méndez, Néstor & Moreno-Cadavid, Julián. (2017). *Big data: una exploración de investigaciones, tecnologías y casos de aplicación*. *Tecnológicas*, 20 (39), mayo - agosto, 2017. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/teclo/v20n39/v20n39a02.pdf>
- López De Mántaras, Ramón. (2018). El futuro de la IA: hacia inteligencias artificiales realmente inteligentes. En: *¿Hacia una nueva Ilustración? Una década trascendente*, Madrid: BBVA, 2018, p. 161. Recuperado de <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2019/02/BBVA-OpenMind-Ramon-Lopez-de-Mantaras-El-futuro-de-la-IA-hacia-inteligencias-artificiales-realmente-inteligentes.pdf>
- Ortiz Delgado, Gloria Stella. (2019). Informe de gestión. Presidencia de la Corte Constitucional, (Febrero), pp. 32-37. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/transparencia/Informe%20de%20Gesti%C3%B3n%202019.pdf>
- Pabón Parra, Pedro Alfonso. (2013). Constitución Política de Colombia. Esquemática. 2ª. Ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Pabón Parra, Pedro Alonso. (2016). Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012. Esquemático. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Parrondo, Luz. (2018). Tecnología *blockchain*, una nueva era para la empresa. *Revista de Contabilidad y Dirección*, vol. 27, p. 12. Recuperado de https://accid.org/wp-content/uploads/2019/04/Tecnolog%C3%ADa_blockchain_una_nueva_era_para_la_empresa_L_Parrondologo.pdf
- Podestá, Ariel; Viera, Sergio; Lamperti, Sabrina; Caparra, Diego; Asis, Pedro & Di´Lorio, Ana. (2019). *Beneficios del uso de Big data en la Justicia. Análisis de su aplicación sobre el software INVESTIGA. Info-Lab. Laboratory*, Buenos Aires (Arg.). Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/335328435_Beneficios_del_uso_de_Big_Data_en_la_Justicia_Analisis_de_su_aplicacion_sobre_el_software_INVESTIGA/link/5d5ec464458515210259d8e9/download
- Ponce Gallegos, Cesar & Torres Soto, Aurora. (2014). Introducción y antecedentes de la inteligencia artificial. En: *Inteligencia artificial*, 1ª. Ed. - Iniciativa Latinoamericana de Libros de Texto Abiertos (LATIn), 2014, p. 16. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/269466259_Inteligencia_Artificial

- Ramos Ortells, Manuel. (2020). Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil. *Ius et Praxis*, 16(1). Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v16n1/art13.pdf>
- Rincón Cárdenas, Erick. (2017). Uso de medios electrónicos (I). La Ley 527 de 1999 como instrumento normativo suficiente. En *Ámbito Jurídico*, (junio 12), Bogotá: Legis. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/tic/uso-de-medios-electronicos-i-la-ley-527-de-1999-como-instrumento-normativo-suficiente>
- Rivera Estrada, Jairo & Sánchez Salazar, Diana. (2016). Inteligencia artificial ¿reemplazando al humano en la psicoterapia? *Escritos*, 24 (53), Julio-diciembre, 2016, pp. 271-291 Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/esupb/v24n53/v24n53a03.pdf>
- Rojas Gómez, Miguel Enrique. (2017). Lecciones de derecho procesal, Teoría del Derecho, T. I. 4ª. ed., Bogotá: Escuela de Actualización Jurídica.
- Rozo-García, Florelva. (2020). Revisión de las tecnologías presentes en la industria 4.0. *Revista UIS Ingenierías RUI*, 19 (2), pp. 177-192. DOI: 10.18273/revuin.v19n2-2020019
- Schwab, Klaus. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Barcelona: Penguin Random House.
- Zozaya-Gorostiza, Carlos; Incera Diéguez, José & Franzoni, Ana. (2019) *Blockchain*: un tutorial. *Estudios filosofía, historia, letras*, 17(129), pp. 113-126. DOI: 10.5347/01856383.0129.000294417
- REFERENCIAS JURÍDICAS
- Congreso de la República de Colombia. (1996). Ley 270 (marzo 7) Estatutaria De La Administración De Justicia. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf
- Ministerio de Justicia de Colombia. Plan Decenal de Justicia 2017-2027, (7-junio), Bogotá, 2017, p. 3. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/documentos/4263275/13613759/Plan+Decenal+de+Justicia+-+Documento.pdf/80e6164a-e659-44dd-89ab-c90730405973>
- Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. Nodo de Tierras: proyecto que agilizará procesos de restitución de tierras. (30-junio) 2017. Recuperado de https://www.restituciondetierras.gov.co/inicio?p_p_id=101&p_p_lifecycle=o&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F&_101_assetEntryId=862557&_101_type=content&_101_urlTitle=nodo-de-tierras-proyecto-que-agilizará-procesos-de-restitucion-de-tierras&inheritRedirect=true
- Corte Interamericana De Derechos Humanos (CIDH). (2017). Cuadernillo de jurisprudencia No. 12: El debido proceso. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>

Entendimiento y retos de la justicia ambiental en la era digital

Yulyana Andrea Gelvez Villamizar

Abogada especialista en derecho administrativo, estudiante de magister en Derecho Procesal de la Universidad Libre seccional Cúcuta - ya27@hotmail.com

Resumen: El abordaje de un tema trascendental como lo es la justicia ambiental, la cual devino como un proyecto político y posteriormente se convirtió en un tema de estudio y análisis jurídico, implica la reflexión de todas sus variantes, incluyendo además el análisis del surgimiento de las nuevas tecnologías y la digitalización de la justicia. Ello, con el fin de desentrañar el papel que jugaría en la aplicación de un tratamiento justo de los recursos naturales, la efectiva materialización de una justicia distributiva y el cumplimiento del principio de equidad ambiental.

En esa medida, a través de este artículo se realizará en principio un abordaje de su concepto, junto con los elementos que la conforman y los aspectos problemáticos en que se halla inmersa. Asimismo, se analizará lo concerniente al impacto de las nuevas tecnologías en la justicia ambiental y en el proceso judicial, haciendo un estudio sobre los fines o funciones que ha tenido en el proceso y se mencionarán finalmente algunas críticas que surgen a partir de la defectuosa materialización y uso de las nuevas tecnologías en la justicia.

1. Elementos descriptivos sobre la justicia ambiental, un reto para el proceso constitucional

Diana María Ramírez Carvajal, autora del artículo Justicia Ambiental, un reto para el Proceso Constitucional, en principio pone de manifiesto dos artículos de la Constitución Política que materializan los derechos fundamentales colectivos, haciendo hincapié precisamente a los artículos 79 y 80, los cuales preceptúan de una manera generalizada que el gozo de un ambiente sano es un derecho que todas las personas tienen, así como la obligación que posee el Estado para brindar una garantía al desarrollo sostenible de los recursos naturales, junto con el aprovechamiento y manejo de los mismos. Lo anterior hace que resulte imperativo para los jueces materializar el derecho fundamental a un ambiente sano. (citado en Ramírez Carvajal, D., 2018-2019, p. 3)

Bajo un contexto histórico, Javier Gonzaga (citado por Valencia Hernandez, J.; Aguirre Fajardo, A. M. y Ríos Sarmiento, M., 2015) indica que el concepto de justicia ambiental surgió como consecuencia de la oposición de algunos movimientos que en los años setenta se oponían a la racial y desigual distribución espacial que en los Estados Unidos se le daban a las industrias contaminantes y a los residuos altamente peligrosos. Por tanto, sus raíces pueden vincularse a ese tipo de situaciones que se caracterizaron y aun se caracterizan por las injusticias ambientales, cuya manifestación empírica resultaba mucho más fácil de evidenciar que un escenario justo e ideal.

Bajo el mismo orden de ideas «la justicia ambiental se aplica a la escala humana y vincula su conceptualización con la justicia distributiva, en el sentido de que los impactos deberían de estar repartidos equitativamente, apelando a la participación social en torno a esta repartición y los procesos de toma de decisiones». (Moreno, A., citado por Ramírez Guevara, S.; Galindo Mendoza, M. G., y Contre-ras Servín, C., 2014, p. 232)

La Corte Constitucional a través de la sentencia T-294 de 2014 (Corte constitucional, 22 de mayo de 2014), referenció la siguiente definición: «Es el tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen

nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales».

Por otro lado, el tratamiento justo conforme a lo exteriorizado por la U.S. Environmental Protection Agency, «significa que ningún grupo de personas, incluyendo los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias ambientales negativas como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas ambientales y políticas a nivel federal, estatal, local y tribal» (Valencia Hernandez, J. G., 2013, p. 337).

De conformidad con lo anterior, es dable afirmar que el derecho a un ambiente sano y la implementación de una justicia ambiental son actualmente designios que deben implementarse y ser objeto de un análisis jurídico constante, ello con el fin de asignarle la importancia correspondiente a las cuestiones ambientales; asimismo, resulta apremiante la articulación de la población en general para que sean ellos quienes, en primera medida, se apropien de las problemáticas que padecen y, en segunda medida, sea el Estado quien les garantice el derecho colectivo a un ambiente sano.

Tal como lo expone la U.S. Environmental Protection Agency, la participación comunitaria podría desarrollarse en la medida en que las personas afectadas pudieran tener una participación en las decisiones que correspondieran a una actividad propuesta y que de una u otra forma afectaran su salud o su ambiente; equivalentemente cuando las personas que sean las responsables de tomar las decisiones, decidan facilitar la participación de aquellos que puedan verse potencialmente afectados por dicha decisión (Valencia Hernandez, J. G., 2013, p. 336).

Conceptualizada la justicia ambiental, y en aras de ahondar sobre la temática, es indispensable abordar los elementos que componen a la misma. Tal como lo exterioriza Diana Ramírez (2018-2019, p. 13), uno de esos elementos es la tutela judicial efectiva, la cual tiene un enorme reto a la hora de propiciar el desarrollo social junto con el objetivo de dar una efectiva protección ambiental, teniendo en cuenta sus implicaciones. Conforme a ello, es un imperativo contemporáneo la transformación de esta, apuntando hacia un

enfoque que no sobreponga las necesidades económicas frente a la necesidad de edificar una sociedad que se encuentre en equilibrio con la naturaleza.

La Corte Constitucional dispuso, a través de una recopilación jurisprudencial, que la justicia ambiental se compone de cuatro elementos, «a saber: i) la justicia distributiva; ii) la justicia participativa; iii) el principio de sostenibilidad; y iv) el principio de precaución. Cabe precisar que todos los ámbitos descritos tienen que ver con la vigencia del orden justo consagrado en el artículo 2º Superior» (Corte Constitucional, Sentencia T-021 de 28 de enero de 2019) En palabras de la Corte (Corte Constitucional, Sentencia T-021 de 28 de enero de 2019), la justicia distributiva respalda que el reparto de cargas y beneficios ambientales sea equitativo, yendo de la mano con el principio de equidad ambiental y el principio de efectiva retribución o compensación dirigido a las personas que padecen cargas ambientales, estando lo anterior sustentado en los artículos 13, 79 y 334 de la Constitución Política; por su parte, la dimensión participativa deviene del artículo 2 constitucional e incluye la intervención de la comunidad en la planeación, las decisiones de proyectos y la evaluación de impactos.

El artículo 80 de la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia T-021 de 28 de enero de 2019) recoge el principio de sostenibilidad, al establecer que se debe planificar el aprovechamiento y manejo de los recursos naturales por parte de todos los niveles de la administración; finalmente, el principio de precaución prescribe que en caso de existir una duda razonable sobre el daño que un acto pueda realizar a la naturaleza, los agentes estatales deben abstenerse de ejecutar dicha actividad.

Dentro de los múltiples trabajos investigativos sobre la temática, Jorge Reichman (citado por Espinoza, Gonzales, A., 2012, p. 71 y 72) destaca por la elaboración de un marco de justicia ambiental, a través del cual enfatiza la aplicación de 3 elementos básicos, obediendo el primero a la sustentabilidad, el cual implica la regeneración los ecosistemas y el respeto de los límites, para que los sistemas sociales y económicos se reproduzcan sin que haya un deterioro del ecosistema sobre el que se sostienen; el segundo corresponde a las

partes iguales, siendo básicamente la distribución equitativa entre las personas de los recursos naturales existentes y finalmente la justicia interespecífica, o mitad y mitad, a través de la cual plantea la repartición del espacio ambiental, el 50% para los seres vivos no humanos y el 50% para la humanidad.

Como se aprecia hasta el momento, el derecho colectivo a un ambiente sano presenta de manera directa una estrecha relación con la reivindicación social, por lo que la ejecución de una tutela judicial efectiva propiciaría una protección integral a la población, teniendo en cuenta los contextos que caracterizan las problemáticas ambientales que sobrellevan. «La justicia ambiental incluye elementos sociales y medioambientales en su esfera de aplicación, este concepto reconoce la desigualdad en la distribución espacial y social, y por lo general son los grupos identificados con perfiles socioeconómicos bajos los que sufren de una mayor carga de impactos ambientales.» (Ramírez Guevara, S.; Galindo Mendoza, M. G., y Contreras Servín, C., 2014, p. 231)

En el mismo sentido y complementando lo expuesto «Los elementos de la teoría de la justicia que se extrapolan a la justicia ambiental son el reconocimiento y las capacidades» (Hervé Espejo, D. y Rebolledo, S. 2013, p. 184)

Iris Young y Nancy Fraser (Hervé Espejo, D. y Rebolledo, S. 2013, p. 185-186), realizando un abordaje al reconocimiento, promueven la necesidad de efectuar un examen sobre las causas que promueven la mala distribución en la sociedad, siendo algunas de estas la falta de reconocimiento social y político de algunas comunidades, lo que conlleva a que dicha ausencia de reconocimiento permita una distribución inadecuada.

En relación con el derecho ambiental, Schlosberg (Hervé Espejo, D. y Rebolledo, S. 2013, p. 186-187) plantea que debe evaluarse lo justa que sería una distribución, considerando el cómo afecta las capacidades de una persona o una comunidad el verse implicadas en situaciones ambientales vulnerables y la afectación a su posibilidad de realizarse en la sociedad.

Con el objetivo de hacer un análisis más profundo sobre la justicia ambiental, se expondrán algunos de los diversos aspectos problemáticos que la asedian.

Son muchos los factores que impiden su concretización: la difícil evidencia de la causalidad del daño, la multicausalidad en la degradación ambiental, la necesidad del uso constante de los recursos naturales frente al imparable crecimiento humano, la globalización, pero tal vez lo más importante, las implicaciones económicas negativas, que representa para los sistemas económicos, el control judicial de los recursos ambientales. (Ramírez Carvajal, D., 2018-2019, p. 2)

De la misma manera, Diana Ramírez (2018-2019, p. 7-8) enfatiza la importante función social que posee el sistema de garantías, en razón a que sería un efectivo límite al poderío del sistema económico y se apuntaría directamente a la protección de los derechos ambientales por medio de la anhelada justicia distributiva. Asimismo, en el proceso judicial constitucional se debe centrar el discurso de la tutela judicial efectiva, principalmente cuando se afectan los derechos colectivos al ambiente sano de forma directa o indirecta, campeando la correcta motivación, la argumentación ponderada y la discusión probatoria razonada.

Brindando alternativas jurídicas para aminorar las problemáticas ambientales, Ramírez (Ramírez Carvajal, D., 2018-2019, p. 7-8) plantea la necesidad de cambiar la dogmática jurídica para que se promueva además de la protección al medio ambiente, un sistema de formación que le permita a la sociedad en general la adquisición de una cultura ambiental.

Además, el PNUD (Ramírez Carvajal, D., 2018-2019, p. 7-8) alerta sobre la necesidad de sensibilizarse por el colectivo y dejar de ignorar los objetivos del desarrollo sustentable, dentro de los cuales se halla la producción y el consumo responsable, la adopción de medidas para combatir el cambio climático junto a sus efectos y lograr ciudades y asentamientos humanos resilientes, sostenibles y seguros.

Las implicaciones asociadas a la justicia ambiental son diversas y merecen un estudio meticuloso desde el punto de vista jurídico, ello con el fin de prevenir y mitigar la vulneración masiva y sistemática del derecho colectivo a un ambiente sano, consagrado en la

Constitución Política y desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Como se expuso, la tutela judicial efectiva es el eje central de protección, la cual debe velar acérrimamente por la ejecución de las garantías judiciales y constitucionales, la materialización de una justicia distributiva y el constante control judicial de los recursos ambientales.

2. Impactos de la justicia ambiental digital en el proceso judicial

Bajo la era de la cuarta revolución industrial, la justicia, al igual que otros aspectos de la vida cotidiana, debe ajustarse a los cambios que trae consigo las tecnologías de la información y la digitalización; consecuente con ello, debe asumir el reto de implementar correctamente los mecanismos e instrumentos jurídicos tecnológicos que se ajusten a los parámetros procesales, sean accesibles y no impidan la concretización de la administración de justicia ambiental junto a sus garantías judiciales.

En el ámbito del derecho, la informática jurídica se abre paso como una de las innovaciones que trae consigo una serie de mecanismos dispuestos para el desarrollo de los diversos trámites jurídicos. Julio Téllez (julio de 2018) presenta la clasificación de la misma en tres áreas, la informática documental, la informática de gestión y finalmente la informática de decisión. Expone que la primera es la encargada de almacenar, ordenar y clasificar los datos, fallos, resoluciones y demás información jurídica, facilitando de esta manera la búsqueda y el almacenamiento con mayor agilidad; por otro lado, la informática de gestión tiene como finalidad básica la creación de datos o documentos nuevos a partir de unos ya existentes y finalmente, la informática jurídica decisoria se ocupa de adoptar o proponer soluciones apropiadas para unos casos en concreto, de la mano con la valoración de unos datos y el estudio de unos criterios de decisión, sin que lo anterior implique el remplazo del decisor humano.

Por otro lado, el derecho de acceso a la justicia juega un papel infalible en lo que se refiere a la justicia ambiental, este

ha sido entendido como una garantía esencial del Estado Social de Derecho y supone una orientación constitucional que exige del Estado el deber de ase-

gurar las condiciones básicas de la igualdad real y efectiva de los ciudadanos. El Estado debe asegurar a todos los ciudadanos condiciones para que puedan acudir ante la administración de justicia, pues es un elemento indispensable para promover la vigencia de los fines del derecho. (Valencia Hernandez, J., 2013, p.125)

Es así como Javier Gonzaga (Valencia Hernandez, J., 2013, p.125) exterioriza que el derecho de acceso a la justicia ambiental es una estrategia jurídica para la protección y defensa del ambiente, dispuesta para cualquier persona o grupo de personas, que tengan interés en defender el medio ambiente por medio de mecanismos jurídicos que van más allá de los judiciales, abarcando otros como los preventivos o de sustitución, los cuales dentro de una interpretación amplia de este derecho, igualmente estarían dentro de los mecanismos de acceso a la justicia ambiental.

En tal sentido, puede vislumbrarse que la justicia ambiental actualmente debe adecuarse a las tecnologías de la información y la digitalización que el derecho en general está teniendo, sin que se dejen de lado los principios de eficacia, celeridad, economía, publicidad y prevalencia del derecho sustancial, y teniendo presente que esta es una garantía esencial del Estado Social de Derecho y es objeto de una protección judicial directa, a través del cual se propugna por la preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Dentro de este orden de ideas, Beatriz Sanjurjo (2011., p. 63) manifiesta la necesidad de crear unos sistemas operativos digitales que hagan posible la existencia de unas comunicaciones ágiles y directas con una gran interoperabilidad, las notificaciones telemáticas y una digitalización total de los documentos con el uso de formatos electrónicos y comunicaciones en red. Lo esbozado permitiría la conexión entre las distintas sedes judiciales, evitando además los traslados innecesarios y la realización de todos los trámites de forma virtual.

Complementario a lo anterior, Luz Marina Rincón (2019, p. 16) pone de presente que el Ministro de Justicia y Derecho resaltó los objetivos del Plan Decenal de Justicia 2017-2027, contemplando primordialmente el implementar y fortalecer las soluciones tecnológicas en las etapas que son claves en los procesos judiciales como la

investigación y los peritazgos, hasta llegar al expediente judicial. Asimismo, algunos consultores internacionales destacaron lo siguiente:

El potencial de las tecnologías que llamaron «liberadoras» empoderan a los ciudadanos y les permiten ejercer sus derechos por sí mismos, sin depender de intermediarios. Sobre la implantación de las tecnologías en el sector justicia hicieron un llamado para se utilicen los numerosos diagnósticos existentes y se pase cuanto antes a la ejecución de sus recomendaciones. Insistieron en que las soluciones tecnológicas para la justicia ya existen, son sencillas y de costo razonable por lo que no subsisten razones para dilatar su adopción. (Rincón Martínez, L. M., 2019, p. 17)

Ceñido a lo expuesto, la función y, a su vez el reto, de la justicia digital ambiental en relación con el proceso judicial es replantear jurídicamente las pautas y contenidos procesales a los que se adecuan los diversos procesos, así como la implementación de las tecnologías para agilizar y garantizar el derecho de acceso a la justicia ambiental, manteniendo a la naturaleza como sujeto procesal de especial protección y atendiendo de manera efectiva las problemáticas ambientales concretas de nuestro país.

Aun bajo el panorama garantista de la justicia ambiental, la aparición de la digitalización y el uso de las nuevas tecnologías para el desarrollo del proceso presentan infortunadamente una serie de inconvenientes que no permiten poner en marcha las soluciones tecnológicas al momento de acceder a las instancias y los respectivos procedimientos de la misma, puesto que aún no se cuentan con las herramientas suficientes y los medios tecnológicos requeridos en su totalidad.

Como una de las críticas principales de la implementación de las nuevas tecnologías al proceso, Beatriz Sanjurjo (2011, p. 67-68) resalta que la digitalización de la justicia ambiental implica que en medio de todos los ajustes necesarios se tenga en cuenta el mejoramiento y la adecuación de las infraestructuras e instalaciones judiciales, junto con la implementación de los aspectos técnicos y tecnológicos básicos, como la correcta instalación de hardware y software, la transmisión de datos, los sistemas wifi y además, la necesaria preparación de los usuarios y la inmediata ayuda ante las incidencias que puedan presentarse en el transcurso del proceso a través de unos canales de asistencia.

Sumado a ello, Luis Fernando (Álvarez, Londoño, L. F., 2019, p. 7) plantea una crítica respecto a los inconvenientes que se generan

a la hora de implementar las TIC en los procesos judiciales debido a que no se garantizan en su totalidad los cuatro aspectos básicos que los trámites digitales poseen, dichos aspectos obedecen a la integridad y autenticidad de los documentos electrónicos que hacen parte del proceso; la privacidad y seguridad de las personas que están interviniendo; el debido tratamiento de los datos personales de los intervinientes y la correcta identidad de los mismos. Junto a esta situación, también pone de presente que bajo el contexto de la justicia digital existe otro problema crítico que no ha permitido un avance coherente y rápido en la materia y es el correspondiente a los tiempos procesales, es decir, el excesivo tiempo que se tardan en la resolución de los procesos judiciales y, por ende, la congestión paulatina que van teniendo los despachos judiciales.

La protección de los derechos colectivos que para este caso sería el de un ambiente sano requieren una intervención rápida y efectiva de la justicia para prevenir o hacer cesar el daño, es por ello que un uso adecuado de las tecnologías sería de vital importancia para agilizar los procesos y brindar la protección requerida a las comunidades más vulnerables que sobrellevan las consecuencias negativas de la afectación ambiental. Bajo este entendido el citado autor (Álvarez, Londoño, L. F., 2019) manifiesta:

Las tecnologías de la información y las comunicaciones son, sin duda, un instrumento para agilizar este tipo de actuaciones. No obstante, los tiempos procesales establecidos por ley, las excepciones legales y la alta congestión en los despachos judiciales, nos invitan a innovar e incorporar de manera suficiente las TIC en el sector justicia, esto es, comenzando con lo básico que es el expediente electrónico, con un claro modelo de autenticación digital apoyado en las directrices de la Agencia Nacional de Gobierno Digital, para, posteriormente, cubierto lo esencial, pensar en la aplicación y uso de tecnologías como *blockchain* y la inteligencia artificial, dirigidos a brindar transparencia, seguridad y agilidad a los procesos judiciales. (p. 8)

Conclusiones

Bajo la óptica del desarrollo de la justicia ambiental puede concluirse que ante el masivo crecimiento de las problemáticas que la rodean, se hace necesaria la digitalización y el uso de las nuevas tecnologías, ello con el fin de agilizar los procesos y brindar la protec-

ción requerida a las comunidades más vulnerables que se ven afectadas ante las desproporcionadas cargas y consecuencias ambientales negativas que deben sobrellevar. De la misma manera, la justicia ambiental digital debe sedimentarse bajo un marco institucional y normativo, con políticas públicas claras para que la digitalización de la justicia sea una alternativa real y eficaz, evitando de esta manera la vulneración del principio de sostenibilidad, precaución y equidad ambiental, así como la materialización de una justicia distributiva y participativa, bajo la perspectiva de un desarrollo sostenible.

La digitalización de la justicia en la era de la cuarta revolución industrial tiene el enorme reto de propiciar la práctica de una tutela judicial efectiva y la puesta en marcha de un sistema de garantías judiciales, brindando una protección integral a la población, aménorando los factores que impiden y ralentizan la concretización del derecho colectivo a un ambiente sano y a su vez, impiden el derecho de acceso a la justicia ambiental.

REFERENCIAS

- Álvarez Londoño, Luis Fernando. (2019). Tecnologías al servicio de la Justicia y el Derecho [en línea]. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. [Consultado: 25 de agosto de 2020]. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/escuela-gobierno-etica-publica/wp-content/uploads/2019/11/Tecnolog%C3%ADas-al-servicio-de-la-Justicia.pdf>
- Hervé Espejo, Dominique y Rebolledo, Sebastián (2013). La Justicia Ambiental en el ordenamiento jurídico chileno. En: *Revista Astrolabio. Santiago de Chile*, noviembre, No 11.
- Moreno, Antonio. Justicia Ambiental, del concepto a la aplicación en planificación y análisis de políticas territoriales. Citado por Valencia Hernández, Javier; Aguirre Fajardo, Alejandra M. y Ríos Sarmiento, Melissa. (2015). *Desafíos de la Justicia Ambiental y el acceso a la Justicia Ambiental en el Desplazamiento Ambiental por efectos asociados al cambio climático*. Manizales: Universidad de Caldas. [Consultado: 18 de agosto de 2020]. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/luaz/n41/n41a18.pdf>
- Moreno, Antonio. Justicia Ambiental, del concepto a la aplicación en planificación y análisis de políticas territoriales. Citado por Ramírez Guevara, Sonia J; Galindo Mendoza María G. y Contreras Servín, Carlos. (2014). *Justicia Ambiental. Entre la utopía y la realidad social*. Culturales, vol 3. pp. 225-250. [Consultado: 18 de agosto de 2020]. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-11912015000100008
- Ramírez Carvajal, Diana María. Justicia Ambiental, un reto para el Proceso Constitucional: Breve mirada desde el derecho colombiano. Rionegro: Universidad Católica del Oriente, 2018-2019.
- Riechmann, Jorge. Tres principios de justicia ambiental. Citado por Espinoza Gonzales, Adriana. (2012). *La justicia ambiental, hacia la igualdad en el disfrute del derecho a un medio ambiente sano*. Revista de Filosofía, Derecho y Política. pp. 51-77. [Consultado: 19 de agosto de 2020]. Recuperado de <http://universitas.idhbc.es/n16/16-04.pdf>
- Rincón Martínez, Luz Marina. (2019). *Situación actual y perspectivas de las relaciones entre Derecho, Justicia y Tecnología* [en línea]. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. [Consultado: 25 de agosto de 2020]. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/escuela-gobierno-etica-publica/wp-content/uploads/2019/11/Tecnolog%C3%ADas-al-servicio-de-la-Justicia.pdf>
- Sanjurjo Rebollo, Beatriz. (2011). Modernización digital de la Administración de Justicia: especial referencia a la jurisdicción contable. En: *Revista Española de Control Externo*. Vol. 13, No 37, pp. 61-77 [en línea]. [Consultado: 24 de agosto de 2020]. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3710719>
- Téllez Valdés, Julio. Derecho informático. Citado por García Barrera, Myrna Elia. (2018) Juzgado sin papel, un paso más de la justicia electrónica. *Revista IUS* [en

línea]. Vol 12, No 41, p. 133-154 [Consultado: 22 de agosto de 2020]. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472018000100133#fn18

Valencia Hernández, Javier Gonzaga. (2013). Los obstáculos y retos para la eficacia del acceso a la Justicia Ambiental. *Revista Jurídicas* [en línea]. Vol. 10, No. 1, pp. 123-146. [Consultado: 22 de agosto de 2020]. Recuperado de [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas10\(1\)_8.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas10(1)_8.pdf).

REFERENCIAS JURÍDICAS

Corte Constitucional. (22 de mayo de 2014) Sentencia T-294. Expediente D-3560097. M.P. María Victoria Calle Correa [en línea]. [Consultado: 18 de agosto de 2020]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-294-14.htm>

— (28 de enero de 2019). Sentencia T-021. Expediente T-6.809.212. M.P. Alberto Rojas Ríos [en línea]. [Consultado: 19 de agosto de 2020]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-021-19.htm>

Constitución Política de la República de Colombia. [Const.]. (1991). Gaceta Oficial de la República de Colombia No. 116 de julio 20 de 1991.

La acción civil pública del carbón como modelo procesal para la reparación civil de daños ambientales complejos: una experiencia de proceso estructural en Brasil*

Camilo Zufelato¹, João Eberhardt Francisco²

1. Doctor en Derecho Procesal por la Faculdade de Direito de la USP; Profesor de Derecho Procesal Civil en la Faculdade de Direito de Ribeirão Preto de la USP; Abogado.
2. Doctor en Derecho Procesal Civil por la Faculdade de Direito de la USP; Profesor de Derecho Procesal Civil en la Fundação Getúlio Vargas; Abogado.

Resumen: Este artículo analiza un caso específico de daño ambiental complejo en la experiencia brasileña denominado «acción civil pública del carbón». Para esto se mencionan brevemente otros casos de dimensiones similares en Brasil y Argentina, para luego encajarlos en la construcción doctrinal denominada «procesos estructurales». Así se busca identificar sus características más importantes, con el objetivo de resaltar tales medidas procesales como las más adecuadas para la reparación efectiva de daños ambientales complejos.

*Traducción de Elimay Fernandez Espinosa, Estudiante de la Faculdade de Direito de Ribeirão Preto de la USP.

Introducción

Desde el punto de vista normativo, la tutela del medio ambiente en Brasil está estructurada de manera bastante completa, y destaca especialmente en el amplísimo tratamiento constitucional dado por el art. 225 de la Constitución Federal de 1988, que es seguido por una amplia legislación infraconstitucional que la sustenta.¹ Además de eso, Brasil es reconocido internacionalmente como uno de los países con mayor diversidad natural del planeta, con biomas importantísimos, como la selva amazónica, por ejemplo. Al mismo tiempo, la condición de país periférico, de innegable desprecio con las políticas públicas relativas a los derechos fundamentales, contribuyen para que, cotidianamente, innumerables violaciones ambientales dejen de ser impedidas o no sean adecuadamente reparadas, a pesar de la existencia de una compleja trama normativa relacionada a este tema.

Aun así, desde un punto de vista normativo, hay un avanzado régimen jurídico de responsabilidad civil de los causantes de ilícitos ambientales, no solo en el ámbito civil, sino también en el criminal, inclusive responsabilizando al Estado por la omisión en el deber de defensa y preservación del medio ambiente.

El tema de responsabilizar a los agentes causantes de daños ambientales inexorablemente pasa por el modo por el cual esa reparación se realizará, una vez que en el campo ambiental hay siempre preferencia por la reparación de los daños *in natura*, en la medida de lo posible, para el pleno restablecimiento del medio ambiente deteriorado.

Las condenas pecuniarias se derivan de multas por incumplimiento de decisiones judiciales o pueden servir como castigo por el deterioro del medio ambiente, pero no eliminan el deber de la persona causante del daño de repararlo plenamente mediante acciones concretas. En resumen, las condenas pecuniarias son un

1 Entre las innumerables leyes ambientales brasileñas de carácter general, hay que mencionar: Ley n.º 6.938/1981, que establece la Política Nacional del Medio Ambiente; Ley n.º 9.605/1998, que ha regulado los crímenes ambientales en el país; Ley n.º 12.651/2012, que ha regulado el nuevo Código Florestal Brasileño, y un vastísimo número de leyes que tratan de aspectos específicos de la temática ambiental, como residuos sólidos, división de terrenos, unidad de conservación de la naturaleza, saneamiento básico, recursos hídricos, gestión de florestas públicas, etc.

refuerzo para el cumplimiento de la obligación principal de reparar el medio ambiente.

En ese sentido, la responsabilidad por daños ambientales tiene especial importancia en la *forma* y en el *modo* de recuperación del medio ambiente. Considerando que hay daños de esta naturaleza que se caracterizan exactamente por la enorme extensión y el alcance de los biomas afectados, el centro de la responsabilización en sí es *cómo* reparar, en otras palabras, cuáles son las vías que deben ser tomadas para alcanzar su efectiva y completa restauración, así como la búsqueda por la prevención de eventuales y futuros daños al mismo espacio ambiental.

Eso significa que para los daños de gran magnitud —algunos también pueden ser denominados *desastres ambientales*, debido a la característica de ocasionar elevado número de muertes de seres humanos y de animales, además de la profunda destrucción de la flora— las soluciones de restauración ambiental también deben ser tan complejas y detalladas como el propio daño ambiental experimentado.

Por lo tanto, delante de la existencia de la demanda judicial buscando la responsabilización ambiental y la reparación integral de los daños, será en el curso de la propia demanda que las *soluciones concretas y específicas para el caso en cuestión* surgirán; no hay una solución única y generalizada, sino que será variada y se definirá de acuerdo con las características y la extensión del daño ocasionado.

De hecho, el papel desempeñado por el proceso judicial es fundamental para la adecuada y efectiva reparación ambiental en el modo como serán formuladas las soluciones específicas para la reparación. De manera que la propuesta de este texto es exactamente la de destacar los aspectos recogidos en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana, a la luz sobre todo de un caso específico de Brasil, para entonces sugerir la adopción de ese procedimiento llamado *estructural*, como técnica para la solución de otros casos de daños ambientales complejos.

En términos metodológicos, se parte de lo específico con el objetivo de trascender a lo general, es decir, clásico método induc-

tivo: una premisa particular de la cual se extraen los parámetros que pretenden indicar una solución de forma general.

1. El caso: la acción civil pública ambiental del carbón – ACP del Carbón

En Brasil, el tema ambiental es regulado, desde el punto de vista procesal, por los procesos colectivos, de forma más específica, por la acción civil pública en materia ambiental, en la medida en que los datos ambientales son considerados daños al derecho difuso, que en términos de la legislación brasileña se refieren a los derechos transindividuales indivisibles, cuyos titulares son sujetos indeterminados, vinculados por circunstancias fácticas (art. 81, inciso I del parágrafo único de la Ley n.º 8.078/1990). La acción civil pública, regulada por la Ley n.º 7.347/195, es el principal tipo de demanda del llamado micro-sistema procesal colectivo brasileño, y es muy utilizada para las acciones civiles de reparación de daños del medio ambiente.

El caso que aquí se analiza se refiere a una acción civil pública ambiental, llamada de acción civil pública del carbón, exactamente porque se interpuso con el objetivo de la restauración ambiental de los daños ocasionados por la extracción, por décadas, de carbón. En Brasil la extracción del carbón mineral se concentra en la región sur del país, específicamente en la Cuenca Carbonífera de Santa Catarina, cerca de la ciudad de Criciúma, en el Estado de Santa Catarina.

Este caso fue elegido por dos razones básicamente: i. se trata de una de las acciones civiles públicas más antiguas relacionadas a los daños ambientales complejos y de gran magnitud, por lo que es posible identificar las fases desarrolladas durante esa demanda, y ii. las soluciones judiciales dadas al caso se revelan, en nuestra opinión, muy compatibles con las características de los daños, constituyendo un ejemplo de proceso estructural.

La acción civil pública del carbón fue presentada por el Ministerio Público Federal en 1993, con el fin de reparar los daños ambientales derivados de la extracción y el aprovechamiento del mineral del carbón, ocurrido entre los años de 1970 y 1980. La demanda fue propuesta en la Justicia Federal de Criciúma contra la Unión, del Estado

de Santa Catarina, y más de veinte empresas carboníferas, con la petición de que se recuperasen totalmente las áreas deterioradas por las actividades de extracción y lavado del carbón.²

Por estar vinculados a acontecimientos ocurridos a lo largo de muchos años, así como por su extensión y gravedad, el daño ambiental en este caso no permitía el restablecimiento del medio ambiente natural de manera simple e inmediata,³ sino que requería un procedimiento que se estableciera por fases, en las que, primero, fuera posible identificar las peculiaridades del daño, para luego establecer los programas y proyectos que serían, en la fase final, ejecutados e implementados. Este procedimiento de forma escalonada y mediado por fases, en el caso concreto pudo ser observado con las siguientes peculiaridades.

La demanda civil ambiental pública fue presentada en 1993 y la sentencia de la misma fue proferida en el 2000. En ésta el juez reconoció la responsabilidad civil-ambiental de los demandados, a quienes se condenó a *presentar proyectos de recuperación ambiental de las zonas deterioradas*⁴. Se trata de una sentencia de naturaleza genérica, que reconocía el deber de indemnizar, pero no especificaba exactamente los medios para hacerlo.

2 Las informaciones procesales relativas a la acción civil pública del carbón pueden ser obtenidas directamente consultando el expediente, N° 93.8000533-4, o también por escritos que destacaran la síntesis de las principales decisiones y fases procesales de este caso. Este artículo ha utilizado como referencia para las informaciones que se siguen: ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão*. In: Revista de Processo Comparado, v. 2, 2015, p. 211-232; RAVAZZOLI, Cláudia. *A problemática ambiental do carvão em Santa Catarina: sua evolução até os termos de ajustamento de conduta vigente entre os anos 2005 e 2010*. In: Geografia em questão, vol. 06, n. 1, 2013, p. 179-201; ZANETTE, Eduardo Netto; CAMILO, Sílvio Parodi Oliveira. *A recuperação ambiental a partir da ação civil pública no contexto da exploração do carvão mineral no sul de Santa Catarina*. In: II Jornada Nacional de Desenvolvimento e Políticas Públicas, setembro de 2018.

3 Sobre la complejidad de los hechos del caso: «Além disso, a ausência de requisitos legais ambientais, no controle e fiscalização, aplicáveis às atividades produtivas, nas diversas áreas da economia, resultou na visão utilitária e econômica da exploração mineral até o início da década de 90. As atividades econômicas minerárias anteriores a este período, provocaram danos ambientais que resultaram em grandes áreas degradadas ao final da exploração, haja vista que, o rejeito do minério extraído, pouco utilizado para comercialização, era depositado em locais a céu aberto. Assim, a fiscalização insuficiente e as diferentes interpretações pelos legisladores e os órgãos de controle na relação do Direito Minerário e Direito Ambiental, com relação a extração minerária acarretou em grandes passivos ambientais». RAVAZZOLI, *A problemática ambiental do carvão em Santa Catarina*, op. cit.

4 «O projeto deveria contemplar as áreas de depósitos de rejeitos, as áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, a fixação de barrancas, a descontaminação e retificação dos cursos d'água, além de outras obras que visem amenizar os danos sofridos principalmente pela população dos municípios-sede da extração e do beneficiamento (JFSC-MPF, 1993)». RAVAZZOLI, *A problemática ambiental do carvão em Santa Catarina*, op. cit.

Es a partir de ahí que se inicia el *cumplimiento* de dicha sentencia, la cual se desarrolló en fases sucesivas⁵. La *primera* de ellas fue aquella en la cual a los condenados se les presentaron los proyectos de recuperación ambiental, y la cual estuvo caracterizada por debates y divergencias en cuanto a las áreas alcanzadas por los daños ambientales, y también por las diferentes interpretaciones en cuanto a los proyectos de recuperación presentados por los demandados⁶. Esta etapa tuvo como duración aproximadamente de 2000 a 2004.⁷

La *segunda fase* procesal de cumplimiento de la sentencia contó con una participación más efectiva del Ministerio Público Federal y también con el acompañamiento del Ministerio del Medio Ambiente, en la cual se elaboró la Nota Técnica n.º 03 de 2006, lo que reveló el incumplimiento, por parte de los condenados, en el trabajo de recuperación del medio ambiente.

A partir de entonces, se inició una *tercera fase*, en la que se homogeneizaron los proyectos que debían presentar los condenados, así como la creación de un Grupo Técnico de Asesoramiento, responsable de encontrar soluciones de consenso, que fueron debatidas y dialogadas entre las partes. Fue durante este período (entre 2005 y 2010) que fueron celebrados los Términos de Ajuste de Conducta, nombre que se da a los acuerdos en las acciones civiles públicas⁸.

La asistencia de estos asesores técnicos permitió la homogeneización de los proyectos presentados, así como la posibilidad

5 Importante subrayar que mismo antes de la formación de la cosa juzgada, hubo inicio el cumplimiento provisorio de la sentencia, inclusive con la definición de multas en caso de que se haber presentado los proyectos como definido en la sentencia, en anticipación de tutela.

6 «Em apoio à ordem, foi cominada multa coercitiva e imposta medida de sub-rogação, consistente na contratação, às expensas dos condenados, de terceiro para a elaboração e execução do mencionado projeto. Por fim, a sentença ainda impôs às mineradoras que adequassem sua conduta às normas de proteção ambiental, em sessenta dias, sob pena de interdição; e aos órgãos de proteção ambiental e de fiscalização de mineração o dever de apresentar relatório circunstanciado de fiscalização de todas as minas em atividade naquela região. Finalmente, a sentença impôs ao Ministério Público Federal opinar sobre o projeto de recuperação que seria apresentando, o qual seria posteriormente chancelado pelo Poder Judiciário». ARENHART, op. cit.

7 «Na primeira fase, que vai de 2000 a 2004, ainda não se tinha muito bem delineada a dimensão do problema e a extensão da condenação. Porque a sentença havia imposto, genericamente, a obrigação de reparar o dano ambiental, ainda não se tinha a precisa definição daquilo que seria necessário de modo exato para o cumprimento dessa imposição, nem o perfeito delineamento da extensão da área a ser reparada. Nessa fase, enfim, obteve-se informações que subsidiaram, posteriormente, a adoção de medidas mais concretas capazes de enfrentar a complexa tarefa da recuperação ambiental». ARENHART, op. cit.

8 «Ademais, nessa época também se criou o Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA). Esse grupo, formado por representantes técnicos de todas as partes e por sujeitos externos ao processo ligados à questão ambiental, tinha por principais funções propor estratégias, métodos e técnicas para a recuperação ambiental. Releva salientar que as decisões desse grupo não seriam tomadas por maioria de votos, mas por consenso de

de definir de forma concreta las medidas a llevar a cabo por cada demandado. En la misma fase se crearon «indicadores ambientales y un plan de monitoreo para las áreas deterioradas por la extracción de carbón en el Estado de Santa Catarina», lo que permitió comprender detalladamente la situación de los daños ambientales en toda la región afectada, así como monitorear los resultados concretos derivados de la implementación de las medidas en curso. A partir de estas medidas y de los acuerdos celebrados, el 73% de las zonas terrestres afectadas tuvieron un cronograma de actividades para la recuperación del medio ambiente, que debían ser ejecutadas hasta el año 2020.

La *cuarta fase* de cumplimiento de la sentencia se enfoca en la implementación de las actividades de recuperación ambiental previstas en los cronogramas aprobados, lo cual se realiza mediante el monitoreo técnico de especialistas, según el objeto de cada área que debía ser recuperada. Se creó incluso una página web para que el público pudiese acompañar los avances en el cronograma de obras.

En general, estas son algunas de las peculiaridades del caso. Es interesante señalar que estas fases de cumplimiento de la decisión que sigue a la sentencia, la formación del grupo técnico asesor, el cronograma de actividades, no tienen ninguna previsión legal en el ordenamiento jurídico brasileño; son soluciones creadas judicialmente, a la luz de las peculiaridades de un daño ambiental complejo, extenso, y prácticamente sin precedentes en la época. Como se verá más adelante, hay elementos en el caso en cuestión que indican características de los denominados procesos estructurales.

Por último, es importante destacar que, después de esta demanda, la extracción de carbón en la región se realiza de manera planificada, mediante proyectos de recuperación de áreas en las que operan las empresas carboníferas. En resumen, el resultado se considera bastante positivo.⁹

todos, o que foi vital para a redução da litigiosidade interna do processo e para a redução de eventuais incidentes e recursos na efetivação da sentença». ARENHART, op. cit.

9 RAVAZZOLI, op. cit.

2. Otros casos ambientales semejantes

El caso de la acción civil pública del carbón relatado anteriormente revela, de forma más detallada, la construcción de un procedimiento, incluso sin disposición legal, para contemplar las peculiaridades del caso concreto, marcadas por la complejidad del daño ambiental, y la necesidad de soluciones procesales más flexibles. Lamentablemente, en el continente latinoamericano existen otras situaciones reales de daños ambientales de dimensiones similares que naturalmente requieren remedios judiciales para tales daños en la misma línea que los procesos estructurales.

En Argentina, el ejemplo más emblemático de la creación de un proceso estructural es el llamado caso «Mendoza», relativo a la contaminación de la cuenca hidrográfica Matanza-Riachuelo, que es uno de los ríos que desembocan en el Río de la Plata. Esto afectó a aproximadamente cinco millones de personas, debido a un historial de contaminación de aproximadamente 130 años, lo que hace que el caso adquiera dimensiones y complejidades únicas en ese país.¹⁰

En la demanda propuesta, en la que se solicitaba la responsabilidad por los daños ambientales y también por los daños causados a la salud y a los bienes de las personas afectadas, la Corte Constitucional argentina —dada la falta de procedimiento legal previamente establecido para un conflicto colectivo de esta naturaleza— admitió la demanda en 2006, y dictó, en 2008, una sentencia que era claramente de carácter estructural. En esta aprobó un *Plan Integral de Saneamiento Ambiental* para la zona afectada, a partir del cual se establecieron paulatinamente objetivos y fases para resolver la complejidad de las violaciones que caracterizaban el conflicto; todo ello a partir de la construcción jurisprudencial, sin existir previsión legal detallada para las soluciones concretas dadas al caso.¹¹

En Brasil, hay dos casos de daños socio-ambientales muy recientes, de dimensiones extraordinarias, que se produjeron en el Estado de Minas Gerais como resultado de la ruptura de dos repre-

10 Para todas las informaciones del caso: VERBIC, Francisco. *Cuestiones procesales y problemas del remedio estructural en el caso «Mendoza»*. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antonio; SEDLACEK; ZANETTI JR, Hermes (Orgs.). *Temas de direito processual contemporâneo: III Congresso Brasil – Argentina de direito processual*, vol. I. Editora Milfontes, 2019, p. 695-708.

11 VERBIC, op. cit.

sas de las industrias de extracción de minerales. Dichos casos exigen soluciones procesales igualmente complejas y construidas a la luz de las peculiaridades de los casos concretos.

El caso conocido como «Mariana» —considerado el mayor desastre ambiental de la historia de Brasil y uno de los mayores del mundo— ocurrió el 5 de noviembre de 2015, con la ruptura de la llamada Represa del Fundão, instalada en el Río Doce y causó daños de dimensiones impresionantes. Ocasiónó destrucción y contaminación causada por los residuos de mineral de hierro a los ecosistemas del propio Río Doce, a los ecosistemas marinos, dado que el lodo llegó al Océano Atlántico, y también a la infraestructura urbana y rural de las ciudades y de las personas afectadas por los daños ambientales.

Debido a la complejidad del caso, y también siguiendo la línea trazada en la acción civil pública del carbón, el caso tuvo que ser resuelto por consenso, firmando un acuerdo de ajuste de conducta entre todos los responsables de los daños, e incluyendo la creación de una Fundación, llamada Renova. Esta última tenía como propósito específico llevar a cabo la «reparación, restauración y programas de recuperación socioeconómica y socio-ambiental en las áreas afectadas por la ruptura de la presa».¹²

En el otro caso, conocido como «Brumadinho», la ruptura de la represa del Córrego do Feijão alcanzó el Río Paraopeba, causó la muerte de doscientas setenta personas y provocó la destrucción de la fauna y la flora de un área de 290 hectáreas, además de una devastación de la vegetación nativa de la Mata Atlántica en áreas de preservación permanente.¹³

En todos estos casos es importante destacar que el daño ambiental se configura también como daño social, con clara violación de los derechos humanos de las comunidades afectadas por este

12 «O rompimento da barragem de Fundão é considerado o desastre industrial que causou o maior impacto ambiental da história brasileira e o maior do mundo envolvendo barragens de rejeitos, com um volume total despejado de 62 milhões de metros cúbicos. A lama chegou ao rio Doce, cuja bacia hidrográfica abrange 230 municípios dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, muitos dos quais abastecem sua população com a água do rio. Ambientalistas consideraram que o efeito dos rejeitos no mar continuará por pelo menos mais cem anos, mas não houve uma avaliação detalhada de todos os danos causados pelo desastre. Segundo a prefeitura do município de Mariana, a reparação dos danos causados à infraestrutura local deverá custar cerca de cem milhões de reais». In: https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento_de_barragem_em_Mariana

13 Cfr. LIGUORI, Carla; LEVY, Dan Rodrigues (Orgs.) *Brumadinho: a ciência à realidade*. São Paulo, LiberArs, 2020.

daño, lo que da una dimensión aún más grave y compleja para la construcción de soluciones jurídicas viables y también efectivas para el restablecimiento de todos los derechos violados y por tanto el sentido exacto de la responsabilidad civil ambiental.

4. Procesos estructurales: breves notas

Como se dijo al inicio, el ordenamiento jurídico brasileño contiene un conjunto de normas que son destinadas a la protección ambiental, lo que le confiere un tratamiento adecuado en términos de derecho material. Cabe resaltar aquí que lo expresado anteriormente sólo puede ser dicho con las reservas necesarias en relación al derecho procesal.

Al final, la acción civil pública posibilita el ejercicio del derecho de acción por una colectividad, la cual estará representada por aquellos a los que la ley define como legitimados para ello, y la sentencia que reconoce el derecho a la reparación del medio ambiente, confiere la tutela jurisdiccional; sin embargo, la realización de la tutela, a través del cumplimiento de la sentencia, encuentra dificultades que han sido identificadas desde hace mucho tiempo por los estudiosos brasileños.¹⁴

La actuación del poder judicial para determinar la protección o reparación del medio ambiente, aunque respaldada en el derecho material, encontraba obstáculos en el derecho procesal brasileño, lo que no se limita a la falta de previsión de soluciones específicas para el cumplimiento de la sentencia.

La rigidez formal del procedimiento, que se extrae de las reglas de correlación entre el pedido y la sentencia¹⁵, de la estabilidad de la

14 Por ejemplo, Carlos Alberto de Salles se ha dedicado al tema de la *Execução em Matéria Ambiental*, título de su libro publicado en 1998, reconociendo que: «o Judiciário é uma alternativa imperfeita, na tarefa de definir em concreto o interesse público. Suas principais imperfeições são o distanciamento do processo da realidade social, os elevados custos da demanda, a inércia da jurisdição e sua incapacidade de desenvolver políticas globais» (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1a ed., p. 102).

15 CPC brasileño: Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

demanda¹⁶, de la preclusión¹⁷ y de la cosa juzgada¹⁸, causa dificultad o incluso impide que el proceso comprenda las cuestiones que afectan a los sujetos procesales, ya sea porque han sido modificados a lo largo del tiempo o porque eran desconocidos para las partes y se revelaron en el curso de la instrucción probatoria.¹⁹

Pensadas para el proceso individual, estas limitaciones impuestas por la necesidad de proporcionar seguridad jurídica y efectividad de la protección judicial, deberían ser observadas también en el proceso colectivo, considerando que la idoneidad procesal prevista por la ley para este último consistía básicamente en la admisión de la representación judicial de los intereses colectivos —ampliamente considerados— y en las consecuencias de dicha admisión sobre la eficacia de la sentencia y de la cosa juzgada²⁰.

Además, se identificó en el proceso judicial —tanto en el colectivo como en el individual—, un déficit democrático consistente en las escasas oportunidades de participación de los sujetos que, aunque no formaban parte del proceso, estaban representados en él, además

16 CPC brasileño: Art. 329. O autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

17 CPC brasileño: Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

18 CPC brasileño: Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

19 En este sentido, Susana Henriques da Costa observa que: «As regras inflexíveis a respeito da estabilização objetiva do processo podem se mostrar insuficientes para lidar com essa mutabilidade inerente dos direitos difusos. O pedido originariamente realizado pode, com o passar do tempo, não mais ser apto a resolver a crise de direito material trazida para a apreciação jurisdicional, que agora, demanda outro tipo de prestação protetiva, em função da alteração da causa de pedir» (*A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 414/415).

20 Adecuada la crítica de Sérgio Cruz Arenhart a este respecto: «[...] substancialmente, a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo 'individual', no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito», op. cit.

de identificar la ausencia de fuertes mecanismos para controlar la adecuada representación de los legitimados extraordinarios.²¹

La representación de los intereses colectivos, que hace posible el tratamiento judicial de los litigios colectivos, reduce necesariamente la complejidad de la controversia, lo cual permite su agrupación, incluso cuando la homogeneidad de estos intereses no es absoluta, y permite también la narración de los hechos y su demostración en la instrucción probatoria.

Sin embargo, las peculiaridades y divergencias de las situaciones de aquellos que son afectados por el daño ambiental a veces sólo surgen en la fase de cumplimiento de la sentencia, por lo que el cambio del comando judicial para abarcar cuestiones que no fueron decididas —porque no fueron objeto de la demanda o porque surgieron después de su conclusión— afectan la efectividad de la tutela.

Con el fin de atenuar estas características que, al tratar causas complejas, se mostraron indeseables, la doctrina procesalista pasó a defender el uso de técnicas procesales ya previstas de manera más amplia, con el objetivo de adaptar el proceso al derecho material.

A partir de la constatación de que el litigio judicializado contenía cuestiones de interés público²² o —más tarde— que la demanda contenía una solicitud de control judicial de las políticas públicas²³, se entendió

21 Nuevamente, nos referimos a la crítica de Arenhart: «E, mais grave, mesmo a dita «representação» feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real. Com efeito, um agente do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de sê-lo, está inquestionavelmente legitimado à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e, em consequência, passa a ter a prerrogativa de dizer – sem sequer ser obrigado a consultar qualquer membro da comunidade ou da coletividade como um todo, ou mesmo sem nem mesmo dar a oportunidade a esses grupos ou à sociedade de manifestar-se previamente – aquilo que a sociedade precisa, deseja ou exige. Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo aliena exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos», op. cit.

22 Carlos Alberto de Salles anota que: «A expressão interesse público, nos moldes propostos, embora não seja usual na doutrina brasileira, encontra amplo respaldo na literatura jurídica norte-americana. Nos Estados Unidos, as expressões *public interest law* e *public interest litigation* são bastante usuais para designar aquelas situações nas quais o direito é relacionado ao interesse de uma coletividade em oposição àquelas normas de interesse individual» (*Processo civil de interesse público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 194).

23 Ada Pellegrini Grinover ensinava que: «Os direitos sociais previstos na Constituição, aos quais correspondem obrigações prestacionais do Estado - e que, segundo a Constituição brasileira, têm eficácia imediata - envolvem a necessidade de prestações positivas do Estado, sendo por isso mesmo também chamados de direitos fundamentais prestacionais. A fruição de direitos como à saúde, à educação, à habitação, ao trabalho, ao meio ambiente sadio dependem, assim, da organização do Estado, que fixa e implementa políticas públicas (igualitárias e universais por natureza) por intermédio da função legislativa (leis) e da função administrativa

que sería necesaria cierta flexibilidad de la estabilidad de la demanda, para admitir así la proposición de una demanda con un pedido genérico²⁴, lo que permitía que posteriormente se descubrieran hechos en la instrucción probatoria y la adecuación de las peticiones a los mismos.

Igualmente se apoyó la posibilidad de utilizar la tutela específica de las obligaciones de hacer y no hacer, de manera que la decisión se pudiera amoldar a los cambios en los hechos ocurridos en el transcurso del proceso o después de su conclusión.²⁵

Además, después de su introducción en el sistema procesal, se abogó por el uso de audiencias públicas y la intervención de *amicus curiae* como medio de participación de los interesados en el proceso, lo que permitió ampliar los debates y dimensionar mejor la complejidad de la controversia.²⁶

Sin embargo, incluso esas posibilidades que podían ejercerse de *lege lata*, resultaron ser insuficientes para el tratamiento adecuado de un litigio complejo de interés público, por lo que se reconocía que la lógica procesal dicotómica y contradictoria debía sustituirse por la cooperación (o colaboración) procesal, en la que las partes podían ejercer preferencias en el desarrollo del proceso, de manera consensual, a fin de adaptar el procedimiento a las particularidades de la causa.²⁷

(planeamento e ações de implementação). Mas os poderes políticos (e principalmente a Administração) frequentemente se omitem, permanecendo inertes, o executam políticas públicas inadequadas para satisfazer a previsão constitucional (art. 6º da Constituição brasileira) ou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 30 da Constituição). É neste momento, ou seja, sempre *a posteriori*, que a função jurisdiccional, desde que provocada, pode entrar em ação, exercendo o controle da constitucionalidade da política pública e até intervindo, para implementá-la ou corrigi-la. (*Caminhos e descaminhos do controle jurisdiccional de políticas públicas*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 423/424).

24 El art. 286 del Código Procesal Civil de 1973 prevía la posibilidad de formular pedido genérico «quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito»

25 En este sentido, Carlos Alberto de Salles propugnaba el manejo de las técnicas de las obligaciones de hacer y de no hacer, previstas en el Código Procesal Civil de 1973, comparadas con las *injunctions* norte-americanas, en los siguientes términos: «Além disso, a recente reforma do artigo 461 do Código de Processo Civil, ao criar instrumentos judiciais que permitam viabilizar a tutela específica das obrigações de fazer, introduziu definitivamente no sistema nacional instituto bastante similar à *injunction*. A redação daquele dispositivo trouxe para o Brasil um instrumento efetivo de tutela para alguns tipos de direitos, colocando a necessidade de o juízo adotar, desde o processo de conhecimento, medidas que resguardem integralmente a execução daquele provimento jurisdiccional» (*Execução em Matéria Ambiental*, op. cit., p. 155).

26 Susana Henriques da Costa: «Tanto as audiências públicas, como o *amicus curiae* representam técnicas de democratização do processo, pois permitem a oitiva de grupos interessados. A decisão, embora não tenha que necessariamente optar pela solução representativa do interesse majoritário, será politicamente mais legítima e, qualitativamente melhor, pois levará em conta toda a complexidade envolvida na demanda» (ob. cit., p. 419).

27 En este sentido: «A complexidade e a especificidade das matérias discutidas nesses processos demandam uma espécie de procedimento adaptado a essas características, para as quais o decisionismo judicial deve ceder

Con el Código de Proceso Civil de 2015, la previsión normativa actual permite que estas posibilidades sean ejercidas por las partes y los jueces sin necesidad del sofisticado, y a veces cuestionable, ejercicio interpretativo que exigía el sistema del Código de 1973, como se verá más adelante.

A este proceso pensado para la resolución de cuestiones complejas, de interés público, que requieren la adaptación del procedimiento para dotarlo de mayor apego al derecho material y de legitimidad mediante la participación de los interesados afectados, se le confirió el nombre de proceso estructural, inspirado en el planteamiento del profesor norteamericano Owen Fiss,²⁸ añadiendo a los conceptos hasta entonces tratados por la doctrina (proceso de interés público y control jurisdiccional de las políticas públicas) la característica de que las decisiones, llamada de estructurales, tienen por objeto «la alteración sustancial, para el futuro, de una determinada práctica o institución».²⁹

El concepto de proceso estructural ha sido desarrollado en la doctrina brasileña, distinguiéndolo no sólo del litigio colectivo, sino también del litigio de interés público, con énfasis en la característica de que tiene como objetivo el cambio de una estructura burocrática,

espaço ao colaboracionismo processual, de maneira que é necessário que o juiz se paute sobretudo na busca do diálogo, do consenso, para a construção e efetivação de soluções adequadas à tutela do direito fundamental em jogo [...]». (ZUFELATO, Camilo. *A busca por soluções jurídicas consensuais em tema de controle judicial de políticas públicas: reflexões à luz do Projeto de Lei n.º 8.058/2014*. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Coords.). *Controles da administração e judicialização de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 307-319, p. 307.)

28 «[...] a fase de execução no processo judicial está muito longe de ser esporádica. Ela tem um começo, talvez um meio, porém não tem um fim - bem, quase não tem fim. Envolve uma relação longa e contínua entre o juiz e a instituição; não se refere à implementação de uma medida judicial já concedida, mas à concessão ou forma da medida. A tarefa não é declarar quem está certo ou errado, nem calcular o total de danos ou proferir uma decisão destinada a fazer com que um ato isolado deixe de ser praticado. A tarefa consiste na eliminação da condição que ameaça os valores constitucionais. Nos casos em que a extinção da institucionalização é concebível, como ocorre no âmbito da saúde mental, o fechamento da instituição pode ser uma opção viável. No entanto, para a maior parte, nos casos envolvendo escolas, prisões, departamentos do bem-estar social, departamentos da polícia e autoridades do setor de habitação, por exemplo, tal opção não está disponível. Consequentemente, a medida judicial envolve a corte em nada menos que a reorganização de uma instituição existente, de forma a remover a ameaça que ela representa para os valores constitucionais. A jurisdição da corte durará enquanto a ameaça persistir» (*As formas de Justiça*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 145.

29 Cf. Sérgio Cruz Arenhart, op. cit., p. 480.

que puede ser estatal o privada, porque sin este cambio no hay impedimento efectivo o interrupción de los daños.³⁰

La naturaleza del litigio que requiere un proceso estructural para su tratamiento judicial, por lo tanto, sería la de litigios complejos que afectan de manera diferente a los individuos que conforman un grupo o comunidad, de modo que no existe una solución única y conjunta que pueda servir a todos,³¹ ni tampoco se puede reducir la complejidad de sus intereses para admitir su representación como si hubiera alguna uniformidad entre ellos, sin que haya pérdida de legitimidad democrática.³²

La causa del litigio estructural, a su vez, se identifica como el «estado de desconformidad estructurada», un marco de incumplimiento de los preceptos constitucionales que puede enmarcarse en la violación de una norma, en la omisión de su cumplimiento o incluso en un cumplimiento defectuoso, es decir, que no alcanza el mínimo existencial establecido por la propia Constitución.³³

30 Para Edison Vitorelli: «Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.» (*Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*, Revista de Processo, vol. 284, p. 7, ed. digital, 2018).

31 Vitorelli define los litigios estructurales como litigios colectivos irradiados, porque «[...] o litígio estrutural tem lugar no contexto de uma violação que atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e de formas diferentes, afetando os interesses desses subgrupos de modos distintos, sem que haja, entre eles, qualquer perspectiva social compartilhada. Pode ser que parte do grupo seja até mesmo beneficiada pela manutenção do status posterior à violação e se volte contra a pretensão da sociedade. É por isso que os litígios estruturais são policêntricos e não se enquadram adequadamente no esquema processual tradicional». Esclarece mais adelante, contudo, que: «pode ser que o litígio irradiado ocorra em um contexto não relacionado ao funcionamento de instituições. O litígio decorrente da queima da palha da cana-de-açúcar para viabilizar sua colheita é um litígio irradiado, eis que impacta vários grupos sociais (pessoas afetadas pela fumaça, trabalhadores, municípios), mas não é um litígio estrutural, já que não envolve a reestruturação de quaisquer organizações [...]».

32 Marcos Félix Jobim enfatiza el aspecto de la legitimación democrática del proceso estructural sosteniendo que: «[...] só se pode tentar conceder validade a uma teoria autônoma do processo estrutural estudando, fortemente, como teriam essas técnicas legitimidade democrática para, em algum momento, implementar políticas públicas já existentes e não eficazes ou instituí-las e, em outro, trabalhar o Poder Judiciário como normatizador, ou seja, como intérprete, dotando de sentido os textos normativos para que possam legitimar as políticas implementadas ou instituídas. Essa é a função precípua de um processo estrutural, razão pela qual deve existir uma conformação de um processo legitimamente democrático o suficiente para expedir determinadas ordens em decisões judiciais que tentam concretizar os sentidos normativos que o texto constitucional promete, em especial naqueles textos garantidores de direitos fundamentais» (*Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.) *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2019, 2a ed., p. 647).

33 Fredie Didier, Hermes Zanetti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira entienden que: «O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema

Un rasgo común entre los autores brasileños que estudian el proceso estructural es el reconocimiento de la necesidad de adaptar el proceso a los litigios, ya sean complejos, de interés público o estructurales, y para ello identifican posibilidades relacionadas con la consensualidad y flexibilidad del procedimiento establecido en el Código de Proceso Civil de 2015, en especial, pero no sólo, la llamada atipicidad de las medidas ejecutivas establecidas en los artículos 139, IV y 536, § 1^o³⁴, siguiendo y profundizando la lógica de adoptar la técnica de las protecciones específicas de las obligaciones de hacer y no hacer adoptadas en el marco del Código anterior.

En cuanto a la rigidez del procedimiento, se entiende que el artículo 493³⁵ del Código de Proceso Civil brasileño vigente puede interpretarse de tal manera que permita cierta flexibilidad de la regla de la congruencia. Cabe señalar, sin embargo, que la única diferencia entre lo que figura en el mencionado artículo 493 y en el artículo 462 del Código de 1973 es la alteración de las palabras «sentencia» por «decisión» y «lide» por «mérito», lo que permite que cualquier decisión interlocutoria tome en consideración la alteración del cuadro fáctico después de la interposición de la demanda, pero no más que eso.

En otras palabras, la posibilidad de flexibilizar la congruencia surge más bien de la interpretación del art. 493 en armonía con los artículos 4^o, 7^o y 139 del actual Código, que prevén la eficacia del proceso y el contradictorio de manera principiológica.³⁶

estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação)». (*Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*, Revista de Processo | vol. 303/2020, pp. 213/214).

34 Nuevamente, Didier, Zanetti Jr. e Oliveira observan que: «Essa flexibilidade do processo estrutural deve ser assegurada (i) pela utilização de um procedimento bifásico, aproveitando-se o standard do processo falimentar, que lhe pode servir de base em razão da previsão legal expressa da possibilidade de fracionamento da resolução do mérito (arts. 354, parágrafo único, e 356, CPC); e (ii) pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, como a que atenua as regras da congruência objetiva e da estabilização objetiva da demanda, a ampliação do regime de participação no processo, a atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC), a atipicidade das medidas executivas (art. 139, IV, e art. 536, § 1^o, CPC), a atipicidade dos instrumentos de cooperação judiciária (art. 69, CPC).» (idem, ibidem, p. 220).

35 CPC brasileiro: Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

36 Didier, Zanetti Jr. e Oliveira defenden que: «Ao autorizar e impor que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o legislador diz ao julgador que ele deve interpretar a demanda – e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural – segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência. A dinamicidade com

Además, el proceso estructural se caracteriza por el pragmatismo o el experimentalismo judicial,³⁷ que resulta de la necesidad de destrabar o desbloquear o reasignar la relación de fuerza entre las partes, de modo que ellas mismas, ante el nuevo escenario impuesto por las decisiones judiciales, formulen las formas de superar la controversia y reparación de los daños.³⁸

El experimentalismo determinaría al menos tres fases del proceso estructural:

- a. la elaboración negociada de un plan de cumplimiento de la decisión judicial;
- b. la creación de normas para la aplicación de las medidas judiciales, que se reevalúan y revisan con la participación de los interesados directos;
- c. la creación de mecanismos de respuesta y aprendizaje, para el logro de los objetivos fijados por las decisiones judiciales.³⁹

Por último, a modo de conclusión, aunque se reconoce la importancia del diseño de los conceptos, especialmente con fines

que se altera o cenário fático dos litígios subjacentes aos processos estruturais torna este art. 493 do CPC uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados» (idem, *ibidem*, p. 225). Esse, em linhas gerais, também é o entendimento de Sérgio Cruz Arenhart: «[...] as cláusulas abertas presentes na legislação brasileira (v.g., art. 461, CPC/1973; arts. 139, IV, 536 e 537, CPC/2015; art. 84, CDC) devem ser enxergadas com o potencial suficiente para a criação desses mecanismos. Afinal, abre-se espaço amplo para que o juiz empregue medidas de indução e de sub-rogação necessárias a dar cumprimento às suas decisões (consensuais ou não)», op. cit.

37 Discordando parcialmente Edilson Vitorelli, pues no considera que este elemento sea definidor del proceso estructural, *in verbis*: «Em outras palavras, o que torna uma execução estrutural é o seu objetivo, não a sua metodologia. O objetivo de uma execução estrutural é implementar uma decisão de reorganização do comportamento institucional que causa, permite, fomenta ou perpetua o ilícito, como forma de evitar que seus resultados se repitam, no futuro. As metodologias de execução negociada, faseada, dialogada ou cooperativa são propícias a serem aplicadas nesse contexto, mas não são constitutivas do conceito», op. cit., p. 11.

38 Con referencia a los autores norte-americanos Charles Sabel y William Simon, Carlos Alberto de Salles aclara el concepto de experimentalismo judicial y su rol en el proceso estructural: «É como se não estivesse mais em jogo uma vontade burocrática inconstitucional a ser combatida, mas existência de um entrincheiramento da instituição a afastá-la da ordem constitucional. Por essa razão, não se trata de mudanças, propriamente, a partir de uma afirmação de direitos, mas de direitos cujo reconhecimento judicial geral uma desestabilização das instituições envolvidas, de maneira que, libertas de suas próprias amarras, elas possam ser conduzidas ao atendimento dos valores constitucionais». Em semelhante sentido, Edilson Vitorelli, con apoyo en Collin Diver, reconoce que: «[...] o processo estrutural funciona mais como um meio de realocação de poder do que como mecanismo de imposição de um resultado, coercitivamente. Em vez de promover uma alteração isolada na estrutura, o processo se converte 'em um componente duradouro do processo de negociação política, que determina a forma e o conteúdo das políticas públicas'. O juiz atua mais como um agente de negociação e de troca, não mediante decisão e imposição.» (*Reforma estrutural*, op. cit., p. 738).

39 Cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Reforma estrutural*, op. cit., p. 739. Didier, Zanetti Jr. e Oliveira, en el mismo sentido, entienden que para el cumplimiento de decisiones estructurales: «[...] é preciso que a decisão estrutural estabeleça, ao menos: (i) o tempo, o modo e o grau da reestruturação a ser implementada; (ii) o regime de transição, conforme art. 23 da LINDB; e (iii) a forma de avaliação/fiscalização permanente das medidas estruturantes» (op. cit., pp. 221/222).

académicos y pedagógicos, se considera que el desarrollo del proceso estructural se produce debido a la *necesidad de concebir formas legítimas de resolución de conflictos complejos, con efectos diferenciados, que afectan a una parte importante de la sociedad, y para los que el modelo de proceso tradicional no es capaz de proporcionar formas adecuadas de tratamiento*.⁴⁰

Considerando que el proceso estructural no se limita a la fase de cumplimiento de una sentencia, sino que se imprime desde las primeras etapas del proceso, se estima que sea como mínimo difícil decir que las peticiones de las partes y las decisiones se dirigen a la reestructuración burocrática o institucional, y esta observación sólo puede hacerse a lo largo del proceso o incluso en la fase de cumplimiento de la sentencia.

Del mismo modo, saber cuáles son los impactos para las partes —si son diversos y en qué medida, si existe solidaridad entre los afectados por el daño ambiental— y que se vea que esa solidaridad pueda surgir como resultado del daño ambiental o incluso de la organización de los individuos para hacer frente a este daño sólo será posible en un análisis retrospectivo.

Sabemos que en Colombia el tema de los procesos estructurales también se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación a los desplazamientos forzados y la necesidad de superar un estado de cosas inconstitucional, lo que indica un fenómeno bastante semejante con lo que ha pasado en Brasil y Argentina en términos de creación de soluciones procesales para problemas jurídicos complejos.⁴¹

40 Concordamos con la proposición de Gustavo Osna, para quien: «[...] antes de se arguir se de fato há aí um «processo estrutural», sustentamos que é necessário reconhecer que, materialmente, o que existiu foi um agir essencialmente pragmático; uma saída atenta aos potenciais desdobramentos e consequências da decisão tomada, reconhecendo a impossibilidade de efetivar a tutela adequada sem levá-los em consideração. Rotulá-lo ou não como «estrutural» ou «estruturante» corresponde a uma opção conceitual e superveniente, incapaz de apagar esse núcleo» (*Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio/ago. 2020).

41 RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010; RODRIGUÉZ, Cesar Garavito. *Más allá del desplazamiento o como superar un estado de cosas inconstitucional*. In: RODRIGUÉZ, Cesar Garavito (Coord.). *Más allá del desplazamiento políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

4. Conclusión

Los daños ambientales son una constante lamentable en Brasil, y el Poder Judicial es uno de los principales espacios institucionales que se busca para la concretización de los derechos colectivos alcanzados por esos daños. En el campo de la responsabilidad ambiental por los casos ambientales complejos, es necesario replantearse soluciones procesales que busquen la reparación más adecuada y eficaz de los daños sufridos.

Ello se debe a que, en litigios complejos, ya sean ellos llamados de litigios de interés público, de litigios estructurales, o de control judicial de políticas públicas, la estructura tradicional del proceso judicial civil, no es capaz de acomodar la flexibilidad necesaria y la amplitud de debate, con la finalidad de proporcionar un instrumento legítimo de solución de controversias en esos casos.

Aunque el proceso colectivo sea claramente más adecuado para tratar demandas complejas y, en Brasil, imposible renunciar cuando se trata de los derechos de la sociedad como un todo o, al menos, de una colectividad, este modelo procesal también enfrenta limitaciones que dificultan el amplio acceso a la justicia cuando los hechos evolucionan rápidamente y los derechos son multifacéticos.

Aun así, ante de la exigibilidad de los derechos ambientales, otorgados por el ordenamiento brasileño, el Poder Judicial brasileño, como visto anteriormente, ha superado estas dificultades con la interpretación teológica de las normas procesales, pero principalmente con el incentivo de soluciones negociadas con las partes y, especialmente, en la fase de ejecución o cumplimiento de la sentencia.

Los estudiosos del derecho procesal civil que se dedican al estudio en Brasil, reconocen la importancia del papel del Poder Judicial en el desarrollo del proceso estructural, en el ejercicio del llamado experimentalismo, centrado principalmente en la solución del conflicto, con miras en la concretización del derecho material, y dejando en un segundo plano las limitaciones procesales.

Sin embargo, ante las posibilidades que se abrieron con el Código de Proceso Civil de 2015 que, de hecho, se derivan tanto de

la previsión legal como del cambio de enfoque hermenéutico de sus intérpretes, puede decirse que el proceso estructural es un tema relevante en los estudios procesales brasileños en los días actuales.

Se encuentran análisis que buscan el desarrollo de los conceptos y de la precisión terminológica, otros que extraen del texto jurídico el apoyo necesario para legitimar la práctica judicial y, finalmente, aquellos que identifican en el proceso estructural un modo renovado de protección de los derechos, ampliando la función judicial también para garantizar los derechos fundamentales que no estaban protegidos eficazmente debido a las limitaciones del proceso judicial.

Tal vez sea necesario en este momento reforzar los análisis críticos del proceso estructural, después de todo —aun con la adecuación del procedimiento y la ampliación de las posibilidades de participación—, permanecen los límites personales y materiales del Poder Judicial, debido a la concepción de la función judicial, inclusive para los propios Magistrados, y los desalientos para actuar en los casos complejos de larga duración.

Y, por último, debe tenerse en cuenta que el cambio estructural burocrático o institucional no es una tarea fácil, sea ejercido mediante un proceso judicial o no. La experiencia histórica demuestra que ese camino está compuesto de éxitos y de fracasos, una evaluación que muchas veces va a depender del punto de vista y de los intereses de quien analice el caso, de hecho. No es diferente en Brasil.

REFERENCIAS

- Arenhart, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão*. In: Revista de Processo Comparado, v. 2, 2015, p. 211-232.
- Costa, Susana Henriques da. *A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017.
- Didier Junior, Fredie; Zaneti Junior, Hermes; Oliveira, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*, Revista de Processo, vol. 303/2020.
- Fiss, Owen. *As formas de Justiça*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017.
- Grinover, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017.
- Jobim, Marcos Félix. *Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção*. In Arenhart, Sérgio Cruz; Jobim, Marco Félix (org.) *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2019, 2a ed.
- Liguori, Carla; Levy, Dan Rodrigues (Orgs.) *Brumadinho: a ciência à realidade*. São Paulo, LiberArs, 2020.
- Osna, Gustavo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio/ago. 2020.
- Salles, Carlos Alberto de. *Execução em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- *Processo civil de interesse público*. In: Grinover, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo; Costa, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017.
- Ravazzoli, Cláudia. *A problemática ambiental do carvão em Santa Catarina: sua evolução até os termos de ajustamento de conduta vigente entre os anos 2005 e 2010*. In: Geografia em questão, vol. 06, n. 1, 2013, p. 179-201.
- Rodríguez, Cesar Garavito. *Más alla del desplazamiento o como superar un estado de cosas inconstitucional*. In: RODRIGUÉZ, Cesar Garavito (Coord.). *Más alla del desplazamiento políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.
- Rodríguez, César; Franco, Diana. *Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

Verbic, Francisco. *Cuestiones procesales y problemas del remedio estructural en el caso «Mendoza»*. In: Sica, Heitor; Cabral, Antonio; Sedlacek; Zaneti Jr, Hermes (Orgs.). Temas de direito processual contemporâneo: III Congresso Brasil – Argentina de direito processual, vol. I. Editora Milfontes, 2019, p. 695-708.

Vitorelli, Edilson. *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*, Revista de Processo, vol. 284.

Zanette, Eduardo Netto; Camilo, Silvio Parodi Oliveira. *A recuperação ambiental a partir da ação civil pública no contexto da exploração do carvão mineral no sul de Santa Catarina*. In: II Jornada Nacional de Desenvolvimento e Políticas Públicas, setembro de 2018.

Zufelato, Camilo. *A busca por soluções jurídicas consensuais em tema de controle judicial de políticas públicas: reflexões à luz do Projeto de Lei n.º 8.058/2014*. In: Marrara, Thiago; González, Jorge Agudo (Coords.). Controles da administração e judicialização de políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2016, p. 307-319.

Cláusulas abusivas, abuso de derecho y daños

Mary Ela Martínez

Abogado. Doctora en Derecho Procesal-Universidad de Salamanca.

Introducción

Con la aparición de crisis económicas han saltado a la vista innumerables problemas relativos a las condiciones principales y accesorias de los contratos. El desarrollo de un mercado masivo e internacional que emplea herramientas de las TIC, ha conducido a la proliferación de los contratos de adhesión. Es obvio, que el crecimiento poblacional y el desarrollo de una sociedad de consumo incide notablemente en la necesidad de flexionar condiciones de ciertos instrumentos económicos como el crédito para posibilitar a grandes masas el acceso a bienes y servicios.

Pero esto, paralelamente, genera que el empresario quiera asegurarse de sus derechos e intereses, además buscar formas de trámite rápido lo que ha aunado el desarrollo de los contratos de adhesión, en donde hay un sujeto dominante y otro que es débil en la relación y no le queda otra alternativa más que adherirse a las condiciones de un contrato pre-existente sin oportunidad de negociarlo. En estos contratos la parte dominante, en la mayoría de casos, imponen condiciones a la otra parte, que perjudica a la parte adherente.

Esta forma de contratación en la cual haya cláusulas abusivas consideramos hay abuso de derecho y mala fe en la parte dominante, por lo que sustentamos que los daños que ocasionen por la realización de tales cláusulas, debe ser indemnizados, además de la declaratoria de nulidad de las cláusulas o del contrato.

La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso¹.

En el presente trabajo trata de examinar la relación entre abuso del derecho, cláusulas abusivas y daños. Para ello se inicia el análisis ubicando la realidad social, especialmente sobre la problemática social que genera el abuso del derecho, posteriormente, se trabaja sobre las cláusulas abusivas en cuanto a su definición y naturaleza, tipos frecuentes de cláusulas y los efectos de su declaratoria, y así, para finalizar examinando los daños provenientes de las cláusulas abusivas.

Advierto a los lectores que este trabajo forma parte de uno de mayor extensión y que los puntos tratados aquí son un resumen apretado de ese trabajo. Estos puntos que tratamos aquí «Cláusulas abusivas, abuso de derecho y daños» constituye la idea principal de esa línea de investigación. Ruego a ustedes su comprensión y las observaciones que se me puedan formular a fin de enriquecer la investigación central.

1. Crisis y contratos

En la sociedad se pueden presentar crisis de diversa naturaleza. Hay crisis económicas nacionales o internacionales con repercusión global, máxime en una economía como la actual, internacionalizada y con intercambio desigual. Así tenemos crisis nacionales, por ejemplo, en Colombia en la década de los 80, en Honduras, se venía perfilando una fuerte caída del crecimiento económico en 2008 y

¹ Código Civil español.

a esto se le añadió el fuerte impacto de la crisis de Estados Unidos de 2009 (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 2009). Crisis, esta última, que repercutió, especialmente, en los sectores más débiles, tanto desde el punto de vista social como empresarial, produciéndose situaciones de impago, bien sobre créditos ordinarios o hipotecarios, lo cual bajó la exigencia judicial de los créditos tras perversas consecuencias económico-sociales.

En las situaciones de crisis con los contratos se observan dos situaciones extremas: por un lado, al disminuir los ingresos y estar paralizada la economía, la mayoría de deudores incurren en situación de impago; por general, tratan de renegociar sus deudas y son sometidos a contratos leoninos. Por otra parte, se generalizan los contratos de adhesión buscando el sujeto de mejor posición asegurarse el cumplimiento de las obligaciones contrarias y establecer mejores condiciones para sus intereses.

Obviamente, los contratos de adhesión no son exclusivos de los períodos de crisis, ellos han surgido en la complejidad de una economía de mercado de masas y han existido en tiempos de economía en crecimiento o estable, pero sus efectos perversos salen con mayor fuerza en los momentos de crisis.

En los contratos de adhesión, el contenido es impuesto por la parte dominante o de mejor posición en la relación (predisponente) a la parte más débil o necesitada de la prestación (adherente), sin ninguna posibilidad de ser discutido ni modificado. Esto incrementa el riesgo de alteración del equilibrio jurídico del mismo, mediante la inclusión de cláusulas abusivas en su contenido. En los ordenamientos jurídicos que han estudiado este fenómeno, entre otros, por ejemplo, España², Argentina³, Colombia⁴, Honduras⁵ se han identificado diversas clases de cláusulas que implican beneficios desmedidos, injustos e

2 España: Ley de Protección del consumidor. Reforma a la LEC para incluir en causa de oposición las cláusulas abusivas

3 Argentina: El nuevo CCCN argentino ha regulado la cuestión de las cláusulas abusivas en dos parcelas distintas del Libro, en sintonía con lo dispuesto por el art. 37, LDC.

4 Colombia: Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor); si el consumidor es adherente de un contrato de servicios públicos domiciliarios, estará protegido por el régimen especial previsto en la Ley 142 de 1994; y si es adherente de un contrato bancario o financiero, será protegido por el régimen especial previsto en la Ley 1328 de 2009.

5 Honduras: La Ley de Protección al Consumidor señala las prácticas abusivas e indica cuales cláusula se consideran abusivas.

injustificados a favor del predisponente, y que colocan al adherente en una situación de mayor debilidad. La teoría de las cláusulas abusivas surge como un mecanismo para recomponer el equilibrio jurídico roto, existiendo diferentes criterios para su aplicación en el derecho colombiano, según se trate de contratos de adhesión con consumidores o de contratos de adhesión entre empresarios (o no consumidores).

La doctrina ha definido el contrato de adhesión como aquel acuerdo de voluntades por medio del cual uno de los contratantes, denominado predisponente, impone al otro, llamado adherente, el contenido del contrato sin ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo, contando únicamente con la facultad de decidir libremente si contrata o no bajo el clausulado ofrecido, dentro de un lema de *lo toma o lo deja* (Larroumet, C. 1999).⁶

De la definición apuntada *ut supra* se observa que sobresale el carácter asimétrico de los contratos de adhesión, el cual se concreta en la desigualdad que existe entre las partes con relación a su poder contractual. Hay una parte que se impone a la otra, la cual requiere el servicio, el financiamiento o el bien.

Ahora bien, ante la desigualdad de los contratantes que entrañan los contratos de adhesión, el Estado se ve en la obligación de intervenir y establecer regulaciones para proteger al débil en la relación (consumidor o usuario), pero no toma una postura radical basada en su prohibición para proteger los derechos de los adherentes, porque de hacerlo, frenaría la celeridad y la agilidad de las transacciones propias de nuestra época, generando un efecto negativo para el desarrollo económico del conglomerado social.

En los momentos actuales, cuando la humanidad padece la pandemia de la COVID-19, que ha obligado a los gobiernos nacionales a dictar medidas restrictivas a la libertad de circulación, económicas, de distanciamiento social, se ha producido un impacto negativo en la economía, pues ha paralizado, en general, la actividad empresarial y autónoma. lo que significa para el asalariado y las pequeñas y media-

6 «el elemento característico del contrato de adhesión consiste en que las disposiciones contractuales no son susceptibles de discutirse entre las partes; ya que una de estas las comunica a la otra, quien solo puede dar su consentimiento en bloque o negarse a celebrar el contrato si tales disposiciones no le convienen».

nas empresas una disminución de ingresos, para otros, desempleo, lo que se viene a traducir en disminución de la capacidad de pago.

Por esta situación de mora o impago han proliferado acciones de acreedores exigiendo el cumplimiento de las obligaciones y se observan que muchos de estos contratos son de adhesión y contienen cláusulas que lucen abusivas, pero también han aparecido contratos, aparentemente no de adhesión, pero que se presumen como tales por las cláusulas contenidas que son impuestas por la parte de mejor posición, por lo que puede afirmarse que son contratos de adhesión de hecho.

El Estado social de derecho debe procurar la cohesión social pacífica, evitar que los derechos de los ciudadanos sean conculcados por el más fuerte, de manera que, en función de los valores y principios constitucionales, se debe implementar los mecanismos para que en la sociedad no se impongán desequilibrios que rompan la estructura social.

Así que, en las circunstancias actuales, debe tenerse mayor cuidado en los procesos judiciales al examinar profundamente las cláusulas contractuales para detectar las cláusulas abusivas que, evidentemente, producen daño patrimonial a la parte débil en esa relación.

2. Cláusulas abusivas

Encontramos que no hay uniformidad en la doctrina ni en las leyes positivas en la definición de lo que debe considerarse como cláusula abusiva. En parte, esto se debe a que el Estado, a través de la legislación, no puede adoptar posturas radicales y debe tratar de conciliar los intereses para mantener equilibrio; no obstante, define en forma general lo que debe estimarse como cláusula abusiva y fija algunos criterios para la determinación de una cláusula abusiva en sede de control administrativo o judicial.

Así, por ejemplo, en España la LCDGU, de 16 de noviembre de 2007, define las cláusulas abusivas, en el artículo 82, de la siguiente forma:

Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En el marco de la Unión Europea, el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE establece que «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». Es así que el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá la carga de la prueba.

Puede observarse de la noción de cláusula abusiva, contenida en el citado artículo 3.1 de la Directiva de UE, que establece los siguientes criterios para medir el eventual carácter abusivo de una cláusula: a) la contravención de las exigencias de la buena fe, y b) la generación de un desequilibrio contractual importante a favor de una parte que cause daño a la otra. Ahora bien, el alcance de las nociones de *buena fe* y *desequilibrio significativo o importante* lo dilucida el TJE en el caso denominado *Aziz*⁷.

Con relación a los créditos hipotecarios, se definen las cláusulas abusivas como aquellas estipulaciones que restrinjan los derechos de los usuarios financieros, alteren las obligaciones o limiten las responsabilidades por daños asumidos por la entidad financiera, conforme a lo acordado por las partes en los respectivos contratos.

En Colombia, se dice que es cláusula abusiva aquella presente en un contrato de adhesión que, en contra de las exigencias de buena fe, crea un desequilibrio manifiesto entre las obligaciones de los contratantes (Arango grajales, M., 2016). Con la Ley 1480 de 2011 (Protección del Consumidor), en el artículo 42:

Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los

7 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz) «Finalmente, en la actualidad, para determinar si una cláusula es o no abusiva, hay que tener en cuenta diversos factores: si se trata de un contrato de adhesión (predispuesto) y, en esencia, si se produce con la cláusula un perjuicio al consumidor que no sufriría -o sería menor- si, en lugar de la cláusula, se aplicase la normativa relativa al a materia de que se trate, debiéndose tener en cuenta, si ese mayor perjuicio que implica la cláusula es especialmente relevante y si guarda una relación directa con las circunstancias particulares del contrato y su objeto. Y en determinados supuestos resultará esencial tener en cuenta además si ha recaído una información, conocimiento y aceptación específico y concreto del consumidor sobre determinadas cláusulas»

contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

En Honduras, la Ley de Protección al Consumidor señala por cláusulas abusivas las que:

1) importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor, 2) desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, 3) contengan cualquier precepto que impongan la inversión de la carga de la prueba, 4) confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales, 5) otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato durante el lapso de vigencia, 6) dispongan que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, 7) supediten el ejercicio de la facultad de la rescisión contractual por el consumidor a la previa cancelación de las sumas que adeude el proveedor, 8) Impongan al consumidor un representante o apoderado para que lo sustituya en el ejercicio de sus derechos que emanan del contrato, 9) En las operaciones financieras y en las de crédito para el consumo impongan al consumidor un determinado proveedor de bienes o servicios, cuando sean requeridos como accesorios para la provisión de otros bienes o servicios sin libertad de elegir.

Respeto a la naturaleza jurídica, la maestrando Angélica Contreras (Contreras de Espinel, A., julio de 2020), en conferencia sobre los avances de su tesis, resumió las diversas corrientes que tratan sobre este tema, así:

En cuanto a su fundamento jurídico, diversos autores han tratado de explicar su naturaleza jurídica bajo la óptica de la teoría del abuso del derecho, otros en la perspectiva de la actuación de la buena fe contractual, finalmente, una tercera corriente que se fundamenta en la idea de que toda acto perjudicial de un derecho es contrario a derecho.

La primera, se dice que hay abuso del derecho entendido como ejercicio abusivo de la libertad contractual por parte de quien ocupa mejor posición con el objeto del contrato y tiene la posibilidad de imponer las condiciones del contrato (Rengito García, E., 2009, pp.190 y 191)⁸. Es decir, son consideradas como abusivas todas las cláusulas, impuestas por el contratante fuerte (predisponente se denomina a esta parte en los contratos de adhesión) en

8 «uno de los medios de control al contenido abusivo del contrato ha sido precisamente el abuso del derecho, y más específicamente el abuso del derecho en la libertad de contratar o en el poder de negociación [...]. El abuso del derecho [...] puede provenir de la disposición unilateral de condiciones generales abusivas al ejercitarse el derecho de la libertad de empresa y al concretarse el principio-derecho de la autonomía de la voluntad».

ejercicio de su libertad contractual al adherente (parte débil), en cuanto alteren, de manera injustificada y en perjuicio de los intereses de la parte débil, el equilibrio jurídico del contrato, entendiéndose que la libertad contractual ha sido ejercida de manera abusiva en perjuicio de los intereses del adherente por la posición débil que ocupa en la relación contractual⁹.

La segunda, sostiene que el fundamento de la teoría de las cláusulas abusivas se encuentra en el principio de la buena fe, de acuerdo con el cual los contratantes no solo deben actuar con la intención de no vulnerar ningún interés tutelado por el derecho, es reconocer el derecho del otro, y que además, tienen el deber de comportarse con lealtad, honestidad, probidad, diligencia y responsabilidad en todas las relaciones jurídicas que establezcan y durante todas las etapas del *iter contractus*, para que el contrato se erija como el medio idóneo de equilibrios para la satisfacción de los intereses individuales de las partes (Ordoqui castilla, G., 2010, p. 13).

La tercera, toma aspectos de la segunda y sustenta que la lesión a derechos a otro es sancionada por el derecho, de suerte que aquellas condiciones que quebranten reglas consensuales del derecho deben ser consideradas contrarias a derecho, teniendo la obligación el Estado de proteger el equilibrio social, asegurar el buen derecho y proteger al débil jurídico (Bujosa, Vadel, L. 2019).

Asumimos esta tercera corriente, pues apreciamos que al existir abuso de derecho se está infringiendo la buena fe, de manera que la imposición de cláusulas que favorecen los intereses de él de mejor posición, sin transparencia, sin información y sin posibilidad de la parte contraria expresar su voluntad, implica abandono de la buena fe que debe presidir todo contrato.

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 5670, del 2 de febrero de 2001, exp. 5670, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. «En este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria -entre otras denominaciones más enderezadas a relieves el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual- de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica -o tarifaria-, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava -sin contrapartida- las condiciones en que aquellos pueden solicitar del asegurador que cumpla con su obligación de «pagar el siniestro», concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (onus probandi).

2.1. Características de las cláusulas abusivas

Con fundamento en la doctrina (Moreo Trapiella, P., 2017, p. 55), la jurisprudencia TJUE¹⁰ e iberoamericana¹¹, las características generales de las cláusulas abusivas, se pueden resumir, así:

a) Cláusula impuesta, no negociada. Debe entenderse aquellas que dependen de la voluntad de las partes, pues aquellas que son imperativas por la ley no son objeto de control de contenido de cláusulas abusivas, ellas provienen de mandato legal, sin ser impuestas por el legislador.

b) Cláusula no transparente. Esto es, que no explicita claramente los efectos que produce y no se haya informado debidamente a la parte, para que esta pueda comprender los efectos y los acepte.

c) Cláusula que quebrante el principio de buena fe. El principio de la buena fe contractual el principio impone a los contratantes, a todos y cada uno de los sujetos de derecho la obligación de comportarse en el tráfico jurídico con corrección, honradez y rectitud, obligación que se extiende no sólo a evitar el perjuicio de la esfera de intereses de los sujetos con que se relacionen, sino que entre los sujetos de derecho reine la confianza basada en la lealtad recíproca. Impone a las partes tener conciencia e intención de obrar correctamente durante todas las etapas del *iter contractus*. Este es un principio íntimamente relacionado con el anterior, pues un aspecto de la buena fe es la transparencia y brindar información suficiente.

10 TJUE. Caso C-421/14. STJUE 26 de enero de 2017 «... entre otros aspectos ha considerar, el control debe ser referido al desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes....»

11 Se toma de Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 6570 del 2 de febrero de 2001, exp. 5670, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo: «Con tal propósito, por vía de ejemplo, se promulgaron normas por la Comunidad Europea (Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores), que también se encuentran incorporadas, a nivel interno, en los derechos alemán (ley de 9 de dic/76), luxemburgués (ley 25/83), italiano (art. 1469 bis y ss. C.C.), francés (ley 95/96), español (ley 7/98) y, en similar sentido -además-, en las legislaciones brasileña (art. 51 CDC), paraguaya (art. 691 C.C.), argentina (art. 37 Ley 24.240 y el Decreto 1798/94), e igualmente en la colombiana, circunscrita esta a los contratos de prestación de un servicio público (art. 133 ley 142/94), legislaciones en las cuales, de ordinario, se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas -primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes».

d) Cláusula que genere un desequilibrio jurídico entre las partes en las obligaciones y beneficios del contrato. Si bien, normalmente, en los contratos existe un aspecto económico que puede no ser equilibrado, lo que interesa para efectos de la cláusula abusiva es su aspecto jurídico. El equilibrio jurídico del contrato consiste en que las partes en el perfeccionamiento del contrato, adquieran derechos y contraigan obligaciones recíprocas y equivalentes entre sí. De suerte que las cláusulas que coloquen estado de inferioridad a una parte, o impida o dificulte el ejercicio y goce de sus derechos, para reafirmar la posición de superioridad de la parte en mejor posición, son de tipo abusivo pues rompen el equilibrio que debe existir entre las partes.

e) Cláusula que no tenga justificación jurídica o razón justa de derecho. De esta manera, se ha considerado que, en todos los casos en que no existe ninguna razón legítima que le permita a la parte de mejor posición justificar la inclusión de alguna o algunas cláusulas que implican una alteración del equilibrio jurídico del contrato, desatendiendo las normas dispositivas que establecían un contenido equilibrado, se presenta un desequilibrio relevante del mismo. El desequilibrio que se presente debe ser relevante, en el sentido que altere en forma esencial y determinante el equilibrio que debe existir entre los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por las partes como consecuencia de la celebración y ejecución del contrato.

2.2. Ámbito de aplicación de las cláusulas abusivas

En torno al ámbito del control en los contratos de la presencia de cláusulas abusivas no es uniforme. Depende en realidad de las normas reguladoras, es frecuente que en algunos ordenamientos jurídicos, se estipulen diversas leyes con su ámbito específico de aplicación, por ejemplo, sobre consumidores, sobre servicios domiciliarios, sobre usuarios de servicios financieros e hipotecarios.

En el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de la comunidad europea se refiere a los consumidores. Debe señalarse que los tribunales europeos, a efecto de la aplicación de la normativa europea sobre cláusulas abusivas, establece diferencia entre consumidores y profesionales. Esto tiene su justificación: en España, en el

RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el cual se aprobó el TRLGDCU, en la cual se define a los consumidores. Esto es correspondiente con la normativa europea con el considerando 17 de la Directiva 2011/83 UE, de 25 de octubre de 2011, en donde se define al consumidor así:

La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúa fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.

En Honduras, la Ley de Protección al Consumidor define al consumidor como: «La Persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que adquiere, utilice, consuma o disfrute bienes o servicios para consumo final o beneficio social o bien reciba oferta para ello, por parte de un proveedor».

Puede observarse que hay una amplia concepción sobre que debe considerarse como consumidor, lo que se traduce en la práctica que quien esté bajo esos aspectos definitorios de consumidor puede ser amparado para la aplicación de las cláusulas abusivas.

Jurídicamente se han presentado diversas definiciones de consumidor, en ellas esta presente la idea del sujeto, persona física o jurídica, que realiza una actividad ajena a la propia comercial, empresarial o profesional. Por tanto, por definición, el consumidor no es empresario o, al menos, el acto jurídico-económico que realiza no es mercantil, comercial o empresarial o profesional. Puede ser para la realización un acto mercantil o de un acto o contrato civil, en el cual no esté presente en el sujeto su condición comercial, empresarial o profesional.

A los efectos del ámbito subjetivo, lo que facilita la aplicación en el ámbito objetivo, consideramos que debe tomarse un criterio amplio de consumidor y usuario, sea de adquisición de bienes o servicios, o usuario de créditos de cualquier naturaleza. La siguiente definición nos parece adecuada: «Los consumidores y usuarios son aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren productos con

finés ajenos a su actividad comercial o profesional y como destinatarios finales de los mismos»¹².

Así las cosas, respecto al ámbito objetivo, bajo esa perspectiva amplia de consumidor, las normas a aplicar sobre las cláusulas abusivas serán, en general, aquellas que protegen al consumidor, obviamente, en casos específicos de protección especializada, como en créditos hipotecarios, se aplicaran esas normas; en Honduras, se cuenta con un ente regulador de las instituciones financieras, la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, ya ha contemplado varias circulares que contienen «Normas complementarias para el fortalecimiento de la transparencia, la cultura financiera y atención al usuario financiero», bajo la circular 141/2012¹³. Pero, en cualquiera de los casos, el control de abusividad se realiza no sobre el objeto del contrato, ni sobre relación precio/calidad, ni sobre los elementos esenciales del contrato (bienes y servicios y la contraprestación) —salvo que no haya transparencia y aparezca enredado— sino ese control sobre aquellas condiciones que impiden goce y ejercicio de derechos, imponen cargas contrarias a la ley o reflejan un desequilibrio que favorecen a la parte de mejor posición en la relación contractual.

2.3. Arquetipos más frecuentes de cláusulas abusivas

De acuerdo a la doctrina¹⁴ y jurisprudencia¹⁵ son variadas las cláusulas abusivas que pueden generar desequilibrios entre los contratantes. Evidentemente, el sujeto de mejor posición y que puede imponer las cláusulas buscará establecer condiciones contractuales en las cuales esté protegido y con mayor beneficio, en detrimento de los derechos de la otra parte. Sin entrar en explicaciones mayores, vamos a enumerar las cláusulas más frecuentes, desde el consumidor y desde el usuario del crédito financiero o hipotecario, pues

12 Wolters Kluwer Disponible: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAEAMtMSBfjTAAAUmJAxMTtLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWm-JOcSoA5oIVsTUUAAA=WKE#:~:text=Los%20consumidores%20y%20usuarios%20son,destinatarios%20finales%20de%20los%20mismos.

13 Normas Complementarias para el fortalecimiento de la transparencia, la cultura financiera y atención al usuario financiero, Recuperado de https://www.cnbs.gob.hn/files/circulares/CNBS2012/C141_2012.pdf

14 Por todos Fernández Allende, Manuel. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas, ilegales o inequitativas, en *Defensa de los consumidores de productos y servicios, daños-contratos*, Dir. Gabriel Stiglitz, Buenos Aires, Editorial La Rocca, 1994, pp. 236 y ss.

15 España, Sentencia 463/2019 de 11 septiembre de 2019.

tratar de explicarlas y definir las implicaría un trabajo más largo, fuera del objetivo de este artículo.

Por lo general, los ordenamientos jurídicos en la actualidad han promulgado leyes de protección de los consumidores y usuarios, en las cuales se definen las cláusulas abusivas y se determinan los criterios para valorarlas y, en algunos casos, se señalan las más frecuentes. Vamos a tomar como ejemplo a España. Así, las 10 cláusulas consideradas como abusivas por la ley de defensa de consumidores y usuarios¹⁶ son:

- 1) Las que dan al profesional o la empresa un plazo excesivamente largo o indeterminado para cumplir el contrato: Un ejemplo sería cuando en un contrato de compra de vivienda en construcción, no se establece un plazo determinado o determinable de entrega de la vivienda
- 2) Las cláusulas que establecen la prórroga automática de un contrato de adhesión de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra.
- 3) Las cláusulas que permiten a la empresa resolver el contrato anticipadamente si al consumidor no se le da el mismo derecho
- 4) La cláusula que obliga al consumidor aun cuando el profesional no ha cumplido con sus obligaciones.
- 5) La cláusula que impone al consumidor una indemnización desproporcionadamente amplia
- 6) La que condiciona el cumplimiento del contrato solo a la voluntad de la empresa o profesional.
- 7) El establecimiento de fechas meramente orientativas y condicionadas a la voluntad del profesional o empresa.
- 8) La cláusula que suponga renuncia del consumidor a sus derechos legales reconocidos y las que excluyan o limiten la responsabilidad del empresario o profesional
- 9) La cláusula que obliga al consumidor a subrogarse en la hipoteca de la promotora o le imponga penalización en los supuestos de no subrogación.
- 10) La cláusula que establezca que, en caso de disputa, el juicio lo conocerá un Juzgado distinto al del domicilio del consumidor, el lugar del cumplimiento de la obligación o donde se encuentre el bien si fuera inmueble.

Esta numeración no impide que pueda haber otras cláusulas en contratos que se puedan considerar abusivas, aunque no vengan expresamente reflejadas como tales en la ley de defensa de consumidores y usuarios

¹⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

Con relación a las cláusulas abusivas más frecuentes en contratos bancarios, las más frecuentes son:

- 2) Exigencia de avales y garantías adicionales excesivas en relación al valor del bien que ya ha sido garantizado con una hipoteca de manera suficiente
- 3) Cláusulas de vencimiento anticipado que permita al banco pedir todo el dinero del préstamo en caso de impago de un solo recibo: son cláusulas muy habituales en hipoteca. Sin embargo, muchos Juzgado ya la declaran nulas porque son desproporcionales. Se exige que haya un verdadero incumplimiento de impago continuado de cuotas y no en un mero retraso o incumplimiento leve en relación a la totalidad del préstamo
- 5) Existencia de cláusula suelo en préstamos hipotecarios firmadas por el cliente sin haber sido informado debidamente de lo que suponía la cláusula suelo y su incidencia en el préstamo

Cláusulas abusivas en las hipotecas: las cláusulas abusivas más frecuentes en los contratos hipotecarios (Achón, Bruñén, M. J., 2013) son:

- 1) Intereses remuneratorios excesivos
- 2) Intereses de demora desproporcionados
- 3) Redondeo al alza del tipo de interés
- 4) Cláusula multdivisa (hipoteca en divisas).
- 5) Cláusula de vencimiento anticipado, en varias modalidades: vencimiento anticipado por impago de una cuota, vencimiento anticipado por embargo de bienes del prestatario o disminución de su solvencia, vencimiento anticipado por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro, vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias.
- 7) Cláusula suelo.
- 8) Prohibiciones sobre ejercicio de derechos: prohibición de arrendar el bien sin consentimiento del acreedor, prohibición de enajenar o gravar la finca hipotecada sin consentimiento del acreedor.
- 9) Cláusula que impide la cancelación parcial de la hipoteca de varias fincas cuando se pague la parte del crédito con que estuviere gravada alguna de ellas.

2.4. Efectos de la declaratoria de cláusula abusiva

Es claro que la nulidad provocará, inicialmente, que la cláusula quede sin efecto, no se aplique. Normalmente hay una nulidad parcial, específicamente de la cláusula denunciada o las que contengan abusividad. Pero, en caso de que la cláusula declarada nula sea una cláusula fundamental del contrato, se puede declarar la nulidad de todo el contrato, aunque es cierto que siempre se debe intentar man-

tener la validez del resto del contrato. En realidad, el problema está en determinar si los efectos alcanzan para que haya indemnización y se deban reparar los daños.

Siguiendo la legislación española, vemos que la regla general sobre efectos de la declaración de nulidad de un negocio jurídico o de una parte de este, contemplada en el artículo 1.303 del Código Civil, es la restitución de prestaciones, de modo que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. De la misma manera, la legislación Hondureña, como se señala en el artículo 1596 del código civil, da derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallaban las cosas si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Señala García Villarrubia (García Villarrubia, M. 2016), que

la regla general, trasladada al ámbito de las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos con consumidores y usuarios, implica la nulidad parcial del contrato en el que se halla inserta la cláusula. No determina *per se* y de forma automática la nulidad de todo el contrato. El derecho Español, amparándose en el principio de conservación del negocio jurídico, establece como consecuencia de esta declaración de nulidad la «expulsión» de la cláusula abusiva. El resto de reglamentación contractual permanece vigente, siempre que el contrato pueda subsistir sin dicha cláusula.

La finalidad que se persigue con esta consecuencia es doble: de un lado, se busca la protección de los intereses del consumidor, pues este mantiene el bien o servicio objeto del contrato en unas condiciones más ventajosas que las previstas inicialmente (antes de la declaración de nulidad de la cláusula reputada abusiva); de otro, un efecto preventivo o disuasorio, que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

Por otra parte, la parte que se haya beneficiado de la cláusula abusiva, por ejemplo, intereses excesivos, debe devolver lo percibido en exceso. Es claro, que si hay una demanda judicial por ejecución y la cláusula denunciada es el vencimiento anticipado y es declarada nula, se produce sobreseimiento de la ejecución. Pero en realidad el problema se presenta si han ocurrido daños, cuestión que trataremos en los siguientes epígrafes.

3. Daños provenientes de cláusulas abusivas

Tradicionalmente, los daños se han venido tratando con respecto al incumplimiento de las obligaciones contractuales. De manera que el incumplidor de las obligaciones derivadas de un contrato queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. Ahora bien, no basta el incumplimiento contractual, pues el puro incumplimiento no permite apreciar sin más la obligación de indemnizar, sino que esta nace de la consideración de que además haya existido un perjuicio cierto para la parte que hace el reclamo de indemnización.

Es claro que contratos con cláusulas abusivas pueden producir daños a la parte contra quien se ejecuta ese tipo de cláusulas. Estos van del daño patrimonial hasta, incluso, el daño moral. Sin embargo, ¿cómo se puede calificar ese daño? ¿Es un daño contractual? O ¿es un daño proveniente del hecho ilícito, en virtud de que las cláusulas abusivas se consideran como un abuso del derecho y quebrantamiento de la buena fe? Vamos a tratar de revisar estos aspectos.

3.1 Definición de daños

Con el término *daño*, en *amplio sensu*, se hace alusión a cualquier tipo de consecuencia perjudicial o nociva que padece una persona en su persona física, en su moral o personalidad, en su patrimonio, por una acción propia, ajena, o incluso por un hecho natural, no imputable a persona alguna.

Así, en la vida cotidiana hablamos frecuentemente de daños sufridos. Nos referimos para poder manifestar que una persona o cosas han padecido un menoscabo, lesión, molestia, incomodidad, pérdida económica, daño físico, dolor moral, lo cual puede haber sido ocasionado por diversas causas. Por ejemplo, puedo perder la vivienda por aplicación de cláusulas abusivas y sufrir pérdida material y daño moral social.

Desde el punto de vista jurídico el *daño* es presupuesto para asignar la responsabilidad y la obligación de indemnizar. No todos los daños son relevantes para el derecho. En primer lugar, debe ser

un daño sufrido por una persona (natural o jurídica); en segundo lugar, para que sea relevante debe ser causado por una persona, o que el daño haya sido previsto en una relación jurídica como amparable, como es el caso de los seguros frente a fenómenos naturales, pero también implica que la persona que sufra el daño tenga interés (De Cupis, A., 1975, pp. 204 y ss.).

Normalmente, el derecho brinda protección a los intereses susceptibles de ser dañados, o bien permitiendo la autotutela, pero debiendo la compensación económica por el daño material que cause, o bien calificando de ilícito el daño ocasionado (debido a la causa). El ordenamiento prevé diversas medidas, desde las preventivas inhibitorias hasta las reparadoras del daño.

Este último es el daño antijurídico (Díez-Picazo, L., 1999, p. 292), que tiene relevancia en el daño extracontractual, pues es el tipo frente a que los ordenamientos jurídicos reaccionan, concretándose en la estipulación de la obligación a cargo de quien ocasiona el daño de reparar el daño ocasionado¹⁷. En este supuesto estamos en presencia del daño extracontractual.

3.2. Daño proveniente del hecho ilícito (abuso del derecho y quiebre de la buena fe)

Tomando como referencia el Código Civil español en su artículo 7.2 que estatuye:

La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

17 Legislación: España: Es la obligación de responder pecuniariamente de los actos realizados personalmente o por otra persona, indemnizando al efecto los daños y perjuicios producidos a un tercero. La responsabilidad civil derivada de los artículos 109 a 122 del Código Penal español, es la misma obligación que está estipulada en el Código Civil en los artículos 1902 y siguientes. En Honduras: Artículo ° 1360 9; «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas.» Y Artículo ° 1361 La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.

Sabemos que existe el principio general del derecho de *bona fide* que se erige en guía y límite para el ejercicio de los derechos subjetivos, ejercicio que deberá adecuarse a criterios o valores históricos y constitucionales genéricos como la rectitud, la honestidad, la solidaridad y honradez (Angulo Rodríguez, M., 2014, p. 19).

Acogemos la concepción que expresa que la ley no debe tolerar el abuso del derecho y así lo propugna toda la doctrina en el derecho comparado (Miranda Reyes, D., 2016, p. 31-40). Bajo esa visión se señala que la ley establece una doble directiva en cuanto al criterio discriminativo del ejercicio abusivo del derecho: a) hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariamente al objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento; y b) la segunda directiva implica la subordinación, en el ejercicio de un derecho, del orden jurídico al orden moral; por eso la ley califica de abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Los derechos subjetivos han sido reconocidos positivamente porque se considera que de ellos depende la dignidad de la existencia humana, pero no es posible, por otra parte, que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia y no reconozcan la alteridad; o que se des-carrien del fin para el cual han sido reconocidos, y se utilicen, en cambio, como armas de arremetida para someter y explotar a los demás.

Entendemos que la presencia de cláusulas abusivas impuestas por parte de la posición dominante conlleva una extralimitación del alcance del ejercicio de ese derecho, es decir, no es posible considerar a los derechos subjetivos como absolutos, pues frente a ellos en su ejercicio están los derechos del otro, los cuales deben ser respetados, de manera que imponerse para lesionar los derechos del otro, a nuestro criterio implica una conducta antijurídica, teniendo como resultado que el daño producido es un daño antijurídico.

Alessandri define la conducta antijurídica como

la que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro [...] No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella [...] Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas

por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño (alessandri Rodriguez, A., 1981, p.42).

Josserand, refiriéndose a la conducta antijurídica, dice que se está en presencia de responsabilidad delictual cuando «un individuo causa a un tercero directa o indirectamente por su hecho activo o por su negligencia, un daño que no se reduce a la inejecución de una obligación contractual preexistente. Si el autor del daño debe repararlo su responsabilidad delictual está comprometida» (Josserand, L., 1951, p. 291).

Con fundamento en estas consideraciones, a sabiendas de que es posible hacer una distinción en la consecuencia procesal de la presencia de las cláusulas abusivas en una ejecución de contrato, en cuanto lo procedente es la anulabilidad de las cláusulas o del contrato, sustento que los daños ocasionados por la presencia y ejecución de cláusulas abusivas deben ser resarcidos simultáneamente con la anulación de las cláusulas o del contrato.

En primer lugar, parto de la tesis que la imposición de cláusulas es un abuso de derecho y subyace la mala fe, o al menos, no existe probidad y buena fe. El contrato con cláusulas abusivas se disfraza de procedencia legítima, conforme a derecho, amparado en el derecho subjetivo y la autonomía de la voluntad; pero un examen detenido nos lleva a la conclusión que hay ilicitud en la conducta de quien está en posición dominante en la relación contractual.

Hay abuso de derecho en contratos con cláusulas abusivas y es falaz justificarlo como conflicto de intereses, pues aquí no hay contraposición de derechos para establecer cual tiene más valor o cual debe prevalecer frente al otro, lo que hay es una conducta dirigida a proteger sus intereses lesionando los derechos e intereses del otro.

En segundo lugar, el abuso del derecho mediante la imposición de cláusulas abusivas es un uso anormal (Cuentas Ormachea, E., 1997, p. 467) del derecho, que lesiona derechos de otros y por tanto, conforme al principio general del derecho sobre la responsabilidad «quien cause daño, debe repararlo». Esta reparación debe ser integral (*restitutio in integrum*).

Ahora bien, el principio señalado anteriormente se considera inadecuado en aquellos casos en los que el sujeto dominante y bene-

ficiario de la cláusula abusiva obtiene con su conducta ilícita un beneficio superior a los daños que ocasiona al titular del derecho o interés violado. Porque, si en tales hipótesis la responsabilidad del culpable se limitase simplemente a reparar los perjuicios causados, la producción del daño le resultaría rentable, ya que, tras desembolsar la cuantía necesaria para su reparación, todavía dispondría de un saldo positivo de ganancia, con lo que se estaría incentivando la realización de comportamientos dañosos.

Por esto, en los supuestos de este tipo puede resultar más oportuno, a la hora de determinar la cuantía de la indemnización debida en concepto de reparación, tomar como referencia el montante al que asciende el beneficio obtenido por el dañador, en lugar del montante representado por el daño causado al perjudicado, pues solamente privando al responsable de la posibilidad de obtener un lucro o beneficio, se le impulsará a cesar en su conducta dañosa (Navería Zarra, M. M., 2004). De manera que, sancionando al dañador, obligándolo a la reparación integral, se pudiese generar un efecto persuasivo y evitar la imposición de cláusulas abusivas.

Veamos, algunas hipótesis que pueden ocurrir por la presencia de cláusulas abusivas a) Prohibición de arrendar. Imaginemos que el propietario tiene opción real de arrendar y tener un beneficio que posibilite solventar la deuda y liberar su bien. No pudo arrendar en virtud de la prohibición. Es claro que la cláusula ha ocasionado un daño, b) Intereses desproporcionados. Pensemos que hay una hipoteca sobre la vivienda y el deudor para evitar daños a su familia hace esfuerzos para pagar los intereses lo cual lo conduce a un estado de insolvencia personal. Obviamente, hay daño patrimonial e incluso moral.

En estos casos señalados como ejemplos, es indudable que hay producción de daños por la existencia de la cláusula abusiva. En el primer caso, habrá que demostrarse que era real la opción y de haberse llevado a cabo tenía una valoración de *quantum* económico. En la segunda hipótesis, el pago de intereses desproporcionados provoca un daño patrimonial que lo conduce a un estado de insolvencia personal con las consecuencias de muerte civil que produce la insolvencia, lo que repercute socialmente a la familia que sufrirán todos, un daño moral. Obviamente, la indemnización debe reflejar el

daño causado, de manera que corresponde al reclamante la carga de probar la cuantía de los daños y perjuicios sufridos.

No hay duda de que en los ordenamientos que se prohíben las cláusulas abusivas, la presencia de ellas en un contrato constituye una conducta antinormativa de carácter ilícito y por tanto las consecuencias perversas que cause a la otra parte deben ser indemnizadas. Ahora bien en los ordenamientos en donde no hay regulación expresa de prohibición de cláusulas abusivas, o hay regulación de forma genérica, consideramos que los juzgadores frente a un caso de demanda u oposición a ejecución por presencia de cláusulas abusivas deben apelar, a la idea de relatividad del derecho subjetivo, en el sentido que no es absoluto ni su ejercicio puede provocar daño a otro, además, que en medio de ciertas circunstancias por convicción moral social esas conductas deberían estar jurídicamente prohibidas.

Indudablemente, el razonamiento judicial en estos casos debe fundarse en los valores y principios protegidos en la Constitución Nacional, tal y como lo dispone la Constitución de la Republica de Honduras, en el artículo 90 de dicho cuerpo legal, que «Nadie puede ser Juzgado sino por Juez o Tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece», bajo esa afirmación, pensamos que en nuestro país la afirmación hecha que deba responder de daños el causante de abuso de derecho tiene plena justificación constitucional.

Conclusiones

1) El derecho contemporáneo en la medida que las relaciones sociales y económicas se hacen más complejas avanza en nuevas formas jurídicas que logran el amparo de los derechos de las personas, tanto individuales como colectivos, frente a las nuevas formas de poder en el campo económico.

2) En el avance del derecho en el Estado social constitucional se ha planteado a través de formas legales proscribir el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, en función de proteger los derechos de quienes estén en posición disminuida o débil en las relaciones contractuales.

3) Las cláusulas abusivas son claras manifestaciones de abuso del derecho y mala fe en la relación contractual, quebrantando derechos de la parte que está en situación más débil, siendo esta forma un ejercicio antisocial de su derecho y su mejor posición.

4) La ejecución de contratos con cláusulas abusivas o ejecución de ellas durante la vigencia del contrato producen daño patrimonial e incluso moral a la parte débil de la relación, por lo que la parte causante del daño debe repararlo, restituyendo lo percibido abusivamente e indemnizando los daños causados.

REFERENCIAS

- Achón Bruñén, M^a. José. (16 de Julio de 2013). «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales». Diario La Ley, N° 8127, Sección Doctrina, 16 de Julio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-288, Editorial La Ley. Actualidad Civil, 19 de Julio de 2013, Editorial La Ley. La Ley 4800/2013
- Alessandri Rodriguez, Arturo. (1981). De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal
- Angulo Rodriguez, Miguel de. (2014). «El abuso del derecho en el artículo 7.2 del Código Civil». Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Granada.
- Arango Grajales, Maximiliano. (2016). «La causa jurídica de las cláusulas abusivas». *Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá.
- Bujosa, Vadel, Lorenzo. (Febrero de 2019) Las cláusulas abusivas en los contratos en la Unión Europea. Ponencia en *Jornadas de Derecho Procesal*. Universidad de Salamanca.
- Contreras de Espinel, Angélica. (Julio de 2020). Elementos sobre una teoría de las cláusulas abusivas. Conferencia en línea. *Jornadas Pre-Congreso Procesal de Pamplona*.
- Cuentas Ormachea, Enrique. (1997). El abuso del derecho. Derecho PUCP: *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 51, pp. 463-484. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085322>
- De Cupis, A. *El daño*. (1975). 2^a edición. Barcelona, Editorial Bosch.
- Díez-Picazo, Luis. El Derecho de daños. Madrid. Editorial Civitas, 1999, p. 292.
- Fernández Allende, Manuel. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas, ilegales o inequitativas, en Defensa de los consumidores de productos y servicios, daños-contratos, Dir. Gabriel Stiglitz, Buenos Aires, Editorial La Rocca, 1994, pp. 236 y ss.
- García Villarrubia, Manuel. (2016). Efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas. Madrid. *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, N° 43.
- Josserand, Louis. (1951). Derecho Civil. Tomo II Vol. I *Teoría General de las Obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y cía Editores
- Miranda Reyes, Diego. (2016). Hacia una delimitación del abuso del Derecho a partir de sus fundamentos. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*.
- Moreo Trapiella, Prudencio. (2017). *Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas*. Madrid. Editorial Wolters Kluwer.
- Navería Zarra, Maita M^a. (2004). Principios generales de la reparación de daños y perjuicios. Recuperado de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/principios-generales-reparacion-perjuicios-294151>.

Ordoqui Castilla, Gustavo. (2010). *Buena fe contractual*, 2^a ed. Bogotá: Colección internacional N.º 35. Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica del Uruguay, Grupo Editorial Ibáñez.

Rengito García, Ernesto. (2009). Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante, reimpr. 2a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tecnología, proceso y pruebas: hacia la inclusión digital

Pablo Darío Villalba Bernié

Dr. en Ciencias Jurídicas, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas
en la Universidad Católica, Campus Itapúa, Encarnación, Paraguay.

1. Advertencias liminares

La evolución constante del derecho y en especial del ámbito procesal, convertido en ciencia desde inicios del siglo XX, hace que los juristas del mundo actual se vean abocados en la búsqueda de la implementación de un proceso más eficaz, práctico, humanizado, lo que otorga respuestas efectivas al hombre y a la sociedad. En definitiva, es una secuencia lógica del desarrollo cualitativo que debe ser brindado a los involucrados en el devenir jurídico, al no poder concebirse al proceso como algo estático e inerte, sino todo lo contrario, siendo la faz dinámica su característica.

Cada sociedad ha conformado su propio sistema, determinado por las confluencias de ideas, proyectos sociales, intereses económicos y políticos enmarcados en una secuencia histórica de tiempo y espacio, creando ordenamientos jurídicos que abonan la solución de las contiendas ocasionadas por la necesaria convivencia con los otros seres humanos. Las comunidades van regulando las normas de conducta haciendo posible la coexistencia y la vida en común, pues la generación de conflictos es una circunstancia normal en el relacionamiento intersubjetivo.

La permanente transformación de la ciencia jurídica a consecuencia del avance de la científicidad y la tecnología sobre el marco del

proceso judicial, ha dejado de constituir novedad alguna. La revolución tecnológica golpea las puertas del procedimiento jurisdiccional, con el objetivo de contribuir hacia un correcto servicio de justicia.

Lo que no fue predecido es que los cambios serían tan abruptos y veloces, pues una cosa resulta de saber que las mudanzas evolutivas se producirán, así se presenta la evolución del ser humano; pero otra muy distinta que se generarían con la velocidad que en este tiempo han asumido las mutaciones. En cuestión de unos pocos años, la progresión ciencias aplicadas y tecnológica es totalmente diferente, variando permanentemente en un dinamismo inaudito; en la otra acera, la ciencia jurídica, cuya característica más notoria es justamente lo contrario a la dinamicidad, proliferando quietismos, inercia, acomodamiento paulatino a los nuevos postulados, lo que hace que la brecha sea cada vez más grande.

Ante esta disyuntiva, cabe subrayar que el derecho tendrá que ser capaz de acomodar sus cimientos a los nuevos tiempos, so pena de que por no hacerlo quedará rezagado, sin respuestas a la convulsiónada realidad social y científica. El aporte tecnológico debe ser incorporado al proceso, afrontando a las modernas concepciones de prueba, que generalmente carecen de regulación en los repertorios legales.

El progreso de la técnica y del conocimiento científico contrastan con la lentitud de la ciencia jurídica, donde estos nuevos vientos científicos son eficaces para resolver litigios complejos, que surgen en todos los fueros, tanto en el civil, como en el penal, laboral, administrativo y constitucional.

El derecho procesal debe concordar con la realidad y con la necesidad del ser humano, de hecho, fue consagrado en provecho de este; si los procesos duran años debilitan al sistema y la sociedad se ve amenazada por su propia falta de respuesta, convirtiendo la situación en un verdadero «drama judicial».

Ante lo cual, surge inexorable la concepción de que el régimen legal debe ir buscando un diseño capaz de adecuación a los cambios externos, para así, desde el interior del método, dar respuestas convenientes a la sociedad. Un código de procedimiento retrata un gran espejo en el cual la sociedad se ve reflejada, con todos sus logros polí-

ticos de garantía jurisdiccional, por su intermedio pueden calcularse los avances sociales reales.

2. Evolución digital: la cuarta revolución industrial

Para comprender los efectos de la digitalización del mundo jurídico, nada mejor que recurrir al análisis de las distintas revoluciones industriales que se han presentado en la historia de la humanidad, que brillantemente ha expuesto el profesor Klaus Schwab (2016). Este parte de la idea de que revolución implica cambio abrupto y radical, las cuatro revoluciones industriales han convergido en ocasionar agudos cambios en la sociedad propiciando la evolución y transformación del mundo derivado de sus consecuencias en los más variados ámbitos, económico, social, cultural, científico, tecnológico y, por supuesto, jurídico. La característica principal fue la transformación de los cimientos sociales de la humanidad al extremo de condicionar a la forma de vida, de trabajo, de producción y de relacionamiento.

En este contexto la primera revolución industrial comienza allá por el año 1760 y transcurre hasta el año 1840; fue la época del nacimiento de las industrias construcción del ferrocarril y la invención del motor a vapor, cuando la producción mecánica cobró vigor. La segunda, se presenta a finales del siglo XIX y principios del siglo XX con la electricidad al frente. La tercera, comienza a surgir allá por 1960 cuando se inventa el ordenador, luego Internet, cuya característica consiste en la incorporación de la ciencia en la dinámica productiva. La cuarta, es la que se desarrolla en la actualidad y comienza con el nuevo milenio, donde se produce la revolución digital, basada en tecnologías sofisticadas en integradas, donde cooperan el mundo virtual y el físico entre sí.

Esta cuarta revolución industrial ya no solo implica máquinas y sistemas inteligentes conectados, su alcance es más amplio, pasan a ser parte de ella las tecnologías emergentes y la connotación principal es que los cambios son tan dinámicos y rápidos que resultan casi imposible acostumbrarse a ellos antes de que haya variado por otro modelo. Derivado de la cuarta revolución industrial, hoy se hace referencia a la inteligencia artificial, robótica, Internet de las cosas, *blockchain*, vehículos autónomos (drones o vehículos que se condu-

cen solos), impresión 3D, nanotecnología, biotecnología, computación cuántica, sensores, teléfono móvil implantable; por solo citar algunas de las innovaciones recientes. Ello implica un impacto de gran fuste en el derecho, donde en este tiempo se perfila incluso como tema por tratar la secuenciación genética y el genoma humano.

Lo relatado expone la situación de una era digital que recién ha comenzado, que plantea problemáticas y desafíos al derecho procesal y al probatorio, en particular. Si bien es cierto, que al derecho le resultará imposible acomodarse a esta permanente dinámica tecnológica, cuanto menos deberá establecer un repertorio legal que permita la irrupción de las nuevas tecnologías. Esto implica, evitar estar encerrado en normativas rígidas que impidan la asimilación. Cuando lo lógico sería que el orden legal contuviera una normativa abierta que module la recepción de la dinámica tecnológica dentro del proceso, fundamentalmente cuando estas serían de gran utilidad para la verificación de los presupuestos fácticos que se discuten en las casuísticas procesales.

3. Incorporación de la ciencia al proceso

Consiente de estar adentrando a una visión que excede con creces al mundo del derecho, vinculándolo más con lo científico, la idea consiste en realizar una verificación de como la ciencia puede incorporarse al proceso.

Una cosa es la ciencia y otra es el derecho, que como ciencia jurídica está comprendida entre las líneas de desarrollo de las ciencias en general. Pero no es en esta relación que se pretenda ahondar, sino en cómo las otras ciencias no jurídicas, inciden en el derecho.

«Ciencia» deriva de *scintia* (conocimiento), y del verbo *scire* que significa «saber». No resulta fácil definir a la ciencia, la idea es, más bien, dar un abarcativo global para llamar la atención desde el derecho procesal. No obstante, por lo icónico de la definición, la ciencia podrá generalizarse como el conocimiento humano sobre una determinada disciplina o materia determinada, cuyo conocimiento objetivo se convierte en verificable, obtenido por la observación y la experimentación, basado en principios, hipótesis, y metodologías adecuadas para su estudio, además de una necesaria sistematización de los conocimien-

tos. Otros dirán que la ciencia resulta del estudio y de la práctica, y establece conclusiones (Carbone, C. A., 2009, p. 357) que se vuelven verdades irrefutables. La ciencia constituye un sistema de conocimientos para comprobar algo, es la elaboración de datos experimentales e inferencias sobre los mismos (Falcón, E., 2009, p. 82).

Al referirse a ciencia se alude a todo tipo de conocimientos científicos, tanto aquellos catalogados como ciencias duras (física, matemática, biología, ingeniería, medicina, etc.), como a las ciencias blandas o humanas (derecho, filosofía, psicología, sociología, economía, etc.); epistemológicamente distintas unas de otras, fundamentalmente porque las ciencias duras no admiten el juego de probabilidades o de pronóstico posible o probable. Para las ciencias duras solo son válidas aquello que puede ser contrastado, verificado, no toleran las leyes de la probabilidad; en cambio, las ciencias blandas sí lo hacen, es aquí donde surgen los inconvenientes de aplicabilidad.

En el derecho las causas tienen que resolverse de alguna manera, incluso con aplicabilidad de las reglas de la carga de la prueba; en las ciencias duras, esto no sería posible, pues devendría necesario llegar hasta altos grados de veracidad para asentirlas, por ejemplo, lo que ocurre con una vacuna, solo se distribuye cuando sus efectos fueron comprobados.

Conforme a la justificación epistemológica, si bien ambos provienen del conocimiento humano responden a otras coordenadas, las ciencias duras sometidas a prueba y contraprueba; las ciencias blandas no, metodológicamente responden a otros principios, lo que implica, en concreto, que la epistemología judicial¹ se encuentra entre las ciencias blandas.

Ahondando un poco más en la cuestión, el avance de la ciencia, evidencia que el derecho debe mover sus arbotantes para asimilar la cientificidad, que termina repercutiendo cuanto menos en tres ámbitos, el físico, el digital y el biológico. Incluso cuando se referencia a la Cuarta Revolución Industrial (C4IR) se pasa a la necesidad de converger todas ellas en un mundo integrado (Schwab, K., 2016, p. 6).

¹ La definición de «epistemología jurídica», denota un área de la filosofía del derecho, cuyo objetivo es identificar los procedimientos confiables bajo los cuales una creencia acerca de los hechos jurídicamente relevantes puede considerarse verdadera.

Desde el punto de vista del mundo físico, las ciencias han incidido en el desarrollo de vehículos autónomos (movilidad urbana autónoma), impresión 3D, robótica, drones, nuevos materiales, nanomateriales, inteligencia artificial, entre otros. En el mundo biológico, el análisis de la genética, secuenciación genética, el genoma humano, la biología sintética, la modificación genética, la clonación, el trasplante humano, la bioimpresión entre los destacados. Finalmente, en el mundo digital, el Internet de las cosas, dispositivos conectados a Internet, sensores, radiofrecuencia, *blockchain* (tecnología de contabilidad y sistemas monetarios), bitcoin, por solo citar los referentes (Pabón Giraldo, L. D., 2020).

Incluso comienza a hablarse de combinación de los sistemas físico, digital y biológico, por ejemplo, para el desarrollo de la inteligencia artificial, neurociencia, ciudades inteligentes, biotecnología, aprendizaje automático e inteligente, control de la salud global.

Entonces, se advierte que el sendero recorrido apenas está en sus inicios, quedando el trabajo de acomodar a la ciencia jurídica a los nuevos moldes científicos que proyectan el impacto de las ciencias en general.

4. El avance hacia las tecnologías

Las últimas décadas de la historia de la humanidad han mostrado un gran florecimiento en el desarrollo integral de las tecnologías, especialmente las de la información y comunicación, evidenciando un desarrollo científico inaudito en presencia de la denominada «Revolución Tecnológica». Hace apenas unos años, nos mostrábamos fascinados con la aparición de la computadora y de los teléfonos portátiles, cuando en estos días no resulta menos llamativa la era informática en la que se encuentra zambullida la humanidad al compás de Internet, adentrados en el uso de nuevas concepciones, tal como ideas sobre la de «*aldea global*», «*era informática*», «*realidad virtual*», «*gobierno electrónico*», «*comercio electrónico*», «*expediente electrónico*», «*nuevas concepciones de prueba*», etc., denominaciones todas que marcan el sendero de inmersión en un nuevo sistema virtual, basado en las surgentes tecnologías.

Los avances tecnológicos han generado respuestas desde el ámbito jurisdiccional, como desde las esferas de los derechos fundamentales, orientados en el derrotero de garantizar a las personas aquellas cuestiones inherentes a su propia existencia, a la dignidad, a la libertad, a la justicia, sin dejar de reconocer que aún existe un largo camino por recorrer. En este contexto se visualizan los medios electrónicos como herramientas al servicio del ser humano; deviene imposible desconocer la irradiación de efectos en el terreno de los derechos fundamentales, del proceso y del derecho probatorio.

La incorporación de las nuevas tecnologías en los ámbitos jurídicos, repercute en cuanto a la necesidad de verificar su incidencia sobre la prueba, que se exhibe como receptora de nuevos campos que tendrán que llegar al proceso, asintiendo a una novel constelación probatoria que tendrá que ser asimilada por el orden procesal.

A pesar de las dificultades, resulta prudente reconocer que a consecuencia de la *constitucionalización de las tecnologías*, como medio de evitar nuevas formas de exclusión, se busca eliminar la *brecha digital*, se exhibe un contorno de asimilación meteórica que elimina obstáculos, al punto de que en la actualidad en algunos países el acceso a Internet es garantizado como un verdadero derecho humano, edificándose sobre tal una nueva idea de democracia y de sociedad participativa².

Los tiempos que corren acompañados por el gran avance tecnológico de hoy día, suscitan cambios y mutaciones en todos los niveles del conocimiento humano. De ello no escapa el derecho procesal y en especial el derecho probatorio, que busca salida a la crisis en la que permanentemente está inmersa.

El siglo XX fue el de las grandes transformaciones tecnológicas, sin embargo, la proyección hacia el procedimiento jurídico no tuvo las repercusiones de otras áreas, aunque no corresponda soslayar que la tecnología fue incorporada al quehacer judicial, aunque lenta y paulatinamente.

La amplitud de efectos que ha generado la tecnología en el ámbito jurídico, supera con creces al tratamiento esbozado. Para

2 Finlandia, en el año 2010, previó una reglamentación en la que se reconoció que el acceso a Internet es un derecho de todo ciudadano.

ser precisos, la cuestión tecnológica que interesa en relación con la descriptiva es la referida al área informática digital, no a los otros avances tecnológicos que inciden en todas las áreas del que-hacer humano.

A su vez, la tecnología que importa para este análisis es la derivación digital sobre el proceso y la prueba, lo que aclara la cuestión, porque la tecnología informática tiene dos consecuencias básicas, por un lado, incide en la forma de sustanciación del proceso, incorporando tecnología al mismo (notificaciones electrónicas, expediente digital, proceso electrónico videoconferencias, etc.) y en la otra acera, la irradiación de efectos de la tecnología informática en la prueba, como nuevas cuestiones probatorias, email, correo electrónico, prueba digital, informática, USB, documentos electrónicos, probanzas virtuales, etc.

Confirmando la regla que ya se viene produciendo gradualmente sin que se perciba su introducción, como el caso de los ordenadores, computadoras, archivos informáticos, Internet, video, filmadoras, pruebas audiovisuales, USB, nube digital, teléfono, fax, etc., todos de uso corriente en la litigación actual, cuya usanza pasa desapercibida por la costumbre, cuando unas décadas atrás (años ochenta), la mayoría de estos elementos eran solo aplicados en la imaginación de aquellos que ejercían la labor jurisdiccional, en cambio hoy día consiste en moneda corriente de uso.

Siguiendo la temática desarrollada, en favor de la tecnificación del proceso, imperioso resulta incorporar al sistema los beneficios que generan la utilización de medios tecnológicos para el cumplimiento de la función jurisdiccional, las que transformarán la realidad judicial.

Tal como cierta doctrina refiere «el reto es comenzar a concebir esquemas que permitan asimilar la nueva tecnología (y con ella sus ventajas en aras a la mayor eficiencia del servicio de justicia), aun dentro del derecho vigente» (Sosa, T., 2005, p. 99).

El objetivo circunscripto tiende a demostrar y puntualizar sobre la admisión de las nuevas tecnologías dentro de la litigación, evacuando un diagnóstico puntual de las circunstancias presentadas.

5. Lenta asimilación

La justicia, lenta, ha hecho que los justiciables dejen de confiar en el método de litigación, que desconfíen con razón, pues si como decía Heidegger «*El ser humano es tiempo*», la lentitud atenta contra el tiempo del individuo común, la justicia tardía nunca será justa. El derecho procesal debe concordar con la realidad y con la necesidad del ser humano, de hecho, está puesto en provecho de este; si los procesos duran años debilitan al sistema, la sociedad se ve amenazada por su propia falta de respuesta, convirtiéndola en un verdadero «drama judicial».

La masificación del servicio judicial, es otro de los inconvenientes presentados, el creciente grado de litigiosidad de la sociedad moderna contrasta con la realidad estructural del Poder Judicial, que muestra insuficiencia de jueces, falta de funcionarios competentes, proceso cuasi escriturario extremadamente lento y burocrático, carencia de una eficaz gestión judicial, negación a la incorporación de tecnología; todo lo cual impide dar soluciones reales y prácticas a la acuciante morosidad judicial. La técnica de litigación lleva a los magistrados a la imposibilidad de agilizar los procesos, agudizándose la lentitud y el retraso.

La excesiva burocratización del servicio, caracterizado por la obliigatoriedad del cumplimiento de rituales caprichosos a cada paso, son aceptados por todos los operadores del mismo quienes en su mayoría actúan como autómatas cumplidores de esquemas formales, que ni siquiera comprenden y en nada contribuyen a la agilización del proceso; agravado esto con el excesivo ritual que lleva a perder el norte, cuál es el hallazgo de la verdad y la obtención de la justicia.

Ahora bien, el procedimiento o forma de resolver conflictos, se ha rezagado en la discusión de si lo oral o lo escrito eran las mejores formas de dirimir las disputas intersubjetivas, cuando sigilosamente y sin retorno, pareciera avanzar aquello que la doctrina ha llamado proceso electrónico o justicia digital.

Claro que, para admitir un «proceso electrónico», debería generarse una transformación cultural de importancia, que pareciera ir consolidándose en el siglo XXI. Solo basta mirar alrededor

para constatar lo sostenido, Brasil (Calmón, P., 2010, p. 821) ya tiene legislado un proceso electrónico desde el año 2006, lo que lo vuelve pionero en Latinoamérica, para percibir cuán cerca se ha concretado dicha cimentación procesal.

Como puede verse, corresponde aclarar, por un lado, que surge el proceso electrónico con todas sus connotaciones jurídicos-culturales, que por el momento resulta de difícil asimilación y, por el otro lado, que dentro del proceso actual se consientan la introducción de elementos tecnológicos que harían más eficiente al sistema.

Algunos no tan nuevos, otros que permanentemente van actualizando sus potencialidades como es el caso de los programas de computación. Se trata pues de que estos medios técnicos del presente brinden sus beneficios a un proceso del pasado, que debía desarrollarse sin esta tecnología, inexistente en aquellas épocas originarias.

En definitiva, un buen campo normativo como una gran cantidad de computadoras y medios técnicos al servicio del proceso, marcan un paso firme para acelerar la salida del ostracismo del mecanismo de juzgamiento, tan criticada por su lentitud, formalismo y burocracia.

6. Ideas fundamentales de las nuevas tecnologías

Es pertinente realizar la descripción de las cuestiones fundamentales que engloban la noción sobre lo que implican las nuevas tecnologías, incorporadas al proceso.

Por nuevas tecnologías, hay que entender todos aquellos elementos que sean propios de los conductos electrónicos y otros que pueden ser empleados en un proceso de litigación. Sin ser muy abarcativo, por cierto, a efectos de no hacer ilusoria su aplicabilidad, pues resulta consabida la resistencia de los operadores del servicio de justicia de mudar la costumbre en la praxis de litigación.

Etimológicamente, la palabra tecnología tiene origen griego, formada por las voces *techne* que significa arte, técnica, destreza, en conjunción con la palabra *logía* o *logos*, que implica ciencia o conocimiento de algo. En líneas generales en el ámbito jurídico, refieren a aquellos adelantos de la ciencia y sus aplicaciones dentro del conglomerado del

derecho, en cuanto, mediante ellas, pueda lograrse un mayor respeto de la dignidad humana, como también un empleo efectivo en el ámbito del proceso para el logro de una mayor eficacia de la litigación.

En este mundo donde la revolución tecnológica ha acaparado la atención, el proceso debe desenvolverse aceptando los aportes de las tecnológicas superando la tecnología del ayer (máquinas de escribir), al ser rebasadas y reemplazadas por las tecnologías del presente (computadoras, Internet, USB, etc.), con el objetivo de hacer más eficaz la forma de resolver los conflictos intersubjetivos.

Específicamente, las nuevas tecnologías remiten a la incorporación al proceso de instrumentos vía correos electrónicos, forma digitalizada de pruebas, prestaciones que puedan ser realizados por un aparato computador, firma digital, expediente electrónico, uso de Internet, recepción de material en forma digitalizada, contratos electrónicos, proceso electrónico etc. Esto plantea, entonces, un giro radical en la forma de entender el mecanismo de litigación.

7. La utilidad de la informática digital

A modo de precisión, en prosecución de la línea demarcatoria respecto a qué tipo de tecnología es la exteriorizada, se hace necesario significar que la referencia específica se circunscribe a la informática y a lo digital, dejando adrede de lado las tecnologías más vinculada a la biología y a la biotecnología, por lo que puntualmente la referencia será concretada respecto a la utilidad de las tecnologías informáticas incorporadas al proceso.

Así el aprovechamiento que de la tecnología informática o digital se ha traído al proceso contribuyeron en un intento de hacerlo más eficaz, ocasionando una transformación cultural evidente, que impulsa un cambio de mentalidad y de paradigma.

La prueba no ha escapado de este efecto avasallador generado por las plataformas digitales, hasta incluso podría afirmarse sin temor a equívocos que las trasformaciones ocasionadas por la tecnología informática han superado a la reacción que debió haber tenido la ciencia jurídica ante el surgimiento de las mismas. En el ámbito probatorio se cimienta el impacto más trascendental de estas tecnologías infor-

máticas, invitando a un reacondicionamiento del marco jurídico y legal con el objetivo de regular de forma clara los mecanismos de obtención de estas, productos propios de su desarrollo y aplicación.

Hasta podría graficarse que la ciencia jurídica y su evolución se asemejarían a la imagen de un viejo carro estirado por caballos; en cambio, las tecnologías informáticas o digitales, se asemejarían a una nave espacial. Esta brecha entre tecnología y derecho tiene que ser superada o cuanto menos acercar una a otra, con el objetivo que así se puedan tener decisiones judiciales acorde con la dinamicidad de este tiempo. El planteamiento sería conformar un proceso que responda al avance tecnológico, de lo contrario, se seguirá con el desfasaje actual.

Con solo verificar la situación generada por la pandemia de la COVID-19, se han abierto compuertas desconocidas, pero que a la vez invitan a potenciar las tecnologías informáticas dentro de la ciencia jurídica, dentro del proceso.

A tenor de la tecnología, el lenguaje no se pierde en el tiempo, tienen relevancia los medios magnéticos aun por encima de la propia escritura, al grado que el papel está devaluado, ocupa grandes espacios y resulta totalmente anticuado, y se llega a complementar al proceso con soportes electrónicos tan eficaces como el mismo soporte escritural.

Con los medios informáticos, el proceso puede convertirse en eficiente, de hecho, estos contribuyen en gran medida a mejorar el sistema aportando celeridad, mejor calidad, fácil acceso al magistrado, mayores elementos probatorios.

Tendrá que admitirse la tecnología, nadie debe ser fugitivo de su tiempo, aceptando que el proceso no puede estar de espaldas a los avances tecnológicos, con la incorporación de estas nuevas vías informáticas el método buscará convertirse en una mejor forma de resolver contiendas.

Entre los aspectos de utilidad al ámbito procesal de las tecnologías informáticas ninguna duda cabe de que, bien utilizadas, llevarán consigo celeridad, mediante ellas se agilizarán las comunicaciones entre las partes y el juez, como también los actos de comunicación que pasan a ser de fácil acceso para los litigantes.

Así mismo se contribuye en propiciar un servicio de justicia de mayor calidad, también se contribuye en facilitar la llegada al magistrado judicial puesto que los intervinientes en el proceso podrán mantener una relación virtual con el juez. Además, conjetura un fácil acceso al servicio de justicia, ya que bien utilizada la red informática puede brindar la perspectiva de un acceso favorable a los acontecimientos de litigio.

Ya en el ámbito probatorio permite el surgimiento de nuevos elementos que contribuyen para la obtención de verdad dentro del proceso como ser el análisis de las pruebas informáticas, mensajes electrónicos, WhatsApp, utilización de plataforma virtuales, USB, comunicaciones telefónicas y celulares, informaciones contenidas en la nube digital, acceso a Internet.

8. Las formas informáticas relacionadas con la prueba

Las tecnologías informáticas se relacionan con la prueba desde dos aspectos, la primera, vinculada a la forma de recepción y producción de la prueba mediante la utilización de los soportes informáticos; la segunda, imbricada en una umbilical relación con la validez, obtención y formulación de las pruebas de vía informática o digital.

Se describirá cuáles son las nuevas formas particulares de los medios tecnológicos informáticos que se aplican y tienen relación con la producción probatoria y con su concreción, que también surgen de soporte digitales.

a) *Escritos electrónicos*: Las comunicaciones judiciales (*e-filing*) o escritos electrónicos, utilizados para todos tipos de presentaciones, suponen una plataforma electrónica del Poder Judicial para trabajar en Internet de manera permanente. Lo habitual es que los escritos electrónicos sean también enviados en copias de papel por una cuestión de seguridad.

Requiere de una modernización total del servicio de justicia y puede ser aplicado en todo tipo procesos requiriendo que los gestores del sistema tengan cuanto menos computadoras y acceso a la plataforma virtual.

b) *Las videoconferencias*: Mediante este mecanismo se facilitará la obtención de prueba de personas situados en lugares remotos, o incluso celebrar audiencias con personas distantes unas de otras, atento a que la tecnología por videoconferencia asiente que el juez pueda ver a las partes a pesar de la distancia.

La videoconferencia avala entablar un diálogo, con imagen y sonido, entre personas situadas en cualquier parte del mundo, los intervinientes al momento del acto podrán estar representados por letrados, tanto del lugar donde se encuentren o bien por un abogado en el despacho judicial donde se cumple la audiencia.

Pasa a ser el paradigma de justicia a distancia, sin que los protagonistas obren presentes físicamente, aunque sí lo hacen virtualmente, por medio de la imagen y el sonido, a la vez conjetura más eficaz y benéfica que la brindada en la actualidad con el sistema escriturario, en el que al juez no se lo ve, solamente se percibe su presencia por las resoluciones que emite, sin contacto con las partes.

c) *Las notificaciones electrónicas*: También se deberá implementar las notificaciones vía medios electrónicos de la actuación, podría dejarse constancia en el mismo expediente para justificar el anoticiamiento realizado.

d) *Sustitución del soporte escriturario*: También se logra con los medios tecnológicos informáticos, la sustitución literal del uso del papel en la mayoría de las actuaciones jurisdiccionales, pero especialmente en la audiencia.

Por un lado, se avalaría la utilización del expediente virtual o expediente digital, enviando los escritos de las partes por correo electrónico (que ya se ha implementado en algunos juzgados de la Capital); asimismo, por otro lado, permitiría efectuar las notificaciones de las resoluciones por idéntico medio, facilitando la sustanciación del litigio que pasaría a diligenciarse en la red.

Esto tiene como virtud permitir la documentación digital de las audiencias. Implica que el soporte magnético pase a ser parte integrante del expediente, donde las partes en vez de leer tomos escriturales, revisarán y analizarán en la televisión o la computadora las actuaciones cumplidas en audiencia.

e) *Consulta a distancia*: Instala la posibilidad que el letrado consulte a distancia la marcha del expediente, que, en prácticamente todos los sistemas, matiza una realidad ya concretada con diversos programas informáticos y digitales, aunque cabildea como eminentemente perfectible. Estampilla pautas inconfundibles mostrando el rumbo de la tecnologización de los conflictos.

Es una forma de descongestionar tribunales, los profesionales ya no tienen necesidad de asistir permanentemente a estrados judiciales para consultar el estado de los expedientes de su incumbencia.

9. Noveles pruebas de la tecnológica informática

A continuación, se intentará describir las nuevas formas probatorias derivadas de la tecnología informática que inciden sobre el proceso civil, donde el uso de la digitalización de la prueba adquiere ribetes de relevancia.

9.1. Prueba digital

A consecuencia del avance tecnológico, se ha creado la denominada sociedad digital, imponiendo una serie de condiciones que hace un tiempo atrás siquiera hubiéramos pensado que podría producirse.

El incontenible avance tecnológico, que por cierto se convierte en un exclusivo instrumento capaz de satisfacer cada vez más las demandas de la sociedad de consumo, generan una especie de adición por lo digital, donde es casi imposible sustraerse de la necesidad de utilizar el ordenador para ejercer cualquier profesión.

El escenario ha modificado la realidad, tal como una revolución silenciosa (Guimaraes Ribeiro, D., 2019, p. 528), donde la digitalización pasa a constituir una técnica esencial para el hombre, asumiendo un nuevo significado y hasta autonomía.

Esto repercute en la prueba, pues se tiene en cuenta que el jurista no puede quedarse sin respuesta ante una realidad que en este tiempo ya ha pasado a formar parte de su vida cotidiana, por lo que deberá afrontar las realidades que este mundo digital le impone, caso contrario, se quedará sin respuestas bajo el yugo de técnicas arcaicas que no responderán a los nuevos avatares digitales.

9.1.1. Documentos digitales

El documento digital sigue la suerte de los documentos en general, para lo cual basta recordar que el documento por mucho tiempo (siglos) no fue utilizado como instrumento probatorio, más aún si tenemos en cuenta que su valor como prueba tazada se origina del Art. 54 de la Ordenanza de *Moulins*, promulgada por Enrique III de Francia en 1566.

A partir de la idea de documento que fuese expresado como toda representación, que puede ser material o inmaterial virtual, capaz de reproducir una idea, un pensamiento humano, o un hecho cualquiera, perceptible con los sentidos, que tengan consecuencias jurídicas y probatorias, se debe construir la idea del documento digital.

Desde la perspectiva de conceptualizar al documento digital, parecería correcto indicar que la misma tendría una definición amplia que parte del documento digital en general y otra restringida si se toma en consideración la normativa legal que lo regularía. En un sentido amplio, el documento digital debe ser entendido como toda aquella secuencia contenida en plataformas virtuales que puedan ser traducidas por medio de un determinado programa de un computador, con la característica de ser representativa de un acto determinado. Desde esta proyección, se incluyen los documentos públicos y privados de característica electrónica o digital. Resulta significativo aclarar, que los Bits de la escritura electrónica son entidades magnéticas y, por tanto, a su manera, realidades materiales, aun cuando no fuesen perceptibles por los sentidos humanos (Guimaraes Ribeiro, D., 2019, p. 531).

En un sentido estricto, el documento digital puede hallarse definido en la norma legal como ocurre en el Art. 3.5. de la Ley Española de Firma Electrónica (Ley N° 59, 2003), que considera documento electrónico:

la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de información y tratamiento diferenciado. Es un documento producido por medios automatizados, escrito en un lenguaje binario-el de los bits-, en un soporte, cinta o disco-que reúne estas características: legible, inalterable y reconocible o identificable.

Nótese, que desde la perspectiva del documento electrónico o digital se genera un reformulamiento del concepto de documento en general, siendo evidente que la especie de documento digital supera la idea de documento en general.

Por nuestra parte solo queda acotar, que debería ampliarse la idea de documento digital no solamente circunscripto a aquello que pueda ser obtenido o traducido a soporte escriturario o papel, por cuanto la idea resulta más abarcativa a la del simple formato escrito, extendiéndose a toda representación sonora, visual de dicha información, contenida en cualquier formato derivado de un ordenador.

Dos ejemplos permitirán comprender la trascendencia de los documentos digitales no limitados al ámbito escriturario: a) A consecuencia de la pandemia de la COVID-19 la mayoría de las informaciones de derivación social fueron transmitidas por medios audiovisuales digitales; y, b) El reciente caso de conmoción en Estado Unidos por racismo ocurrido en Minneapolis-Minnesota³, fue a consecuencia de una prueba audiovisual digital.

9.1.2. Distinciones entre documento digitales, electrónicos y virtuales

Algunos autores realizan una diferenciación entre documento digital, electrónicos y virtuales, aun cuando estos por una gran mayoría son utilizados como sinónimos para representar el mismo objetivo.

El devenir doctrinario encontrará diferencias y distinciones entre los mismos, así como en este tiempo se presentan diferencias y similitudes entre el documento en general y el documento electrónico.

Sin vueltas provienen del tronco común documental rigiéndole las normativas legales del orden jurídico respecto a la prueba documental, todos representando la voluntad, la necesidad de constatar su autenticidad, su contundencia probatoria las disposiciones respecto a la exhibición documentaria y la perspectiva de impugnar la prueba.

No obstante lo antedicho, se hace necesario sostener que el documento digital no debería ser confundido con el documento

³ Hecho donde se produjo la muerte de una persona de color por parte de policías uniformados en servicio activo.

electrónico y con el documento virtual. Así, hay que manifestar que todo documento digital es un documento electrónico, pero no todo documento electrónico es digital. Lo digital es una tecnología contraria a la analógica, lo electrónico se registra en un formato analógico o en dígitos binarios. Ante estas diferencias somos del criterio, y así lo expresamos en la definición de documento, que la idea de documento virtual es la que engloba a todas las otras especies, al traducir un concepto donde un hecho de la realidad sea escrito sonoro o audiovisual, pueda ser simulado, transmitido o traducido por un ordenador. Desde la perspectiva virtual es más fácil comprender la idea de «nube virtual», propiciando una idea de mayor amplitud.

Mas allá de estos tecnicismos que el tiempo irá desembrollando, lo relevante es la comprensión de la influencia e incidencia que ejercen los documentos digitales, electrónico o virtuales sobre el derecho probatorio.

9.1.3. Algunos aspectos de la prueba digital

El análisis de la prueba digital o de los documentos digitales sin duda exceden los objetivos de un estudio en este tipo de alternativa probatoria. Sin embargo, se esboza un compromiso irrestricto con la asimilación de la digitalización virtual del proceso civil. Es por ello que se entiende, que las ciencias jurídicas deben ser construidas en un ámbito de multidisciplinariedad que excede al campo del derecho. Aun a pesar de estas limitaciones, se procederá a describir algunas especies de documentos digitales.

Avanzando en la descriptiva, comportan un interés para el ámbito probatorio todos los datos o informaciones almacenados en dispositivos electrónicos, como también los que pudieran ser transmitidas por las redes de comunicación informática, sean abiertas o restringidas como Internet, telefonía móvil o celular, plataformas virtuales u otras.

Como una derivación de los aspectos referidos precedentemente en forma singular, el correo electrónico, la página web, el documento informático y el SMS. Corresponde dejar en claro que el documento electrónico no puede ser confundido con su soporte, donde los más conocidos son el pendrive, el CD Room, los discos DVD.

El correo electrónico consiste en un documento privado o público donde se transmiten datos, imágenes o sonidos de un destinatario a otro por medio de un soporte o aparato electrónico tal cual se da con el ordenador, iPod, celular, etc. En el caso puntual del correo electrónico ingresa al expediente por medio de una copia impresa, de connotación privada o pública en el caso de hacerse ante notario con registro habilitado. El inconveniente más común en el caso del correo electrónico es la problemática respecto a la confirmación de la recepción del e-mail, como asimismo la validez que tiene el mismo como prueba documental. En lo que respecta a la página web el tema se vuelve más compleja, porque la misma representa un contenido gráfico de un sitio de Internet en la *world wide web*, donde se hace necesario contar con un navegador para acceder a la página (Mozilla, Google, Internet explorer, entre otros). Con relación a la misma esta puede ser introducida por los distintos medios de prueba, sea por documento privado, por medio de testimonial, por la prueba pericial o incluso por la confesional.

La credibilidad que reportará la página web dependerá de la seriedad de la misma; con seguridad tendrán un mayor valor probatorio las páginas web oficiales de cada uno de los Estados o que sean reconocidas como oficiales por las distintas reparticiones estatales. En cambio, no tendrán tanta relevancia las páginas no oficiales, aunque aquí habría que diferenciar si se tratan de páginas de institutos científicos o no. De todas maneras, en el caso de páginas no oficiales el valor que adquirirán será la de una prueba indiciaria.

También se hace necesario un desarrollo del SMS o mensaje de telefonía móvil, que en un principio tenía un carácter limitado a una cantidad de caracteres, pero que en la actualidad, con la irrupción del WhatsApp, se ha modificado, porque permite un amplio nivel de elementos probatorios, aunque el problema sigue siendo la afectación a la intimidad y a la forma de probar la recepción del mensaje.

9.1.4. Valoración de la prueba digital

Un aspecto de gran preponderancia para la prueba digital consiste en la valoración que se otorga a la misma, para lo cual corresponde partir del reconocimiento como medio de prueba, lo que lleva a que contenga las mismas necesidades de cualquier tipología pro-

batoria, es decir, las vinculaciones referentes a la seguridad y a la autenticidad de la prueba. Cuando mayor sea el grado de seguridad y autenticidad de este medio de prueba, mayor será el valor de credibilidad que tendrá.

La cuestión de las pruebas digitales conlleva la problemática de radicar en documentos que no tienen firmas o que, si la tienen, derivan de constructos informáticos y no de suscripción de puño y letra de los documentos. Al no contener firma lo primero que surge respecto a las pruebas digitales, es un cuestionamiento a la validez de las mismas, referidas a la credibilidad que estos merecen.

Cuando para remitir el documento electrónico se solicite y sea obligatorio las huellas dactilares de los contratantes a más de la firma digital, la encriptación de señales dactilares como derivados de los datos biométricos, podría volver más seguro el documento si lo comparamos con el instrumento privado. Estas bondades también pueden ser trasladadas al uso de las tarjetas de crédito o débito que para su utilización requieren de una contraseña utilizada exclusivamente por el portador, tolera que el pago sea realizado con absoluta certeza, evitando así el uso físico del dinero con los inconvenientes que esto podría acarrear, como por ejemplo la falsificación de billetes.

Es indudable que el mundo se ve envuelto en un avance sin precedentes de la utilización tecnológica, en adelante esta deberá ser objeto de un tratamiento exhaustivo, porque con seguridad se convertirán en la forma de contratación común en un futuro inmediato.

9.2. La prueba estadística

Como una novel forma de la tecnología informática incorporada al ámbito de la prueba, corresponde diferenciar también a la prueba estadística, estos cálculos obtenidos por estudios científicos realizados por expertos técnicos, podrían pasar a constituirse en elementos relevantes de gran importancia cuando estos datos respondan a extremos de confiabilidad, que puede conllevar a que, basados en dichos estudios, se pueda comprobar si una hipótesis es más o menos cierta.

Es así que se condicionará la valoración de la prueba, porque el juez estará supeditado a ese ámbito adicional de concretar

situaciones, lo que le permite concluir sobre la existencia o no de determinados hechos.

Taruffo (2005, p. 221) afirma, que la prueba estadística o más en general, el empleo de probabilidades estadísticas a efectos probatorios tiene, un papel importante que crece con la extensión del uso de metodologías científicas en sectores probatorios específicos.

Dilucidando, sin embargo, que el empleo de datos estadísticos a efectos probatorios no implicará que la prueba asuma un valor de probabilidad, por cuanto ello no privará de la obligatoriedad de probar fehacientemente por otros medios probatorios las circunstancias controvertidas.

Esto acreditará formar parte del criterio convictivo del juez porque hay escenarios que no alcanzan a tener otra conclusión más que la explicación estadística. Con el objeto de ejemplificar, se referencia un proceso de daños sobre determinadas sustancias ambientales que podrían dañar la salud, en el que, se comprueba, mediante datos estadísticos, las probabilidades de afectación de una persona a una determinada enfermedad (enfermedades respiratorias en lugares donde hay exceso de polvillo (Parra Quijano, J., 2009, p. 165); enfermedades alérgicas en lugares húmedos); también se podría aplicar para establecer la casi absoluta improbabilidad de falsificación de un instrumento, cuando el mismo contenga para su acceso la necesidad de pruebas biométricas (huellas dactilares, faciales), teniendo en cuenta que estadísticamente resulta comprobado que la identidad de huellas dactilares es casi imposible de falsear o, cuanto menos, con un valor probabilístico bajísimo (Taruffo, M., 2005, p. 221).

10. Dificultad de identificación de los modernos medios probatorios

10.1. Complicada tipificación integral

Difícil deviene tipificar los modernos medios probatorios, más aún sistematizar integralmente a los mismos, porque discurren envueltos permanentemente en una vorágine incontenible que modula sus fronteras a cada paso. Es que la diversidad y multiplici-

dad de los campos en que surgen las nuevas coordenadas son cuantiosas, haciendo que las modificaciones se produzcan por doquier.

Aun así, se podría sostener la existencia de algunos grupos como aquellos referidos a captación de sonidos, reproducción de imágenes, instrumentos informáticos en general, digitalización de la prueba, instrumentos de control o medición, aparatos registradores, derivados de la biología, biotecnología, etc.

Esto comporta una gama de alternativas que a cada momento van cambiando y ajustándose por tanto se vuelve complicada su sistematización.

11. La gestión judicial

De un tiempo a esta parte, viene recalándose la importancia de la denominada «*Gestión Judicial*», que transmite la noción de proveer las condicionales necesarias para que el diseño procesal tenga una funcionalidad adecuada. Reviste a todo aquello que responde a la organización del método de juzgamiento, pero con una mirada desde fuera del proceso. Es decir, la respuesta que genera el contorno judicial a los nuevos fenómenos propuestos por los cambios tecnológicos.

Agudos estudios demostraron que la mayoría de los sistemas donde fueron detectados grandes defectos de funcionamiento, naufragaron a consecuencia de una deficiente «gestión judicial». Subrayamos este hecho a propósito, tratando de explicitar claramente la cuestión, los procedimientos no fracasan por la forma de regulación o por la incorporación tecnológica o no al proceso, sino que lo hacen por adolecer de defectos en la elaboración de soluciones que apuesten por la agilización del sistema.

La profesionalización de la gestión tribunalicia, que actúa desde fuera de los juzgados para coadyuvar con el despacho judicial-administrativo debe destacarse, en todo tipo de litigación, cooperando para un mejor servicio. El rol de juzgar, no debería residir entremezclado con el rol que concierne a las actividades de gestión (Pereira Campos, S. 2010, p. 1004), corresponde separarse, previendo que el juzgador solo obre para sentenciar.

La mayor cantidad de tiempo en el proceso se consume en la gestión, de modo que no deviene necesario acortar los plazos, sino mejorar la actuación de los tribunales en el quehacer *extra procesum*. Es un mito acelerar el procedimiento con la reducción de plazos.

Aún más, una vez mejorada la gestión no debe abandonarse, encadena un trabajo constante de modernización, aunado a una obra permanente que no culmina (evitar dormirse en los laureles), solo así el servicio estará actualizado. Ir adaptando sin pausas los beneficios de la nueva tecnología, haciendo que las variables sean dinámicas, de lo contrario, se modernizará para, en algún momento, volver a saturarse, degenerándose reiteradamente en un diseño deficitario.

Corresponde agregar como condimentos para la eficiencia:

- a. Efectiva distribución de casos;
- b. Tecnificación de las audiencias;
- c. Logro de la mayor desburocratización posible del proceso;
- d. Correcta selección de jueces y preparación de funcionarios judiciales;
- e. Optimización de soluciones alternativas de conflictos, como también la priorización de la autocomposición del litigio;
- f. Mejoramiento del sistema de notificaciones, previendo las notificaciones electrónicas;
- g. Establecimiento de reglas e indicadores básicos para lograr parámetros de eficiencia en cada juzgado;
- h. Dotación de estructuras edilicias adecuadas, para el correcto funcionamiento del diseño de litigación propuesto;
- i. Incorporación de tecnología al proceso, en todos los órdenes, tanto en forma general como en el ámbito probatorio en particular.

Conclusión general

La Cuarta Revolución Industrial (C4RI) no se parece en nada a los que la humanidad haya pasado con anterioridad, por cuanto

la revolución que esta concibe es inaudita para el genero humano. Nunca antes con tanta rapidez, los cambios se irán produciendo causando estragos en las distintas ciencias que no se adecúen a los nuevos tiempos. Es por ello se vuelve imperioso que la ciencia procesal rompa con la idea del pensamiento lineal proyectando un repertorio procesal adecuado a las bisoñas circunstancias que moldean la realidad de una juridicidad en permanente estado de ebullición y cambio.

El derecho no puede estar de espaldas a la tecnología y a la era digital, el mundo se dirige hacia allí, sin retrocesos y por un sendero seguro; no se indica que esto se produciría, sino que ya está en el presente entre nosotros, es parte de nuestra vivencia diaria. Ante lo cual se referencia a la revolución, dando la idea de un cambio abrupto, no paulatino, sino una transformación radical que permite avizorar la fusión de tecnología y los dominios físico, digital y biológico, conllevando que la realidad presentada sea totalmente diferente (Schwab, K., 2016, p. 10).

Las circunstancias irradiadas por la C4RI instan a una adecuación del contorno científico a las coordenadas de mutación propiciadas, del que el derecho no puede escapar. De no amoldar sus presupuestos a los nuevos cánones de protección, sencillamente será un mecanismo de resolver conflictos desfasado, de espaldas al futuro. Corresponderá a la ciencia procesal superar estas lúgubres sombras, ajustando sus arbotantes a condicionales de eficiencia.

REFERENCIAS

- Calmón, Petronio. (2010). O Modelo Oral de Processo no século XXI, publ. En Libro Memorial del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre.
- Carbone, Carlos Alberto. (2009). La prueba científica, notas esenciales y los problemas de su vinculación a la decisión judicial. En La prueba en el proceso judicial. (Dir. Eduardo Oteiza). Santa Fé, Argentina: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Falcón, Enrique. (2009) Lógica y justificación del razonamiento probatorio. En La prueba en el proceso judicial. (Dir. Eduardo Oteiza). Santa Fé, Argentina: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Guimaraes Ribeiro, Darcy. (2019) La prueba digital. En La prueba: teoría y práctica. Colombia: Sello Editorial de la Universidad de Medellín.
- Pabón Giraldo, Liliana Damaris. (2020). Biotecnología y Derecho Procesal en la Cuarta Revolución Industrial. En Nuevas dinámicas del derecho procesal. (Dir. Agudelo Mejía, Dimaro y otros) Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Parra Quijano, Jairo (2009). Manual de Derecho Probatorio. 17a Edición. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional Lda.
- Pereira Campos, Santiago. El proceso civil ordinario por audiencias: la experiencia uruguaya En Libro Memorial del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Klaus Schwab. (2016). La Cuarta Revolución Industrial. Barcelona España: Debate.
- Sosa, Toribio. (2005). Reingeniería Procesal. Buenos Aires: Librería Editora Plátense.
- Taruffo, Michele. (2005). La prueba de los hechos. Madrid, España: Editorial Trotta.

Esta revista se digitalizó en Rionegro, Antioquia,
el 25 de octubre de 2020

TEMAS PROCESALES

Volumen 33

Retos de la justicia en nuestros tiempos

La Revista Temas Procesales es una publicación de divulgación científica, propuesta para servir como plataforma de intercambio de conocimientos entre los investigadores que se dedican —actualmente— al estudio del derecho procesal y de la justicia. Su principal enfoque es convertirse en un importante recurso de investigación tanto para los estudiantes de pregrado como de posgrado relacionados con el derecho en Colombia; en este sentido, la revista busca ser receptora de artículos elaborados por los más importantes procesalistas a nivel mundial y nacional, al mismo tiempo que pretende ser un espacio en el que los estudiantes de derecho puedan relacionarse con la creación y publicación de artículos científicos.



Temas Procesales

—Revista de la Red para el Estudio del Proceso y la Justicia—

ISSN:2619-3655