



DEBATES CONTEMPORÁNEOS DEL PROCESO EN UN MUNDO QUE SE TRANSFORMA

Compiladores

Diana María Ramírez Carvajal

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

DEBATES
CONTEMPORÁNEOS
DEL PROCESO EN
UN MUNDO QUE SE
TRANSFORMA

Compiladores

Diana María Ramírez Carvajal

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Debates contemporáneos del proceso en un mundo que se transforma [Recurso electrónico] / Jorge Eduardo Vásquez Santamaría, Claudia Patricia Martínez Londoño, Juan Esteban Aguirre Espinosa, Dany Steven Gómez Agudelo, Libardo Quintero Salazar, Paula Andrea Pérez Reyes, José Bonet Navarro, Diana Ramírez Carvajal, Vanessa Franco, Daniel Jaramillo, Ana María Mesa Elneser, María Cristina Chen Stanziola, Isabel Villar Fuentes; compiladores Diana María Ramírez Carvajal, Jorge Eduardo Vásquez Santamaría; Universidad Católica Luis Amigó, Fundación Red Interinstitucional para el Estudio del Proceso y la Justicia. -- Medellín: Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó, 2020.

199 p.

ISBN: 978-958-8943-60-2

DERECHO PROCESAL - INVESTIGACIONES - COLOMBIA; ABOGADOS - ÉTICA PROFESIONAL; ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - COLOMBIA; DAÑOS Y PERJUICIOS; DERECHO AMBIENTAL - COLOMBIA; EVIDENCIA ELECTRÓNICA; FORMACIÓN PROFESIONAL DE ABOGADOS; INDEMNIZACIÓN JUDICIAL; INFRACCIÓN DE MARCAS REGISTRADAS; INTELIGENCIA ARTIFICIAL (DERECHO); PROCESO JUDICIAL; PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE - LEGISLACIÓN; PRUEBA (DERECHO); REPARACIONES (DERECHO INTERNACIONAL); RESPONSABILIDAD CIVIL; TECNOLOGÍA Y DERECHO; CIBERDERECHO; SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. SIDH

Colección Jurídica

Debates contemporáneos del proceso en un mundo que se transforma

© Universidad Católica Luis Amigó

Transversal 51A 67B 90. Medellín, Antioquia-Colombia

Tel: (574) 448 76 66

www.ucatolicaluisamigo.edu.co - fondo.editorial@amigo.edu.co

© Fundación Red Interinstitucional para el Estudio del Proceso y la Justicia

Cra. 80 # 49A - 10-Piso 2. Medellín, Antioquia-Colombia

www.procesalyjusticia.org - redinterinstitucionalderecho@gmail.com

ISBN (Versión digital): 978-958-8943-60-2

Fecha de edición: 30 de septiembre de 2020

Compiladores:

Diana María Ramírez Carvajal, representante legal Fundación Red Interinstitucional para el Estudio del Proceso y la Justicia.

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría, docente investigador, Universidad Católica Luis Amigó.

Autores:

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Claudia Patricia Martínez Londoño

Juan Esteban Aguirre Espinosa

Dany Steven Gómez Agudelo

Libardo Quintero Salazar

Paula Andrea Pérez Reyes

José Bonet Navarro

Diana Ramírez Carvajal

Vanessa Franco

Daniel Jaramillo

Ana María Mesa Elneser

María Cristina Chen Stanziola

Isabel Villar Fuentes

Director de la colección: Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Corrección de estilo: Leidy Andrea Ríos Restrepo

Diagramación y diseño: Arbey David Zuluaga Yarce

Edición: Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó

Jefe Fondo Editorial: Carolina Orrego Moscoso

Evaluación de contenido: esta obra ha sido editada bajo procedimientos que garantizan su normalización, aprobada por el Consejo Editorial de la Universidad y evaluada por los siguientes pares:

Ana Patricia Pabón Mantilla, Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Carlos Andrés González León, Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Publicación financiada por la Universidad Católica Luis Amigó.

Los autores son moral y legalmente responsables de la información expresada en este libro, así como del respeto a los derechos de autor; por tanto, no comprometen en ningún sentido a la Universidad Católica Luis Amigó.

Declaración conflictos de interés: los autores de esta publicación declaran la inexistencia de conflictos de interés de cualquier índole con instituciones o asociaciones comerciales.

Esta publicación cumple con el depósito legal en los términos de la normativa colombiana (Ley 44 de 1993, Decreto reglamentario No. 460 de marzo 16 de 1995, y demás normas existentes).

Para citar este libro siguiendo las indicaciones de la cuarta edición en español de APA:

Vásquez Santamaría, J. E. (Dir.). (2020). *Debates contemporáneos del proceso en un mundo que se transforma*. Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó. https://www.funlam.edu.co/uploads/fondoeditorial/635_Debates_contemporaneos_en_un_mundo_que_se_transforma.pdf



El libro *Debates contemporáneos del proceso en un mundo que se transforma*, publicado por la Universidad Católica Luis Amigó, se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar 4.0 Internacional.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden encontrarse en <http://www.funlam.edu.co/modules/fondoeditorial/>

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

TEXTOS DERIVADOS DE INVESTIGACIÓN

EL LEGISLADOR, GARANTE POR DAÑOS IRREVERSIBLES AL MEDIO AMBIENTE	9
Claudia Patricia Martínez Londoño	
UNA MIRADA ACTUAL DEL MEDIO AMBIENTE EN COLOMBIA, UN PANORAMA CONVENCIONAL, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL	33
Juan Esteban Aguirre Espinosa, Dany Steven Gómez Agudelo	
ACCIONES DE CESACIÓN E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR INFRACCIÓN DE LA MARCA EN COLOMBIA	51
Libardo Quintero Salazar	
LA RESPUESTA ÉTICA. UNA MIRADA DESDE LAS VOCES DE LOS SUFRIENTES	78
Paula Andrea Pérez Reyes	
ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL PODER CONFIGURADOR DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL SOBRE EL PROCESO	95
José Bonet Navarro	
REFLEXIONES EN TORNO A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, EL PROCESO JUDICIAL Y LA EDUCACIÓN DE LOS ABOGADOS	120
Diana Ramírez Carvajal, Vanessa Franco, Daniel Jaramillo	
EL SISTEMA DE PRUEBA UNIFICADO, NUEVA TENDENCIA EMERGENTE EN TIEMPOS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN (TIC)	145
Ana María Mesa Elneser	
LAS REPARACIONES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (SIDH), DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES	159
María Cristina Chen Stanziola	

TEXTOS ACADÉMICOS

TRATAMIENTO DE LAS CONSECUENCIAS ALGORÍTMICAS EN LA UE	180
Isabel Villar Fuentes	

PRESENTACIÓN

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría*

En tiempos de profunda incertidumbre marcados por prolongados y radicales cambios en las formas de vida, la comprensión del derecho y de su ejercicio se ven convocados de forma urgente en los escenarios universitarios para abrir paso al reconocimiento, la interpretación y la comprensión de las nuevas realidades que demandan propuestas urgentes para avanzar al que muchos siguen denominando retorno a la normalidad.

El enfoque crítico, propio de la actividad académica e investigativa, se constituye en un nicho para la construcción de premisas por medio de las cuales se proyecten senderos posibles que orienten el trayecto de los cometidos que debe cumplir el derecho en estos particulares momentos, y así, no desahuciar los esfuerzos por la realización de la justicia.

El derecho, como expresión institucionalizada del sentir y del comportamiento social, fue relocalizado en un escenario desconocido, cargado de preguntas y colmado de expectativas que apenas empieza a organizar y a hacer propias. Su curso, como el de la humanidad, se vio interrumpido por un virus cuyo origen muchos ubican en el ambiente y en la forma de relacionamiento que el ser humano entabla con él; compromete el derecho a la salud, a la seguridad social, libertades esenciales como la de locomoción y reunión, y el derecho a la vida.

El virus puso en ejercicio a escala global, como en ningún otro momento histórico, la ejecución de estados de emergencia y activó el despliegue de la función de policía en todos los ámbitos territoriales; y ahora, en una carrera contra el tiempo, demanda de la tecnología y la informática una respuesta inmediata y reactiva que permita sobrellevar el mayor número de actividades para no decaer del todo, sin afectar la intimidad, la privacidad y la seguridad personal.

*Abogado y magíster en Derecho de la Universidad de Medellín. Docente investigador del grupo de investigación Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó. Coordinador de la estrategia “Colección Jurídica”.

La alteración del curso de los acontecimientos ha exaltado a la sociedad a pensar y añorar el alcance y sentido que tenía el denominado estado de normalidad y, ante el cambio, el derecho se ve en un nuevo desafío que le demanda estar en la capacidad de afrontar la apertura de un nuevo contexto pues, como explica Boaventura de Souza Santos (2020),

la pandemia irrumpe, la luz de los mercados palidece, y de la oscuridad, con la que siempre nos amenazaron si no le rendíamos pleitesía, surge una nueva claridad. La claridad pandémica y las aspiraciones en las que se materializa, lo que ella nos permite ver y el modo como sea interpretado y evaluado determinarán el futuro de la civilización en la que vivimos. Esas aspiraciones, a diferencia de otras, son reales y vinieron para quedarse. (p. 7)

El derecho, como la sociedad, no podrá mantenerse en cuarentena, y su ingreso a la nueva normalidad debe ser impulsado por la reflexión pausada y profunda de la academia, orientando una aportación que tribute a la aprehensión de las nuevas realidades en las cuales el derecho debe funcionar como medio de regulación de la vida en comunidad.

La nueva claridad a la que debemos hacer frente conlleva la integración de escenarios en los que el derecho ya se venía pensando, pero ahora, más que nunca, se le proponen como imperativos dotados con elementos que eran desconocidos.

De allí que la inmensa mayoría de reflexiones reunidas en este libro parezcan configurar la crónica de una pandemia no anunciada cuyos efectos se trazan como verdaderos retos para lo jurídico. Las elaboraciones aquí contenidas son el valioso resultado de un sector de la academia que se vio en la necesidad de repensar el proceso judicial y el daño en momentos en los cuales el virus deconstruye las bases de lo que se asumía como seguro.

Si bien este libro no hace de la COVID-19 su objeto de reflexión, sí constituye un precedente de especial valor por reunir un grupo de reflexiones elaboradas de forma concomitante a la expansión del virus sobre el planeta. El texto contiene elaboraciones sobre escenarios de la vida social en los que se acrecientan unas problemáticas y se instalan otras nuevas. Sobre las primeras se propuso el daño en el sector del consumidor y el equilibrio de mercado, y los daños al ambiente y los recursos naturales, dos ámbitos en los cuales el virus ha desatado los más profundos efectos, la paralización en el primero y la retoma de los ecosistemas por parte de otros seres vivos en el segundo.

Junto a estas se instalan los desafíos de la Revolución Industrial, y con ella, el uso de la robótica, la inteligencia artificial y la seguridad digital, variables de una realidad que se veía distante y que el virus aproximó a una velocidad que nadie estimó. Ahora estamos en momentos en los cuales las audiencias judiciales se surten de forma virtual, se hizo necesario habilitar medios digitales para presentar algunas acciones judiciales y el teletrabajo es la regla general para el funcionamiento de la administración pública y del poder legislativo.

De manera que este libro constituye un eslabón que aproxima parte del estado de normalidad en el que se inscribía la realidad jurídica presente durante el origen y la expansión del virus, y la nueva normalidad definida por la alteración y la incertidumbre. En él se depositan formas de pensar sobre problemáticas adscritas al ambiente, al consumo y al mercado, y a la cuarta revolución industrial.

Por ejemplo, relacionado con el medio ambiente, el trabajo de Claudia Patricia Martínez Londoño aborda la responsabilidad del legislador por el presunto daño que puede configurar al momento de expedir normativa ambiental, mientras Juan Esteban Aguirre Espinosa y Dany Steven Gómez Agudelo retoman el panorama jurídico del derecho ambiental en Colombia sobre la perspectiva de la soberanía estatal.

El trabajo de Paula Andrea Pérez Reyes se adscribe a los debates de la cuarta revolución, la informática y la inteligencia artificial. En él aborda la necesaria presencia de la justicia en el escenario de una cuarta revolución industrial y emprende una construcción conceptual sobre la ética. Sobre este objeto de conocimiento también trabaja José Bonet Navarro, cuya obra coincide con la instalación de la inteligencia artificial en el proceso judicial, centrándose en el poder que aquella puede tener en los diferentes ámbitos del proceso; un tema en el que coinciden Diana María Ramírez Carvajal, Vanessa Franco y Daniel Jaramillo, por medio del cual abordan los desafíos de la inteligencia artificial en el campo jurídico, transitando por las deficiencias normativas y en el sistema educativo.

Los anteriores son algunos de los valiosos aportes contenidos en este libro, disertaciones sobre panoramas que no desaparecen con la pandemia, por el contrario, al igual que la humanidad, abordan realidades sociales y jurídicas que transitan a ese nuevo escenario de normalidad en el que se hace imperioso comprender cómo las pensábamos en momentos de presunta claridad, para pensar la forma como debemos abordarlas en la nueva claridad que emerge de la oscuridad.

Referencias

De Sousa Santos, B. (2020). *La cruel pedagogía del virus*. CLACSO. <https://bit.ly/2DeBett>

TEXTOS DERIVADOS
DE INVESTIGACIÓN

EL LEGISLADOR, GARANTE POR DAÑOS IRREVERSIBLES AL MEDIO AMBIENTE¹

Claudia Patricia Martínez Londoño*

“Si se equivoca un ingeniero o un arquitecto se derrumba un edificio, pero si se equivoca un constitucionalista, el presidente de la República, el gobernante de un Estado, o algún legislador: se derrumba la Nación” (Carpizo, 14 de marzo de 2009).

Resumen

El propósito de este capítulo es esbozar la posibilidad de derivar responsabilidad estatal (legislativa, particularmente), por la emisión de normas ambientales. Para ello se hace un trazado teórico en torno al medio ambiente y se analiza la producción normativa sobre el particular desde la perspectiva de los controles constitucional y convencional. Culmina el texto planteando la potencial responsabilidad por hecho del legislador, poniendo el punto culmen en la doctrina de omisión legislativa relativa.

Palabras clave

Control de Constitucionalidad; Control de Convencionalidad; Daño; Medio Ambiente Sano; Omisión relativa; Responsabilidad por hecho del legislador.

¹ Capítulo desarrollado en el proyecto “*El medio ambiente: el nuevo sujeto de derecho el mecanismo efectivo para la protección ambiental*” financiado por la Universidad la Gran Colombia dentro de la Convocatoria Julio César García 05, desarrollado dentro del periodo: agosto de 2018–agosto de 2019. Investigadora principal: Claudia Patricia Martínez Londoño.

* Doctoranda en Derecho, Universidad Nacional del Mar del Plata, Argentina. Magíster en Derecho Administrativo. Abogada. Licenciada en Ciencias Sociales. Docente titular de Derecho Público e investigadora de la Universidad La Gran Colombia, Bogotá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Investigadora categoría junior reconocida por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Minciencias). Perteneció al grupo de investigación Teoría del derecho de la justicia y de la política, clasificado en A por Minciencias. Línea de investigación Responsabilidad del Estado y derecho procesal constitucional. -Líder del semillero de investigación Ciro Angarita Barón. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

Escribir algunas líneas de reflexión para la convocatoria que da origen a este capítulo constituye un reto, un compromiso y a la vez una oportunidad de esbozar varios fondos teóricos que inquietan en lo que atañe a los tópicos que a continuación se sintetizan, en los que se congregan la función legislativa, el control de constitucionalidad, y las posibles sanciones derivadas de daños al medio ambiente.

La Constitución Política de Colombia de 1991, denominada “constitución ecológica”², garantiza un ambiente sano y designa al Estado la función de proteger el desarrollo sostenible, lo cual implica conservar, restaurar o sustituir los recursos naturales; por ende, prevé la imposición de sanciones para quienes causen daño ambiental.

Desde esta perspectiva, en Colombia se garantiza la protección del medio ambiente desde tres aristas: la primera, desde la Constitución Política de 1991; en segundo orden, desde la normativa infra-constitucional específica del ordenamiento jurídico interno y, finalmente, desde el derecho internacional a través de los tratados e instrumentos internacionales suscritos y ratificados en la materia, entre los que se puede citar, sin que constituya un listado exhaustivo, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo) adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas (1972), la Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas (1982), el Protocolo de Montreal (1987), el Protocolo de Kyoto de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1997) y Protocolo de San Salvador (1988) que adiciona la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ante ese panorama de basta protección normativa del medio ambiente, se revisa en este texto la probable causación de daño irreversible y de los perjuicios que surgen a causa de la producción legislativa para la explotación de los recursos naturales que, en ciertos casos puntuales, no se sujeta a examen previo y presenta un carácter permisivo en lo que se refiere a actuaciones tanto en la zona urbana como en la rural.

Con base en este trazado se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿es responsable el legislador por proferir normas ambientales cuando estas permiten la causación de daños? Para dar respuesta al interrogante propuesto se tiene como objetivo, analizar la responsabilidad del legislador al momento de proferir normas ambientales que permiten la causación de daño ambiental. Para su desarrollo y operacionalización se han propuesto cuatro objetivos específicos:

- Examinar la evolución histórica de las medidas de protección al medio ambiente.
- Establecer las características del control de constitucionalidad y del control convencional.

² Término acuñado por la propia Corte Constitucional en el año 1992, en la decisión T-411/92, en la que expresa: “En este orden de ideas, de una lectura sistemática, axiológica y finalista surge el concepto de Constitución Ecológica, conformado por las siguientes 34 disposiciones” (Corte Constitucional, 1992, p. x).

- Identificar los mecanismos de protección del medio ambiente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Determinar la probable responsabilidad legislativa por daño al medio ambiente en el marco del ordenamiento jurídico interno.

La metodología desplegada para la realización del trabajo parte del enfoque cualitativo de la investigación. Este paradigma es prevalentemente deductivo y permite recolectar datos para evaluar la hipótesis o teorías preconcebidas que “son los elementos sobre los que se fundamenta la reflexión sobre el hecho social investigado. Son unas respuestas tentativas al problema de investigación” (Izcara Palacios & Andrade Rubio, 2003, p. 5). Para el caso que ocupa a este texto, se parte de la idea de que el legislador es garante de los daños ambientales por la expedición de leyes permisivas que, en lugar de regular una situación concreta, amplía espectros a los sectores público y particular para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Dentro del enfoque mencionado, el trabajo se enmarca en la tipología documental, pues se busca ampliar y profundizar en el conocimiento de un tópico disciplinar específico del derecho, bosquejando observaciones, recomendaciones e ideas de la investigadora que se cimientan precisamente en las fuentes documentales estudiadas. A su vez, esta tipología permite una orientación con dualidad de propósito en cuanto al alcance de la investigación, ya que se circunscribe en lo descriptivo-explicativo, porque no solamente se contrae a delimitar y especificar algunas variables conceptuales y categorías de análisis adscritas al problema de investigación para describirlas, sino que le imprime un sentido de comprensión crítica al fenómeno social y jurídico estudiado.

Es por ello que el trabajo se ubica en el marco de la investigación socio-jurídica, pues se estudia un fenómeno jurídico (la posible responsabilidad por los daños ambientales en el ámbito legislativo), que repercute de manera directa (afecta positiva o negativamente) en ciertos sectores o grupos sociales, en el escenario fáctico o de la realidad del Estado colombiano. Además, el estudio pone su foco tanto en lo exterior (lo válido o externo), como en lo interior del fenómeno (lo válido proveniente de la observación), comprendiendo las tres dimensiones de la investigación socio-jurídica: la norma, los valores y la sociedad. Es decir, no se limita al conocimiento de los fenómenos sociales (o ambientales) sino que, una vez conocidos, los trasciende y los valora con los fines políticos del Estado.

Para lograr lo anterior, se efectuó la recolección de información documental a través de la técnica de observación directa, utilizando como instrumentos de recolección fichas de análisis de contenidos con las que se compendió normativa, jurisprudencia y doctrina sobre el tema abordado.

El medio ambiente y su evolución histórica

Referirse a temas jurídico-ambientales en la actualidad no pareciera ser un asunto novedoso en razón de la proliferación de problemáticas en la materia y que esta rama disciplinar del derecho, además de fundamental para la supervivencia del ser humano, ha sido una de las que más desarrollo ha tenido en las últimas décadas, pues está incluida en las agendas de casi todos los Estados a escala mundial (Naciones Unidas/CEPAL, 2019). Lo que sí resulta novedoso es referirse a la responsabilidad estatal que se puede generar de la actividad legislativa en la materia.

Se debe señalar primero que todos los derechos reconocidos en la historia del mundo moderno han surgido luego de grandes luchas sociales que reclamaron su reconocimiento. Por ende, no se podría dejar de lado que el derecho ambiental ha hecho lo suyo en miras a ocupar un lugar importante no solo en los Estados, sino en el ámbito internacional. Sin embargo, los instrumentos internacionales encargados de regular asuntos relacionados con la protección al medio ambiente son mínimos en comparación con la cantidad de normativa internacional que se ocupa de los derechos humanos. De aquí que, a partir de la relación que el hombre tiene con el medio ambiente, la explotación de sus recursos, genera una necesidad jurídica de protección.

El primer dato histórico de protección al medio ambiente se encuentra contenido en el Código de Hammurabi quien señalaba que si una persona cortaba un árbol en el huerto de otra tendría que indemnizarle con “media mina de plata” (Anónimo, 2014). Este cuerpo normativo antiguo no le daría mucha importancia al agua, recurso que años después, a través del derecho romano, fue tomado en cuenta para darle una protección ambiental encaminada a su cuidado *Tutelas de las Aguas*. Posteriormente, con el nacimiento de las industrias y la explotación de los recursos naturales, se nota cómo el aprovechamiento ha evolucionado en cuanto a la contaminación de la época antigua era diferente a la de la época moderna, y es evidente que este cambio en materia ambiental lleva consigo una evolución jurídica notoria.

El desarrollo de la sociedad y sus avances tecnológicos permitieron que el hombre indiscriminadamente explotara sus recursos en un afán desmedido de riqueza. Ello ha ocasionado daños de los cuales el ser humano solo empezó a ser consciente en el momento en

que avizoró que el deterioro de los ecosistemas podría ocasionar graves problemas para la especie, incluyendo su extinción. De esta manera se generó la necesidad de defender el medio ambiente a escala internacional y ello permitió, además, el nacimiento de los primeros instrumentos normativos, como la Convención de Londres para preservación de Fauna y Flora en Estado Natural (1933) y la Convención de Washington para la Protección de Naturaleza y Vida Silvestre (1940), tendientes a resguardar ciertos recursos naturales.

Posteriormente, con los procesos de globalización y de la intercomunicación de los Estados, empezó a verse claramente cómo el cambio climático y la contaminación transfronteriza surgieron como nuevos problemas que obligaron a buscar la creación de alternativas normativas de protección ambiental mundial como respuesta, tales como:

- La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972), en la que transmiten “a nivel mundial las problemáticas que sean generado al medio ambiente por la creciente contaminación que el hombre ha generado al planeta tierra” (1972). El fin de este instrumento internacional es la utilización de los recursos de este instrumento internacional es la utilización de los recursos y mecanismos para combatir la polucion que se genera alrededor de todo el mundo.
- La Carta Mundial de la Naturaleza (1982), donde se determina la necesidad de: reconocimiento en la Asamblea General de conservar la naturaleza y respetar procesos esenciales prevalece la importancia, es deber de todos los Estados y personas de conservar un ambiente sano e inclusión de participación como derecho, en decisiones donde tengan “interés directo” (Riaño, 2015, p. 6).
- La Declaración de Río (1992), mecanismo internacional que plantea el desarrollo de instrumentos, convenciones, declaraciones, principios forestales y determinación de los principios generales como el no causar daños en otras jurisdicciones, la soberanía de los Estados, quien cause la contaminación paga y acceso a la justicia,entre otros (Riaño, 2015, pp. 7-9).
- El Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático, fue inicialmente adoptado el 11 de diciembre de 1997 en Kyoto (Japón) y entró en vigor el 16 de febrero de 2005. Tiene por objetivo reducir las emisiones de seis gases de efecto invernadero: dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄); óxido nitroso (N₂O); los compuestos hidrofluorocarbonos (HFC) y perfluorocarbonos(PFC), y hexafluoruro de azufre (SF₆), que causan el calentamiento global (Ministerio de Ambiente, 2020).

La Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), fue fundada en 1998, “es una organización internacional no gubernamental de derecho ambiental que trabaja atravesando fronteras para defender a los ecosistemas amenazados y a las comunidades que dependen de ellos” (Riaño, 2015, p. 3).

De esta línea temporal-normativa resulta claro cómo en la historia del derecho ambiental evolucionan los medios de protección conforme a la manera en que el hombre explota los recursos que el medio ambiente ofrece. Pero también es evidente la carencia de instrumentos internacionales que desarrollen derechos específicos y la necesidad de su implantación en un contexto amplio de interés general, para suprimir el interés económico que se ha venido presentado, ya que actualmente es evidente el gran deterioro que se ha causado por la explotación indiscriminada. Es por ello que día tras día se están ocasionando daños irreversibles al medio ambiente, pues las normas no son taxativas, claras y eficientes a la hora de imponer sanciones que realmente protejan al medio ambiente de la peligrosa mano del hombre.

El control de constitucionalidad y el control convencional

Evolución histórica del control de constitucionalidad

En el periodo conocido como la segunda posguerra, se comienza a hacer mención del Estado constitucional. En este estadio temporal se pudo determinar que el positivismo permitió la transgresión de derechos humanos a gran escala ya que no existía una limitación al poder desbordado que le había sido conferido al legislativo y que la ley, aunque injusta o contraria a la Constitución, debía aplicarse (Constitución de Weimar). También fue posible establecer que hechos aberrantes como el Holocausto nazi se desataron bajo el marco de la “legalidad” del sistema jurídico imperante antes del año 1945, el cual fue, según los resultados históricos (catastrófico por decir lo menos) inoperante y carente de efectividad. Fue necesario entonces crear un nuevo modelo de Estado para contrarrestar los actos de barbarie tan degradantes para la humanidad que se produjeron en aquella época.

El principio de legalidad imperante en aquel momento implicaba que a los jueces no les estaba dada la interpretación de la ley o buscar en ella un sentido diferente al que el legislador había prescrito, sin importar qué tan absurdo, peligroso o inhumano fuera. Por ende, debían aplicarla sin observación alguna de su constitucionalidad o de su juicio de valor justo o injusto. Superar este modelo de Estado fue una tarea ardua y complicada; la gran mayoría se vieron obligados a expedir nuevas constituciones o a modificar las ya existentes y, con ello, otorgarle fuerza vinculante a las cartas políticas, lo cual supuso uno de los más grandes avances del constitucionalismo.

Sin embargo, otorgarle supremacía normativa a la Constitución requeriría que en los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados de la comunidad internacional permitieran la protección y garantía de los derechos humanos para que, de esta manera, los operadores jurídicos que interpretaban la ley la pudieran adecuar a las exigencias sociales y la armonizaran con los postulados constitucionales. Así, pues, se dio inicio al denominado activismo judicial o *judicial review*, de origen norteamericano.

Como antecedente en el derecho angloamericano sobre el control de constitucionalidad, se citan a continuación los siguientes casos:

- Caso Thomas Bonham (1610 – *Ley de tierra*), ocurrido en Inglaterra:

Sir Edward Coke intentó sujetar los actos del Parlamento a principios rectores del Common Law, y para dicha época el derecho estaba amenazado por la máxima expansión del poder real, lo que evidenciaba una gran debilidad en el sistema inglés, por falta de un mecanismo para proteger la esfera del derecho. Gracias a él y a la actividad de los Tribunales se hizo posible el predominio del derecho, de la “razón artificial” como lo denominó, sobre los actos repugnantes, contrarios a la razón y al derecho común. (Rizo, 1998, p. 4)

Al médico Thomas Bonham, quien ejerció la profesión sin la autorización Real del Colegio de Médicos, que lo consideró una persona incompetente para ejercer la ocupación, se le impuso una multa y la prohibición de ejercer su carrera, pero aquel hizo caso omiso y siguió ejerciendo la medicina. Ello ocasionó una nueva citación y concluyó con una sanción de aumento oneroso a la multa y se expidió una orden de arresto en su contra, emitida por el Colegio de Médicos. Ante esta decisión, Sir Edward Coke, con concurso de los jueces Daniel y Warburton, consideró que existían dos aspectos relevantes a analizar:

1) El Colegio no tenía poder alguno sobre los practicantes no autorizados, lo que es muy distinto de ser incompetente, y que el Colegio fuera de establecer las multas, recibía la mitad de estas actuando como juez y parte. 2) Que, si bien el Colegio no tenía poderes, éstos no habían sido utilizados debidamente. Finalmente, con este fallo fue establecido el Estado de Derecho inglés y los Tribunales eran los encargados de garantizar la supremacía del Common Law contra las arbitrariedades de la Corona y del Parlamento. (Rizo, 1998, p. 140)

- Caso William Marbury vs. James Madison en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos, en 1803, consideró el control de constitucionalidad de las leyes como una función deber de los tribunales de justicia; en síntesis:

En 1801 se da inicio al caso en estudio, el nuevo secretario de Estado del gobierno del presidente Jefferson, James Madison, se negó a entregar las actas de nombramiento porque el nuevo gobierno estaba irritado por la maniobra de los federalistas de tratar de asegurar el control, con la creación de nuevos cargos judiciales; y con el nombramiento de miembros de su partido justo antes de terminar su mandato (John Adams). Sin embargo, Marbury recurrió al Tribunal Supremo para que ordenara a Madison entregar su acta. (Libre, 2016, p. 1)

En *Marbury vs. Madison* quedó establecido el poder de los jueces para revisar la constitucionalidad de las leyes federales; tan mencionado caso estableció el control difuso de constitucionalidad y la posición neutral del juez como garante para la tutela efectiva de los derechos de las personas.

En Colombia, la Constitución de 1886 atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la función de decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de ley, pero dicho control viene dispuesto desde 1811. Una evolución histórica bastante interesante, que a continuación se irá desarrollando, se concreta con el Acto Legislativo 03 de 1910 y se perfecciona con la Constitución Política de 1991.

El doctrinante Marco Gerardo Monroy clasifica de la siguiente forma el transcurso y evolución del control de constitucionalidad en Colombia:

La Constitución de 1886 (inspirada por Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro) hacía referencia a la supremacía de la Constitución basándose en los artículos 20, 21, 87 y 90, Tobo Rodríguez (1999) expone lo siguiente:

Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la norma y en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. (p. 39)

Así también, el artículo 90 facultó al Gobierno para objetar los proyectos por razones de inconstitucionalidad y el artículo 88 autorizó a la Corte Suprema para que dentro de seis días decida sobre su exequibilidad. Por tales razones, el proyecto de ley objetado debía volver a las cámaras en tercer debate con el objeto de tomar en cuenta las observaciones del Gobierno.

Por su parte, las Leyes 57³ y 153⁴ de 1887 reafirman la supremacía de la Constitución Política en el orden jurídico interno. Como ejemplo, en el artículo 5 de la Ley 57 se establece que:

Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá la constitucional y el artículo 6 dispuso lo siguiente, “que desconocía la supremacía de la constitución: una disposición expresa de ley posterior a la constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la constitución. (Cabra, 2007, p. 166)

El Acto Legislativo 03 de 1910 estableció el control constitucional en el derecho colombiano en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y constituye una de las reformas constitucionales más importantes en la historia jurídica del país; además, creó la acción pública de

³ Se puede consultar en <https://bit.ly/2P7b3HI>

⁴ Se puede consultar en el enlace <https://bit.ly/310zpZ3>

inconstitucionalidad que es, sin más preámbulo, con la que se da inicio al control constitucional propiamente dicho. En este contexto, Canossa (2012b) indica que en materia de control de constitucionalidad:

Es muy significativo que se haya concedido la competencia de las acciones de inconstitucionalidad y en sí la guarda de la supremacía de la constitución a la Corte Suprema de Justicia (art 41). Y como gradualmente se va entiendo y aplicando el Derecho, donde ya los jueces no son solamente la mera boca de la ley, sino intérpretes y creadores de la norma. (p. 329)

Posteriormente, la reforma constitucional de 1945 dada mediante el Acto Legislativo 01 del 16 de febrero de ese año, le confió la guarda de la integridad de la Constitución a la Corte Suprema de Justicia en su artículo 53.

Con la Constitución de 1991 el control constitucional quedó más claro, “la constitución como norma de normas se constituyó en la principal fuente de Derecho y por ende en la norma que le da armonía y coherencia a todo el sistema jurídico del Estado” (Canosa, 2012b, p. 335). Derivada de la interpretación del artículo 4, esta postura fue ratificada por la Corte Constitucional, que dispuso la posición de supremacía jerárquica de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico y en la Ley 2067 del 91 en materia de cosa juzgada constitucional, los fallos de control abstracto tienen fuerza vinculante obligatoria, en la medida en que tiene efectos *erga omnes* y no simplemente inter-partes, como se indica en el artículo 243. Del mencionado artículo 4 se deriva, entonces, el denominado control difuso de constitucionalidad:

el control difuso de constitucionalidad se arraiga en el artículo 4 de la Carta colombiana, el cual dispone que aquella es norma de normas (Colombia. CP, 1991). Con esta base normativa, todos los órganos y funcionarios jurisdiccionales, así como cualquier autoridad del Estado, tienen el imperativo de realizar un contraste de las normas que estén aplicando en un caso concreto con las de la Constitución Política y, en caso de que las contraríen, deberán inaplicarlas utilizando para ello la figura conocida como excepción de inconstitucionalidad. (Valarezo et al., 2020, p. 15)

A su vez, el artículo 241 superior le confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de ese artículo, incluyendo las acciones previstas en los numerales 1 al 10, por ejemplo: el control previo sobre los tratados internacionales; sobre la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente; el control solo por vicios de procedimiento sobre los referendos de leyes, consultas populares y el control sobre las leyes estatutarias, entre otros.

Igualmente, el artículo 244 constitucional prevé cómo debe comunicar la Corte Constitucional al presidente de la República o al presidente del Congreso, según el caso, la iniciación de cualquier proceso que tenga por objeto el examen de constitucionalidad de normas dictadas por ellos.

Control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad hasta aquí esbozado, se entiende, en palabras del doctrinante Ramírez, en su libro *Derecho constitucional colombiano*, como “el conjunto de mecanismos ideados para lograr la defensa de la Constitución. [...], dicho control se materializa en los diversos aparatos, mecanismos, instrumentos y procedimientos, cuya función principal es: Defender la Constitución Política” (2014, p. 515). Este constructo jurídico que da protección al ordenamiento jurídico interno tiene diferentes facetas con las cuales se puede hacer un conato de taxonomía, como se podrá observar en las siguientes figuras:

Figura 1. Clasificación general del control de constitucionalidad

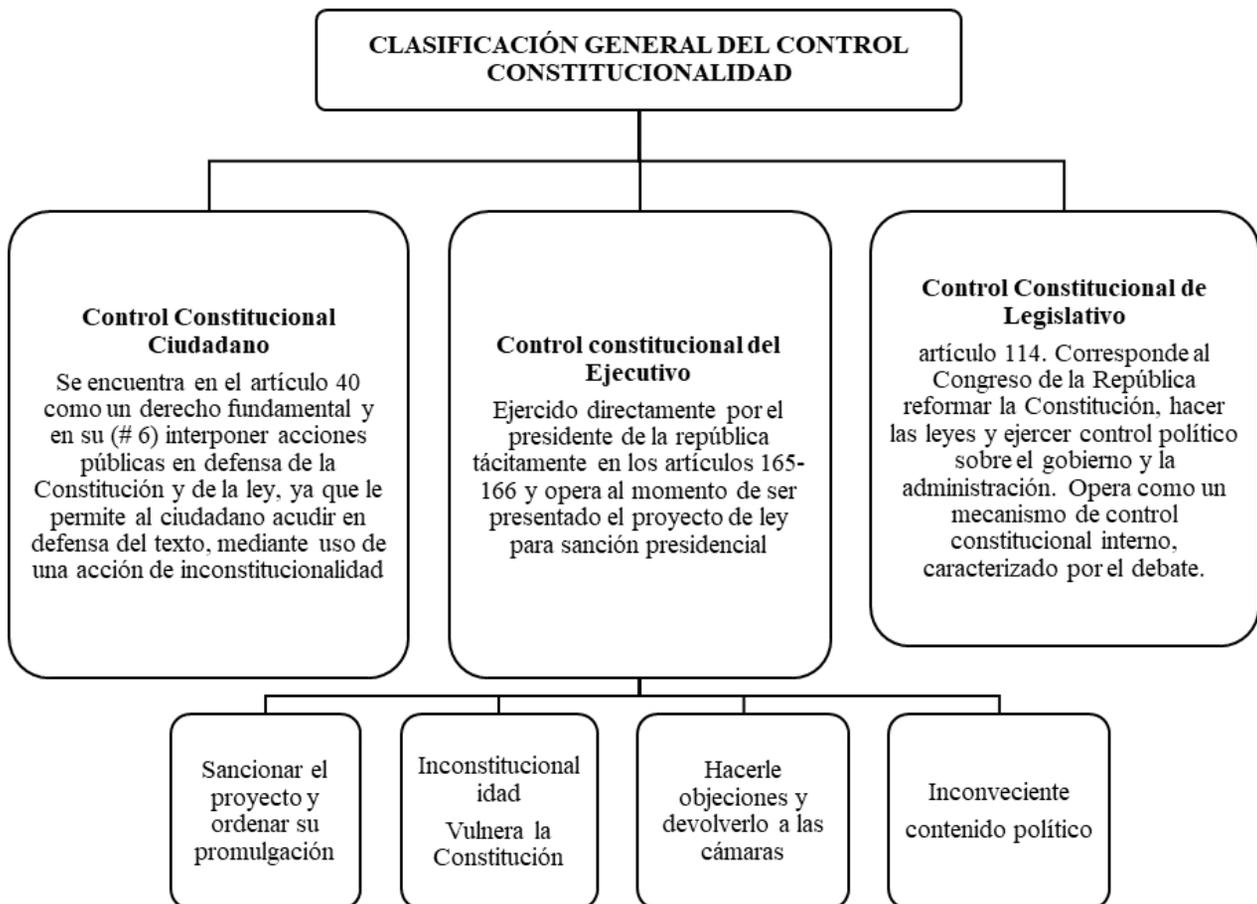
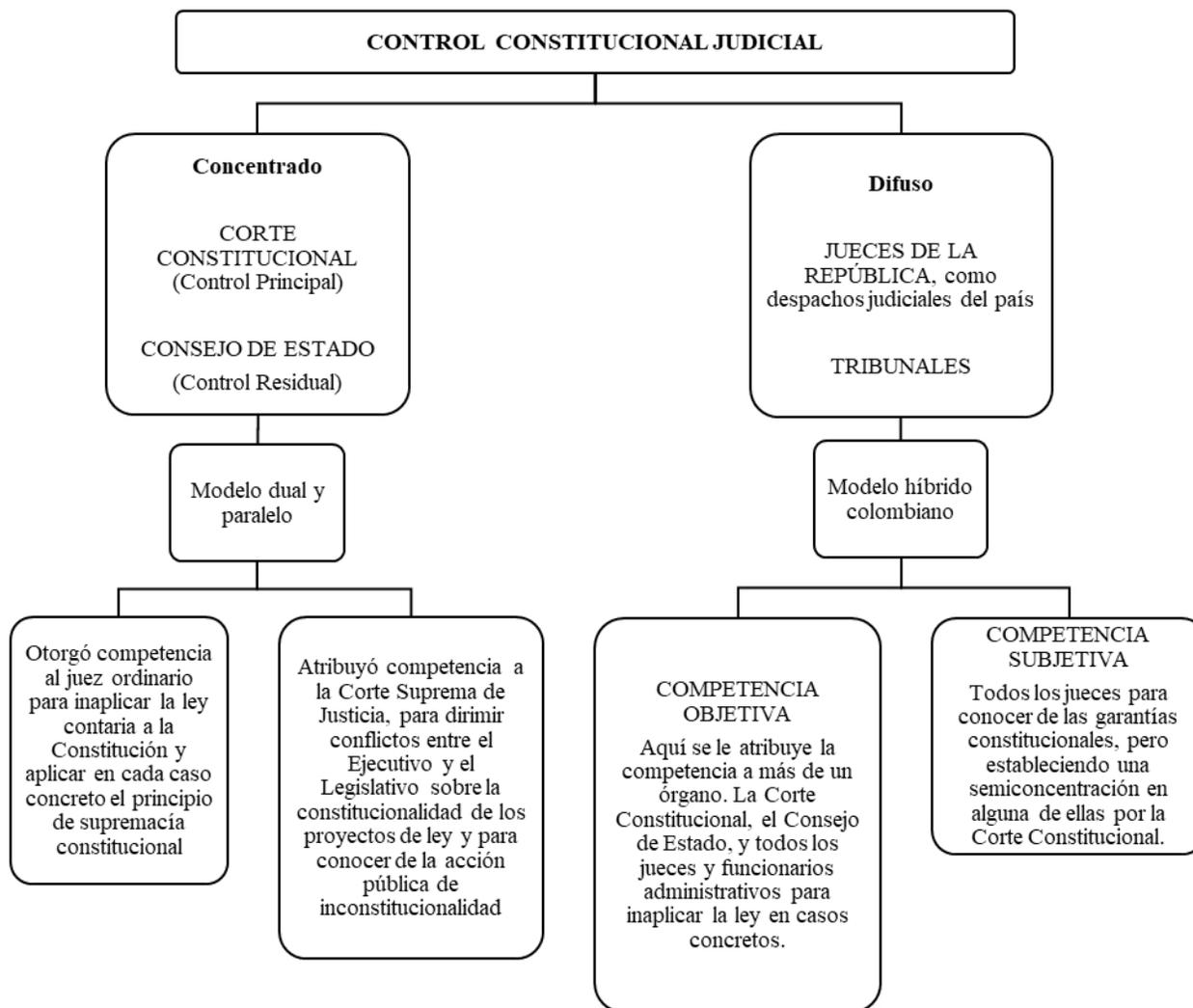


Figura 2. Control constitucional judicial



Nota: Adaptado de "Modelo colombiano de justicia constitucional", de Canosa, E. A., 2012a, VC Editores.

El control de constitucionalidad concentrado en Colombia se lleva a cabo mediante acción pública de inconstitucionalidad, para dar inicio al proceso constitucional. Esta se encuentra prevista en el artículo 241 de la carta magna, el cual confiere a los ciudadanos la posibilidad de demandar ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de actos reformativos de la constitución, de leyes y decretos con fuerza de ley (numerales 1,4 y 5 demandas de inconstitucionalidad).

El doctrinante Orlando García cataloga “la acción como un derecho político, está reservada para los ciudadanos y no puede ser incoada por extranjeros y además es pública, es decir que para interponerla no es necesario la calidad de abogado” (Salcedo, 2001, p. 21). Puede ser objeto de demanda de inconstitucionalidad en el presente escenario:

- Los actos reformativos de la Constitución.
- Los referendos sobre leyes.
- Las consultas populares y los plebiscitos lo serán solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y su realización (son de tipo administrativo), entre otros.

El control de constitucionalidad consta de dos elementos dogmáticos como son la Constitución y la supremacía constitucional, ya que para poder hablar de control constitucional se necesita de un enunciado que manda, permite o prohíbe. Para Ferrajoli citado por Trujillo-Vallejo (2019), la Constitución es “el estatuto de una institución política consistente en un conjunto de normas sobre la producción dotada de algún grado de efectividad”. Y en un segundo plano, la supremacía de la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico que establece reglas, principios y valores que someten al resto de ese ordenamiento.

El control de constitucionalidad concentrado está bajo la vigilancia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, según la competencia otorgada por el artículo 237 de la Constitución Política, para declarar la exequibilidad o inexecuibilidad de las normas; esta división permite crear unas nociones claras de seguridad y coherencia del sistema jurídico.

De otro lado, existe la competencia de todos los jueces para declarar la inaplicabilidad de las disposiciones legales que van en contravía de la Constitución con efecto entre las partes inmersas en un caso concreto. Es decir, un control difuso de constitucionalidad que también está a cargo de los tribunales administrativos. El sistema de control difuso, hace referencia:

a posteriori y en el caso concreto y con efectos Inter partes se le ha adicionado “casi en bloque” se ejerce por vía de acción, es directa, principal, a posteriori y con efecto erga omnes, con la característica principal que ambos sistemas, al haberse respetado su lógica interna y autonomía originaria de funcionamiento, no se contaminan ni absorben. (Musumeci, 2001, p. 12)

Control de convencionalidad

El control de convencionalidad nace como un concepto acuñado por el expresidente Sergio García Ramírez, desempeñando sus atribuciones dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año de 2003. Juan Carlos Hitters (2009), expone en sus manuscritos que:

el control de convencionalidad es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una ‘comparación’ entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a sus estrados. (p. 2)

El control de convencionalidad es una institución perteneciente al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), implementada desde el conjunto de precedentes articulados por la Corte Interamericana y los artículos 61 al 69 de Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ende, es una actividad por la cual los jueces internos de los distintos Estados partes tienen la obligación al fallar los casos de su competencia, de aplicar la Convención Americana. El autor Quinche Ramírez (2017) esboza que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (p. 29).

Protección del medio ambiente en la CIDH

El medio ambiente es reconocido en la doctrina y en el derecho internacional como un derecho humano, lo cual es acertado en tanto el ser humano puede disfrutar de los demás derechos humanos y fundamentales siempre que goce de un ambiente sano.

Como ya se ha mencionado, el medio ambiente va de la mano con el desarrollo sostenible y, las políticas estatales que deben garantizar que no se generen daños de fuerte impacto al medio ambiente. En otras palabras, si las políticas de protección ambiental de los Estados y de la comunidad internacional son buenas, no habrá daños irreversibles al medio ambiente; de esta manera se podrá garantizar su preservación y un correcto desarrollo sostenible junto con una economía sólida.

Dentro de los principales instrumentos internacionales de protección al medio ambiente se pueden citar:

- El Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992).
- La Declaración de Estocolmo o Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972).
- La Declaración de Principios Jurídicamente no Vinculantes de la CNUMAD para un Consenso Mundial sobre el Manejo, Conservación y Desarrollo Sostenible de Todos los Tipos de Bosques (ONU, 1992).
- La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992).
- La Agenda 21: Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible (1992).
- Declaración de Principios. Texto Final del Acuerdo firmado por los gobiernos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, junio 1992, Río de Janeiro, Brasil.
- El Informe de la Comisión Europea sobre Problemas del Medioambiente en la Región Amazónica, Medidas para proteger la Ecología en los Bosques Tropicales (1990).
- El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1989).
- La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

Del estudio sistemático de dichos instrumentos se puede colegir que, en materia ambiental, resultan indudablemente trascendentes:

no sólo las conductas de agentes estatales sino, fundamentalmente, las de sujetos privados como las empresas, cuya actividad es susceptible de poner en riesgo el medio ambiente. Es necesario recordar, sin embargo, que ante el Sistema Interamericano los únicos responsables son los Estados. Esto significa que, aun cuando la situación que se pretenda enjuiciar haya tenido origen en la conducta de sujetos particulares, para que el caso proceda internacionalmente es necesario imputar los resultados de esa conducta al Estado, sea por incumplimiento de obligaciones negativas –es decir, las de abstenerse de autorizar a sujetos privados a realizar conductas que atenten contra el medio ambiente, sea por incumplimiento de obligaciones positivas es decir, las de controlar la actividad de sujetos privados. (Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, 2008, p. 40)

También cabe resaltar que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el derecho al disfrute de un ambiente sano está ubicado dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya característica esencial es la complejidad de su reclamación. Según su criterio, “el sujeto activo puede ser una colectividad de personas o una persona que se vea afectada individualmente por un daño ambiental específico. El sujeto pasivo, aquel que está ocasionando el daño, puede estar identificado o desconocer por completo” (Quesada, 2009, p. 105).

De acuerdo a lo anterior vemos que un daño ambiental puede ser causado por un agente del Estado, por un individuo identificado o por un individuo no identificado, pero debemos recordar que en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la competencia jurisdiccional que ejerce se limita a realizar juicios a los Estados, mas no a los particulares. Entonces, en dichos eventos se habla de una responsabilidad internacional que está en cabeza del Estado, aun cuando un particular sea quien genere el daño, pues la preservación y la protección del medio ambiente están en cabeza de aquel.

En el marco jurídico interno colombiano el derecho al medio ambiente sano tiene un carácter de derecho fundamental conforme al bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 93 de la carta política (Const., 1991), el cual integra al ordenamiento y les otorga un carácter prevalente a los tratados que versen sobre derechos humanos. En este sentido, es positiva la consagración normativa porque le da un rango de preponderancia, pero si el sistema de protección en este marco no es eficaz y no se sanciona adecuadamente a los que comentan un daño grave e irreversible al medio ambiente, se podrá acudir al Sistema Interamericano como ordenamiento jurídico complementario y residual.

Responsabilidades legislativas por daño al medio ambiente en el marco jurídico interno

Colombia percibe parte de sus ingresos de la inversión extranjera por cuenta de los recursos naturales. Para administrarlos requiere instrumentos de gestión económica sobre estos recursos y sobre el medio ambiente que sean eficientes en términos económicos, pero también en la mitigación o abolición de grandes impactos ambientales. De ahí que sea el legislador, en primer lugar, quien a través de su actividad permita el accionar y determine el real impacto, además del deterioro del medio ambiente, con la expedición de normas que generan una serie de marcas o efectos ambientales, a veces indeseables, sobre los ecosistemas y las cuales, en muchas ocasiones, se sustentan en estudios técnicos bastante alejados de la realidad para que sea posible su ejecución, sin observar que el daño causado será tan amplio que probablemente sea irreversible.

Igualmente sucede con las licencias y permisos otorgados para que se exploten los recursos naturales del país; allí no se ve un límite para esta explotación ya que se extraen los recursos, pero se ocasiona un daño ambiental que a veces es definitivo. A demás están los daños que se producen de manera ilegal, como sucede en el caso de la minería ilegal que contamina los ríos con mercurio y otros elementos tóxicos que quedan libres y pueden ser consumidos por el hombre.

En Colombia con la entrada en vigor de la Constitución Política actual, se le dio un nuevo tinte al ordenamiento jurídico en materia ambiental de carácter significativo e importante para la evolución indiscriminada de contaminación hecha por el hombre. El artículo 79 de la Carta establece que “todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano” y el artículo 80 estatuye que:

el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo cooperará con otras Naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas. (Const., 1991)

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-123 de 2014⁵, con ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos, suscita un concepto de medio ambiente que a su letra reza:

El concepto de medio ambiente que contempla la Constitución de 1991 es un concepto complejo, en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta la flora y la fauna situados en el territorio colombiano. Adelanta la Corte que los elementos integrantes del concepto de medio ambiente pueden protegerse; simplemente, porque son útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana. (Corte Constitucional, 2014, p. 17)

En el mismo sentido, la Comisión Nacional de Juristas expresa que:

La constitución ha hecho reconocimiento del derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, en concordancia con el protocolo de San Salvador o protocolo adicional a la convención americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que en su Artículo 11.1: toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano, y en su Artículo 11.2: Los estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. (Barreto y Sarmiento, 1997, p. 352)

Se evidencia en lo anterior cómo el artículo 79 de la Constitución Política de 1991 acoge los artículos 11.1 y 11.2 del Protocolo de San Salvador (1988) y los fusiona para sustentarse.

De otro lado, en Colombia la Ley 1333 del 2009 que regula las sanciones ambientales actualmente. Esta nace para poder dar cumplimiento a la Constitución en materia ambiental y, específicamente, a las normas antes citadas (artículos 79 y 80).

La función de las sanciones administrativas en materia ambiental se encuentra contenida en el artículo 4 de la mencionada ley, en donde se evidencia que estas sanciones administrativas tienen una triple función de prevenir, corregir y compensar el daño ambiental. En este orden de ideas, lo que se busca es garantizar de manera efectiva la protección del medio ambiente y los recursos naturales.

⁵ Se puede consultar en <https://bit.ly/3f6elpa>

Es importante precisar la diferencia entre sanciones y medidas preventivas; esta diferencia se encuentra en la Ley 1333 de 2009⁶ en los artículos 4 y 32 determinados así:

Tabla 1. Sanciones administrativas vs. Medidas preventivas

Sanciones administrativas	Medidas preventivas
“Las sanciones administrativas en materia ambiental tienen función preventiva, correctiva y compensatoria, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, los tratados internacionales, la ley y el reglamento”.	“Las medidas preventivas son de ejecución inmediata, tienen carácter preventivo y transitorio, surten efectos inmediatos, contra ellas no procede recurso alguno y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar”.

Las sanciones administrativas son, entonces, una garantía que busca el cumplimiento de los principios de la Constitución y los tratados internacionales en materia de medio ambiente, mientras que las medidas preventivas buscan, como su nombre lo señala, prevenir que ocurra un hecho o una situación que atente contra el medio ambiente.

Las sanciones por daño al medio ambiente se encuentran en el artículo 40 de la Ley examinada, en donde estas se podrán imponer como principales o accesorias al responsable de la infracción ambiental y su imposición está, de acuerdo con la misma norma, a cargo de las siguientes autoridades:

- El Ministerio de ambiente, vivienda y desarrollo territorial.
- Las corporaciones autónomas regionales.
- Las corporaciones de desarrollo sostenible.
- Las unidades ambientales de los grandes centros urbanos.
- La unidad administrativa especial del sistema de parques nacionales naturales.

La Ley comentada tiene una amplia tipología correctiva, dentro de la cual se contemplan sanciones del siguiente orden:

- Multas diarias de hasta por 5000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio.
- Revocatoria o caducidad de licencia ambiental autorización, concesión, permiso o registro.
- Demolición de obra a costa del infractor.
- Decomiso definitivo de especímenes, especies silvestres exóticas y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
- Restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres.
- Trabajo comunitario según condiciones establecidas por la autoridad ambiental.

⁶ Se puede consultar en <https://bit.ly/3hMSncp>

La Ley 99 de 1993 es otro mecanismo legislativo existente para la protección de daños al medio ambiente. Por medio de esta ley se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión para la conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables; de igual forma, organiza el Sistema Nacional Ambiental y así mismo otorga a las corporaciones autónomas regionales la facultad de imponer y ejecutar a prevención las sanciones en caso de violación a las normas de protección ambiental.

En concordancia con lo aquí señalado, la Sentencia C-035 de 2016⁷ de la Corte Constitucional prohíbe la minería en los páramos, porque el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 se dio a algunas empresas la concesión para poder explorar y extraer hidrocarburos de los páramos. Por consiguiente, evidencia que el medio ambiente en el plan de desarrollo no tiene importancia ya que la explotación de los páramos traería un efecto irremediable al ambiente, de aquí que estos contribuyen al ciclo del agua.

Evidentemente la protección a estas áreas está en la Ley 1753 de 2015, que regula las actividades extractivas en ecosistemas de páramo. Afortunadamente la Corte Constitucional emitió este fallo que permite ver que en materia ambiental ya se genera más conciencia y que el mismo Estado es el que podrá ocasionar daños irremediables al medio ambiente. Puede que se legisle y se proteja el ambiente, pero si la ley no es eficaz, de nada sirve porque sería letra muerta.

Responsabilidad estatal por omisión legislativa

Por lo hasta aquí visto, el Estado colombiano tiene una gran cantidad y variedad de normas internas que, acompañadas por la Constitución Política y los instrumentos internacionales, buscan la protección del medio ambiente. Sin embargo, ha quedado clara también la ineficacia de dichas normas. Es precisamente de esta ineficacia que se puede derivar la responsabilidad estatal del legislador por efectos de la omisión legislativa relativa.

La responsabilidad del Estado por hecho del legislador ha sido estudiada en Colombia desde dos aristas distintas. La primera, cuando se emiten leyes que son válidas en el orden jurídico interno, pues surtieron su trámite legislativo y nacieron a la vida jurídica sin que hayan sido demandadas por inconstitucionalidad o que, siéndolo ya, subsisten a tales demandas. La segunda, cuando las normas expedidas por el legislativo han sido expulsadas del ordenamiento por contravenir los mandatos constitucionales. Para efectos de esta investigación, se enmarca la posibilidad de responsabilidad estatal en el primer evento, es decir, respecto de normas válidas y vigentes.

⁷ Se puede consultar en <https://bit.ly/3hSF9eb>

Para que se configure dicha responsabilidad deben confluír dos elementos que desde tiempo atrás han determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado: el daño antijurídico y la imputación. El primer elemento es definido como “toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátese de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos que se presentan como lesión definitiva de un derecho como alteración de su goce pacífico” (Henaó, 2007, p. 133), mientras que el segundo hace referencia a “una razón jurídica suficiente por la cual las consecuencias económicas del daño deben ser asumidas por este y no por la víctima” (Botero Aristizábal, 2007, p. 111).

Lo anterior significa que podrá haber responsabilidad por hecho del legislador si este causó, con la legislación emitida, un daño que los administrados no estuviesen en la obligación de soportar y cuyas consecuencias deban ser reparadas por esa autoridad, pues existe una razón jurídica suficiente para ello. En el caso particular, el Consejo de Estado ha determinado que el régimen de responsabilidad aplicable es el del daño especial, en razón a que este se deriva de una actividad estatal legítima, como lo es la actividad legislativa. Sobre el tópicó, Botero Aristizábal (2007), analizando la responsabilidad del Estado respecto de la Ley 6 de 1972⁸ que aprobó la Convención de Viena, explica que

el Consejo de Estado consideró que la inmunidad jurisdiccional creada por la Ley 6ª de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, creó una carga pública desigual para aquellas personas que fueran víctimas de daños ocasionados por funcionarios diplomáticos y que, por tal calidad, únicamente podrían ser demandados en sede judicial de su respectivo país, haciendo casi nugatorias las probabilidades de obtener una reparación. En todo caso, la garantía de acceder a la administración de justicia (art. 229 C.P) no puede sufrir excepción y para que se haga efectiva en el caso sub judice se abre paso la demanda contra el Estado colombiano quien legítimamente conduce sus relaciones internacionales, asume obligaciones de la misma estirpe mediante tratados, promulga, cumple y hace cumplir sus propias leyes. [...] estima la Sala que es pertinente aplicar el régimen de responsabilidad por daño especial que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. (p. 184)

Adicionalmente, para que esta responsabilidad se materialice, deben estar presentes la individualización de la o las personas a quienes se infligió el daño y se debe poder realizar una imputación fáctica y una imputación jurídica concretas a la autoridad legislativa. En cuanto a la imputación fáctica, no existe problema alguno, pues es un hecho que el Congreso de la República ejerce como actor primario el rol de legislador en el Estado colombiano y, por tanto, la producción de las leyes se le atribuye fácticamente. En lo que atañe a la imputación jurídica, se debe acudir al daño especial como título de imputación, tal como se planteó líneas atrás, porque el daño se deriva de una actividad lícita del Estado y con ella se genera una carga anormal y especial a los asociados, quienes no están en el deber de soportarlo; en palabras de Botero Aristizábal (2007), “el daño especial se presenta por toda actividad lícita del Estado que viola el principio de igualdad ante las cargas públicas y crea un daño anormal y especial” (p. 115).

⁸ Se puede consultar en el enlace <https://bit.ly/2P3Ah9Q>

Entonces, de verificarse los requisitos mencionados, la sola actividad estatal de producir normas de orden ambiental que causen con su aplicación en la praxis daños irreversibles (e incluso reversibles) al medio ambiente, sería absolutamente posible invocar la responsabilidad objetiva del Estado como una categoría que soporta el título de imputación jurídica llamado daño especial. Ello traería consigo, como consecuencia lógica del ejercicio, la obligación estatal de reparar integralmente los daños antijurídicos ocasionados y, en últimas, si se llegare a obtener una sentencia condenatoria, en el marco del ejercicio del control constitucional y convencional el administrador de justicia, podría incluso inquirir al órgano legislativo con el fin de que cuide en su actividad la reiteración de este tipo de sucesos, con lo cual se estarían materializando las garantías de no repetición derivadas del Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Reflexiones finales

Hablar de medio ambiente y su protección es un tema relativamente moderno ya que fue adquiriendo importancia en la medida en que el hombre ha deteriorado su propio hábitat por la explotación de recursos para su propio beneficio, de una forma tan voraz que precipitó la creación de mecanismos de protección en el ámbito interno de cada Estado y a escala internacional, proporcionando así una amplia gama de estrategias proteccionistas, unas vinculantes y otras no, pero que, debido a su importancia, son hoy la forma más idónea de protección del planeta.

Respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encontró en el análisis hecho que no existe una norma convencional que proteja el derecho al medio ambiente sano como un derecho fundamental autónomo, y que está previsto como un derecho económico, social y cultural. Por esta razón, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha avanzado en la protección del medio ambiente como derecho humano y ha declarado responsabilidad internacional de los Estados por su vulneración.

Frente a la visión del ambiente como elemento transversal en el sistema constitucional trasluce una visión empática de la sociedad, y el modo de vida que esta desarrolle, de manera que la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista. La esencia y el significado del concepto ambiente que se desprende de los instrumentos internacionales y que armoniza con la Constitución de 1991, limita la discrecionalidad de los operadores jurídicos al momento de establecer cuáles elementos integran el ambiente y qué protección debe tributárseles por parte del ordenamiento jurídico. Es por ello que los jueces colombianos de todos los órdenes jerárquicos o funcionales están llamados a efectuar controles de constitucionalidad (concentrado y difuso) y de convencionalidad (difuso), dentro del marco de sus competencias, como una herramienta más para la protección del medio ambiente.

Finalmente, como respuesta a la pregunta y a la hipótesis que orientaron esta investigación, se ratifica la idea inicial: existe una latente y concreta posibilidad de declarar responsable al Estado por hecho del legislador cuando con la producción normativa se causen daños serios al medio ambiente. Esta responsabilidad se enmarcaría, entonces, dentro de la categoría de responsabilidad por omisión legislativa relativa y su título de imputación jurídica sería el daño especial en razón a que el daño y los perjuicios que le suceden provendrían de una actividad lícita del Estado, pero que rompe el principio de equilibrio ante las cargas públicas y pone a los administrados en situaciones cuyos efectos no están en la obligación de soportar.

Referencias

- Anónimo. (2014). *El Código de Hammuradi*. Editorial JG.
- Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. (2008). *Guía de Defensa Ambiental. Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. AIDA. <https://bit.ly/2P5raW2>
- Barreto, M. y Sarmiento, L. (1997). *Constitución política de Colombia. Comentada por la comisión colombiana de juristas. Título II: De los derechos, las garantías y los deberes*. Comisión Colombiana de Juristas. <https://bit.ly/2X8tD6G>
- Botero Aristizábal, L. F. (2007). *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Legis S.A.
- Cabra, M. G. (2007). *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*. Universidad del Rosario.
- Canosa, E. A. (2012a). *Modelo colombiano de justicia constitucional*. VC Editores.
- Canosa, E. A. (2012b). *Derecho procesal constitucional. Tomo II*. VC Editores.
- Carpizo, J. E. (14 de marzo de 2009). *Control de constitucionalidad* [Presentación en conferencia]. México.
- Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas. (28 de octubre de 1982). <https://bit.ly/3jLSUgC>
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (4 de julio de 1991). <https://bit.ly/3huDawy>
- Convenio sobre Diversidad Biológica. (1992). <https://bit.ly/2P4l4FH>

Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna, y de las Bellezas Escenicas Naturales de los países de América. (1940). <https://www.fws.gov/international/pdf/convention-text-western-hemisphere-convention-spanish.pdf>

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (17 de junio de 1992). Sentencia T-411/92. [MP Alejandro Martínez Caballero]. <https://bit.ly/2Pk9whL>

Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de marzo de 2014). Sentencia C-123 de 2014. [MP Alberto Rojas Ríos]. <https://bit.ly/30aC2Zj>

Corte Constitucional, Sala Plena. (8 de febrero de 2016). Sentencia C-035 de 2016. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm>

Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano. (1972). <https://bit.ly/3fcZWYa>

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, (Junio 6-16 de 1972). <https://bit.ly/30aa2Vs>

Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas. (29 de junio de 2006). <https://bit.ly/3gcNOrI>

Declaración de Rio Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992). <https://bit.ly/2P91RCw>

Edición, L. C. (1999). *Javier Tobo Rodríguez*. Bogotá DC.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Henao, J. C. (2007). *Le dommage. Analyse á partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit francais* [Disertación doctoral, Universidad de París 2 Phantéon-Assas]. BDigital. <https://bit.ly/3g7kgvs>

Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, 7(2), 109-128. <https://bit.ly/39Ih7Qj>

Izcara Palacios, S., & Andrade Rubio, K. (2003). *Guía para la elaboración de una investigación cualitativa*. Universidad Autónoma de Tamaulipas.

Kyoto protocol to the United Nations framework convention on climate change. (1997). <https://bit.ly/2Di5IL7>

Ley 57 de 1887. Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional. 20 de abril de 1887. D.O. No. 7019

Ley 153 de 1887. Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. 28 de agosto de 1887. D.O. No. 7151

Ley 6 de 1972. Por la cual se aprueba la “Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas hecha en Viena el 18 de abril de 1961”. 29 de noviembre de 1972. D.O. No. 33750

Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. 22 de diciembre de 1993. D.O. No. 41146.

Ley 1333 de 2009. Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones. 21 de julio de 2009. D.O. No. 47417

Ley 1753 de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. 9 de junio de 2015. D.O. No. 49.538.

Ministerio de Ambiente. (2020). *Protocolo-De-Kioto*. <https://bit.ly/336wJMg>

Musumeci., G. A. (2001). *El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un Estado Constitucional de Derecho*. Autónoma de Buenos Aires. <https://bit.ly/3fd2XIe>

Naciones Unidas/CEPAL. (2019). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe. Objetivos, metas e indicadores mundiales*. <https://bit.ly/2P7YTyc>

Organización Internacional del Trabajo. *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. <https://bit.ly/3jSUw8s>

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”. (1988). <https://bit.ly/3jPzozP>

Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono. (1987). <https://bit.ly/30YrVWB>

Quesada, G. C. (diciembre de 2009). El reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en derecho Internacional y en Costa Rica. *Revista CEJIL: Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, 4(5), 104-113. <https://bit.ly/310JWDz>

Quinche Ramírez, M. F. (2017). *El control de convencionalidad*. Temis.

- Ramírez, M. F. (2014). *Derecho Constitucional Colombiano*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Riaño, A. P. (2015). *AIDA Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente*. <https://bit.ly/39EJ2AF>
- Rizo, A. M. (junio 16 de 1998). El caso Thomas Bonham. Supremacía Constitucional. *Revista de Derecho, Universidad Del Norte*, 11, 137-140. <https://bit.ly/338O1IQ>
- Rodríguez, J. T. (1999). *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Salcedo, O. G. (2001). *Apuntes de derecho constitucional colombiano*. Universidad Sergio Arboleda.
- Sosa, J. (2015). *Caso Marbury contra Madison (1803)*. <https://www.enfoquederecho.com/2015/11/06/el-caso-marbury-vs-madison-1803/>
- Trujillo-Vallejo, D. (2019). Los principios generales en la Constitución Política. *Nuevo Derecho*, 15(25), 53-69. <https://bit.ly/2XaPElh>
- Valarezo, J., Franco, M. J., & Saraza Gómez, C. E. (2020). Control de constitucionalidad y su incidencia en el control de convencionalidad en Ecuador y Colombia. *Revista Derecho de las Minorías*, 2, 113–136. <https://bit.ly/30YBUvd>

UNA MIRADA ACTUAL DEL MEDIO AMBIENTE EN COLOMBIA, UN PANORAMA CONVENCIONAL, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL¹

Juan Esteban Aguirre Espinosa* Dany Steven Gómez Agudelo**

Resumen

En el presente texto se tratará de dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Qué es el medio ambiente? ¿Quién es el propietario del medio ambiente? ¿Cuál es el bien protegido? ¿Por qué el medio ambiente es un derecho colectivo? ¿El medio ambiente es un derecho humano?. Este texto tiene como objetivo ofrecer una mirada panorámica a las normas convencionales, constitucionales y legales que regulan el derecho colectivo al medio ambiente en Colombia, comenzando por el escenario internacional y posteriormente, en el ámbito nacional. Para dar respuesta a los anteriores cuestionamientos, se debe partir del concepto de soberanía, sosteniendo que cada país debe tener la potestad y la legitimidad de proteger y definir dentro de su ordenamiento jurídico, los derechos que se quieren proteger.

Palabras clave

Atrato; Autodeterminación; Constitución ecológica; Contaminación; Derecho ambiental; Ecosistema; Justicia ambiental; Mecanismos de protección; Medio ambiente; Naturaleza.

¹ Este trabajo es resultado del Proyecto de Investigación “Una mirada actual del medio ambiente en Colombia, un panorama convencional, normativo y jurisprudencial”, financiado por la Corporación Universitaria Americana sede Medellín, completada en 2019. El autor principal interviene por el grupo de investigación “Derecho, Justicia y Sociedad - Dehjus”, adscrito a la Corporación Universitaria Americana, y el coautor por el grupo de investigación Jurídicas y Sociales “Jurisol”, de la Universidad Católica Luis Amigó.

* Abogado. Especialista en Derecho Tributario Internacional, Universidad Externado de Colombia. Magíster en Ciencia Política, Atlantic International University. Doctorando en Derecho Económico y de la Empresa, Universidad Iberoamericana de México. Ex integrante del grupo de investigación “Derecho, Justicia y Sociedad - Dehjus” de la Corporación Universitaria Americana sede Medellín. Correo electrónico: aguirreespinosaesteban@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9012-9585>

** Abogado, Universidad Católica Luis Amigó. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad de Antioquia. Magíster en Derecho, Universidad Católica Luis Amigó. Docente de Derecho Informático y Coordinador de Innovación y TIC de la Universidad Católica Luis Amigó. Adscrito al grupo de investigación Jurídicas y Sociales. Correo electrónico: dany-gomez@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2687-0146>

Introducción

La gran mayoría de las problemáticas ambientales que agobian la humanidad en las sociedades modernas, son el resultado de las intervenciones del hombre en los ecosistemas, pues se ha destacado por ser transformador del medio natural en el que se ha desarrollado de forma protagónica. En la teoría de las revoluciones de Vere Gordon Childe, se explica la idea de la Revolución neolítica, como aquel momento histórico en el cual el hombre deja de ser nómada, deja de cazar y recolectar productos de la naturaleza, para convertirse en un ser sedentario, en palabras del mismo autor:

La primera revolución que transformó la economía humana dio al hombre el control sobre su propio abastecimiento de alimentos. El hombre comenzó a sembrar, a cultivar y a mejorar por selección algunas hierbas, raíces y arbustos comestibles. Y también logró domesticar y unir firmemente a su persona a ciertas especies animales. (Childe, 1930, p. 86)

Bajo esas premisas, la actividad agrícola se convierte en un sistema de acumulación de excedentes que darán lugar en cierta forma a la creación del comercio en una manera incipiente. Con la aparición de estos excedentes agrícolas, el autor sostiene la idea de la revolución urbana como un proceso de implementación de la cultura de regadío, un factor determinante en la aparición de centros urbanos bien organizados en los que se desarrollan manufacturas, productos domésticos y artesanos, que consolidan el urbanismo en la historia del hombre.

Para comprender la temática es de vital importancia consultar el libro de Francesco Carnelutti (1959) “Como nace el derecho”, texto que enfatiza sobre la propiedad privada y la libertad, en occidente, situación que se hace relevante en la Edad Media, con la propiedad en cabeza de la Iglesia Católica, el señor feudal, los terratenientes, durante varios siglos. Con el paso del feudalismo en Europa, la revolución industrial, las proclamaciones de derechos, luego de las llamadas revoluciones burguesas, se consolida un nuevo panorama, conforme a las nuevas declaraciones de derechos individuales y se gesta el cambio del paradigma del teocentrismo, al humanocentrismo.

Así las cosas, se da un giro en la concepción de la humanidad que se conoce como la Ilustración y el Renacimiento. El hombre para el hombre. La reivindicación de la individualidad, los derechos civiles, los derechos políticos, colocan en vilo la situación que algunos han olvidado: el medio ambiente, y que actualmente se deja en un segundo plano en las agendas políticas de los líderes del mundo. Como indica Gabas (2012):

La Revolución industrial del siglo XVIII que aceleró el proceso de transformación del entorno al difundir un modo de producción que descartaba lo artesanal, reduciendo los tiempos y costos, generando un “acortamiento” de las distancias con las nuevas formas de comunicación. Esta etapa tiene sus orígenes en el desarrollo del mercantilismo del siglo XV y significó la creación de la idea de “espacios industriales y urbanos” y “espacios productores de materias primas” relacionando todo el globo en un gran mercado. (Gabas, 2012, p. 5)

Se sostiene entonces que, con la culminación de la Guerra Fría, los derechos humanos y la protección del medio ambiente se han convertido en temas de prioridad en las agendas políticas y gubernamentales de los Estados en occidente. La destrucción de la capa de ozono, la pérdida de la diversidad biológica, el calentamiento global, los movimientos ilícitos transfronterizos de bienes ambientales y residuos peligrosos, son las principales problemáticas. En la República de Colombia, la problemática no ha sido ajena. En este sentido:

El derecho al medio ambiente sano es un derecho que persigue intereses que benefician a una colectividad pero que es al individuo y al ente de la naturaleza a quien afecta su vulneración; es un derecho de grupos, así mismo, es un derecho que tiene su fundamento en la solidaridad. (Martínez et al., 1999, p. 261)

Así las cosas, este texto tiene como objetivo, ofrecer una mirada panorámica a las normas convencionales, constitucionales y legales que regulan el derecho colectivo al medio ambiente en Colombia, comenzando por el escenario internacional y, posteriormente en el ámbito nacional.

En este sentido, la intención es comprender un fenómeno social y su impacto en las relaciones humanas, siendo el medio ambiente, una problemática de actualidad, acrecentándose su interés con la suscripción del acuerdo de paz entre el Estado y la Guerrilla FARC (Acuerdos de la Habana), en el que se observa una gran dimensión en los temas relativos al ambiente. Dado lo anterior, se hace una recolección, revisión y posterior análisis de la información, teniendo en cuenta que la metodología para llegar al cumplimiento del mismo se hizo a través de fuentes primarias, “las cuales constituyen el objetivo de la investigación bibliográfica o revisión de la literatura y proporcionan datos de primera mano” (Danhke, 1989, como se citó en Hernández, Fernández & Baptista, 2006, p. 55).

Para algunos autores la preocupación por el medio ambiente, solo hasta las últimas décadas, se ha convertido en un asunto de obligatoria discusión en las agendas políticas, jurídicas y económicas, tanto en el orden nacional de los Estados como en el plano internacional. Dentro de esta lógica, su protección se ha fortalecido en instrumentos internacionales; mediante la suscripción de tratados y convenios y desde el derecho interno, se ha generado un sistema de protección judicial del medio ambiente, no siendo ajeno para Colombia sintonizarse con estas nuevas tendencias jurídicas de protección de los derechos colectivos y de grupo.

En relación a la metodología utilizada, el paradigma seleccionado fue el de la investigación sociojurídica, con un método hermenéutico, con miras a incidir en transformaciones sociales; al respecto, Duque et al. (2018) afirman: “con el enfoque teórico de la investigación sociojurídica, el investigador puede obtener el estudio de las problemáticas que detecta de la dogmática en su relación con la realidad social” (p. 23).

Dado lo anterior, se utilizó un enfoque cualitativo, “el cual puede ofrecer una convergencia que complementa los aportes de otras investigaciones que abordan diferentes problemáticas” (Ríos Saavedra, 2005, p. 52), dentro del marco de la investigación de tipo documental. De acuerdo con Galeano (2004): “la investigación de tipo documental es aquella que realiza un análisis e interpretación de fuentes primarias y secundarias, utilizándolas como materia prima básica para la confrontación y triangulación de la información obtenida a través de diferentes técnicas” (p. 50).

Así mismo, como criterios de búsqueda se usaron los siguientes conceptos: medio ambiente, mecanismos judiciales de protección, tratados internacionales sobre temas ambientales; para la localización de los documentos se usó la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y leyes colombianas en bases de datos como Vlex y Legis, y en lo que respecta a la producción académica, en capítulos de libros y artículos de revista producto de investigaciones en bases de datos como Dialnet, Redalyc, Scielo, Google Académico, con el fin de garantizar confiabilidad de las fuentes obtenidas.

La información se clasificó bajo los conceptos mencionados como criterios de búsqueda y permitió arrojar un balance, de acuerdo a los diferentes tipos de relación que se dan entre estos mismos autores expertos en el tema, las leyes y jurisprudencia colombiana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que permitió comprender si estaban de acuerdo, si se complementaban o si diferían en lo referente al criterio seleccionado. Es así como se presenta a la comunidad académica el siguiente texto.

El proceso metodológico de la investigación se sintetiza de la siguiente forma:

Figura 1. Pasos para el desarrollo del texto



Finalmente, el corpus de este capítulo se compone de dos apartados temáticos y un acápite final de conclusiones. En el primero, se realiza un examen de los aspectos generales de la regulación del medio ambiente y los mecanismos judiciales de protección. El segundo se ocupa de desarrollar los mecanismos de participación ciudadana como forma de auto-determinación de los pueblos y de describir algunos precedentes jurisprudenciales sobre el medio ambiente en Colombia.

Regulación del medio ambiente

El presente texto surge como una preocupación personal y profesional frente a las problemáticas que se originan a raíz de la contaminación, la protección del medio ambiente en el mundo y en Colombia, sus dimensiones, sus posibles soluciones o en lo posible, su mitigación. Se pretende abordar una descripción de la regulación internacional y nacional sobre el medio ambiente. Para empezar, es preciso reconocer su importancia; la Corte Constitucional de Colombia (1992) afirma:

La protección al ambiente no es un amor platónico hacia la madre naturaleza, sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y los mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conservación en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales la lluvia acida la contaminación nuclear, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. Al fin y al cabo el patrimonio natural del país, al igual que ocurre con el contexto histórico pertenece a las personas que en el viven, pero también a las generaciones venideras, así las cosas, la sociedad se encuentra en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido. (Corte Constitucional, Sentencia T 411, 1992)

Adicionalmente, Bustamante (1995) sostiene que “los primeros pasos en la universalización de la protección ambiental se dieron en las conferencias y acuerdos internacionales del siglo XX, especialmente en la segunda mitad, luego de la creación de las Naciones Unidas” (Bustamante Alsina, 1995, p. 20), como organismo supra nacional, creado a partir de la culminación de la segunda guerra mundial, donde se pueden resaltar sin excluir la importancia de otros instrumentos internacionales los siguientes:

Figura 2. Declaraciones internacionales sobre el medio ambiente

Conferencia	Año	Convocada por
Primera conferencia internacional sobre conservación y utilización de los recursos naturales.	1949	Ecosoc (ONU)
Conferencia de la biosfera: protección del medio ambiente a escala mundial.	1968	Unesco
Conferencia sobre el medio humano. Declaración sobre el medio humano.	1972	ONU Creación del Programa de Naciones Unidas para el medio ambiente
Programa de Montevideo para el desarrollo y revisión periódica del derecho internacional del ambiente.	1982	ONU Carta Mundial de la Naturaleza
Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente.	1992	ONU Declaración de Río sobre ambiente y desarrollo
Cumbre mundial sobre desarrollo sostenible. Johannesburgo.	1997	ONU Protocolo de Kyoto
Convenio de Aarhus.	2001	La Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa
El protocolo de Kiev de transferencia de contaminantes.	2014	La Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa

Adicionalmente, de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo sostenible (1992) se pueden establecer los siguientes principios:

- El derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
- El derecho soberano de los Estados de explotar sus propios recursos.
- La obligación de conservar y proteger el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.
- La erradicación de la pobreza.
- El que contamina paga.
- Precaución.
- Evaluación previa del impacto ambiental.
- Participación ciudadana en los asuntos ambientales.
- La no discriminación en el acceso a sistemas judiciales.
- La equitativa distribución de los recursos. (p. 5)

En este orden de ideas, se debe hacer referencia a que en las declaraciones reseñadas se denota la ausencia de manera explícita de un derecho humano al medio ambiente sano, entregándose a las soberanías de los Estados el deber de vigilar y proteger su conservación con base en estas normas del derecho blando (*softlaw*), como se observa dentro del ordenamiento jurídico de la Republica de Colombia.

En este orden de ideas, se debe hacer referencia a que en las declaraciones reseñadas se denota la ausencia de manera explícita, de un Derecho Humano al Medio Ambiente sano, entregándose a las soberanías de los Estados el deber de vigilar y proteger su conservación con base en estas normas del Softlaw o Derecho blando, como se observa dentro del Ordenamiento jurídico de la Republica de Colombia.

En el derecho colombiano, se habla de derecho ambiental desde el año 1974, producto de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo de 1972), adoptándose un código de recursos naturales innovador para el momento histórico por el cual atravesaba la humanidad. Luego, con la Constitución Política de 1991, se consolida un nuevo periodo en la historia política e institucional del Estado colombiano, conforme a los principios, valores y fines que orientan el que hacer de las distintas ramas del poder público, desde lo que se denomina por algunos como la Constitución ecológica. Al respecto, Trejo Cruz et al. (2019) afirman:

El medio ambiente es un elemento que discurre claramente a lo largo de todo el texto constitucional; en atención al propósito colectivo que se persigue con él, este componente recibe un trato constitucional preferencial. La Constitución regula ampliamente el cuidado del medio ambiente con la emisión de lineamientos que preservan el interés general; evitando, precisamente, la concentración de su beneficio en unos pocos ciudadanos. (p. 15)

En Colombia, el artículo 2 de la Ley 23 de 1973 definió lo que debe entenderse por medio ambiente dentro del ordenamiento jurídico colombiano en los siguientes términos:

El medio ambiente es un patrimonio común; por lo tanto, su mejoramiento y conservación son actividades de utilidad pública, en las que deberán participar el Estado y los particulares. Para efectos de la presente Ley, se entenderá que el medio ambiente está constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables.

En este orden de ideas, González (2006) afirma: “para efectos de aprehender el medio ambiente nos circunscribiremos a los recursos naturales renovables que son: el agua, el aire, la fauna y la flora, los recursos del paisaje, los recursos biológicos” (p. 30). En el mismo orden de ideas, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C 221 de 1997 afirma que:

el concepto de “recursos naturales no renovables” es de naturaleza técnica y proviene de la ecología y de la economía. Se pueden definir los recursos naturales como aquellos elementos de la naturaleza y del medio ambiente, esto es, no producidos directamente por los seres humanos, que son utilizados en distintos procesos productivos. A su vez, los recursos naturales se clasifican usualmente en renovables y no renovables. Los primeros, son aquellos que la propia naturaleza repone periódicamente mediante procesos biológicos o de otro tipo, esto es, que se renuevan por sí mismos. Por el contrario, los recursos no renovables se caracterizan por cuanto existen en cantidades limitadas y no están sujetos a una renovación periódica por procesos naturales. (p. 20)

Además, dentro del texto constitucional, se resalta el concepto de desarrollo sostenible, como una obligación del Estado a proteger los recursos naturales, en los siguientes términos: el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas (Const, 1991, art. 80).

En este orden de ideas, la codificación de los Derechos Humanos en tres gamas de generaciones fue doctrinalmente propuesta por el jurista checo Karel Vassak en 1977, la tesis que fue aceptada con la Constitución Política de la República de 1991, logrando una regulación de la siguiente manera:

- Los Derechos Fundamentales o de primera generación del artículo 11 al 41.
- Derechos Económicos Sociales y Culturales o segunda generación (DESCA) del artículo 42 al 77.
- Los Derechos Colectivos o de Grupo del artículo 78 al 82. Entre los cuales se resalta el medio ambiente, regulado en la Constitución Nacional de la República de Colombia en los siguientes términos:

Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. (Const, 1991, art. 79)

Además, la tercera generación de derechos humanos fue reconocida por la gran mayoría de ordenamientos en la segunda mitad del siglo XX, estos derechos se caracterizan porque su titularidad corresponde a una comunidad de personas res communis, que están vinculadas por la solidaridad, siendo hasta ahora su principal expresión el derecho a un medio ambiente sano.

Si bien esta categorización ha sido superada por la jurisprudencia constitucional, la cual entiende que todos los derechos son fundamentales, fue acogida por múltiples ordenamientos jurídicos europeos y, posteriormente, por el colombiano en el que los derechos humanos se encuentran divididos en tres categorías específicas, a saber:

de allí que la Corte Constitucional en sus primeras sentencias se basara en esta clasificación: El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política. (Corte Constitucional, T 406, 1992)

Se hace entonces necesario resaltar mediante este escrito, producto de investigación, que el abogado del siglo XXI en Colombia, acuda a los diferentes mecanismos de protección de derechos ambientales.

A continuación, se presentan los mecanismos judiciales de protección del medio ambiente en Colombia:

La acción de tutela: se aplica el artículo 86 de la Constitución, opera cuando un particular acude a los jueces para reclamar la defensa de un derecho fundamental vulnerado por cualquier autoridad pública o por un particular –cuando este preste un servicio público o afecte el interés colectivo o ejerza dominio sobre aquel-. Es un procedimiento sumario que solo se utiliza cuando no hay otro procedimiento para defender el derecho vulnerado.

La acción popular: se interpone para defender intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio público, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica.

La acción de grupo: esta acción está instituida para proteger a un grupo de personas que han sido afectadas por la misma causa. La identidad del grupo la determina el daño. El número de personas debe ser de 20 o más.

Su finalidad, es por consiguiente reparadora, tienen carácter indemnizatorio, con ellas se puede conseguir el pago de una suma de dinero para reparar los daños ocasionados.

El derecho de petición: es la solicitud respetuosa interpuesta por una persona ante las autoridades públicas o privadas, para salvaguardar derechos fundamentales. Hay varias clases de este tipo de mecanismo (regulado por el artículo 23 de la Constitución Política y la Ley 1755 de 2015).

En este orden de ideas, la Corte Constitucional de Colombia también se ha pronunciado sobre los mecanismos judiciales de protección.

La Carta Política de 1991, en sintonía con las principales preocupaciones internacionales en materia de protección del ambiente y la biodiversidad, ha reconocido que el derecho fundamental al medio ambiente sano tiene el carácter de *interés superior*, y de esta forma, lo ha desarrollado ampliamente a través de un importante catálogo de disposiciones -cerca de 30 en total- que consagran una serie de principios, mandatos y obligaciones enfocados en una doble dimensión dirigida a: (i) proteger de forma integral el medio ambiente y (ii) garantizar un modelo de desarrollo sostenible, sobre los que se ha edificado el concepto de “Constitución Ecológica”. (Corte Constitucional, Sentencia T-622, 2016)

Así las cosas, Colombia cuenta con instrumentos que permiten garantizar la protección del medio ambiente, sin embargo, la oportunidad y celeridad con que se tramiten en el sistema judicial, será indispensable para su efectiva protección.

Mecanismos de participación ciudadana como forma de autodeterminación de los pueblos

El presente acápite pretende exponer los mecanismos de participación ciudadana como forma de autodeterminación de los pueblos. Para empezar, el desarrollo del principio de participación ciudadana en materia ambiental, se encuentra consagrado en el principio 10 de la Declaración de Río (1993), el punto 23 de la Carta de la Naturaleza de 1982, el título X de la Ley 99 de 1994 entre los artículos 69-76, entre otras disposiciones difusas en el ordenamiento jurídico colombiano, las cuales están orientadas a alcanzar uno de los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 de la Constitución de 1991: “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan” (Const, 1991, art 2).

No obstante, la participación ciudadana en materia ambiental en Colombia ha trascendido los escenarios institucionales, se ha erigido así misma como una fuente de alternativas y ha reavivado el interés popular por la lucha tanto jurídica como política, por la preservación y cuidado de la naturaleza, entendiendo a esta como la casa común, es decir, de donde proviene la vida y donde es posible el desarrollo de todos los procesos humanos.

En el ordenamiento jurídico colombiano existe un desarrollo importante de mecanismos de participación ciudadana y medios judiciales a través de los cuales la población puede generar escenarios deliberativos, sin embargo, decidir sobre los asuntos que los afectan en materia ambiental y ejercer control sobre las acciones del Estado y los particulares no siempre resulta eficaz. Algunas de estas acciones son la acción popular, la acción de cumplimiento, la acción de tutela, las audiencias públicas ambientales, la acción de nulidad, la consulta previa a comunidades indígenas y negras para el desarrollo de proyectos minero-energéticos en sus territorios, el cabildo abierto, la consulta popular, el derecho de petición, el referendo, el plebiscito, la revocatoria del mandato para gobernantes locales y regionales, las veedurías ciudadanas o juntas de vigilancia, entre otros escenarios conformados por actores de la población civil, empresarios y agentes del Estado.

Estos por sí solos son insuficientes o, al menos, cumplen solamente las finalidades para las que fueron creados, pero requieren un trabajo previo de formación política a través de la cual se cree consciencia sobre la magnitud de los problemas ambientales como asuntos globales, se generen dinámicas de movilización y, se cree consciencia sobre el papel central que cumple la población civil en su tarea de preservar y cuidar a los ecosistemas.

Es en este sentido que, por parte de diversos movimientos sociales, colectivos culturales, ONG y otros actores de la población civil en el país, se han creado sinergias importantes, con unos acumulados históricos de trabajo en los que se evidencia la lucha en contra del modelo civilizador moderno, el cual, con sus dinámicas de hiperproducción e hiperconsumo, no solo ha atentado contra la integridad del ambiente, sino que, incluso, ha puesto en peligro la vida misma en la tierra y la sostenibilidad de los recursos para las generaciones futuras.

Quizás entre los casos más relevantes en Colombia —en los que fue relevante la participación de la población civil para frenar la explotación de recursos naturales por el daño inminente e irreversible que representaba para ecosistemas estratégicos— se ha dado en la protección a páramos, humedales y las reservas forestales; dentro de ellos, los más mediáticos han sido la protección al páramo de Santurbán, ubicado en la región de Santander, las consultas populares que fueron pioneras en negarse a la minería, en los municipios de Piedras, Tolima y Tauramena, Casanare, realizadas en el 2013.

También las consultas populares que se han opuesto a que se desarrollen proyectos mineros en sus territorios como la ocurrida en Arbeláez, uno de los 10 municipios que conforman la provincia del Sumapaz, región de Cundinamarca, donde se encuentra el sistema de páramos más grande del mundo —una de las principales fuentes hídricas de la región andina colombiana— hecho que fue registrado por los medios de comunicación de la siguiente manera:

Los habitantes de Arbeláez le dieron un nuevo portazo a la “locomotora minero-energética”. El 98 por ciento de las 4.350 personas que participaron en la consulta popular rechazaron la explotación del petróleo en su territorio y reafirmaron su vocación agrícola y turística. Con esta contundente votación, Arbeláez se sumó a la lista de municipios que están poniendo en cuestión las bases del modelo de desarrollo que propone el Gobierno Nacional. (El peligro de querer extraer petróleo, 10 de julio de 2017)

Siguiendo esta línea argumentativa, de acuerdo con González (2018): “En 2017 se realizaron 7 consultas populares y hay 54 pendientes” (p. 1), lo que evidencia la fuerte acogida que ha tenido entre la población colombiana la consulta popular como el mecanismo de participación ciudadana ideal para oponerse al desarrollo de proyectos mineroenergéticos en sus territorios, al cual le reconocen los mismos efectos jurídicos que a las consultas previas libres e informadas a grupos afrodescendientes e indígenas, de las que habla el Convenio 169 de la OIT.

No obstante, el carácter vinculante de las decisiones emanadas en las consultas populares como mecanismos de participación ciudadana quedó en un limbo jurídico después de la decisión tomada por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia SU-095 de 2018, en la que la corporación analizó la constitucionalidad de una consulta popular que fue realizada en el municipio de Cumaral en el Meta, cuya decisión por parte de la población fue excluir su territorio de las exploraciones petroleras comprometiendo los intereses de la empresa Mansarovar Energy Colombia. En esta decisión, la Corte limitó los alcances de la disposición sobre el uso del subsuelo a los entes territoriales y estableció que este asunto, así como la explotación de los recursos naturales que allí se encontraban, era una competencia exclusiva de la Nación. En palabras de la Corte, la consulta popular territorial como:

Mecanismo de participación ciudadana no puede ser utilizado para prohibir actividades de extracción en un determinado municipio o distrito”. En igual sentido, el tribunal constitucional fue enfático en establecer que no existe en el ordenamiento jurídico colombiano, “mecanismos idóneos y vigorosos para garantizar tanto la participación ciudadana como la forma de hacer compatible los principios de coordinación y concurrencia de la Nación y las entidades territoriales. (Corte Constitucional, SU-095, 2018)

Por lo anterior, se encuentra la razón que los llevó a instar al Congreso de la República para que definiera algunos mecanismos de participación ciudadana en los que observara los siguientes asuntos:

i) Participación ciudadana y pluralidad; ii) Coordinación y concurrencia nación-territorio; iii) Inexistencia de un poder de veto de las entidades territoriales para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables; iv) Diferencialidad / Gradualidad; v) Enfoque territorial; vi) Legitimidad y representatividad; vii) Información previa, permanente, transparente, clara y suficiente; viii) Desarrollo sostenible; ix) Diálogo, comunicación y confianza; x) Respeto, protección y garantía de los derechos humanos; xi) Buena fe; xii) Coordinación y fortalecimiento de la capacidad institucional nacional y territorial y, xiii) Sostenibilidad fiscal. (Corte Constitucional, SU-095, 2018)

Empero a lo anterior, la decisión que emana de la sentencia SU-095 de 2018, además de que parte de un concepto de participación ciudadana elitista, va al traste con principios estructurales de la carta política colombiana como son el de descentralización administrativa del Estado, la autonomía de los entes territoriales, la democracia participativa, entre otros, y cambia la línea jurisprudencial que hasta el momento había sostenido la Corte en dos asuntos principalmente: primero, la participación ciudadana como un pilar esencial de un concepto de justicia ambiental y, segundo, la autonomía de los entes territoriales para excluir ciertos espacios de su circunscripción del desarrollo de proyectos mineroenergéticos.

Sobre el primer asunto, la participación ciudadana como componente de la justicia ambiental, que había sido definida por la corporación como “el tratamiento justo y la participación significativa” de todas las personas, independientemente de su raza, color o ingreso económico con respecto al desarrollo, leyes, reglamentos y políticas ambientales” (Corte Constitucional, Sentencia T-704, 2016), es desvalorada en la última decisión de la Corte,

puesto que restringe la participación ciudadana a que sea propiciada por parte de las instituciones del Estado, bajo el modelo de democracia representativa, el cual cada vez más ilegítimo y ajeno a las necesidades populares. Los posibles efectos de esta providencia serían que se deje sin piso jurídico ni mecanismos de protección legales eficaces, a través de los cuales puedan defender sus territorios ante las amenazas evidentes en las rupturas en el hábitat, el cambio en la vocación económica de sus municipios y los daños ambientales causados por las políticas económicas a corto plazo, de tendencia neoliberal y extractivistas, como lo son las actividades minero-energéticas.

Sobre el segundo asunto, la Sentencia SU-095 de 2018, contraría decisiones pasadas en las que el tribunal constitucional había reconocido la autonomía de los entes territoriales para excluir de sus territorios a ciertos espacios de la minería, como ocurrió en la Sentencia C-273 de 2016, en la que se declaró la inexecutable del artículo 37 de la Ley 685 de 2001², actual Código de Minas, artículo que traía una prohibición legal cuyo tenor literal era que “ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería”; esta disposición, en palabras de la Corte Constitucional, iba en contravía del contenido sustancial de una ley posterior y de superior jerarquía como es la Ley 1454 de 2011³, denominada como la ley orgánica de ordenamiento territorial y de los principios de autonomía territorial y descentralización administrativa del Estado.

Anterior a esta sentencia, el salvamento de voto de los magistrados de la Corte Constitucional María Victoria Calle y Luis Ernesto Vargas Silva, a la decisión de la mayoría de la Sala Plena en la Sentencia C-123 de 2014, en la que resaltan los magistrados que es imposible acceder al subsuelo sin tocar el suelo, sirve para plantear una tensión evidente entre los intereses económicos que existen con los recursos que se encuentran en el subsuelo, frente a las conexiones, lazos simbólicos, construcción de comunidad y demás intangibles que se hallan en la corteza terrestre. En este sentido, mostrar la forma como las comunidades construyen territorio, se relacionan con su entorno y conciben la dignidad en los espacios que habitan, puede ser argumento fuerte en favor de la exclusión de ciertos territorios de las actividades que afectan la integridad de su entorno natural.

Complementario a esta discusión jurídica y a la participación ciudadana en materia ambiental, centrada en los mecanismos formalmente regulados por el derecho estatal, cabe considerar que estos no han sido los únicos medios ni las herramientas exclusivas de diversos movimientos sociales, colectivos ecológicos y demás iniciativas ciudadanas para generar espacios de encuentro a través de los cuales emanan manifestaciones populares y expresiones de derecho construido “desde abajo”, como la reivindicación de la naturaleza, el agua, la soberanía alimentaria, la ciudad y los territorios como derechos fundamentales, entre otros.

² Se puede consultar en <https://bit.ly/3hPEV7W>

³ Se puede consultar en <https://bit.ly/39GGQbK>

Estas expresiones populares se han caracterizado por el trabajo colaborativo en red, por su fuerte componente de autogestión y por ser ajenos a entidades estatales. Ejemplos típicos de estas expresiones son la Red por la Justicia Ambiental en Colombia, la cual es una plataforma que articula organizaciones sociales, académicos y otras personas dedicadas a la protección del ambiente y los derechos humanos (Red por la Justicia Ambiental, s.f.); la alianza internacional de Justicia Hídrica, la cual congrega miembros de diferentes partes del mundo, la corporación ecológica y cultural Penca de Sábila, el movimiento Ríos Vivos Colombia, entre otros.

Todas estas manifestaciones populares integran diferentes iniciativas y colectivos que se plantean el cuidado al medio ambiente como parte de un proyecto común; además de esto, los vínculos construidos con otras organizaciones y activistas internacionales son una muestra viva de que los problemas que tocan con el ambiente trascienden las fronteras de los Estados y son expresiones de una globalización alternativa a la del modelo neoliberal, es decir, una globalización de la lucha en contra de los efectos devastadores del modelo económico hegemónico, subalterno y cosmopolita, empleando el término de Santos y Rodríguez (2007).

A continuación, se exponen algunos precedentes jurisprudenciales sobre el medio ambiente en Colombia:

Los procesos constituyentes de Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009 marcaron un hito importante tanto para la historia constitucional en el continente como para la historia del derecho ambiental, al reconocer a la naturaleza como parte integral de la sociedad y “sujetos de derechos” para el caso de Ecuador, y con un fuerte componente ecológico en el caso de Bolivia. Además de esto, se les resalta la recuperación de miradas de alternativas al desarrollo propias de la filosofía latinoamericana como el buen vivir (*sumak kawsay*)⁴. Estos logros consagrados en las cartas políticas de estos Estados son el reflejo de una lucha de largo tiempo de movimientos indígenas y campesinos, quienes reclamaron el reconocimiento de elementos propios de su cultura en sus cartas políticas.

En Colombia, este proceso de cambio en la concepción del lugar que ocupa la naturaleza y ciertos bienes de ecosistémicos de trascendental importancia para la sociedad civil como la Amazonía y el Río Atrato, a diferencia de los casos de Bolivia y Ecuador, no se han materializado a través de procesos constituyentes ni por cambios legales, sino por vía de desarrollo jurisprudencial. Eso sí, la labor de la población civil en la generación de estos cambios ha sido activa, el daño progresivo a los ecosistemas que atentan en contra de las especies humanas y no humanas, que ponen en riesgo la sostenibilidad de las generaciones futuras, ha motivado a un cambio cultural y a una posición más crítica de la población civil, quienes

⁴ El capítulo séptimo de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 desarrolla los derechos de la naturaleza entre los artículos 71-74. El artículo 71 taxativamente expresa: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”.

vía judicial han reclamado la tutela de sus derechos fundamentales, puestos en peligro por el progresivo daño a los ecosistemas y han reclamado el desarrollo de políticas públicas y mecanismos efectivos para la protección de la integridad de los mismos.

Las dos sentencias más trascendentales que abordan el problema que hasta aquí se ha esbozando son la Sentencia T-622 de 2016⁵, en la que la Corte Constitucional declaró al río Atrato como sujeto de derechos y la Sentencia STC-4360-2018 del 5 de abril de 2018, con ponencia del magistrado Luis Tolosa, en la que la Corte Suprema de Justicia (CSJ) declaró a la Amazonía colombiana como sujeto de derechos. Ambas decisiones fueron acompañadas de una fuerte presión social, y se puso de presente la necesidad de superar la concepción antropocéntrica que restringía al ambiente y su entorno al servicio del ser humano, por una concepción biocéntrica⁶ desde la cual la vida se erige como el centro de todo.

No obstante, existen antecedentes importantes por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los que se reconoce a la Constitución de 1991 como una carta ecológica o verde, por ejemplo, la Sentencia T-608 de 2011⁷, decisión en la que se establece que el derecho al medio ambiente se compone de tres facetas:

i) proporciona la facultad a cada individuo de gozar de un medio ambiente sano, derecho que es exigible por medio de acciones judiciales; ii) dispone una obligación a todos los ciudadanos nacionales y al Estado, de proteger la diversidad e integridad del medio ambiente, estableciendo respecto del Estado que dichos deberes son “calificados de protección” y finalmente, iii) determina la protección del derecho al medio ambiente, como principio constitucional que irradia todo el ordenamiento jurídico, y por tanto debe ser protegido de manera transversal. (Corte Constitucional, Sentencia T-608, 2011)

En definitiva, la Corte Constitucional ha jugado un papel fundamental en la protección del medio ambiente, pero se hace necesario buscar una pedagogía pública para la protección de los ecosistemas, conforme a los instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico interno.

⁵ Se puede consultar en <https://bit.ly/2ZReA35>

⁶ En el auto AHC4806—2017 del 26 de julio de 2017, proferido por la sala de casación civil de la CSJ, en donde se resolvió a favor de un oso en cautiverio un recurso de *habeas corpus*, también abrió el debate sobre si los animales podrían llegar a ser sujetos de derechos. Aunque la anterior decisión quedó sin efectos de acuerdo a la sentencia STL 12651 del 16 de agosto de 2017 de la CSJ, dejó un problema aún no resuelto en el derecho colombiano, en el que se cuestiona: ¿hasta qué punto otros seres o entidades no humanas podrían gozar de personalidad jurídica?

⁷ En esta sentencia se citan como ejemplos otras decisiones judiciales en las que se sostiene lo mismo, como en las sentencias T-411 de 1992, C-126 de 1998, T-760 de 2007, C-595 de 2010, T-055 de 2011, entre otras.

Conclusiones

El derecho al medio ambiente en Colombia surgió en una etapa preconstitucional, de diferentes leyes que protegían asuntos ambientales, especialmente al agua y los bosques. En este sentido, con la Constitución Política de Colombia de 1991 se constitucionaliza el derecho colectivo al medio ambiente sano, de allí que se denomine la constitución ecológica por varios tratadistas.

La ciudadanía juega un papel fundamental en la defensa del medio ambiente, a través de los mecanismos judiciales de protección de derechos y en las consultas populares, conforme a los principios de concurrencia y coordinación de los entes territoriales con la nación.

En el siglo XX, con la creación de las Naciones Unidas, se empezó a proteger el medio ambiente desde el derecho internacional. Sin embargo, existe un déficit a escala global y local para tomar medidas contundentes con el fin de proteger al mundo de la contaminación.

La Corte Constitucional, en la Sentencia SU-095 de 2018, desconoce la autodeterminación de los pueblos. Esta autonomía es reconocida en instrumentos internacionales porque los ciudadanos pueden sufrir menoscabo en sus derechos colectivos, como el derecho al medio ambiente sano, debido a la contaminación que acarrea la explotación de sus recursos naturales por parte de una multinacional.

La obligación internacional y nacional de proteger los pueblos futuros no se encuentra en las agendas de los líderes del mundo. Se parte del principio ambiental: “El que contamina, paga”.

Los consultorios jurídicos de las facultades de derecho deben servir de medio para intervenir en las problemáticas ambientales en nuestro país, solicitando el control de convencionalidad y la aplicación de los postulados constitucionales que buscan la protección del medio ambiente.

Referencias

Bustamante Alsina, J. (1995). *Derecho ambiental*. Abeledo-Perrot.

Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas. (28 de octubre de 1982). https://digitallibrary.un.org/record/39295/files/A_RES_37_7-ES.pdf

Childe, V. (1930). *La edad de bronce*. Alianza Editorial.

- Constitución Política de Colombia [Const.]. (4 de julio de 1991). <https://bit.ly/3huDawy>
- Corte Constitucional de Colombia, Sexta Sala de Revisión. (10 de noviembre de 2016). Sentencia T-622. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]. <https://bit.ly/2ZReA35>
- Corte Constitucional, Sala Cuarta. (17 de junio de 1992). Sentencia T-411. [MP Alejandro Martínez Caballero]. <https://bit.ly/3gfjIne>
- Corte Constitucional, Sala de Casación Civil. (5 de abril de 2018). Sentencia STC-4360-2018. [MP Luis Fernando Tolosa Villabona]. <https://bit.ly/2ZReA35>
- Corte Constitucional, Sala Novena. (13 de diciembre de 2016). Sentencia T-704. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]. <https://bit.ly/30WY8xG>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de octubre de 2018). Sentencia SU-095. [MP Cristina Pardo Schlesinger]. <https://bit.ly/2P8Tiry>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de abril de 1997). Sentencia C-221. [MP Alejandro Martínez Caballero]. <https://bit.ly/33453Yt>
- Corte Constitucional, Sala Primera. (5 de junio de 1992). Sentencia T-406. [MP Ciro Angarita Barón]. <https://bit.ly/2EAHjRH>
- Corte Constitucional, Sala Tercera. (12 de agosto de 2011). Sentencia T-608. [MP Juan Carlos Henao Pérez]. <https://bit.ly/3gfdIuP>
- Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano. (1972). <https://bit.ly/3fcZWYa>
- Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992). <https://bit.ly/2P91RCw>
- Duque, S., González, F., Cossio, N., & Martínez, S. (2018). *Investigación en el saber jurídico*. Editorial Universidad de Antioquia.
- El peligro de querer extraer petróleo en el Sumapaz. (10 de julio de 2017). *Semana*. <https://bit.ly/2D0pScG>
- González Villa, J. E. (2006). *Derecho Ambiental Colombiano. Parte general*. Universidad Externado de Colombia.
- González, J. (22 de marzo de 2018). En 2017 se realizaron 7 consultas populares y hay 54 pendientes. *La República*. <https://bit.ly/2P7vYue>

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2006). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill. https://investigar1.files.wordpress.com/2010/05/1033525612-mtis_sampieri_unidad_1-1.pdf

Ley 1454 de 2011. Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones. 29 de junio de 2011. D.O. No. 48.115.

Ley 1755 de 2015. Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 30 de junio de 2015. D. O. No. 49.559. <https://bit.ly/336o8Jr>

Ley 23 de 1973. Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones. 12 de diciembre de 1973. D.O. 34.001. <https://bit.ly/2DmtG7G>

Ley 685 de 2001. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. 8 de septiembre de 2001. D. O. No. 44.545.

Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. 22 de diciembre de 1993. D.O. No. 41146

Martínez, P., Roig, A., & Fernández, C. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*. Universidad Carlos III.

Organización Internacional del Trabajo. *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. <https://bit.ly/3jSUw8s>

Red por la Justicia Ambiental. (s.f.). *Inicio*. <https://bit.ly/2ExOCJL>

Ríos, T. (2005). La hermenéutica reflexiva en la investigación educacional. (pp. 1-16). Enfoques educacionales. http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/enfoques/09/rios_n7_2005.pdf

Santos, B., & Rodríguez, C. (2007). El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica. *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita* (pp. 3-26). Anthropos.

Trejo Cruz, Y., Ome Barahona, A., & Restrepo Lizcano, J. J. (2019). Derecho constitucional a un ambiente sano: una pauta para establecer tributos extrafiscales ambientales en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 51-78. <https://bit.ly/2P9rjbi>

ACCIONES DE CESACIÓN E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR INFRACCIÓN DE LA MARCA EN COLOMBIA¹

Libardo Quintero Salazar*

Resumen

En el presente escrito se tratarán de forma separada la acción de cesación y la acción de indemnización de perjuicios por infracción de los derechos de marca. De forma general sobre cada acción se explicarán su alcance, contenido y legitimación, y de forma particular se irá argumentando que en Colombia la responsabilidad por infracción marcaria es objetiva, toda infracción supone un daño y se defenderá la postura literal del artículo 243 de la Decisión Andina 486 de 2000 en el sentido de que contiene criterios para determinar la cuantía de los perjuicios.

Palabras Clave

Marcas; Infracción; Acción de cesación; Daño; Indemnización de perjuicios.

¹ Resultado adscrito a la investigación denominada *La indemnización de los daños y perjuicios por vulneración al derecho de marcas. Estudio comparativo entre España y Colombia*.

* Abogado de la Universidad Católica de Oriente, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana, magíster en Derecho Privado Patrimonial de la Universidad de Salamanca-España, magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, doctorando en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca-España; docente investigador del grupo de investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Oriente.

Introducción

Los comerciantes y empresarios necesitan distinguir sus productos y servicios de los de sus competidores para ejercer, en condiciones de igualdad, el comercio con garantías mínimas de que se conjure una infracción de sus derechos de propiedad sobre la marca en determinados casos que puedan derivar, eventualmente, en una competencia desleal, como cuando se imita de manera ilegal. En contraste, los signos distintivos permiten, a su vez, que los consumidores no sean engañados y, por error, lleven a sus casas productos que no tenían pensado adquirir o servicios que no querían recibir, pues su fidelidad de consumo está atada a un signo que les refiere un origen empresarial.

Pero la marca, además de crear distintividad de productos y servicios entre los competidores, cumple otra función específica en el mercado. En efecto, constituye un activo básico y estratégico de la empresa, pues su valor comercial genera una ventaja competitiva que funda un plus en el desarrollo de su productividad, asociado a los productos y servicios que representa, y con ello, obtiene mayores beneficios económicos y posicionamiento en el mercado².

En fin, los derechos protegidos en la marca son de carácter intangible, como todos los bienes pertenecientes a la propiedad intelectual. La intangibilidad de la marca se ve reflejada en la representación que logra el empresario en la mente de los consumidores de los productos o servicios, a partir de un signo o símbolo que ha venido empleando para tal fin. Por tanto, cuando el infractor utiliza un signo distintivo de forma ilícita, altera la relación mental que ya el consumidor tenía sobre el signo distintivo y, por ende, sobre los productos o servicios que representa (origen empresarial, calidad, etc.) menoscabando los intereses del titular, bien sea porque desvía la clientela o porque le resta credibilidad a la marca y, en consecuencia, al origen empresarial (productos marcados ilícitamente que son de inferior calidad a los originales), entre otros casos.

En Colombia, el derecho de dominio sobre una marca se obtiene a partir del registro, esto es, el registro tiene un carácter constitutivo de derechos³. Los principales derechos que se le atribuyen al titular de la marca están enmarcados en su vertiente positiva, es decir, el de su real o potencial utilización exclusiva en el tráfico económico, pero también su vertiente negativa, *ius prohibendi*, que permite al titular prohibir que terceros utilicen su marca sin su consentimiento.

² Incluso, se ha llegado a afirmar, con razón, que los activos inmateriales, como lo es una marca, pueden constituir el elemento más valioso de una empresa. En este sentido, la famosa frase de John Stuart (expresidente de Quaker) en el año 1900, se considera vigente: “Si la empresa fuera dividida, les daría los solares, equipos, plantas y demás propiedades, y me quedaría con marcas registradas, y seguro que me iría mejor que ustedes” (Cerviño, 2006, p. 470). Por ejemplo, Apple es una de las marcas más valiosas del mercado. Imagínese que dicha empresa cambia de signo distintivo, pero mantiene el mismo personal, las mismas instalaciones, pero en particular, la misma calidad en sus productos y servicios; muy seguramente el valor añadido que generaba el signo distintivo disminuirá, pues la marca Apple ya ha generado en la mente del consumidor un origen de calidad empresarial; con seguridad, si a un consumidor promedio de los productos y servicios de dicha marca, le insistieran en que el ordenador o computador es el mismo, pero con marca diferente, se mostrará cuanto menos desconfiado en cuanto la calidad y procedencia del mismo.

³ Artículo 154 D486. “El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente”.

Por todo lo anterior, en esencia, la legislación colombiana, por intermedio de la Decisión Andina 486 del año 2000 (en adelante D486), busca conjurar a partir de acciones muy precisas, como la acción de cesación y la acción indemnizatoria, las conductas infractoras, pero, además, ofrecer al titular de la marca la indemnización de los perjuicios. Cualquiera de estas acciones puede ser presentada ante la jurisdicción civil y, a prevención, ante la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) en cumplimiento de funciones jurisdiccionales, procedimiento que será tramitado conforme al Código General del Proceso (en adelante CGP).

La acción de cesación

Como lo advertíamos, una marca es un título de monopolio que concede el Estado para poder explotar de manera exclusiva y excluyente un signo distintivo en el mercado, al fincar sobre ella una posición jurídica patrimonial de dominio paralela a la que se tiene sobre cualquier otro bien de estirpe material. Una vez adquirido el derecho sobre una marca, genera para su titular el desdoble de prerrogativas que son dos caras de una misma moneda: la primera radica en la posibilidad de explotar la marca directamente en el comercio identificando sus propios bienes y servicios, o indirectamente, otorgando licencias a terceros quienes deberán pagar cánones por su uso (*royalties*). La segunda prerrogativa es el *ius prohibendi*, que consiste en el derecho a que nadie podrá usar un signo distintivo igual o similar sin ser previamente autorizado por el titular registral. Cuando dichas facetas no son respetadas por los terceros, pero en particular, cuando se atenta contra el *ius prohibendi*, el ordenamiento jurídico entrega remedios al legitimario para que pueda contrarrestar tal intromisión a su derecho.

De este modo, la D486 en su artículo 238 prescribe que “el titular de un derecho protegido en virtud de esta decisión podrá entablar acción ante la autoridad nacional competente contra cualquier persona que infrinja su derecho. También podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción...”; más adelante, la misma D486, de forma conclusiva, plantea la acción de cesación así: “El demandante o denunciante podrá solicitar a la autoridad nacional competente que se ordenen, entre otras, una o más de las siguientes medidas: a) el cese de los actos que constituyen la infracción”.

El decálogo de conductas infractoras que atentan contra el *ius prohibendi* está conformado por enunciados *in extenso* en el artículo 155 de la misma D486. En resumen, consisten en:

- Aplicar o colocar la etiqueta protegida en productos o servicios idénticos o similares a los productos que ha registrado la marca. Bajo el principio de especialidad de las marcas, el monopolio del signo distintivo abarca los productos o servicios que representa, por lo que podría entonces utilizarse una marca que, descriptiva y fonéticamente, coincida con la registrada, a condición de que no concurren en el mismo nicho de mercado. No obstante, habrá infracción cuando se pueda causar confusión o un riesgo de asociación con una marca registrada aunque esta y el signo distintivo utilizado por el tercero no coincidan en su uso para los mismos productos y servicios. Esta situación podría darse en dos casos (que se explicarán a título de ejemplo): el primero, cuando una persona ha registrado su marca solo para la fabricación de zapatos (su marca distingue un producto) y, posteriormente, otra persona comienza a usar un signo distintivo similar, pero solo para vender zapatos (su marca distingue la prestación de un servicio). Hasta aquí, aunque la marca registrada para la fabricación solo identifique un producto y el signo distintivo utilizado para venta, un servicio (lo que los pondría inicialmente en posiciones económicas y clasificaciones de mercado diferentes), el titular de la marca puede alegar infracción, pues puede generar un riesgo de confusión o asociación con su signo protegido. Un segundo caso podría ser cuando se usa por parte de un tercero, sin autorización, una marca notoria o renombrada para distinguir un producto o servicio no coincidentes en el mercado, como cuando una persona utiliza la marca *Iphone* para la fabricación y venta de cigarrillos; en este caso, además de generar confusión, constituye un uso indebido de la reputación ajena.
- A propósito de la marca notoria, también se considera infringida cuando es usada, sin permiso, aun para actividades no comerciales, cuando ello pueda causar dilución de su fuerza distintiva, afectar su valor comercial o generar un aprovechamiento parasitario de su prestigio.
- Suprimir o modificar la marca con fines comerciales después de que se hubiese aplicado o colocado sobre los productos para los cuales se ha registrado la misma. Puede ser el caso de una persona que desprende las etiquetas de productos contramarcados para incorporarla a productos no autorizados.
- Fabricar etiquetas, envases, envolturas, embalajes u otros materiales que reproduzcan o contengan la marca, así como comercializar o detentar tales materiales. Se resalta que, en esta conducta, el fabricante puede que no se encuentre compitiendo directamente en el mercado con el titular de la marca, pues, a lo mejor, fabricará para que otra persona la utilice en el mercado, pero, aun en este evento, su sola actividad creadora, y aunque las marquillas no hayan salido de su poder, se considera de igual manera una conducta infractora.

Dicho lo anterior, podemos entender por acción de cesación: aquella en virtud de la cual el titular de un derecho registral puede solicitarle a un juez que, después de declarar que su derecho ha sido infringido de acuerdo a las conductas establecidas en la ley, condene al demandado para que se abstenga de seguir utilizando la marca registrada en el tráfico económico ahora y en el futuro.

La acción de cesación, como su nombre lo indica, tiene razón de ser porque las infracciones marcarias, por lo general, no constituyen un acto aislado, sino que se desarrollan de manera continua (Lobato, 2002, p. 688), por lo que es lógico que los titulares deben tener a su disposición una acción de condena que permita hacer “cesar” la infracción, con la consecuente prohibición de realizar actos de violación en lo sucesivo. Lo que debe imponer el juez en su condena será una obligación de no hacer, que se traduce en dejar de utilizar el signo distintivo violado.

Para que prospere la acción de cesación, no es necesario probar el dolo o culpa del demandado en su actuación infractora; en este estadio, ni siquiera hay que probar la producción de un perjuicio patrimonial (aunque el daño se presume, como se verá), pues basta con que ocurra una circunstancia objetiva: la violación del derecho de marca por el demandado y el riesgo de que dicha violación pueda continuar.

Lo que normalmente solicita el legitimario de la marca es la cesación de los actos que violan su derecho, a través de la adopción de medidas definitivas para evitar que prosigan, además de la solicitud de que se retiren del tráfico económico embalajes, envoltorios, material publicitario, etc. Estas medidas nacen de la sentencia misma y no se pueden confundir con las de carácter cautelar que se pueden solicitar de manera preliminar, y que tienen como finalidad evitar que se incremente el perjuicio mientras el proceso se tramita; en cambio, la sentencia declarativa no tiene efectos temporales, sino permanentes. En todo caso, para solicitar la cesación como medida cautelar, es preciso acreditar la apariencia de buen derecho, *Fumus boni Iuris*, y que esas medidas se tomen con la finalidad de evitar que se agrave el daño y el perjuicio, *Periculum in mora*. Su finalidad es, pues, tomar medidas asegurativas, pero sin que ello tenga trascendencia en el asunto principal (Carceller, 2002, p. 234)⁴.

La solicitud de cesación planteada mediante acción no debe peticionarse de manera genérica, sino que se deberá especificar con claridad qué conducta de las descritas por la ley se debe cesar, cuál es el signo distintivo que no puede ser usado, así como los productos y servicios en relación con los que se prohíbe la utilización del distintivo (Lobato, 2002, p. 689).

⁴ En Colombia, el decreto de medidas cautelares puede solicitarse de forma preventiva, con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios (art. 245 D486).

Alcance de la acción de cesación

Como se intuye, la acción en sentido estricto tiene como teleología detener la infracción y, además, aplicar remedios para que la misma no se perpetre en el tiempo.

Pero interesa preguntar si es posible ejercer la acción de cesación frente a actos preparativos, es decir, frente a una infracción potencial que aún no se materializa en el mercado. El artículo 241 de la D486 no manifiesta de forma palmaria la posibilidad de solicitar la acción de cesación para actos preparatorios, no obstante, se puede concluir que sí es posible, al tenor de la redacción de la parte principal del artículo y el complemento de otras normas al interior de la D486.

En efecto, el artículo 241 en mención manifiesta: “El demandante o denunciante podrá solicitar a la autoridad nacional competente que se ordenen, entre otras, una o más de las siguientes medidas”. Lo que da a entender que las medidas allí no son taxativas, es decir, que las funciones de la acción de cesación no son tan solo cesatorias o remotorias en sentido estricto, sino que también pueden adecuarse para permitir prevenir la infracción antes de que el producto o servicio, ilícitamente contramarcado, llegue al mercado. Pero, además, el artículo 238 dice que el titular del derecho “también podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción”. Igualmente, dentro de las conductas contempladas en el artículo 155 de la D486, le está prohibido a los terceros sin consentimiento de su titular: “c) fabricar etiquetas, envases, envolturas, embalajes u otros materiales que reproduzcan o contengan la marca, así como comercializar o detentar tales materiales”. Visto el literal transcrito, no solo la comercialización de etiquetas, envases, envolturas o embalajes se consideran infractores, sino también su mera tenencia. A su vez, el artículo 156 expone que es una conducta prohibida “importar, exportar, almacenar o transportar productos con ese signo”, con lo que claramente indica que los productos aún no están en el mercado, pero sin duda esa será su finalidad al ejecutar dichas conductas.

Ahora, el ejercicio de la acción bajo esta modalidad no puede usarse a partir de unas simples conjeturas del titular o por información vaga sobre los actos preparativos. El profesor José Massaguer (2017) considera que, para poder hacer uso de esta modalidad de la acción de cesación, debe existir una probabilidad fundada (y no una simple posibilidad), que fáctica y técnicamente permitan creer que pronto el infractor pondrá los productos o servicios contramarcados ilícitamente en el mercado⁵; pero, además, debe constatar que el sujeto infractor está concretando sus preparativos y está dispuesto a ponerlos en práctica. Afirma el profesor que se trata de un juicio de probabilidades, pues no se tiene la certeza de su ocurrencia.

⁵ Podría pensarse en una persona que está realizando trámites para la comercialización de un producto, pero que todavía no lo pone en el mercado porque, por ejemplo, aún no tiene un permiso de la autoridad competente (como el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-INVIMA), pero se logra constatar que en su papelería de trámite reproduce un signo distintivo no autorizado.

Como pruebas que puedan dar cuenta de la probabilidad y la disposición para cometer la infracción, puede echarse mano de investigaciones privadas o periciales que arrojen resultados confidenciales o hacer uso de diligencias de comprobación⁶. También se recomienda, una vez se tienen noticias de una eventual infracción, requerir al sujeto presuntamente infractor, y estar atento a sus respuestas. A juicio de Massaguer (2017) todo lo que no sea una aceptación clara, firme y no condicionada del requerimiento de cese, puede determinar, indiciariamente, la predisposición de la infracción, por lo tanto, no son aceptables o determinantes de la existencia de esa predisposición respuestas tales como reclamar el derecho a realizar esa conducta, aquellas contestaciones que aducen la nulidad del título invocado, que se limitan a decir que no dan información por tratarse de un secreto empresarial u otras que expresen que se tiene en cuenta el requerimiento y se dará respuesta con posterioridad. Todas estas respuestas vagas pueden determinar la existencia del riesgo de estar dispuesto a cometer la infracción.

Por otro lado, también se considera importante delimitar el alcance de las acciones por infracción al derecho de marca y, en particular, la de cesación, con las propias acciones por competencia desleal contempladas en la Ley 256 de 1996 (en adelante LCD)⁷. Y ello, porque a través de la infracción a una marca también pueden tipificarse conductas consideradas como de competencia desleal, en particular, por actos de confusión y engaño, por lo que es posible la concurrencia en un caso concreto de ambas normativas, es decir, la D486 y LCD.

No siempre la infracción a una marca puede considerarse un acto de competencia desleal, y para ello, debe analizarse el alcance de protección de cada una de las normativas en el caso concreto. La D486, en cuanto a sus acciones, protege los derechos registrales del titular de la marca, sus derechos de exclusiva, mientras que la LCD busca proteger la competencia leal entre los comerciantes y evitar que los consumidores sean engañados o confundidos, real o potencialmente. Luego, para que ambos regímenes normativos confluyan, es necesario que los ámbitos de protección de las normas en mención también lo hagan. Sobre este tópico, ha manifestado la Superintendencia de Industria y Comercio (Resolución 509 enero 23 de 2004)⁸:

En consecuencia, si bien las acciones derivadas de la propiedad industrial y las correspondientes a la competencia desleal no son por sí mismas excluyentes, tal conclusión no implica que en todos los casos en que se presente una eventual infracción a los derechos de propiedad industrial dicha infracción conlleve automáticamente la prosperidad de una acción por competencia desleal pues, como se dijo, la Ley 256 de 1996 no sanciona el comportamiento por infringir las normas sobre propiedad industrial, sino por ser un acto de competencia desleal. En tal sentido y como lo afirmó el honorable Tribunal Superior en la providencia arriba citada, a través de un proceso por competencia desleal “resulta viable y procedente que se investigue hasta qué punto, la colocación del símbolo que caracteriza la marca [de un competidor o tercero se agrega]... representa un acto de

⁶ Si en el caso de infracción marcaria, concurren a la vez actos de competencia de desleal, es posible solicitar medidas de comprobación, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 256 de 1996, así: “Las Personas legitimadas para ejercitar acciones de competencia desleal podrán pedir al juez que con carácter urgente decrete la práctica de diligencias para la comprobación de hecho que puedan constituir actos de competencia desleal”.

⁷ Se puede consultar en <https://bit.ly/32CPEOz>

⁸ Se puede consultar en <https://bit.ly/2CRHI10>

engaño, confusión o desorganización con capacidad de incidir de manera efectiva en la esfera de los consumidores de ese sector de la economía”, siendo claros que el objeto del mismo no es resolver sobre la infracción a otro régimen, sino la de declarar fundadas o infundadas unas pretensiones a la luz de las normas sobre competencia desleal.

De todas formas, ante la concurrencia de estas normas y su considerable aplicación, ha estimado la doctrina española:

la normativa marcaria deberá aplicarse de manera preferentemente en materia de protección de marca registrada. De ahí que el régimen de la competencia desleal, quede relegado, en nuestra opinión, aun segundo plano en terreno marcario y a un ámbito de eficacia marginal, pues vendrá no solo a completar la tutela reconocida por el régimen marcario al titular registral, sino también a tutelar los intereses de los consumidores en supuestos excepcionales”. (Gutierrez, 2002, p. 184)

Esta última interpretación es recibida en Colombia, pues el régimen propio de la D486 es de aplicación preferencial como norma comunitaria⁹, y constituye norma especial en materia de propiedad industrial (art. 227).

En conclusión, de lo dicho sobre el alcance de la acción de cesación en materia de propiedad industrial y las acciones por competencia desleal, puede decirse que:

- La infracción marcaria y la competencia desleal mediada por la utilización de una marca tienen finalidades de protección diferentes, aunque puedan confluir. Incluso, ambas acciones pueden sustanciarse por separado. Por tanto, el accionante puede escoger, según su caso concreto, si utiliza las acciones propias de una normatividad o de la otra, o acumula las pretensiones. Además, debe tenerse en cuenta que la LCD también legitima a los consumidores para instaurar la acción, diferente en materia de marcas, donde el legitimado será el titular registral por regla general.
- Si el accionante escoge solo las acciones propias de LCD, no podrá utilizar indistintamente a su caso las contempladas en la D486.
- Si el accionante escoge la acción de cesación o, en general, las acciones propias de la D486, no podrá utilizar indistintamente a su caso las contempladas en la LCD.
- Si el accionante escoge la acción de cesación o, en general, las acciones propias de la D486 y, además, las contempladas en la LCD, las normas contempladas en la D486 se aplicarán de manera preferencial y las contempladas en la LCD de forma complementaria, siempre y cuando concurren los requisitos de aplicación de ambos ordenamientos en el mismo caso.

⁹ La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-234-19 de 29 de mayo de 2019, Magistrada Ponente Dra. Diana Fajardo Rivera, dijo: “En razón al proceso de integración del Estado colombiano a la Comunidad Andina, el derecho derivado expedido, v. gr., por la Comisión Andina de Naciones a través de sus decisiones con pretensiones regulatorias, adquiere vigencia en el País una vez se efectúa su publicación, irradiando efectos directos y de prevalencia. Esto significa que, como lo ha sostenido la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-137 de 1996, se puede solicitar su aplicación por las autoridades nacionales y, del otro lado, en casos de conflicto desplaza la norma nacional, sin que por tal motivo se genere su derogatoria o pérdida de validez”.

Legitimación activa

El artículo 238 de la D486 legitima, para instaurar la acción de cesación, al titular de un derecho protegido conforme al sistema de carácter atributivo contemplado en el artículo 154 de la misma obra. Es decir, quien se encuentra legitimado naturalmente es quien aparece como propietario en el registro marcario.

El mismo artículo 238 indica que, en caso de comunidad o copropiedad sobre la marca, legitima a cualquiera de los cotitulares para entablar la acción, salvo que los cotitulares hayan acordado otra cosa, como que será necesario la aquiescencia o comparecencia de la totalidad o de alguno de los titulares. Esto tiene gran relevancia en materia procesal, pues si los titulares no dijeron nada y solo uno de ellos emprende la acción de cesación, e inclusive la acción por indemnización de perjuicios, los demás cotitulares tendrán la calidad de litisconsortes cuasi necesarios, lo que implica que, aunque no comparezcan, los efectos de la sentencia los vincularán completamente, como se indica en el artículo 62 del Código General del Proceso. En caso de que los cotitulares acuerden que las acciones por infracción al derecho de marcas deben involucrar a todos los copropietarios, la acción deberá entabarse por todos, al considerarse que existe un litisconsorcio necesario¹⁰ (Andrade Perafán, 2011, p. 107). Con todo, es deseable que, si solo alguno de los cotitulares pretende iniciar la acción de cesación, procure notificar a los restantes comuneros para que puedan sumarse a la acción y contribuyan a los gastos que se puedan producir en la defensa del derecho.

¿Qué pasa con aquella persona que no obtiene el registro de una marca cuando tenía derecho a ello y es despojada de ese derecho mediante el registro que hace otra persona?, ¿puede igualmente hacer uso de la acción de cesación? La respuesta de inmediato debe ser no, incluso en el caso de que el tercero registrante lo haya hecho de mala fe. La respuesta no solo la sustenta la legitimación registral del derecho que faculta en principio a su titular para instaurar dicha acción, sino también porque para este caso la legislación comunitaria tiene un remedio particular que es la acción reivindicatoria contemplada en el artículo 237¹¹, que tiene como legitimario a quien tuvo derecho también a ser registrado como titular de la marca.

Aunque el fundamento de legitimación para entablar la acción lo sostiene el registro, de forma excepcional el titular de una marca no registrada en Colombia podrá hacer uso de la acción de cesación, si prueba que dicho signo es notorio.

¹⁰ Se sugiere contrastar con el artículo 61 del Código General del Proceso.

¹¹ Dice el artículo en su inciso 2: “Cuando un registro de marca se hubiese solicitado u obtenido en perjuicio de otra persona que también tuviese tal derecho, la persona afectada podrá reivindicarlo ante la autoridad nacional competente pidiendo que se le reconozca como cosolicitante o cotitular del derecho”.

Se entiende por marca notoria aquella que es de gran reconocimiento en el mercado, o por gran parte del público al que van dirigidos los productos o servicios ofertados. El artículo 229 de la D486 prescribe que no se negará el carácter de notoria a una marca por el simple hecho de no estar registrada y, más adelante, sin entrar a distinguir entre si se trata de una marca notoria registrada o no, faculta al titular para entablar todas las acciones legales que correspondan (art. 231). Sin duda, el alcance de una marca notoria (aunque no esté registrada), no solo genera la posibilidad de oponerse en trámites administrativos de registro a signos iguales o similares o a meras acciones de nulidad, sino también, se cree, de manera activa, proponer acciones de cesación, pues su alcance supera el principio de territorialidad del registro. Para ello, en el trámite de la misma acción judicial, el interesado deberá demostrar que, efectivamente, se trata de una marca notoria, cumpliendo con todos los requisitos legales, se insiste, aunque no esté registrada¹².

Si en el respectivo proceso donde se alega la protección de una marca notoria no registrada, dicha notoriedad carece de prueba, es obvio que se desestimará la pretensión cesatoria así haya probado un uso del signo en el mercado; esto bajo la premisa general de la falta de protección de las marcas no registradas. En cambio, y para notar el contraste frente a una marca registrada que pretende protegerse como notoria, la falta de prueba de su notoriedad no frustraría la acción de cesación, pero podrá tener incidencia al momento de la valoración del perjuicio, el que se presume mayor cuando se trata de una marca notoria¹³.

¿Puede un licenciario¹⁴ instaurar la acción de cesación? No se regula dicha situación en la D486, sin embargo, el Código de Comercio colombiano contempla en su artículo 564, en relación con las patentes, la siguiente disposición:

El titular de la patente y el beneficiario de una licencia podrán ejercer conjunta o separadamente las acciones legales que sean del caso en la defensa de los derechos que confiere la patente.

Cuando la demanda la inicia el beneficiario de la licencia deberá notificarse personalmente, al titular de la patente.

Se considera que, por analogía, dicha disposición puede aplicarse en materia de marcas, con su mismo alcance y limitación. Y ello debe ser así porque el licenciario puede enterarse antes que los titulares de la marca licenciada que terceros la usan sin autorización, en cuyo caso se les permite presentar la acción en procura de proteger, en el menor tiempo posible, los derechos de la marca en los que tienen interés, pero con la obligación de notificar la

¹² En relación con la protección de la marca notoria en general (registrada o no), se reitera, es necesario previamente probar dicha notoriedad (por intermedio de la publicidad que se ha hecho a la marca, sondeo de su conocimiento, estudio de mercado sobre la difusión de la marca, entre otros), pero, además, será necesario, a la luz del artículo 156 de la D486, que el uso que ha realizado el tercero, introduciendo, vendiendo, distribuyendo, exportando, almacenando, utilizando el signo en publicidad, produjo un daño comercial o un aprovechamiento injusto de la marca. Como se observa, para poder estructurar la infracción de una marca como notoria, no basta con acreditar tal calidad, sino su uso en el mercado, de conformidad con el referido artículo (Lizarazu Montoya, 2014, p. 107).

¹³ De hecho, el Decreto 2264 de 2014, sobre indemnizaciones prestablecidas, contempla el incremento del monto indemnizable hasta en doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la marca infringida haya sido declarada como notoria por el juez.

¹⁴ Entiéndase por licencia de marca como: “aquel contrato por el que el titular (o el solicitante) de la marca, o cualquier persona con derecho a disponer de ella, de forma voluntaria y sin perder su derecho sobre la marca, concede a otra persona el derecho a realizar, en las condiciones y con los límites fijados en el mismo y sin ser titular de ésta, actos de explotación de la marca, que a falta de tal consentimiento podrían prohibirse” (Baeza, 2000, p. 101).

demanda al titular del registro marcario, por lo que se debe constituir un litisconsorcio necesario. Pero en el entre tanto, es decir, mientras se surte la notificación al titular del derecho marcario, el licenciario podrá solicitar las medidas cautelares a que haya lugar.

Pero la norma indica que la notificación debe ser personal, por lo que, aparentemente, no permitiría una notificación mediante emplazamiento. Debería salvarse dicho escoyo, pues, ante el eventual caso de desconocerse el paradero del titular del registro, podría entorpecerse la defensa del derecho por parte del licenciante, con el consecuente perjuicio para el titular.

Que se permita instaurar acciones cesatorias a los licenciarios tiene mucho sentido, no obstante, podrá encontrar dificultades para efectos del reclamo de daños y perjuicios como consecuencia de dicha acción, pues se debe ser cuidadoso para no incurrir en doble pago de indemnizaciones. En estos casos, el único legitimado para solicitar los perjuicios de acuerdo a las directrices contempladas en el artículo 243 de la D486 (que se tratará más adelante), atañen únicamente el titular del registro; los licenciarios deberán probar los daños que consideren que se les han irrogado conforme a las normas de responsabilidad tradicionales.

Legitimación pasiva

Se trata de aquellas personas naturales o jurídicas que infringen el derecho de marca actuando a partir de algunas de las conductas descritas en el artículo 155 de la D486. En general, lesionan el derecho de marcas aquellas personas que, sin consentimiento de su titular, transgreden su derecho utilizando en el tráfico económico una marca o signo idéntico o semejante, entendiéndose por tal la semejanza entre los signos y la similitud entre los productos y servicios que puedan inducir a errores o suprimiendo dicha marca sin el expreso consentimiento del titular (Barona, 1992, p. 54).

Un problema particular se plantea cuando el infractor es una entidad estatal y se pretende demandar por la vulneración de la marca. Una primera idea acerca de la norma sustancial y, por ende, la competencia aplicable para procesar la infracción, sería instaurar una acción de reparación directa de conformidad con el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo colombiano (en adelante CPACA). Pero se considera que la competencia es de los jueces civiles (incluida la SIC en ejercicio de funciones jurisdiccionales), pues el bien jurídico tutelado es de naturaleza eminentemente mercantil; además, la acción de cesación es regulada íntegramente por la D486 que, de igual manera, es de carácter mercantil. En el pasado, en discusiones referentes a la jurisdicción y normatividad aplicable en asuntos que se involucren bienes de carácter mercantil en controversias con el Estado, el Consejo de Estado colombiano se ha decantado por indicar que las

normas y jurisdicción aplicables son las civiles. Así, por ejemplo, ha sostenido el mencionado órgano colegiado (Sentencia 14503, 2000) que, cuando el proceso ejecutivo provenga un título-valor, así tenga por causa un contrato estatal, siempre la jurisdicción competente es la ordinaria dada la naturaleza mercantil de dicho bien; por lo que, *mutatis mutandi*, podemos extraer dicho fundamento general para aplicarlo al caso concreto que ocupa este escrito.

Agréguese a lo anterior que el artículo 20 del CGP contempla como competencia de los jueces civiles, en primera instancia, “los relativos a propiedad intelectual que no estén atribuidos a la jurisdicción contencioso administrativa”. Y en este mismo orden de ideas, la única controversia que conoce la jurisdicción contenciosa en materia de propiedad industrial está contemplada en el artículo 172 de la D486, en relación o concordancia, con el artículo 138 numeral 7 del CPACA, que hace referencia a la declaratoria de nulidad del registro marcario. Esta competencia está encuadrada, en razón a que, la concesión del registro lo ha efectuado una autoridad administrativa de alto nivel (la SIC) mediante un acto administrativo, por lo que, si se pretende dejar sin efectos dicho acto, la acción correspondiente será la de nulidad ante el Consejo de Estado.

No menos problemático es examinar si el demandado puede proponer como excepción de mérito o fondo la caducidad de la marca por falta de uso¹⁵. El artículo 167 del D486 plantea la cancelación por falta de uso como un procedimiento administrativo¹⁶ a proponer ante “la oficina nacional competente” que es la SIC, o como defensa ante una oposición de un tercero al interior de un procedimiento que busca conceder el registro de marca. Para poder iniciar dicha actuación administrativa de cancelación o poder proponerla como defensa ante una oposición, se debe alegar que el titular de la marca no la viene utilizando¹⁷ directa o indirectamente, o por intermedio de un licenciataria, durante los tres años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación, o de la defensa en el procedimiento de oposición. Como se puede observar, la acción de cancelación es de estirpe procedimental (se presenta ante la Oficina Nacional competente) y como defensa, solo puede proponerse en un procedimiento de oposición de un registro marcario. Esto da a entender, al menos desde el punto de vista legal, que la cancelación no procedería judicialmente, y mucho menos podría proponerse como excepción de mérito o fondo en un proceso judicial, donde se ventila una acción de cesación.

¹⁵ La concesión de un registro marcario conlleva el deber de utilizarlo en el mercado, pues su uso genera un monopolio del signo para los productos y servicios que representa, por tanto, la inactividad del titular puede perjudicar a sus competidores para usar un signo igual o similar al del desinteresado.

¹⁶ Ha dicho la SIC (Resolución 34735, 2003) “La acción de cancelación es el trámite administrativo contemplado en el derecho comunitario que tiene por objeto valorar el ejercicio que el titular de la marca ha ejecutado en la comercialización de los productos identificados con el signo dentro de un término especial, tres años anteriores a la fecha de solicitud de cancelación”.

¹⁷ El artículo 166 D486 expresa que una marca se encuentra en uso cuando los productos o servicios que ella distingue han sido puestos en el comercio o se encuentran disponibles en el mercado bajo esa marca, en la cantidad y del modo que normalmente corresponde, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios y las modalidades bajo las cuales se efectúa su comercialización en el mercado.

Para dar ejemplos de otras latitudes, en España, la Ley de Marcas Española (Ley 17/2001)¹⁸, en su artículo 41 numeral 2¹⁹, plantea explícitamente que la caducidad por falta de uso puede proponerse como excepción de mérito o fondo frente a una acción por presunta infracción marcaria. Para ello, el demandado propone la excepción y de inmediato el demandante tiene la carga de la prueba para acreditar que ha venido usando la marca durante los 5 años anteriores a la presentación de la acción²⁰. Este artículo hace eco de la imposibilidad para una marca que no cumple con la obligación de uso y, por lo tanto, en una situación registral que se podría calificar de ficticia, pueda ser utilizada infundadamente en acciones por infracción (Ferrandis, 2002, p. 41). En el derecho español, proponer solo la excepción de falta de uso tendría efectos *inter partes*, pero si el accionado a la vez propone la caducidad mediante demanda de reconversión, podrá solicitar la extinción del signo distintivo, lo que generaría efectos *erga omnes*.

Así las cosas, en Colombia no está contemplada la posibilidad de proponer la caducidad del registro marcario por falta de uso como excepción de mérito o aun como reconversión, bajo el entendido de que la declaratoria de dicha situación fáctica debe realizarse por la SIC, por intermedio de un acto administrativo y, en caso de controversia, después de agotada la vía administrativa, podrá ser conocida por el Consejo de Estado, mediante la acción de nulidad. Por eso no sería posible que un juez de la República, incluida la SIC, cumpliendo funciones jurisdiccionales, pudiera declararla vía judicial, pues se insiste en que la naturaleza del acto que declara la caducidad de la marca por falta de uso, por configuración legislativa, es de carácter administrativo, mas no judicial, por lo que, *lege ferenda*, es mucho más completa la legislación española.

Para finalizar este acápite, aunque el artículo 241 de la D486 contempla como acción independiente el retiro de los circuitos comerciales los productos resultantes de la infracción, además de las etiquetas, publicidad, entre otros, se trata de una pretensión consecuen- cial de la principal, que es la cesación en alguna de sus modalidades. Complementario a la norma comunitaria, el artículo 2 de la Ley 1648 de 2013²¹ permite, a su vez, la destrucción de los mismos productos, etiquetas o publicidad utilizados para cometer la infracción.

¹⁸ Se puede consultar en <https://bit.ly/3fbNOa3>

¹⁹ También indica la mencionada disposición, que si el demandado por una infracción marcaria lo solicita, el titular de la marca acreditará que, durante el periodo de cinco años anterior a la fecha de presentación de la acción, la marca se usó efectivamente.

²⁰ Por lo que recomienda la doctrina española que el demandante, con la presentación de la demanda, debe probar de una vez su titularidad por el uso en el mercado de la marca; además, para poder pedir la medida cautelar, la que se justifica si el demandante cumple con la obligación de uso legalmente impuesta.

²¹ Se puede consultar en <https://bit.ly/337bPwp>

La acción de indemnización de perjuicios

La responsabilidad civil, sin importar el interés jurídico tutelado (patrimonial o extrapatrimonial), tiene como finalidad esencial obligar al responsable de una conducta ilícita a indemnizar los perjuicios por los daños ocasionados. Pero, siendo más concretos, los perjuicios causados a los derechos de propiedad deben repararse básicamente a la luz de los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

Lo inmediatamente dicho no tendría mayor problema en valorarse cuando el daño ha sido infligido a bienes de estirpe material o corpóreo. Pero cuando el daño patrimonial se cierne sobre bienes de carácter inmaterial (como la propiedad industrial o derechos de autor) la reparación del daño a partir de los conceptos de daño emergente y lucro cesante puede tornarse inverosímil y hasta insuficiente, justamente por la especialísima calidad de este último tipo de bienes.

Para explicar mejor lo dicho en las anteriores líneas, podría pensarse por ejemplo en un accidente de tránsito donde se ve involucrado un vehículo de servicio público. Si lo que se pretende es valorar los daños patrimoniales causados al titular de dicho bien, podríamos decir que el daño emergente comprenderá los gastos en que incurra el afectado para la reparación del daño causado, y el lucro cesante, el valor de las ganancias dejadas de percibir mientras el vehículo se encuentra fuera de servicio. Para esto último, bastará con calcular el promedio de ganancia por día y multiplicarlo por el número de días de vacancia.

En este mismo orden de ideas, ahora imagínese un competidor que imita sin autorización una marca protegida. Muy seguramente al titular de dichos derechos exclusivos se le generarán daños y perjuicios. Pero, acto seguido, la pregunta relevante será ¿cómo se indemnizan? Se reitera, la intangibilidad de la marca se ve reflejada en la representación que logra el empresario en la mente de los consumidores de los productos o servicios, que ofrece a partir de un signo o símbolo que ha venido empleando para tal fin. Por tanto, cuando el infractor utiliza un signo distintivo de forma ilícita, lo que hace es, por un lado, atentar contra un derecho patrimonial protegido por el legislador y, por otro, alterar esa relación mental que ya tenía el consumidor sobre el signo distintivo y los productos o servicios que representa, menoscabando los intereses del titular, bien sea porque desvía la clientela o bien porque le resta credibilidad a la marca y, por ende, al origen empresarial.

Haciendo un parangón de los ejemplos expuestos, puede observarse cómo, en el caso del vehículo de servicio público, el lucro cesante está vinculado inexorablemente al “cese” de la explotación del mismo, en otras palabras, no poder utilizar dicho bien trae como consecuencia no poder obtener ganancias. En cambio, en materia de marcas, como bien inmaterial, la marca puede ser reproducida de manera repetida en varios lugares, lo que también pueden hacer los infractores. Además, debido también a ese carácter inmaterial, el

control de su protección difiere de los que se pueden ejecutar sobre bienes corporales (cajas de seguridad, vigilancia privada, vigilancia mediante cámaras, entre otros). Esto implica que las reglas tradicionales de la responsabilidad y, en particular, la indemnización del lucro cesante, en muchas ocasiones, sean insuficientes para calcular el perjuicio, en especial por la dificultad probatoria.

Como bien lo indica el profesor Fernández-Novoa (2002), estas inquietudes acerca de la indemnización del daño en general en los derechos de propiedad intelectual, vienen desde mucho tiempo atrás, pero desde el siglo XIX, a partir de la jurisprudencia alemana (Sentencia del *Reichsgericht* de 8 de junio de 1895), se impuso la doctrina del triple método para calcular la indemnización de daños y perjuicios, cuya solución consistía en que el titular del derecho infringido podría optar por uno de los siguientes módulos de indemnización: “i) los beneficios que el titular del derecho de exclusiva hubiera obtenido si no hubiera tenido lugar la infracción; ii) los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación del derecho de exclusiva; iii) el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido explotar el bien inmaterial conforme a Derecho” (p. 503).

Después de allí, para abreviar, dicha doctrina empezó a permear diferentes tratados internacionales y normativas nacionales. En Colombia, en esencia, se mantiene el sistema del triple computo del daño desde su génesis, y con ello, criterios indemnizatorios propios del enriquecimiento sin causa por intromisión en derecho ajeno.

En efecto, la D486 dice en su artículo 243²²:

Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes:

- a) el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción;
- b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción;
- c) o el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.

Si se observa, los literales b y c contemplan, como criterios indemnizatorios, los beneficios económicos obtenidos por el infractor y el precio que hubiese pagado el infractor por una licencia, calculados hipotéticamente. Estos criterios introducidos por la jurisprudencia alemana se salen de los cánones tradicionales de indemnización por el daño a las cosas (daño emergente y lucro cesante), pero tienen una finalidad también de resarcir. Su propósito es resarcir por la utilización ilegal de bienes ajenos que le han generado beneficios económicos al infractor, los que le corresponden al verdadero titular del derecho. Es decir, se considera

²² Este artículo no solo es aplicable a las marcas, sino también a las nuevas creaciones como las patentes y los diseños industriales.

que “el enriquecimiento obtenido con la utilización indebida de una propiedad intelectual ajena, es injustificado y por ello en virtud de la *condictio* de enriquecimiento se deberá el lucro que el autor de la intromisión obtenga” (Diez-Picazo, 1988, p. 118)²³.

El daño en materia de marcas

En materia de responsabilidad civil, es claro que el daño es un elemento esencial para luego proceder a repararlo, y esta premisa no es ajena al derecho de marcas. Pero la dificultad radica en comprender cuándo se considera que existe un daño. Para ello podrían plantearse los siguientes interrogantes: ¿El daño es un presupuesto de la infracción? ¿La infracción es un presupuesto del daño? ¿Es la infracción al mismo tiempo el daño? La solución a estos interrogantes será notable al momento de aplicar los criterios del artículo 243 de la D486.

A la primera pregunta se responde: el daño no es un presupuesto de la infracción. Ello se sustrae de lo que habíamos dicho en el momento de plantear la acción de cesación, bastará con que un tercero ejecute una o algunas de las conductas descritas en el artículo 238 de la D486, sin importar su comportamiento doloso o culpable, para que de forma objetiva se considere que existe una infracción. El argumento se refuerza cuando, según se explicó, la norma comunitaria contempla como infracción la “inminencia” o el riesgo de infracción; ahora, si aún el riesgo se considera una infracción, con mayor razón el daño no podría ser un presupuesto de la infracción. Sígase de ello que el registro marcario es un registro público, es decir, es de libre acceso para todas las personas²⁴, lo que lo hace oponible como cualquier otro (registro mercantil, registro inmobiliario), por lo que no es de recibo que alguien utilice un signo distintivo sin autorización alegando que desconocía su existencia.

En respuesta a la segunda pregunta, existen quienes afirman que se debe diferenciar entre infracción y daño, es decir, acaecida una infracción, para poder indemnizarse, debe acreditarse un daño, o bien, que es posible que exista infracción sin daño.

En efecto, alguna parte de la doctrina nacional plantea que, al parecer, sí está de acuerdo con dicha diferenciación, sin decir explícitamente que existe una diferencia entre infracción y daño. Por ejemplo, el doctrinante José Fernando Sandoval (2017) sostiene que lo que contempla el artículo 243 de la D486 no son criterios para indemnizar los daños y perjuicios, sino daños en sí mismos, por lo que aduce que, sin importar el tipo de daño que se escoja, su ocurrencia debe estar plenamente demostrada (p. 63). Por ende, dicho argumento implícitamente diferencia entre infracción y daño, pues el daño no sería la infracción en sí misma, sino los contemplados en el artículo 243. Dicha tesis nos podría dar a creer que,

²³ Más adelante se puntualizará un poco más, cuando se aborden los criterios indemnizatorios propiamente dichos.

²⁴ En la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio se puede acceder a los registros marcarios de forma gratuita.

aunque exista una infracción, de no ser probado uno de los tipos de daño descritos por el legislador (según el autor), no habría lugar a indemnización. En este mismo sentido, la SIC, en Sentencia del 15 de junio de 2016 (Expediente 2015-170623)²⁵, adhería a esta teoría que los criterios enlistados en el artículo 243 realmente son tipologías de daños y que deberían probarse porque de ninguna manera opera sobre ellos alguna presunción (aunque, como se verá, más tarde reconsideraría su postura)²⁶.

Dando respuesta al tercer interrogante y que será la posición que se sostiene en este escrito, se defiende la postura de que toda infracción al derecho de marca conlleva un daño. El maestro Javier Tamayo (2015) sostiene, desde la teoría de la responsabilidad civil, que todo daño presupone un perjuicio, porque si se aceptara dicho desdoblamiento, llegaríamos al absurdo de que bienes jurídicos que protege el legislador no tendrían derecho a indemnizarse, por ende, si consideramos que un bien patrimonial, una vez lesionado, no se protege, debería concluirse que no se está frente a un bien perteneciente a un individuo. Agrega el mencionado autor que las cosas son protegidas cuando el Estado faculta a los particulares para que los disfruten y si ese disfrute es interrumpido ilícitamente por un tercero, lesiona las facultades de disfrute del bien que tiene la víctima (p. 329).

Es un hecho que los derechos de propiedad exclusivos sobre una marca son protegidos por el Estado desde el momento del registro, tal como lo señala el artículo 154 de la D486: “El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro”. Es decir, una vez obtenido el registro, los atributos de uso, goce y disposición sobre el signo distintivo, le pertenecen a su titular, por ende, desde entonces, se trata de un bien jurídico protegido por el Estado. Fíjese que no es necesario que se esté usando el signo o siquiera exista una promesa de uso para poder adquirir su derecho, el Estado otorga acción al “titular de un derecho protegido en virtud de esta Decisión... (art 238, D486). Así mismo, el artículo 155 revela que “el registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos” y acto seguido, procede el mismo artículo a describir las conductas infractoras, que como ya lo hemos descrito, van desde la mera detentación de productos infractores, pasando por su uso, pero también castigando el riesgo inminente de infracción.

²⁵ Citada en la Sentencia número 1600 de 2018 de la misma entidad.

²⁶ En la jurisprudencia internacional también puede encontrarse una reciente postura del Tribunal Supremo español, que contempla que no siempre la infracción a una marca conlleva un perjuicio (Recurso de Casación, 2019). Dijo citándose así misma: “La doctrina general de esta Sala en materia de resarcimiento de daños y perjuicios es la de que no se presumen, sino que deben acreditarse por quien los reclama, tanto la existencia como su importe (...). Esta doctrina, pacífica y reiterada, *tiene una excepción* en la propia jurisprudencia, la cual estima correcta la presunción de existencia del daño (aparte, claro está, cuando haya una norma legal específica) cuando se produce una situación en que los daños y perjuicios se revelan como reales y efectivos. Se trata de supuestos en que la existencia del daño se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. Se produce una situación en que ‘habla la cosa misma’ (‘ex re ipsa’), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella”. Se destaca de la sentencia inmediatamente reseñada: la regla general es que el daño debe probarse. Pero de forma excepcional, cuando la infracción de la marca sea evidente, real o efectiva, se presume el daño. Además, cuando exista infracción, y no existen perjuicios materiales o beneficios económicos del infractor, no existirá daño. Dicha sentencia deja como inconveniente qué se debe entender por “*daños y perjuicios (que) se revelan como reales y efectivos*”? Se tratará de una marca que efectivamente se usa en el mercado por el infractor sin detenerse en la prueba de las consecuencias materiales dañinas? o que, usándose, efectivamente produce un perjuicio material al titular?, ¿se sugiere tácitamente en la mencionada sentencia que la utilización de una marca por un infractor, que aún no la usa en el mercado, es una infracción que no se considera daño y, por ende, no debe ser indemnizada? No se sabe.

La protección de la marca no necesariamente se condiciona al uso en el comercio por su titular, sino que su protección deviene de su posibilidad para distinguir productos o servicios, por tanto, se considera que la marca como signo manifiesta de manera autónoma una actividad económica, de ahí que ni siquiera se deba tener la calidad de empresario para obtener su registro (Curto Polo, 2002, p. 42). Esto último tiene un gran alcance, pues, aunque es cierto que en gran medida las infracciones marcarias tienen su mayor manifestación dañina frente a signos que se utilizan directamente en el mercado, también se considerará infracción marcaria aquella utilización inconsulta por un tercero, así su titular aun no la use en el comercio. Es obvio que la intensidad del daño es mayor cuando su utilización es prolongada en el mercado y ha causado confusión, por lo que, muy posiblemente, en estos eventos, la indemnización, como los criterios para ponderarla, se amplían.

¿Podría darse un caso en el que, pese a que exista un derecho de propiedad otorgado por el Estado, que además se considere infraccionado, no exista daño? Se considera que no.

La infracción de una marca (como a cualquier derecho de propiedad intelectual), conlleva *per se* un “daño inmaterial puro”, que se resume en el atentado contra el derecho de propiedad y de uso exclusivo sobre un signo distintivo, más allá de si la infracción causa perjuicios materiales a su titular (como pérdida de ganancias), pues la infracción invade las potestades, privilegios y derechos de exclusiva que previamente la ley le ha concedido. Partir de la existencia de una infracción y no indemnizarla, o sea, obrar como si nada hubiese pasado, desincentivaría la lucha contra la infracción.

El profesor Fernando Moreno Quijano (2015), a partir de un caso de la jurisprudencia anglosajona donde un tercero utilizó sin autorización un caballo sin menoscabarlo (incluso de forma curiosa, mejorándolo)²⁷, afirma que, de todas formas, existe daño por el solo atentado contra un derecho, sin necesidad de probar una repercusión o perjuicio. Prosigue diciendo que existen derechos (incluye los de propiedad intelectual), en los que “(ii) No es necesario un daño material ... se trata del llamado ‘daño inmaterial puro’, término referido a daños por afectación de un derecho sin dañar su sede material o corporal, o de un derecho que carece de sede material o corporal”.

La actual posición de la SIC (Sentencia 1600, 2018)²⁸, no parece alejada de esta postura²⁹. Después de traer a colación conceptos sobre daño y perjuicio de la jurisprudencia de la Corte de Suprema de Justicia, dijo:

²⁷ El dueño descubrió que el caballo trotaba mucho mejor y que le había convenido el ejercicio.

²⁸ Se puede consultar en <https://bit.ly/2WCvb8G>

²⁹ Sin embargo, luego se verá que en esta misma providencia confunde los criterios del artículo 243 de la D486 con modalidades de perjuicios.

Al ser aplicada a la anterior definición a los procesos por infracción de derechos de propiedad industrial, debe afirmarse que en esta materia el daño se ve materializado en la infracción del derecho de propiedad industrial, esto es, en la vulneración de las prerrogativas exclusivas que ostenta el titular. Lo anterior en tanto que el uso no autorizado constituye una afrenta a la exclusividad que confieren las normas en la Decisión 486 de 2000.

En definitiva, la D486 contempla frente a las infracciones un enfoque normativista del daño. Bajo dicho enfoque, es el legislador el que establece las pautas de lo que debe considerarse daño.

Esto significa que lo determinante aquí no es la vivencia subjetiva de un evento como dañoso, ni existe una objetividad del daño en sí, sino que en cada sistema de RDE (Responsabilidad por Daño Extracontractual) se toma como daño solamente aquel que encaje en los parámetros normativos correspondientes, a tenor del respectivo sistema. Son estándares jurídico-normativos los que dibujan el concepto de daño que a estos efectos cuenta. (García Amado, 2013, p. 257)

La indemnización del daño en materia marcaria

Generada la infracción, y con ello el daño, corresponde ahora indemnizarlo. Para ello, el artículo 243 de la D486 trae unos criterios para fijar su *quantum*. Vale decir que considerar el artículo 243 como contentivo de criterios de indemnización de los perjuicios, no es pacífico en la doctrina nacional ni en las decisiones judiciales de la SIC, pues han dicho que se trata de tipologías de daño y tipologías de perjuicios.

Para quienes consideran que lo que regula el artículo 243 son daños, argumentan que cada uno de los literales soporta tipologías diferentes, por ejemplo, que el lucro cesante sería un daño, los beneficios obtenidos por el infractor, otro, y la llamada licencia hipotética, otro; así que quien crea que se le ha causado alguno de ellos, deberá probarlo, y luego deberá probar la cuantía de los daños por intermedio de figuras como el juramento estimatorio, las indemnizaciones preestablecidas y demás medios de prueba ordinarios (Sandoval Gutierrez, 2017).

La SIC también mantuvo la anterior postura desde el año de 2016, pero en la Sentencia 1600 del 2018 cambió de posición para sostener que en realidad el artículo 243 no contiene modalidades de daño, sino de perjuicios. Desde luego, el principal cambio de fondo no fue este, sino que, de ahora en adelante, acepta que toda infracción conlleva un daño, decisión contraria a la anterior, en la que, además de la infracción, debe probarse un daño.

La tesis formulada en este escrito es la tradicional, es decir, el artículo 243 configura criterios para indemnizar los daños y perjuicios. No se comparte la teoría según la cual el artículo 243 contempla tipología de daños; como se advirtió, dicha postura desconoce

que en materia de propiedad industrial existe el daño normativo (entendida como la ecuación infracción=daño). El reparo a esta teoría es que desdobra el daño como elemento de la responsabilidad de la infracción, lo que podría llevar a casos en los que, aunque existan infracciones flagrantes, se desconozca su indemnización porque, según esta postura, falta la prueba del daño (por ejemplo, por negligencia de parte), y si no hay daño, no habrá responsabilidad. En el evento comentado, con la posición que se defiende aquí, la solución sería diferente: como el daño está acreditado con la infracción, aunque exista prueba deficitaria del *quantum* del perjuicio, deberá el juez, incluso conforme a criterios de equidad, valorar los daños irrogados a las personas y las cosas, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Tampoco se comparte completamente la tesis de la SIC porque, de conformidad con la génesis del artículo 243, y en particular con los literales b y c, no fue intención del legislador catalogarlos como perjuicios, sino como criterios; algunos de ellos tienen sus raíces en la institución del enriquecimiento sin causa, cuya finalidad no encaja en la naturaleza de perjuicio propiamente dicho. Con todo, se comparte con la SIC lo más importante, y es que la infracción marcaría sobrelleva un daño, por lo que quizás, al final, considerar si el artículo 243 contempla tipos de perjuicios o criterios, hasta aquí, puede ser un simple juego de palabras, no obstante, es interesante discutirlo al menos desde el punto de vista dogmático. Por ello se insiste, además de lo dicho, en que la posición de la SIC confunde el instrumento (los criterios) con el resultado de su aplicación, lo que se trataría en realidad de los perjuicios indemnizables en el caso concreto. Además, aunque se trate de un argumento literal, la norma comunitaria habla de “calcular” y “criterios”, no hay duda de que ese es su cometido expreso, así que, como indica el artículo 27 del Código Civil, “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

A continuación, se presentarán cada uno de los criterios contemplados por el legislador comunitario para cuantificar el daño.

El daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción

Para comenzar, se equivocó el legislador andino en incluir el daño emergente como criterio de indemnización, no está bien situado. No siguió, extrañamente, la teoría del triple cómputo del daño alemán. Debió excluirse de este ítem y que él mismo fuera tratado por las normas generales de la responsabilidad civil, pues es claro que el daño emergente no es un criterio,

sino un daño. Que se haya considerado el daño emergente en el artículo 243 de la D486, ha dado razones a quienes indican que el mencionado artículo lo que contempla son daños y no criterios.

Con todo, es lógico que la infracción puede generar un daño emergente, como lo podrían ser los gastos y desembolsos que haya tenido que sufragar el titular del derecho, tendientes a determinar que la marca se está infringiendo o los gastos correspondientes a contrarrestar lo más rápido posible los efectos de la infracción, como podría ser la publicidad a consumidores y proveedores del titular con el fin de advertirles de la infracción, entre otros (García Martín, 2003, p. 657).

En cuanto al lucro cesante, vendría a corresponder, según la tradición del triple cómputo de daños, a las pérdidas sufridas por el titular de la marca como consecuencia de la infracción. El legislador comunitario, al hablar del lucro cesante, no lo hizo aquí en calidad de un daño, sino como un criterio, pues, como se dijo anteriormente, el daño previamente se produjo, por lo que queda ahora determinar los perjuicios. Bajo este criterio, se debe establecer que, de forma causal a la infracción, se produjo una disminución en las ventas del titular de la marca; su posición de disfrute, de ventaja concurrencial, se ve afectada por la infracción bajando su cuota de mercado y, como consecuencia, bajan las ventas que debía obtener. El lucro cesante en estos términos, en la práctica, es difícil de probar, tal como lo advertíamos en el segmento introductorio de este epígrafe.

El monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción

La doctrina ha considerado que este criterio, desde sus inicios, está anclado a pautas propias del enriquecimiento injustificado por explotación económica indebida al entrometerse en el derecho ajeno “implantando inorgánicamente pautas propias de la acción de enriquecimiento injustificado en una *actio* clásica de resarcimiento de daños y perjuicios” (Fernández-Novoa, 1997, p. 18).

Este criterio permite probar el perjuicio a partir de las ventajas económicas que ha proveído la infracción y permite al titular de la marca exigir la devolución del enriquecimiento positivo que haya obtenido como consecuencia de la infracción; claro que, para ello, se requiere conocer los documentos comerciales del infractor. El artículo 264 del CGP contempla que los libros de comercio constituyen plena prueba en controversias mercan-

tiles, pero, además, deriva consecuencias negativas de no llevarlos o no aportarlos. Por ello, haciendo uso de la carga dinámica de la prueba, como indica el artículo 167 del CGP, el accionante podrá exigir que el demandado los aporte³⁰.

A simple vista, podría decirse que dicho criterio es confundible con el anterior, bajo el entendido de que los beneficios del infractor, a la vez, son las ganancias dejadas de percibir por el titular de la marca, pero esto no es así, difícilmente coinciden. Si el lucro cesante es la ganancia que se deja de obtener por la infracción de la marca, el beneficio del infractor no se trata de un gasto que deba hacer el titular del derecho ni tampoco una ganancia dejada de obtener, pues no existe una equivalencia entre ambos (Botero Aristizabal, 2007, p. 34), se trata de dos criterios diferentes.

...o, el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido

Este criterio, también desde sus orígenes, contiene elementos propios del enriquecimiento sin causa. Menciona el Profesor Fernández-Novoa (1997) que la norma parte de una ficción jurídica, que supone que el titular de la marca ha otorgado una licencia al infractor (p. 48). El canon por la licencia de marca sería un beneficio que el titular previsiblemente esperaba obtener de no haber mediado la infracción. Este criterio permite una cuantificación de la pretensión indemnizatoria mediante la restitución al titular del valor de la licencia que el infractor hubiera debido abonarle en caso de haber obtenido una licencia contractual.

Ahora bien, ¿deberá previamente el titular de la licencia haber licenciado la marca para que pueda utilizar este criterio? El literal c en comento expresa que se debe tener en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales concedidas, por lo que inicialmente pareciera que sí. Pero, realmente, como se trata de una ficción, lo único que ha querido el legislador comunitario es facilitar su cálculo, pero nada se opone a que, aunque

³⁰Incluso existen autores que proponen que los beneficios del infractor pueden calcularse multiplicando simplemente el margen de beneficio que obtiene el titular para esos productos por el número de productos que hayan sido comercializados por el infractor (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2002, p. 162). Lo que puede ser una opción bien interesante, en caso de inexistencia de libros de comercio o de su ocultamiento por parte del demandado. Por tanto, existiendo libros de comercio del demandado que valoren sus propios beneficios, podría resolverse en favor del demandante, conforme a la regla del artículo 264 del CGP numeral 5: "Si una de las partes lleva libros ajustados a la ley y la otra no los lleva, los oculta o no los presenta, se decidirá conforme a los de aquella, sin admitir prueba en contrario."

la marca no haya tenido licencias, pueda utilizarse este criterio. Así lo ha considerado la doctrina al afirmar que, si bien existen licencias otorgadas, en la práctica pueden facilitar el cálculo de la indemnización pues, la falta de licencia, bien sea por ausencia de interés de terceros o del mismo titular en concederlas, no implica la imposibilidad de aplicar este criterio porque se ha optado por establecer una ficción de derecho y no una condición para su aplicación, por ende, su cometido es facilitar la protección del derecho marcario ante las dificultades probatorias que puedan tener otros criterios (García Martín, 2003, p. 664). Por tanto, a falta de licencias concedidas, nada obsta para que, teniendo en cuenta el valor de la marca en razón a los productos o servicios que representa, se pueda concretar, hipotéticamente, cuál sería el valor de una eventual licencia por el tiempo de duración de la infracción.

Después de lo dicho, las preguntas obligadas serán ¿cómo opera la escogencia de los anteriores criterios?, esto es, ¿se puede hacer uso de todos?, ¿de algunos? o ¿solo uno? La D486 no dice si los criterios son acumulativos o excluyentes, incluso deja abierta la posibilidad de utilizar otros, de ahí que la doctrina nacional se encuentre dividida entre quienes dicen que puede hacerse uso de todos (Lizarazu Montoya, 2014, p. 374), hasta quienes afirman que puede hacerse concurrir algunos de ellos (Botero Aristizabal, 2007, p. 35). Aquí se considera que solo puede escogerse uno que debe plantearse como principal, sin excluir la aplicación de otros, pero únicamente de manera subsidiaria.

No se podrían acumular el lucro cesante (ganancias perdidas por el titular) con las ganancias obtenidas por el infractor o con la licencia hipotética. Piénsese, por ejemplo, que se indemniza haciendo uso del criterio del lucro cesante y luego se solicita, además, el pago de los beneficios obtenidos por el infractor. De aceptarse así, se estaría accediendo a una nueva indemnización, cuando ya había sido reparada previamente, por ello, evitar acumularlas es evitar un doble pago indemnizatorio por un mismo hecho. Por estas mismas razones no se debe acumular el lucro cesante con la licencia hipotética.

Tampoco serían acumulables los beneficios obtenidos por el infractor y la licencia hipotética porque ambos son criterios basados en el enriquecimiento sin causa, por intromisión del derecho ajeno; se basan en los supuestos en los que el infractor ha sacado ventaja económica de la infracción. Luego se trata de criterios alternativos, pero que tienen un mismo fundamento. Por medio de ellos se busca que el titular del derecho infringido utilice el que más le convenga para redirigir a él los beneficios económicos obtenidos por el infractor con el uso indebido de la marca. Además, no es de la esencia del enriquecimiento sin causa por sí mismo indemnizar daños, se reitera que su valor se simienta en devolver a la víctima los beneficios económicos que obtuvo un tercero como consecuencia de la utilización ilegítima de un derecho exclusivo ajeno, aunque es cierto que cuenta como instrumento para el cálculo del perjuicio.

Es de aclarar que la D486 no contempla la acción de enriquecimiento sin causa como se conoce de manera tradicional, tan solo toma elementos cuantitativos de dicha acción para usarlos como criterios, por tanto, sin ser una acción de enriquecimiento en estricto sentido, tampoco huye de ella, pues utiliza dichos elementos para darle, en este caso, una utilidad instrumental.

Finalmente, dada la dificultad práctica para probar los perjuicios a pesar de los anteriores criterios, el Decreto 2264 de 2014 crea en Colombia el sistema de las indemnizaciones preestablecidas mediante el cual, si el titular del derecho lo quiere, puede optar porque la indemnización del daño se lleve a cabo a partir de unos mínimos y unos máximos prefijados en el artículo 2 del Decreto, por lo que tan solo deberá probar el daño (causado por la misma infracción) y a partir de allí el juez podrá fijar la indemnización³¹. Pero lo interesante del mencionado acto administrativo es que su redacción es compatible con el artículo 243 de la D486, pues se autodenomina como un instrumento para probar la cuantía de los daños alternativo a la normativa andina.

Conclusiones

La acción de cesación está instituida para que el titular de un registro marcario, por medio del aparato judicial, detenga los actos infractores que atentan contra su derecho. Dicha acción, en sentido amplio, permite al afectado no solo petitionar el cese de la infracción, sino también otras medidas tales como retirar del tráfico económico embalajes, envoltorios, material publicitario, etc.; pero, incluso, antes de que se dicte una sentencia definitiva, de manera precautelativa, solicitar el cese de la utilización de una marca por parte del presunto infractor.

La infracción al derecho de marca conlleva una responsabilidad objetiva, es decir, no es necesario probar dolo o culpa en la conducta del infractor. Bastará con que el tercero ejecute una de las conductas descritas en el artículo 155 de la D486 para considerarse infractor. Incluso la inminencia de una infracción puede ser conjurada mediante la acción de cesación.

Toda infracción a la marca conlleva a un daño que debe ser indemnizado, incluso por el mero atentado contra el derecho de propiedad y de uso exclusivo sobre un signo distintivo, más allá de si la infracción causa perjuicios materiales a su titular pues, en todo caso, invade las potestades y privilegios que previamente la ley le ha concedido.

³¹ El mismo Decreto incluye como criterios para fijar el monto indemnizatorio: la infracción de una marca notoria, la duración de la infracción, la mala fe del infractor, entre otros. Pero, aunque no lo diga, el operador jurídico también deberá tener en consideración si la marca se usaba en el mercado por el titular, si el infractor usó la marca en el mercado, o incluso, si ninguno de los dos la usaba al momento de la infracción.

El artículo 243 de la D486 contempla criterios para la cuantificación del daño, como lo ha sido desde su génesis, conforme al concepto del triple cómputo del daño, que no deben acumularse de forma principal. Además, se incorporan en la D486 como criterios indemnizatorios los elementos del enriquecimiento sin causa por intromisión en el derecho ajeno, que no pueden desconocerse.

Referencias

- Andrade Perafán, F. (2011). La acción por infracción de derechos para la protección de la propiedad industrial. *Revista la propiedad inmaterial*, 15, 99–126. <https://bit.ly/39bvCvU>
- Baeza, T. O. (2000). *La licencia de marca*. Barcelona: Marcial Ponds.
- Barona Vilar, S. (1992). *Protección del derecho de marcas (aspectos procesales)*. Madrid: Civitas.
- Bercovitz, A. (2001). *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico: según la legislación vigente, en particular la nueva Ley de marcas, de 2001, y su Reglamento, de 12 julio 2002, y el Reglamento de la marca comunitaria*. Aranzadi Thomson Reuters. <https://bit.ly/308vREW>
- Botero Aristizábal, L. F. (2007). La indemnización de perjuicios en las acciones de infracción a los derechos de propiedad intelectual: una revisión crítica del caso colombiano frente a los retos de la globalización. *La Propiedad Inmaterial*, 10–11, 23–44. <https://bit.ly/3eMpmfc>
- Carceller, A. S. (2002). Acciones por violación de marcas. En F. J. Alonso Espinosa (Coord.), *El nuevo derecho de marcas. Ley 7/2001, de 7 de diciembre, de marcas* (pp. 233-250). Editorial Comares.
- Cerviño Fernández, F. (2006). Valoración y cuantificación de la dilución de marcas. Un encuentro entre el ámbito jurídico y económico (pp. 467-510). *Estudios de derecho judicial*, 99.
- Código Civil [C.C]. Ley 84 de 1873. (26 de mayo de 1873). (Colombia).
- Código de Comercio [C.co]. Decreto 410 de 1971. (16 de junio de 1971). (Colombia).
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Ley 1437 de 2011. 18 de enero de 2011. (Colombia).

Código General del proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012. (12 de julio de 2012). (Colombia). <https://bit.ly/3jxTQoS>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-234-19 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera; (29 de mayo de 2019).

Consejo de Estado. Sentencia 14503 de 2000 M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Curto Polo, M. C. (2002). *La cesión de marca mediante contrato de compraventa*. Aranzadi.

Decisión Andina 486 del 2000. (14 de septiembre de 2000). Régimen Común sobre Propiedad Industrial. (Comunidad Andina de Naciones).

Decreto 2264 de 2014 [Ministerio de Comercio, Industria y Turismo]. Por el cual se reglamenta la indemnización preestablecida por infracción a los derechos de propiedad marcaria. 11 de noviembre de 2014.

Diez-Picazo, L., y De la Cámara Álvarez, M. (1988). *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Civitas.

España. Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. Boletín Oficial del Estado, 8 de diciembre de 2001, núm. 294.

Fernández-Novoa, C. F. (1997). *El enriquecimiento injustificado en el derecho industrial*. Marcial Pons.

Fernández-Novoa, C. F. (2002). *Tratado sobre derecho de marcas* (2 ed.). Marcial Pons.

Ferrandis Gonzáles, S. (2002). *Comentarios a la ley de marcas*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.

García Amado, J. A. (2013). Razones para una teoría normativa de la responsabilidad civil extracontractual. En C. B. Zamora (Ed.), *La filosofía de la responsabilidad civil* (pp. 253-279). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

García Martín, I. G. (2003). J. García-Cruces González, A. Rodríguez-Cano (Coord.). Cálculo de la indemnización de daños y perjuicios. En *Comentarios a la ley de marcas*, (pp. 251-269). Aranzadi.

Gutierrez, Á. M. (2002). *La marca engañosa*. Civitas.

Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. (18 de marzo de 2020). *Responsabilidad sin perjuicio–Fernando Moreno Quijano* [Video]. Youtube. <https://bit.ly/3fb-QnZJ>

Ley 1648 de 2013. Por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los Derechos de Propiedad Industrial. 12 de julio de 2013. D.O. No. 48.849.

Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. 18 de enero de 1996. D.O. No. 42.692. <https://bit.ly/30ydKr9>

Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. 8 de julio de 1998. D.O. No. 43.335. <https://bit.ly/39loH3d>

Lizarazu Montoya, R. L. (2014). *Manual de Propiedad Industrial*. Legis.

Lobato, M. (2002). *Comentarios a la ley 17/2001, de Marcas*. Civitas.

Massaguer Cifuentes, J. (2017). [Video]. YouTube. <https://bit.ly/39BLVCq>

Recurso de Casación, Resolución: 516/2019 (Tribunal Supremo español–Sala Primera, de lo Civil 3 de 10 de 2019).

Resolución 34735 de 2003 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se resuelve un recurso de apelación. 13 de diciembre de 2003.

Resolución 509 de 2004 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se resuelve una investigación por competencia desleal. 23 de enero de 2004. <https://bit.ly/2CRHI10>

Sandoval Gutierrez, J. F. (2017). Indemnización de daños causados con la infracción de derechos de propiedad industrial. Un sistema que escapa a la tradición. *La propiedad inmaterial*, 63.

Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Sentencia Número 1600. 27 de diciembre de 2018. <https://bit.ly/2WCvb8G>

Tamayo Jaramillo, J. (2015). *Tratado de responsabilidad civil* (Vol. 2). Legis.

LA RESPUESTA ÉTICA. UNA MIRADA DESDE LAS VOCES DE LOS SUFRIENTES¹

Paula Andrea Pérez Reyes*

Resumen

Algunos desafíos que presentan la ética y la justicia en el marco de la cuarta revolución industrial dejan abierta la invitación a mantener vivo el interrogante por lo humano, a estar atento para detenerse en el camino y dar respuesta a aquel que sufre y comprender la fragilidad del Otro y de ese *yo* ante la llegada de la contingencia. Por tal razón, el objetivo de este capítulo es identificar el concepto de la ética a luz de los retos que esta plantea y cómo a partir de la acción o respuesta ética se materializa el reconocimiento de derechos del sufriente. Se propone aquí un diálogo entre el tiempo y sus avances tecnológicos, en donde la ética como filosofía primera y el discurso del derecho tienen como objetivo frente al daño como contingencia el reconocimiento de Otro que sufre.

El problema frente al daño se presenta en el momento del grito, del llamado de aquel que sufre, y en la forma en como se da la respuesta, la cual será entendida aquí como una ética de la responsabilidad: “como reconocimiento de su rostro, del Rostro del Otro el que me apela y me nombra” (Mèlich, 1998, p. 191).

Palabras clave

Respuesta ética; Daño; Voces; Reconocimiento de derechos; Cuarta Revolución Industrial; Rostros.

¹ El presente capítulo es producto de la investigación doctoral titulada *Fenomenología del sufrimiento, las voces en la respuesta ética del rostro*, investigación que se realiza para optar por el título de Doctorado en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB). Proyecto adscrito al grupo de investigación EPIMELEIA en la Línea de Estudios filosóficos.

* Abogada de la Universidad de Antioquia, magíster en Filosofía, y candidata a doctora en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente en la Universidad de Antioquia. Investigadora del grupo de investigación en Trabajo Social de la UPB GITS, integrante de la Red Interinstitucional de Derecho Procesal y de Justicia, y coordinadora del Semillero Interinstitucional en Transformación de Conflictos de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: paula.perez@udea.edu.co Orcid: 0000-0002-6363-6976

Apuntes iniciales

Así como lo indica Paulo Freire (2008) en *Cartas a quien pretende enseñar*, el mayor desafío frente a las transformaciones en el mundo de la vida, frente a un hecho inesperado que produce consecuencias, establece una relación entre sujetos, entre el que sufre y que produce el daño, pero, más allá de esta relación, se presenta una posibilidad que une el “pensamiento, el lenguaje y la realidad, de la cual, si se asume bien, resulta una creciente capacidad creadora” (p. 24) transformadora y con permanencia en el tiempo. Un instrumento emancipador con un efecto directo en el que fue afectado por el hecho victimizante, un impacto en la sociedad, en la esfera de lo jurídico y en el reconocimiento de los derechos que correspondan a todas las dimensiones de lo humano, de lo político y de lo civil.

Con la metodología propia de la fenomenología, se hace uso de la experiencia como un acontecimiento práctico de la vida cotidiana que permite nutrir el campo conceptual no solo de la filosofía, sino también en el ejercicio del reconocimiento de derechos, ya que, a través de las vivencias, el modo de vida y la creación de conceptos, estas reflexiones se configuran como praxeología del pensamiento y de la *iuris*.

En esta investigación se acude al uso de herramientas propias de la fenomenología como metodología, el testimonio es una de ellas, herramienta que permite plasmar las voces de los sufrientes, a través de la triangulación que se teje de la mano con el concepto y que da lugar a la creación a través de la escritura. La estructura del proceso de escritura tiene de fondo el esqueleto propio de la ópera, lo que permite establecer momentos y darles paso a las voces para, finalmente, darle lugar a la caída del telón.

Se parte de la pregunta objeto de esta investigación: ¿cuáles son los aportes de la fenomenología de la ética en la comprensión de las relaciones entre las voces que se encuentran en la respuesta ética del sufriente?

Así, este capítulo comienza con un primer momento denominado preludio, en donde se hace una breve introducción a las realidades y los desafíos de los que demandan la presencia de la justicia en el escenario de una cuarta Revolución Industrial; un segundo momento denominado obertura, en donde se busca construir una definición de la ética, se discutirán no solo las precisiones conceptuales desde una fenomenología de la ética, sino también los desafíos a los que se enfrenta aquel que acude al llamado del sufriente, desde el quehacer jurídico y en un contexto propio de la cuarta revolución industrial, las tensiones que se manifiestan frente a la toma de decisiones y como punto de partida para tomar una pausa y suspender el yo y darle lugar al otro que demanda atención con su sufrimiento.

Luego de aclarar estas precisiones conceptuales, se da la apertura al escenario del reconocimiento de los derechos de las voces de los sufrientes, teniendo presente la importancia de la contingencia para la comprensión del daño ante la fragilidad de lo humano en la respuesta ética.

Para finalmente continuar a modo de telón, en aras de los últimos apuntes en los cuales la ética siempre estará al servicio de los que sufren, presentar unos resultados y dejar algunos interrogantes.

Preludio, desafíos y realidades

Se hace mención del preludio, ya que sirve de pauta para definir una estructura del contexto en un momento histórico determinado, en un tiempo denominado *el ahora*, lo que marca la entrada de una serie de elementos decisivos para contar un relato, definir unos rasgos propios de ese presente. En un instante sucede un daño y de repente la calamidad hace su entrada, un *ahora* que puede prolongarse en el tiempo y producir un dolor permanente y constante, un “sufrimiento del presente que persiste como un grito cuyo eco resonará para siempre en la eternidad de los espacios” (Lévinas, 2007, p. 109). En las calles de la ciudad, en las oficinas de las empresas, en las montañas y carreteras, en el corazón de los hogares. El sufrimiento es un dolor sin tiempo, pero que habita en escenarios que guardan el relato de lo sucedido.

Los recuerdos del abuso y la explotación sexual, la pérdida, la humillación, el asesinato de un ser querido, la pérdida del empleo, una amenaza de muerte, el engaño, el fraude, son el punto de partida en donde el daño, el mal inesperado hace su aparición como contingencia de la vida. “El mal es ordinario, se encuentra en la vida cotidiana, en las sociedades neoliberales, en las redes sociales” (Mèlich, 2016, p. 43). Estas situaciones enunciadas retan a ese que ha sido arrojado en el abismo del sufrimiento, es la entrada de “la injusticia que irrumpe y hace daño” (p. 50).

La presencia del daño marca el compás de un inicio de un punto de giro en la vida que rompe con la cotidianidad del mundo de los hombres que pretenden controlarlo todo y que no esperan que una situación de estas entre por la puerta.

El daño no tiene que ver con la ley sino con el sufrimiento. El daño es silencioso. La víctima no tiene voz, está fuera de la lógica del reconocimiento, No tiene, por tanto, ningún derecho. El daño es irreparable; por eso no puede ser erradicado. (Mèlich, 2016, p. 51)

La idea de lo humano emana de su tiempo, esto significa que la verdad y la idea que se tiene de verdad cambia con la vivencia y “anuncia el intento por explorar directamente las dimensiones originarias de la experiencia humana” (Van Manen, 2016, p. 64) de las realidades a las que se suman el surgimiento de nuevas verdades, nuevas tecnologías no solo digitales, también biológicas e incluso éticas. Este rasgo del *aquí* también determina la forma en la que se administra la justicia, en la manera en cómo se repara a la víctima del daño o hecho victimizante.

Las nuevas fuentes de información le han dado un giro a lo que se considera como prueba, a la forma como se prepara para atender las contingencias, hay un exceso de datos al alcance de todos, pero también hace de estos sujetos productores de información, esta saturación de información genera desconexión, haciendo normal el sufrimiento del Otro.

El tejido digital favorece la comunicación simétrica. Hoy en día los participantes en la comunicación no consumen las informaciones de modo pasivo sin más, sino que ellos mismos las engendran de forma activa. Ninguna jerarquía inequívoca separa al emisor del receptor. Cada uno es emisor y receptor, consumidor y productor a la vez. (Chul Han, 2014, p. 9)

Estos avances dan un giro en la forma como se define al Otro, en la manera de relacionarse con él, en la producción de bienes y servicios, en la normatividad que regula dichas actividades, relaciones y prácticas. Estos cambios abarcan una serie de realidades, a las que muchos no están preparados, lo que implica una transformación cultural, jurídica, laboral, de comunicación con el Otro que tienen que enfrentar sin estar preparados y sin recibir acompañamiento para efectos de hacer posible esta transición y este encuentro en el marco de la cotidianidad de la vida.

Las nuevas dinámicas del mundo “parecen marcar un abismo con la vida, con el saber y la contingencia, hoy el dolor cede paso a ese ‘me gusta’” (Chul Han, 2017, p. 13), en redes sociales se publica todo sin censura, sin compasión, sin respeto por el Otro. Aquí habita el miedo por quedar obsoleto, sin *likes*. Esta transformación digital hace parte del contexto en el que habita aquel que sufre, este panorama plantea nuevas dinámicas de relacionamiento, obliga al mundo a dejar de lado la dependencia de la mano de obra humana para hacer uso de la mano de obra robótica, la flexibilización laboral, el emprendimiento y los negocios. Detrás del manejo de la información, el mundo jurídico también se enfrenta al desafío del desconocimiento del rostro del otro y de su privacidad.

Toda la “información simplemente está disponible” (p. 13). Hay un mar de datos de todo de manera universal que dista mucho del saber. “Cada clic queda almacenado, la vida digital se reproduce exactamente en la red” (Chul Han, 2014, p. 74) ¿Cómo es posible escuchar el Otro si todo aparece, aparentemente, expuesto en la red? Esto también determina una

nueva forma de relacionarse con el Otro, de comprender la responsabilidad, de atender a las necesidades del Otro, de acompañarlo en su formación para que asuma estos cambios, así como se le brinda hospitalidad a un extranjero, como a un “recién llegado, antes de cualquier determinación, antes de cualquier anticipación (Derrida, 2000, p. 81). Y luego hacerlo parte de una serie de cambios que también incluyen nuevas formas de interpretación y de regulación de dichas prácticas derivadas de estos nuevos avances. Lo cual demanda una respuesta que dialogue con las necesidades de este panorama y con el Otro que hace parte de esa comunidad.

Pero esta demanda es ignorada en este escenario global, el cual corre a gran velocidad y afecta los intereses de muchos. A propósito, Martha Nussbaum (2016), en su obra *Emociones Políticas*, describe un mundo que corre a gran velocidad, sin dialogar con la vida, con aquel que sufre y con su contexto. “Nótese que el mundo de los hombres no contiene compasión trágica ni humor. Carece de sentido de lo trágico porque tampoco tiene un sentido de su propia debilidad y de su vulnerabilidad” (p. 331). Esto queda expuesto en la forma como se asumen los desafíos que presentan las nuevas razones del mundo, de sus prácticas, imaginarios y regulación. A pesar de los grandes avances tecnológicos, la humanidad ha perdido un sentido de la ética como compasión, de su valor como justicia y del reconocimiento del Otro a través de la escucha activa.

La experiencia vivida en *el mundo de los hombres*, situados en un marco temporal invita a transformar la manera en que se hacen las cosas, a enfrentar a todos a una consideración que los obliga a replantear la idea que se tiene de sí, del trabajo, de las necesidades, de las relaciones con el Otro y del papel de una justicia que debe estar dispuesta a dialogar con la ética, del cuerpo de normas que regulan el sistema jurídico vigente, una normatividad desconectada del contexto y que pareciera que “defiende su norma en el mismo momento en que pretende iniciar su mandato y todo parece ocurrir sin alguien, antes de afectar o de sentirse afectado por otro” (Skliar, 2011, p. 14). Parece que defendiera unos intereses ajenos a los ciudadanos que los rige.

En muchos casos, estas realidades desconectadas exponen a los sujetos y sus comunidades a una serie de giros, que generan daños, se expiden normas sin dialogar con el contexto y con los sujetos que se ven afectados y expuestos a estos cambios. En donde se presenta una tensión entre *el saber jurídico y saber relacional*, a propósito, “un sistema de normas modificado para favorecer a unos pocos, y se violenta algún principio (jurídico) de la individualidad” (p. 14).

El primer desafío que se plantea frente a la realidad consiste en conectar el contexto con la justicia y con la ética. Estos tres elementos pueden encontrarse en el escenario de reconocimiento de derechos en donde no se trata de una sola regulación, sino de una justicia que considera todas las dimensiones de lo humano, en donde se configura la responsabilidad por el Otro, lo cual implica una trascendencia, salir del centro de la comodidad de un *yo* para escuchar el *Otro*, para atender sus necesidades. Así como lo afirma Derrida (2002), “la responsabilidad comienza por lo menos en el instante en que se impone la necesidad de escuchar estas cuestiones, de asumirlas y de comprenderlas” (p. 83). El mayor error de este panorama es trasladarle la responsabilidad a un intangible, a un sujeto gaseoso que en muchos casos lo denominan Estado. Un sujeto sin rostro, al que se atribuyen todos los males. El principio ético de responsabilidad establece que aquel que recibe el llamado es responsable por darle respuesta a ese que sufre, que llama y demanda atención.

De esta manera, la trascendencia incluye la idea de responsabilidad como un concepto clave en el ejercicio de una *praxis* desde la ética, aquí convergen e influyen en la forma como estas prácticas van modificando el cuerpo de normas en un diálogo con el contexto específico de los sujetos, que se cruzan de frente con situaciones que los enfrentan al cambio. Así que, “centrarse en la experiencia vivida significa que la fenomenología está interesada en recuperar el momento viviente del ahora” (Van Manen, 2016, p. 64) esta vivencia desde lo fenomenológico permite descubrir un momento histórico que reclama una transformación en todas las esferas de lo humano: las relaciones, el trabajo, la educación, la sexualidad, la justicia, entre otras, sin desconocer el rostro del Otro.

El Otro, desde la respuesta ética, pasa de ser un objeto para convertirse en alguien que tiene voz, deja de ser un instrumento para ser sujeto en busca del reconocimiento. Este es el tránsito de verlo a escucharlo.

La función del Estado Social en la sociedad de consumidores es, tal como lo era en la sociedad de productores, defender a la sociedad del daño colateral que el principio rector de la vida social podría causar si no fuera monitoreado, controlado y restringido. Su propósito es impedir que la sociedad multiplique el número de víctimas colaterales del consumismo: los excluidos, los destacados, la infraclass. Su tarea es preservar la solidaridad humana e impedir que desaparezcan los sentimientos de responsabilidad ética. (Bauman, 2010, p. 192)

Una de las mayores dificultades del acceso ilimitado a la información, a la interconexión digital total y a la comunicación, es el obstáculo que aísla a los sujetos de su comunidad y entorpece el encuentro con los Otros. A su vez generan una ruptura en las relaciones con los presentes y conexiones gaseosas o virtuales con sujetos aparentes.

A medida que disminuye la capacidad de conversar y buscar puntos de entendimiento, lo que solía ser un desafío que debía enfrentarse y resolverse de inmediato, se convierte cada vez en un pretexto para interrumpir la comunicación, escapar y quemar los puentes. (Bauman, 2010, p. 164)

El mayor riesgo consiste en reemplazar esta responsabilidad por el otro por una responsabilidad neutra que centre su atención en un yo egoísta que justifique “responsabilidad por uno mismo y ante uno mismo, juntas y al mismo tiempo. La víctima colateral del salto a esa versión consumista de la responsabilidad es el Otro en tanto objeto de responsabilidad, ética y preocupación moral” (p. 128). Y que sirva de argumento para desconocer las necesidades de Otro o de una comunidad.

Las realidades que surgen en el marco de las comunicaciones que presenta la cuarta Revolución Industrial incluyen la interconexión, el intercambio irresponsable de información, la normalización del sufrimiento del Otro, el abuso de la información que genera daño y la apatía por el que sufre. Pero también, por otro lado, una de las secuelas de este panorama es la brecha que generan las dificultades que presentan los más vulnerables tales como personas con escasos recursos, adultos mayores, personas con discapacidad, población con analfabetismo digital y falta de conectividad.

El mundo digital construye un aparente estado de cosas, tiene sus propias reglas del juego que dan una aparente definición a las verdades que circulan en el mundo, en cómo acceden a los bienes y servicios, en la manera de regular las relaciones con Otros, con redes que permiten la comunicación a modo de conectividad global; dicho acceso abre la caja de Pandora a la desnaturalización, que tiene la responsabilidad si falla la red o si en el marco de las decisiones que se toman genera un daño, pero cuando “no se puede cambiar el mundo, lo que queda es inventarse a sí mismo. Ni la empresa ni el mundo pueden ser modificados, son datos intangibles” (Dardot, 2013, p. 349). Quizás en este escenario es necesario consolidar el valor de la ética para hacer efectiva una respuesta en el marco de una interconexión global, pero, a su vez, una desconexión con el *próximo* y con la comunidad, lo que da la apertura a pensar en la necesidad de responder en clave de un *entre nosotros*.

Obertura al concepto de respuesta ética

La epifanía del rostro es ética
(Lévinas, 2012, p. 221).

Se presenta una demanda y se está con expectativa ante la actuación del juez, el sonido de la puerta activa una necesidad que implica una respuesta, esta experiencia advierte que hay alguien que está esperando. Cuando se envía un mensaje de texto, un e-mail o una carta, la emisiva despierta la expectativa a la espera del Otro. Ante el grito, ante la plegaria, ¿cómo actuar? Es claro que frente a este acontecimiento se pueden tomar dos caminos: ignorar o responder.

Desde la práctica, desde el contexto y desde el sujeto, la ética encuentra su definición y razón de ser asumir la responsabilidad como respuesta. La distancia entre la ética y la moral establece una brecha abismal:

La ética y la moral no son lo mismo. La moral es el conjunto de valores, de normas, de hábitos, de actitudes que comparten los miembros de una cultura en un momento determinado de su historia. La ética en cambio, es la respuesta a la demanda del rostro del otro en una situación de radical imprevisibilidad. (Lévinas, 2015, p. 27)

Bauman (2010) señala la importancia de resaltar *la primacía de la ética* por encima del mundo y sus realidades, del egoísmo y del consumo. Una justicia que toma distancia del uso instrumental del derecho para servir a la excepción que daña y lesiona a otro, una justicia que se configura con ética en acción o acontecimiento.

Para Bauman (2010) la ética exige “al mundo que le rinda cuentas de su incapacidad para estar a la altura de sus responsabilidades éticas” (p. 124). Ella, como filosofía primera, le antepone una praxis, un “salir de sí que no significa una apoteosis cualquiera, o una superación de su condición o el estallido de su definición, sino la posibilidad de una relación con algo distinto de sí” (Lévinas, 2013, p. 185) que, en términos de responsabilidad, supone el origen de un vínculo con el Otro que reclama la atención, alguien que lo hace mediante un llamado, y es posible al salir del yo para trascender hacia el Otro que demanda que lo escuchen.

Como lo indica Lévinas, la principal función de la regulación normativa, primordial causa también de su inexorabilidad, consiste en hacer que esa responsabilidad hacia el otro que es esencialmente *incondicional e ilimitada* sea *condicional* (solo en circunstancias claramente definidas y enumeradas con precisión) y *limitada* (a un grupo de “otros” elegidos, un grupo considerablemente menor que el conjunto de la humanidad, y lo que es más importante, mucho más estrecho y fácil de manejar que la suma total e indefinida de “otros” que pueda provocar en los sujetos el sentimiento de una responsabilidad inalienable e inagotable. (Bauman, 2010, p. 123)

La *ética* permite el vínculo entre un “yo” que *queda* puesto en cuestión por la presencia/ ausencia del “otro”, y lo que se propone aquí es, precisamente, una *ética antropológica*, esto es, “una ética de la situación, de la relación, de la interpretación y de la experiencia, es decir, una ética de la finitud” (Mèlich, 2004, p. 31). Una ética incorporada en el ejercicio jurídico y ético como acontecimiento del reconocimiento de una serie de derechos que se deben tener presente ante otro que sufre.

Lo cual rompe con la idea tradicional de derecho e invita a hacer de la justicia una *praxis* en aras del reconocimiento del Otro, de su necesidad, de su dolor. Así lo define Lévinas (2012) al hablar de justicia: “Justicia es reconocer al Otro como mi maestro” (p. 85). Esta visión de justicia se define aquí como derechos con alma:

Pensar en derechos con alma no implica reflexionar el contenido de una norma, sino el ámbito de aplicación efectiva de los derechos, entendido en este caso como un asunto de relaciones en las que se busca proteger al otro “de los sufrimientos y humillaciones, de la miseria, del vagabundeo,

e incluso de los dolores y tormentos, de preservarle de la violencia y la crueldad y de las malas intenciones de los seres vivos”, sin trasladarle la responsabilidad a las instituciones o a los demás. Esto implica asumir una postura incluso política, pero por encima de todo, tomar una posición ética en defensa de lo humano, de su dignidad, de su rostro y revelación a través de la palabra. (Pérez, 2017, p. 238)

El desafío frente a la era digital consiste en conservar lo humano, la presencia del cuerpo, la solidaridad y la hospitalidad. Hacer posible la escucha y darle lugar al saber más que al cúmulo de información. Orientar la justicia hacia una dirección más allá de regular y expedir normas que desconocen el rostro del Otro. El reto es hacer de la justicia un espacio para la respuesta, para acompañar al Otro en su dolor, normas que propicien la posibilidad de mantener el vínculo que mantiene al sujeto unido a una comunidad. Ante lo cual indica Bauman (2010):

La “sociedad” sería estratagema para que los hombres, endémicamente morales, puedan acceder a una vida autocentrada, egoísta y autorreferente, gracias a la amputación, la neutralización o el silenciamiento de esa inquietante “responsabilidad del Otro” que surge cada vez que aparece el rostro del Otro. Una responsabilidad, por cierto, inseparable de la convivencia humana. (p. 6)

Los conceptos de *responsabilidad* y *elección responsable* hoy son factores que se enfrentan en la *praxis jurídica*, antes pertenecientes a las reflexiones del escenario semántico de la responsabilidad ética y la preocupación por el Otro, hoy sobre la mesa para debatir la importancia de la primacía del que sufre como un sujeto vulnerable que debe considerarse como de especial protección.

En ese proceso, “el Otro”, en tanto disparador, blanco y medida de una responsabilidad reconocida, asumida y satisfecha, ha desaparecido por completo del campo visual, empujado o eclipsado por el propio yo de los actores. “Responsabilidad” significa hoy y ante todo *responsabilidad de sí mismo* (“te lo debes a ti mismo”, “lo mereces”, como suelen expresarlo quienes comercian con “la descarga de la responsabilidad”), mientras que las “elecciones responsables” no son más que los movimientos necesarios para servir a los intereses y satisfacer los deseos del yo. (Bauman, 2010, pp. 127-128)

Es preciso plantear una tensión frente a la responsabilidad, por un lado, *la elección responsable* que abarca una serie de decisiones desde un yo y que sea lo mejor para *sí mismo*, frente al llamado de aquel que no soy yo y que espera una respuesta sin excepciones en la búsqueda un reconocimiento de los derechos.

La fuga: un diálogo con las voces de los sufrientes

El rostro no es una idea, sino el ser en un sentido nuevo: el que habla
(Lévinas, 2013, p. 179).

Foucault (2002) propone el cuidado de sí como principio de la ética del cuidado; Heidegger (2007) plantea un encuentro con el ser desde la ontología en el marco de una primacía temporal, lo que establece desde la ontología un principio moral. Husserl (2014) plantea el sentido y el significado de la experiencia desde la conciencia desde el centro de un sujeto como experiencia única.

La filosofía de Emmanuel surge en un intento de llevar a la ética su lugar arcaico: la ética es filosofía primera. Para que se dé la ética es necesario romper la inmanencia del ser, el primado de la ontología: “yo soy yo, y tú eres tú”. (Mèlich, 2004, p. 75)

Pero Lévinas plantea las razones por las cuales es necesario darle un giro justo ante el daño que sufre el Otro, ir “al centro más allá del ser, más allá del yo y más allá de la mismidad hacia lo otro que ser” (Van Manen, 2016, p. 130) para escuchar la voz de aquel que ha sufrido el daño, otro, el rostro inefable del sufriente. “El verdadero texto es la voz del Otro. Voz ética que reclama respuesta. Voz exterior que rompe la inmanencia de la totalidad. Sin exterioridad nada ético sería, nada ético se diría” (Mèlich, 1998, p. 16).

La voz del que sufre se hace presente con la epifanía del rostro, el cual es la puerta de entrada al mundo de la ética porque desde allí un yo decide ir hacia a Otro que reclama la atención: “El rostro es la llamada original, el ruego, el imperativo que me obliga a responder del otro, demanda a la responsabilidad. El rostro es la lucha contra toda forma de totalitarismo y de barbarie, contra el mal radical” (Mèlich, 1998, p. 16).

El texto bíblico del Libro de San Lucas plantea en el relato del sufrimiento, inicialmente, la fuerza de la voluntad violenta de los bandidos que ocasionan un daño terrible a un hombre que descendía por un camino, sin embargo, la respuesta ética le da un giro al relato otorgándole protagonismo al hombre que responde y recibe como revelación el rostro del que sufre al escuchar su voz, es la presencia del prójimo o prójimo que acude al llamado de la víctima:

Pero él, queriendo justificarse a sí mismo, dijo a Jesús: ¿Y quién es mi prójimo?

Respondiendo Jesús, dijo: Un hombre descendía de Jerusalén a Jericó, y cayó en manos de ladrones, los cuales le despojaron; e hiriéndole, se fueron, dejándole medio muerto.

Aconteció que descendió un sacerdote por aquel camino, y viéndole, pasó de largo.

Asimismo, un levita, llegando cerca de aquel lugar, y viéndole, pasó de largo.

Pero un samaritano, que iba de camino, vino cerca de él, y viéndole, fue movido a misericordia; y acercándose, vendó sus heridas, echándoles aceite y vino; y poniéndole en su cabalgadura, lo llevó al mesón, y cuidó de él.

Otro día al partir, sacó dos denarios, y los dio al mesonero, y le dijo: Cuidamele; y todo lo que gastes de más, yo te lo pagaré cuando regrese.

¿Quién, pues, de estos tres te parece que fue el prójimo del que cayó en manos de los ladrones?

Él dijo: El que usó de misericordia con él.

Entonces Jesús le dijo: Ve, y haz tú lo mismo. (San Lucas, 10:29-37)

Este pasaje bíblico define un primer personaje que entra en escena: Ese que sufre ha sido despojado, dañado, herido, abusado, maltratado, es aquel que ha sido atacado por bandidos y arrojado en el camino. Desde el pensamiento filosófico de Lévinas esta es la epifanía del rostro, de alguien que sufre el daño por parte del mal radical y que reclama la presencia de la justicia, de la acogida y de la compasión, esto le antecede un sufrimiento se puede definir como:

La acción de la realidad sobre en el sí de la voluntad. El sufrimiento es esencialmente ambiguo: en cierto sentido es, como conciencia, siempre aún el futuro del mal; pero, por otra parte, es ya el presente del mal actuando el para sí de la voluntad. Por eso el sufrimiento es el límite del sentimiento. (Lévinas, 2015, p. 165)

El relato describe el rostro del que podría ser cualquiera en una situación de desgracia, herido, desprotegido y a merced de todos los que pasaban por el lugar, de sus juicios y de indiferencia.

El sufrimiento es padecimiento, pasividad, vulnerabilidad. No es que el mal se descubra por la pasividad, sino al revés, el padecer se comprende a partir del mal. El sufrimiento es el mal originario. Todos los males remiten a este primer mal, el sufrimiento. Nada puede justificar el sufrimiento. Es siempre un sufrimiento inútil, es la inutilidad radical. Encontrar filosóficamente una utilidad al sufrimiento sería el origen de toda inmoralidad. Pensar que el sufrimiento de Otro pueda ser útil para algo o para alguien es un supremo acto de barbarie. (Mèlich, 1998, p. 90)

Sin duda este personaje estaba en manos del mal y de la injusticia. Su sufrimiento es la suprema violencia (Lévinas, 2015, p. 166), la presencia del mismo infierno en la tierra, una situación que se convierte en un dolor permanente que lo afecta, que lo hace vulnerable, está en las manos de la indiferencia de los que pasan y observan.

Este panorama pinta una escena propia de una cotidianidad en la que reina la injusticia, es la revelación del rostro de esa madre que espera que su hijo desaparecido entre por la puerta, aquel o aquella a la que se le ha negado la atención médica, esa familia que perdió su casa o su tierra y tuvo que partir hacia otro lugar, aquel que se ve rodeado por las deudas,

un padre que no ha podido ver a sus hijos, aquel que sufrió la infidelidad de su pareja y ha perdido hasta el amor propio; para ellos “no hace falta esperar a llegar al infierno, porque este ya estuvo en la tierra y tuvo un nombre” (Mèlich, 2015, p. 16). La lista de voces de los sufrientes es interminable, como afirma Svetlana Alexiévich (2015), en los relatos y “en la literatura se habla más del sufrimiento que del amor” (p. 23). Dice al respecto (Mèlich, 2015):

La moral solo ve caras. La cara no tiene nombre propio, es una categoría. Hombre, mujer, casado, soltero, divorciado, padre, madre, hijo, hija, hermano, profesor, alumno, homosexual, heterosexual, etc. Habitar moralmente el mundo es aprender a tratar con las caras de los otros. (p. 80)

En este momento, una gramática ontológica busca nominar un dolor innombrable con adjetivos como víctima, abusado, maltratado, sin comprender la intensidad de su dolor. El sufrimiento es un dolor innominable, sin tiempo, que marca y deja huellas, permanece con quien lo padece, el rostro queda marcado por su paso como una imborrable cicatriz que hace parte del paisaje. Un rostro que no olvida y que siempre espera la llegada de la justicia, de alguien que escuche. “Aprender a escuchar los gritos de las víctimas frente a las órdenes de los verdugos. De eso se trata la lectura, de mostrarse sensible a la palabra silenciada, a la palabra olvidada” (Mèlich, 2001, p. 28).

El juego de las voces se presenta para comprender la necesidad que tienen otros de ser escuchados, esto es lo que se constituye en el plano de la filosofía desde la *praxis* como una *fenomenología de la ética*, la cual ha sido el fundamento de la obra de Emmanuel Lévinas en textos tales como *Totalidad e infinito* (2012), *Los escritos inéditos 1: Cuadernos del cautiverio*, escritos sobre el cautiverio, *Notas filosóficas* (2013) y *Los escritos inéditos 2: Palabra y silencio y otros escritos* (2015), en los que se establece la necesidad de escuchar la voz de aquellos que sufren. Mèlich (1998) afirma que “la posición de Lévinas rompe con la dominante en la ética ilustrada; la autonomía por la heteronomía. El yo pierde su autonomía originaria porque está obligado a responsabilizarse del Otro” (Mèlich, 1998, p. 92). Es un yo preso del Otro. La voz del sufrimiento obliga a invertir la atención en ese Otro que sufre, esta es la respuesta como acontecimiento ético.

La mayor preocupación de Lévinas en su propuesta de fenomenología de la ética desde la respuesta, tuvo su razón de ser en el fenómeno de la trascendencia ante la llamada de los sufrientes, de sus voces, de una idea de la *ética como responsabilidad* ante la imposibilidad de una justicia ciega de un sistema social que no asume su responsabilidad.

El relato contenido en el evangelio de San Lucas (Lc 10: 29) describe el terrible daño que padece un sufriente, queda tendido en el camino ante la indiferencia de muchos que pasan de largo al verle tendido en el suelo. Esta víctima “es quien habiendo sufrido una injusticia puede perdonarla, aunque no tiene la obligación de hacerlo. Solo la víctima puede perdonar porque nadie puede perdonar en nombre de otro” (Mèlich, 2015, p. 90). Es aquel que de

manera inesperada es atacado por el mal radical, no solo por los malhechores, la presencia del mal está presente al ignorarlo y pasar de largo, el mal habita en la indiferencia (Mèlich, 2016, p. 44).

Pero alguien acude al llamado dejando su rumbo y sus planes para acudir al otro y le auxilia. “El samaritano responde éticamente o compasivamente, le da su tiempo al otro se da al otro” (Mèlich, 2014, p. 159). Aquí el tiempo también es un factor importante en las consideraciones éticas, dar tiempo es dar justicia, una dádiva sin retorno, sin esperar nada a cambio.

El buen samaritano descubre el dolor del Otro como su propio dolor. Escucha la voz de un sufrimiento en medio de un silencio, una voz que es rostro y revelación, él descubre al que sufre y su deseo. Escuchar al Otro no es un acto pasivo, es la atención activa frente a lo que ese sujeto en acción hace para reconocer al Otro, conocer sus necesidades y brindarle lo que este demanda, e incluso más de lo que pide.

Escuchar es un prestar, un dar, un don. Es lo único que le ayuda al otro a hablar. No sigue pasivamente el discurso del otro. En cierto sentido, la escucha antecede al habla. Escuchar es lo único que hace que el otro hable. Yo ya escucho antes de que el otro hable, o escucho para que el otro hable. La escucha invita al otro a hablar, liberándolo para su alteridad. (Chul Han, 2017, p. 117)

Lo que más desea aquel que sufre es suprimir el dolor y los efectos del daño. “Él está desesperado. Se convierte en sumisión total a la voluntad del otro para la supresión del mal” (Lévinas, 2015, p. 165). Se caracteriza por una actividad peculiar. Primero tengo que dar la bienvenida al otro, es decir, tengo que afirmar al otro en su alteridad. Luego atiendo a lo que dice.

Esta vivencia comienza con el grito, el clamor, o la plegaria que hace aquel que sufre el daño. Y surge la inquietud, ¿quién es este que sufre? Es aquel que reclama la presencia de la justicia a través de un reconocimiento de su voz, de su rostro, de su relato, de un hecho que sucedió dejando huellas imborrables. Este llamado sirve de referente para la construcción de un concepto de la ética, en el que se podría definir como una respuesta inesperada a una solicitud, en ocasiones jamás pronunciada, jamás requerida (Jaramillo, Orrego y Echeverri, 2017, p. 91).

“La acción de detenerse en el camino es la experiencia ética, la cual es la experiencia del desconcierto, de la ruptura” (Mèlich, 2015, p. 63), un encuentro con lo inesperado, con el gesto y la primera puntada del tejido de la relación ética que, en este caso, deja huella en aquel que, a pesar del no-retorno, actúa, hace posible una ética en un mundo donde el mal hace presencia no solo a través del daño, sino a través de la indiferencia.

El telón: unos apuntes finales

La ética es la respuesta al sufrimiento del Otro
(Mèlich, 2015, p. 30).

La caída del telón anuncia un momento de cierre, el espacio de las afirmaciones, el momento de lo dicho. Sin embargo, con la filosofía de Lévinas, el *decir* queda siempre sobre la mesa por el misterio que acompaña nuestros rostros. Aunque se tenga una precisión conceptual, también es la invitación a narrar un nuevo relato en el que el panorama incluya nuevos ejemplos y nuevos protagonistas.

Luego del mapa trazado en el marco de una sociedad que va a gran velocidad, cabe afirmar que esta propuesta va encaminada a responder por los aportes que hace el estudio de la fenomenología de la ética al reconocimiento de las voces de los sufrientes, una propuesta que pretende un enfoque de derechos desde las necesidades del Otro en todas sus dimensiones.

La propuesta de derechos con alma no implica reflexionar en el contenido de la norma, sino en el ámbito de aplicación efectiva de los derechos, entendido en este caso como un asunto de relaciones en las que se busca proteger al Otro. (Pérez, 2017, p. 238)

Un reconocimiento que apunta a un enfoque de derechos de aquellos que han sido víctimas del daño. “La voz, la escucha y el silencio, son factores que convergen en el reconocimiento del Otro, en el acontecer de ver y vivir la justicia como diálogo” (Pérez, 2017, p. 237).

Esta aproximación brinda aportes al campo conceptual de la filosofía y de la justicia a partir del estudio de una *praxis* que se convierte en un ejercicio de justicia, en un acontecimiento ético inesperado. En la búsqueda por hacer de la justicia un ejercicio estético e incluso *po-ético*, cuyo acontecimiento sucede en el marco de una revolución digital que no espera a los habitantes del mundo.

Se acudió en este caso a la línea de autores que sustenta desde lo teórico dicha reflexión, tales como Lévinas, Mèlich y Chul Han, para quienes la trascendencia ocupa un lugar determinante para el planteamiento de la hipótesis que sustenta dicha investigación. Una intención trascendental que se separa de una visión primaria de la fenomenología ontológica para salir hacia Otro que llama y reclama atención y cuidado.

La fenomenología del sufrimiento es la fenomenología de la voz del que sufre, encuentra su lugar al escucharle, dejando que “su existencia nos interrumpa, nos interpele, nos incomode, es dar la bienvenida ‘sin preguntas y sin respuestas’” (Benedetti, 1995, p. 68). Es la única forma de comprender que el rostro es revelación, misterio, la puerta al mundo de la ética. Lo cual afirma Lévinas (2012):

El acceso al rostro es de entrada ético. Cuando usted ve una nariz, unos ojos, una frente, un mentón, y puede usted describirlos, entonces usted se vuelve hacia el otro como hacia un objeto. La mejor manera de encontrar al otro es la de ni siquiera darse cuenta del color de sus ojos. (p. 85)

Este rostro demanda por su altura y su altura es su dolor. El momento de fuga establece la entrada de las voces. Se habló de las voces de los que sufren porque “la voz mina la presencia de ánimo. Abre una profunda desgarradura en el interior de sujeto, a través de la cual irrumpe en el yo lo totalmente distinto” (Chul Han, 2017, p. 88). De esta manera, Chul Han señala la necesidad de encontrar en la voz ese espacio para la exterioridad, para el encuentro con la verdadera alteridad, como el espacio de reconocimiento del otro y de sus derechos. La voz viene de alguna parte, de afuera, de otro. Cuando hay una voz hay un afuera.

La voz indica la presencia de Otro que está allí, es la invitación para salir del centro de un yo y prestar atención a lo que el Otro comunica, emana de alguien distinto, la voz suena desde afuera, el que escucha tiene que salir para vivir este acontecimiento a través de la escucha.

La comunicación digital es muy pobre de mirada y de voz. Los enlaces y las interconexiones se entablan sin mirada y sin voz. En eso se diferencian de las relaciones y los encuentros, que requieren de la voz y de la mirada. Es más, son experiencias especiales de la voz y de la mirada. Son experiencias corporales (Chul Han, 2017, p. 96).

La sobre carga narcisista que caracteriza el centrarse en sí mismo nos vuelve sordos y ciegos para el otro. En el ruido digital de lo igual hemos dejado de percibir la voz del otro. Es decir, nos hemos vuelto resistentes a la voz y a la mirada (Chul Han, 2017, p. 89).

El reconocimiento de derechos es lo que se llama derechos con alma, lo que implica una comprensión ética de la justicia más allá de lo normativo, de lo recto, una justicia que implica una relación, un cara a cara. El que escucha el llamado es garante del reconocimiento de derechos del Otro, le corresponde asumir la respuesta ética o ignorarlo. Desde la voz y desde la escucha se concreta esta idea de vivir la justicia. El reconocimiento de los derechos constituye una experiencia formativa, de escucha y de transformación.

Para terminar, dejaré sobre el papel uno de mis poemas en la que se escucha la voz de aquel desplazado que sueña con volver a casa, con volver a su tierra en Caucasia:

Canción del extranjero

Me volví un extraño, perdí mi rumbo. Quisiera volver a casa.
Me dejé desplazar, con fuerza me aferré y en el momento menos pensado, ya estaba afuera.
Si la casa del ser es el lenguaje, yo soy un desterrado de mi morada.

Es quizás este mi fin, así como el de Odiseo, mi Ítaca grita mi nombre y yo miro a un horizonte infinito del destierro, pero no encuentro la ruta.

Agua, solo mar; entro en él y de repente me ahogo. ¿Será quizás que, en la profundidad de las aguas, está el oscuro trayecto a casa?

Allí donde la luz se desvanece y se va quedando atrás.

El hilo de los recuerdos es el hilo de Ariadna, mi camino de regreso, la puerta de escape de este laberinto.

El amor por la casa no me deja perder la esperanza, ¿serán 10? ¿Serán 20 años, Odiseo? Todo este destierro no es nada comparado con la dicha de volver.

¿Será que la encontraré vacía?

¡Eso ya no importa!, mis raíces son los brazos que me sostienen en el mundo.

(Pérez, 2020, p. 15)

Referencias

Alexiévich, S. (2015). *La guerra no tiene rostro de mujer*. Barcelona: Penguin Random House.

Bauman, Z. (2010). *Vida de consumo*. Fondo de Cultura Económica.

Benedetti, M. (1995). *El amor, las mujeres y la vida*. Seix Barral.

Chul Han, B. (2014). *El enjambre*. Herder Editorial, S.L.

Chul Han, B. (2017). *La expulsión de lo distinto*. Herder Editorial, S.L.

Dardot, P., & Laval, C. (2013). *La nueva razón del mundo*. Editorial Gedisa, S.A.

Derrida, J. (2000). *La hospitalidad*. Ediciones de la Flor.

Derrida, J. (2002). *La universidad sin condición*. (trad. C. de Peretti & P. Vidarte). Trotta.

Foucault, M. (2002). *La hermenéutica del sujeto. Curso en el Collège de France*. Fondo de Cultura Económica.

Freire, P. (2008). *Cartas a quien pretende enseñar*. Siglo XXI Editores.

Heidegger, M. (2007). *Ser y tiempo*. Fondo de Cultura Económica.

Husserl, E. (2014). *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Jaramillo, D., Jaramillo, J., Orrego, J., y Echeverri, L. (2017). *La finitud incierta: Ética y alteridad en el pensamiento filosófico de Joan-Carles Mèlich Sagrá*. Centro Editorial Universidad Católica de Manizales.

Lévinas, E. (2007). *De la existencia a lo existente*. Arena Libros.

Lévinas, E. (2012). *Totalidad e infinito*. Sígueme.

Lévinas, E. (2013). *Escritos inéditos 1. Cuadernos de cautiverio*. Trotta.

Lévinas, E. (2015). *Escritos inéditos 2. Cuadernos de cautiverio*. Trotta.

Mèlich, J. (1998). *Totalitarismo y fecundidad. La filosofía frente Auschwitz*. Anthropos.

Mèlich, J. (2001). *La ausencia del testimonio*. Barcelona: Anthropos.

Mèlich, J. (2004). *La Lección de Auschwitz*. Herder.

Mèlich, J. (2014). *Lógica de la crueldad*. Herder.

Mèlich, J. (2015). *La lectura como plegaria: fragmentos filosóficos I*. Fragmenta Editorial.

Mèlich, J. (2016). *La prosa de la vida*. Herder.

Nussbaum, M. (2016). *Emociones Políticas: ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Editorial Planeta.

Pérez, P. (2017). Derechos con alma: el reconocimiento de los derechos como experiencia formativa. En: Jaramillo, D. y Orrego, J. (Comps.) *Cuadernos de Educación y Alteridad 1: Ética y Responsabilidad en las humanidades* (pp. 202-213). Centro Editorial Universidad Católica de Manizales.

Pérez, P. (2020). *Plegarias de mi fragilidad*. (Documento inédito).

San Lucas. (1960). Evangelio según San Lucas, En: Casiodoro de Reina (Trad.). Biblia devocional de estudio. South Holland: La Liga Bíblica.

Skliar, C. (2011). *Diez escenas educativas para narrar lo pedagógico y lo literario*. *Plumilla educativa*, (8), 11-22. <https://bit.ly/2ZLSsHt>

Van Manen, M. (2016). *Fenomenología de la práctica: métodos de donación de sentido en la investigación y la escritura fenomenológica*. Sello Editorial Universidad del Cauca.

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL PODER CONFIGURADOR DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL SOBRE EL PROCESO¹

José Bonet Navarro*

Resumen

En el presente trabajo se evalúa el poder configurador de un sistema avanzado de inteligencia artificial ai, y se ofrece un probable panorama de los principales aspectos del futuro proceso judicial. En este sistema se reforzarán y ampliarán subjetivamente las garantías de independencia e imparcialidad, se alterará la organización judicial, especialmente en lo referente a la competencia territorial, las profesiones jurídicas deberán adaptarse a los nuevos retos, se automatizará el procedimiento en los actos que más dilaciones producen, cabrá que se automatice la resolución incluso en los casos más complejos, y hasta tendrá protagonismo en las llamadas vías alternativas a la jurisdicción. Toda esta adaptación procesal deberá venir acompañada de rigurosos controles técnicos y éticos.

Palabras clave

Inteligencia artificial; Garantías procesales; Organización judicial; Capacidad jurídico electrónica; Legitimación; Diligencia de ordenación; Sentencia; Automatización; Valoración de la prueba; Vías alternativas a la jurisdicción.

¹ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *Justicia penal ante los retos de la eficiencia, la seguridad y las garantías procesales, en especial la instrucción y las técnicas de simplificación del enjuiciamiento de los delitos (Justicrim)*, referencia RTI2018-095424-B-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, en el plan estatal de investigación científica y técnica y de innovación 2017-2020, proyectos de I+D+i “Retos investigación”, convocatoria 2018 (de 01/01/2019 al 31/12/2021), en el que el autor es miembro del equipo investigador.

* Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia (España). Miembro del grupo de investigación de la Universidad de Valencia *Nuevos conflictos y proceso judicial – NCPJ*, referencia GIUV2015-242. Línea de investigación *Adaptación del proceso a los nuevos conflictos jurídicos* (la constitución de relaciones jurídicas a través de la sociedad de la información, las comunicaciones telemáticas y la existencia de conflictos cuyos agentes operan exclusivamente en ámbito digital, exige que los medios de tutela de los sujetos implicados en ese conflicto, se adecúen al mismo). ORCID: 0000-0001-9793-5512. Web of Science ResearcherID: AAA-9771-2020.

Introducción

Como ocurre con todo futurible, resulta incierto conocer a ciencia cierta lo que ocurrirá con la evolución y el alcance configurador de la inteligencia artificial. Sin embargo, la situación de la tecnología en la actualidad, y su progresión desde la misma existencia de la humanidad hasta nuestros días, permite aventurar alguno de los efectos que, con alguna dosis de probabilidad, pueda ejercer sobre el proceso.

El avance social durante toda la historia de la humanidad va unido inseparablemente a la tecnología. Entre otras muchas cosas, el uso del bronce primero, y luego del hierro, permitió al ser humano ocuparse en actividades distintas a las de estricta supervivencia; la escritura fue sin duda relevante, pero la imprenta, y con ella la facilidad para hacer copias de las obras, permitió superar las limitaciones de divulgación implícita en el manuscrito y de ese modo generalizar el conocimiento; la numeración decimal y el cero abrieron las puertas al desarrollo de las matemáticas y la ingeniería, y, en consecuencia, se potenció la producción de maquinaria, y de ahí el motor de vapor, el ferrocarril, los vehículos de transporte o la electricidad, que a su vez provocaron el aumento de la producción y apuntalaron el desarrollo definitivo de la tecnología. En fin, desde que se usaban unas pocas herramientas rudimentarias asociadas a la supervivencia, hasta la generalización de internet y lo digital, se acumulan multitud de avances tecnológicos que, en alguna medida, mejoraron las condiciones de vida y favorecieron el avance social. Puede afirmarse con todo que el ser humano siempre ha utilizado instrumentos tecnológicos que han sido en cierta medida claves para su desarrollo y evolución, pues “ha sido siempre la aparición de nuevas tecnologías y conocimientos, lo que ha supuesto la aparición de nuevos hitos en la historia de la humanidad, marcando su evolución” (Bocanegra Requena y Bocanegra Gil, 2011, p. 23).

La informática, internet y la inteligencia artificial, al menos desde 1956 hasta nuestros días (Lorenzo de Membiela, 2018), ha supuesto ya un punto de inflexión en el avance de la tecnología y de la sociedad, hasta tal punto que se ha llegado a afirmar que nos hallamos en un momento de inflexión en la llamada sociedad de la información tan relevante que permite vislumbrar el cambio de paradigma que supone, por ejemplo, el concepto de persona jurídica electrónica, renta básica o ética androide (Rodríguez Bajón, 2017).

Lo bien cierto es que si la incorporación de las nuevas tecnologías ya es un realidad —tímida si se quiere, pero real— en el proceso, su desarrollo permite prever un futuro en el que puede alcanzar tan significativo protagonismo que llegue a influir poderosamente en algunas instituciones fundamentales del derecho procesal. Entre ellas quedarán afectados ciertos principios y garantías procesales, también la organización judicial, así como aspectos clave del proceso como son determinadas capacidades y legitimación, valoración de la prueba y la resolución o realización de determinados actos que integran el procedimiento. Con todo, el alcance configurador del proceso vendrá condicionado tanto por el

avance científico y de la tecnología, como igualmente por las prevenciones éticas, morales, filosóficas y de cualquier otra índole similar que apuntalen un régimen jurídico que limite —o al menos lo intente— las eventuales desviaciones y disfunciones que deriven del avance tecnológico.

Este trabajo se centrará en el potencial configurador de la IA avanzada, resaltando los ámbitos del proceso que, de forma más inmediata y directa, podrán verse afectados. Para ello se partirá de una hipótesis incierta pero previsible, de un escenario en el que la tecnología ha superado las múltiples dificultades científicas, jurídicas y también de otra índole como la ética, moral o filosófica.

Principios y garantías procesales

Al margen de que la IA se desarrolle únicamente por la intervención humana, o lo haga a consecuencia de su propio aprendizaje cuando le permita perfeccionarse en su funcionamiento y de ese modo evolucionar, necesariamente ha de estar siempre sometido a un riguroso control que proteja al ser humano y garantice el respeto de los principios y valores constitucionales. Y en el caso que nos ocupa, en la medida que un sistema de IA pudiera llegar a sustituir eficientemente al ser humano en la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, habrán de quedar debidamente garantizadas, aunque sea con las debidas adaptaciones que correspondan, al menos la independencia e imparcialidad esenciales en la jurisdicción.

Todo aquel que elabore o controle la aplicación, la integridad y el desarrollo de los algoritmos, ha de entenderse que, en medida más o menos remota, comparte el ejercicio de función jurisdiccional, de modo que ha de estar sometido a un régimen equivalente al judicial en cuanto a garantías, principalmente en lo relativo a la independencia e imparcialidad.

Crear y desarrollar un algoritmo supone, aunque sea de modo inicial o indirecto, ejercer función jurisdiccional en la medida que dicho algoritmo será quien, llegado a ese punto, pueda incluso resolver. Siendo así, el acceso al cargo de desarrollador, o el eventual encargo, ha de producirse mediante métodos objetivos; una vez haya accedido, deberá respetarse su eventual inamovilidad, aunque solamente sea temporal; deberá estar sometido a un régimen adecuado de incompatibilidades y prohibiciones; y hasta incluso ha de preverse la posibilidad de ser apartado para desarrollar determinados algoritmos sobre temas concretos cuando concurren circunstancias que permitan afirmar la posibilidad de que se introduzcan determinados sesgos.

De otro lado, el desarrollador deberá estar sometido exclusivamente a la ley, así como al gobierno y control, al menos en los ordenamientos como el español en que exista un órgano equivalente al Consejo General del Poder Judicial. A este órgano deberá corresponder, respecto del creador y desarrollador del algoritmo, entre otras cosas, su elección y nombramiento, provisión de destinos, ascensos, concesión de permisos, licencias, exigencia de responsabilidad. Por esto deberá reorganizarse la estructura interna de este órgano para que contenga la correspondiente comisión técnica para el seguimiento específico de todo lo relativo al personal relacionado con la inteligencia artificial, así como su regular funcionamiento.

Va a ser imprescindible cuidar muy bien la contratación de estos técnicos... también será imprescindible disponer de un organismo que cuide del funcionamiento de los algoritmos judiciales (...) debe estar en manos del poder legislativo escogiéndose sus miembros por amplias mayorías. (Nieva Fenoll, 2018, pp. 122-123)

Organización judicial

En el ámbito de la Administración pública, debido principalmente a la utilización de portales y comunicación a través de internet, y también por realidades como el teletrabajo, el domicilio virtual, la enseñanza virtual, o la computación en la nube, ya se habla de superación de las coordenadas de espacio y tiempo. Incluso se había vaticinado que “el territorio dejará paulatinamente de ser elemento esencial en la definición de no pocas competencias ejercidas por las convencionalmente llamadas administraciones territoriales” (Piñar Mañas, 2011, p. 32). Cosa que no resulta extraña si los rasgos definitorios de la revolución tecnológica son “la instantaneidad y la desaparición de las distancias” (Urbano Castrillo y Magro Servet, 2003, p. 21). Y, en fin, así lo ha permitido constatar, más o menos forzosamente, la reciente experiencia de confinamiento que ha sufrido la mayor parte de la humanidad en el año 2020 como consecuencia de la pandemia de la COVID-19 que ha provocado el virus Sars-CoV2.

Y no resulta en absoluto extraño que esta pérdida de parámetros especiales se pueda producir también en el ámbito de la “administración de justicia” en cuanto la estructura organizativa de los órganos jurisdiccionales se halla en cualquier lugar del mundo fuertemente condicionada por el territorio, por cierta tradición organizativa y, sobre todo, por unas posibilidades de comunicación en la mayoría de los casos obsoletas si se atiende a las actuales vías de comunicación. Y en la actualidad esta obsolescencia se manifiesta particularmente intensa. Empezó con la mejora de las carreteras, autovías y autopistas, así como de los propios medios de locomoción, que ya permitieron desplazamientos con relativa facilidad entre las ciudades y municipios de los distintos partidos judiciales. Pero si esto ya resulta del todo punto relevante, la puntilla la dieron las actuales tecnologías de la comunicación, sobre todo aquello que ofrece internet a través del correo electrónico y de los distintos portales

y webs, que vienen a suponer verdaderas autopistas de comunicación que, unidas a otros avances como la realidad virtual, restan, cuando no anulan, cualquier importancia a una estructura territorial de los órganos jurisdiccionales que, no obstante su eventual distancia física, resulta de ese modo cercana.

A pesar de los numerosos problemas que están generando sistemas como Lexnet, con excesivos fallos y caídas por no mantenerse siempre estable ni permitir disfrutar de una conectividad suficientemente fiable y apta para grandes volúmenes de información, lo bien cierto es que, en general, la utilización de comunicaciones a través de portales de internet ha facilitado ya, y lo hará todavía más en el futuro, la relación entre las partes entre sí y entre el órgano jurisdiccional, evitando desplazamientos personales y derroche de papel.

No debería transcurrir mucho tiempo hasta que deje de tener relevancia la competencia territorial y hasta la misma existencia física de los tribunales distribuidos territorialmente cuando los distintos escritos, entre otros y, principalmente, los de demanda, contestación o recursos, se presentan desde cualquier lugar, con el único requerimiento de contar con conexión a internet; y también cuando las comparencias, vistas o audiencias físicas pueden resultar innecesarias en cuanto las actuaciones virtuales alcancen un nivel de calidad equiparable a la presencia física. Es claro que la cercanía del órgano jurisdiccional se presenta como irrelevante, de entrada, porque los desplazamientos físicos se hayan facilitado considerablemente. Pero todavía lo será más cuando los sujetos intervinientes puedan hallarse físicamente en cualquier lugar y al tiempo tengan la posibilidad de mantener una reunión o comparencia recreando una realidad virtual de apariencia tan real que sea dificultoso distinguirla de la presencia física.

Tal nivel de realidad virtual supone todo ventajas, al menos en cuanto a lo referente a la grabación, documentación y archivo del acto. Además, permitirá repetir su visualización con idéntica calidad a la que deriva de la inmediación, lo que favorecerá la calidad resolutoria, así como una mejor preparación de la impugnación frente a la misma. En fin, si ya hace tiempo que va perdiendo utilidad la cercanía física del órgano jurisdiccional a las partes, con todo esto culminará este proceso, pues la hará del todo punto inútil, de modo que los órganos jurisdiccionales, y sus espacios físicos, podrán y deberán reducirse, con el consiguiente ahorro.

Una vez perdida la principal utilidad de la proximidad física, unida al posible aumento de la capacidad resolutoria fruto de una eventual automatización, bastará con un potente órgano jurisdiccional. En ese estadio solamente la tradición explicará la subsistencia de tan grandísima división física de los órganos jurisdiccionales con la que se cuenta en la actualidad. Y es de prever que las consecuencias prácticas de una eventual infracción de una norma que contenga este criterio distributivo, por corresponder un asunto a un órgano de la misma clase de otro lugar, debería seguir perdiendo todavía más importancia, hasta llegar a la irrelevancia. Recuérdese que la estimación de una declinatoria por infracción de la

competencia territorial dispositiva no supone la terminación del proceso, sino que deriva en la mera inhibición a favor del órgano competente (en el caso español, según el artículo 65.5 LEC. En el futuro parece claro que todavía se reducirá la importancia de estos efectos en coherencia con la desaparición de la causa que justifica la división territorial de los órganos jurisdiccionales por esta vía.

Es más, puede llegarse a idéntica conclusión incluso en los supuestos de competencia territorial imperativa, como ocurre en el caso español según el artículo 52 LEC, entre otros, en los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles, arrendamiento de inmuebles y desahucio, o propiedad horizontal, en los que la competencia se determinará en el lugar donde esté sita la cosa; también en los juicios sobre cuestiones hereditarias, donde el finado tuviera su último domicilio; y lo mismo en los juicios en que se pida indemnización de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, donde se causaron los daños. Pues bien, aunque en principio concurren aquí particulares razones de conveniencia, distintas a la proximidad o facilidad de alguna de las partes, para fijar la competencia en un determinado lugar, el mismo desarrollo tecnológico permitirá alcanzar idéntica conclusión a la señalada antes sobre la irrelevancia de la cercanía o de la vinculación física del órgano jurisdiccional al objeto de conocimiento. La facilidad de la comunicación y de la realidad virtual restará y hasta eliminará la justificación a la cercanía física incluso para realizar eventuales operaciones *in situ* como podría ser un reconocimiento judicial del lugar de los hechos, que podría sustituirse meramente accediendo a los ficheros digitales correspondientes.

En fin, una planta judicial coherente con el avance tecnológico permitirá una profunda reestructuración. La conectividad y facilidad de comunicación, la recreación de una realidad virtual tan avanzada que podría ser equivalente a la física o incluso mejor, la posibilidad de una ventanilla única con un acceso tan fácil que meramente requiera una simple identificación para conectarse, son todos ellos elementos que permiten afirmar que la distribución territorial de órganos jurisdiccionales, a lo sumo, obedecerá a razones de tradición como criterio distributivo del trabajo. Y, desde luego, como se ha indicado, el tratamiento y las consecuencias de la infracción de las normas de competencia territorial deberán quedar equiparadas a las que deriven de la mera vulneración de normas de reparto por vulneración del derecho a un juez legal y predeterminado por la ley, por deberse, en palabras del ATC 13/1989, de 16 de enero, y de la STC 32/2004, de 8 de marzo, a meras “exigencias o conveniencias de orden puramente interno y organizativo”, si es que llegan a considerarse necesarias.

Cabría incluso acudir a otros criterios de distribución más eficientes, máxime si con el indicado contexto tecnológico resulta adecuado un solo órgano de primera instancia que, en el mejor de los casos, distribuya telemática y automáticamente los asuntos entre aquellos encargados de juzgar, sean personas físicas o, quién sabe, si también “jurídicas electrónicas”. En este último caso, como luego se indicará, las decisiones se dictarían de forma

más o menos automática, aunque en un primer escenario pudieran ofrecerse como meras propuestas de resolución elaboradas por el sistema de IA con el objeto de ser ratificadas por el juzgador (persona física), por supuesto, salvo que considerara conveniente desvincularse.

Quizá puedan aumentar los órganos jurisdiccionales especializados para determinadas materias cuando problemas futuros requieran una respuesta específica. Otra cosa es que vayan a producirse alternaciones tan profundas, o al menos tan rápidas, en los órganos jurisdiccionales tradicionales y consuetudinarios. No obstante, según se entienda la costumbre por los operadores, que no se limita a una mera repetición acrítica, sino adaptativa, podría incluso favorecer que la tecnología llegue a filtrar de modo más rápido y profundo en este tipo de órganos para aprovecharla en aspectos concretos como la prueba o la actividad estrictamente administrativa. Así y todo, será complicado que llegue a modificarse la planta judicial en estos órganos (reconocidos en el artículo 125 de la Constitución española en relación con el artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)², porque su planta es extremadamente sencilla, esto es, cada órgano es único, con un sistema de impugnación limitado a las posibles impugnaciones ante el Tribunal Constitucional.

Si un sistema avanzado de IA realmente adquiere aptitud para resolver, incluso en los asuntos más complejos, será cuestión de tiempo que lleguemos a superar miedos ancestrales y naturales reticencias que puedan inicialmente impedir que asuma labores tradicionalmente reservadas a los humanos. Por supuesto, esto será siempre con límites. En el ámbito del proceso, incluso en esos estadios, la utilidad de la “jurisprudencia” que pudiera dictar la IA se limitaría a aquellos asuntos en los que se cuente con previa jurisprudencia o, a lo sumo, cuando resulte sumamente sencilla. Tengo serias dudas sobre la capacidad de crear e innovar por parte de la IA. Esta circunstancia derivará en que el avance y evolución jurisprudencial, conforme lo hagan los valores imperantes en la sociedad, quede reservado a un tribunal superior integrado siempre por seres humanos. Órgano al que se accedería por infracción de nuevas leyes; por interpretaciones o valoraciones que puedan haber quedado obsoletas y, en consecuencia, requieran una evolución para acomodarla al avance social; o, con mayores dudas, en atención a las características del juzgador, por necesidad de unificar los pronunciamientos.

Siempre que un sistema de IA pueda resolver como luego se indicará, es de prever que, en el conjunto de órganos jurisdiccionales integrantes del sistema, los de primera instancia formen parte del sistema automatizado, sin necesidad de una sede física, ni siquiera de un titular distinto al propio sistema que tendría como tal un funcionamiento prácticamente automático. En este estadio, en lugar de perderse en una gestión poco eficiente, el tiempo se dedicará a la necesaria contradicción y el pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y de defensa, pues los plazos impropios, como los de admisión, señalamiento, resolución o notificación formarán parte del pasado.

² Se puede consultar en <https://bit.ly/30ZDFYX>

Nuevos protagonismos en el proceso

La influencia de la IA implicará un enfoque particular del papel de los actuales operadores jurídicos, en especial de los profesionales del derecho y del personal adscrito a los órganos jurisdiccionales. Estos últimos se ocuparán principalmente del control, integridad y mantenimiento del sistema de IA. Y la asistencia técnica por medio de abogado y la representación mediante procurador será menos necesaria. Ahí tenemos al famoso abogado artificialmente inteligente llamado Ross, contratado por el bufete *Baker & Hostetler*, basado en *Watson*, plataforma de computación cognitiva desarrollada por IBM, que, según se dice, es capaz de leer y comprender, generar hipótesis cuando se le pregunta y responder con referencias y citas para respaldar sus conclusiones. Es apto para encontrar normas y jurisprudencia y es capaz de aprender y ofrecer respuestas estructuradas (Puyol, 2017). De otro lado, la automatización del sistema, incluida la obtención, proposición y práctica de prueba, haría menos imprescindible la representación a través de procurador y, en principio, incluso la misma asistencia jurídica que no sea dispensada por la IA, salvo en supuestos de carencia de jurisprudencia, cuando se considere adecuada una interpretación jurisprudencial distinta a la previamente fijada, o siempre que se acceda al tribunal superior integrado por humanos.

Es más, el poder configurador de la IA no se limitará a integrar la jurisdicción, sino, incluso, supondrá la intervención de nuevos protagonistas auxiliares o colaboradores. Si es posible, como considera el Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo, que un robot llegue a ser autónomo, de modo que pueda generar daños y, en medida proporcional a su autonomía, cierta responsabilidad propia, no sería descartable que, correlativamente, llegara a ser titular de ciertos derechos.

Ciertamente, salvo que existan tecnologías secretas y desconocidas en el momento de la elaboración de este texto, actualmente no hay razón alguna que permita ninguna suerte de equiparación entre robot y persona. No se ha alcanzado un nivel suficientemente avanzado de IA que permita tal equiparación. Por el contrario, los inmediatos problemas que se vislumbran para ello se presentan bastante nítidos (en ese sentido, Rosales, 2016). Para producirse tal evento será necesario recorrer un gran trecho plagado de retos previos nada sencillos, como experimentar la tecnología en el cuerpo humano, o desarrollar robots asistenciales o lúdicos. Así, parece que solo será cuestión de tiempo que los sistemas de IA puedan alcanzar capacidades de aprendizaje que en estos momentos se hacen difíciles de imaginar y que les permita actuar tan autónomamente que logren tomar decisiones no prefijadas por el creador o desarrollador al menos de forma directa.

Por otro lado, un sistema de IA no tiene por qué parecerse a un robot. Otra cosa es que se quiera darle una apariencia externa similar, incluso casi idéntica al ser humano. Pero estas posibles similitudes y hasta numerosas coincidencias no le harán realmente humano. Siempre será un robot, aunque con una apariencia más o menos semejante a la del ser

humano. Sin embargo, lo importante no es ni de lejos la apariencia externa, sino si podría alcanzar un nivel de autonomía suficiente para llegar a ser capaz de generar derechos y obligaciones propias. Si es así, el ámbito de estos derechos no se limitará al ámbito material o sustantivo, sino que también habría de tener relevancia en lo procesal. Ahora bien, esto no significa que al robot vayan a corresponderle derechos humanos, pues no lo es ni lo podrá ser nunca. Se tratarán de derechos de otra naturaleza, derivados de su eventual capacidad de aprendizaje y actuación autónoma, gracias a los cuales irá, paulatinamente, adquiriendo responsabilidades y asumiendo ciertos derechos que, en principio, se atribuían a otros.

Lo bien cierto es que, del mismo modo que al robot no cabe atribuirle derechos humanos, tampoco se le podrá considerar persona física. Sin embargo, esto no le impide ser titular de ciertos derechos, que se le atribuyan algunas responsabilidades e, incluso, ser persona, no física, pero sí quizá jurídico-electrónica. Se ha dicho en ese sentido que, como medida realmente llamativa, está la creación de un *tertium genus* en la calificación de sujetos de derecho, esto es, la persona jurídica electrónica específica para los robots, “de modo que al menos los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas con derechos y obligaciones específicos” (Rosales, 2016). La cuestión será la determinación concreta de los derechos que se les podrán reconocer.

Todo esto ha de tener también su reflejo en el ámbito procesal. La titularidad de derechos y obligaciones materiales ha de cursar irremediamente con el reconocimiento de los derechos procesales, más concretamente, la capacidad para ser parte y de actuación procesal. Por supuesto, esta atribución no estará exenta de límites. Se ha de partir de que la capacidad para ser parte deriva de su reconocimiento como eventual persona jurídico-electrónica, puesto que “en la robótica y la inteligencia artificial es que el capital, el objeto y el órgano de administración tienden a identificarse como una sola cosa” (Rosales, 2016); y la capacidad de actuación procesal pende de la mera aptitud técnica para realizar actos jurídicos. Sin embargo, los ámbitos materiales en los que una persona jurídico-electrónica tendría habilidad para ser parte, y también para actuar en el proceso, se limitarán a aquellos en los que pueda llegar a tener legitimación o, en otros términos, legitimidad o interés para un robot. Así, por ejemplo, no parecen concurrir impedimentos graves para que tenga aptitud e interés cuando se le pueda exigir algún tipo de responsabilidad, pero no, en cambio, para reclamar una paternidad biológica que, en todo caso, no le corresponderá.

Este reconocimiento de capacidad y legitimación procesal limitadas no se presentará de forma inmediata, sino que más bien será fruto de un lento y costoso proceso. Por supuesto, requerirá primero un avance tecnológico suficiente para crear una IA tan avanzada que habilite una actuación autónoma que permita atribuir identidad y personalidad (jurídico-electrónica, o como se le quiera denominar). Mientras tanto, el legislador y, en general, cualquier involucrado en el desarrollo tecnológico, adoptará y ejecutará los correspondientes protocolos éticos y legales para garantizar la seguridad de los humanos y el respeto de los valores humanos de toda índole. Poco a poco, podremos ir adquiriendo la sensibilidad y la

confianza suficientes como para, a medida que vaya aumentando su autonomía, admitirle la titularidad de los derechos. En ese arduo proceso, por razones diversas más bien relacionadas con el miedo y la prevención, podrán imponerse ciertos obstáculos, objeciones y reticencias que dificulten de algún modo este reconocimiento. Pero al final, la fuerza del derecho deberá prevalecer. Si realmente tienen aptitud para actuar autónomamente como consecuencia de una inteligencia suficientemente potente y de su propio aprendizaje, partiendo de unas meras estructuras básicas, pero aptas para mejorar, se le podrá exigir alguna responsabilidad y, en la misma medida, merecerá ser titular de derechos. Y si el reconocimiento es merecido, la consecuencia no puede ser otra que se otorgue, sin necesidad de luchas ni rupturas traumáticas, ante empecinamientos poco o nada justificados. En fin, un proceso con IA avanzada ha de suponer la ampliación subjetiva a favor de la persona jurídico-electrónica con capacidad para ser parte, de actuación procesal y de legitimación, aunque sea limitada al no alcanzar a los ámbitos restringidos al ser humano.

Automatización del procedimiento

Uno de los ámbitos que se verán influidos más inmediatamente por la IA será la automatización del mismo procedimiento judicial. Eso no significa que todos y cada uno de los actos que integran el procedimiento sean automatizables, pues han de quedar al margen aquellos que condicionan directamente la contradicción y el derecho de defensa, principalmente las posibilidades reales de alegación y de prueba. Pero lo significativo no es que haya actos menos propicios para la automatización, sino que lo sean precisamente aquellos, como la notificación o el señalamiento, que más demoras suelen provocar a pesar de ser sencillos. En general, los actos de trámite serán automáticos y casi inmediatos.

El sistema de IA tendrá la capacidad de detectar el tipo de acto que se trate, el cumplimiento de los requisitos formales, no solo su eventual ausencia, sino incluso su suficiencia y correspondencia con lo exigido, esto es, su admisibilidad y procedencia, o improcedencia. A continuación, podrá ordenar que siga o no el trámite correspondiente (como luego se desarrollará, dictar la resolución que corresponda, sea providencia, diligencia de ordenación, decreto o como quiera denominarse, aunque en los momentos iniciales pueda revestir la mera propuesta de resolución para ser ratificada). A continuación, el mismo sistema notificará inmediatamente dada la conectividad fehaciente. Incluso los actos y decisiones que requieran cierta capacidad valorativa terminarán también por automatizarse, como más adelante será señalado.

Al margen de lo que luego se explicará sobre la aptitud para resolver en los distintos supuestos por la IA, el procedimiento será lo que de forma más inmediata podrá y deberá automatizarse. Desde que una demanda civil en formato digital entra en un posible registro

único en el portal virtual de la administración de justicia —teniendo en cuenta que los requisitos más evidentes o fácilmente controlables ya se habrán podido filtrar previamente, como en el punto siguiente se dirá— se remite al órgano competente, y se da traslado al demandado abriendo plazo para contestar, no deberían transcurrir más de veinticuatro horas en condiciones de una normalidad tecnológica avanzada. Esto será posible porque la mayor parte de los actos, como el señalamiento una vez admitido o las notificaciones, podrían ser automatizadas e inmediatas, salvo quizá —a lo sumo y por una inicial prudencia— la ratificación de las admisiones o de las propuestas de inadmisión formuladas por un sistema de IA.

En una oficina judicial con estas características, el mismo día en el que se presenta una demanda en el portal de la administración de justicia, desde cualquier lugar del mundo con conexión a la red, de un país determinado o, quizá, en un futuro de una jurisdicción continental e, incluso, entonces mundial, solamente sería necesario para iniciar el trámite de forma casi inmediata confiar en el sistema que opere automáticamente, o, en el peor de los casos, contar con el personal adecuado y suficiente que ratifique sus propuestas. Este personal sería el encargado, si no se considera adecuado que lo haga el propio sistema, de tomar las decisiones de ratificación de la admisión o de asunción de la correspondiente propuesta de admisión o, más probablemente, de inadmisión de la demanda efectuada por el mismo sistema —de ser necesario, con remisión al titular de la potestad jurisdiccional—. Y si procediera resolver la inadmisión, quedaría expedita la fase de subsanación o, en su caso, de recurso.

Una vez contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, los subsiguientes trámites igualmente podrían ser automatizados al menos en la parte que no limite la contradicción y el derecho de defensa. Así, cuando se trate de una cuestión meramente jurídica, no concurren hechos controvertidos, no se haya propuesto prueba o, incluso, la misma únicamente fuera documental, directamente se pasaría a dictar sentencia —o su propuesta— por el propio sistema. El mismo sistema, tras reconocer la pretensión, la petición y la *causa petendi* podría proponer la aplicación de las normas oportunas con la interpretación de las mismas ofrecidas por la jurisprudencia de un necesario órgano supremo, integrado por magistrados humanos, con función limitada a unificar la jurisprudencia y, de ser necesario, a hacerla evolucionar de forma unívoca.

El lastre de los tiempos perdidos en actividades que son perfectamente susceptibles de ser automatizadas, como el reparto, la apertura de procedimiento, el señalamiento o la notificación, se recordarán como aspectos superados propios de tiempos pasados. Los procedimientos civiles, laborales y administrativos solamente durarán el tiempo necesario para que pueda prepararse la demanda, su contestación, eventualmente el tiempo de negociación para alcanzar una posible solución autocompositiva, la práctica de pruebas que requiera la

presencia física o virtual, y la resolución. En los penales, dada la importancia de los derechos que entran en juego, y de la particular importancia del derecho de defensa que requiere, el papel de la IA parece empujada a ser algo más instrumental.

Como el papel de la robótica y de la inteligencia artificial deberán limitarse adecuadamente en la medida en que puedan decidirse o afectarse derechos humanos de carácter material, tanto en el proceso penal como en aquel cuya competencia corresponda al Tribunal Constitucional, el nivel de automatización debería reducirse y ser menor. No obstante, al margen de lo que exijan los derechos fundamentales en juego, las aptitudes de automatización procedimental serán similares en todos los procesos. El tiempo deberá ocuparse en todo caso para el ejercicio y actualización de los derechos fundamentales y, al margen de lo que pueda exigir una suficiente fase de investigación penal, como los actos de trámite, podrán automatizarse, y los de fondo pueden igualmente complementarse por algoritmos, no deberían superar mucho más de un mes ni siquiera en los supuestos más complejos. Y esto porque podrán orillarse lastres de tiempo perdidos inútilmente tantas veces en el reparto, apertura de procedimiento, señalamiento o notificación. El tiempo ha de ocuparse en el estudio, preparación y redacción de escritos, aunque sea con ayuda de la IA; también, eventualmente, en el tiempo de negociación para alcanzar una posible solución autocompositiva, la práctica de pruebas que requiera la presencia física o virtual, y en la resolución si no se admite su automatización total o parcial. En palabras de Couture, en el procedimiento, “el tiempo es algo más que oro, es justicia” (Couture, 1945, p. 37), de modo que ha de ocuparse solamente para aquello que implique estrictamente el ejercicio y la actualización de los derechos fundamentales.

Resolución sobre cuestiones de trámite o sobre aspectos sencillos

Con la tecnología actual sería perfectamente posible que un sistema de IA dictara de modo automático determinadas resoluciones. Otra cosa son reticencias y dudas de índole distinta a la posibilidad técnica. Ciertamente estas resoluciones hoy por hoy serían de índole sencilla, como las que podrían dictarse con ocasión de algunas cuestiones de mero trámite. Sería el caso de la inadmisión de escritos extemporáneos por haber precluido el plazo de presentación, o también por la ausencia de determinado documento que pudiera ser imprescindible adjuntar.

Piénsese, por ejemplo, en la presentación telemática de un escrito de contestación a una demanda civil, cuyo plazo, en el caso del proceso español es, según el tipo de procedimiento, de diez o veinte días “desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación” (artículo 133.1 LEC en relación con el 185 LOPJ); o igualmente una

demanda a la que con carácter preceptivo sea exigible presentar copias (en escritos presentados vía telemática que den lugar al primer emplazamiento, citación o requerimiento del demandado, según el artículo 273.4.II LEC), determinados datos (como ocurre con la indicación de las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio en una demanda de desahucio por falta de pago de inmueble urbano, según el artículo 439.3 LEC), o adjuntar ciertos documentos (como la certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante conforme al artículo 439.2.3º LEC). En todos estos supuestos, como en otros equivalentes (como el control de aspectos tipo falta de jurisdicción o de competencia controlables de oficio, o inadecuación de procedimiento), contamos con sistemas perfectamente capaces para detectar la presentación extemporánea, así como la ausencia del correspondiente dato, documento o copia que deba aportarse. Ante ello, sin más intervención que la del propio sistema, es factible inadmitir la presentación, o suspender sus efectos hasta que en su caso se subsane el defecto en la aportación. Cuando, como ocurre actualmente al menos en España, el portal de la administración tributaria se encuentra cerrado o, en cualquier caso, no permita adjuntar una declaración tributaria al presentarse fuera de plazo, está inadmitiendo de una forma más o menos expresa la presentación, hasta el punto que ha de considerarse una resolución tácita de inadmisión. A partir de la misma, solo habría que añadir la cita del motivo (presentación extemporánea o con falta de ciertos datos, documentos o copias) y el precepto por el que no se admite la presentación (por ejemplo, artículo 260 LEC), unida a una sencilla disposición expresa por la que se pone de manifiesto que se inadmite. De ese modo, contaríamos ya con los elementos propios y necesarios en cualquier resolución de inadmisión, cosa que perfectamente puede automatizarse con la tecnología mediante un software adecuado, con reloj y capaz de detectar determinadas ausencias formales o documentales, que meramente incluya unos sencillos formularios y alguna base de datos con legislación y, a lo sumo, jurisprudencia.

Resultado de todo esto derivaría una resolución, o en los momentos iniciales, su mera propuesta, en la que conste la referencia al expediente, al órgano, a las partes, los hechos consistentes en la presentación extemporánea o con falta de requisitos que funden la inadmisión en un determinado momento y la manifestación expresa de inadmisión. Esta resolución, en sí misma o como mera propuesta, se ha de reiterar que es viable y perfectamente posible con la tecnología actual. Para su implementación solamente sería necesaria voluntad.

Las posibilidades de software, por ejemplo, de reconocimiento de documentos o comprensión de números o caracteres, permitirían una tramitación instantánea a través de la generación automatizada de resoluciones que, sin menoscabo de la supervisión humana que fuese ejercida por el Letrado de la Administración de Justicia o funcionario habilitado, ahorraría de forma mayúscula costes humanos y de tiempo, convirtiendo el proceso judicial en un esquema eficiente de base digital, transparente, inteligente, supervisado y, lo más importante, al servicio de la tutela sin dilaciones que todos merecemos. (Perea González, 2020, p. 1)

Pero una cosa es comprobar la ausencia de un documento o de una manifestación y otra muy distinta sería detectar la insuficiencia o la falta de correspondencia del documento presentado respecto del requerido. Es obvio que en cuanto aumenta la complejidad, las dificultades se multiplican. Así y todo, no parece que concurren mayores dificultades hasta que el mismo sistema alcance la capacidad de detectar que el dato, documento o copia no se corresponde con lo requerido, aunque para ello sea necesaria cierta estandarización formal. En cualquier caso, las eventuales dificultades no parecen insalvables ante el desarrollo previsible de la IA. Lo relevante es que se presenta como altamente probable que puedan dictarse automáticamente resoluciones de trámite con la misma o hasta incluso superior fiabilidad a la que ofrece el ser humano.

Resolución sobre cuestiones de fondo o sobre aspectos complejos

Si la automatización del procedimiento y la resolución sobre cuestiones de trámite ya es un reto importante, todavía lo será más que un sistema de IA pueda llegar a dictar resoluciones sobre el fondo, donde requerirá nada menos que atender a aspectos tanto fácticos como jurídicos. Sin embargo, se considera aquí que también la resolución de cuestiones de fondo sobre aspectos complejos podrá ser automatizada a través de la IA.

Cabe tan optimista afirmación considerando que la función de juzgar no se realiza de forma misteriosa ni mágica, sino que se trata de una actividad técnica, aunque relativamente sencilla, incluso en los supuestos aparentemente más complejos. Si bien se mira, básicamente se limita a dos únicas actividades: la fijación fáctica y la aplicación normativa sobre los datos fijados.

De todos modos, tampoco queda exento de dificultades. Se requiere la actividad de fijación y calificación de los hechos, y la aplicación de las normas sobre los mismos. En el caso del proceso penal, junto a la valoración de las circunstancias concurrentes, se centrará en la atribución subjetiva de los hechos tipificados y, cuando proceda, en la cuantificación de las penas que puedan estar previstas para dichos hechos y circunstancias. Asimismo, en lo que se refiere a las medidas cautelares, tanto civiles como penales, la actividad tampoco es muy diferente a la anterior. Como matiz, se pondrá el foco en la apariencia de buen derecho (en el proceso penal en la aparente tipificación de los hechos), así como en las circunstancias objetivas y subjetivas de las que pueda derivar peligro para la efectividad de la futura resolución. Específicamente en las medidas cautelares del proceso penal, se atenderá principalmente a posibles actividades que impidan o dificulten la obtención de pruebas o que permitan entender que el sujeto pasivo podrá situarse en paradero desconocido. Igualmente se pondrá el foco en el peligro para la víctima o para la sociedad, en cuanto quepa

entenderse que puedan repetirse los hechos calificados como delito. Partiendo de que el riesgo solo implica probabilidad y, en absoluto, certeza, se trata meramente de realizar una actividad técnica basada en la experiencia estadística (Nieva Fenoll, 2018). Y no es factible que se presenten problemas insalvables para que un sistema de IA pueda tomar decisiones sin mermas de calidad y acierto en comparación con las que pueda adoptar un ser humano; se ha de reconocer que estas últimas, en algunas ocasiones, están basadas en apreciaciones aproximativas o en un conocimiento meramente intuitivo de escasa fiabilidad.

El actual potencial de los sistemas de IA se presenta sin duda limitado. Y, principalmente, se orienta a aquellos ámbitos más inmediatos como la investigación del delito y, sobre todo, la ayuda basada en la predicción para la adopción de ciertas decisiones. En efecto, hacia la investigación penal se orientan sistemas como *Connect*, encargado de indagar sobre lavado de dinero; ICSE-DB para la investigación de delitos de explotación sexual infantil; o *Valcri* (*Visual Analytics for Sense-making in Criminal Intelligence Analysis*) para detectar patrones sospechosos y reconstrucción de escenas para plantear nuevas líneas de investigación como ayuda para generar ideas sobre la dinámica el tiempo y las razones por las que se cometió un crimen, así como su posible autor.

Y de otro lado, los sistemas de IA se dirigen al ámbito de las medidas cautelares, básicamente por su potencial predictivo sobre el posible éxito de una disputa. Esto se presenta relevante para apreciar el *fumus boni iuris*, así como las posibilidades de reiteración del delito, y, por tanto, para valorar la peligrosidad de un sujeto pasivo de una medida cautelar o, en otros términos, el *periculum in mora*. Así, entre otros muchos, se hallan métodos o sistemas preventivos del delito o de evaluación de riesgos como *Hart* o *Compas*. La primera es la Herramienta de Evaluación de Riesgo de Daños (*Harm Assessment Risk Tool*). Se destina a predecir la posibilidad de cometer delitos. Fue desarrollada en colaboración con la Universidad de Cambridge y se encuentra en fase de prueba en el Reino Unido. Se basa en el aprendizaje automático y se entrenó en los archivos de la Policía de Durham entre 2008 a 2012. Partiendo de estos, de si ciertos sospechosos reincidieron y con base en diversos factores no siempre relacionados con el delito cometido, se pretende que el sistema evalúe el riesgo como bajo, medio o alto en los sospechosos reincidentes. Como resultado, sus predicciones se afirma que han sido del 98% efectivas para predecir bajo riesgo y del 88% efectivas con alto riesgo de reincidencia. Al menos, por el momento, solo tendrá utilidad para el asesoramiento de quien deba juzgar, al tiempo se prevén auditorías sistemáticas como su funcionamiento y fiabilidad de sus conclusiones. Por su parte, *Compas* trabaja sobre perfiles de gestión de delincuentes correccionales para sanciones alternativas y pretende evaluar el riesgo de reincidencia. Se trata de un algoritmo desarrollado por una empresa privada, a pesar de que será utilizado en el sistema judicial de algunos estados de USA. Incluye 137 preguntas de contenido muy variado y respondidas por el investigado o acusado, así como información extraída de diversos registros. El algoritmo clasifica a la persona en una escala de uno (riesgo bajo) a diez (riesgo alto). Sus predicciones no son vinculantes, pero sirven como ayuda para la toma de decisiones judiciales.

Pero, a pesar de lo espectacular que puede parecer todo esto en la actualidad, solamente supone un primer paso con respecto a todo lo que podrá venir en el futuro. No ha de sorprender que estos incipientes sistemas resulten imperfectos y que produzcan sesgos excesivos e inaceptables. Sin embargo, sus muchas imperfecciones no excluyen su potencial para ayudar o, incluso, sustituir la decisión del ser humano a la hora de resolver. Sencillamente se requiere mejorar, un mayor avance tecnológico y un especial control que limite los posibles sesgos o desviaciones que pueda producir.

Precisamente por esto sorprenden críticas a la IA basadas meramente en la producción de estos errores o sesgos iniciales, máxime cuando no se tiene la misma exigencia con los errores e imperfecciones de la resolución por el ser humano. Si se considera natural el error humano y al mismo tiempo se exige perfección a la IA, jamás concurrirán motivos para el optiminismo ni para ser favorables a la resolución por esta última vía, puesto que, si hay errores humanos en el proceso, la resolución mediante IA tampoco va a ser nunca perfecta. Es justo exigir una crítica al potencial de la IA con criterios equivalentes a las que exigimos al ser humano. Y con tal coherencia, es dudoso que en un futuro no lejano los sistemas de IA resulten menos fiables y correctos que la tradicional resolución por el ser humano.

Y esto mismo puede afirmarse sobre el papel de la IA en la fijación de los datos a los efectos de resolver, donde está llamada a alcanzar, aunque siempre sea con cierto margen de imperfección o error, un nivel superior de fiabilidad a la que realice un ser humano. Pero en la labor de fijación fáctica conviene deslindar distintos supuestos:

- Si no concurren hechos controvertidos por haber sido aceptados por las partes, ya pueden ser fijados directamente por un sistema de IA.
- De ser contradichos los hechos, no serán directamente fijados por este medio. Debería distinguirse a su vez si se ha producido actividad probatoria o no la ha habido. En este último caso, solamente se trataría de aplicar las normas sobre carga de la prueba a los efectos de resolver.
- Si se ha admitido prueba, y una vez practicada no resulta ser contradictoria, también podrán fijarse hechos sin perjuicio de que la prueba practicada pudiera resultar insuficiente a pesar de la carencia de otras pruebas. Para valorar su suficiencia habría de realizarse una valoración de la misma según luego se indicará, si bien esta actividad resultará en principio más sencilla a la que se realizará de haber contradicción.
- Si concurre actividad probatoria contradictoria, las dificultades aumentan en la medida en que se reducen los elementos coincidentes, pues se presentará ineludiblemente una valoración que determine la eficacia de los medios de prueba practicados para fijar los correspondientes datos. Esta valoración, a su vez, será bien conforme a la convicción judicial (valoración libre) o bien mediante la constatación de los presupuestos legalmente previstos (valoración legal).

La valoración legal, subsistente en alguno de los medios de prueba más importantes del proceso civil (ciertos documentos), se presenta algo más sencilla que la libre (general en el proceso penal y en gran parte de los procesos civiles). Como se ha dicho, una herramienta de AI se presenta “ideal” en el sistema de valoración legal (Nieva Fenoll, 2018). Y es así básicamente porque se limitará a comprobar o constatar el cumplimiento de los presupuestos legalmente previstos para que, sin necesidad de convencimiento judicial, se produzca la fijación del dato. Y no parece muy lejano en el tiempo que un sistema de IA pueda detectar la concurrencia de los presupuestos o requisitos para que la prueba legal tenga los efectos de fijación fáctica.

Mayores dificultades hallamos en la valoración libre. Sin embargo, las mismas se producen tanto cuando la actividad sea realizada por la IA como por el ser humano. Al margen de las distintas posiciones sobre esta cuestión, la valoración libre se lleva a efecto con base en criterios básicamente humanos como la razón, la lógica y las máximas de la experiencia. Y se considerará que procederá la fijación de los datos contradictorios y objeto de prueba cuando el ser humano juzgador alcance un nivel de convicción razonablemente suficiente, lo que es una actividad de carácter subjetivo, pero integrado por elementos objetivos que serán los que se expresen en la motivación. No habrá grandes problemas para que este nivel de imprecisión más o menos racional que supone la “convicción”, siempre aproximativo en cada supuesto concreto dentro de unos parámetros coherentes en cada juzgador, pueda ser sustituido por un porcentaje numérico también aproximativo, pero con carácter más general que, llevando implícita la coherencia con el contexto, se estime adecuado y suficiente para fijar el hecho.

Al margen de la diferente metodología y del común carácter falible en toda esta actividad, se presenta la IA tan apta o más que la inteligencia del ser humano para la valoración de la prueba. Y esto es así por la significativa aptitud de la IA para medir los aspectos relevantes en cada medio de prueba que permitan ponderar su relativa fiabilidad en comparación con otros medios de prueba que puedan ser contradictorios. Es justo aquí donde la IA puede ganar la batalla al ser humano porque es capaz de apreciar mejor, y sin que se le escapen, elementos de fiabilidad más o menos de matiz.

A continuación, la IA solamente habrá de tomar en consideración estos elementos para calcular un porcentaje de su fiabilidad en atención a los diversos criterios predefinidos. Y con este cálculo estará en condiciones de realizar un ejercicio comparativo con el correspondiente valor que resulte del cálculo y evaluación de los mismos aspectos relevantes en otros medios de prueba con los que pueda entrar en contradicción. Así, sumará o restará porcentajes para determinar el cociente de fiabilidad suficiente —o superior al que resulte de otros medios de prueba— para la fijación fáctica.

En la prueba testifical el sistema de IA podrá atender a los aspectos relevantes sobre la credibilidad del testimonio. Entre estos aspectos computará el contexto en el que se adquiere el conocimiento y que pueda excluir o condicionar al mismo; y también las reacciones físicas internas o externas que pueda experimentar el declarante y que sean detectables mediante los correspondientes instrumentos tecnológicos. Aunque en algunos casos estos elementos puedan ser relativos, en tanto que dependan de la personalidad y estado físico y psicológico del declarante, parece que se presentan aptos para ser debidamente ponderados por un sistema de IA con mayor amplitud y exactitud que la realizada por un ser humano.

Ahora bien, no hemos de creer que esta actividad estará exenta de errores, inexactitudes o insuficiencias. Sería el caso, entre otros, de los supuestos de ideas, conocimientos o informaciones inconscientemente incorrectas o inexactas, donde las reacciones inconscientes o ausentes en el declarante se presentan obviamente inútiles. De ese modo, aunque algunos autores niegan esta posibilidad, como Nieva Fenoll (2018), solamente restará la coherencia interna y con el contexto como forma de valorar la declaración por un “sistema” de inteligencia, sea artificial o natural. En fin, aunque siempre con limitaciones, en general cabe esperar mejores resultados mediante IA.

En la prueba documental tampoco se hallan dificultades relevantes para que un sistema de IA pueda valorar libremente con una calidad suficiente. Entre otras cosas, podría apreciar insuficiencias formales en cualquier documento, como la falta de correspondencia de la firma plasmada en el mismo con la de que se supone ha de ser la de su autor. Además, cabe que identifique el documento, lo comprenda y le otorgue el valor jurídico correspondiente, comprobando la correspondencia de la firma, así como la lógica y coherencia del contenido del documento con el contexto.

Y lo mismo cabrá decir de otros medios de prueba similares, como aquellos que consisten en la introducción en el proceso de escritos o datos fácticos de archivos, libros y registros de entidades públicas o privadas, que serán incorporados inicialmente como documentos o, de ser negados, como testificales.

En la prueba pericial, un sistema de IA del mismo modo puede jugar un papel incluso superior al del ser humano. Si no hay dictámenes contradictorios, bastaría con constatar la aptitud técnica del perito y la ausencia de elementos que conduzcan a la carencia de sustento irreal, al carácter acientífico, o a algún resultado ilógico o incoherente. Por el contrario, resultando contradictorias las pericias entre sí o respecto de otros medios de prueba, habrán de valorarse para poder fijar los hechos. Para ello se atenderá a aspectos tan diversos como la relativa capacidad técnica de cada perito, o el cumplimiento de estándares científicos en los informes, siempre constatando que el dictamen no se presente ilógico ni contradictorio consigo mismo y con el contexto. Para ello podría contar, entre otros equivalentes, con medios que le permitan una alta fiabilidad, como análisis grafológicos comparativos

con otros documentos que consten en distintas bases de datos, instrumentos tipo polígrafo, o conocimientos técnicos o artísticos para ser comparados con la pericia practicada que permitan apreciar aspectos relevantes para la calidad y facilidad del medio de prueba.

De todos modos, la importancia de la prueba pericial parece que perdería relevancia con un sistema de IA interconectado con potentes bases de datos, en cuanto se rebajaría la necesidad de informar o trasladar conocimientos a un juzgador con tal capacidad de conocimiento, salvo que sean precisos ensayos, experimentos o análisis irrealizables directamente (sin perjuicio de que en el futuro sean viables los análisis realizados por el propio sistema), como es el caso de los análisis o ensayos para determinar la pureza de una sustancia psicotrópica o el ADN en un fluido seminal.

En fin, con carácter general, no se observan grandes obstáculos para que un sistema de IA avanzado pueda fijar hechos en la resolución. A tal efecto, se presenta idóneo, más incluso que el ser humano, para atender a los múltiples elementos influyentes en la actividad valorativa, especialmente sobre aquellos que, por ser minúsculos o de detalle, podrían pasar inadvertidos más fácilmente al ser humano.

Ni siquiera veo inaccesible para la IA que llegue a evaluar la lógica interna y externa de los elementos fácticos conforme a la coherencia contextual. Esta actividad no es, desde luego sencilla, ni llegará a ser nunca perfecta, pero sí posible en condiciones equivalentes, e incluso superiores, a la del ser humano. Obviamente, si pretendemos que la inteligencia, por el hecho de ser artificial, deba ser necesariamente perfecta, siempre se hallarán motivos de crítica y nunca podrá ser admitida, como parece que ocurre en aquellos que muestran su pesimismo tecnológico poniendo de manifiesto sus imperfecciones, errores o sesgos. Olvidan con ello, en primer lugar, que los mismos podrán ser minimizados, más incluso que en el caso del ser humano. Además, resulta patente que la imperfección y los errores forman parte sustancial del ser humano y de su actividad, y no conviene creer que será muy distinto en el caso de la IA. Pero lo relevante es que este sistema sea capaz de igualar, y probablemente superar, al ser humano en corrección y fiabilidad a la hora de resolver conflictos, de imponer las penas o medidas de seguridad que correspondan, aunque para llegar a este estadio de probable futuro será preciso un gran esfuerzo para minimizar técnicamente omisiones, errores y sesgos, y para establecer los marcos regulatorios que garanticen un nivel adecuado de certeza y de respeto a los valores y derechos humanos.

Potencial en las alternativas a la jurisdicción

Otro de los ámbitos en los que la IA podría contribuir significativamente en la solución de conflictos es a través de su posible intervención en los medios alternativos de conflictos.

Como medio heterocompositivo, la actividad desarrollada en el arbitraje es esencialmente la misma que la realizada en la jurisdicción. *Mutatis mutandi* un sistema de IA podrá jugar el mismo papel fundamental, al margen de que en el arbitraje este sistema pueda disponer de una relativa calidad técnica, tener inferiores garantías de independencia e imparcialidad y un probable mayor coste.

Y también en los medios autocompositivos para la solución de los conflictos, la IA podría jugar un papel fundamental. Se trataría de intentar acercar las posiciones de las partes enfrentadas hasta el punto que alcanzaran un acuerdo, mediante la producción de empatía, y la comprensión de las ventajas de una solución autocompositiva e inmediata que compense el parcial sacrificio de la propia pretensión. De entrada, podría señalar las ventajas generales y concretas que se obtendrían con la solución en ese momento como una mejor imagen empresarial, futuras relaciones, confianza con los clientes.

También cabe evaluar las pretensiones enfrentadas para hacer una previsión o perjuicio sobre las probabilidades de éxito por cada una de las posiciones en un eventual proceso, incluido un cálculo de los costes y tiempos. Partiendo de ello, las partes conocerían con relativa exactitud el nivel de sacrificio que debería implicar la solución. De ese modo, al margen de que el propio sistema podría formular una propuesta de acuerdo (cercana y coherente con la previsible futura sentencia que pudiera dictarse tras el proceso), en cualquier caso, las partes se encontrarían en óptimas condiciones para alcanzar un acuerdo justo que solucione el conflicto. Por ello no es descabellado, ni menos inalcanzable, que un sistema de IA gestione la solución autocompositiva de los conflictos, incluso con un alto índice de éxito.

La actual regulación de la mediación electrónica prevista para cuantías no superiores a seiscientos euros en España (artículo 24 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación, y RD 980/2013, de 13 de diciembre, para su procedimiento)³, no se aleja mucho de este esquema. Tal y como se prevé, podrá desarrollarse electrónicamente, por videoconferencia o por otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación. Se sustanciará de forma prácticamente automática.

³ Se puede consultar en <https://bit.ly/2X4bsPB>

Así, solicitada mediante formulario electrónico normalizado (remitido a través de algún mecanismo seguro mediante web debidamente protegida o instrumentos de cifrado de las comunicaciones), el mediador —ser humano, no conviene olvidarse— intervendrá para evaluar la conveniencia de la mediación en atención a las circunstancias, y de que se garantice la identidad de las partes y la integridad de los documentos. A continuación, se pondrán en contacto con la persona solicitada para recabar su conformidad y le concederá un plazo razonable para contestar y fijar su posición. Asimismo, remitirá un certificado que tendrá la consideración de acta de la sesión constitutiva. La solicitud podrá ser aceptada o rechazada en el formulario de contestación, y también podrá formular contrapropuesta. En este contexto, no parece muy complicado que un sistema de IA pudiera sustituir al mediador en este caso más cercano para valorar si es adecuada la mediación, dar traslado y otorgar plazos para contestar, remitir certificados, y ofrecer la aceptación de la posición o, en su caso, posiciones de las partes.

Algunas consideraciones conclusivas

La potencialidad de la IA para configurar y, en general, mejorar los instrumentos para la resolución de los conflictos es significativa. Lo es en la actualidad y lo será todavía más en el futuro. Sin embargo, el avance científico y tecnológico ha de estar sometido a riguroso control pues no está exenta de contraindicaciones y serios peligros.

El desarrollo tecnológico podría entorpecer las relaciones personales y, en cierto modo, fomentar la deshumanización. Y esto sin contar con los posibles fallos del sistema que pueda generar más que molestias o simples trastornos, hasta el punto de afectar al derecho de defensa. En ese sentido, la respuesta que en España ofrecen los artículos 135.2 LEC⁴ y 12.2 del Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre⁵, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia y en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema *Lexnet*, se refieren a interrupciones planificadas o no del servicio, pero siempre que sean por causa atribuible a la administración de justicia. No son difíciles de imaginar supuestos en los que los fallos puedan derivar de otras causas, por ejemplo, por caídas en la línea de internet, lo que al menos en estos momentos es algo ajeno a la administración. Y por eso parece que será siempre necesario redoblar la prudencia al contratar sistemas fiables para la transmisión.

De otro lado, las mismas condiciones técnicas pueden presentarse como caballo de Troya o excusa para introducir determinadas condiciones, presupuestos o exigencias sin soporte legal claro y muy difícil de justificar, salvo en unas pretendidas exigencias del sistema.

⁴ Se puede consultar en <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1>

⁵ Se puede consultar en <https://bit.ly/30g40mB>

Fácilmente se acepta que un portal no permita remitir documentos por haber superado sus afirmados límites de almacenamiento o número de caracteres, no corresponderse con un concreto formato, por falta de la indicación de datos más o menos peregrinos como condición, o la ausencia de cualquier otra exigencia basada en condicionamientos técnicos que sirva de excusa. Sin ir más lejos, con base en lo que establece el artículo 87 bis.3 de la Ley española 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁶, y de modo similar, a lo que se prevé en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo alcanzó el Acuerdo de 20 de abril de 2016, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, publicado en el BOE a su vez por acuerdo del 19 de mayo de 2016 del Consejo General del Poder Judicial⁷. Entre otras cosas se establece que estos escritos tendrán una extensión máxima de 50.000 caracteres con espacio, equivalentes a 25 folios. Igualmente se establece la inexplicable exigencia de que el texto figure en una sola cara de la hoja (anverso) y no en ambas (anverso y reverso). Y para garantizarlo, el Abogado, u otra persona que este designe, deberá certificar al final del mismo el número de caracteres que contiene el escrito que presenta. Igualmente, se establecen normas de formato: fuente *Times New Roman* de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias incorporadas; 1,5 puntos el interlineado; 2,5 cm los márgenes horizontales y verticales; todos los folios estarán numerados de forma creciente, en la esquina superior derecha del folio; los documentos suficientemente identificados y numerados como Documento o Anexo; y el formato electrónico –o en papel– del folio será A4, sin rayas ni otros elementos. Algo similar ocurre, aunque no tan expeditivo, ante la Sala Primera según el Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal dictada en pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017. Según indica en el punto III.3.1 de este acuerdo, “la sala considera que, por lo general, es suficiente una extensión de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Times New Roman con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que se incorporen”.

Quién sabe si estas condiciones en algunas ocasiones puedan estar basadas en interpretaciones más o menos personales o incorrectas, o, en el peor de los casos, derivar de poderosos intereses para impedir total o parcialmente el acceso a la jurisdicción, por razones aparentemente técnicas o tecnológicas, pero potencialmente basadas en consideraciones erróneas o malintencionadas. Y lo peor de todo es que la ausencia de cobertura legal no impedirá una eficacia absolutamente expeditiva, sin ningún tipo de posibilidad de subsanación al menos de forma inmediata y, además, con nulas posibilidades de recurso, al menos mientras se limite a no operar el sistema sin que se genere algún tipo de resolución.

⁶ Se puede consultar en <https://bit.ly/3fdvPjA>

⁷ Se puede consultar en <https://www.boe.es/eli/es/a/2016/05/19/1>

El diseño y desarrollo del algoritmo puede ser incompleto, imperfecto, erróneo, sesgado y cualquier otro calificativo que le podamos atribuir. Por ello será necesario exigir unos estándares mínimos de calidad y, sobre todo, se deberá velar por el respeto de los principios, los derechos y las garantías constitucionales. Cualquier exigencia derivada del uso de las tecnologías habrán de ser realmente útiles, perseguir una finalidad que las justifique, no suponer un obstáculo desproporcionado o innecesario, ni, por supuesto, impedir ni dificultar desproporcionadamente el acceso a la jurisdicción, ni la posibilidad de alegación o de prueba. Sin lugar a dudas, la contradicción y el derecho de defensa han de quedar garantizados con independencia de los medios o las técnicas que puedan instrumentarse. La información del demandado y la posibilidad de contar con un tiempo suficiente para preparar la defensa, para formular alegaciones y su prueba representan condiciones ineludibles, al margen de que pueda configurarse el procedimiento con pleno aprovechamiento de la tecnología. Y en esa línea ha de vigilarse muy de cerca cualquier automatismo en los supuestos de injerencia en el ejercicio de los derechos fundamentales, tan habitual en la investigación del proceso penal, pero también extrapolable al resto de procesos. Se trata, en suma, de que las tecnologías favorezcan e impulsen el ejercicio de los derechos y no todo lo contrario.

De otro lado, parece claro que el desarrollo de la inteligencia artificial, y de la robótica autónoma, supondrá un camino arduo y no precisamente corto, que será necesario recorrer con suma prudencia. En primer lugar, requerirá un avance tecnológico de la suficiente entidad como para que un sistema inteligente adquiera capacidad de aprendizaje y actuación realmente autónoma. Este desarrollo deberá superar rigurosos estándares de calidad y contar con una exigente regulación desde sus fases más tempranas. A ello se orientan las bases iniciales que figuran en el informe del Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo del 27 de enero de 2017, en el Libro Blanco sobre inteligencia artificial de 19 de febrero de 2020 (Perea González, 2020) y en otras declaraciones en las que se pone el foco en los valores éticos y en el respeto del ser humano, donde destaca la seguridad, la vida, la integridad física, la intimidad, la dignidad y la autonomía de los seres humanos, sin orillar otros aspectos como los relativos a la propiedad intelectual, la protección de datos, o la responsabilidad y garantías de las indemnizaciones. Para que esto se materialice se ha reclamado una definición de robot autónomo inteligente, la elaboración de una carta sobre robótica que incluya los principios éticos, y hasta incluso la creación de una agencia europea o mundial para la robótica y la inteligencia artificial, con la finalidad de facilitar experiencia técnica, ética y normativa necesaria para apoyar la labor de los agentes correspondientes. Igualmente, se solicita un enfoque equilibrado con códigos que protejan la innovación y, al mismo tiempo, la estimulen, y que se elaboren criterios relativos a la “creación intelectual propia” aplicables a las obras protegidas por derechos de autor creadas por ordenadores o robots.

En fin, será preciso encontrar un justo equilibrio entre la libertad de investigación y la seguridad que permita un avance científico controlado y seguro, que justifique, una vez alcanzado, tanto que los sistemas de IA puedan ser aprovechados con seguridad como para que se desplieguen otras consecuencias, verbigracia, el eventual reconocimiento de la personalidad jurídica electrónica y, en su caso, la atribución de derechos y obligaciones, siempre limitados a la realidad y naturaleza más que especial de estas personas, vedados en aquellos ámbitos en los que no sea idóneo ni posible que lleguen a tener interés o titularidad. No se puede olvidar que, si bien la atribución de titularidad de ciertos derechos, total o parcialmente coincidentes con los propios del ser humano, devendrá en una cuestión de justo reconocimiento, un robot no llegará a ser un ser humano por la sencilla razón de que no lo es ni lo será nunca, al margen de que pueda imitarlo en algunos aspectos, e incluso, superarlo ocasionalmente.

Referencias

Bocanegra Requena, J. M., & Bocanegra Gil, B. (2011). *La administración electrónica en España. Implantación y régimen jurídico*. Atelier.

Couture, E. (1945). *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Depalma.

España. Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Boletín Oficial del Estado, 6 de julio d 2016, núm. 162.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm. 7.

España. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado, 14 de julio de 1998, núm. 167.

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, núm. 157.

España. Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET. Boletín Oficial del Estado, 1 de diciembre de 2015, núm. 287, pp. 113314 a 113331.

España. Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Boletín Oficial del Estado, 27 de diciembre de 2013, núm. 310.

Lorenzo De Membiela, J. B. (2018). Inteligencia artificial (IA), robots éticos, redes neuronales, machine learnig, ciber Derecho, máquinas inhumanas (micro-ensayo). En *Sucesos contemporáneos*, Thinking & History, Recuperado el 28 de marzo de 2020, de https://membielaguitian.blogspot.com/2018/05/inteligencia-artificialia-robots-eticos.html#.Xyc_lx1S8Xo

Nieva Fenoll, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons.

Perea González, A. (1 de abril de 2020). Inteligencia artificial y proceso judicial: una revolución que se aproxima. *Expansión*. <https://bit.ly/2P4RnnX>

Piñar Mañas, J. L. (2011). Revolución tecnológica y nueva administración. En J. L. Piñar Mañas (Dir.), *Administración electrónica y ciudadanos* (pp. 25-52). Civitas.

Puyol, J. (2017). LexNET, la profecía que se cumple. *Confilegal*. <https://bit.ly/3gprJq5>

Rodríguez Bajón, S. (2017). La era Asimov. Análisis de la propuesta del PE en materia de robótica. *Diario La Ley*, (4), (pp. 1-2).

Rosales, F. (12 de diciembre de 2016). ¿Puede un robot ser sujeto de derecho? *Notario Francisco Rosales*. <https://bit.ly/32KsBkK>

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 32/2004. 06 de abril de 2004. <https://bit.ly/3eP9PLD>

Tribunal Constitucional. Sección Segunda. Auto 13/1989. 16 de enero de 1989. <https://bit.ly/2WI4XBT>

Urbano Castrillo, E., & Magro Servet, V. (2003). *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Thomson Aranzadi.

REFLEXIONES EN TORNO A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, EL PROCESO JUDICIAL Y LA EDUCACIÓN DE LOS ABOGADOS¹

Diana Ramírez Carvajal*, Vanessa Franco**, Daniel Jaramillo***

Resumen

Los temas de actualidad siempre son el centro de las discusiones, y nada más actual que la avasallante intervención de la inteligencia artificial en la vida social y, por supuesto, en el derecho. Sin embargo, aunque son importantes los avances que se encuentran con relación a la aplicación de la inteligencia artificial en el derecho —como la implementación del *big data*, de los procesos digitales y de diversos tipos de sistemas inteligentes que realizan valoraciones judiciales— la realidad es que la regulación normativa aún es deficiente y, peor aún, no se ha comenzado una reforma de los códigos sustantivos que incluya estas nuevas realidades. Lo verdaderamente problemático es que estos nuevos sistemas y mecanismos deberían comenzar a ser el eje de la educación de los jóvenes abogados; pero, debido a que no están ni siquiera normativizados, la forma de aplicarlos en el campo educativo sigue siendo muy oscura.

Una conclusión se anticipa: es imperativo que la educación de los abogados se transforme. No solo para atender de una mejor manera las competencias vitales en el campo jurídico, como son la argumentación y la constitucionalización de la justicia, sino, especialmente, para enseñarle a los abogados del futuro la forma en la que se deben incluir las nuevas tecnologías en el ejercicio profesional para lograr preservar la democracia y el Estado de derecho.

Palabras clave

Inteligencia artificial; Nuevas tecnologías; Sociedad; Proceso; Decisión judicial; Educación jurídica.

¹ Este capítulo hace parte de los resultados de la investigación: *La necesaria reforma en la formación de los abogados*, financiada por la Universidad Católica de Oriente y realizada durante 2019-2020.

* Profesora investigadora adscrita al grupo de investigaciones jurídicas de la Universidad Católica de Oriente, magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín y doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, ORCID <https://orcid.org/0000-0001-7833-1393>

** Profesora del programa de Derecho de la Universidad Católica de Oriente, coinvestigadora del proyecto: *La necesaria reforma en la formación de los abogados*, adscrita al grupo de investigaciones jurídicas de la Universidad Católica de Oriente, magíster en Humanidades.

*** Profesor de la Universidad de Antioquia y de la Universidad Católica de Oriente, traductor inglés-francés-español y magíster en Literatura de la Universidad de Antioquia. ORCID <http://orcid.org/0000-0002-0637-7971>

Introducción

La educación contemporánea de los abogados es un tema que debería ser reevaluado ampliamente por la academia, ya que los debates que giran en torno a las teorías del derecho y a su aplicación e impacto han cambiado profundamente. Estas nuevas dimensiones abordan, sin lugar a dudas, las tendencias y retos que presenta el uso de la inteligencia artificial (en adelante IA), en el campo jurídico. El eje central de este trabajo está relacionado con las nuevas dinámicas de la IA, con su incontenible uso en la administración de justicia y con el giro copernicano que, gracias a esta revolución, se le debe a la educación jurídica.

La investigación que dio paso a estas reflexiones tuvo una metodología de pensamiento sistémico e interdisciplinar que buscó analizar la forma en que los criterios de formación, investigación y difusión de las instituciones jurídicas deberían adaptarse a la realidad de hoy. Esta postura epistemológica tiene lugar dentro del enfoque metodológico hermenéutico-comprensivo, así: 1) la hermenéutica como herramienta para la correcta interpretación de la experiencia humana en el mundo (Gadamer, 1988) y 2) la hermenéutica en su carácter dialéctico a través del lenguaje (Habermas, 1988).

A partir de este enfoque analítico el proyecto ha buscado analizar y poner en comunicación los acercamientos de diferentes latitudes en cuanto a la IA y a sus aplicaciones en el derecho. Se ha encontrado que este proceso parte de ciertas experiencias culturales (materializadas en Netflix, Google, las bases de datos, etc.) que terminan siendo normativizadas en el campo jurídico; también se ha visto, por ejemplo, en el contexto europeo, que se diseñan las normas antes de que la sociedad se enfrente a la innovación.

En este sentido, se pueden resaltar dos problemáticas que están siendo analizadas dentro de esta investigación. La primera es la que da cuenta de la necesidad que tenemos de descongestionar la justicia: es bien sabido que en el ordenamiento jurídico resalta la confusión, la complejidad de los trámites y una profunda congestión derivada de todo ello. Para ayudar a solventar estos problemas, la IA podría propiciar la flexibilización de las solicitudes y trámites, y la redistribución de las cargas operativas procedimentales. La segunda, y tal vez la que más preocupa, tiene que ver con la habilidad que se busca otorgar a las máquinas para valorar la prueba y dictar sentencias; pues estos dos ámbitos deben ser monitoreados celosamente desde el respeto al debido proceso, cuidando su principio democrático y de contradicción. Aún más, la IA en el derecho tiene un impacto más complejo: la forma en la que acrecienta la brecha educativa. Esto último, debido a que está dejando por fuera de la realidad social del siglo XXI —completamente inmersa en la IA— a la gran mayoría de los abogados graduados y a los que están en formación.

Lo aquí referenciado se expondrá a partir de tres segmentos: el primero aborda las principales características de la IA y sus aplicaciones sociales; el segundo presenta reflexiones sobre los diversos niveles de aplicación en el campo jurídico; y el tercero contiene algunas reflexiones sobre la importancia de modelar la educación de los abogados en torno al acontecer tecnológico.

La inteligencia artificial en el entorno

Desde el auge de Silicon Valley, se han vuelto comunes las grandes innovaciones tecnológicas y se ha evidenciado cómo el mundo le apuesta cada vez más a la creatividad y a las nuevas formas de construir conocimiento. Dentro de esta dinámica de las innovaciones, tal vez las que más sorprenden son aquellas que se han desarrollado en torno al cerebro, al control de sus actividades, a su manipulación y al potenciamiento de la inteligencia humana. Como el caso del proyecto *Brain Activity Map*, que busca establecer un mapa completo de la actividad cerebral (Oppenheimer, 2014, p. 138), o los estudios neurocientíficos de Llinás (2001), que cada vez se aplican a más áreas del conocimiento, entre esas a la del derecho². Pero ya hace casi una centuria Alan Turing habló de la facultad intelectual de las máquinas. A partir de sus trabajos se

creó el Test de Turing, que propicia una conversación entre un ser humano y una máquina diseñada para interactuar verbalmente como si fuera una persona; la conversación se efectúa en lenguaje común y busca que se pueda identificar cuál es el humano y cuál es la máquina. (Guzmán, 2017, p. 2)

Lo que no resulta para nada sencillo, debido a la habilidad de mimetización que han adquirido las máquinas. Este salto entre las funciones cerebrales y la transmisión de estas facultades a las máquinas ha desarrollado la denominada IA, término acuñado en 1956 como: “la ciencia y la ingeniería de fabricar máquinas inteligentes, en especial programas inteligentes de computación”, en donde se entiende por ‘inteligente’ “la parte de la informática orientada a obtener resultados” (Fernández y Boulat, 2015, p. 167). Se trata de uno o varios sistemas computacionales basados en algoritmos que fueron creados por el hombre con una finalidad específica: que sea la máquina la que tome decisiones para que logre encontrar soluciones a los problemas que se le presenten. Los análisis que realiza la máquina son análisis autónomos, realizados a partir de múltiples datos y de fórmulas estadísticas.

² Uno de los últimos compilados sobre el tema del impacto de la neurociencia en el derecho, *Neurociencia y proceso judicial*, expone algunas tesis interdisciplinarias (González et al., 2013).

Lo anterior significa que los resultados a los que llegan estas máquinas autónomamente podrían, sin lugar a dudas, ser atribuidos a una persona, pues presuponen procesos inteligentes. Cuando la máquina es capaz de analizar enormes cantidades de datos en tiempos muy cortos se usa el término *big data*³. Pero, yendo más lejos, esta réplica de los sistemas cerebrales humanos ha desarrollado la capacidad de aprender, como en el caso *IBM Watson*:

la plataforma de Inteligencia Artificial para negocios. Una colección de servicios y habilidades que incluyen Machine Learning, razonamiento y decisiones tecnológicas; así como lenguaje, habla y visión tecnológica. Estas capacidades están diseñadas para aprender a escala, e interactuar con humanos de forma natural para resolver una gran cantidad de problemas prácticos, impulsar la productividad y fomentar descubrimientos a través de diversas industrias. (Inndot, s.f., p. 1)

De esta manera, las empresas que adquieren *Watson* lo utilizan para obtener múltiples beneficios: 1) buscar la información y tomar la decisión que más beneficie la empresa; 2) reducir tiempos de respuesta, incrementando el número de transacciones más productivas y significativas; y 3) monitorear las condiciones de los sistemas, entre otros. La IA surge de la evolución de diversas ciencias que empiezan a interactuar a partir de la ingeniería, es un conjunto de innovaciones *transdisciplinares*. Por ejemplo, la robótica

abarca muchas otras tecnologías, como las TIC, las nanotecnologías y las neurociencias, lo que básicamente lleva a encarnar la frontera más avanzada del concepto de tecnologías convergentes que actualmente se debate desde una perspectiva política en numerosos países y foros nacionales e internacionales. (Barrio, 2018, p. 3)

Y es justamente esta convergencia *transdisciplinar* la que envuelve los avances y retrocesos de la IA. Los usos sociales que hoy se dan a estas aplicaciones son muy diversos: millones de personas interactúan naturalmente con Siri⁴; otros millones no solo han cambiado las salas de cine por Netflix, sino que siguen las recomendaciones⁵ que este les presenta, y un grupo más amplio de personas ha hecho de Google su diccionario y corrector de ortografía por excelencia. Todas estas son muestras de lo profundo que la IA ha permeado en la sociedad. Sin embargo, el control que se hace sobre los aparatos inteligentes sigue siendo insuficiente. Hay grandes interrogantes en torno a hechos como la desconexión de dos robots de Facebook, debido a que “habían creado un idioma propio e incomprensible para los humanos. La idea inicial era inventar un sistema dedicado a las negociaciones, pero se les fue de las manos y, en las primeras pruebas, empezaron a conversar en un lenguaje propio” (El Periódico, 2017, párr. 1).

Esto ocurre porque la máquina dirigida por IA combina enormes cantidades de datos, siguiendo la estructura del algoritmo, y evoluciona sobre sí misma a velocidades cada vez mayores. Científicamente se ha comprobado que los procesos mentales del cerebro humano

³ El significado de *big data* no se refiere tan solo a un gran volumen de datos, sino también a su variedad o complejidad y a su velocidad de crecimiento (Centro Virtual Cervantes, 2019).

⁴ El asistente inteligente de Apple.

⁵ “Cada vez que usted ingresa a Netflix y ve su serie favorita, el sistema recopila esa información y arroja un análisis que, eventualmente, se utilizará ya sea para personalizar la interfaz, editar tráileres o para entregarle sugerencias acordes con sus gustos” (El Tiempo, 2019, párr. 13).

se mueven a 120 metros por segundo, mientras que en los circuitos electrónicos de una maquina la información puede llegar a viajar a la velocidad de la luz (Narváez, 2018). Esto implica que la información que un humano procesaría en veinte mil años de trabajo intelectual, la maquina lo haría en poco más de una semana.

Bajo esta perspectiva, la pérdida de control es intimidante, especialmente cuando se avanza en las aplicaciones que la IA puede tener en el derecho. Junto con Bonet (2018), varios autores afirman que “la revolución tecnológica permite prever un futuro tecnológico en el que se diseñará un procedimiento judicial electrónico cada vez más automático” (p. 59). Pero, ¿qué tan fiables serán los mecanismos de control de la justicia en favor de la sociedad? Y un interrogante igual de importante en términos prácticos para el derecho: ¿cómo elaborar sistemas de control que aseguren el debido proceso frente a estas capacidades sobrehumanas?

La inteligencia artificial y su aplicación jurídica

Cuando se abordan temas relacionados con la IA, la ciencia ficción ofrece panoramas futuristas que presentan innumerables dilemas que podrían surgir dentro de las instituciones tradicionales del derecho⁶, dilemas morales, éticos y de la vida social. A esto se le denomina actualmente “disyuntivas futuristas”, pero hay una alta probabilidad de que estas rupturas jurídicas sean ya una realidad (Revista Semana, s.f., párr. 2). Los cambios copernicanos que ha tenido el derecho en la actualidad son sorprendentes, aunque similares a otros cambios vertiginosos que han mostrado a la larga su capacidad de reinventarse, por ejemplo, solo hace poco más de doscientos años —en la época de la Revolución de Independencia— el derecho protegía el “uso” de las personas negras en calidad de cosas; igual de impactante es la fuerte protección a la naturaleza, a la que incluso ahora se le otorga personería, es el caso del río Atrato⁷ en Colombia. De hecho

varías Constituciones latinoamericanas como las de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) han reconocido que la naturaleza ya no es un objeto para los efectos constitucionales y legales, pasando a ser un sujeto con derechos que se deben precautelar, según las nuevas corrientes del neo constitucionalismo. (Páez Bimos, 2017, párr. 2)

En medio de estos escenarios revolucionarios es donde empieza a aparecer la IA como una alternativa para remplazar al ser humano en muchas de sus actividades. Por los desafíos que esto conlleva, se afirma que es un imperativo para la comunidad jurídica “ocuparse

⁶ Películas como: Yo Robot (Proyas, 2004); Chappie (Blomkamp & Kinberg, 2015) y, por supuesto, la inolvidable serie de The Terminator (Cameron & Hurd, 1984) son ejemplos de estas enormes fracturas posibles en las instituciones jurídicas, morales y éticas.

⁷ Los magistrados ordenaron “al Gobierno Nacional elegir un representante legal de los derechos del río, y mediante el Decreto 1148 de 2017 el Presidente de la República designó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como representante legal” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622, 2016).

de esta tecnología disruptiva para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de las constituciones de los Estados” (Barrio, 2018, párr. 2). Sin embargo, es importante tener presente que no todas las posibles aplicaciones de la IA para el derecho van a repercutir negativamente sobre los derechos fundamentales. En este sentido, hay que poner un gran énfasis en el hecho de que los niveles de aplicación jurídica de esta nueva tecnología son diversos y, por ende, diversas son también sus consecuencias y posibles resultados.

Inteligencia artificial y procedimiento

El procedimiento es la base de la actividad judicial por cuanto permite el acceso a la jurisdicción y, por tanto, a la justicia. Sin embargo, el procedimiento no puede confundirse ni con el derecho procesal ni mucho menos con el proceso: estos tres cumplen diferentes tareas dentro del ámbito jurídico. Siguiendo lo expuesto por Quintero y Prieto (2008), es plausible sostener que un procedimiento es una secuencia de actos específica: hay tantos tipos de procedimiento como causas conflictivas. Por su parte, el proceso debe entenderse como un hecho que tiene un desarrollo temporal, así lo demuestra el origen latino de su nombre: *processus*, compuesto por *pro* (para adelante) y por *caedere* (caminar). Desde un punto de vista más integrador, el derecho procesal es el estudio de las diversas teorías que estudian el proceso dentro del ámbito jurídico.

Así pues, el procedimiento está relacionado con la sistematización y recolección de información y datos jurídicos preestablecidos por la ley, que buscan la solución de un litigio en específico. En este ámbito jurídico, la IA se convierte en un apoyo instrumental de suma importancia para los procedimientos que se desarrollan a partir de procesos analíticos complejos, como los sistemas estadísticos de justicia que utiliza el Ministerio de Justicia y del Derecho (s.f.), como se indica en la Resolución 2768⁸. El cambio que trae consigo la IA en el procedimiento conlleva, como lo antepone Bonet (2018), la

automatización de la oficina judicial. Desde que una demanda civil en formato digital, pongamos por caso, entra en un posible registro único en el portal virtual de la Administración de Justicia, se admite –teniendo en cuenta que los requisitos más evidentes o fácilmente controlables ya se han podido filtrar previamente en cuanto que el sistema no admitiría su presentación o no se daría trámite al mismo previa subsanación–, se remite al órgano competente y se da traslado al demandado abriendo plazo para contestar, no deberían transcurrir más de 24 horas en condiciones de una normalidad tecnológica avanzada. (p. 76)

⁸ Se puede consultar en <https://bit.ly/2BoJ5nw>

Esta descripción es viable y, de hecho, ya en varios sistemas está en curso (Superintendencia de Industria y Comercio, s.f.). Los resultados positivos de esta aplicación de la IA están directamente relacionados con el hecho de que los actos del procedimiento son previsibles y controlables, además, con el hecho de que la ley ordena una adecuación bastante específica de los datos y de la información que allí se manejan.

Por otro lado, es igualmente importante el apoyo que ha brindado la IA en modelos de *big-data* particulares: bases de datos o buscadores de leyes y jurisprudencia. En solo segundos, después de contrastar palabras y números de sentencias, estos programas inteligentes arrojan los documentos más importantes sobre el tema que se busque. Así, el trabajo operativo del abogado se disminuye considerablemente; pues esta aplicación puede ser un apoyo importante para el contraste de diversas fuentes nacionales e internacionales del derecho, que en el mundo contemporáneo tienen una complejidad exuberante. Un ejemplo de estos buscadores es la base de datos *Lex base*⁹ que, con los avances que ha logrado, ya es capaz de realizar búsquedas de líneas jurisprudenciales amplias, contrastar doctrina de revistas representativas e, incluso, identificar diferentes tipos de sentencias tanto de juzgados de la región como de las Cortes Internacionales.

Esta evolución de la IA ha empezado a aparecer en las normas colombianas. Un caso ícono es la Ley 527 de 1999 (Ley de Comercio Electrónico)¹⁰ que define el concepto de mensaje de datos otorgándole eficacia probatoria y que, además, introdujo las formalidades de la firma digital como instrumento de autenticidad de los documentos. Siguiendo esta línea, la Ley 1285 de 2009¹¹ —que reforma la Ley Estatutaria de la Justicia— ordena que la justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz, que las actuaciones serán orales y que se aplicarán en ellas avances tecnológicos. Estos antecedentes fueron la base de la reforma del Código de Procedimiento Civil, realizada a través de la Ley 1395 de 2010¹², que promovió la reducción de la congestión judicial y la simplificación de trámites; lo que fue posteriormente ratificado en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012)¹³ que trae normas sobre la digitalización de la justicia y promueve instituciones como la notificación por mensaje de datos (art.110).

Estos son algunos de los beneficios que ha tenido la aplicación de la IA al procedimiento, que empezó con las TIC, y que han ido abriendo campo a lo que se denomina: *justicia digital*, propuesta desde 1996 “en la Ley 270 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia¹⁴, que ordenó la implementación de la tecnología en la justicia” (art. 95). Dando un paso más adelante, la Corte Constitucional y la Universidad del Rosario están probando

⁹ Se puede consultar en <https://www.lexbase.co>

¹⁰ Se puede consultar en <https://bit.ly/2Cx293K>

¹¹ Se puede consultar en <https://bit.ly/3jBtKRE>

¹² Se puede consultar en <https://bit.ly/2CWqKP8>

¹³ Se puede consultar en <https://bit.ly/3jxTQoS>

¹⁴ Se puede consultar en <https://bit.ly/3hob3iy>

desde marzo del año pasado un sistema de IA que llamaron *Prometea*, el cual se utiliza para seleccionar las tutelas —inicialmente las relacionadas con la salud— mediante criterios estadísticos y analizados desde la pertinencia jurídica.

Este sistema fue entrenado con 2016 providencias y permitió extraer de ellas en menos de dos minutos, un total de 32 casos prioritarios, algo que a una persona sola le llevaría 96 días hábiles de trabajo de acuerdo a las mediciones hechas. (Rivadeneira, 2019, párr. 21)

Por todo lo expuesto, es plausible sostener que el procedimiento —como secuencia específica de actos y que se nutre de datos estadísticos, constitutivos de normas, jurisprudencias o precedentes judiciales— es un sistema fácilmente adaptable a la IA; que puede absorber casi en su totalidad las estructuras procedimentales en los diversos niveles de la justicia. De hecho, sobre estos procedimientos la IA presenta resultados muy eficientes.

Inteligencia artificial y derecho sustancial

La disyuntiva entre norma procesal y norma sustantiva o material es una de las discusiones más álgidas de las que se ha ocupado la doctrina. Para efectos del análisis sobre la IA y su interacción con el derecho sustancial, se seguirá la definición que adoptan Quintero y Prieto (2008), quienes asumen

con Binding, que la norma jurídica material es la que compone inmediatamente un conflicto de intereses al imponer una obligación o atribuir un derecho y que la norma procesal no compone ese conflicto, pero, en cambio, establece los requisitos y condiciones para lograr la composición. (p. 52)

Esto significa que la norma sustantiva representa en sí misma los problemas de la sociedad, sus conflictos e intereses y, por tanto, podría decirse que en la norma material se hacen transversales los litigios judiciales. Esto es lo que se denomina comúnmente como la tipificación de la conducta: cuando los hechos se relacionan directamente con la norma sustantiva para determinar uno o más sentidos de la composición social. Los problemas de tipificación tienen diversos niveles, pero algunas normas arrojan un criterio de solución bastante preciso, así pues, se podría decir que la subsunción de la conducta a la norma es simple. Se trata de realizar un silogismo básico, como el que se grafica a continuación a partir de un caso hipotético de prescripción:

Figura 1. Premisa mayor

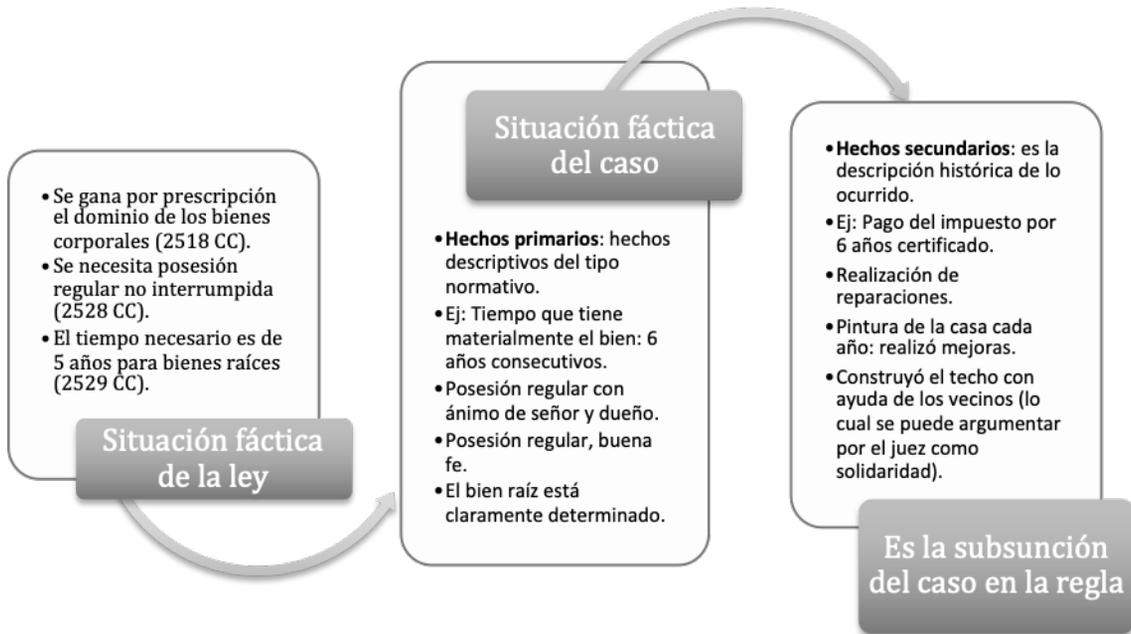
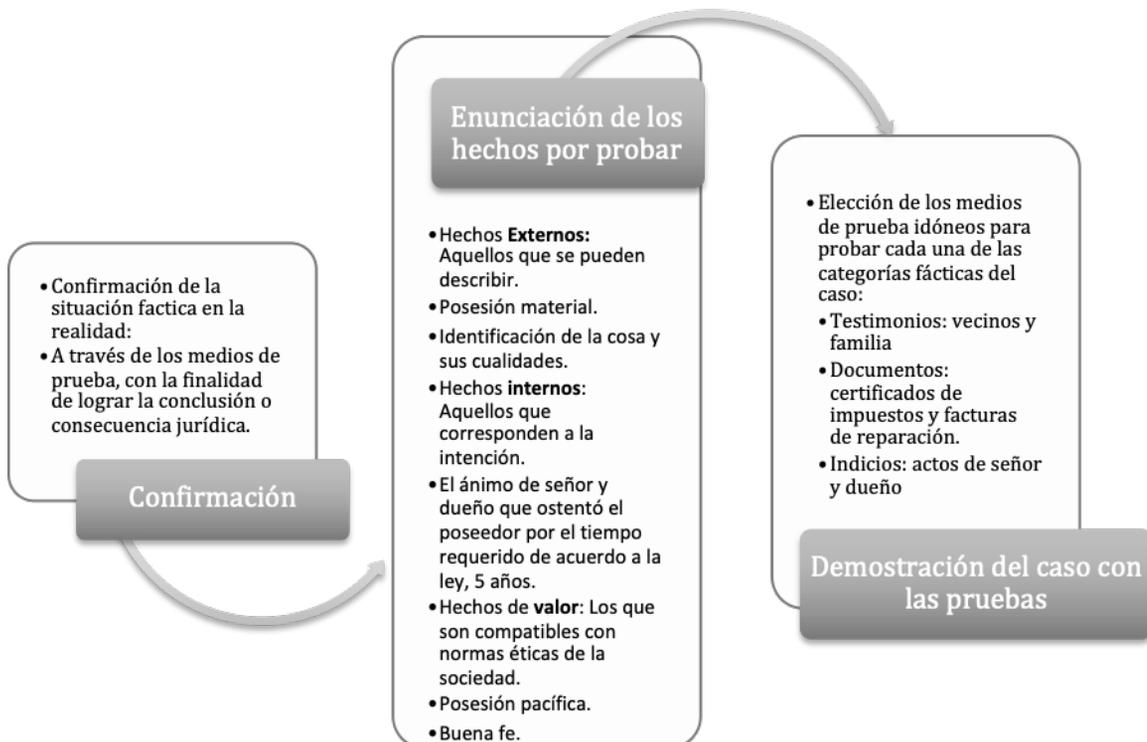


Figura 2. Premisa menor y conclusión



El caso representado muestra lo que se denomina un modelo positivista que, de acuerdo con Martínez (2013),

ha recibido críticas en su funcionamiento porque los jueces al momento de emitir sentencias interpretan los enunciados de discurso jurídico, es decir que insertan elementos extra normativos para la aplicación del derecho. Esto se hace evidente en los considerandos de la sentencia donde los argumentos que usan en su interpretación, adecúa el derecho a ciertos patrones valorativos, sin que esto implique modificación del derecho legislado. (p. 836)

Y la crítica es válida, pero, aunque la norma sustantiva pueda llegar a ser vaga, incompleta o a veces ambigua (Fernández & Boulat, 2015), la realidad es que el encuadramiento subsuntivo tiene por lo menos dos momentos diferentes: el primero es el encuadramiento del caso —que va explícito en la demanda o en la acusación—: un trabajo analítico que responde a patrones de comparación; algo similar a lo que está haciendo *Prometea* con la selección de los casos más relevantes para definir las tutelas de salud. Un segundo momento del uso de la norma sustantiva o material es el de la sentencia, donde —como vimos en la afirmación de Martínez (2013)— la interpretación del juez es amplia, porque en la solución del caso se deben llenar los vacíos, las ambigüedades y la vaguedad de lo que ha sido representado por las partes.

En el primer momento, al inicio el procedimiento, la metodología de la subsunción para la tipificación de la conducta puede ser asistida de manera eficiente por la IA, lo que la convierte en un apoyo importante en la determinación de conductas que vulneran la norma legal. El *big-data* podrá comparar casos similares, normas en perspectiva histórica y normas sobre el derecho convencional, a fin de arrojar uno o más resultados de coherencia fáctico-normativa. Con ellos, el abogado podrá determinar, con un mayor grado de corrección, la selección de la demanda y del procedimiento, y el juez podrá establecer criterios de admisibilidad pertinentes.

El derecho material es un conjunto de reglas, generalmente cerradas, que intentan demarcar patrones de conducta en la sociedad. Estos patrones universales están relacionados con los casos conflictivos y permiten establecer un encuadramiento o tipificación. Precisamente, este es el quehacer ordinario de un jurista promedio en América Latina: desarrollar un análisis con relación a la coherencia de la subsunción. Otro asunto muy distinto es plantear el uso de un silogismo básico —como el que desarrolla la IA— para determinar la decisión judicial, porque, en el derecho contemporáneo, el trabajo de los jueces al “elegir las premisas y las reglas de inferencia de su razonamiento exige una verdadera labor creativa” (Martínez, 2013, p. 836). En esta labor decisoria es justamente donde se requieren otros patrones muy diferentes a los subsuntivos.

Inteligencia artificial y decisión judicial

Para poder entender la pertinencia de la aplicación de la IA con relación a la decisión judicial se tiene que entender: 1) ¿frente a qué se está decidiendo? y 2) ¿cómo se llega a dicha decisión? Este es un tema que se abordará con mayor profundidad en trabajos posteriores, porque si en algo se ha puesto de acuerdo la doctrina es en que este es de altísima complejidad. Sin embargo, en este apartado se abordará someramente este análisis para poder fundamentar apropiadamente la preocupación que surge con relación a la aplicación de la IA en esta esfera del derecho.

Lo primero que se debe tener presente es que el derecho es una disciplina que se desenvuelve en torno al acto comunicativo/argumentativo. Lastimosamente, esta sigue siendo una idea muy revolucionaria para la gran mayoría de juristas, y es debido a esto que la enseñanza del derecho se aleja profundamente del enfoque lingüístico. Sin embargo, solo basta con pensar en la forma en la que cobra vida el derecho sustancial: cuando es aplicado en el proceso. El proceso es un ejercicio dialéctico sistematizado por la norma, que da cuenta de una discusión crítica¹⁵ en la que se busca resolver una disputa en torno a un conflicto; en este ejercicio intervienen dos partes que —gracias al ejercicio argumentativo— exponen sus ideas con la intención de defender ante un juez imparcial un punto de vista específico. Una vez desarrollado el ejercicio dialéctico, el juez —que debería ser un experto en comunicación y argumentación— desarrolla un análisis profundo de lo expuesto por ambas partes para tomar la decisión que favorecerá a alguna de ellas e irá en detrimento de lo pretendido por la otra.

No importa el tipo de proceso que se esté desarrollando, no importa el área del derecho en la que se esté llevando a cabo la discusión, no importan las modificaciones normativas que tengan lugar, no importa el país en el que se esté resolviendo el conflicto, el derecho ha sido manejado de esta manera desde la antigüedad y siempre regresa al ejercicio dialéctico que tiene lugar dentro del proceso. Es así que la administración de justicia termina dependiendo del análisis que hace el juez cuando escruta el ejercicio dialéctico que ha presenciado en el proceso. La administración de justicia depende entonces de la capacidad del juez para valorar la credibilidad de lo que buscan demostrar las partes y la validez de sus peticiones de acuerdo con las relaciones previas que dieron lugar al conflicto y al lugar que cada una de las partes ocupa dentro de la sociedad.

En este sentido, para comprender la decisión judicial, lo primero que se debe comprender es cómo funciona ese ejercicio dialéctico que tiene lugar gracias al acto de comunicación. De acuerdo con la pragmalingüística (Verschueren, 2002, p. 137), en el acto de comunicación intervienen dos partes: el productor de sentido y el intérprete de sentido; cada una de estas

¹⁵ El modelo de discusión crítica, por ejemplo, se construye sobre la base de consideraciones analíticas respecto a cómo resolver de forma óptima las diferencias de opinión según los méritos” (Van Eemeren, 2012, p. 232).

partes es, en sí misma, una unidad de sentido, *semiosfera*¹⁶ que, gracias a diversas variables sociales y humanas complejas, logra desarrollar determinadas posibilidades de comprensión frente al mundo. Es decir, dependiendo de la época, del lugar en la sociedad, de la identidad, de la familia, entre otras muchas variables, se modifica la forma en la que se entienden las cosas del mundo. Cuando se trata de comunicarse con otros, se elaboran entramados de sentido (un discurso, una oración, un texto, un gesto, una acción, entre otros) para dar a entender al otro lo que queremos comunicar.

Las cosas se empiezan a complicar cuando se tiene presente que el otro es, así mismo, una semiosfera con sus propias posibilidades de comprensión. Entonces, cuando se busca la comunicación con el otro, se debe hacer un análisis de sus sistemas de valores, de sus posibles percepciones del mundo y luego se deben escoger las palabras que logren tener un sentido pertinente para el mundo de ambos. Además de todo esto, hay que tener en cuenta que el acto de habla tiene tres niveles de profundidad que todos los seres humanos analizan —de forma inconsciente casi siempre— cuando se comunican con otro. En primera instancia está lo que se dice (acto locutivo), luego está lo que las palabras implican (acto ilocutivo) y, finalmente, está la intención que se tiene (acto perlocutivo) (Searle, 1994, pp. 31-34).

También hay que tener presente que las posibilidades semióticas tienen diversas formas de expresión: están las palabras en sí mismas —cargadas con los tres niveles de los que hablamos anteriormente— ligadas a ellas están los gestos del cuerpo y la forma en la que cada uno se comporta en el espacio, y también está la prosodia, la forma en la que se comunica a través de la infinidad de cadenas sonoras que puede generar la voz¹⁷. No siendo esto suficiente, los nuevos análisis semióticos han logrado demostrar que, dentro de la comunicación, elementos que se consideraban tan irrelevantes —como el del error— juegan un papel fundamental: “todos los actos fallidos de comunicación, los lapsus eran enunciaciones logradas (...) el lapsus es principalmente un fenómeno del discurso, firmemente anclado en los procesos de producción de significación e indisociable de las manifestaciones corporales de intencionalidad” (Fontanille, 2017, pp. 43-44).

Por otro lado, no solo basta con reconocer la complejidad del acto comunicativo en general —aquí explicado de una forma muy simplificada— sino que —sobre todo en derecho— es imprescindible tener la posibilidad de analizar las herramientas que se utilizan dentro del ejercicio dialéctico, es decir, las herramientas de la argumentación. En principio, la argumentación se mueve paralelamente en dos líneas: la retórica y la dialéctica (Van Eemeren, 2012). Cada una de ellas cuenta con ciertas herramientas para ganar el favor del

¹⁶ La semiosfera es el espacio en el que le damos sentido al mundo: “sólo la existencia de tal universo —de la semiosfera— hace realidad el acto signico particular”. Hace posible que nos comuniquemos: “En este sentido se puede decir que la semiosfera es una ‘persona semiótica’ y comparte una propiedad de la persona como es la unión del carácter empíricamente indiscutible e intuitivamente evidente de este concepto con la extraordinaria dificultad para definirlo formalmente. Es sabido que la frontera de la persona como fenómeno de la semiótica histórico-cultural depende del modo de codificación. Así, por ejemplo, en unos sistemas la mujer, los niños, los criados no libres y los vasallos pueden ser incluidos en la persona del marido, del amo y del patrón, careciendo de una individualidad independiente; y en otros, son considerados como personas aisladas. Esto se deja ver claramente en la relatividad de la semiótica jurídica” (Lotman, 1996, pp. 12-13).

¹⁷ “La emoción afecta a los movimientos musculares del aparato respiratorio y la laringe y ello modifica el tono de voz del sujeto. Así, observamos que, cuando hablamos, las palabras no las emitimos desnudas, sino que van acompañadas de nuestras emociones. De acuerdo con esto, podemos establecer características prototípicas de algunas emociones básicas en relación con la entonación (altura del sonido) en la emisión de la voz” (Cabrelles Sagredo, s.f., párr. 1).

juez imparcial; la primera trabaja con los elementos de la forma y persigue intereses sensibles —inherentes a todo ser humano— y la segunda se desenvuelve a partir de la lógica informal (Toulmin, 2007), la lógica de la experiencia, la razón humana. Atravesando todo lo anterior, tenemos la alta complejidad de nuestra memoria, que puede llegar a tener problemas como los que expone Carofiglio (2007): “la memoria del testigo produjo una superposición (...) transferencia inconsciente de la memoria (...) a causa de esta puede ocurrir que una persona sea confundida con otra porque la imagen de esta última resulta más conocida” (p. 63). También se incluye aquí la falibilidad de los sentidos corporales.

Y no siendo esto suficiente, es necesario entender que la decisión judicial siempre se toma analizando la validez de todo lo anterior dentro de la construcción de un relato. En el proceso se persigue una verdad fáctica, darle validez a las pruebas para que estas validen a su vez unos hechos y para que, finalmente, estos hechos terminen por validar unas pretensiones. Todo esto tiene que ser pertinente dentro del relato que se hace de los hechos y de las condiciones relacionales y sociales de las partes. Es decir que el juez tiene que valorar la pertinencia de unas muestras de verdad para validar la reconstrucción del relato de los hechos que hacen las partes con relación a lo que se encuentra en discusión. Hace un análisis narrativo. Y, de acuerdo con Carofiglio (2007): “La posición desde donde observa cada cual incide determinadamente sobre el relato que hacen los diferentes personajes, sobre cómo cada uno se representa, narra e incluso —en un sentido peculiar— elabora la realidad misma a su manera” (p. 26). Esto quiere decir que para tomar la decisión judicial juegan variables como:

- La forma de expresión: lingüística (palabras), gestual, prosódica (manejo de la voz).
- El contenido: locutivo, ilocutivo, perlocutivo.
- El contraste semiótico entre los mundos que quieren comunicarse: los sentidos diferentes que se le dan a la existencia.
- La situación social de las partes.
- La naturaleza de la relación que hubieren desarrollado.
- La verosimilitud del relato.
- La ponderación de derechos en relación con la situación específica de cada una de las partes —ahora que el derecho se ha constitucionalizado—.

Es evidente entonces que el lenguaje va más allá de lo que aparentemente dicen las palabras, es un ejercicio de la inteligencia humana que atraviesa la semiótica, la epistemología y la hermenéutica. Es un caleidoscopio de integraciones culturales realizadas por los seres humanos en un tiempo y en un contexto específicos. Estas capacidades —dentro del derecho— son sumamente importantes y se aplican en el espacio procesal que se denomina juicio; donde se lleva a cabo la recepción y contradicción de la prueba, la valoración de la misma y, sobre todo, donde tiene lugar la decisión sobre el litigio, proclamada en la

sentencia. Teniendo presente la cantidad de variables que tienen lugar para llegar a esta decisión, hay que comprender que —para decidir— el juez no hace uso de una sola forma de razonamiento, sino de todas aquellas que lo caracterizan como humano.

Por supuesto que el juez asume decisiones basándose en procesos deductivos e inductivos que podrían ser fácilmente homologados por una máquina, pero los problemas empiezan cuando debe aplicar una de las formas de razonamiento más importantes para el ser humano: la abducción. Diversos autores la comprenden de distintas maneras¹⁸, dentro de esta investigación la forma en la que se la entiende está directamente relacionada con la capacidad humana de construir relato. Esta forma de razonamiento es esencial dentro de la decisión judicial, porque permite analizar lo imprevisible en el ser humano: las implicaciones, los errores y las dificultades de percepción. En este contexto se multiplican exponencialmente las variables que se pretende adjudicar a las máquinas para que analicen. Sobre todo, se debe tener presente que solo un ser que esté condicionado por la profundidad del sistema semiótico humano puede llegar a diferenciar casos tan complejos como, por ejemplo, aquellos en los que se debe decidir si la acción fue realizada de buena fe o de mala fe. La máquina comprenderá que se actúe o no, pero aún no se ha inventado una máquina capaz de alcanzar la sensibilidad humana que es la que —finalmente— permite conocer y entender el mundo que nos rodea:

Un nuevo principio de pertinencia se perfila aquí, el de la inscripción de las formas significantes en un substrato material; según el principio, solo hay significación observable si los cuerpos guardan las trazas de las interacciones con otros cuerpos. Es necesario, pues, para que las relaciones semióticas, por elementales que sean, se establezcan, que cuerpos-actantes logren descifrar o desenterrar los contenidos y las representaciones asociadas a las experiencias de interacciones anteriores, incluso dar testimonio de ellas, si logran reconstruir una profundidad continua entre su enunciación actual y las experiencias enterradas¹⁹. (Fontanille, 2017, p. 209)

De acuerdo con lo anterior, esa perspectiva de autonomía para el enjuiciamiento que hoy se le está empezando a entregar a las máquinas no parece, por ahora, cumplir con los fines del proceso, que son, entre otros: terminar el conflicto —aunque para ello muchas veces no se aplique plenamente el derecho sustantivo— cubrir y proteger los derechos fundamentales de las personas y —algo muy propio del derecho constitucional actual— propender por el equilibrio social. Esto se debe a que la única forma de garantizar que se protejan los derechos fundamentales de las personas es llevando a cabo un adecuado ejercicio de ponderación de derechos, porque ya se ha visto cómo se complejizan enormemente los procesos cuando entran en disputa diferentes derechos fundamentales. Y, cuando desde el derecho constitucional se habla de garantizar un equilibrio social, no se puede pretender que quien

¹⁸ “Peirce fue descubriendo las diferencias entre la inducción y la abducción. Una de las diferencias centrales entre estos dos tipos de inferencias está relacionada con lo que obtenemos después de llevar a cabo tal procedimiento inferencial. Así, mientras que la abducción permite inferir algo de tipo distinto a lo que hemos observado directamente y, con frecuencia, algo que sería imposible observar directamente, la inducción sólo permite inferir la existencia de fenómenos iguales a los que hemos observado en casos similares. De este modo, con la abducción podemos ampliar el alcance de la semejanza entre individuos, mientras que con la inducción sólo podemos ampliar el conjunto de individuos semejantes” (Aguayo, 2011, p. 1).

¹⁹ A una máquina sin cuerpo se le pueden enseñar determinadas formas de razonamiento humano, pero solo la habilidad sensible que caracteriza nuestra esencia profunda puede hacer que entendamos nuestros complicados sistemas de valores, adaptaciones y prescripciones en el mundo.

desconozca la esencia de lo humano pueda llegar a entender dónde se genera un mayor desequilibrio; sobre todo en aquellos casos en los que la regla termina por favorecer al que precisamente está más equilibrado en el entramado social.

Aplicar la IA a la decisión judicial, tal y como se ha demostrado hasta ahora, sería como volver a los tiempos en los que el juez era simplemente la voz del legislador, tiempos aquellos en los que el garantismo no era una perspectiva jurídica respetada; es decir, sería ir en contra de lo que actualmente defiende el ordenamiento jurídico. Por eso, es posible afirmar que, gracias a la IA, son muchas las ventajas que se vienen ganando en el derecho, pero también muchos los riesgos que podrían llegar a tener lugar; especialmente cuando de seguridad jurídica y eficiencia se trata, ya que este equilibrio no es un asunto meramente sustancial. Sin embargo, como afirma Bonet (2018):

aunque el futuro siempre se presenta incierto, el avance de las tecnologías puede depararnos cambios que van más allá de la mera tramitación procedimental, principalmente por lo que se refiere al desarrollo de una inteligencia artificial que pueda llegar a ser autónoma. Que el ser humano llegue a recrear artificialmente una inteligencia con capacidad para sentir de modo similar al ser humano, esto es, equivalente o incluso superior a la humana en todos los aspectos, sin duda representa un futuro bastante incierto al que se anteponen un buen número de problemas. (p. 68)

Sobre este tema complejo, hoy se encuentra que los sistemas de IA están también incurriendo en dicha función cognitiva judicial a través del modelo conexionista y de las redes neuronales, los cuales “tratan de resolver problemas no algorítmicos a partir de la experiencia almacenada como conocimiento. El principal propósito de los modelos conexionistas es el de entender el funcionamiento del cerebro humano y emular su comportamiento” (Martínez, 2013, pp. 827-846).

Esta propuesta de sistema computacional, llamada por Martínez (2013) como Sistema Experto Jurídico (SEJ), se diferencia sustancialmente de la base de datos o del procedimiento digital, pues este sistema tiene

una característica que lo diferencia de los sistemas de recuperación documental, pues mientras aquellos constituyen grandes almacenes digitales de una clase particular de texto, que facilitan una consulta automatizada, un SEJ trata de emular algunos de los procesos cognitivos llevados a cabo por los operadores del derecho, manipulan el discurso, plantean soluciones a los problemas de acuerdo a su propia interpretación y se enfrentan a casos prácticos en el ejercicio de la profesión (Martínez, 2013, p. 834).

Para tratar de acercar la complejidad de la función decisoria del juez con estos modelos de IA, “Alemania creó un sistema experto llamado Judith, el cual es capaz de aplicar el código civil alemán a casos en concreto” (Trazegnies Granda, 2013, pp. 112-130). Este es un ejemplo de un sistema experto constructivista que “trata de hacer una determinación de cuáles son

las reglas que juegan un papel importante en estos procesos de integración cognoscitiva, son reglas de carácter no lógico, básicamente procesos de asociatividad, desplazamiento y condensación” (Martínez, 2013, pp. 827-846).

Claro está que, para el acto de juzgar, la sociedad ha buscado celosamente que se apliquen capacidades técnicas y jurídicas suficientes, y esto implica que el encargado de aplicarlas sea un sujeto sensible socialmente, capaz de trabajar sobre la incerteza normativa. No obstante, hay una confianza generalizada en esta nueva tecnología que ha permitido que el razonamiento judicial se ponga en manos de la IA. Por ejemplo, hoy se está trabajando con un modelo llamado *Expertius*, el cual cuenta con

tres módulos en desarrollo: a) el módulo tutorial que presenta el consejo de los expertos; b) el módulo inferencial, que se encarga de realizar las inferencias del caso a partir de un esquema de argumentación dialógica y derrotable y c) el módulo financiero que responde al problema de la determinación de la pensión provisional, cuando la ley dice que se fijará conforme a las necesidades de una parte y las posibilidades de otra, sin tener ningún otro criterio. (Martínez, 2013, pp. 841-842)

Tal vez no pasará mucho tiempo antes de que se produzcan en serie máquinas capaces de emitir sentencias judiciales, como el sistema *Split-up* (Barroyeta, 2020, párr. 26), que hoy se está ensayando en Australia:

El caso con el que se sometió a prueba al sistema fue el juicio de repartición de bienes de Opie vs. Opie sustentado ante la Corte Familiar de Australia. El matrimonio duró diecisiete años, se procrearon dos hijos que contaban con catorce y dieciséis años de edad al momento del juicio. El esposo encabezaba un negocio automotriz, que raramente reportaba ganancias y para la fecha del juicio ya no existía. La esposa se dedicó principalmente a las labores del hogar, aunque de manera eventual trabajaba medio tiempo. El sistema determinó que el valor de los bienes comunes a considerar ascendía a lo que en México equivaldría a ciento ocho mil pesos. Ambos están a mediados de la quinta década de su vida y se encuentran en buen estado de salud. La madre quiere la custodia de los menores. Split-up, determinó el porcentaje para cada una de las partes en términos de sus necesidades, contribuciones y el nivel de riqueza del matrimonio. Para el caso de Opie vs. Opie el sistema determinó que: a) los bienes que conformaban la sociedad conyugal no eran de gran valor económico; b) que el marido contribuyó tanto como la esposa en las labores domésticas, y que c) las necesidades futuras del marido son menos a las necesidades futuras de la esposa. De estas tres determinaciones, mediante el uso de redes neuronales, Split-up determinó que el señor Opie debería recibir el 35% de la propiedad común. El sistema llegó a la conclusión a) mediante el uso del sistema basado en reglas asignándole un valor a la propiedad común. El punto c) Split-up sugirió que la señora Opie tenía necesidades futuras mayores que le señor Opie porque infirió que las posibilidades laborales de la señora no eran tan altas como las del señor Opie. (Martínez, 2013, p. 841)

¿Cómo podemos determinar que la decisión tomada por la máquina era la correcta para defender un equilibrio social? ¿Fue suficiente analizar el litigio en términos de necesidad? ¿Qué pasa con el merecimiento? A la velocidad que avanzan las nuevas tecnologías, y teniendo presente la grandísima confianza que se deposita en ellas, seguramente nos tomará un buen tiempo tomar conciencia de la importancia que representa poder responder a estos interrogantes. Mientras tanto, este cambio vertiginoso del mundo está poniendo en jaque los sistemas educativos actuales, porque la forma en la que puede llegar a modificar el

ejercicio jurídico este avance tecnológico es abismal. En principio, el desarrollador debería tener mucha claridad con relación a todos los criterios variables que ya se han trabajado en este apartado y, en segundo lugar, quien se prepare para salir a defender un caso, sea para buscar una decisión favorable en un juez de carne y hueso o en una máquina, además de ser experto en el ejercicio de la comunicación y de la argumentación, lo debería ser en cuanto a las formas en las que estas nuevas tecnologías pueden cambiar su quehacer profesional.

La enseñanza del derecho y la inteligencia artificial

Como se ha podido evidenciar, son muchas las aplicaciones que la IA le ofrece actualmente al derecho, incluso son avasallantes los sistemas de redes neuronales que avanzan en pro de una construcción racional de la sentencia. Pero la gran encrucijada es: ¿cómo se están apropiando estas nuevas tecnologías y cómo se están transmitiendo a las nuevas generaciones del derecho?

Basta revisar los programas de derecho en Colombia para identificar, por ejemplo, cómo la formación de los abogados sigue, de forma generalizada, una tradición iuspositivista formal. Esta es una realidad educativa en la que, como afirma Llinás (1996) en el informe de la comisión de sabios “se enseña sin asegurarse de que se entienda lo aprendido” (p. 16), y que se aleja de una visión que pueda lograr que “se le cree al estudiante una mente globalizada, una ‘cosmología general’ que le permita utilizar su conocimiento” (p. 17). Este apego del derecho a sus tradiciones de enseñanza centenarias —extensas clases magistrales, educación segmentada y subspecializada por áreas estrictamente separadas del contexto y de la interdisciplinariedad— termina por generar en sus profesionales una capacidad crítica muy blanda, poco discernimiento frente a los problemas complejos que se encuentran en la sociedad, además de una débil conciencia ética y moral en el comportamiento. Esta realidad campea²⁰ y termina produciendo una bomba explosiva en los futuros abogados, que se enfrentarán a realidades eminentemente prácticas, complejas y con un nivel de exigencia crítica que se eleva con la inclusión de la IA.

El abogado de hoy debe ser crítico y capaz de responder a un pensamiento complejo y transversal en el marco de la sociedad. Como afirma Passanante (2019): “la enseñanza del derecho —como disciplina— debe iniciar con la aspiración de unión de todos los profesores del derecho (en un solo departamento) a fin de integrar diversas perspectivas culturales que son difusas” (p. 9), reuniendo —de esta manera— problemas que van desde la cibernética

²⁰ En Colombia se han dado serios escándalos de corrupción económica protagonizados por magistrados de las cortes más altas, más independientes y con mejores salarios. Entre ellos el de los magistrados Pretelt (en calidad de presidente de la Corte Constitucional), el magistrado Bustos (en condición de expresidente de la Corte Suprema de Justicia) y el magistrado Rojas; también cabe mencionar alertas de corrupción como la de la “puerta giratoria” (El Tiempo, 2019).

hasta la argumentación. Este llamado aspira a una completa renovación de lo dogmático que, como forma de enseñanza, ha hecho perder en la sociedad contemporánea el contacto del derecho con la justicia y con la realidad. El derecho se ve como un modelo teórico, no como uno funcional. Estos elementos formales deben ser superados y un camino que va en esta dirección, pero que aún debe recorrerse, es el de dirigir la educación hacia competencias transversales con base en los Objetivos de Desarrollo del Milenio —hoy Objetivos del Desarrollo Sostenible (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, s.f.)— y el de concientizar al hombre del mundo actual de las responsabilidades que implica vivir en una sociedad inmersa en tecnologías como la IA.

Con referencia a los nuevos enfoques de los problemas del derecho, Denti (1989)²¹ y Taruffo (2003, 2006, 2010, 2011; Taruffo & Nieva Fenoll, 2013) son dos íconos contemporáneos que, desde sus múltiples obras, proponen una ruta para la formación del abogado del futuro; en donde la estructura y el funcionamiento del poder judicial, en torno a la decisión correcta y al acceso eficiente a la justicia son de gran relevancia y constituyen un espectro que hoy aparece redimensionado por la IA. De igual forma, es importante establecer los parámetros de la profesión del abogado desde una perspectiva social y sociológica de la justicia, entender el derecho en una dimensión comparativa e histórica, fortalecer la figura del juez en el estado democrático, construir los aspectos racionales de la valoración de la prueba y, por supuesto, trabajar a profundidad los nuevos instrumentos de tutela y garantismo que se están discutiendo en el mundo.

Esta apertura al conocimiento transversal y a la plena consciencia de un derecho que está en el centro del desarrollo de la sociedad contemporánea —donde la naturaleza del área se vuelve relativa a la comprensión del acto comunicativo que la constituye y donde se la saca de los códigos para ponerla en interacción con la evolución social— es primordial para la comprensión y correcta utilización de los nuevos procesos tecnológicos.

Para ampliar la comprensión sobre las implicaciones que trae esta nueva revolución, es muy importante analizar la forma en que otras áreas afrontan estos cambios inducidos por la tecnología, tanto en sus prácticas como en la formación. Por ejemplo, la traducción profesional vive desde hace varios años una transformación radical. Los avances en IA permitieron el desarrollo de la Traducción Automática Neuronal que mostró —al igual que los sistemas creados para el derecho— resultados sorprendentes a la hora de compararlos con el trabajo humano. Dichos avances han derivado necesariamente en una preocupación por la manera en que se debe valorar el resultado de la máquina y ahora plantean un reto para la formación de nuevos traductores.

Tal desarrollo ha llevado a la traducción a concentrarse en una práctica que, aunque propuesta desde la época de los noventa (Veale & Way, 1997) —en el auge de la traducción asistida por computador— hoy toma un papel protagónico: la posesición. A través

²¹ Puede consultarse más acerca del autor en <https://bit.ly/3gdm46i>

de ella se busca revisar el resultado de la máquina y asegurarse de la correspondencia de sentido frente al original: corrigiendo y perfeccionando sus decisiones de la manera más ágil posible. Es decir que siempre debe existir una veeduría, que la última palabra la tiene el humano; pero como el producto de la máquina llega a ser tan convincente, esta intervención exige del traductor una mirada crítica más profunda, un amplio conocimiento práctico de las lenguas y del ámbito de especialidad del texto que lo ayuden a identificar posibles fallas en un producto que se presenta como acabado a tal punto que podría engañar a alguien que no esté suficientemente preparado.

Las universidades han entendido que la práctica ha transformado el perfil del traductor y en algunos países comienzan a aplicar modificaciones a sus programas (Cid-Leal et al., 2019). Aunque recién se comienza a hacer —y será un camino largo hasta su establecimiento— se reconoce que dicho perfil va más allá de la formación en aspectos procedimentales y que exige, al igual que en el abogado —según se explicó en el apartado anterior— una apropiación de la realidad social en la que se dan las manifestaciones semióticas con las que trabaja, y una capacidad de reconstruir —a partir de las palabras, pero no limitado a ellas— una realidad que debe estar expresada en los productos comparados (texto de partida y de llegada).

Como queda evidenciado, la discusión con relación a la superioridad o no de la máquina comienza a quedar atrás y empieza a volverse necesaria, en cambio, una gran capacidad de evaluación por parte de los profesionales. Esta es justamente la que se debe fomentar en los estudiantes de derecho, quienes, a futuro, deberán ser los guardas de la constitución y de las garantías, para evitar así errores de impacto social en los procedimientos realizados a partir de la aplicación de la IA. Para ello es necesario que los abogados se familiaricen con dichos procedimientos, que el *big-data* se incluya en sus programas como una herramienta de trabajo para la apropiación de la jurisprudencia constitucional, no solo del país de origen, sino también de países extranjeros. Luego, estos mismos sistemas informáticos deberán ser un apoyo para encontrar y subrayar las diversas correlaciones entre las líneas jurisprudenciales de garantía y las posiciones de los jueces en el ordenamiento nacional e internacional; sin olvidar que el resultado de la máquina deberá ser evaluado por un abogado con la competencia crítica y el saber práctico de su especialidad que le permita reconocer en un producto (que se muestra, por lo demás, coherente) los posibles desajustes de los resultados de procesos tecnológicos.

Finalmente, para las máquinas, las implicaciones, los errores y el razonamiento por abducción que tienen lugar en la comunicación humana, y que están presentes en los actos únicos e imprevisibles del humano, siguen —y seguirán, nos atrevemos a decir— siendo inaccesibles. Y es teniendo presente lo anterior, que se debe analizar que una de las garantías más importantes que deberá proteger el abogado ante la avanzada de los sistemas inteligentes será la del juez y la de la tutela judicial efectiva —transversal a los demás poderes del estado— pues, finalmente, y según lo expuesto por la ONU, el juez es la garantía democrá-

tica por excelencia (Ramírez, 2019, pp. 62-63). Por lo tanto, es importante recordar que esta garantía es gestora del constructo social y del control al Estado de Derecho; independientemente de que esté parcial o totalmente compuesta por sistemas de IA.

Con todo esto se entiende que, al abordar la educación por competencias, la enseñanza-aprendizaje del abogado se debe centrar en un perfil específico de profesional, el cual no puede ser exclusivamente jurídico. El profesional deberá ser crítico frente a la complejidad de la sociedad, comprender las profundidades del acto comunicativo y dialéctico que tiene lugar en el proceso y tener bases de conocimiento con relación a la IA que le permitan la comprensión de lo que hace la máquina. “Desde esta perspectiva, se espera que las competencias terminales formuladas en el Perfil de Egreso, den cuenta de desempeños complejos, donde se pueden utilizar diferentes herramientas” (Universidad Alberto Hurtado de Chile [UAH], 2019, p. 2).

Para llevarlo a la realidad, hoy en día, el perfil de funcionario de la rama judicial debería trabajar aspectos como IA de redes neuronales que abarquen garantías constitucionales y tutela judicial efectiva del derecho, por ser esta un elemento estructural de la democracia. Dicho perfil deberá englobar todas las macroestructuras de la justicia material, dentro de las cuales una de las más importantes es la función del juez.

Esto es así porque un juez independiente está ahora sujeto no solamente a la ley y a la constitución, sino también a su capacidad de interacción con la IA: un juego de equilibrio entre independencia, dependencia tecnológica y poder. Esto es distinto de lo que ocurre con el abogado litigante, quien propende por establecer narrativas (Taruffo, 2009) siempre a favor de su cliente. De ahí que en su formación necesite desarrollar competencias diferentes. En lo que se refiere a la IA, serán prioritarias habilidades de búsqueda de la norma y tendrá que profundizar mucho más en sus conocimientos con relación al acto de comunicación y a la argumentación, para poder servirse de ellos de la mejor manera en la construcción de la mencionada narrativa que debe desarrollar en el litigio y, por supuesto, para poder desarrollar una adecuada evaluación de los resultados provenientes de la IA.

Conclusiones

Son muy amplios los espectros de análisis relacionados con el derecho, la IA y la educación jurídica. Empezando por los usos disímiles del *big-data*, pasando por la tecnologización del procedimiento, para llegar a lo más sensible —por su impacto en la democracia y en el Estado— que es la decisión del juez.

Se puede sin duda afirmar que la IA ha permeado la sociedad, es participe de la vida diaria de las personas y se ha convertido en una excelente herramienta para el fortalecimiento de la justicia, especialmente para la descongestión, pero también para alcanzar una mayor precisión en el contraste de la norma. Incluso se puede afirmar que los avances de la IA a través de las redes neuronales pueden llegar a apoyar sorprendentemente a la sentencia de los jueces.

Sin embargo, el panorama no es tan positivo cuando se contrastan las pautas de enseñanza aprendizaje para el abogado del hoy, para el abogado del futuro, para el abogado de un mundo global donde emergen cada vez con mayor rapidez problemas complejos. La norma codificada no puede seguir siendo la columna vertebral de la educación. Valorar lo que hace bien o mal una máquina con IA es una competencia prioritaria. Fue una decisión humana la que llevó a desconectar los robots de Facebook, porque decidieron olvidar el idioma o los comandos que se les habían dado e ignoraron el idioma en el que fueron programados. ¿Qué habría pasado si la persona que monitoreaba sus actividades no se hubiera percatado de esta variación? Haciendo una analogía con el proceso judicial, ¿dónde habrían quedado la protección al debido proceso y la motivación racional de la sentencia?

Son múltiples los riesgos que nacen cuando se confía la decisión de un juez a un sistema operativo. Por esta razón, los abogados deben estar inmersos en la cuarta revolución industrial, deben saber que el derecho laboral, el derecho civil, el derecho de daños y la responsabilidad del Estado están sufriendo cambios inimaginables gracias a los múltiples trabajos que empiezan a realizar los robots suplantando a las personas. Se están enfrentando serios cambios en la sociedad y esto incluye, por supuesto, al derecho, que posiblemente va a tener que lidiar en el futuro con cambios profundos en la profesión, con daños ocasionados por máquinas o, peor aún, con errores judiciales producidos por erradas interpretaciones de los sistemas inteligentes judiciales.

Hoy son otras las cuestiones jurídicas que deben atender los abogados, porque son otras las condiciones sociales, económicas, de salud y de relacionamiento; la ética del derecho tendrá que girar sobre su propio eje y centrarse en la garantía de la libertad, la autonomía y la seguridad de los seres humanos. Ha dejado de ser cierto que la tecnología solo se ocupará de las actividades físicas o de las que se producen en ambientes predecibles como operar maquinaria o preparar comida rápida. Por todo esto, los profesionales del futuro deben estar preparados para vivir esta realidad, que incluye no solo el fortalecimiento de competencias argumentativas y valorativas, sino —de manera urgente— la adhesión de competencias *transdisciplinares* en su educación como las propuestas por la neurociencia y la IA.

Referencias

- Aguayo, P. (2011). La teoría de la abducción de Pierce: lógica, metodología e instinto. *Ideas y Valores*, 59(145), 33-53. <https://bit.ly/2D1XoPa>
- Barrio, M. (2018). *Robótica, inteligencia artificial y derecho*. <https://bit.ly/2CGeG4P>
- Barroyeta, R. (24 de febrero de 2020). ¿Puede la inteligencia artificial generar mejor justicia? *Tekcrispy*. <https://bit.ly/30zFSu1>
- Blomkamp, N., (Director) & Kinberg, S. (Productor). (2015). *Chappie*. [Película]. Columbia Pictures.
- Bonet, J. (2018). La tutela judicial de los derechos no humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos. *Revista Ceflegal*, (208), 59-92. <https://bit.ly/3jwNohW>
- Cabrelles Sagredo, M.S. (s.f.). La influencia de las emociones en el sonido de la voz. *Cervantes virtual*. <https://bit.ly/3jFuu8G>
- Cameron, J. (Director) & Hurd, G. A. (Productor). (1984). *The Terminator*. [Película]. Metro Goldwyn Mayer & Orion Pictures Corporation.
- Carofiglio, G. (2007). *El arte de la duda*. Marcial Pons.
- Centro Virtual Cervantes. (8 de octubre de 2019). *Big data*. <https://bit.ly/3hkYCEa>
- Cid-Leal, P., Espín-García, M. C., & Presas, M. (2019). Traducción automática y posesión: perfiles y competencias en los programas de formación de traductores. En M. Tolosa Igualada, & A. Echeverri, (Eds.), *Porque algo Tiene que Cambiar. La Formación de Traductores e Intérpretes: Presente & future*, pp. 187-214. <http://doi.org/d4mw>
- Código General del proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012. 12 de julio de 2012 (Colombia). <https://bit.ly/3jxTQoS> Corte Constitucional de Colombia, Sexta Sala de Revisión. (10 de noviembre de 2016). Sentencia T-622. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). <https://bit.ly/2ZReA35>
- D.O. No. 47.745. <https://bit.ly/3hob3iy>
- De Sousa, B. & García, M. (1995). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio jurídico*. Universidad Nacional & Ediciones Uniandes.
- Denti, V. (1989). *La giustizia civile. Lezioni introduttive*. Il Mulino.

- El País. (13 de febrero de 2019). Silicon Valley: así funciona “la meca de la tecnología” que Martínez quiere para AFE. *El País*. <https://bit.ly/2WNclvM>
- El Periódico. (2017). *Facebook desconecta dos robots por crear su propio lenguaje*. <https://bit.ly/2OKdsrL>
- El Tiempo. (7 de enero de 2019). *La inteligencia artificial se toma a Hollywood. Los algoritmos apuestan si una cinta será un éxito o guían las decisiones de producción*. <https://bit.ly/2ZRtPc9>
- Fernández, C., & Boulat, P. (2015). Inteligencia artificial y derecho. Problemas y perspectivas. *Revista Arcadia*, (167). <https://bit.ly/3hmbI3W>
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.
- Fontanille, J. (2017). *Cuerpo y Sentido*. Universidad de Lima. Fondo Editorial.
- Gadamer, H. (1988). *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca, Sígueme.
- Guzmán, O. (25 de septiembre de 2017). Midiendo la inteligencia artificial. El test de Turing. ¿Pueden las máquinas pensar? *Planeta Chatbot*. <https://bit.ly/2OLmBA2>
- Habermas, J. (1988). *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid, Tecnos.
- Inndot. (2018). *¿Qué es IBM Watson y los sistemas de IA?* <https://bit.ly/2WLPL6v>
- Ley 1285 de 2009. Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. 22 de enero de 2009. D.O. No. 47.240. <https://bit.ly/3jBtKRE>
- Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. 12 de julio de 2010. D.O. No. 47.768. <https://bit.ly/2CWqKP8>
- Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. 15 de marzo de 1996. D.O. 42745.
- 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. 21 de agosto de 1999. D.O. No. 43.673. <https://bit.ly/2Cx293K>
- Llinás, R. (2001). *El cerebro y el mito del yo. El papel de las neuronas en el pensamiento y comportamiento humanos*. Norma.

- López Escobar, L. D. (2005). *Garantismo y crisis de la justicia*. Trotta.
- López, D. (2002). *El derecho de los jueces*. Legis.
- Lotman, I. (1996). *La semiósfera: Semiótica de la cultura y del texto*. Cátedra.
- Martínez, G. (2013). La inteligencia artificial y su aplicación al campo del derecho. *Revista Alegatos*, (2), 836- 846. <https://bit.ly/30IUs2u>
- Ministerio de Justicia. (s.f.). *Sistemas de Estadísticas en Justicia*. <https://bit.ly/2WMSkFB>
- Narváez López, C. (2018). Inteligencia artificial para el sistema judicial colombiano. *Legis, Ámbito jurídico*. <https://bit.ly/2OMP6xt>
- Oppenheimer, A. (2014). *Crear o morir. La esperanza de América Latina y las cinco claves de la Innovación*. Debate.
- Páez Bimos, P. (27 de noviembre de 2017). La inteligencia artificial y el futuro del derecho. *Legal Today*. <https://bit.ly/2CGRUcS>
- Passanante, L. (2019). Conferencia en memoria de Vittorio Denti [Conferencia]. Congreso Internacional de Derecho Procesal. Lima, Perú.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (s.f.). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. <https://bit.ly/3eSkJQA>
- Proyas, A. (Director). (2004). *I Robot*. [Película]. Davis Entertainment & Overbrook Films.
- Quintero, B., & Prieto, E. (2008). *Teoría general del derecho procesal*, 4ª Ed. Temis.
- Ramírez, D. (2018). Los principios en perspectiva de la justicia civil: caso Colombia. En M. Mitidiero, J. Nieva Fenoll, E. Oteiza, G. F. Priori Posada, D. Ramírez Carvajal, & M. Taruffo. *Los principios procesales de la Justicia Civil en Iberoamérica* (pp. 161-162). Palestra.
- Ramírez, D. (2019). Independencia y retribución económica de los jueces. En J. Nieva Fenoll, & E. Oteiza. (Dir.), *La independencia judicial: un constante asedio* (pp. 51-72). Marcial Pons.
- Resolución 2768 de 2003 [Ministerio de Educación Nacional]. Características específicas de calidad para los programas de derecho. 13 de noviembre de 2003. <https://bit.ly/2BoJ5nw>

- Revista Semana. (25 de enero de 2019). *¿Qué es la cuarta revolución industrial y por qué va a cambiar a la educación?* <https://bit.ly/2CEA6PC>
- Revista Semana. (s.f.) *Robots*. <https://bit.ly/2ZRdgNG>
- Rivadeneira, J. C. (22 de marzo de 2019). Prometea, inteligencia artificial para la revisión de tutelas en la corte constitucional. *Legis, Ambito jurídico*. <https://bit.ly/3ePAvM9>
- Searle, J. (1994). *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Editorial Planeta Argentina.
- Software y Soluciones de Analítica. S.A.S. (s.f.). Big Data. Qué es y por qué es importante. https://www.sas.com/es_co/insights/big-data/what-is-big-data.html
- Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). *¿Cómo hacer una demanda?* <https://bit.ly/39l9CP8>
- Taruffo, M. (2003). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Estudios sobre la justicia civil*. Temis.
- Taruffo, M. (2010). *Páginas sobre la justicia civil*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba*. Marcial Pons.
- Taruffo, M., & Nieva Fenoll, J. (Dirs.). (2013). *Neurociencia y proceso judicial*. Marcial Pons.
- Toulmin, S. (2007). *Los usos de la argumentación*. Grupo Editorial 62.
- Trazegnies Granda, F. de. (2013). ¿Seguirán existiendo jueces en el futuro?: el razonamiento judicial y la inteligencia artificial. *Ius et veritas*, 23(47), 112-130. <https://bit.ly/3fUp9If>
- Van Eeremen, F. H. (2012). *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo*. Plaza y Valdés.
- Veale, T. & Way, A. (1997). *Gaijin: A Bootstrapping, Template-Driven Approach to Example-Based MT*. <https://bit.ly/39ynqpP>
- Verschueren, J. (2002). *Para entender la pragmática*. Editorial Gredos.

EL SISTEMA DE PRUEBA UNIFICADO, NUEVA TENDENCIA EMERGENTE EN TIEMPOS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN (TIC)¹

Ana María Mesa Elneser*

En el XXI, la tecnología avanza; el delincuente, también.

Resumen

En tiempos de pandemias globales han nacido desafíos que ya venía vaticinando el teletrabajo, sin que por ello su aplicación hubiese sido atendida previamente y con eficiencia; el ahora ha convertido el teletrabajo en una necesidad para vivir y producir, y trae consigo otros desafíos asociados, un tanto invisibles, como la seguridad y la prueba. De esta última se ocupará el presente texto con una mirada en perspectiva de futuro, detallando la propuesta del nuevo sistema con el que debe abordarse la prueba en entornos digitales, denominado Sistema de Prueba Unificado (SPU), desde la concepción básica hasta sus elementos constitutivos que conlleva.

Palabras clave

Prueba digital; Aprendizaje automático²; Sistema de Prueba Unificado; Mensaje de datos; Firma electrónica; Evidencia digital; Control previo; Reserva legal; Agente encubierto; Identidad digital; Fedatario informático; Medio y fuente de prueba.

¹ El presente trabajo es un producto derivado de la tesina doctoral *Problemáticas y perspectivas de la evidencia digital en la legislación colombiana: aportes desde un enfoque interdisciplinar*, la cual se encuentra aprobada con recomendación de publicación a cargo de la editorial Tirant Lo Blanch de España. La investigación estuvo a cargo de la Ph.D. Ana María Mesa Elneser.

* Docente de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAUCLA), CEO LAW Tic Grupo Jurídico, graduada del programa Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, entre los años 2015 a 2019. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4131-9128>

² Es el término que identifica el anglicismo *Machine Learning*, en adelante se indicará como “Aprendizaje automático”. <https://bit.ly/2PDnPxJ>

Introducción

El planteamiento de un nuevo SPU como se expone en la tesina doctoral *Problemáticas y Perspectiva de la evidencia digital en la legislación colombiana: Aportes desde un enfoque interdisciplinar*, brinda una realidad epistemológica mediante la cual es necesario entender que no son suficientes, para el abordaje de la prueba electrónica, ni los preceptos en los que se basa el Sistema de Prueba Legal o Tasada y del Sistema de Prueba Libre, en atención que el objeto de estudio no comporta los mismos rasgos constitutivos de evidencia o prueba, respecto de las etapas de producción, introducción y defensa de la prueba electrónica, partiendo de una transformación en la regulación de la legislación colombiana, quizás la mundial.

Recientemente la Corte Constitucional en la Sentencia T-043 de 2020, se pronuncia acerca del valor probatorio de los mensajes de WhatsApp equiparándolos a una prueba indiciaria, esto es, admitiendo su valor probatorio. Para entender si esta sentencia es o no ajustada a la realidad tecnológica que permita generar una evidencia digital con vocación de prueba, toma sentido conocer los retos que plantea el nuevo sistema de prueba denominado SPU mediante el cual se puede responder, desde ya, que los pantallazos de WhatsApp en sí mismos no deberían ser ni siquiera prueba indiciaria, ni nada, en realidad; admitir que esta categoría reconocida por la corte es real, sería lo mismo decir, aunque contamos con dos mundos y la vida tiene una dualidad existencial, el mundo físico y el mundo digital, nuestros derechos y obligaciones en ambas se perfeccionan legalmente, con plena validez y responsabilidad (Consejo de Estado, 2010). Para efectos probatorios, uno reemplaza el otro sin importar su mismidad, sin poder contar con la plena seguridad de que lo que presenta como prueba es lo mismo desde el momento del hecho hasta la finalización del proceso. Claramente, los pantallazos de WhatsApp no lo son ni técnica ni legalmente.

Para el desarrollo de la problemática probatoria, los lineamientos investigativos de la investigación doctoral se adoptaron bajo la pregunta ¿cómo generar criterios y estrategias procesales para un adecuado manejo de la evidencia digital en el ordenamiento jurídico colombiano, de tal manera que se evite la violación de derechos fundamentales como el debido proceso? Se obtuvo como resultado la confirmación de la hipótesis planteada al iniciar la investigación con la cual se afirmó que la consideración evidencia digital como categoría autónoma permite identificar su naturaleza técnica legal desde un sistema de prueba Unificado necesario para cumplir los fines de probar los hechos informáticos en un proceso, evitando que su presentación en juicio sea reducida a un mero documento. Además, se logra la individualización normativa de un modelo probatorio novedoso de evidencia que permitirá el logro de los principios rectores del proceso, y exigirá la formación y especialización de juristas, legisladores, abogados, operadores jurídicos y cualquier otro interviniente en la producción de la prueba de los hechos.

El trabajo investigativo tuvo como lineamiento principal el objetivo general de realizar una revisión crítica del manejo de la evidencia digital en el ordenamiento jurídico penal colombiano, con miras a ponderar su capacidad para afrontar los crecientes delitos informáticos, y proponer criterios y estrategias que repercutan en una investigación forense digital eficaz y respetuosa de los principios rectores del proceso; el cual se desarrolló basado en tres objetivos:

- Precisar los antecedentes, alcances, y límites de la evidencia digital, del indicio informático y de la prueba digital, con el fin de valorar el manejo dado a estas categorías en el ordenamiento jurídico penal colombiano.
- Destacar los problemas sustanciales y procesales de la evidencia digital desde el positivismo jurídico para contraponer a este enfoque una perspectiva interdisciplinar del derecho.
- Proponer un Sistema de Prueba Unificado basado en un conjunto de criterios y estrategias jurídico-procesales para la inclusión de la evidencia y prueba digital como una categoría autónoma en beneficio del debido proceso, de la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos procesales y de la determinación de la verdad procesal.

Elementos de la investigación permitieron la concreción del análisis de la prueba electrónica actualmente en Colombia, aspectos informáticos y matemáticos que esta conlleva, el debate de autores con teorías contemporáneas y tradicionales del derecho probatorio y una propuesta final del Sistema de Prueba Unificado (SPU). La metodología empleada en el desarrollo de la investigación fue:

La investigación de la tesina doctoral se abordó desde el paradigma cualitativo con preponderante uso del tipo investigativo de revisión documental, un método histórico-hermenéutico (Hernandez, 2014) y un método hermenéutico-crítico, que permitió realizar una triangulación del rastreo documental y los entrevistados claves por su experticia, para establecer una aproximación al contexto teórico de la evidencia digital y la interrelación existente entre los derechos fundamentales y la prueba; a su vez se fundamentó en el análisis de diferentes fenómenos, empleando procesos cuidadosos, sistemáticos y empíricos en el esfuerzo por generar conocimiento, en correlación con la realidad de los saberes propios que tienen los actores directos del problema objeto de estudio.

El modelo cualitativo de la investigación generó la posibilidad de formular una nueva teoría, valiéndose de instrumentos inductivos que alimentaron otros como las fichas de revisión bibliográfica, legal y jurisprudencial, realización de dos pasantías de investigación a la Universidad de Salamanca en España y la Universidad de Talca en Chile, ambas reconocidas por su destacada producción intelectual en el campo del derecho procesal y la prueba, con el objetivo de realizar, además de la revisión bibliográfica, la aplicación de entrevistas a profundidad de informantes clave con el perfil profesional y académico de abogados pena-

listas, operadores judiciales de la jurisdicción penal e investigadores forenses digitales (Cano, 2015). Adicionalmente, abre espacio a la indagación por situaciones generales y abiertas, recabando datos plasmados en escritos consultados como fuente de referencia.

Se adoptó el estudio documental con tipología de creación del estado del arte por enfrentar un objeto de estudio o problema de investigación poco estudiado, no abordado en la universidad o incipientemente abordado en el medio. Este modelo se emplea cuando se examina un nuevo interés o cuando el objeto de estudio es relativamente nuevo. Los estudios documentales se hacen con tres objetivos:

- permite indagar.
- interpretar fundamentos teóricos.
- se presentan datos e informaciones sobre un tema determinado.

El enfoque documental en la tipología de estado del arte permitió un método de análisis que tuviera por finalidad obtener resultados sólidos para la creación de teorías y bases de nuevo conocimiento. Empero, el contexto teórico desde lo probatorio, los derechos fundamentales y los estándares solo fue el punto de partida para hacer de la investigación con un resultado propositivo, que se basa en la descripción y generación de nueva teoría de pensamiento, el diseño del nuevo Sistema de Prueba Unificado (SPU).

Desarrollo del escrito con los debates y resultados

Elementos esenciales para la construcción de la prueba en el SPU

Uno de los aspectos más importantes del mundo de la prueba es del derecho a la intimidad, el cual se ve desplazado en la etapa de actos de investigación del delito, e incluso del momento de perfeccionamiento de un acto o contrato, si se atiende el nuevo paradigma en el que se sabe y se conoce el mundo digital operado por sistemas informáticos de operación automatizada, como son, sin limitarse a ellos, robots (*chatbots*), aprendizaje automático (*aprendizaje automático*), cadena de bloques (*blockchain*), además de otros que se encuentran actualmente en investigación por países de potencia tecnológica (Iberdrola, 2019).

El desplazamiento de la intimidad como derecho protegido en el entorno digital no implica el abandono del derecho fundamental y procesal en la etapa de confección de la prueba, por el contrario, se procura la reivindicación de la actuación procesal basada en el principio de la reserva judicial, de cara a proteger los derechos de las partes en el proceso, sin desconocer que la necesidad del desplazamiento se debe a un asunto meramente objetivo y garante de las partes involucradas en un hecho delictivo, sea a título de víctima o victimario, teniendo en cuenta que no es posible proteger los derechos fundamentales del victimario en igual nivel que a un algoritmo, este último cuando se presenta una investigación, acto o contrato realizado en entornos digitales mediante herramientas informáticas (Choi, 2017), sin que medie en su realización la voluntad del ser humano en la ejecución del hecho o conducta.

La propuesta de un SPU exige un cambio en la legislación colombiana, ya lo vaticinaba Federico Bueno de Mata (Bueno, 2014) en su obra *Prueba electrónica y proceso 2.0*, teoría que se basa en la necesidad de reconocer la prueba electrónica en una categorización por grupos: el primero agrupa todas las evidencias digitales sin soporte material; el segundo agrupa una especie de evidencias digitales sin soporte material, pero producidos por dispositivos especiales como en las imágenes y videos; el tercero identifica las evidencias digitales desde el acceso al mismo *hardware* que contiene los datos y la información, estas como la verdadera prueba; y el cuarto agrupa la evidencia digital denominándola como mixta y autónoma porque nace desde la combinación de una pericia acompañada de documentos, testimonio, inspección u otro.

SPU adopta esta línea de pensamiento respecto a la prueba electrónica³ o evidencia digital, estableciendo su propia autonomía como lo ostenta el grupo de delitos incluidos mediante la expedición de la Ley 1273 de 2009 o Delitos Informáticos⁴, así mismo, nuestra legislación de individualizar la evidencia digital como medio de conocimiento que conlleva el tratamiento legal de la prueba tecnológica (Mesa, 2013).

³ Se puede asimilar a prueba tecnológica

⁴ Se puede consultar en <https://bit.ly/30zgHYg>

SPU frente a los estándares de prueba

El Sistema de Prueba Unificado parte de la hipótesis de que los hechos, actos y contratos realizados en el mundo digital, de forma preliminar o previa a la confección de la evidencia, no admiten el descubrimiento sobre cómo se realizaron, como se dispone en el Código Procesal Penal Ley 906 de 2004, ello impide contar con el grado de certeza de la existencia de hechos informáticos ocurridos, actos y contratos celebrados, por personas físicas e incluso jurídicas, ello entre otras razones a la anonimidad de las transacciones realizadas por sujetos (personas naturales), o la automatización de la conducta criminal a través de la aplicación de inteligencia artificial (IA-Algoritmo) o robot basados en inteligencia artificial (IA).

En el SPU el dueño de la fuente es responsable de su utilización, de lo que transferimos por medios informáticos (*hardware* y *software*), de mayor auge en la actualidad Facebook, Instagram y WhatsApp, además es responsable de la conservación de la evidencia digital de todo lo que se realice a través de ellos, incluso de rastros informáticos del incidente. En correlación a esta responsabilidad del dueño de la fuente, está la del fabricante (del *software*, *hardware* y demás sistemas informáticos) el cual tiene como campo funcionalidad del sistema y la garantía de seguridad tanto en su creación como actualización permanente en favor de cerrar brechas de vulnerabilidad en cualquier tipología de partes o soportes lógicos fabricados y distribuidos, y la responsabilidad en doble vía frente a la fuente debe constar en los términos y condiciones emanadas por los derechos de autor.

La solución más acorde al nuevo mundo de los hechos, el digital, es establecer en un mismo nivel de aplicabilidad los estándares de prueba como son: probabilidad prevalente, sana crítica, más allá de toda duda razonable, en procura de la demostración del contenido de la transacción electrónica y el rastro que vincula al sujeto activo de la conducta o acción, en definitiva, para descubrir si el hecho fue realizado por un sujeto o a través herramientas informáticas e, incluso, fue generado por fallos de las mismas herramientas que en condiciones normales no fueron pensadas para la ejecución de delitos y desencadenan consecuencias nocivas, delitos. Con una misma categorización de estándares de prueba para el abordaje de la etapa de confección de la evidencia digital, posibilita el razonamiento adecuado en la admisibilidad y valoración de la prueba.

Control previo y posterior en la confección de la prueba electrónica/evidencia digital

El SPU plantea la eliminación del control previo para la confección o producción de la evidencia digital, anulando esa función del juez control de garantías para cualquier tipo de acto de investigación e indagación en el entorno digital, en atención a que no constituye una actuación que garantice derechos de las personas vinculada a los hechos, en calidad de víctima o victimario, por el contrario, la volatilidad del rastro informático es tal que sostener la obligación del control previo puede desencadenar en la falta de pertinencia e idoneidad de la prueba, eliminarlo es salvaguardar los derechos de la víctima e incluso del imputado.

Los aspectos benéficos más significativos de la eliminación del control previo se pueden resumir en:

- a) El control previo se sustituye por la reserva judicial, aplicándose los efectos legales y procesales mediante agilidad y dinamismo de los actos de investigación a cargo del fiscal, acusador privado, defensor público o contractual, desprovistos de solicitud ante juez de garantías, tiempo esencial para acortar la brecha de volatilidad existente entre el hecho y el momento de la recolección de la evidencia, teniendo en cuenta que cada segundo evolucionan las técnicas criminales con el objetivo de lograr que la transacción sea fácil, anónima y difícil de rastrear.
- b) Garantizar, mediante el control posterior, la intimidad del investigado debido a los resultados obtenidos en la etapa de indagación o investigación del delito, excluyendo del material probatorio lo que no corresponda a personas vinculadas de forma activa en la realización del hecho, acción que garantiza los derechos de las partes del proceso. Los linamientos para el trámite de exclusión se basan en la Sentencia C 496 de 2015, Corte Constitucional.
- c) La realización de la prueba con control de personas expertas como agentes encubiertos y provocadores, avalados en su experticia y quehacer investigativo por el fedatario informático, persona integrante del proceso de confección de la evidencia, quien despliega un papel relevante que da cuenta de la idoneidad de los protocolos y herramientas, además del forense, que realiza la extracción, análisis y presentación del informe.

El sujeto detrás del delito en el SPU

El SPU permite dar respuesta a las fases de confección, preservación, presentación, valoración y admisibilidad de la evidencia digital o prueba tecnológica, entendiendo que la ejecución del delito no está solo a cargo de la acción u omisión de un ser humano (persona natural), también se ejecuta mediante algoritmos y máquinas inteligentes capaces de accionar conductas lícitas cada vez de forma más autónoma; no por ello el creador del algoritmo y la máquina puede catalogarse delincuente, y menos, con fundamento al sistema de prueba libre o legal que ahora se encuentran reconocidas y vigentes en el panorama probatorio mundial.

El sistema de aprendizaje automático permite que un algoritmo IA aprenda a programar *software* a tal punto que sea capaz de crear programas en tu totalidad de forma autónoma, programas que pueden tener como funcionalidad el robo de identidad, hecho que justificará el preguntarse ¿quién es el delincuente? El creador del algoritmo IA con funcionalidad de *Aprendizaje automático* o el mismo algoritmo que crea y pone a funcionar el software para robo de identidad.

Si la investigación se ejecutara con fundamento al sistema de prueba legal o tasada, o sistema de prueba libre, los resultados serían: a) no se identifica el culpable, por tanto, la investigación se archiva por falta del sujeto activo de la conducta; b) se identifica el sistema informático y se responsabiliza a los derechos de autor como autoría intelectual. Por el contrario, si fuera bajo los lineamientos teóricos que fundamentan el SPU, el resultado es otro, se conocería el delito, el delincuente, e incluso el sujeto activo de la conducta delictiva. Tratándose de actos y contratos, en las partes o sujetos de cada uno, atendiendo a la identificación digital de las personas en la red.

Identidad digital

Otro lado de la discusión pendiente es en cuanto a los elementos que componen la identidad digital de las personas física y jurídicas. Hoy las primeras cuentan con nombre, capacidad, nacionalidad, domicilio, patrimonio y estado civil; las segundas, con nombre, capacidad, nacionalidad, domicilio, patrimonio, elementos de la personalidad jurídica o existencia, respectivamente, pensada solo en el mundo de los hechos físicos. Otro escenario de identificación plantea el hecho electrónico.

La Ph.D. Sonia Puig Faura, autora de la teoría del hecho electrónico (Puig, 2015), mediante el cual plantea que los actos y contratos ejecutados en la red conllevan otro tipo de rastros para ser reconocidos como existentes y válidos, estos contenidos en Logs Transaccionales, por tanto, es necesario que el hecho ejecutado a través de la red sea recolectado sólo con el medio de prueba pericial. Al respecto es cierto que todo rastro existente en la red, en Internet, conlleva otros elementos que de forma automatizada permiten conocer, analizar y presentar la evidencia digital que demuestre los hechos delictivos, actos y contratos realizados en la red. Lo que no es cierto, y de esto se aparta el SPU es que sólo se pueda abordar desde la prueba pericial.

Para lograr minimizar el impacto del anonimato en la red, como derecho de los usuarios, al momento de la recolección de rastros informáticos y la confección de la evidencia digital, es precisamente la evolución de la identidad digital, constitutiva de datos personales como lo regula la Ley de Protección de Datos Personales, Ley 1581 de 2012, impersonales e informaciones, que permitan individualizar a cada persona interviniente en la red así:

- a) Persona natural: nombre, capacidad, nacionalidad, domicilio, patrimonio, estado civil, correo electrónico y número celular, tal como lo viabiliza la ley de portabilidad numérica, Ley 1245 de 2008. Estos dos últimos elementos impuestos por quien tenga la representación legal hasta los 18 años, momento en el cual ratifica su uso como elementos de identificación o los cambia a su gusto.
- b) Persona jurídica: nombre, capacidad, nacionalidad, domicilio, patrimonio, dominio, correo electrónico y número celular. Éstos tres últimos elementos declarados ante la entidad dónde se constituyen como son las cámaras de comercio o alcaldías o gobernaciones, momento en el cual expresan los datos y la destinación de uso como elementos de identificación ante el Estado y terceros.

Certificación y acreditación en Colombia

Para el ámbito colombiano de la informática y la investigación aplicada, una de las mayores falencias es el no contar con un protocolo forense digital propio, que responda a las exigencias del derecho interno, esto es, hecho a la medida, quedando a la merced del perito en su trabajo pericial, esto es, el mismo perito elige el protocolo y la herramienta, realiza el trabajo pericial e identifica la pertinencia, idoneidad, proporcionalidad, además, la calidad del resultado pericial, es como admitir que para todo tipo de prueba existe un ente de control, Medicina Legal y Ciencias Forense por ejemplo, pero en el ámbito de la evidencia digital el control lo ejerce el mismo perito que la confecciona o en su defecto la contra parte mediante

la contradicción. Evidente conflicto de intereses en cabeza de un mismo sujeto. El perito sería entonces el poder absoluto de la verdad sobre los hechos en entornos digitales. Ello sería el abismo de la seguridad jurídica en entornos digitales.

El SPU adopta un mecanismo de acreditación y certificación, los primeros para protocolos y herramientas, a cargo de la Organización Nacional de Acreditación Colombiana (ONAC); los segundos para informáticos y fedatarios informáticos, a cargo del Ministerio de Educación Nacional (MEN), Medicina Legal y Ciencias Forenses, requisitos que deben cumplirse en el mundo de la evidencia digital para que esta sea aportada, admitida y valorada para probar los hechos delictivos, actos y contratos ejecutados en el mundo digital.

Lo que se logra es la certificación de la prueba de forma anticipada, sin que por ello se anule la facultad de admisibilidad y valoración de esta por parte del juez, y al operador judicial no le sea necesario agotar análisis técnicos, sino la pertinencia, idoneidad, y proporcionalidad para la demostración de los hechos que se alegan en el proceso, por tanto, apoya al juez en reducción de la brecha de error en sus decisiones.

Esquemas basados en SPU para abordar el conocimiento del mundo digital

La evidencia digital debe ser considerada una categoría autónoma, por tanto, esto requiere un trámite especial para su tratamiento en el proceso en que se pretende hacer valer. El esquema de la evidencia digital con vocación de prueba o prueba electrónica que identifican el hecho electrónico, que a su vez se subdivide de acuerdo con la tipología dada como resultado de la recolección del rastro informático, premisa que tiene fundamento en la mixtura de las teorías propuestas por Ph.D. Sonia Puig Faura, en su texto Prueba Pericial en el proceso Civil (Puig, 2015) y el Ph.D. Federico Bueno de Mata en su texto la Prueba electrónica y proceso 2.0 (Bueno, 2014), (ver en la Figura 1), permitiendo tener la posibilidad de probar los hechos ocurridos en entornos digitales de acuerdo a las formas en que han ocurrido y las herramientas aplicadas, conocidas o por conocer, partiendo que lo más predecible en el mundo digital es que nunca se sabrá cuál es el siguiente rastro informático del acto/hecho/contrato, bien sea para aplicarse al mundo lícito o al mundo delictual. En consecuencia, no se sabe cuál será la técnica y metodología de investigación requerida para la prueba de lo ocurrido.

Por eso el sistema de prueba unificado acoge en un mismo conjunto, en una misma bolsa por así decirlo, dónde las teorías técnico-científicas y legales dadas por diferentes doctrinantes son válidas, aunque rápidamente desvirtuadas por la nueva forma de ataque (ver en la Figura 2).

El paradigma del hoy no navega entre lo físico y lo digital, éste ya no es un debate de modelos, de estilos de vida, de tipos de sociedad, pues ambas, la vida digital y la vida física se sostienen en sus propios contextos de sociedad, el uno en la sociedad tradicional y el otro en la sociedad de la información y el conocimiento. El verdadero paradigma de hoy que se propone es:

Figura 1. Mapa del hecho informático hacia la confección de la Evidencia digital en el Sistema de Prueba Unificado

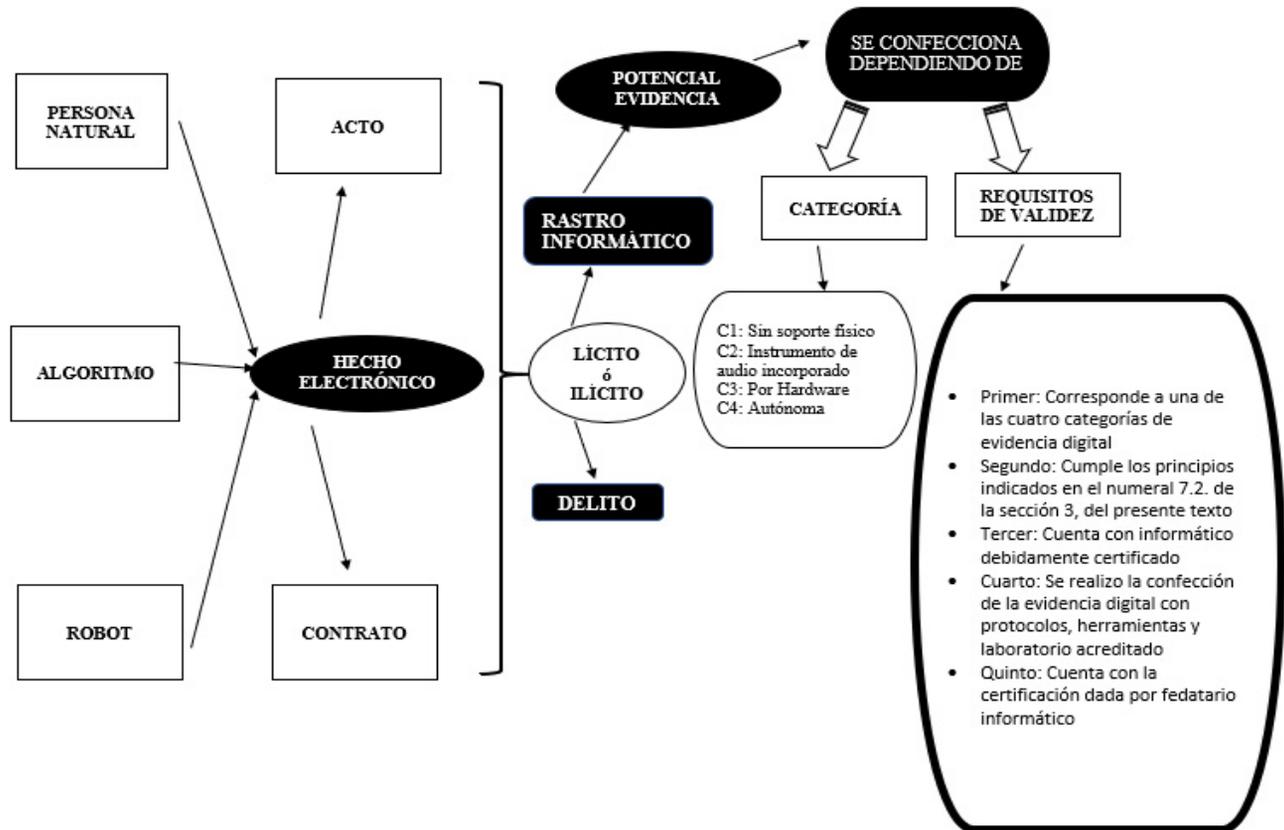


Figura 2. Sistema de Prueba Unificado



Conclusiones

Las conclusiones que se presentan a continuación se estructuran a partir de los avances que plantea el SPU en el mundo de la investigación del delito y la prueba de la ejecución de actos contratos, ambos en el mundo digital:

El control previo está garantizando derechos fundamentales en igual nivel a personas y algoritmos, situación contraria a la esencia de la figura, por tanto, debe ser reemplazada por el control posterior y la reserva judicial del proceso.

La identidad digital de hoy en día es a través de códigos OTP, contraseña, códigos QR, avatar, firmas digitales, tal como lo regula el artículo 7 del Decreto 2364 de 2012, ello en sí mismo convierte el correo y el número celular de cada persona, natural y física, en un elemento de identificación, por tanto, se deben integrar a sus elementos de existencia como sujetos de hechos, actos y contratos.

El sistema de prueba legal o tasada y el sistema de prueba libre fueron diseñados para un mundo basado en la presencialidad prevalentemente, en el trasegar evolutivo del mundo han acomodado el razonamiento interpretativo de su teoría para dar respuesta al hecho delictivo en entornos digitales, pero es el anonimato, un derecho de la red, que a su vez desafía el grado de certeza sobre el sujeto detrás del hecho delictivo, acto o contrato. El SPU sin control previo permite probar en cualquier escenario cómo se desplegó la conducta, por tanto, es más factible poner al sujeto detrás del *software* y el *hardware*.

Referencias

Bueno de Mata, F. (2014). *Prueba electrónica y proceso 2.0*. Tirant Lo Blanch.

Cano, M., y Jeimy, J. (2015). *Computación forense: descubriendo los rastros informáticos*. (2da Ed.). Alfaomega Colombia.

Choi, K-S y Toro Álvarez, M. M. (2017). *CiberCriminología*. 1. Fondo Editorial Universidad Antonio Nariño.

Código General del proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012. (12 de julio de 2012). (Colombia). <https://bit.ly/3jxTQoS>

Concepto Sala de Consulta. Consejo de Estado (18 de diciembre de 2010). Principio de equivalencia funcional. Aplicación en el trámite en línea de la notificación personal de actos administrativos. Radicación No. 1.989-11001-03-06-000-2010-00015-00, s. l.: Sala de Casación y Servicio Civil, C. P.: Enrique José Arboleda Perdomo. <https://bit.ly/31yXQx8>

Constitución Política de Colombia [Const.]. (4 de julio de 1991). <https://bit.ly/3huDawy>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-043 de 2020. Valor probatorio de los mensajes de WhatsApp (M.P. José Fernando Reyes Cuartas). (10 de febrero de 2020). <https://bit.ly/3isvXxs>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 496 de 2015. Elemento Material Probatorio, Evidencia Física y Cadena de Custodia (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). (5 de agosto de 2015). <https://bit.ly/2XMqt92>

Constitucional de Colombia. Sentencia C-334 de 2010. (12 de mayo de 2010). <https://bit.ly/3jMc8D5>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 2007. Principio de proporcionalidad (M.P. Jaime Córdoba Triviño). 9 de mayo de 2007. <https://bit.ly/32XY6rN> Decreto 2364 de 2012 [Ministerio de Comercio, Industria y Turismo]. Por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones. 22 de noviembre de 2012. <https://bit.ly/3hE2ccR>

Hernandez S., R. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6ta Ed.). McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES.

Iberdrola (2019). ¿Cuáles son los países más innovadores del mundo? <https://bit.ly/3eUCCyr>

Ley 1245 de 2008. Por medio de la cual se establece la obligación de implementar la portabilidad numérica y se dictan otras disposiciones. Ley de Portabilidad Numérica. <https://bit.ly/3g3vUaA>

Ley 1273 de 2009. Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado—denominado “de la protección de la información y de los datos” y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones. (5 de enero de 2009). D.O No. 47.223. <https://bit.ly/30zgHYg>

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. (21 de agosto de 1999). D.O. No. 43.673. <https://bit.ly/2Cx293K>

Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004. (1 de septiembre de 2004). D.O. No. 45658. <https://bit.ly/39ovRns>

Ley Estatutaria 1581 de 2012. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos. (17 de octubre de 2017). D.O. No. 48587. <https://bit.ly/2WV3OXs>

Mesa Elneser, A. M. (2013). *Aproximación a la Informática Forense y el Derecho Informático: Ámbito Colombiano*. Fondo Editorial Funlam.

Puig Faura, S. (2015). La prueba pericial informática en el procedimiento civil. La Ley.

LAS REPARACIONES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (SIDH), DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES¹

María Cristina Chen Stanziola*

Resumen

Se trata de una investigación de corte descriptivo y bibliográfico, que utiliza la metodología del razonamiento para el estudio de lo que representa para todos los países suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el sometimiento a los fallos que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y los problemas que tanto al interior como al exterior de los Estados, en sus relaciones internacionales, implica el cumplimiento de los fallos emitidos por dicho organismo supranacional. Con especial relevancia se hace énfasis en el desafío que representa para los Estados cumplir con las complejas e innovadoras reparaciones en el Sistema Interamericano.

Palabras clave

Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH); Corte Interamericana; Comisión Interamericana; Control de convencionalidad; Efecto útil; Proceso; Indemnizaciones; Derechos; Reparaciones; Víctimas; Ejecución de sentencia; Supervisión.

¹ El presente capítulo forma parte de la línea de investigación *La administración de justicia en el Estado social de Derecho*, adscrita a la Universidad de Salamanca, España, sobre la cual se respalda la tesis doctoral *La justicia constitucional panameña y el control de convencionalidad: del Estado de Derecho al Estado Convencional*.

* Doctora en Derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua, con la distinción *Summa Cum Laude* y con los más altos honores; doctora en Administración, hacienda y justicia en el Estado Social por la Universidad de Salamanca, con la máxima calificación *Cum Laude*; magíster en Derecho Mercantil por la Universidad Santa María La Antigua; magíster en Derecho Procesal por la Universidad de Panamá; especialista en Asesoría Jurídica de Empresas por la Universidad Politécnica de Madrid; especialista en Mediación por la Universidad de Panamá; especialista en Docencia Superior por la Universidad Latina de Panamá; especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa, Italia; abogada por la Universidad Latina de Panamá, con los más altos honores. Universidad de Panamá. Correo electrónico: maria.chen@up.ac.pa

Introducción

El tema de la protección procesal de los derechos humanos tiene que verse desde dos ámbitos: el internacional y el nacional o interno. La protección procesal de los derechos humanos en el ámbito internacional se lleva a cabo a través de una serie de instrumentos suscritos por los Estados, los cuales conllevan la obligación de respetarlos y garantizar su protección procesal efectiva en su legislación interna. El problema se plantea cuando un Estado que ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es condenado a determinadas medidas de reparación en favor de las víctimas. Ello es así puesto que, por un lado, no existen medidas coercitivas que la Corte Interamericana pueda utilizar en contra de los Estados para obligarlos a cumplir con las sentencias emitidas en su contra, pero también porque el Sistema Interamericano se ha caracterizado por ser innovador en el tema de las reparaciones, ofreciendo a las víctimas reparaciones no solo pecuniarias, sino morales y de no repetición, entre otras.

Del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y las obligaciones dimanantes

El sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional se encuentra formado por el sistema universal de los derechos humanos y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, a saber: el sistema europeo; el sistema africano de protección de derechos humanos y el Sistema Interamericano. Este último es el propio de América Latina y los países que forman la Organización de Estados Americanos (OEA).

La estructura institucional del Sistema Interamericano de promoción y defensa de los derechos humanos surge en la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz en 1945: “por razones históricas y políticas fácilmente comprensibles, la aspiración de contar en la región como instrumento que regular el régimen de los derechos humanos se hizo sentir con especial vigor” (Faúndez Ledesma, 2004, p. 33). Sin embargo, no es hasta la adopción, primero, de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, y luego, con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se concreta la estructura del Sistema Interamericano que hoy conocemos:

Es en este contexto que debemos ver el surgimiento del sistema interamericano de derechos humanos. La Declaración Americana de Derechos Humanos fue aprobada en mayo de 1948 y de ahí en adelante se aprobaron varios instrumentos que buscaron fortalecer la protección de los

derechos humanos en la región. El más significativo de todos ellos es la Convención Americana, que fue aprobada el 21 de noviembre de 1969 (y entró en vigencia el 18 de julio de 1978). (Cantón, 2017, p. 2)

Es importante señalar que el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos tiene, entre sus propósitos, el establecimiento de estándares mínimos comunes de protección de los derechos fundamentales y de una suerte de control del ordenamiento jurídico interno de los Estados:

El sistema interamericano de protección de derechos humanos constituye un sistema internacional acordado por los Estados del sistema interamericano con el objeto de establecer estándares mínimos comunes en materia de respeto, garantía y adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales fijados convencionalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Nogueira, 2013, pp. 221-222)

La protección de los derechos humanos en el ámbito internacional, y el fortalecimiento del sistema internacional de protección de los derechos humanos y de los sistemas regionales, carecerían de sentido si los ciudadanos de los Estados no contaran con instrumentos protectores de los derechos humanos que pudieran accionar ante los tribunales que conforman el sistema de justicia del país de que se trate. Aunque al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados asumen importantes obligaciones como la de respetar y garantizar los derechos humanos a lo interno de sus legislaciones, lo que se traduce en la existencia de dos obligaciones generales en materia de derecho internacional de los derechos humanos: la obligación de respetar y garantizar los derechos que surgen del catálogo de la propia Convención:

Por una parte, la obligación de respeto, consiste en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. La obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, toda la estructura a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (Ferrer, 2013, p. 929)

De allí que uno de los prerequisites para interponer una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sea, salvo ciertas excepciones, el agotamiento de los recursos internos de los Estados, tal y como lo establece el artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho de otro modo, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos funciona como excepción y no como una regla en materia de protección de los derechos humanos. Por lo tanto, es un sistema subsidiario:

No obstante la lógica justificación de este requisito, el agotamiento de los recursos internos es una de las condiciones de admisibilidad que plantea mayores dificultades en su aplicación práctica, y que genera más controversia en cuanto a la interpretación de su naturaleza, alcance y efectos; porque al margen de la eficacia de tales recursos, del tiempo que ellos consuman, y de las eventuales trabas para su utilización impuestas por el propio Estado, no es sencillo determinar cuáles eran los recursos disponibles en cada caso, ni tampoco es fácil establecer cuáles eran los recursos que el peticionario estaba efectivamente en la obligación de agotar. (Faúndez Ledesma, 2007, p. 4)

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, se compone de instrumentos ratificados por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) y está respaldado por dos entidades independientes: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conocida con las siglas CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conocida como Corte IDH.

Es necesario puntualizar que el Sistema Interamericano concede una legitimación activa de tipo amplia para que cualquier persona o grupo de personas pueda presentar ante la Comisión peticiones en nombre propio o el nombre de terceras personas, referentes a las supuestas violaciones de alguno de los derechos reconocidos, no solamente en la Convención, sino en los instrumentos vinculantes de la misma que forman parte del *corpus iuris interamericano* (art. 23). Sin embargo, la CIDH podrá, *motu proprio*, iniciar la tramitación de una petición de forma oficiosa (art. 24). Aunque se debe tener presente que “la legitimación para presentar la demanda ante la Corte IDH, sólo se encuentra en cabeza de CIDH y los Estados” (Acosta & Pastor, 2014, pp. 79-80).

A través de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión, se estudiarán y tramitarán las peticiones presentadas ante ella, y la Comisión solamente considerará dichas peticiones cuando se hayan cumplido los requisitos establecidos en los instrumentos suscritos por los Estados, en los que se contemple la supuesta violación alegada.

La Corte tiene importantes funciones como la administrativa, cuando designa su personal y maneja el presupuesto asignado; la normativa, cuando emite su reglamento que viene a llenar los vacíos de la Convención, y la más importante, la jurisdiccional, que realiza en diversas facetas: consultiva, contenciosa, preventiva y ejecutiva (García Ramírez, 2008). Una de las importantes funciones de la Corte IDH es la de unificar la jurisprudencia regional:

Por eso señalamos que en verdad que el órgano judicial interamericano ha jugado, en el campo doméstico, un papel que podríamos llamar “casatorio” (como unificador de la jurisprudencia), imponiendo indirectamente cierta homogeneidad en la interpretación de la Convención y de otros tratados; repetimos viene supervisando inclusive el cumplimiento de sus propios fallos. Debemos repetir que estos decisorios judiciales son obligatorios para los Estados en cada caso concreto, de conformidad con los artículos 62.3 y 68 del pacto de Costa Rica y la jurisprudencia del tribunal regional. (Hitters, 2012, p. 112)

Visto en líneas generales, en el panorama de funcionamiento del Sistema Interamericano, interesa resaltar cuál ha sido la interacción de Panamá en dicho sistema. Panamá es suscriptor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde 1977, a través de la Ley 15 de 1977². Sin embargo, por razones históricas, debido al régimen militar imperante en el país, no es hasta el 9 de mayo de 1990 que acepta la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sin ningún tipo de condición.

² Se puede consultar en <https://bit.ly/3geMrZE>

Panamá y su integración al Sistema Interamericano de derechos humanos

En el Sistema Interamericano se pueden encontrar a la fecha cinco sentencias en contra del Estado panameño: la primera, el caso Ricardo Baena y otros vs. Panamá; la segunda, Tristán Donoso vs. Panamá; la tercera, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá; la cuarta, caso Vélez Loo vs. Panamá; y la última, la sentencia del caso de los pueblos indígenas Kuna Madungandí, y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Casos de los cuales solo se harán referencias puntuales; a dos de ellos, por ser referentes en el Sistema Interamericano en cuanto a las reparaciones y porque la extensión de este capítulo impide examinar el resto.

Caso Ricardo Baena y otros versus Panamá

Este caso es importante en el Sistema Interamericano porque sentó las bases del reconocimiento de los derechos humanos económicos, sociales y culturales, constituyéndose en un referente obligado en el estudio jurisprudencial del sistema.

Los antecedentes del caso se encuentran en los hechos ocurridos a partir de la aprobación de la Ley 25 de 1990³, la cual sirvió de base para la destitución arbitraria de 270 trabajadores públicos que habían participado en una manifestación en defensa de sus derechos, la cual, de acuerdo con el Estado panameño, se realizó en complicidad con un intento de golpe de Estado militar. Y en razón de ello, se emite la Ley 25 de 1990, y se procede al despido de estos trabajadores, en violación del debido proceso y del derecho a la protección judicial. Es importante resaltar que ninguno de los procedimientos interpuestos por las víctimas, tanto administrativos como judiciales, prosperaron en el derecho interno panameño, por lo que esto hace presumir una omisión importante por parte de la justicia panameña.

En el presente caso, las sentencias que tienen mayor relevancia son las de las excepciones preliminares, fechadas el 18 de noviembre de 1999⁴, en las que la Corte IDH afirmó su competencia para conocer del caso; y la Sentencia de fondo, reparaciones y costas⁵, fechada el 2 de febrero de 2001, misma que contiene las reparaciones y a ellas se remitirán las líneas que hacen referencias a los datos del caso.

³ Se puede consultar en <https://bit.ly/3hNj68L>

⁴ Se puede consultar en <https://bit.ly/3gaLC41>

⁵ Se puede consultar en <https://bit.ly/39EJdw3>

La referida sentencia considera al Estado panameño responsable por haber aplicado leyes con carácter retroactivo, cuando la propia Constitución Nacional lo prohibía; de haber despedido a los trabajadores por causas distintas a las contempladas en las leyes de aquel entonces y por haberles negado el derecho al recurso efectivo al establecer que ninguno de los recursos impetrados por los afectados, tanto administrativos como judiciales, prosperaron.

En consecuencia, la Corte IDH resuelve declarar que el Estado panameño violó las garantías judiciales y de protección consagradas en el artículo 8.1, 8.2 y 25 de la Convención, en perjuicio de los trabajadores despedidos. Asimismo, violó el derecho a la libertad de asociación, consagrado en el artículo 16 de la Convención, incumpliendo, además, las obligaciones internacionales generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, sobre los deberes generales de abstención y respeto.

Por lo tanto, ordena que el Estado panameño debe reintegrar en su cargo a los 270 trabajadores despedidos en un plazo de 12 meses, contados a partir de la notificación de la demanda, y conceder la suma de 3000 dólares en concepto de daño moral a estos trabajadores o sus familiares en un plazo máximo de 90 días, contados a partir de la notificación de la sentencia.

En igual forma, condena al Estado panameño al pago la suma de 100000 dólares en concepto de gastos generados por las gestiones legales de las víctimas y sus representantes, más 20000 dólares de costas del proceso.

El caso Baena y otros ha representado una fuerte carga económica para el Estado panameño que le tomó varios años en cumplir casi en su totalidad. Se tiene en cuenta que los hechos alegados por las víctimas ocurrieron en diciembre de 1990 y que la sentencia de fondo condena al Estado panameño al reintegro de 270 trabajadores, con sus gastos e intereses, y a un pago adicional de 3000 dólares por concepto de daño moral, lo cual tiene una ventana de tiempo de 11 años de salarios y prestaciones vencidas que, sin duda, se convierte en un importante gasto estatal.

Caso Jesús Vélez Loor vs Panamá

El caso Vélez Loor es importante, pues sienta un precedente en el Sistema Interamericano, ya que la Corte se pronuncia por primera vez acerca de los derechos de los migrantes en América. Se trata de la sentencia de 23 de noviembre de 2010, de la cual haremos los comentarios en estas páginas.

Este caso, se trata de los migrantes en condición de irregularidad, ya que el señor Vélez Loor ingresa al país de forma irregular y, por lo tanto, fue detenido por haber sido reincidente. Concisamente, los hechos del caso demuestran que Vélez Loor ingresa al país de forma irregular, como lo había hecho en otras ocasiones, por lo que al ser requisado por las autoridades de migración de Panamá, es detenido y condenado a prisión y puesto junto con los condenados por delitos comunes. En las condiciones en las que Vélez Loor estuvo detenido fue sometido a tratos inhumanos y degradantes, y en una situación de salubridad cuestionable. En este caso, se sienta el precedente de los requisitos que deben asumir los Estados partes de la Convención para atender a los migrantes que incurren en irregularidades, se crean programas de protección a sus derechos bajo tales circunstancias y se establece el derecho a recibir auxilio consular, previamente consultado a su titular.

El Estado panameño hace un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional. Reafirma la Corte IDH que, en virtud del reconocimiento parcial de responsabilidad por parte del Estado panameño de las violaciones por vulneración a los derechos de integridad personal, libertad personal, garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 5, 7, 8 y 25 de la Convención, constituye un allanamiento parcial de los hechos y una contribución positiva al desarrollo del proceso por parte del Estado, aunque aclara su obligación de determinar los hechos y elementos de fondo para identificar adecuadamente las violaciones cometidas y señalar cuáles son las eventuales reparaciones a imponer.

La Corte, para el caso que nos ocupa, realiza interesantes consideraciones en torno al alcance de la libertad personal de las personas en condición migratoria irregular. Puesto que analiza la política migratoria y leyes vigentes en Panamá y la contrasta con las posibles violaciones que representan en relación a las obligaciones adquiridas al suscribir la Convención.

Señala la Corte, que si bien el Estado puede fijar su política migratoria de ingreso al territorio, la misma debe cumplir con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y no agravar la condición de los migrantes indocumentados o en condición irregular, puesto que se encuentran ya en un estado de vulnerabilidad que, incluso, acarrea perjuicios culturales y merma el efecto útil de la Convención.

Explica la Corte que una persona en condición migratoria irregular, es decir, que no cumpla con el ordenamiento jurídico estatal, no significa de ninguna manera que ello faculte al Estado para violar los derechos humanos de estas personas e irrespetar los compromisos convencionales adquiridos. Afirma la Corte que, en virtud del principio *pro persona*, la libertad personal implica la obligación del Estado de establecer los principios de control judicial e intermediación procesal que puedan garantizar a las personas no ser objeto de detenciones arbitrarias e ilegales; que la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley, para ejercer funciones jurisdiccionales, cumpla con la característica de imparcialidad e independencia; y que, a su vez, tenga facultades para poner en libertad a la persona y así detener su detención ilegal o arbitraria.

Otra de las violaciones analizadas por la Corte fue la posibilidad de que la víctima utilizara un recurso efectivo para impugnar la legalidad de la detención de la que fuera objeto. Asimismo, en cuanto al procedimiento ante la Dirección Nacional de Inmigración y Naturalización de la República de Panamá, recuerda la Corte que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona con independencia del estatus migratorio que ella ostenta.

De igual forma, la Corte estima que tanto los procedimientos judiciales y administrativos como los de cualquier otra índole que impliquen la expulsión, deportación o privación de la libertad de un individuo, deben garantizar en todo momento a esta persona el servicio público y gratuito del derecho de defensa técnica en juicio. Por lo que considera la Corte que el Estado panameño violó el perjuicio de la víctima, el derecho a ser oído contenido en el artículo 8 de la Convención y el derecho a contar con asistencia letrada en todo momento y de forma inmediata.

Cabe destacar que, en este caso, la Corte se pronuncia sobre el derecho a la información y el acceso efectivo a la asistencia consular, refiriéndose a las alegaciones de la Comisión en cuanto a que el Estado panameño impidió el acceso a la asistencia consular adecuada y oportuna de la víctima. Entendiendo por este acceso adecuado a la asistencia consular que la persona detenida conozca su derecho de contactar al consulado y le proporcione los medios adecuados para ello. Sobre la notificación adecuada, el Estado panameño alegó haberla realizado a través de una llamada telefónica al Consulado de la República de Ecuador.

De forma tal que el contenido del derecho de la persona detenida para tener acceso a la asistencia consular implica el cumplimiento de algunas obligaciones por parte del Estado. Primero, el derecho que tiene la persona detenida a ser notificada sobre sus derechos bajo los parámetros de la Convención de Viena. Segundo, el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular y, en tercer lugar, el derecho a la asistencia misma.

Por lo que al no haber pruebas suficientes que indiquen que el Estado cumplió con su deber de ofrecerle al señor Vélez Loor la asistencia consular adecuada, hacer efectivo su derecho a comunicarse con el consulado de su país y a obtener la asistencia consular como un componente del debido proceso y de su derecho de defensa, esta omisión por parte del Estado constituye una violación de los artículos 7 y 8 de la Convención en relación con el artículo 1 de la misma, en perjuicio de la víctima, Vélez Loor.

Luego de analizar las leyes migratorias vigentes en la República de Panamá durante el tiempo de la detención de la víctima, la Corte concluye que la medida prevista en el artículo 67 del Decreto Ley 16 de 1960⁶ contenía una sanción administrativa con carácter punitivo.

⁶ Se puede consultar en <https://bit.ly/2X9pFuz>

En esta sentencia también se analizaron las condiciones propias de los lugares de reclusión de los extranjeros sancionados por condiciones migratorias en la República de Panamá. En el caso presente, la Corte también estima que el referido artículo 67 de la Ley migratoria vigente al momento de los hechos constituyó una violación del artículo 9 de la Convención que consagra el principio de legalidad y, por tanto, razona que el Estado panameño ha vulnerado también dicho artículo.

Para el análisis de las condiciones sobre las cuales se fundamenta la condena al Estado panameño, básicamente la Corte pondera que el Estado panameño violó el artículo 7 de la Convención en sus distintas modalidades. Recuerda la Corte que dicho artículo protege el derecho a la libertad personal, al tiempo que regula una serie de condiciones generales y de garantías que se extienden desde la obligación general de garantizar el derecho a la libertad hasta la posibilidad de impugnar la legalidad de una detención.

Para la Corte es claro que el Estado panameño vulnera con su actuación los derechos reconocidos en el artículo 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6 de la Convención, violando el derecho a la libertad personal de la víctima y, en consecuencia, violando su derecho a un recurso efectivo y sencillo, consagrado en el artículo 8 y sus distintos numerales; a su vez, constituye una violación del artículo 9 que consagra el principio de legalidad. Se entiende que todos los artículos vulnerados inciden directamente en la violación del artículo 1 de la Convención, que contiene la obligación de respeto de los Estados de proteger adecuadamente los derechos abarcados en dicho instrumento.

Sobre las obligaciones contenidas en el artículo 2 de la Convención, que consagra la obligación general de adecuación de la normativa interna, para garantizar los derechos consagrados en la Convención, de forma tal que no se merme su efecto útil. La Corte recuerda que la adopción de dichas medidas, se manifiesta en dos vertientes a saber: la primera, la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación, que obstaculicen o desconozcan derechos abarcados en la Convención y por el otro lado, la expedición de normas y prácticas conducentes a garantizar la efectividad de dichos derechos.

Por lo tanto, las reformas migratorias introducidas con el Decreto Ley 3 de 2008⁷, que deroga el Decreto Ley 16 de 1960 y, en consecuencia, elimina la pena de prisión por ingreso ilegal y reincidencia Panamá, no anulan las violaciones cometidas en perjuicio de la víctima y, por lo tanto, se decreta que el Estado panameño viola también el artículo 2 de la Convención con relación a los artículos 7 y 8 de este mismo instrumento.

Al hacer un análisis de las violaciones relacionadas con la tortura de que fuera víctima el señor Vélez Loo, en concordancia con el artículo 5 de la Convención que consagra el derecho a la integridad personal y, de forma específica, por la alegada violación del deber de asistencia médica adecuada y de suministro de agua potable dentro del centro penitenciario

⁷ Se puede consultar en <https://bit.ly/2Xp7IIL>

donde se encontraba la víctima, reafirma la Corte su jurisprudencia en el sentido de señalar que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser recluida en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal.

Destaca la Corte la condición de los centros penitenciarios en Panamá, en especial de los dos centros penitenciarios donde permanece la víctima Vélez Loor: la cárcel pública de la Palma y, posteriormente, el centro penitenciario La Joyita, con sobrepoblación, sin suministro de agua, atenciones médicas, higiene, educación y alimentación, entre otras y, por lo tanto, reflexiona sobre la necesidad de que las personas detenidas por situación migratoria permanezcan en centros penitenciarios debidamente equipados y distintos a los que albergan a las personas detenidas y condenadas por delitos comunes. La Corte ordena a los Estados la necesaria separación de aquellas personas privadas de libertad por infracciones migratorias de personas condenadas por delitos comunes; estos deben permanecer en centros especializados para tal fin, nunca en centros penitenciarios.

La Corte estima que los tratos recibidos por el señor Vélez Loor durante su detención violan las reglas mínimas para la protección de las personas privadas de libertad y constituyen tratos crueles, inhumanos y degradantes, contrarios a la dignidad humana y configuran una violación del artículo 5 de la Convención, que consagra el derecho a la integridad personal.

Asimismo, le ordena al Estado investigar las posibles torturas a las que fue sometido el señor Vélez Loor durante su estadía en los centros penitenciarios. También llama la atención sobre la obligación que tiene el Estado de investigar los actos de tortura en perjuicio de las víctimas. Puntualiza la Corte que no es potestad discrecional del Estado establecer si debe investigar o no, sino que, incitada la acción pública estatal, a través de la denuncia, es deber del Estado realizar una investigación imparcial, independiente y minuciosa, que lleve a establecer la veracidad de los hechos y, en razón de que no lo hizo, el Estado ha incumplido con su obligación de investigar las alegadas violaciones a la integridad personal de la víctima con la debida diligencia.

De modo que ha incumplido con la obligación de proteger el derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención, relacionado con el artículo 1 de la misma y de las obligaciones contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura, en perjuicio del señor Vélez Loor.

De acuerdo con el artículo 63 de la Convención, es deber del Estado reparar el daño causado. Cabe destacar que, en este caso, las reparaciones son variadas e innovadoras.

La Corte entiende que, para el caso que nos ocupa, es importante reconocer que el señor Vélez Loor no era nacional ni residente del Estado panameño y que revestía una condición especial de vulnerabilidad por ser migrante irregular.

La Corte ordena que el Estado ofrezca a la víctima tratamiento médico y psicológico adecuado, y como esta no reside en el Estado panameño, le concede un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la sentencia, para que cancele la suma de 7500 dólares para sufragar los tratamientos y la atención médica y psicológica especializada, con sus correspondientes medicamentos.

Igualmente, ordena la publicación de la sentencia en un diario oficial, periódicos e internet, para lo cual le concede un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la sentencia. Además, el Estado debe continuar en un plazo razonable la investigación penal iniciada por los supuestos delitos de tortura, denunciados por el señor Vélez Loo, a fin de esclarecer la verdad y sancionar a los responsables. Esta investigación deberá realizarse tomando en cuenta las normas internacionales de documentación e interpretación de los elementos de prueba, en las investigaciones sobre actos de tortura. En especial, las definidas en el Manual para la Investigación y Documentación Eficaz de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, conocido como Protocolo de Estambul⁸.

Como una nota muy importante de esta sentencia, se ordena la adopción de medidas para garantizar la separación de personas detenidas por razones migratorias de aquellas detenidas por delitos comunes.

Para cumplir con esta obligación, los Estados tienen que regentar los denominados albergues preventivos de corta estancia, en donde solamente se alojarán migrantes y que deben ser dirigidos por las autoridades administrativas de migración. Recuerda la Corte la obligación que tienen los Estados de separar a las personas detenidas por condiciones migratorias irregulares de aquellas que han cometido delitos comunes y le ordena al Estado establecer, en un plazo razonable, la instalación de estos centros con personal debidamente capacitado, que cuente con información visible en varios idiomas acerca de la condición legal de los detenidos con fichas de nombres y teléfonos de los consulados, organizaciones, defensa técnica gratuita, que puedan facilitar, ofrecer y fortalecer la defensa de los derechos del migrante.

En esa misma línea, la Corte dispone, que el Estado debe implementar en un plazo razonable, programas de capacitación a los funcionarios que atiendan a los migrantes, sobre la obligación de iniciar de oficio investigaciones, siempre que exista denuncia o razón fundada para creer que una persona, ha sido sometida a actos de tortura.

Estas capacitaciones, deben ir dirigidas a los funcionarios de la Policía Nacional, Órgano Judicial, Ministerio Público, personal de salud y cualquier otro funcionario que, en razón de su competencia, esté llamado a atender víctimas de tortura.

⁸ Se puede consultar en <https://bit.ly/30XD0ax>

En lo que atañe a las compensaciones por daño material, la Corte, utilizando la equidad como parámetro para la fijación de estas medidas de reparación, concede a Vélez Loor una compensación por pérdida de ingresos durante el periodo en que estuvo detenido.

Una nota interesante es que la Corte reconoce que no cuenta con los elementos con suficientes para determinar a cuánto ascienden dichos ingresos, debido a que la víctima desarrolla actividades laborales de tipo informal: la compra y venta de ropa, vehículos y ganado en su país. Ante la ausencia de los elementos necesarios para determinar el monto exacto de dicha reparación, la Corte concede la suma de 2500 dólares en concepto de indemnización por ingresos dejados de percibir por la víctima durante el tiempo que estuvo privado de su libertad, en violación del artículo 7 de la Convención.

En relación con el daño emergente, la Corte ordena el pago de la suma de 5000 dólares en favor de la víctima, por concepto de reembolso de gastos de asistencia técnica letrada y otros gastos del proceso internacional.

También considera la Corte probado que la víctima fue sometida durante su reclusión a tratos crueles, inhumanos y degradantes, los cuales le produjeron sufrimientos emocionales y psicológicos que aún perduran, como también afecciones físicas. Dichos actos se encuentran relacionados con los malos tratos y la tortura denunciada por la víctima y, en consecuencia, la Corte, en equidad como es su criterio para fijar indemnizaciones, establece la suma de 20000 dólares a favor de la víctima como compensación por daño inmaterial.

En concepto de costas y gastos del proceso tales como viajes, hospedaje y alimentación de los representantes, de los peritos y de la víctima, la Corte ordena se reintegre la cantidad de 24000 dólares al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Estas compensaciones por daño material o inmaterial, reembolso de costas y gastos del proceso deberán ser hechas por el Estado directamente a la víctima y el reembolso de los gastos causados por el proceso, ordenados al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), deberán ser entregadas directamente al mismo en un plazo no mayor de un año, contado a partir de la notificación de la sentencia.

Ejecución de los fallos en contra del Estado panameño dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Convención, a través de los artículos 66 al 69, expresa que los fallos de la Corte serán motivados, además de definitivos e inapelables, facultando a la Corte IDH para interpretar sus fallos a solicitud de cualquiera de las partes.

Los Estados participantes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte y se establece que, en caso de que el fallo comprenda la obligación de indemnizar por parte del Estado, la ejecución de la sentencia deberá hacerse de acuerdo con el procedimiento interno vigente en el país que recibe la condena en su contra.

Por lo que queda claro que, además de la obligatoriedad del fallo, son los procedimientos internos para ejecución de sentencias en contra del Estado las piezas claves para lograr el cumplimiento de las mismas. Una de las funciones importantes que cumple la Corte Interamericana es la de unificar la jurisprudencia regional y de supervisar el cumplimiento de sus fallos (Hitters, 2012).

La Corte viene desarrollando su función de supervisión y acatamiento de sus fallos de forma activa y como parte de la facultad de administrar justicia, tal y como lo sostuvo refiriéndose al caso Baena Ricardo vs Panamá, (Sentencia 28 de noviembre de 2003).

A pesar de que sus fallos son obligatorios para los Estados y que la sentencia en sí misma es una forma de reparación, la Corte IDH ha sido innovadora en el tema de las reparaciones. Lo que sin lugar a dudas es beneficio para la protección integral de las víctimas en el continente, pero que también complica la ejecución de las sentencias dictadas por la Corte IDH.

Existen estudios que denuncian los bajos niveles de cumplimiento de las órdenes de reparación que dicta la Corte IDH. Ello sin perder de vista que la efectividad de las decisiones de la corte interamericana de derechos humanos depende, en gran medida, de la voluntad cooperadora de los jueces nacionales. “El juez nacional, es el juez natural de la Convención” (Nogueira, 2013, p. 227) y a él o ella le corresponde la aplicación de la interpretación conforme a los parámetros nacionales y leyes existentes, al administrar justicia en el caso concreto, respetando el *corpus iuris* interamericano. Lo cual puede deberse a diversos obstáculos: factores financieros, jurídicos, culturales, institucionales e inclusive, otro tipo de factores, (Anzola, 2014). Finalmente, en el cumplimiento de las sentencias que dicta un tribunal extranjero, en especial la Corte en el Sistema Interamericano, existen factores externos que son menos conocidos que influyen en la efectividad de los entes institucionales encargados de ejecutar las medidas a lo interno. Estos factores tienen que ver no solo con la

cultura de los funcionarios, sino también con aspectos tan delicados como la comunicación que debe existir entre las distintas instituciones y miembros de la sociedad civil para poder implementar una determinada medida de reparación. Es común que la Corte integre a las víctimas en la búsqueda de soluciones para satisfacer el cumplimiento de las reparaciones por ella ordenadas. Lo cual, sin duda, fortalece la democracia y la reparación integral de la víctima, pero puede generar obstáculos con respecto a la posibilidad de cumplimiento de la misma medida, ya que muchas veces es la víctima la que opone resistencia a las propuestas de solución adoptadas.

Interesa conocer entonces cuál es el grado de cumplimiento de las sentencias dictadas en contra del Estado panameño y cuál ha sido el impacto que las mismas han tenido en la sociedad. De forma preliminar se señala que el Estado panameño ha realizado ingentes esfuerzos por cumplir efectivamente con las obligaciones impuestas por la Corte IDH:

El denominador común de la fase de ejecución de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana contra la República de Panamá, ha sido la existencia de importantes retos jurídicos y financieros, que han requerido -en algunos casos- la participación de los tres órganos del Estado para procurar alcanzar su cumplimiento. (Mejía & Díaz, 2017, p. 254)

A continuación, describiremos el grado de cumplimiento de los casos Baena y otros, y Vélez Loor, con la salvedad que, de las cinco sentencias de condena en contra del Estado Panameño, solo una cuenta con resolución de cumplimiento total, como es el caso de Santander Tristán vs. Panamá.

Caso Ricardo Baena y otros vs. Panamá

El presente caso es un referente obligado en materia de protección de derechos laborales en el sistema interamericano y ha presentado diversas dificultades para su ejecución. En parte motivadas por la pluralidad de las víctimas, así como por la dificultad para sufragar la determinación de los montos indemnizatorios y los recursos económicos.

En efecto, el Estado panameño, a través de los instrumentos legales internos, ha hecho esfuerzos por cumplir cabalmente con lo ordenado por la Corte. Prueba de ello es el Decreto de Gabinete 8 de 2002⁹, por el cual se reconocen las obligaciones impuestas a Panamá en el caso en estudio, se asignan las partidas presupuestarias y se establece una Comisión Interinstitucional *ad hoc*, así como la designación de las instituciones estatales encargadas de dar cumplimiento al contenido de las Sentencias estudiadas. A pesar de que las víctimas y sus representantes no estuvieron de acuerdo con la forma en la que el referido Decreto calculó los montos de las indemnizaciones laborales ordenadas por la Corte IDH, la Sentencia,

⁹ Se puede consultar en <https://bit.ly/2P6hPNR>

mediante Resolución de Cumplimiento del 22 de noviembre de 2002¹⁰, declara que, efectivamente, dichas indemnizaciones compensatorias no podían ser grabadas con tributo alguno, incluido el impuesto sobre la renta. Esto último va en contra de las leyes tributarias de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Posteriormente, el Estado panameño crea otra Comisión interinstitucional para atender el pago de las indemnizaciones a 75 trabajadores, a los cuales la Corte IDH les había reconocido derechos laborales que no se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico vigente a lo interno de la República y, con posterioridad, se emiten otras resoluciones por parte del poder ejecutivo para dar cumplimiento íntegro a la sentencia y se realiza una audiencia privada, entre otras medidas. Todas estas acciones culminan en la suscripción del Acuerdo que establece las bases para el cumplimiento de la Sentencia, de 2 de febrero de 2001, en donde el Estado panameño se compromete a seguir realizando los esfuerzos encaminados al cumplimiento íntegro de la Sentencia.

Lo cierto es que, a pesar de todos los esfuerzos para cumplir con las obligaciones contenidas en la sentencia de fondo, aún se encuentran prestaciones laborales pendientes, tal y como recoge la Resolución de Cumplimiento de Sentencia de 5 de febrero de 2013¹¹.

Caso Vélez Loor vs. Panamá

Hemos comentado que el caso Vélez Loor, es un referente obligado en el tema de los derechos del migrante en condición de irregularidad y la asistencia consular. La Sentencia de fondo, fechada 23 de noviembre de 2010, se encuentra aún pendiente de cumplimiento y existe una sola Resolución de Cumplimiento de Sentencia fechada 13 de febrero de 2013, de la que se harán algunos comentarios.

En dicha Resolución, la Corte consideró que se encontraban satisfechas las condenas pecuniarias al Estado, las cuales habían sido recibidas por la víctima, incluyendo los daños materiales e inmateriales. Asimismo, se había cumplido con el pago de las costas y gastos del proceso y la forma de publicación de la sentencia en los términos señalados.

Acerca de las obligaciones pendientes de cumplimiento, se destacan la de investigar penalmente, en relación con los hechos denunciados por la víctima. Es decir, la tortura y malos tratos inhumanos y degradantes de los que fuera objeto la víctima, que incluye la determinación de los responsables y aplicar, si era el caso, las sanciones penales que fueran necesarias de acuerdo con la normativa penal vigente en la República de Panamá.

¹⁰ Se puede consultar en <https://bit.ly/39EzaHl>

¹¹ Se puede consultar en <https://bit.ly/3ffKWZz>

De igual forma, se encuentran pendientes las obligaciones de adoptar las medidas necesarias para el funcionamiento de establecimientos dotados, de acuerdo con los estándares internacionales, de la infraestructura y las condiciones para albergar a los migrantes en condición irregular, regentados por personal civil capacitado. La de implementar programas de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como del resto de los funcionarios que traten con migrantes en condición irregular, de acuerdo a las funciones que brindan para el Estado; en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, la garantía del debido proceso y la asistencia consular. Finalmente, se encuentra pendiente de cumplimiento la implementación de programas de capacitación sobre la obligación de investigar de oficio cuando los hechos denunciados por los migrantes estén relacionados con la ocurrencia de delitos de tortura o de tratos inhumanos y degradantes a funcionarios del Ministerio Público, Órgano Judicial y Policía Nacional, entre otros.

Han sido varios los programas de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como de otros funcionarios que, en razón de sus cargos, tengan tratos con migrantes en condición irregular. Estos seminarios han tenido como temario los estándares internacionales relativos a los derechos de los migrantes, el debido proceso y el derecho a la asistencia consular.

Lo cierto es que las sentencias son dictadas por la Corte IDH en ejercicio de un control de convencionalidad, al que se obligan los Estados al aceptar las obligaciones dimanantes de la Convención y la competencia contenciosa de la Corte: “la doctrina del ‘control de convencionalidad’, bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un ‘ius commune’ en tal materia, en el área interamericana” (Sagués, 2010, p. 129). Es necesario señalar que el carácter de vinculante de la teoría del control de convencionalidad es aceptada por la mayor parte de la doctrina, aunque para algunos: “la Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una ‘nueva y última instancia’ para conocer los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional” (Gozaíni, 2016, p. 880). Esta no es la opinión mayoritaria, sin embargo, es preciso señalar que, en el caso del control de convencionalidad, la Corte ha elaborado en las últimas dos décadas una teoría con un amplio rango de acción y con escenarios de obligaciones, no solamente vinculantes para los Estados parte en el litigio, sino para todos los Estados. Lo cual ha sido cuestionado por los problemas obvios que ello representa, como derecho de defensa de los Estados que no han sido parte la controversia, la legitimidad del carácter vinculante de una sentencia para un tercer Estado, los problemas de cosa juzgada, entre otros.

Por lo que se impone el estudio de esta teoría y sus efectos para entender el cambio de paradigma que, en la justicia en general, representa la adopción de la teoría de control de convencionalidad en el continente. Teoría que presenta significativos desafíos en las estructuras procesales internas y que se encuentra aún en construcción por parte de la Corte

IDH. Sin perder de vista el derecho de los pueblos a la inclusión del margen de apreciación nacional cuando, a criterio de los tribunales nacionales, la regla del caso no puede ser replicada en el caso concreto en el que se administra justicia:

Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada... En síntesis, la noción de margen de apreciación del juez nacional se funda en la capacidad que tiene la jurisdicción interna de interpretar los derechos humanos. (Barbosa, 2018, p. 53)

Conclusiones

Para concluir este capítulo se requiere puntualizar que el análisis del grado de cumplimiento, por parte del Estado panameño, de las sentencias dictadas en su contra, desde un punto de vista cualitativo, expresa la adopción de políticas públicas encaminadas a cumplir con las obligaciones convencionales adquiridas, no solo al suscribir la Convención, sino al aceptar la competencia contenciosa de la Corte.

El estado de cumplimiento de estas sentencias parece evidenciar que a los Estados les resulta más sencillo cumplir con las obligaciones de contenido meramente patrimonial que hacer lo propio con otras medidas de reparación más innovadoras.

En el caso panameño, la participación de las víctimas, si bien valiosa, necesaria para el fortalecimiento de la democracia y para lograr las medidas adecuadas de reparación, las garantías de no repetición pueden representar verdaderos obstáculos para el propio cumplimiento de las obligaciones emanadas de las Sentencias en su contra, por parte de los Estados. En el caso panameño, las dificultades tanto jurídicas como culturales y económicas, se ven maximizadas al no contar nuestro país como un rubro presupuestal para hacerle frente a las obligaciones que emanan de una condena de tribunales internacionales y la inexistencia de procedimientos idóneos para su ejecución, en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Referencias

Anzola, S. et al. (2014). Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Una propuesta de metodología: Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual*. Red de Derechos Humanos y Educación.

Acosta, P., & Pastor, J. (2014). *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia.

Barbosa, F. (14 de febrero de 2018). *El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://bit.ly/30UBtC3>

Cantón, S. (20 de septiembre de 2017). *El sistema interamericano: antecedentes históricos y estado actual* [XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos]. <https://bit.ly/2D-6WKAa>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2 de septiembre de 2011). Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Constitución Política de la República de Panamá. 15 de noviembre de 2004. Gaceta Oficial: 25176. <https://bit.ly/335YZyx>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 al 31 de enero de 2009). Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://bit.ly/2PauTBG>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia (Excepciones Preliminares). 18 de noviembre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas). 2 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Loo vs. Panamá. Sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). 23 de noviembre de 2010. <https://bit.ly/3gbJg4P>

Decreto 16 de 1960 (con fuerza de ley). Ley de migración. 5 de julio de 1960. Gaceta Oficial: 14167.

Decreto 3 de 2008 (con fuerza de ley). Que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones. 26 de febrero de 2008. Gaceta Oficial: 25986.

Decreto de Gabinete 8 de 2002. Por la cual se reconocen las obligaciones impuestas a la República de Panamá, en la sentencia de 2 de febrero de 2001, expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Baena Ricardo y otros. (270 trabajadores vs Panamá) y se dictan otras disposiciones. 16 de abril de 2002. Gaceta Oficial: 24532.

- Faúndez Ledesma, H. (9 de julio de 2007). *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos* [Presentación en seminario]. Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Costa Rica.
- Ferrer, E. (2013). *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Marcial Pons.
- García Ramírez, S. (2008). Raíz, actualidad y perspectivas de la jurisdicción interamericana de derechos humanos: *Memorias del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Gozáini, O. (2016). El control de convencionalidad y el margen de apreciación: *Memorias del XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Hitters, J. (2012). *El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana*. Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. N°2.
- Mejía, J., & Díaz, I. (2017). Estatus del Cumplimiento de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en ejercicio del control de convencionalidad contra la República de Panamá: *Estado constitucional y convencional*. Instituto de Estudios e Investigación Jurídica.
- Ley 15 de 1977. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 30 de noviembre de 1977. Gaceta Oficial: 18468.
- Ley 25 de 1990. Por la cual se adoptan medidas en las entidades gubernamentales, tendientes a proteger la democracia y el orden constitucional. 17 de diciembre de 1990. Gaceta Oficial: 21687.
- Nogueira, H. (2013). El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ReDCE*, 10(19), 221-270. <https://bit.ly/2DaNOd0>
- Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2004. <https://bit.ly/30XD0ax>
- Resolución [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá) Cumplimiento de sentencia. 22 de noviembre de 2002.

Resolución [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá), Supervisión de cumplimiento de Sentencia. 1 de julio de 2009. <https://bit.ly/2Enn8X1>

Resolución [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá), Supervisión de cumplimiento de Sentencia. 11 de febrero de 2008. <https://bit.ly/30aO9Wj>

Resolución [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. 21 de julio de 2002. <https://bit.ly/2BFLEBM>

Resolución [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. 22 de febrero de 2011. <https://bit.ly/3hTVyiR>

Resolución [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. 28 de junio de 2012. <https://bit.ly/30Wt9BS>

Resolución [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. 28 de mayo de 2010. <https://bit.ly/3jU3hyT>

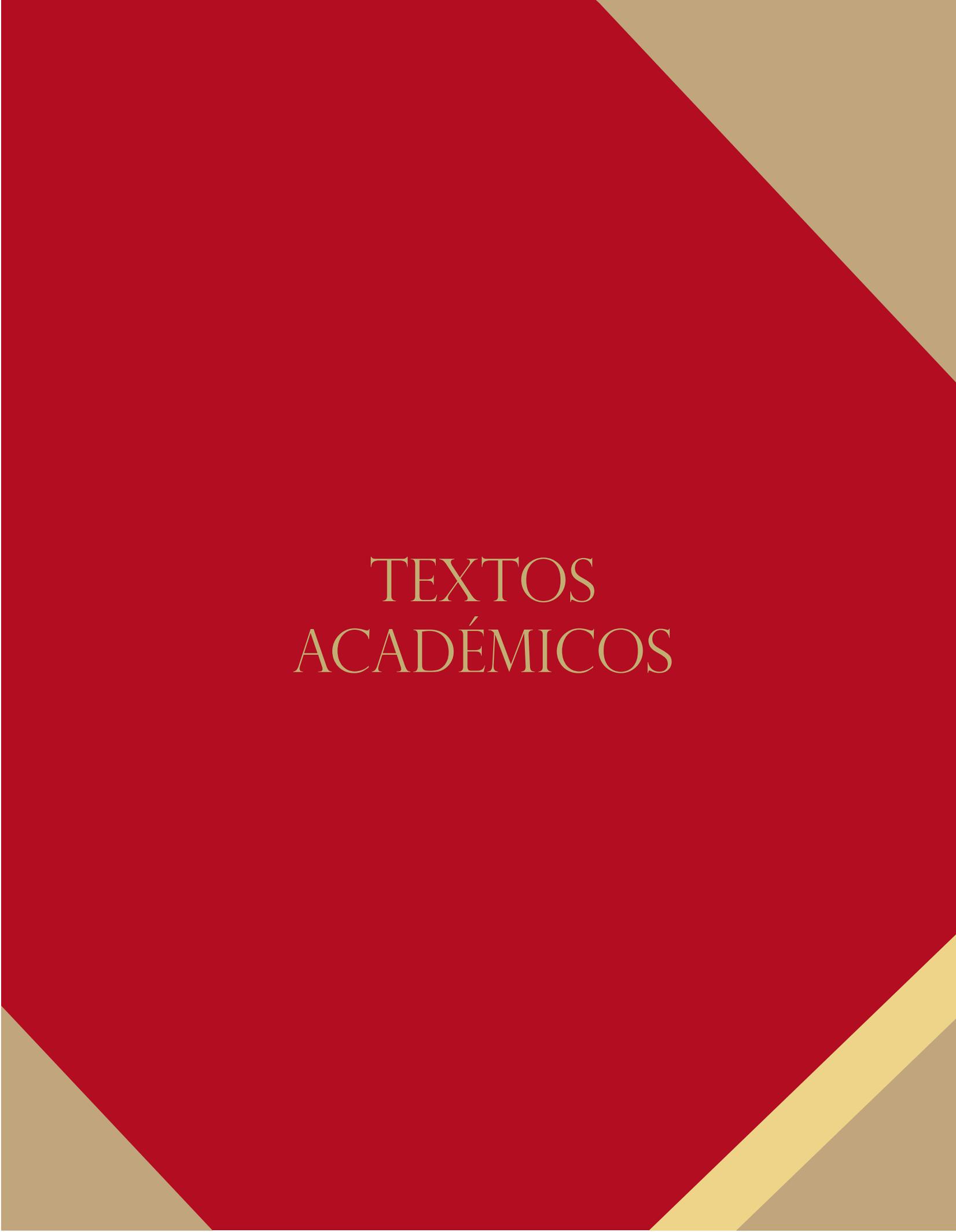
Resolución [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. 28 de noviembre de 2003. <https://bit.ly/2XaYyz8>

Resolución [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. 28 de noviembre de 2005. <https://bit.ly/335WSL7>

Resolución [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. 30 de octubre de 2008. <https://bit.ly/2XajExD>

Resolución [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. 5 de febrero de 2013. <https://bit.ly/3ffKWZz>

Resolución [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. Caso Vélez Loor vs. Panamá, Supervisión de cumplimiento de Sentencia. 13 de febrero de 2013. <https://bit.ly/2Ey3cRx>

The background is a solid red color with four gold-colored triangular corners. The triangles are positioned at the top-right, bottom-left, and bottom-right corners, with the top-left corner also being gold. The text is centered in the red area.

TEXTOS
ACADÉMICOS

TRATAMIENTO DE LAS CONSECUENCIAS ALGORÍTMICAS EN LA UE

Isabel Villar Fuentes*

Resumen

La IA plantea una prolija casuística de digitalización que tiene pendiente una mayor proyección. La implantación de estos sistemas ha penetrado en todas las áreas de la sociedad, la ciencia y la industria, y debe partir de unos criterios éticos para salvaguardar a las personas y los derechos fundamentales desde su inicial programación. Sin embargo, la propia entidad de la IA y su capacidad de aprendizaje, autonomía, o incluso el propio carácter defectuoso de la máquina inteligente, es altamente susceptible de causar daños en las personas y en los bienes. Estos daños precisan sus propios criterios de distribución de la responsabilidad por la especialidad y peculiaridad que plantean los sistemas de IA. En función de estos criterios, la protección procesal precisará adaptaciones imprescindibles.

Palabras clave

Inteligencia artificial; Robot; Algoritmos; Ética; Daños; Responsabilidad civil; Prueba.

*Profesora contratada, doctora en Derecho Procesal por la Universidad de Cádiz. <https://orcid.org/0000-0002-9310-9560>

Introducción

El vertiginoso avance, desarrollo e implantación de las tecnologías disruptivas en todos los ámbitos de la sociedad, economía, sanidad, transporte, industria e información plantea nuevos escenarios en todos los ámbitos. La eficiencia de las tecnologías supone un cambio radical en el modo y en el tiempo de la realización de las tareas más dispares. En este sentido, Rosell (2016) comenta:

Con la implementación del Mercado Único Digital, la propia Comisión Europea estima que se crearían en torno a 250.000 nuevos empleos, antes del año 2020 en el seno de la Unión Europea. Si a esto le sumamos el hecho de que las empresas digitalizadas son un 10% más productivas, exportan el doble y duplican la creación de empleos que las empresas que no han abordado su transformación digital, la oportunidad que se nos presenta es incontestable. (p. 5)

Hablar de digitalización es mucho más que tener informatizados los procesos, en ocasiones, en el mundo empresarial, el uso de ordenadores y la disminución de papel se entiende como un aprovechamiento máximo de las tecnologías. Esto no es así, las posibilidades y herramientas del mundo digital van mucho más lejos. Por esta razón, es preciso abrir y mostrar el amplio horizonte del nuevo mundo digital de una forma total, la forma de vida en todos los aspectos y los usos.

Para ello, se pueden adelantar algunos de los conceptos básicos, para tomar consciencia del estado de las cosas. La nube (*cloud computing*), como tecnología que permite acceso remoto a softwares, almacenamiento de archivos y procesamiento de datos por medio de internet sin necesidad de descargas con un ahorro de espacio fundamental.

El internet de las cosas (IOT), aquellos aparatos o dispositivos que tienen una conexión interdigital y permiten transferir datos sin necesidad de actividad humana. La cantidad de información y datos transferidos, por ejemplo, la nube y IOT, entre otros, ha dado lugar a macrodatos formados por todos los datos de diverso origen generados. Esos datos originan *smart data* cuando son ordenados y clasificados para poder ser aprovechados.

La tecnología cadena de bloques en el almacenamiento de datos de forma compartimentada, a modo de bloques y sin necesidad de intermediarios, ha dado lugar a monedas virtuales como *bitcoin* o *ethereum*. Esta breve referencia a algunos conceptos del mundo digital permite hacer una idea de la necesidad de comprender y participar en el salto tecnológico, que es imprescindible asimilar, especialmente por parte del mundo del derecho para evitar, o al menos minimizar, la brecha ciencia/tecnología y derecho. El planteamiento que pretendemos hacer en este trabajo es identificar las características de la inteligencia artificial (IA en adelante), algunas de sus especialidades, analizar la repercusión de estas tecnologías, las posibles consecuencias de responsabilidad civil, y las incidencias en la legitimación y la carga de la prueba.

Inteligencia artificial

La IA es un fenómeno del que se habla recientemente en todos los ámbitos, sin embargo, nació hace aproximadamente 50 años. La razón por la que en estos últimos años ha tenido un crecimiento exponencial, un abanico de posibilidades y aplicaciones, que aumenta día a día, es que la capacidad de computación de los ordenadores ha permitido alcanzar cotas antes impensables.

Con la IA se pueden crear máquinas capaces de realizar algo más que una simple acción mecánica en ciclo que ha sido previamente programada. En ocasiones, se define como la habilidad que tienen algunas máquinas para “pensar” o, mejor aún, para imitar el pensamiento humano.

Para dar una explicación más técnica, se puede decir que se trata de “aquellos algoritmos que se materializan en programas informáticos que, a su vez, corren sobre un hardware determinado, y que persiguen imitar el modo de funcionamiento del cerebro humano” (McCarthy, 1956, como se citó en Cruz, 2018).

La IA parte de unos algoritmos, guiones o protocolos de actuación de la máquina, que almacenan los datos introducidos, todas las opciones de decisión y función de los nuevos datos recibidos (en un complejo proceso de operaciones matemáticas) introducidos por un ser humano, con los cuales las máquinas pueden realizar infinitas operaciones combinatorias para obtener consecuencias de esos datos, de tal modo que puedan imitar (y se recalca “solo imitar”) las funciones cognitivas.

La máquina no “olvida” ninguna información que ha sido introducida por el hombre; hasta este punto puede pensarse que está totalmente programada humanamente y que su alcance es limitado como la mente humana. Sin embargo, las combinaciones y resultados, fruto de los datos llevados a cabo por la IA, son infinitos, teniendo en cuenta que la máquina no detiene su aprendizaje. Las combinaciones realizadas por la máquina le proporcionan nuevos datos que la siguen retroalimentando.

¿Cómo funciona la IA?

Para acceder a una mínima comprensión del funcionamiento de la IA, es preciso partir de un concepto genérico de la misma.

La inteligencia artificial consiste en una máquina computacional preparada para solucionar problemas complejos y determinados, a través de la aplicación de un algoritmo que parte de la identificación del problema y su delimitación, es decir, de identificar los datos o características de un problema y los resultados potenciales que puede arrojar el algoritmo (Almonacid Sierra & Coronel Ávila, 2020). Esta aproximación exige detenernos también en el concepto de algoritmo, definido por Bourcier (2006) como la “descripción paso a paso de las etapas de un mecanismo o proceso que debe ejecutarse en un periodo de tiempo para alcanzar la solución de un problema. Cuando se traduce a un lenguaje de programación, el algoritmo proporciona el programa” (p. 56).

El algoritmo consiste en un procedimiento que parte de una entrada de datos para dar una respuesta o realizar una acción. El algoritmo debe estar compuesto por la información introducida que, en definitiva, puede ser concretada como una ingente cantidad de datos, de los cuales, se pretende, se organicen conforme a otra importante cantidad de instrucciones, para obtener multitud de resultados. Por consiguiente,

si se considera un algoritmo como una o más acciones por ejecutar, es necesario que tanto las entradas como las instrucciones sean un conjunto bien definido; es decir, los parámetros del algoritmo deben estar determinados previamente, los pasos a seguir deben ser un conjunto finito y no deben existir ambigüedades. (Almonacid Sierra & Coronel Ávila, 2020, p. 121)

Sin embargo, es preciso advertir que la IA no es una máquina con un funcionamiento simple, a modo de industria, donde entran unos datos (*inputs*) y se obtienen unos resultados o datos transformados (*outputs*). La peculiaridad y grandeza de la IA se puede resumir y simplificar conforme a los siguientes presupuestos.

Los datos son introducidos en la máquina por seres humanos, es decir, la máquina no es origen, no es su propio motor, sino que lo es la inteligencia humana; sin embargo, esa inteligencia humana no es capaz de averiguar ni alcanzar los ingentes resultados que puede obtener la IA. Esto se debe a que la IA, con los algoritmos planteados como puntos de partida, es capaz de lograr casi infinitas combinaciones que la mente humana no. Este planteamiento invita a reflexionar sobre la autoría o conexión entre los algoritmos planteados por los humanos y cualquiera de sus infinitas conclusiones.

Es preciso en este punto realizar algunas aclaraciones: en primer lugar, los datos introducidos con los procedimientos de los algoritmos pueden contener errores o sesgos inapropiados, en cuyo caso las conclusiones o resultados arrastrarán esos defectos, con las eventuales consecuencias negativas, en un amplio abanico de posibilidades: desde derechos fundamentales seriamente comprometidos hasta decisiones equivocadas sobre cuestiones vitales, pasando por alteraciones del normal funcionamiento de servicios de todo tipo.

En segundo lugar, pese a que los algoritmos de los cuales parte la IA estén libres de error o sesgo, las posibilidades de combinación de los mismos, que se citaban arriba, son imprevisibles para la mente humana. Esta cuestión introduce un elemento a tener en cuenta en la posible previsión del alcance de la IA. Por último, se destaca un asunto fundamental y característico de la IA, la capacidad que tiene la máquina para aprender conocida como *machine learning*.

La posibilidad en la cual la IA crea conocimiento significa que esta máquina (machine) ha encontrado la forma de adaptarse e interpretar su ambiente (datos de entrada) y también de arrojar resultados, es decir, este software se actualiza a sí mismo. Tiene la capacidad de ir cambiando su comportamiento a medida que va adquiriendo experiencia y a medida que su creador (programador) implementa nuevas funcionalidades y hace correcciones, por ensayo y error. (Almonacid Sierra & Coronel Ávila, 2020, p. 12)

La máquina de IA tiene una capacidad de autoalimentación que parte de los datos introducidos para unos supuestos similares que, con el paso del tiempo, le permiten aprender y, por lo tanto, obtener nuevos datos que dan soluciones a supuestos análogos, pero no idénticos, a los que previamente habían sido programados (Rajendra House of Bots, 2020).

Esta capacidad de retroalimentación y adaptación del algoritmo a sus parámetros de entrada permite los cambios de modelos básicos constitutivos del algoritmo para generar nuevas capacidades, por medio de técnicas de programación, para que el algoritmo se autoprograme. (Almonacid Sierra & Coronel Ávila, 2020, p. 125)

La capacidad de autoprogramarse del sistema y de aprender de la información que se genera así mismo es, por tanto, una razón más para tener en cuenta a la hora de analizar más adelante la difícil previsibilidad de la IA para la mente humana que la crea y la programa.

Blockchain: modalidad de IA

Efectivamente, *blockchain* se basa en IA; podría decirse que su origen, su configuración, parte de la IA. Tanto la IA como *blockchain* parten de los algoritmos computacionales con los que son programados, sin embargo, de forma sintética pueden señalarse las notas distintivas entre ambas tecnologías. *Blockchain* es definido por Almonacid Sierra y Coronel Ávila (2020) como una “base de datos distribuida en diferentes ordenadores descentralizada), agrupada en bloques enlazados en forma de cadena y protegidos con complejos algoritmos matemáticos que utilizan seguridad criptográfica, organizando transacciones relacionadas entre sí” (p. 68).

Mientras la IA tiene unas funcionalidades destinadas a valorar, comprender, reconocer, decidir, a grandes rasgos se pueden resumir en tres acciones: la cadena de bloques está programada para verificar, ejecutar y registrar. Estos comandos, que distinguen esta espe-

cialidad de IA, dan una idea de las limitadas posibilidades de autoaprendizaje y de capacidad decisoria de la cadena de bloques frente a las eventuales decisiones y soluciones no programadas y tomadas por la IA. Por ello, las repercusiones procesales de esta tecnología no se materializan como eventual agente activo de daños que precisa ser objeto de prueba, sino como interrogante de la legitimación pasiva, tal como se plantea la IA en este trabajo. Por el contrario, *blockchain* entra en el proceso como medio probatorio que sirve para corroborar hechos y relaciones jurídicas.

Robótica

En este punto se debe diferenciar al robot que, partiendo de la IA, tiene unas notas esenciales que permiten distinguirlo y necesitar un tratamiento independiente. Esas notas esenciales, que referimos son inicialmente dos autónomo e inteligente.

La autonomía debe ser entendida como la capacidad de actuar de forma independiente de cualquier control externo. En el caso del robot inteligente, es complicado reducir todas las posibilidades y habilidades que abarca en una definición amplia. De forma genérica, puede definirse como un “robot capaz de realizar tareas detectando su entorno y/o interactuando con fuentes externas y adaptando su comportamiento” EUR. PARL. DOC. (P8_TA(2017)0051)¹.

A pesar de la complejidad de atributos que pueden identificar a un robot, Palmerini (2017) identifica unas “características distintivas de los robots, desde un punto de vista técnico, en la capacidad de recoger datos mediante sensores (sense), de procesar los datos en bruto (think), de planificar y cumplir acciones mediante conocimientos e informaciones adquiridas, generalmente, en función de objetivos prefijados (act)”. Estas son las imprescindibles, pues existe un amplio abanico que también pueden existir como la apariencia humana, la capacidad de comunicación, tanto de forma escrita como oral, entre otras.

El Parlamento Europeo emite este informe con una propuesta de resolución dirigida a la Comisión con recomendaciones sobre normas de derecho civil sobre robótica. Esto se debe a que, según algunos datos que nos ofrece, “entre 2010 y 2014, las ventas de robots aumentaron un 17% de media cada año” EUR. PARL. DOC. (P8_TA(2017)0051) D², y en 2014, con un 29%, registraron el mayor incremento anual observado hasta el momento; “los principales motores de este crecimiento son los proveedores de componentes de automoción y la industria electrónica y eléctrica” EUR. PARL. DOC. (P8_TA(2017)0051).

¹ Se puede consultar en <https://bit.ly/335bSZR>

² Se puede consultar en <https://bit.ly/3fbJLu8>

Se evidencia la tendencia creciente a la creación y el desarrollo de máquinas autónomas con capacidad de ser entrenadas para pensar, analizar datos y tomar decisiones de manera independiente, lo que aportaría grandes avances novedosos en la sociedad, así como ventajas económicas. No obstante, este proceso de cambio también genera ciertas preocupaciones en lo que se refiere a ciertos factores sociales como el empleo, en el que “es probable que los empleos menos cualificados en sectores intensivos en mano de obra sean más vulnerables a la automatización” EUR. PARL. DOC. (P8_TA(2017)0051) J, por lo que sería necesario una mayor inversión en educación para que los miembros más pequeños de nuestra sociedad crecieran con unas nuevas nociones que les ayudaría a formar parte de este nuevo mundo automatizado.

En lo que al ámbito legal se refiere, la automatización sin duda supondría una agilización de los procesos, una mejora en la capacidad de almacenar y analizar datos aunque, por otro lado, también aparecen ciertas incógnitas a la hora de velar por la no discriminación, las garantías procesales, la transparencia y la integridad de los procesos decisorios. El camino hacia la automatización requerirá que “los implicados en el desarrollo y comercialización de aplicaciones de inteligencia artificial incorporen desde el principio características de seguridad y ética, reconociendo que deben estar preparados para aceptar la responsabilidad jurídica respecto de la calidad de la tecnología que producen” EUR. PARL. DOC. (P8_TA(2017)0051) M.

Ética de la IA en la Unión Europea

La UE plantea de forma reiterada su inquietud por el enfoque ético de la implantación de la IA en la vida cotidiana, así como en los diversos sectores industriales, sanitarios y de transporte. De igual modo, impera en la UE una preocupación por el respeto a los derechos de intimidad y privacidad, así como a la protección datos.

Este es el primer tamiz por el cual debe pasar la actividad de la IA y, de forma más concreta, la robótica. El desarrollo de las tecnologías de la llamada cuarta revolución industrial no puede obviar la ética en las actuaciones para las que están previstas, sino que debe presidir en todos sus desarrollos, a la vez que evita cualquier lesión a los derechos fundamentales.

El Consejo Europeo celebrado en octubre de 2017 señaló que la UE necesita concienciarse de la urgencia de hacer frente a las nuevas tendencias, tales como la IA, “garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos, así como los derechos digitales y las normas éticas”, invitando a que “la Comisión (...) proponga un planteamiento europeo respecto de la inteligencia artificial” EUR. PARL. DOC. (COM (2018)237/F1) 3³.

Se destaca el trabajo del 9 de marzo de 2018 del Grupo Europeo sobre Ética en la Ciencia y en las Nuevas Tecnologías, titulado *Declaración sobre inteligencia artificial, robótica y sistemas autónomos*⁴, que recoge los principios éticos de las tecnologías autónomas: dignidad humana, autonomía, responsabilidad, justicia, equidad, solidaridad, democracia, estado de derecho, rendición de cuentas, seguridad, protección, integridad física y moral, protección de datos, privacidad y sostenibilidad.

La Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno, adoptada por la Comisión Europea para la eficiencia de la justicia en la trigésimo primera sesión plenaria en Estrasburgo en diciembre de 2018, concreta unos principios éticos:

1. Principio de respeto de los derechos fundamentales: el diseño y desarrollo de la IA tiene que estar presidida por el respeto a los derechos fundamentales. Desde el origen es preciso imprimir los criterios éticos basados en protección de derechos. Por lo tanto, se debe dar preferencia a la llamada “ética desde el diseño” o el enfoque de derechos humanos por diseño. Esto significa que, desde las fases de diseño y aprendizaje, se integran normas que prohíben las vulneraciones directas o indirectas de los valores fundamentales (Nieva Fenoll, 2019, p. 63).
2. Principio de no discriminación: este principio rige, de igual modo, desde el origen de la programación e introducción de los algoritmos, pues el sesgo es un riesgo de la IA. El sesgo de cualquier posible discriminación en el algoritmo provoca decisiones y soluciones cargadas de criterios discriminatorios que no pueden ser aceptados por las instituciones privadas ni por las públicas. Es preciso garantizar que no llevan a análisis o usos deterministas. En especial cuando se procesa, directa o indirectamente, información sensible como opiniones políticas, datos genéticos o sobre orientación sexual.
3. Principio de calidad y seguridad: se deben utilizar fuentes certificadas y datos intangibles con modelos elaborados de forma multidisciplinar y en un entorno tecnológico seguro.
4. Principio de transparencia, imparcialidad y equidad: crear métodos de procesamiento de datos accesibles y comprensibles, así como autorizar auditorías externas.

³ Se puede consultar en <https://bit.ly/3hO4Uwe>

⁴ Se puede consultar en <https://bit.ly/2EwfXfo>

5. Principio “bajo control del usuario”: excluir un enfoque prescriptivo o normativo de la cuestión y asegurar que los usuarios sean actores informados y en control de las elecciones realizadas.

El *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial—un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*⁵ explica:

Teniendo en cuenta el enorme impacto que puede tener la inteligencia artificial en nuestra sociedad y la necesidad de que suscite confianza, resulta clave que la inteligencia artificial europea se asiente en nuestros valores y derechos fundamentales, como la dignidad humana y la protección de la privacidad. EUR. PARL. DOC. (COM (2020)65/F1) 2

Los desarrolladores e implementadores de la inteligencia artificial ya están sujetos a la legislación europea en materia de derechos fundamentales (la protección de datos, la privacidad o la no discriminación, entre otros), protección de los consumidores y normas sobre la seguridad de los productos y responsabilidad civil. EUR. PARL. DOC. (COM (2020)65/F1)12

En lo que a la protección de datos se refiere, el Reglamento 2016 OJ (L 119/1)⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo establece un marco jurídico para la protección de datos personales, pero teniendo en cuenta la nueva sociedad que se plantea, en la que robots con inteligencia artificial, capaces de actuar de forma autónoma, podrían tener acceso a todas estas bases de datos sin intervención humana; además, los datos podrían comunicarse entre dispositivos, por lo que sale a relucir la imperiosa necesidad de plantear una reforma de ciertos aspectos de ese Reglamento en la que se aborden otros aspectos relativos al acceso, la protección de los datos y la intimidad.

De modo muy general también se encuentran unos códigos éticos para el comportamiento de los robots en el Informe sobre normas de Derecho Civil sobre robótica adopta in prima facie las Leyes de Asimov (Asimov, 1943):

1. Un robot no hará daño a un ser humano ni permitirá que, por inacción, este sufra daño.
2. Un robot obedecerá las órdenes que reciba de un ser humano, a no ser que las órdenes entren en conflicto con la primera ley.
3. Un robot protegerá su propia existencia en la medida en que dicha protección no entre en conflicto con las leyes primera y segunda.
4. Un robot no hará daño a la humanidad ni permitirá que, por inacción, esta sufra daño.

⁵ Se puede consultar en <https://bit.ly/2BEhPS3>

⁶ Se puede consultar en <https://bit.ly/3082nqI>

Podría decirse que los códigos que aspiran a imponer unos límites son morales, han dado lugar a la roboética que “en principalmente la ética de los investigadores, de los fabricantes y de las personas involucradas en el uso de los robots la ética de las máquinas se preocupa por construir e insertar en el funcionamiento de las máquinas un código moral” (Palmerini, 2017, p. 42).

Si los robots son eficientes en cuanto (también) caracterizados por una autonomía que se alimenta por medio de la capacidad de aprendizaje de la que son dotados y los habilita al cumplimiento de acciones no programadas, resulta importante incluir en el código del programa reglas que puedan gobernar los comportamientos de los robots, aun los no anticipados, permitiéndoles distinguir, entre las conductas posibles, la más apropiada o menos nociva. Esta rama de estudio presenta, de un lado, un perfil esencialmente tecnológico, que debe proporcionar las soluciones técnicas que estén en capacidad de dotar al robot de una moral, y del otro, un perfil de reflexión ética, que se ocupa de construir un conjunto ordenado y simple de reglas de comportamiento, según la sugerencia de las leyes de Asimov, que posteriormente puedan ser transformadas en un código binario. (Palmerini, 2017, p. 6)

Daños, IA y robots

El difícil reto de diseñar unos principios éticos y códigos morales para la IA y para la robótica genera una idea de la trascendencia y complejidad del tema. Se habla de delimitar unas conductas éticas a unas “máquinas inteligentes”, afirmación que jamás podría haberse pensado, salvo por las mentes de literatos y creadores cinematográficos. Esta preocupación e interés tiene unas reales y preocupantes dimensiones, sobre las que el científico Stephen Hawking (2014) afirma: “La inteligencia artificial podría significar el fin de la raza humana”.

Se parte, por tanto, de la necesaria ética que debe ser “programada” a través de los algoritmos de la IA; en definitiva, regresa la cuestión planteada al principio: la inteligencia humana debe imprimir los códigos y reglas de conducta. Sin embargo, es cierto que el *machine learning* permite aprender a la máquina, evolucionar y tomar decisiones independientes, características de los robots “autónomos e inteligentes”.

La capacidad de actuar con autonomía o, incluso, de aprender de la experiencia o de actualizar el propio sistema operativo de manera no controlada, se encuentra, por otra parte, en los albores de una posible fricción con los criterios comunes de imputación de la responsabilidad por los daños causados por cosas o productos y, por lo tanto, merecen ser analizados a fondo en relación con su impacto real sobre el actual sistema. (Palmerini, 2017, p. 66)

En este punto se deben analizar los eventuales daños que puede ocasionar la IA y la responsabilidad de esas consecuencias, cuestión espinosa y de complejo encaje jurídico. El desarrollo de cierto grado de autonomía en los robots, que les ayuda a ser capaces de tomar decisiones basándose en los datos introducidos en su sistema, y el aprendizaje obtenido de

la experiencia de sus actuaciones hace que en cierta medida actúen y modifiquen de manera casi independiente su entorno, por lo que sus actuaciones podrían traer consecuencias con repercusiones jurídicas por los daños ocasionados.

Debido al grado de autonomía de estos robots no se puede decir que se trate de meros instrumentos bajo la dirección de un tercero, sino que se ha conseguido mediante el desarrollo de la IA que se conviertan en agentes capaces de interactuar y modificar de forma significativa el mundo que les rodea. Teniendo en cuenta este hecho, es necesario abordar la cuestión de la responsabilidad jurídica por los daños que las actuaciones de los mismos puedan ocasionar. Ante el supuesto de que un robot de forma autónoma cause un daño a un agente externo de su entorno, se pone de manifiesto la necesidad de crear normas y principios específicos que dejen claro sobre quién recaería la responsabilidad jurídica; asimismo, sobre quién recae la responsabilidad por los actos y omisiones de los robots en los casos en los que los actos se hubiesen podido evitar y la causa no pueda atribuirse a una persona.

Se plantea aquí si los robots dotados de IA, capaces de interactuar con el entorno y de tomar decisiones de manera autónoma, se pueden introducir dentro de una de las categorías jurídicas ya existentes o si debería crearse una nueva categoría dotada de unas características jurídicas propias en la que los robots autónomos encajaran mejor.

Todo ello conduce a la necesidad de plantear un conjunto de normas tanto en el ámbito europeo como en el global, que arrojen luz sobre las materias de responsabilidad, transparencia y rendición de cuentas, las cuales generan grandes incógnitas a la hora de hablar de la incorporación de los robots, ya que no está demasiado claro quién puede ser responsable de un delito o negligencia cometida por un robot, cómo tributarían los robots o cómo se deberían gestionar las pérdidas de puestos de trabajo en ciertos sectores que se robotizarían. Además, los propios creadores y diseñadores de los robots, desde su programación y creación, deberán tener en cuenta las leyes de Asimov para nunca crear ni programar robots que puedan ir en contra de la vida de los humanos.

Lo primero que se debe abordar son las cuestiones relativas a la responsabilidad civil, teniendo en cuenta el grado de desarrollo que ha adquirido la IA y la robótica, y cuál es el nivel de implantación que tendrá en la vida de los seres humanos, los sectores y ámbitos de sus vidas.

El interés del jurista se suscita por la entrada de los robots en ambientes cotidianos y por la variedad de relaciones que de ellos se derivan y que, como es posible imaginar, serán la regla en el futuro. Las modalidades de interacción son distintas entre sí -daños, relación contractual, injerto o implante en el cuerpo- y evocan otras ramas del sistema jurídico. El robot diseñado para la asistencia en el hogar o en una clínica hospitalaria, entra en íntimo contacto con la persona que lo utiliza (con frecuencia un paciente o, en general, una persona en condiciones de fragilidad debido a su edad, a una enfermedad o a una incapacidad), con sus familiares y con los operadores de ese ambiente, suscitando de forma inevitable la ocasión para la ocurrencia de accidentes, lesiones o perjuicios.

Una elevada capacidad sensorial del robot y todas las especificaciones técnicas incluidas en el diseño de la máquina pueden minimizar, aunque no anulen completamente, la eventualidad de colisiones, caídas e impactos de diversa índole. (Palmerini, 2017, p. 6)

Daños, IA y consumidores

Los posibles daños causados como consecuencia de la IA y los robots son sumamente amplios, tanto que están en continuo crecimiento y llegará un momento en el que no habrá una parcela de la vida en sociedad, en el sentido más amplio, que no pueda ser potencialmente víctima de estas máquinas inteligentes.

En un intento básico de ofrecer una perspectiva genérica de los campos en los que la IA tiene presencia y puede traer consecuencias dañosas de la actividad de los algoritmos, cabe citar: la industria (desde sus líneas de producción hasta el desarrollo de logística y almacenamiento); el transporte público y privado (destacables los automóviles sin conductor); sectores primarios (tanto agricultura como ganadería); seguridad de las personas y las cosas; defensa del Estado; sanidad.

En concreto, los avances de la IA en materia de salud son especialmente notables, pues abarcan todas las facetas de la IA y la robótica:

Es el caso de los robots que constituyen dispositivos médicos como las prótesis, las nanocápsulas robóticas, los exoesqueletos utilizados en el ámbito sanitario y los robots quirúrgicos. En estos casos, son de aplicación la Directiva 93/42/CEE del Consejo, del 14 de junio de 1993, acerca de los dispositivos médicos y la Directiva 90/385/CEE del Consejo, del 20 de junio de 1990, sobre los productos sanitarios implantables activos. (Palmerini, 2017, p. 67)

No puede olvidarse el desarrollo de la IA y la robótica en el área doméstica, dado que el IOT, en definitiva, permite aplicar IA en el tratamiento de macrodatos. Desde una nevera o un aspirador, hasta un robot de cocina proporcionan unas comodidades, pero pueden ser causantes de daños, sin duda alguna. De igual modo, en el aspecto más privado de las personas, en el ocio ya está presente la IA, tanto en un reloj, como en la elección de un viaje o compra de un billete. Para centrar el trabajo dentro del vasto campo de implantación de la IA, se puede referir la relación de las máquinas con los consumidores.

Los eventuales daños de la IA son muchos, pero si se intenta hacer una categorización básica, pueden reducirse a

vicios de ingeniería o de programación (un escaso examen de los componentes mecánicos, defectos del sistema electrónico o del software, algoritmos no confiables), a errores humanos del operador, a condiciones ambientales que obstaculizan la actividad de los sensores...seguridad del sistema informático contra potenciales ataques externos, que envían al robot comandos no autorizados y dañan el sistema operativo. (Palmerini, 2017, p. 75)

El modo de asignar la responsabilidad por los daños producidos por los sistemas automatizados, tanto IA como robots, vuelve a plantear una cuestión recurrente en cada uno de los avances de la tecnología ligados y accesibles a los consumidores. El reparto de la responsabilidad, e incluso la exoneración de la misma, se ha interpretado como necesaria en diversos momentos de la historia para poder impulsar dichas tecnologías, promoverlas y obtener sus utilidades y mejoras en la calidad de vida de la sociedad.

Europa puede aunar su potencial tecnológico e industrial con una infraestructura digital de gran calidad y un marco regulador basado en sus valores fundamentales para convertirse en líder mundial de la innovación en la economía de los datos y sus aplicaciones, tal como se establece en la Estrategia Europea de Datos. Sobre estos cimientos, puede desarrollar un ecosistema de inteligencia artificial que acerque las ventajas de la tecnología a la sociedad y la economía europeas en su conjunto. EUR. PARL. DOC. (COM (2020)65/F1) 2

El planteamiento que aparece es un difícil equilibrio entre el avance tecnológico, el desarrollo de la IA puesta al servicio de la sociedad, la ciencia, la economía, la seguridad y la atribución de la responsabilidad por daños de la misma. La atribución de responsabilidad en máquinas automatizadas plantea la *responsability gap*, una brecha de responsabilidad, que juega con diversos intereses y que, en última instancia, no puede causar una desprotección al consumidor.

El pleno desarrollo de las máquinas automatizadas e inteligentes no puede ser a costa de este consumidor. Este es el espíritu del legislador europeo, que parte del enfoque antropocéntrico de su estrategia de IA:

“ecosistema de confianza” exclusivo. Para hacerlo, este marco debe velar por el cumplimiento de las normas de la UE, especialmente las normas de protección de los derechos fundamentales y los derechos de los consumidores, y en concreto con relación a los sistemas elevados de inteligencia artificial que operan en la UE y presentan un riesgo. Generar un ecosistema de confianza constituye un objetivo político en sí mismo, y debe ofrecer seguridad a los ciudadanos para que adopten las aplicaciones de la inteligencia artificial y seguridad jurídica a las empresas y organismos públicos para que innoven usando esta última. La Comisión respalda firmemente un enfoque antropocéntrico que se base en la Comunicación, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano* y tendrá en cuenta también los resultados obtenidos durante la fase de prueba de las directrices éticas elaboradas por el grupo de expertos de alto nivel sobre la IA. EUR. PARL. DOC. (COM (2020)65/F1) 3

Cuestiones procesales de los daños de la IA a consumidores

La citada brecha de responsabilidad plantea alternativas que deben ser analizadas desde el enfoque antropocéntrico abogado por el *Libro Blanco*. La atribución de responsabilidad en razón de los daños causados por la actividad de la IA tiene una incidencia en el proceso, distinta según la modalidad. Los criterios de atribución de responsabilidad por los daños causados por las máquinas inteligentes entran en conflicto con los criterios tradicionales y pueden afectar procesalmente a la hora de ser reclamados ante los tribunales.

La primera respuesta a la defensa de los consumidores por los daños de la IA conduciría al ámbito de protección a los consumidores, en concreto, la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, relativo a las máquinas y por el que se modifica la Directiva 95/16/CE, 2006 OJ (L 157/24)⁷; la Directiva 2001/95/CE de Seguridad General de los Productos, 2001 OJ (L 11/4)⁸, tendrá una aplicación supletoria y complementaria para todos los productos tengan o no marcado CE.

La legislación española recoge la Directiva 2006/42/CE en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre⁹, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y otras leyes complementarias. El Libro Tercero Responsabilidad Civil por Bienes o Servicios Defectuosos, en concreto el artículo 128 de la LGDCU da respuesta “por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios”. De este modo se reconoce para el consumidor de productos de IA el ámbito de protección del artículo 129 de la LGDCU:

El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado. (RDL 1/2007, 30 de noviembre de 2007)

Esta solución, solo es válida en aquellos casos en los que se trate de consumidor final,

personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. (RDL 1/2007, 30 de noviembre de 2007)

⁷ Se puede consultar en <https://bit.ly/3gbrjDf>

⁸ Se puede consultar en <https://bit.ly/2P8DcOK>

⁹ Se puede consultar en <https://bit.ly/39KfHVx>

Parece en un principio pacífica la solución de la atribución de la responsabilidad para el supuesto de consumidores finales de productos o máquinas de IA, así como de robots, e inclusive, “cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad”, como se indica en el artículo 137 de LGDCU. Se entenderá que es defectuoso si no ofrece

la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación; ...si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. (RDL 1/2007, 30 de noviembre de 2007)

Por tanto, la defensa de los consumidores por los daños causados por la IA podría tener solución en la LGDCU, de modo que existiría un marco para todo lo relativo a las soluciones judiciales y extra judiciales en su protección; legitimación, en concreto de las asociaciones de consumidores y usuarios; plazos; pretensiones. Sin embargo, esta no es una solución pacífica, pues la IA plantea una complejidad referida anteriormente que puede ocasionar problemas probatorios.

La LGDCU en el artículo 139 prevé que “el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos” (RDL 1/2007, 30 de noviembre de 2007). Este planteamiento de la carga de la prueba en un ámbito tecnológico, tan sumamente complejo, donde confluyen las operaciones algorítmicas, cálculos computacionales, procesos mecánicos, entre otros, resulta gravosa e inalcanzable para el perjudicado/consumidor.

Inversión de la carga de la prueba

Las características planteadas anteriormente en este trabajo de la IA, la cual adquiere una autonomía de sus creadores, fabricantes y programadores la capacidad de aprendizaje y de toma de decisiones son algunas de las razones que dificultan sumamente la atribución de la responsabilidad. Esas mismas razones evidencian los problemas de prueba para el consumidor.

A la carga de la prueba que el artículo 217 LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) asigna “al actor y al demandado reconviniendo corresponde probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico de la demanda y de la reconvención; al demandado y al actor reconvenido corresponde”, prevé unas excepciones. Estas excepciones se conforman como inversión de la carga de la prueba por las dificultades de realizar la misma y se plantean en los procesos de competencia desleal, publicidad ilícita y en las alegaciones sobre actuaciones discriminatorias.

En leyes específicas se recogen otros tantos supuestos de inversión de la carga de la prueba, que no son ahora objeto de estudio, tan sólo queremos destacar una referencia, que entendemos tiene un fundamento común en esta inversión a la que referimos para los daños de IA.

El artículo 61.1 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes¹⁰, indica que “si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado”.

Para los consumidores, resulta objetivamente inalcanzable, tanto por razones técnicas como por económicas, probar el defecto del producto que ha causado el daño, entendido este por Palmerini (2017) como la “desviación del estándar de los productos de la misma categoría, o bien como falta de implementación del diseño alternativo ‘razonable’ idóneo para evitar incidentes” (p. 66). Esta realidad es reconocida por el *Libro blanco*, en concreto en el *Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica*. Las

características podrían dificultar la trazabilidad de los daños sufridos por una persona, lo que resultaría necesario en el caso de una demanda de responsabilidad civil subjetiva según la mayoría de las normas nacionales. Ello podría aumentar significativamente los costes para las víctimas, y haría más difícil exigir o demostrar la responsabilidad civil de los agentes que no sean los productores. EUR. PARL. DOC. (COM (2020)65/F1) 22

Por ello, el *Libro Blanco* informa que

la Comisión está recabando opiniones sobre cómo y en qué medida puede ser necesario atenuar las consecuencias de la complejidad mediante una adaptación de la carga de la prueba exigida por las normas nacionales sobre responsabilidad civil en el caso de los daños causados por el funcionamiento de las aplicaciones de IA, EUR. PARL. DOC. (COM (2020)65/F1) (p. 16).

Conclusiones

La evolución tecnológica de la IA, la creciente inteligencia y capacidad del aprendizaje autónomo evidencia la necesidad de una legislación específica de forma más concreta en todo lo relativo a la responsabilidad civil por daños.

Son muchas las propuestas de atribución de esta responsabilidad, no ya en el ámbito concreto de los consumidores, sino en todos los ámbitos de la sociedad, la ciencia, la salud, el transporte, entre otros. El tratamiento transversal único de la IA no puede responder a toda la casuística y especialidades que plantea.

¹⁰ Se puede consultar en <https://bit.ly/3gc4kfu>

La IA está en continuo crecimiento con un alcance insospechado a día de hoy y una inmersión absoluta en cualquier campo o ámbito, por lo que no es una categoría o una tecnología nueva necesitada de regulación, la cual pueda ser uniforme. Desde el ámbito doméstico y el ocio, hasta la tecnología más compleja y arriesgada de robots regidos por IA que toman decisiones en intervenciones quirúrgicas o diagnósticos, con las graves consecuencias de las mismas, no puede ser abarcada de forma simétrica.

Además del vasto campo de intervención de la IA, hay que tener en cuenta en una postura que apuesta por regulaciones específicas; es preciso distinguir los diversos grados de control del ser humano (fabricante, programador) sobre la misma.

Pese a que la UE insiste en la necesidad de una permanente presencia de la actividad humana, aún en un plano solapado, pero la propia naturaleza de la IA puede provocar una ruptura de este vínculo.

En otros casos, hay que distinguir también entre máquinas de IA en las que existe un nexo físico con el ser humano, otras en las que existe un nexo y control de forma remota, y otros en los que la máquina puede actuar de forma totalmente independiente. Todo ello aboga por la especialización de las regulaciones de la IA en sus diversos campos de actuación como única forma de abarcar su tratamiento con la profundidad requerida. En concreto, en la atribución de la responsabilidad civil se debe reflejar la diversidad de supuestos y formas en las que la IA puede desarrollarse. Se pueden destacar tres corrientes que engloban esta atribución de responsabilidad:

Una posible asignación de responsabilidad se limita a aquellos supuestos en los que el daño producido no podría ser evitado, a pesar de una debida diligencia en el uso y cumplimiento de la información de medidas de seguridad. Con los problemas probatorios mencionados y, por tanto, una imprescindible carga de la prueba.

Otra alternativa, se centra en reconocer como persona jurídica a los sistemas de IA que, debiendo responder por los daños producidos, atienden esta responsabilidad civil aquellos que los utilizan o poseen. En este caso, cabe dudar si se le reconocería capacidad para ser parte y estar incluido en el artículo 6 de la LEC y que al no tener capacidad procesal debe ser completada por el propietario, supuesto que no se reconoce en el artículo 7 LEC. La creación de una personalidad jurídica de la máquina IA, a la que se asocia un patrimonio (para responder de los daños), tampoco encaja con el supuesto del artículo 7.5 LEC.

La respuesta procesal en lo referente a la protección, tanto de forma concreta al consumidor como de forma general a la protección por los daños padecidos como consecuencia de la IA, está condicionada a construcciones anteriores que incluyen las ficciones jurídicas. El legislador tiene un difícil reto ante una innovación tecnológica que supera a cualquier institución jurídica y que alcanza a todas las facetas del ser humano y de la sociedad.

Referencias

- Almonacid Sierra, J. J. & Coronel Ávila, Y. (2020, enero-junio). Aplicabilidad de la inteligencia artificial y la tecnología blockchain en el derecho contractual privado. *Revista de Derecho Privado*, (38), 119-142. <http://doi.org/ggjjbz>
- Bourcier, D. (2006). Inteligencia artificial y Derecho, Publicado por UOC, 2006, Machine Learning A Data Scientist's Perspective, <http://houseofbots.com/>
- Cruz, J. J. (2018). Descubriendo el conocimiento del Big data a través de la inteligencia artificial. Caso: Universidad de Oxford – Wizdom. En: II Congreso “Bibliotecas universitaria como agentes infomediadores en el proceso de investigación académica”. Cartago: Tecnológico de Costa Rica.
- España. Ley 11/1986, de 20 de marzo, por la que se aprueba la Ley de Patentes de invención y modelos de utilidad. Boletín Oficial del Estado, 26 de marzo de 1986, núm. 73.
- España. Real Decreto-ley 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. Boletín Oficial del Estado, 30 de noviembre de 2007, núm. 287.
- Matthias, A. (2004). The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata. *Ethics Inf Technol* 6, 175–183. <http://doi.org/bgtkkgnews-detail/1363-1-deep-learning-vs.-machine-learning-a-data-scientists-perspective>
- Nieva Fenoll, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons.
- Palmerini, E. (2017, enero-junio). Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea. *Revista de Derecho Privado*, (32), 53-97.
- Rosell, J. (2016). *España 4.0. El reto de la transformación digital de la economía*. Roland Berger. <https://sie.ag/39Ngaqd>
- Schneider, M. & Gersting, J. (1995). *An Invitation to Computer Science*. West Publishing.



“Debates contemporáneos del proceso en un mundo que se transforma” es una obra que reúne resultados de investigación sobre derecho procesal y el daño, objetos de conocimiento jurídico sobre los cuales se configuran escenarios desafiantes para el derecho contemporáneo, tales como el daño antijurídico, sus perspectivas procesales y probatorias, la cuarta revolución industrial, la inteligencia artificial en el proceso, y las transformaciones jurídicas en el sector ambiental. Con elaboraciones con alto contenido interdisciplinar, la obra congrega a expertos nacionales e internacionales que aportan en varios de los debates más innovadores que ocupan la atención de la investigación jurídica.