

# REVISTA DE DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO

SEMILLEROS DE DERECHO PROCESAL

EDICIÓN No. **2026 - 1**  
ISSN 2463-0594

**ICDP**

INSTITUTO  
COLOMBIANO  
DE DERECHO  
PROCESAL

ISSN ELECTRÓNICO: 2463-0594

Revista de Derecho Procesal Contemporáneo / Semilleros de Derecho Procesal

© Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Ponencias mejor calificadas en su versión escrita dentro del *XXII Concurso Internacional de Semilleros de Derecho Procesal*, celebrado en el año 2021 bajo la convocatoria temática *Ética y Virtualidad en el Proceso*.

Edición No 2026-1

Calle 67 No. 4A - 09 Teléfonos: 310 44 09 - 310 10 91 Fax: 310 44 89

Diseño portada: Diego Tobón

Diseño y diagramación: Héctor Suárez Castro

e-mail de atención al usuario: [revista@icdp.org.co](mailto:revista@icdp.org.co)

Sitio web: <http://www.icdp.org.co/revista/usuarios/index2.php>

Bogotá, D.C. - Colombia

## EQUIPO EDITORIAL

---

### **DIRECTORA**

Magda Isabel Quintero Pérez, Colombia

### **EDITORA**

Alejandra Gómez Moreno, Colombia

### **COMITÉ CIENTÍFICO**

Ulises Canosa Suárez, Colombia

Carlos Colmenares Uribe, Colombia

Jairo Parra Quijano, Colombia

Walter Reifarth Muñoz, España

Lucía Fernández Ramírez, Uruguay

Lorenzo M. Bujosa Vadell, España

### **COMITÉ EDITORIAL**

Alejandra Gómez Moreno, Colombia

Nathalia Francs Barrera, Colombia

Mónica Alejandra León Gil, Colombia

Samir Alberto Bonett, Colombia

Jorge Andrés Mora Méndez, Colombia

Daniela Rangel Angulo, Colombia

Laura Huertas Montero, Colombia

Krishu Miranda Fuenmayor, Colombia

Ricardo Gaviria Ramírez, Colombia

### **COORDINADOR EDITORIAL**

Nelson Robayo Gamero, Colombia

### **COMITÉ DE PUBLICACIONES**

Jessica Tatiana Jiménez Escalante

Ronald Jesús Sanabria Villamizar

REVISTA DE DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

Semilleros de Derecho Procesal

ISSN 2463-0594

Instituto Colombiano de Derecho Procesal

---

## AVISO LEGAL Y DESCARGO DE RESPONSABILIDAD

Las opiniones, análisis, interpretaciones y conclusiones contenidos en los artículos que integran esta edición de la *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – Semilleros de Derecho Procesal* (ISSN 2463-0594) son de responsabilidad exclusiva de sus respectivos autores y no comprometen ni reflejan necesariamente la posición institucional del Instituto Colombiano de Derecho Procesal ni de su cuerpo editorial.

Los trabajos aquí reunidos corresponden a las investigaciones presentadas por los semilleros participantes en el Concurso Internacional Semilleros de Derecho Procesal y tienen una finalidad estrictamente académica y formativa. Su contenido no constituye concepto, asesoría ni opinión jurídica del Instituto.

Cada autor garantiza la originalidad de su trabajo y declara que este no infringe derechos de propiedad intelectual de terceros, asumiendo la responsabilidad que de ello pudiera derivarse. La responsabilidad por el contenido, por las fuentes citadas y por el debido respeto a los derechos de autor recae de manera exclusiva en quienes suscriben cada artículo.

Se autoriza la reproducción parcial de los textos con fines académicos, siempre que se cite la fuente y se reconozca la autoría correspondiente. Los derechos sobre la presente edición pertenecen al Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

## JURADOS CALIFICADORES CONCURSO DE SEMILLEROS 2021

---

MARÍA ANGÉLICA RAMÍREZ PEINADO

LAURA HUERTAS MONTERO

NATTAN NISIMBLAT MURILLO

NICOLÁS PAJARO MORENO

LUISA FERNANDA CALDAS BOTERO

MAURICIO PAVA LUGO

NATALIA URREGO TUBERQUIA

JAIRO PARRA CUADROS

MARÍA ANDREA CALERO TAFUR

JOSÉ FERNANDO SANDOVAL GUTIÉRREZ

ANA ELIZABETH QUINTERO CASTELLANOS

RICARDO ANDRÉS RICARDO EZQUEDA



## CONTENIDO

---

|                                                                                                                                                                                                                                                                                             |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Presentación del Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal</b>                                                                                                                                                                                                             | <b>9</b>  |
| <i>Ulises Canosa Suárez</i>                                                                                                                                                                                                                                                                 |           |
| <b>Presentación</b>                                                                                                                                                                                                                                                                         | <b>11</b> |
| <i>Magda Isabel Quintero Pérez</i>                                                                                                                                                                                                                                                          |           |
| <b>Necesidad de un nuevo sistema probatorio en la cartelización en la subasta inversa electrónica</b>                                                                                                                                                                                       | <b>15</b> |
| <i>Viviana Paola Álvarez Orduz, Christian Fabian Moreno Malagón, María Camila Cortés Pulgarín y Laura Andrea Perdomo Botache,</i><br><b>Tutor:</b> <i>Edgar Fabian Garzón</i>                                                                                                               |           |
| <b>Desafíos éticos del acceso a la justicia en la era digital del derecho: una mirada desde el Derecho Comparado</b>                                                                                                                                                                        | <b>37</b> |
| <i>Sebastián Campo Toro, Melissa Cuéllar Rengifo, Juan Camilo Domínguez Montalvo, Juan Camilo Espinosa Rubio, Hans Hagemann Llano, Juan Manuel Melo Medina, Valentina Rodríguez Astaiza y Miguel Ángel Rojas Campo</i><br><b>Tutores:</b> <i>Juan Pablo Domínguez y Juan Carlos Espinal</i> |           |
| <b>Virtualidad y ética en los procesos jurisdiccionales</b>                                                                                                                                                                                                                                 | <b>63</b> |
| <i>Juan Pablo Sánchez Jiménez, María Gabriela Mejía Gazabón Michelle Adriana Zamora Ligardo, Santiago Yepes Ortega y Valentina Rosa Ramos Olivero</i><br><b>Tutor:</b> <i>Ramón Pacheco Sánchez</i>                                                                                         |           |
| <b>¿Se cumplen los principios de justicia y ética en la aplicación de justicia digital en las zonas rurales?</b>                                                                                                                                                                            | <b>87</b> |
| <i>Ángela María Rodríguez Guevara, Luciana Francesca Onori Villalobos, María Camila Paz Paz, Juan Camilo Rodríguez Cortés, Isabela Riaño Núñez, Angela Andrea Trujillo Varón y María José Cuervo Bustamante</i><br><b>Tutor:</b> <i>Juan Pablo Domínguez Angulo</i>                         |           |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>El nuevo proceso virtual: Consideraciones y desafíos éticos de cara a un nuevo paradigma</b>                                                                                                                                                                                                                                                 | 109 |
| <i>Diego Andrés Moreno Godoy, Camila Esperanza Palominos Rodríguez, Fabián José Andrade Pérez, Ignacio Araya Rojas, Javier Ibáñez Barber, María Ignacia Polvorín Repenning, Patricia Saffie, Godoy Orellana Vergara, Tomas Gabriel Espinoza Castillo y Vicente Muñoz Piwonka</i>                                                                |     |
| <b>Tutora:</b> Danitza Karinn Pérez Cáceres                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |     |
| <b>El modelo de solución de disputas en línea del Oversight Board de Facebook desde la noción de proceso: un paradigma ético de la actualidad</b>                                                                                                                                                                                               | 137 |
| <i>Carolina Quintero Rendón, Nicolas Lizcano Bucheli, Felipe Alejandro De Los Ríos Jiménez, Juan José Guerrero Cabrera, Ximena Ramos Chaves, Carlos Esteban Pérez Toro, Cristian Camilo Erazo Tarapues, Jesús David Garcés Rojas, Luiza Onofre Gómez, Lina María Ortega Vallejos, Tatiana Figueroa Peláez y María Fernanda López Betancourt</i> |     |
| <b>Tutores:</b> Omar Alfonso Cárdenas Caicedo y Duván Esteban Chaves Rivas                                                                                                                                                                                                                                                                      |     |
| <b>El agente encubierto informático y el terrorismo</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 167 |
| <i>Jaime Camarero Arellano, Álvaro Greciano Sobrino, Celia López Gil, Marta Mateo García, Tiffany Martín Fernández, María Monteagudo Pose, Cayetana Mosteiro Cadaval y Mayca Ndiba Nzang</i>                                                                                                                                                    |     |
| <b>Tutores:</b> Lorenzo M. Bujosa Vadell y Walter Reifarth Muñoz                                                                                                                                                                                                                                                                                |     |
| <b>El ocaso del Proceso Civil Inquisitivo: una mirada ética desde el Garantismo Procesal en tiempos de virtualidad</b>                                                                                                                                                                                                                          | 195 |
| <i>Alejandro Chavarriaga Galeano, Juan Sebastián Ramírez Díaz-Granados, Mateo Zuluaga Díaz, Olga Fernanda Caicedo Martínez, Sara María Cifuentes Bojacá y Vanessa Orozco Damire</i>                                                                                                                                                             |     |
| <b>Tutor:</b> Gabriel Hernández Villarreal                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |     |
| <b>Instructivo para la presentación de artículos</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 223 |

## PRESENTACIÓN

### DEL PRESIDENTE DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

---

La publicación de los mejores trabajos escritos presentados en el Concurso Internacional de Semilleros de Derecho Procesal constituye, para el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, mucho más que un ejercicio editorial: es la materialización de una convicción que ha guiado nuestra labor desde la fundación del programa de Semilleros, a saber, que el conocimiento jurídico adquiere su verdadera dimensión cuando se comparte, cuando circula, cuando llega a otros estudiantes, a otros docentes y a otros foros más allá del aula o del auditorio donde fue presentado por primera vez. En el ICDP estamos convencidos de que la formación de juristas con criterio propio, capaces de investigar, de argumentar y de comprender el derecho procesal en su vínculo indisoluble con la justicia y con la dignidad humana, es una tarea de largo aliento que exige continuidad, rigor y generosidad institucional. Esta publicación es, precisamente, un acto de generosidad: pone a disposición de la comunidad académica iberoamericana los frutos del talento, el esfuerzo y la dedicación de los jóvenes semilleristas que representan lo mejor de la nueva generación de procesalistas de nuestro continente.

Cabe recordar que esta iniciativa editorial tiene una historia propia dentro del Instituto. Desde el año 2015, el ICDP emprendió el proyecto de difundir los trabajos escritos más destacados del Concurso Internacional de Semilleros, con la firme intención de que esas ponencias trascendieran el momento de su presentación y quedaran como referencia para la comunidad estudiantil y académica. Durante los primeros años, ese proyecto cumplió fielmente su propósito. Sin embargo, la pandemia del COVID-19 impuso a las instituciones del mundo entero una pausa forzada, y el ICDP no fue la excepción: la publicación quedó suspendida, no por falta de voluntad sino por las circunstancias excepcionales que el momento histórico imponía. Hoy, con profunda satisfacción, anunciamos su retorno. Este volumen que el lector tiene en sus manos es la prueba de que

las buenas ideas no mueren; esperan el momento oportuno y la mano decidida que las retoma.

Esa mano decidida tiene nombre: la doctora Magda Isabel Quintero Pérez, Directora Ejecutiva del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Es necesario decirlo con claridad y con el reconocimiento que merece: la recuperación de esta publicación es, en muy buena medida, obra de su empeño, de su visión y de su capacidad de traducir los propósitos institucionales en realizaciones concretas. La Dirección Ejecutiva del ICDP, bajo su liderazgo, no solo coordina los aspectos operativos y administrativos de la entidad, sino que ha sabido imprimir a su gestión un sello propio de compromiso académico y de vocación de servicio hacia los jóvenes investigadores y hacia las universidades que participan en nuestros programas. El ICDP le expresa, en nombre de sus miembros, de los semilleros y de todos quienes se beneficiarán de esta publicación, su más profundo agradecimiento. Sin su tenacidad, este proyecto seguiría siendo una promesa incumplida.

Los Semilleros de Derecho Procesal son, como hemos afirmado en otras oportunidades, el corazón del programa formativo del ICDP y una de sus apuestas más importantes por el futuro del derecho procesal en Colombia y en Iberoamérica. En ellos, el estudiante aprende que investigar no es acumular información, sino formular preguntas, contrastar fuentes, argumentar con rigor y asumir la responsabilidad intelectual de sus conclusiones. En ellos, el joven jurista descubre que el derecho procesal no es un conjunto de fórmulas técnicas, sino el instrumento a través del cual la justicia se hace —o se deja de hacer— efectiva para las personas. Sostener y ampliar los Semilleros es, para el Instituto, una decisión que compromete el futuro de la disciplina; publicar sus mejores trabajos es el modo en que cumplimos con la responsabilidad de que ese esfuerzo trascienda. El Instituto Colombiano de Derecho Procesal seguirá, con la misma convicción de siempre, trabajando para que las nuevas generaciones de procesalistas encuentren en nuestra institución un hogar para su talento y un escenario para su crecimiento.

**Ulises Canosa Suárez**

Presidente

Instituto Colombiano de Derecho Procesal

## PRESENTACIÓN

---

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal presenta, con genuina satisfacción, algunas de las ponencias mejor calificadas en su versión escrita dentro del XXII Concurso Internacional de Semilleros de Derecho Procesal, celebrado en el año 2021 bajo la convocatoria temática *Ética y Virtualidad en el Proceso*. Este concurso, destinado a promover la investigación jurídica entre los jóvenes estudiantes e investigadores del derecho procesal en Colombia y en el mundo, congregó en esta versión a semilleros de diversas universidades del país y del exterior, cuyas reflexiones dan cuenta de una generación de juristas capaz de enfrentar con rigor científico los desafíos más urgentes de la justicia contemporánea.

La convocatoria del año 2021 no pudo ser más oportuna. La pandemia causada por el COVID-19 forzó a los sistemas judiciales del mundo entero a una transformación sin precedentes: el proceso judicial migró, casi de la noche a la mañana, hacia entornos virtuales impulsados principalmente, en el caso colombiano, por el Decreto Legislativo 806 de 2020. Esta circunstancia histórica puso sobre la mesa interrogantes fundamentales que los trabajos aquí reunidos abordan con lucidez: ¿puede la justicia digital garantizar el debido proceso? ¿Qué principios éticos están en juego cuando los operadores judiciales actúan a través de pantallas? ¿Qué ocurre con las comunidades rurales que carecen de conectividad? ¿Cómo se protegen las garantías probatorias en la virtualidad? Los semilleros participantes no se limitaron a describir el cambio: lo cuestionaron, lo midieron y propusieron soluciones.

Los ocho trabajos seleccionados para esta publicación provienen de siete universidades de Colombia, España y Chile. La **Pontificia Universidad Javeriana Cali** participa con dos ponencias: *Desafíos éticos del acceso a la justicia en la era digital del derecho: una mirada desde el derecho comparado*, que estudia el acceso a la justicia como derecho humano en el entorno digital a partir de los ordenamientos de Colombia, Brasil, México y España; y *¿Se cumplen los principios de justicia y ética en la aplicación de justicia digital en las zonas rurales?*, que evalúa las brechas territoriales generadas por el Decreto

806 de 2020 y propone un tratamiento diferencial para las comunidades rurales. La **Universidad de Nariño** aporta *Solución de disputas en línea, Oversight Board, proceso tradicional y su relación con los derechos humanos: un paradigma ético de la actualidad*, que analiza críticamente los sistemas ODR desde la noción de proceso y propone un marco ético de derechos humanos para su evaluación. La **Universidad Libre Seccional Barranquilla** presenta *Virtualidad y ética en los procesos jurisdiccionales*, que aborda los retos deontológicos de la virtualidad, los deberes de los actores procesales y el papel de la inteligencia artificial como auxiliar del sistema judicial. La **Universidad del Rosario** contribuye con *El ocaso del proceso civil inquisitivo: una mirada ética desde el garantismo procesal en tiempos de virtualidad*, ponencia de especial rigor teórico que, apoyándose en la teoría de la justicia procedimental de Rawls, demuestra la mayor eticidad del sistema dispositivo frente al inquisitivo y formula una propuesta para el proceso civil virtual. Desde la **Universidad de Salamanca** (España) llega *El agente encubierto y el terrorismo*, que examina esta figura procesal penal en el ordenamiento español, su proyección internacional y las garantías que deben rodear la obtención de pruebas en entornos digitales. Por su parte, la **Universidad Diego Portales** (Chile) hace su aporte con *El nuevo proceso virtual: consideraciones y desafíos éticos de cara a un nuevo paradigma*, que identifica las afectaciones de la virtualidad sobre la intermediación, la publicidad y la defensa, con análisis de derecho comparado y recomendaciones concretas de política judicial. Por último, la **Universidad Libre** cierra el volumen *Necesidad de un nuevo sistema probatorio en la cartelización en la subasta inversa electrónica*, trabajo que analiza cómo la cartelización en los procesos de contratación pública electrónica vulnera la transparencia como fundamento de la ética pública, y propone la creación de un sistema probatorio unificado específico —con herramientas como el análisis hash, el fedatario público y la inteligencia artificial— que permita acreditar eficazmente los hechos electrónicos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Lo que une a estos trabajos, más allá de su diversidad temática, es una preocupación compartida: la virtualidad no puede ser un pretexto para el sacrificio de las garantías procesales ni para la profundización de las desigualdades en el acceso a la justicia. Los jóvenes investigadores aquí reunidos demuestran que la transformación digital del proceso exige una renovación paralela de la ética jurídica, una revisión de los códigos de conducta judicial y una atención especial a los sectores más vulnerables de la población. En sus propuestas late la convicción, que el Instituto Colombiano de Derecho Procesal comparte plenamente, de que la tecnología debe estar al servicio de la justicia y no al revés.

## Presentación

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal felicita a todos los semilleros participantes, a sus directores y a las universidades que los acogen por la calidad y el compromiso de sus investigaciones. Esta publicación es, ante todo, un testimonio de que la doctrina procesal latinoamericana e iberoamericana tiene en sus nuevas generaciones a sus mejores garantes.

**Magda Isabel Quintero Pérez**

Directora

Instituto Colombiano de Derecho Procesal



# NECESIDAD DE UN NUEVO SISTEMA PROBATORIO EN LA CARTELIZACIÓN EN LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA

---

*Viviana Paola Álvarez Orduz, Christian Fabian Moreno Malagón,  
María Camila Cortés Pulgarín y Laura Andrea Perdomo Botache*

**Tutor:** *Edgar Fabian Garzón*

*Universidad Libre*

## **Resumen**

Con el avance de la tecnología, las entidades públicas han adaptado sus procesos de contratación a la virtualidad. Es el caso de la subasta inversa electrónica, un mecanismo de selección que pretende salvaguardar los principios de eficacia, de transparencia y de economía en la contratación pública. Sin embargo, hay un problema típico que se ha dado en Colombia que es la cartelización, un fenómeno que atenta directamente contra la transparencia que es un eje central de la ética pública. No obstante ello, para el proceso de lo contencioso administrativo que se ha de adelantar por la adjudicación del contrato cuando se presenta dicho fenómeno, que es a través del medio de control de nulidad, no se cuenta con un arsenal probatorio que resulte suficiente en esta época de virtualidad, motivo por el cual resulta necesaria la creación de un nuevo sistema probatorio que garantice el desenvolvimiento adecuado del proceso, así como la ética que debe estar presente en toda actuación estatal.

**Palabras clave:** Cartelización, nulidad, proceso, transparencia, prueba digital.

## **Abstract**

Public institutions have adapted their contract procedures to the virtuality due to technology advances. For instance, the electronic reverse auction is a selecting system that pretends to safeguard

efficacy, transparency, and economy principles in the public contracting; nevertheless, there is a typic problem in Colombia called “cartelitation”. That issue is against to the transparency as the ethic public main axis. However, the evidentiary group in the virtual nullity process isn’t self-approving when cartelitation happens. Therefor, it is necessary to create a new probatory system to provide guaranty in the procedure, especially regarding to the public ethic.

**Key words:** Cartelitation, nullity, procedure, transparency, digital evidence.

## 1. Introducción

El Estado Social de Derecho es una institución jurídica que busca una relación armoniosa entre la supremacía de la dignidad humana con el interés general, mediante la consagración de unos fines contemplados en el artículo 2 y principios de la función pública en artículo 209 de la Constitución Política de 1991 y, cuyo cumplimiento es posible no solo mediante el actuar de autoridades y entidades estatales, sino también a través de la contratación estatal, creándose así un régimen de contracción por medio de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1437 de 2011 y el Decreto 1510 de 2013.

Sin embargo, a pesar de la regulación que existe sobre el tema y de la implementación de medidas para un buen desempeño de la contratación pública, como por ejemplo la creación de la página de Colombia Compra Eficiente en pro de una contratación pública transparente y objetiva, esto no ha permitido acabar con malas prácticas, las cuales están dirigidas a obtener un beneficio propio por parte de quienes acuden a ellas, atentando así contra la ética pública. Se puede resaltar, entre ellas, la cartelización, la cual, genera en el caso de la subasta inversa electrónica que la cantidad de oferentes esté compuesto por un pequeño grupo de personas quienes manipulan los precios para obtener así el contrato, constituyéndose un oligopolio que atenta contra la competitividad, concurrencia, igualdad y la transparencia.

Además, es pertinente señalar que la subasta inversa electrónica es un proceso automatizado que se realiza por medio del SECOP II, el cual permite generar una conexión entre los proponentes y la entidad pública, dado que mediante este sistema se fijan todos los parámetros que soliciten en el pliego de condiciones y una vez verificados estos índices de cumplimiento, se podrá dar inicio a la subasta inversa electrónica que tendrá funcionamiento virtual, por lo que al actuar el sistema como un intermediario dificulta demostrar la ilegalidad del acto frente a un hecho de cartelización y probar las malas prácticas en las que se pudo ver inmersa este mecanismo de contratación.

Por tanto, en el presente trabajo se pretende dar respuesta a la pregunta de ¿Cómo se garantiza, desde el punto de vista probatorio, la transparencia en la subasta inversa electrónica cuando se presenta la cartelización? Para resolver este problema de investigación se partirá primero de que es la cartelización, segundo un análisis de la afectación de la transparencia como fundamento de la ética pública, tercero la nulidad como medio de control, cuarto los medios probatorios digitales en la contratación electrónica, quinto la creación de un nuevo sistema probatorio a modo de propuesta y por último unas conclusiones.

## **2. Cartelización en los procesos de contratación estatal, especialmente en el proceso de subasta inversa electrónica**

Por mucho tiempo en procesos de contratación estatal como la subasta inversa, física o electrónica, ha sido blanco de conductas delictivas a fin de obtener beneficios para unos pocos al alterar el transcurso normal de estos procesos. Estas prácticas son realizadas por las empresas privadas que buscan ganar un contrato con una entidad pública o bien, funcionarios públicos que prestan su colaboración para que determinado postulante adquiera el contrato, ambos escenarios en pro de alcanzar un beneficio particular sin importar los medios. Por lo que al hablar de alteraciones en la contratación estatal se debe diferenciar entre la corrupción por parte de los servidores públicos y la cartelización de las empresas privadas.

La OCDE ha definido la corrupción como el uso de las prerrogativas de las que gozan los funcionarios públicos para beneficio personal. En otras palabras, la corrupción es realizada por una o unas personas determinadas que a través del engaño y la trampa alteran el adecuado funcionamiento del sector público dando como resultado la afectación del desarrollo económico de los países y la disminución de la confianza en el sector público por parte de inversionistas externos. En conclusión, y aferrándonos a la definición de James Wolfensohn, la corrupción debe ser entendida como un problema ético asociado al desarrollo económico. En Colombia, los mecanismos destinados a la lucha contra la corrupción se encuentran en la Ley 1474 de 2011, conocida como el estatuto anticorrupción en la contratación pública.

Por otro lado, están los carteles empresariales que afectan la libre competencia que debe existir entre las empresas, y aumentan los precios ofrecidos al sector público, por lo que los académicos consideran este problema mayormente de índole económica que ética aunque las dos variables coexisten.

Dentro de las formas más comunes de manipulación que se dan en los procesos de contratación estatal se encuentran las ofertas de resguardo o

complementarias que son aquellas que una persona o empresa presenta cuando anteriormente la acordó con otro u otros participantes con el fin de dar ventaja al ganador designado al elevar una oferta con un valor demasiado alto o condiciones que el comprador no aceptaría; la supresión de la oferta consiste en que uno o más compradores se abstienen o retiran sus ofertas para que el ganador designado adquiera en contrato; otra forma es la rotación de ofertas, en la que las empresas o sujetos involucrados se asignan turnos para ganar, por ejemplo, asignan valores monetarios similares para cierto tipo de contratos; finalmente, tenemos la asignación de mercado que consiste en que por acuerdo se reparten el mercado, zonas geográficas o clientes, de forma que si la convocatoria no entra dentro de los criterios asignados, la empresa se abstendrá de presentar una oferta o dará una oferta de resguardo para no perjudicar al ganador determinado.

Un caso a gran escala de este fenómeno se dio entre 2014 y 2017 cuando la Superintendencia de Industria y Comercio imputó a 23 empresas por una aparente cartelización sistemática en los procesos de subasta inversa por parte de empresas del sector privado como Ferreléctrica S.A.S, Tecnigroup y Grupo Empresarial Sportech; en este evento de prácticas restrictivas de la competencia en proceso de contratación estatal se alteraron las propuestas al pagar a los competidores sumas de dinero por medio de una falsa cuenta de prestación de servicios de transporte, para que se abstuvieran de mejorar sus propuestas y posteriormente se retiraran, esto se dio en 101 contratos estatales, que sumaban un valor de aproximadamente 73.000 millones de pesos, con entidades públicas como la Fiscalía General de la Nación, la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Rama Judicial. La conducta presentada en este caso la encontramos en el artículo 410 A del Código Penal:

“El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

PARÁGRAFO. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”.

Según los lineamientos para combatir la conclusión entre oferentes en licitaciones públicas presentados por la OCDE en febrero de 2009, los encargados de

los procesos de contratación deben adoptar medidas como obtener información sobre el valor de los productos o servicios que buscan y sobre los posibles proveedores; deben aumentar las posibilidades de participación reduciendo el costo de participación o estableciendo requisitos menos rígidos que permitan la participación de más competidores; los requisitos deben ser claros, no excluyentes y deben evitar medidas predecibles, lo que quiere decir que no puede existir un margen para que los candidatos definan términos clave después de adjudicar la oferta como el que se generaría al presentar contratos con valores idénticos; los funcionarios deben evitar la comunicación entre los oferentes para que no intercambien información con fines de adquirir una desventaja desleal; los criterios de evaluación y adjudicación deben ser seleccionados con riguroso cuidado para crear una igualdad de oportunidades entre las empresas participantes; finalmente, el personal a cargo de estos procesos debe tener conocimiento de los riesgos de alteraciones y deben hacer un seguimiento de los procesos de contratación estatal para identificar irregularidades.

La OCDE también ha señalado que para hacer una correcta verificación y detección de alteraciones se deben tener en cuenta puntos como la búsqueda de patrones en las ofertas que demuestren que no se está frente a un mercado competitivo, la búsqueda de errores que resulten sospechosos en los documentos presentados por los oferentes, la búsqueda de patrones en el establecimiento de los precios como el alza de los precios sin justificación alguna, la búsqueda de afirmaciones sospechosas como que una empresa diga que solo trabaja con zonas o clientes específicos, o la búsqueda de conductas sospechosas como reuniones entre los proveedores antes de presentar sus ofertas.

### **3. La afectación al Principio de Transparencia como fundamento básico de la ética pública**

El Estado debe actuar de tal forma que cumpla con su razón misional de promover lo justo y bueno, debiendo ejercer así diferentes actividades para ello, en las cuales se encuentra la contratación estatal, que al igual que al resto de las actuaciones que este realiza tiene unas consecuencias frente a los asociados y las relaciones públicas, materializándose estas en la producción de bienes y la prestación de servicios, las cuales deben ir en pro del género humano a partir de actuaciones transparentes, eficientes y eficaces.

Y es partir de ello que surge la necesidad de hablar de una ética pública, que conforme a Rodríguez Arana se entiende como *“la ciencia de la actuación de los funcionarios orientados al servicio público, al servicio de los ciudadanos”* (citado por Pinto Nerón, 2015), dado que tanto los servidores como las entidades públicas se rigen en pro de la tutela del interés público, así como

por el cumplimiento de los principios generales del derecho. En Colombia, es a partir del Modelo de Gestión Ética Elaborado en 2006, donde se establece el fundamento ético de la función pública, la confianza y la función social de las entidades estatales, basándose ya no en una concepción clásica de la ética, sino desde un aspecto sociológico y antropológico, de modo que sea entendida su dimensión jurídica y cultural, basándose así en la gestión de talento humano, transparencia, atención y servicio al ciudadano, de manera que se promueva el interés general de la administración pública, la publicidad de las actuaciones estatales y la disposición interna de quienes desarrollan funciones públicas para el efectivo cumplimiento de los postulados constitucionales y legales, ejerciendo los principios de eficiencia, integridad, transparencia, rendición de cuentas y orientación al bien común.

Hay que tener en cuenta que uno de los mayores retos a los que se enfrenta la administración pública, en especial en el desarrollo de la contratación estatal es la corrupción y las prácticas no debidas, creándose para ello, no solo a nivel nacional sino internacional, disposiciones para prevenir, erradicar y sancionar estas conductas, teniendo, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción y la Convención Interamericana Contra la Corrupción y, adquiriendo gran importancia los principios de igualdad de oferentes o igualdad de trato, concurrencia, publicidad y transparencia, probidad e integridad, imparcialidad, buena fe, lealtad y respeto.

Al ser la ética algo que es inherente al ser humano y a su forma de vida, esta no solo debe basarse en parámetros constitucionales y legales, sino que a partir de estos se debe crear una serie de sanciones frente aquellas acciones u omisiones que atenten contra el bien común que se deriva de la administración pública, de modo que la exigencia de la ética en los procesos de la contratación estatal permite que se hagan bajo unos fines impulsados al desarrollo de la nación y por ende de la sociedad, mas no por uno fines meramente económicos que conlleven a la corrupción, porque *“la ética es en la vida pública un producto de primera necesidad, en principio, porque sin ella no funcionan las grandes instituciones del mundo moderno, y “posmoderno”, es decir, el Estado, la economía y la empresa, las actividades profesionales y el sector social. Y no funcionan por múltiples razones: las relaciones sociales se quiebran, aunque en apariencia siguen funcionando, cuando faltan en ellas, prestándoles un soporte, los valores de credibilidad y confianza”* (Cortina citada por García, 2011).

A su vez esta se construye a partir de tres conceptos. El primero hace referencia al Estado de Derecho en el marco del ordenamiento jurídico, el cual es protector de los principios de la democracia mediante las leyes y la constitución, las cuales establecen las reglas bajo las cuales debe ceñirse los poderes públicos conforme a las atribuciones, funciones y facultades propias, en garantía del

bienestar general. En segundo lugar está el de responsabilidad social que hace referencia a la rendición de cuentas y el acceso a la información pública estatal, está a su vez se subdivide en responsabilidad política, la cual establece que el gobierno y sus funcionarios no solo responden ante sí mismos sino que también ante la sociedad, ya que ejercen un poder delegado; la responsabilidad social que se basa en construir una serie de condiciones que permitan la convivencia armónica de toda la población, aquí se tiene en cuenta el gasto social y, por último está la responsabilidad administrativa que se da frente a las omisiones en el cumplimiento de los deberes de los servidores públicos.

### **3.1 La transparencia en la ética pública**

La transparencia además de ser uno de los pilares de la ética pública, es un mecanismo de gran relevancia para la exigibilidad pública y la responsabilidad social que tiene la administración, que se desprende de una información clara y precisa, la cual tiene un nivel de comprensión, vigilancia y comunicación que le permite a la ciudadanía observar el desempeño de la administración pública, esta se da dentro de las entidades estatales mediante la elaboración, construcción e implementación de objetivos que permitan garantizar la misma mediante un desarrollo legal, reglamentario, organizacional, pedagógico y cultural para el buen ejercicio de la ética pública.

Siendo por ende una obligación que tiene todo servidor público de otorgar a toda persona que está interesada en la gestión de las funciones que desarrolla, información clara y expedita sobre las misma, ya que la transparencia se compone por el derecho a la información, el acceso a la información y la rendición de cuentas.

Frente al derecho a la información este se entiende como el acceso que tiene toda persona a la información pública, la cual comprende archivos, registros, documentos y decisiones expedidas por administración siempre y cuando no sean objeto de reserva legal, de igual forma implica el recibir información objetiva, de manera oportuna y clara, sin exclusión alguna. Mientras que el acceso a la información hace referencia al ejercicio de este de derecho por el cual los administrados pueden conocer, solicitar y supervisar el actuar de las autoridades y entidades estatales, ejerciendo los respectivos mecanismos para ello, por tanto, se puede entender el derecho de acceso a la información como:

“La prerrogativa de toda persona para acceder y examinar datos y registros públicos en poder de los sujetos obligados, salvo las excepciones legítimas mínimas establecidas en la ley”. (Guerrero Gutiérrez, 2008)

Por su parte la rendición de cuenta hace referencia a ese control que se realiza a la administración pública para prevenir y evitar abusos, de modo que

las entidades estatales deben explicar sus acciones al conglomerado social y que respondan por las mismas, de igual forma como lo indica Andreas Schendler (2004) citado por Naessens, esta comprende dos dimensiones, la primera, la cual implica la obligación que tiene las autoridades de informar de sus decisiones y la segunda que incluye la capacidad sancionatoria sobre aquellas entidades y servidores públicos que hayan cumplido con sus funciones.

Por tanto la transparencia es esencial para el funcionamiento del Estado porque exige un mejor comportamiento ético por parte de los servidores y entidades estatales en el ejercicio de sus funciones, evitando que se den prácticas corruptas en especial, en un tema tan relevante como la contratación pública en donde se utilizan recursos del erario público y por las consecuencias que tiene esta frente a los administrados, al ser un medio que sirve para el control, que sirve además para detectar, corregir y atacar las malas conductas. Sin la existencia de valores éticos y sociales, por ende, sin la transparencia, sin acceso a la información y sin rendición de cuentas no hay un correcto ejercicio de la contratación estatal, ni un adecuado desempeño de la función pública, lo que implica que no haya una ética pública.

#### **4. Nulidad como medio de control**

Es pertinente señalar porque en el presente trabajo se acude al medio de control de nulidad simple y no a la nulidad y restablecimiento del derecho, ya que esta última procede ante actos administrativos de carácter particular y concreto que han afectado un derecho subjetivo, por lo cual mediante esta acción se busca que se restablezca el mismo y se repare el daño y, a pesar de que el acto que adjudica el contrato estatal por medio de la modalidad de subasta inversa es de carácter particular, esto no implica que en los casos en donde se haya presentado la cartelización se pueda acudir a ella, para garantizar la transparencia de la contratación estatal, ya que lo que se estaría solicitando es un control de legalidad del acto, más no el resarcimiento por la vulneración de derechos sustanciales, ni el restablecimiento de los mismos; por lo cual, es pertinente y procedente acudir a la nulidad simple, ya que a pesar de estar consagrada para interponerse frente a actos de contenido general, esta se aplica de manera excepcional frente a actos de carácter particular cuando estos comporten un especial interés a la comunidad y no se busque una pretensión litigiosa, esto conforme al artículo 137 de la ley 1437 de 2011 y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, trae como medios de control la nulidad por inconstitucionalidad, el control inmediato de legalidad, la nulidad, la nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad electoral, la reparación directa, las controversias contractuales, la acción de repetición, la

pérdida de investidura, la protección de los derechos e intereses colectivos, entre otros; los medios de control han sido consagrados como aquellas acciones que pueden impetrar los ciudadanos cuando consideren que han sido vulnerados sus derechos por parte de una Entidad Estatal o por parte de la Nación, es así como sirven de control para evitar las actuaciones arbitrarias de estos.

Para desarrollar este tema relevante en el presente artículo de investigación se abordará primero la nulidad; posteriormente se hablará sobre el medio de control de controversias contractuales dada la incompatibilidad de esta acción con el objeto planteado, para finalizar con el funcionamiento del medio de control de nulidad en la virtualidad.

#### **4.1 La nulidad**

Según la doctrina, los medios de control tienen diferentes objetos de litigio, estos pueden ser de legalidad, de responsabilidad o de ejecución, la nulidad es un medio de control que sólo discute la legalidad del acto administrativo; esta figura fue creada para que se permita la discusión frente a la legalidad de los actos administrativos de carácter general, realizando una comparación entre el ordenamiento jurídico y el acto administrativo o contrato estatal, la nulidad es uno de los medios de control contemplados en el Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, está consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, el cual busca destruir la presunción de legalidad del acto administrativo.

Siendo así, lo que busca proteger el medio de control de nulidad, es la integridad del ordenamiento jurídico, es decir, el restablecimiento del orden jurídico objetivo, para cumplir esta finalidad se contemplaron ciertas causales que se encuentran en el inciso 2° del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, que sirven de parámetros generales para los demás medios de control que tengan como pretensión la nulidad del acto administrativo o contrato estatal, que haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. Todas estas causales redundan en una violación a la ética pública, dado que se vulnera el deber de realizar todas las funciones públicas en pro de la comunidad en general.

La nulidad procede contra los actos de carácter particular cuando no se busque el restablecimiento automático de un derecho subjetivo, lo cual ocurre con los contratos estatales cuando se solicita la nulidad de éste por haber sido adjudicado bajo la cartelización y la posterior adjudicación del contrato por la subasta inversa, dado que no se solicita que se dé un derecho subjetivo que fue

vulnerado, sino que se busca la prevalencia del ordenamiento jurídico superior al garantizar los principios de transparencia y eficiencia, de la mano de la garantía del debido proceso.

En el caso analizado en el presente artículo de investigación es necesario acudir al medio de control de nulidad, toda vez que así lo consagra el inciso 2° del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dado que se trata de una etapa precontractual el mecanismo de selección de la subasta inversa electrónica.

## **4.2 Controversias contractuales:**

El medio de control de controversias contractuales está contemplado en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual contempla:

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso(...) al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) Ley 1437 de 2011, artículo 141. 18 de enero de 2011.

Teniendo claras las reglas generales es importante hacerle un análisis de acuerdo al caso que se está manejando en la presente investigación, en primer lugar, para desglosar lo contenido en el artículo, se partirá de la legitimación, si bien es cierto se establece que cualquiera de las partes del contrato podrá presentar la demanda, al ser la subasta inversa un mecanismo de selección, por tanto una etapa precontractual, se acude a la acción de nulidad del artículo 137, acción en la que está legitimada toda persona por tratarse de una acción pública.

En segundo lugar, continuando con lo señalado en el artículo 141 de la ley mencionada, lo que se solicita es la nulidad del acto administrativo contractual que adjudica el contrato por medio del sistema automatizado del SECOP II en la subasta inversa electrónica.

### **4.3 Proceso virtual de nulidad**

En virtud de la declaratoria del Estado de Excepción de emergencia económica por parte del Estado Colombiano dada la pandemia generada por la COVID - 19, se expidieron diferentes decretos legislativos para regular la situación que se estaba viviendo, uno de ellos que es el más relevante para el estudio jurídico es el Decreto 806 de 2020, el cual fue planteado para generar la flexibilización de las actuaciones judiciales y administrativas, pero también para dictar regulaciones en los trámites, tanto jurisdiccionales como administrativos, que se adelantarán de forma virtual, privilegiando así el uso de la tecnología de la información y la comunicación.

En el ámbito de lo contencioso administrativo esto se vio reflejado en la suspensión de los términos, también se estableció que cuando la discusión se trate de asuntos de puro derecho se podrá dictar sentencia anticipada, así mismo, cuando no hayan pruebas por practicar, sin embargo, en el presente caso resulta necesaria la práctica de pruebas, toda vez que se genera una discusión en torno a la cartelización que se presenta en el proceso de contratación estatal electrónica, que funciona mediante un sistema que adjudica los contratos por el medio de selección de subasta inversa electrónica.

### **4.4 Medios probatorios digitales en la contratación estatal electrónica**

Uno de los ejes esenciales de todo proceso, es decir, uno de los componentes del debido proceso, es el derecho a probar, la prueba puede ser entendida como un instrumento con el cual se pretende demostrar la verdad o falsedad de algo; según Carnelutti, la prueba es la piedra angular del proceso judicial mediante la cual se examina el pasado para conocer cómo ocurrieron los hechos y otorgar la protección efectiva al derecho o interés que se alega. Siendo así, el derecho a probar tiene rango constitucional al estar inmerso en la tutela efectiva y el debido proceso, así que el derecho a probar como parte integral de este, se conjuga con el derecho a contradecir y el derecho a que la decisión se adopte de acuerdo a los hechos reales.

Al ser una parte integral del proceso judicial que se presente en cualquiera de las jurisdicciones, la Corte Constitucional en la Sentencia T-171 de 2006, destaca sobre el derecho a la prueba:

“Es necesario indicar que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. Por tanto, las anomalías que desco-

nozcan de manera grave e ilegítima este derecho, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela.”

Para hacer efectivo el derecho a probar dentro de todo proceso jurisdiccional, tal como la nulidad, es necesario acudir a instrumentos que faciliten la aportación de las pruebas al proceso, para ello el legislador ha establecido diferentes medios probatorios que son instrumentos de verificación que se utilizan en la investigación procesal, se encuentran consagrados en el artículo 165 del Código General del Proceso, que contempla una enunciación, sin que ello implique que sea una lista taxativa, de los medios de prueba, estableciendo:

“Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.”

No obstante esta consagración, y dado el avance tecnológico que se ha ido presentando, no resultan suficientes los medios probatorios tradicionales, a pesar que se han creado instrumentos que buscan generar una igualdad entre las pruebas tradicionales y las pruebas electrónicas, tales como el principio de equivalencia funcional, este consiste en que la información en forma de mensaje de datos debe ser valorada y tener el reconocimiento jurídico en similares términos a los medios probatorios homólogos tradicionales, es decir, las pruebas que se den por mensajes de datos tendrán los mismos efectos jurídicos que las demás pruebas. Se deriva este principio de la Ley 527 de 1999, que en su artículo 10° establece la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos:

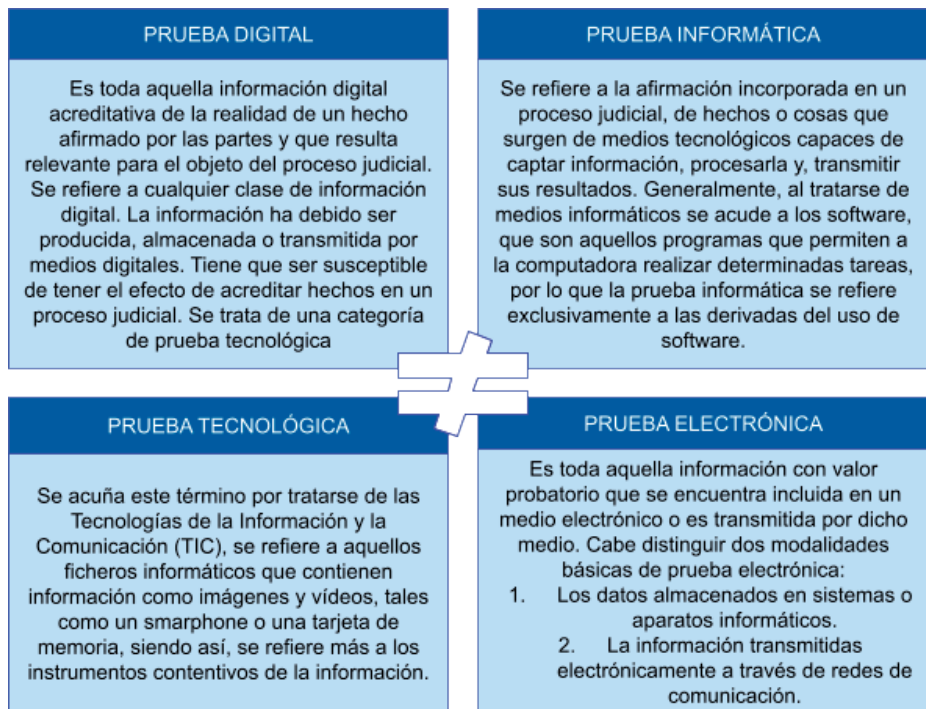
“Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.”

Ahora bien, los mensajes de datos resultan la expresión amplia para la prueba electrónica o en soporte electrónico, según Sánchez Crespo esto puede ser definido como aquella información contenida en un dispositivo electrónico

a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido, bien mediante el convencimiento psicológico o bien este hecho como cierto atendiendo a una norma legal. En todo caso, y según las diferentes definiciones que se tengan sobre este tipo de prueba siempre abarca cualquier clase de información que es producida o transmitida por medios electrónicos, que puede tener efectos para acreditar hechos en la investigación procesal.

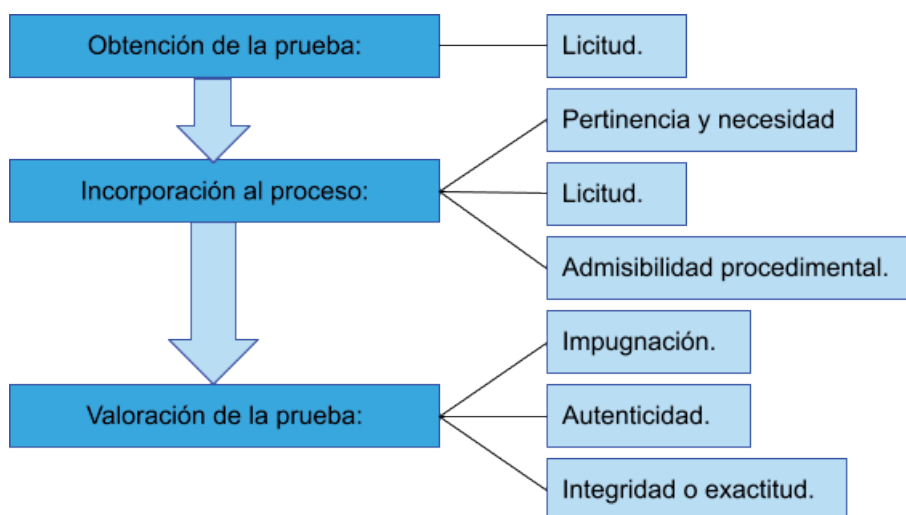
Uno de los ingredientes que diferencia la prueba electrónica es que se basa en lenguaje binario a través de un sistema que transforma impulsos o estímulos eléctricos o fotosensibles y, por cuya descomposición y recomposición informática grabada en un formato electrónico, genera y almacena la información. Hay que tener en cuenta que el lenguaje que se utiliza es un código ininteligible para aquellos que no son informáticos, es decir, el archivo se conserva en sistema binario, pero el texto es fruto de la transformación de ese sistema en una forma de escritura con el lenguaje alfabético usual. La prueba electrónica ha tenido diferentes acepciones dependiendo de lo que se busque, dentro de ellas se encuentra:



Fuente: Elaboración propia.

El concepto ampliamente utilizado por la doctrina es la prueba electrónica, la cual agrupa la prueba digital, la prueba informática y la prueba tecnológica, siendo así, la aportación de las pruebas electrónicas se ha vuelto cada vez más frecuente, incluyendo comentarios en redes sociales, grabaciones de vigilancia, mensajería instantánea como Whatsapp, o los correos electrónicos...

Al igual que los medios probatorios tradicionales es necesario obtener la prueba atendiendo a criterios de licitud, posterior a ello se deberá incorporar al proceso teniendo en cuenta la pertinencia, necesidad, licitud y el proceso en sí mismo, es decir, la instancia procesal en que se debe incorporar la prueba al proceso; para luego entrar a la valoración de la prueba donde se tienen en cuenta como criterios la autenticidad, integridad y exactitud.



Fuente: Elaboración propia.

Es importante reconocer que en Colombia no está definida la prueba electrónica, lo más cercano es la Ley 527 de 1999, que relaciona la Prueba Electrónica con el término de mensaje de datos en el cual expresa que son mensajes de datos toda la información enviada, recibida obtenida, almacenada, en un medio electrónico, por ejemplo USB, computador, teléfono u otros medios electrónicos, eso por un lado y por otra parte mirándolo desde el punto de vista de la admisibilidad probatoria del mensaje de datos como prueba, la legislación lo contempla en el artículo 247 del CGP donde admite el mensaje de datos como medio de prueba. En concordancia con el inciso tercero del artículo 95 de la Ley 270 de 1996, en el cual se establece que los documentos emitidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos gozarán de la validez y eficacia de un documento original.

Sin embargo, según algunos doctrinantes, para que las pruebas electrónicas entren al proceso deben hacerlo a través de alguno de los medios de prueba legalmente establecidos en el artículo 165 del Código General del Proceso, generando un desconocimiento del avance tecnológico que se presenta en el mundo y de la necesidad de actualizar figuras procesales tan trascendentales como las pruebas.

## **5. Creación de un nuevo sistema probatorio específico a modo de propuesta**

Atendiendo a la pausa jurídica que se ha generado en reconocer de manera más amplia la figura de la prueba electrónica, el derecho procesal ha entrado en un retroceso que perjudica la práctica de pruebas afectando así el debido proceso. A pesar que se ha intentado generar avances, tal como la Sentencia T 043 de 2020 de la Corte Constitucional, en la cual se plantea el valor probatorio de las capturas de pantalla extraídas de las aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp, indicando que tiene un valor probatorio atenuado, en el ámbito probatorio los operadores judiciales diariamente deben analizar elementos extraídos de aplicaciones de mensajería instantánea, ya sea que se cuente con metadatos que permitan realizar un mayor rastreo de la información o solo capturas de pantallas respecto de ciertas afirmaciones o negaciones realizadas por una de las partes en el litigio. Sobre estas últimas, la doctrina especializada les ha concedido el valor de prueba indiciaria ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba.

El avance que se ha pretendido por medio de estas sentencias, o de otras normas que enuncian mecanismos virtuales para realizar actuaciones procesales, tal como el Decreto 806 de 2020 o la Ley 2080 de 2021, que es una norma reformativa del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; no se ha demostrado un reconocimiento efectivo de las nuevas formas probatorias en las actuaciones procesales. Es necesario crear un cambio trascendental en el proceso probatorio colombiano, dado que la evidencia mayoritaria que será aplicable en todos los procesos, es la electrónica, por diferentes razones, por globalización, agilidad, ecología, uniformidad en práctica de pruebas y, para que se genere una administración de justicia más eficaz y eficiente, por ejemplo, los medios de prueba existentes al día de hoy no podría servir para probar un negocio jurídico de hipoteca en blockchain; así mismo, no podría aplicarse para probar un hecho electrónico en ninguna de las jurisdicciones, no resultan suficiente.

Para ello se propone un sistema de prueba unificado específico. En este se busca reconocer el mundo electrónico con sus formas autónomas, no utilizar más la regla de equivalencia funcional o que pase esta a un plano de subsidiariedad, sino establecer un nuevo modelo de proceso probatorio, donde se reconozca el hecho electrónico, y se reconozca que no todo lo que ocurre en el ámbito virtual se valga del medio de prueba documental para ingresar al proceso que se esté tratando, y que sea aplicable a todas las jurisdicciones.

En este nuevo sistema probatorio unificado específico se buscaría la independencia de la prueba del hecho electrónico, tanto de la prueba documental como de la prueba pericial, por medio de mecanismos que permitan demostrar la autenticidad de lo que se pretende introducir al proceso por medio digitales, esta tarea podrá realizarse a través de diferentes mecanismos como el análisis de la identificación hash, que sirve para darle autenticidad a un documento dado, evitando por tanto que un perito informático intervenga para demostrar la autenticidad del mismo; también se podrá acudir a un fedatario público, figura utilizada en países como Perú y España que son aquellos que acompañan al notario y que estarían presentes al momentos de extraer evidencias, que indiquen que el protocolo, la herramienta es la idónea para hacer la extracción de la evidencia que se esté buscando, como una forma de reemplazar al perito informático.

Se le denominaría sistema probatorio unificado específico por cuanto debería usarse en todas las jurisdicciones, se aplicaría para todas aquellas pruebas electrónicas que deban ser aportadas al proceso, iría en concordancia y en apoyo con aplicaciones internacionales tales como el uso de estos sistemas en Perú o en la Unión Europea, donde se atiendan a los principios aplicables en el proceso general, en el proceso probatorio, pero también los principios aplicables a las Tecnologías de la Información. Con esto se busca generar avances en el derecho procesal, orientados a aplicar la virtualidad en el debido proceso.

## 6. Conclusiones

La contratación estatal es una de las figuras más importantes para poder desarrollar el Estado Social de Derecho, para ello se basa en actuaciones que garanticen la ética, tanto por parte de los funcionarios públicos, como de aquellos que acuden a la contratación estatal para ser proveedores del Estado como en el caso de la subasta inversa electrónica. Sin embargo, las prácticas maliciosas son frecuentes y variadas, tomando como una de ellas, la cartelización, a través de esta figura se genera un engaño al sistema de contratación estatal, toda vez que un grupo de personas se agrupa y fija los precios, evitando así que se dé una libre competencia, que se genere igualdad, que se cumpla con los principios básicos de la contratación estatal tales como la eficiencia, eficacia y economía.

Aunado a ello, se genera una violación flagrante contra la transparencia como eje fundamental de la ética pública, ya que, si bien es cierto, el sistema de la subasta inversa electrónica busca una adjudicación del contrato de forma transparente, pública y objetiva, se impide que se logren estos fines por el oligopolio que se da entre los proponentes de la contratación estatal. Sin embargo, con el creciente desarrollo virtual que se ha generado y que se ha masificado por la pandemia del Covid - 19, las prácticas maliciosas no han cesado.

Al ser un tema sustancial que afecta el derecho administrativo, se acude a los medios de control que trae el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en específico, al medio de control de nulidad, el cual es idóneo al tratarse de una etapa precontractual, como lo es la subasta inversa electrónica, por remisión expresa del artículo 141 del mismo Código, el cual consagra las controversias contractuales, pero indica la idoneidad del medio de control de nulidad en etapas precontractuales.

Atendiendo al Decreto 806 de 2020, este proceso, al igual que los demás, deberá ser desarrollado por medios tecnológicos, y se establece que habrá sentencia anticipada en caso que se trate de asuntos de puro derecho o que no hayan pruebas que practicar. Esto no ocurre en el caso planteado, toda vez que es necesaria la práctica de pruebas para que se demuestre por medio de la verdad procesal la vulneración a la ética pública.

Sin embargo, a pesar de los avances que ha tratado de realizar el legislador junto a la Corte Constitucional, la práctica de pruebas digitales y en época de virtualidad, resulta insuficiente e incluso, violatoria del debido proceso. Si bien es cierto, se tiene la Ley 527 de 1999 que trae el principio de equivalencia funcional, para que se valoren las pruebas electrónicas en igualdad de condiciones y de efectos jurídicos que las pruebas tradicionales, esto no es suficiente.

Es necesaria la creación de un nuevo sistema probatorio, al cual se le podría denominar sistema probatorio unificado específico, a través del cual se genere un avance significativo en materia jurídica procesal, trayendo figuras de vanguardia que se ajusten a las circunstancias actuales y que ayuden a materializar aquellos preceptos normativos que se tienen desde la Ley 270 de 1996, la ley estatutaria de administración de justicia, que establece la necesidad de desarrollar aquellos instrumentos tecnológicos para el correcto desarrollo del proceso. No es suficiente aplicar reglas analógicas de las pruebas tradicionales, el principio de equivalencia funcional ya no es el adecuado para garantizar un proceso con respeto de todas las garantías a que haya lugar.

A través de la creación del nuevo sistema probatorio unificado específico se conseguiría garantizar la ética pública que se ve vulnerada a través de la cartelización que se presenta en la subasta inversa electrónica, toda vez que se podrán analizar, por medio del hash que los documentos que sean presentados al

proceso de contratación estatal no presenten alteraciones, también, por medio del fedatario público, se podrá conseguir la prueba del acuerdo electrónico que pudo surgir entre las partes para generar aquella cartelización; así mismo, apoyados por la inteligencia artificial, se podría crear un software que analice las condiciones de calidad y de concordancia entre el proponente y su oferta, o podría darse la creación de un software que reemplace al perito, indicando el valor que se debe tener de los productos que se discuten en la contratación estatal mediante la subasta inversa electrónica.

Es por lo anterior que es necesaria la creación de un nuevo sistema probatorio, es imperativo contar con el apoyo de la inteligencia artificial en todas las etapas probatorias y en todas las etapas procesales, ya que generan una ayuda para el ser humano, y podrán facilitar una correcta administración de justicia, así como sirve para garantizar la ética pública en los procesos de contratación estatal electrónica, a través de la subasta inversa electrónica.

## Bibliografía

- Combariza Camargo, Eliana Andrea. (2012). Violación del debido proceso material democrático como causal de nulidad de los actos administrativos (acuerdos municipales) en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley 1437 de 2011. pp. 12 - 14. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/download/558/378/>
- Ximena Pinto Nerón (2015). Ética y contratación pública. MONOGRÁFICO ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA. Aletheia. Cuadernos Críticos del Derecho. pp. 85-115. [http://www.liberlex.com/archivos/XPN\\_ECP.pdf](http://www.liberlex.com/archivos/XPN_ECP.pdf)
- Fabio Hernández Ramírez (2018). Ética de lo público. Modelo de gestión ética para las entidades del Estado colombiano. Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- INTEGRITAS: Revista de Ética. pp. 82-94.
- JOSÉ DUBIN GARCÍA LINARES (2011). ENTRE LA PILA Y EL AGUA BENDITA “Ética y contratación pública empresarial”. Universidad Militar Nueva Granada. Trabajo de Grado. <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/3481/GarciaLinaresJoseDubin2011.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Manuel Villoria (2011). La Ética Pública Y Los Códigos De Conducta. El derecho a una buena administración y la ética pública. Tirant Lo Blanch. Monografías. pp. 179-201. <https://biblioteca-tirant.com.sibulgem.unilibre.edu.co/cloud-Library/ebook/info/9788490041468>

- José Chamizo De La Rubia (2011). Defensores Y Ética Pública. El derecho a una buena administración y la ética pública. Tirant Lo Blanch. Monografías. pp. 203-207. <https://biblioteca-tirant-com.sibulgem.unilibre.edu.co/cloud-Library/ebook/info/9788490041468>
- Castelazo, José R. (2010). Administración pública: una visión de Estado. Administración pública: una visión de Estado. México. pp. 195-220. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3361-administracion-publica-una-visionde-estado-2a-ed>
- Seijo S., Cristina. & Añez T., Noel. (2008). La Gestión Ética En La Administración Pública: Base Fundamental Para La Gerencia Ética Del Desarrollo. Revista Electrónica Arbitrada del Centro de Investigación de Ciencias Administrativas y Gerenciales. Vol. 5, núm. 1. pp. 14-26. <http://ojs.urbe.edu/index.php/cicag/article/view/446>
- Nieves-López, J. (2017). El principio de selección objetiva en la licitación pública: Análisis desde la etapa precontractual. Revista Verba Iuris, 12(37), pp. 13-24.
- Sánchez Baptista, Nestor Raúl. (2017). Derecho Procesal Administrativo. Biblioteca Jurídica Dike. pp. 111.
- Revnivkykh, Alexander V. & Fedotov, Anatoliy M. (2016). Main Reasons of Information Systems Vulnerability. Global Journal of Pure and Applied Mathematics. Volumen 12, número 3. pp. 2133–2142. <http://www.ripublication.com/gjpam.htm>
- Gómez, Álvaro. Seguridad Informática, básico. Ecoe Ediciones, 2011. Digitalia, <https://www-digitaliapublishing-com.banrep.basesdedatosezproxy.com/a/70537>
- El profesional de la información y el comportamiento ético en el contexto actual. (2009). Retrieved 25 May 2021, from <https://www.eumed.net/rev/cccss/06/ggmr.htm#:~:text=Breve%20introducci%C3%B3n%20al%20tema%20de%20la%20C3%89tica&text=Posteriormente%20se%20us%C3%B3%20para%20referirse,maneras%20de%20actuar%20o%20comportarse>.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 11001-03-06-000-2019-00126-00. C.P. Édgar González López. 16 de diciembre de 2019.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 1881. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. 30 de abril de 2018.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sent. IJ-007 de octubre 26 de 1999, M.P. Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá.
- Corte Constitucional. Sentencia T-286 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. 20 de mayo de 2013.

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 00926 de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. 1 de diciembre de 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Cancilleria.gov.co. 2021. Ministerio de Relaciones Exteriores - Normograma [25000-23-36-000-2014-01265-01(57741)]. [online] Available at: <[https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/25000-23-36-000-2014-01265-01\(57741\).htm](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/25000-23-36-000-2014-01265-01(57741).htm)> [Accessed 26 May 2021].
- Colombia Compra Eficiente. SECOP II. Agencia nacional de Contratación Pública. <https://www.colombiacompra.gov.co/secop-ii>
- Supply Chain Management. (enero de 2003) e-Procurement. Importancia y Aplicación. [https://www.researchgate.net/publication/328174732\\_e-Procurement\\_Importancia\\_y\\_Aplicacion](https://www.researchgate.net/publication/328174732_e-Procurement_Importancia_y_Aplicacion).
- Manifestaciones del principio de equivalencia funcional y no discriminación en el ordenamiento jurídico colombiano (2017) Polanco López, Hugo Armando. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/1787/2310/>
- Hilda Naessens. Ética pública y transparencia. XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles : congreso internacional, Sep 2010, Santiago de Compostela, España. pp. 2113-2130.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. (12 de septiembre de 2017). Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.
- Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [ Ley 1437 de 2011]. Diario Oficial No. 47.956.
- Mesa Elneser, Ana María. La evidencia digital en el derecho colombiano. (2020) Colombia.
- Palacios, Andrés. (2019). La lucha contra los carteles empresariales en la contratación estatal en Colombia. Latin American Law. no. 03. 117-134. <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.29263/lar03.2019.06>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2009). Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. <https://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>
- Daniela Alexandra Del Rio Cortes, Johan Andrei Talero Moreno y Andrea Alarcón Peña. “Cartelización empresarial desde la perspectiva de la libre

competencia colombiana” Memorias del IX Encuentro Institucional, VII nacional y V Internacional de Semilleros de Investigación. <https://investigaciones.uniagustiniana.edu.co/wp-content/uploads/2019/05/Memorias-Semilleros-2017-VF-1.pdf#page=65>

Rodríguez Prieto, V. C. (2019). Resarcimiento de los daños causados por la cartelización empresarial en Colombia. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia

Lara Riveros, Mayra Alexandra. La inaplicabilidad de la acción de grupo como mecanismo indemnizatorio en los casos de cartelización empresarial en Colombia. Universidad de los Andes. 2018. Bogotá, Colombia.

Floriano, M. (2018). Crisis de la ética gerencial en Colombia: cartelización empresarial frente a procesos de contratación pública. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10654/20623>



# DESAFÍOS ÉTICOS DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN LA ERA DIGITAL DEL DERECHO: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO COMPARADO

---

*Sebastián Campo Toro, Melissa Cuéllar Rengifo,  
Juan Camilo Domínguez Montalvo, Juan Camilo Espinosa Rubio,  
Hans Hagemann Llano, Juan Manuel Melo Medina,  
Valentina Rodríguez Astaiza y Miguel Ángel Rojas Campo<sup>1</sup>*

**Tutores:** *Juan Pablo Domínguez y Juan Carlos Espinal<sup>2</sup>*  
*Pontificia Universidad Javeriana Cali (Colombia)*

## Resumen

Partiendo del conflicto actual que se presenta en cuanto a la salubridad pública, se denota la importancia de abordar la innovación desde los diferentes aspectos del derecho, por esto es que presentamos la importancia del uso de la justicia digital en el acceso a la justicia, pero percatándose de la necesidad de la implementación de la ética de forma íntegra para poder tener un buen desarrollo de la justicia digital, por esto llegamos a la conclusión que sin justicia digital, no existirá sostenibilidad en el acceso a la justicia y sin ética en su uso no existirá una efectiva administración de esta.

**Palabras clave:** Justicia Digital, ética, derecho comparado, acceso a la justicia, desafíos éticos.

---

<sup>1</sup> Estudiantes de noveno semestre de la carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana Cali.

<sup>2</sup> Docentes en la Pontificia Universidad Javeriana en el área de Derecho Procesal. [juanp.dominguez@javerianacali.edu.co](mailto:juanp.dominguez@javerianacali.edu.co); [juancarlos.espinal@javerianacali.edu.co](mailto:juancarlos.espinal@javerianacali.edu.co).

## Abstract

Based on the current conflict that arises in terms of public health, the importance of addressing innovation from different aspects of law is denoted, this is why we present the importance of the use of digital justice in access to justice, but realizing the need for the implementation of ethics in a comprehensive way in order to have a good development of digital justice, for this we come to the conclusion that without digital justice, there will be no sustainability in access to justice and without ethics in its use there will be no effective administration of this.

**Key Words:** Digital Justice, ethics, comparative law, access to justice, ethical challenges.

## Introducción

Desde la antigüedad, la administración de justicia ha sido, en el Derecho, el mecanismo por excelencia para la solución de los conflictos suscitados entre los seres humanos. Ha estado permanentemente evolucionando en conjunto con las sociedades, reglamentando sus comportamientos y regulando sus creaciones. Este carácter dinámico de la administración de justicia ha permitido su perdurabilidad en el tiempo y, por ende, su transformación a lo largo de la historia según las necesidades y comportamientos sociales.

Ahora bien, la misma evolución ha demostrado que el carácter innovador del ser humano probablemente nunca cese. Los medios para acceder a la justicia han variado con los diferentes hechos, actuaciones, creaciones y relaciones de la humanidad. El acceso a este principio moral universal llamado “justicia” ha pasado de ser individual, selectivo, arbitrario y tradicional, a ser uno de carácter colectivo, indiscriminado, imparcial y moderno. La actual pandemia llevó a que las diversas etapas de los procesos judiciales, los medios probatorios, las partes, el juez y demás partícipes en estos, tuvieran que trasladarse obligatoriamente a una incesante virtualidad que ha denotado una serie de desafíos en su adecuada implementación a través de las tecnologías de la información y la comunicación. Por ende, la ética ha cobrado gran relevancia en el momento de ejercer el área del saber jurídico de manera correcta y guiada hacia el desarrollo y la sostenibilidad del Derecho globalmente.

Es por esto que, el presente proyecto investigativo propone conjugar una trinidad conceptual entre el acceso a la justicia como derecho humano, la implementación de este principio universal en los medios digitales y el buen actuar de los operadores de la justicia a través de la ética, planteando una serie de desafíos, posibles soluciones y visiones desde el derecho comparado, que pueden llevar a que, internacionalmente, el Derecho continúe preservando la vitalidad

que por milenios ha mantenido en la historia humana, y con el fin de que sirva como instrumento para trabajar por la justicia en las pasadas, presentes y futuras generaciones de abogados.

## 1. Acceso a la justicia

### 1.1 Acceso a la justicia como Derecho Humano

Sucesos como las dos guerras mundiales, guerras de independencia, conflictos bélicos internacionales y demás flagelos globales de siglos anteriores finalmente dieron paso a un documento que permitió garantizar y materializar valores y principios universalmente válidos que le permitieran al ser humano vivir en sociedad e interactuar con miembros de su misma especie sin necesidad de acceder a un conflicto armado para solucionar sus problemáticas.

La protección de la justicia como principio moral e inclinación de obrar con veracidad y equidad, ha permeado la gran mayoría de constituciones y ordenamientos jurídicos del planeta. Por ende, aquel derecho humano consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) del año 1948, ha trascendido a ser de suma importancia para todos los Estados miembros y firmantes de esta. Aquel hito histórico, las venideras transformaciones culturales, redefiniciones de la ética humana y acontecimientos socioeconómicos, políticos, medioambientales y tecnológicos, fueron y han sido partícipes de la caracterización y establecimiento del acceso a la justicia como un derecho humano.

Adicional a ello, todas las esferas del poder, en su mayoría, propugnan por un acceso a la justicia sin discriminaciones, sin desigualdades y arbitrariedades. Este es un derecho que se concibió para resguardar al ser humano, pero también para permitirle emplear en caso de que aquel resguardo no se cumpla óptimamente. La ley es de todos y para todos en cada Estado del mundo. No obstante, el acceso a esta es y probablemente continúe siendo limitado por cuestiones sociales, económicas, políticas, culturales, tecnológicas e incluso medioambientales.

Por un lado, el artículo 8 de la DUDH, consagra que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”<sup>3</sup>. Por otro lado, el artículo 10 dispone que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus

---

<sup>3</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10, diciembre, 1948). Resolución 217 A (III). París. 1948. p. 35.

derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal<sup>4</sup>. El acceso a la justicia se ha convertido en un derecho inalienable para cualquier persona, debido a su carácter de derecho humano, pero también por la gran recepción de los sistemas jurídicos internacionales.

Es necesario destacar que, complementando la DUDH del año 1948, dieciocho años después (en 1966), la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, asumió la responsabilidad de redactar pactos vinculantes sobre DD. HH, con el fin de internacionalizar la aplicación de nuevos derechos de carácter civil y político, adicionales a los económicos, sociales y culturales.

Uno de ellos es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual es un tratado multilateral, ratificado por 167 Estados, propugnó y continúa haciendo efectivo el acceso a la justicia como derecho universal. Su artículo 14 establece, en otras palabras, que todas las personas poseen igualdad ante tribunales y cortes de justicia<sup>5</sup>. También reconoce de nuevo el derecho a ser oído públicamente con las garantías debidas, sin arbitrariedades ni discriminaciones en cualquier acusación penal o de determinación de derechos y obligaciones civiles<sup>6</sup>. Adicionalmente, a ello consagra que, a raíz de consideraciones morales, de orden público o seguridad nacional, la prensa y el público puedan ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios, con el fin de no perjudicar ni llegar a influir en la decisión judicial. No obstante, se establece que toda sentencia en materia penal o contenciosa será de carácter público con sus debidas excepciones<sup>7</sup>.

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de San José de Costa Rica de 1969, también profundiza sobre el acceso a la justicia como una garantía judicial que todo sistema jurídico de los países adscritos y firmantes, deben acoger. En su artículo 8, el CADH consagra que toda persona tiene el derecho a ser oída, a que se le apliquen las debidas garantías constitucionales y legales, por operadores judiciales competentes, sin arbitrariedades, juzgado con la ley vigente y a que se le presuma su inocencia en caso de que esté inculpada de delito<sup>8</sup>. Adicional a ello, este apartado hace énfasis en principios universales como la igualdad y la libertad, las cuales son también garantías que

---

<sup>4</sup> Ibid. p. 35.

<sup>5</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre, 1966). Resolución 2200 A (XXI). Nueva York. 1966.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22, noviembre, 1969). San José, Costa Rica. 1969. p. 4.

consagra la DUDH. Ahora bien, en el artículo 24, la CADH consagra la igualdad ante la ley (también mencionada en la DUDH). Acerca de esta (la igualdad), se declara que todas las personas estén en condiciones iguales ante la ley<sup>9</sup>. Como consecuencia de esto, no debe existir ninguna clase de parcialidades, arbitrariedades o discriminaciones.

Finalmente, haciendo referencia al artículo 25 de la misma Convención la “protección judicial” es refugiada y garantizada para toda persona cuyo objetivo sea acceder a la administración de justicia mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos ante las autoridades judiciales competentes<sup>10</sup>; siendo estas las que los ampararon contra los actos que vulneren directamente los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, la ley o la misma CADH. Adicional a ello, todos los Estados parte de aquel pacto, desde su firma, se encuentran comprometidos a: en primer lugar, garantizar que las autoridades competentes decidan sobre los derechos de las personas que interpongan los recursos; en segundo lugar, desarrollar las posibilidades de aquellos recursos; y, en tercer lugar, garantizar el cumplimiento de todas las decisiones procedentes de tales recursos.

## **1.2 Acceso a la justicia desde el Derecho Comparado**

### **1.2.1 Acceso a la justicia en la República de Colombia**

Tomando en consideración lo que las declaraciones universales, pactos y convenciones internacionales han enfatizado sobre la integración de los DD. HH. en los ordenamientos jurídicos de los Estados, y, en especial, acerca de los compromisos que deben establecerse en materia de acceso a la justicia, cabe resaltar que la República de Colombia ha atendido a estos llamados y ha integrado así mismo, todos estos documentos globales para aplicarlos a su ordenamiento jurídico.

La Constitución Política de Colombia (C.P.) hace un acercamiento al acceso a la justicia en tres artículos que se consideran clave para la debida comprensión y la adecuada aplicación de la justicia en el territorio nacional. En primer lugar, el artículo 29 consagra el debido proceso, punto de partida del procesal en Colombia, en el cual se establece que este se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas. Ningún nacional colombiano podrá ser juzgado sino respecto a leyes que existan previamente al acto imputado. Adicional a ello, todo colombiano será juzgado ante juez o tribunal competente con las debidas

---

<sup>9</sup> Ibid. p. 9.

<sup>10</sup> Ibid. p. 9.

formas del juicio<sup>11</sup> (punto similar con los pactos internacionales sobre DD.HH. desarrollados previamente).

Ahora bien, en materia penal, será concebida la presunción de inocencia mientras no se haya declarado la culpabilidad judicial de la persona<sup>12</sup>. De nuevo, la C.P. adapta los pactos a los que Colombia se encuentra adscrita en materia de Derechos Humanos y establece que se tendrá asistencia de un abogado en el derecho a la defensa de un sindicado a elección de él, ella o del juez de manera oficiosa durante su investigación y juzgamiento<sup>13</sup>. También está establecido el debido proceso público, sin dilaciones, con la presentación y controversia de las pruebas (siendo nula de pleno derecho la que se obtenga vulnerando este principio procesal), con la adecuada impugnación de sentencias condenatorias (haciendo referencia a los recursos sencillos, rápidos y efectivos del CADH) y al principio de non bis in ídem del Derecho Penal (no ser juzgado dos veces por el mismo hecho)<sup>14</sup>.

Sumado a este artículo, el artículo 116 de la misma C.P., consagra los nombres de las instituciones encargadas de administrar justicia, sobre las cuales se puede acudir para el acceso efectivo a la justicia<sup>15</sup>. Adicionalmente, el artículo 228 centra su descripción en la Administración de Justicia como una función pública del Estado colombiano; caracterizando así, que sus decisiones son de carácter independiente, sus actuaciones públicas y permanentes (con las excepciones legales correspondientes), sus términos procesales diligentes y sancionatorios (por incumplimiento) y su funcionamiento desconcentrado y autónomo<sup>16</sup>.

Por último, pero no menos importante, el artículo donde se focaliza y se materializa el verdadero acceso a la justicia como derecho fundamental, es el artículo 229, por medio del cual se establece taxativamente que: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”<sup>17</sup>. Es la misma C.P. la que se encarga de centrar su atención en que, la función pública de administrar justicia y el verdadero acceso a ella se vea reflejado en un documento obligatorio para todos los nacionales colombianos, pero obligatorio también en su cumplimiento por las instituciones creadas para materializarla.

---

<sup>11</sup> Ibid. p. 4.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid. p. 4.

<sup>14</sup> Ibid. p. 4.

<sup>15</sup> Ibid. p. 24.

<sup>16</sup> Ibid. p. 54.

<sup>17</sup> Ibid. p. 54.

Con todo lo anterior, la sentencia T 283 del año 2013 define este derecho como: “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”<sup>18</sup>.

Recuérdese que, el marco constitucional y jurisprudencial que acoge al acceso a la justicia lo desarrolla como un derecho que todo ciudadano colombiano posee. El marco legal que lo acoge y lo regula como deber del Estado radica en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996). Esta ley, en su artículo 1, consagra que la administración de justicia es la función pública que garantiza el Estado colombiano de acuerdo con la constitución y al resto del ordenamiento legal, con el fin de efectivizar los derechos, garantías, libertades, deberes y demás asuntos consagrados en ellas<sup>19</sup>. Seguido a este, el artículo 2, proclama que el mismo Estado colombiano está en el deber de garantizar el acceso de todos sus asociados (habitantes nacionales) a la administración de justicia. De esta manera, el acceso a ella acogerá a los estratos menos favorecidos socioeconómicamente con figuras jurídicas como el amparo de pobreza y a los demás, a través del servicio de defensoría pública<sup>20</sup>. En definitiva, esta ley de carácter estatutario regula tanto el derecho a la administración como a la justicia, como las instituciones jurídicas y políticas encargadas de materializarlo.

### **1.2.2 Acceso a la justicia en la República Federativa de Brasil**

La República Federativa de Brasil regula el acceso a la justicia en su Constitución Política de 1988 a través del artículo 5. Éste consagra en otras palabras que el Estado será el encargado de prestar asistencia jurídica integral y de manera gratuita a todos aquellos que puedan probar la ausencia de recursos económicos<sup>21</sup>. Adicional a ello, en sus diversos incisos, este artículo determina que: “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a

---

<sup>18</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-283/13. Expediente T-3.567.368. (16, mayo, 2013). Jorge Ignacio Pretelt Chaljubm [en línea]. Bogotá, D.C., 2013 [Consultado: 11 de abril de 2021].

<sup>19</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 de 1996. (15, marzo, 1996). Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1996. No. 42.745.

<sup>20</sup> Ibid. p. 1.

<sup>21</sup> BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constitución de la República Federativa de Brasil. (5, octubre, 1988). Constitución de la República Federativa de Brasil. 1988.

derecho.”<sup>22</sup>. Esto implica la no exclusión del control jurisdiccional cuando exista amenaza o vulneración de cualquier derecho. A pesar de no expresar taxativamente una definición del acceso a la justicia, la C.P. brasileña se encarga de asegurar un conjunto de derechos subjetivos procesales vinculados a este y que son desarrollados en el resto del ordenamiento legal.

### **1.2.3 Acceso a la justicia en los Estados Unidos Mexicanos**

Los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 17 de su Constitución Federal, consagra que toda persona tiene derecho a la administración de justicia por tribunales (órganos colegiados) que estarán expeditos para hacerlo en plazos y términos legalmente constituidos, emitiendo sus providencias judiciales con prontitud, completitud e imparcialidad. Adicional a ello, como en los otros Estados ya desarrollados previamente, prestarán el servicio de manera gratuita, con prohibición de costas judiciales<sup>23</sup>.

Ahora bien, a pesar de que la expresión “acceso a la justicia” no está explícitamente señalada en la Constitución Federal, se puede sugerir como conclusión que es un modo simple para poder materializar el contenido de estas normas en favor de los ciudadanos mexicanos. Incluso, aquel término es un derecho fundamental y humano consagrado y ratificado en instrumentos internacionales como la DUDH y demás pactos suscritos e integrados al ordenamiento mexicano. En este orden de ideas, el acceso a la justicia termina siendo el derecho humano encargado de velar el acceso a tribunales imparciales, no arbitrarios e independientes por parte de las personas, con el fin de hacer valer derechos sin dilaciones, con eficacia y cumplimiento de plazos legalmente establecidos.

### **1.2.4 Acceso a la justicia en el Reino de España**

Si bien los Estados latinoamericanos demuestran una gran claridad conceptual y jurídica para la correcta y adecuada institucionalización y adaptación del derecho al acceso a la justicia en sus legislaciones, Estados como el español también lo hacen a través de instrumentos legales y constitucionales encargados de regular aquel derecho humano. El artículo 24 de su Constitución Política establece, en otras palabras, que todas las personas poseen el derecho a obtener la tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses sin que exista un estado de indefensión en alguno de esos

---

<sup>22</sup> Ibid. p. 13.

<sup>23</sup> MÉXICO, CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (5, febrero, 1917). Diario Oficial. 1917. p. 5.

casos<sup>24</sup>. De la misma manera, todos tienen derecho a acceder a jueces ordinarios determinados legalmente, a su debida defensa (derecho de contradicción), a la asistencia, información de acusación en contra, a un proceso público y sin dilaciones, con las garantías, a emplear medios probatorios idóneos, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la debida presunción de inocencia<sup>25</sup>.

Adicional a ello, la Constitución Política española establece en su artículo 119 que: “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”<sup>26</sup>. Este artículo es ampliado y explicado con mayor detalle a través de la Ley 1 de 1996, la cual regula el acceso gratuito a la justicia, el cual debe contener y seguir procedimientos para el reconocimiento y su efectividad. Este tipo de amparos se concederán a través de recursos y asesoramientos por la vulnerabilidad de la persona<sup>27</sup>.

## 2. Justicia digital

A través de la evolución humana, la tecnología ha sido un área del conocimiento que ha permitido el desarrollo en todo el sentido de la palabra. En las últimas décadas, se ha llevado a cabo una transición en cuanto a las revoluciones industriales que tanto fomentaron la innovación y la creatividad del hombre, a una evolución, con la ideología de potencializar las tecnologías de la información y la comunicación. Se hace referencia a la llamada “Cuarta revolución industrial”<sup>28</sup>. El eje central de cambio en el ser humano ha radicado en la automatización de sus actividades, de las ramas del conocimiento y de la educación en el globo terráqueo.

El internet ha sido una de las creaciones más prestigiosas de toda la historia humana. Por medio de éste, todo ser humano con acceso a él, puede recibir y transmitir información infinita entre los medios digitales.

---

<sup>24</sup> ESPAÑA, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y DEL SENADO. Constitución Española. (27, diciembre, 1978). Constitución Política Española. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1978.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid. p. 23.

<sup>27</sup> ESPAÑA, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y DEL SENADO. Derecho a la justicia jurídica gratuita. (10, enero, 1996). Derecho a la justicia jurídica gratuita. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1996.

<sup>28</sup> SCHWAB KLAUS, La cuarta revolución industrial. WORLD ECONOMIC FORUM.

Ahora bien, en cuanto al ámbito del Derecho, este se ha visto así mismo en la necesidad de transformarse y reinventarse gracias a esta era digital. Todo ciudadano del mundo en la actualidad tiene la posibilidad de acceder a millones de textos jurídicos tales como: Constituciones Políticas, leyes, teorías, sentencias de las altas cortes de cada Estado, entre otra cantidad de documentos.

En la actualidad, como consecuencia de la pandemia del Covid 19, la labor de la gran mayoría de profesionales comenzó a digitalizarse y las nuevas tecnologías a crecer exponencialmente en las capacidades de almacenamiento de datos, de cifrados infinitos y en la producción de estas.

Cabe resaltar que el Derecho no fue la excepción. Esta rama del conocimiento enfocada en garantizar el acceso a la justicia del ser humano se vio en la extrema necesidad de transicionar todo el aparato jurisdiccional a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Las reuniones en plataformas digitales han reemplazado las audiencias, los medios de prueba documentales hoy en día han sido sustituidos por medios probatorios virtuales, e incluso, las cátedras jurídicas universitarias, han tenido la obligación de impartirse de manera remota.

Haciendo referencia al término “justicia digital”, este se define como el uso de las “tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la función jurisdiccional, mediante dos componentes: expediente electrónico y litigio en línea”<sup>29</sup>. Por medio de ésta, se brinda la posibilidad de “realizar y presentar demandas, contestaciones, audiencias, diligencias y demás actuaciones por medios electrónicos”<sup>30</sup>. La justicia digital tiene como principales objetivos, garantizar la mayor eficiencia y eficacia en el trámite de casos judiciales.

Esta transformación electrónica conlleva una reducción considerable en términos de costos de acceso a los servicios judiciales tradicionales. Otro de los grandes objetivos de la justicia digital radica en el aumento de la transparencia como principio del Derecho. Cabe resaltar que los medios electrónicos y la digitalización de los mecanismos judiciales han permitido acceder a los datos relevantes de las partes inmersas en un caso.

Si bien esto se puede llevar a cabo, también surgen desventajas a partir de la verificación de la veracidad de esta transparencia sin desatar conflictos sobre propiedad privada de las partes. Esta transparencia resulta ser una garantía adicional de imparcialidad de la justicia, debido a que genera una decaída en las oportunidades de corrupción en las diversas etapas del proceso e instancias subsecuentes.

---

<sup>29</sup> QUIROZ MONSALVO, Aroldo Wilson. Justicia Digital: Bases para planear por escenarios a partir del CGP [Diapositivas]. Corte Suprema de Justicia Colombia, Sala de Casación Civil. 2020. p. 39.

<sup>30</sup> Ibid. p. 39.

## 2.1 Justicia digital desde el Derecho Comparado

Teniendo en cuenta la definición anterior, los deberes y los objetivos primordiales de la justicia digital, es necesario hacer una remisión directa a los ordenamientos jurídicos internacionales para realizar un contexto acerca de la transición a esta clase de justicia (la electrónica o digital) y revisar cómo algunos países del mundo han logrado garantizar aquel derecho humano que se profundizó con antelación (el acceso a la justicia) a través de los medios electrónicos y los diversos canales digitales de las tecnologías de la información y la comunicación.

### 2.1.1 Justicia digital en el Reino de España

En el Reino de España, desde hace unas décadas se ha venido realizando el acercamiento del ordenamiento jurídico hacia la adaptación de éste a las nuevas tecnologías. El Real Decreto 1289 del 23 de julio del año 1999, consagró la creación de la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías con el fin de regular los asuntos electrónicos y digitales de los Ministerios españoles<sup>31</sup>. Por otro lado, cuatro años después, en el año 2003, la Ley 59 introdujo y reguló la firma electrónica por parte de las administraciones públicas y de las entidades vinculadas a estas en el país vasco<sup>32</sup>.

Posteriormente, la Ley 18 de 2011, trajo consigo la regulación del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia, la cual, como objetivos centrales concebía: actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público y sin dilaciones, por medio de la celeridad que permiten los medios electrónicos en las comunicaciones; y por otro lado, la generalización del uso de los nuevos mecanismos tecnológicos para los profesionales y operadores de la justicia<sup>33</sup>.

Finalmente, años más tarde, la nación europea ha llevado a cabo un proceso de revolución digital de la justicia a través de la creación, difusión e implementación de una plataforma digital llamada Lexnet, operado por la Administración de Justicia, la cual se encarga de generar información de los órganos judiciales para los y las profesionales del Derecho, con beneficios tales como: el intercambio seguro de la información, el uso de la firma electrónica en documentos legales, el

---

<sup>31</sup> ESPAÑA, MINISTERIO DE INDUSTRIA Y ENERGÍA. Real Decreto 1289 de 1999. (23, julio, 1999). Real Decreto 1289. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1999.

<sup>32</sup> E ESPAÑA, JEFATURA DEL ESTADO. Ley 59 de 2003. (20, diciembre, 2003). Ley 59 de 2003. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2003.

<sup>33</sup> ESPAÑA, JEFATURA DEL ESTADO. Ley 18 de 2011. (6, julio, 2011). Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2011.

acceso a la vía web, el funcionamiento las veinticuatro horas, el ahorro de papel y la inmediatez en las comunicaciones y envío de la información<sup>34</sup>.

### 2.1.2 Justicia digital en la República Federativa de Brasil

Brasil, al igual que otros países en América Latina, ha sabido cómo involucrar los medios tecnológicos en su ordenamiento jurídico, adaptándose a ellos y permitiendo que la población acceda a la justicia de diversas maneras. Desde el año 2001, a través de la ley 10.529, se previó la creación de juzgados de escasa cuantía y penal en la Corte Federal, los cuales, podrían organizar la prestación de servicios para la intimidad de las partes y la recepción de este tipo de inquietudes a través de los medios electrónicos<sup>35</sup>.

Cabe resaltar, como dato relevante que, en este país se implementó el proyecto piloto Prodigicon, dirigido por dos estudiantes de Ciencias de la Computación en la Universidad Federal de Campina Grande, que consistió en el apoyo del juez permanente de un consumidor de reclamos menores en el distrito de Campina Grande, en el estado de Paraíba. En el año 2005, la Corte Paraíba inició el empleo de “Prodigicon” con el nombre de “E-justicia”<sup>36</sup>. Este gran hito tecnológico-jurídico de Brasil, dio paso a la constante implementación de medios digitales en el derecho brasileño y la antesala para permanecer inmerso en la resolución de problemáticas cotidianas de su población.

Para el año 2006, se creó y se expidió en este Estado la Ley 11.419, la cual propugna la protección y defensa de la informatización del proceso judicial<sup>37</sup>. Aquella fue una ley que contribuyó a que se pudieran llevar los medios electrónicos y digitales a muchas más personas que lo requerían, con el fin de emplear los debidos mecanismos para la defensa del derecho inherente al ser humano de acceder a la justicia.

Lo anterior hace parte de una herramienta creada en el año 1992, llamada Solución de Automatización Judicial (SAJ), la cual se creó para realizar la gestión de los procesos judiciales sin que los funcionarios tuviesen que malgastar hojas impresas para la acumulación de expedientes. Cabe resaltar que, esta solución “permite ahorrar alrededor de \$225.000.0000 de reales brasileños sólo con

---

<sup>34</sup> ESPAÑA, JEFATURA DEL ESTADO. Real Decreto 84 de 2007. (26, enero, 2007). Sobre la implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2007.

<sup>35</sup> NOU DE BRITO, Flavia N. El denominado Proceso electrónico de Brasil y el principio del debido proceso legal: El choque entre el sistema de normas legales y los sistemas informáticos. [En línea]. [Consultado el: 2 de abril de 2021]. p. 5.

<sup>36</sup> Ibid. p. 12.

<sup>37</sup> Ibid. p. 5.

materia prima para la confección de procesos físicos”<sup>38</sup>, lo cual supuso un avance hacia la promulgación de los medios digitales en las instituciones jurídicas brasileñas y la reducción de huellas medioambientales negativas.

Únicamente en un período de tres años, “el empleo de la SAJ permitió la optimización de más de 24.000.000 de horas de trabajo en despachos judiciales y entidades relacionadas a estos”<sup>39</sup>, contribuyendo a la reducción de tiempo en el trámite ordinario, a través de la utilización de la justicia digital en los procesos legales.

### 2.1.3 Justicia digital en los Estados Unidos Mexicanos

México es otro de los países latinoamericanos que se ha caracterizado por la permanente renovación de su ordenamiento jurídico en materia de acceso a la digitalización del Derecho.

En el año 2000 se adiciona mediante Decreto al Código Federal de Procedimientos Civiles y, en especial, al artículo 210 - A de dicha regulación, el reconocimiento de la prueba obtenida, generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier tecnología. Dos años más tarde, en 2003, se realizaron las reformas respectivas del Código de Comercio en materia de firma electrónica con el fin de avanzar hacia la digitalización de dicho elemento indispensable en una variedad de negocios jurídicos<sup>40</sup>.

Cabe resaltar que una de las leyes de suma importancia en los Estados Unidos Mexicanos es la Ley de amparo, expedida en 2013, la cual vela por la protección de las personas frente a las normatividades, actos u omisiones del poder público. Esta prevé un sistema electrónico novedoso para el envío y recepción de las promociones, documentos, notificaciones oficiales, acuerdos, resoluciones, sentencias y demás providencias judiciales a través de internet. El artículo 108 de dicha Ley establece que, la demanda de amparo indirecto deberá ser formulada por vía escrita o a través de los medios electrónicos según autorización legal<sup>41</sup>.

Adicionalmente, por medio de la Firma Electrónica Certificada del Poder Judicial de la Federación (FIREL), los ciudadanos mexicanos podrán ingresar al Sistema Electrónico de presentación de medios de impugnación consagrados legalmente, promociones, recepción de información, notificaciones y/o

<sup>38</sup> SAJ DIGITAL. Justicia digital: Cómo Brasil llegó a ser referencia en tecnología para la justicia mundial. (20, mayo, 2019). [En línea]. [Consultado el: 2 de abril de 2021].

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> MÉXICO, CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Código Federal de Procedimientos Civiles. (24, febrero, 1943). 1943.

<sup>41</sup> AGUIRRE QUEZADA, Juan Pablo. Justicia Digital; propuestas de innovación. (Febrero, 2021). [En línea]. [Consultado el: 3 de abril de 2021]. p. 3.

documentos de carácter oficial, así como la consulta de diversas resoluciones, providencias y demás archivos provenientes de la Suprema Corte, del Tribunal Electoral, de los Tribunales de Circuito y de Juzgados, lo cual tendrá exactamente los mismos efectos que la firma autógrafa (de carácter escrito y físico), teniendo en cuenta el artículo 3 de dicha regulación legal<sup>42</sup>.

## 2.1.4 Justicia digital en la República de Colombia

Colombia no se ha quedado atrás y, desde hace ya casi dos décadas, a partir de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), se ha desprendido una implementación holística de la tecnología en favor y al servicio de la administración de justicia. En el artículo 95 de dicha ley estatutaria, se consagra que el Consejo Superior de la Judicatura es la entidad encargada de velar por incorporar la tecnología avanzada al servicio de la administración de justicia como derecho constitucional, resguardado por la Constitución Política<sup>43</sup>. Esta acción posee un enfoque hacia la mejora en la práctica de medios probatorios, la formación, conservación y reproducción de expedientes judiciales, comunicación inter-despachos y la garantía del funcionamiento del sistema informativo. De la misma manera, las autoridades judiciales (colegiadas o individuales) podrán utilizar los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, con el fin de cumplir con sus atribuciones<sup>44</sup>.

En el año 1999, la Ley 527 introdujo conceptos básicos a emplear en materia de seguridad y trámites de carácter remoto como el “intercambio electrónico de datos”, el “mensaje de datos”, la “firma digital” y las “entidades de certificación digital”<sup>45</sup>. Años más tarde, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) o Ley 1437 de 2011, brindó la definición técnica de expediente electrónico<sup>46</sup>.

Por otro lado, el Decreto 2364 de 2012 estableció la configuración de métodos de firma electrónica, así como la definición de condiciones para su efectividad jurídica y revisión en materia de seguridad<sup>47</sup>. En ese mismo año, se

---

<sup>42</sup> Ibid. p. 2.

<sup>43</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 (1996). Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1996 No. 42.745. 1996.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 527 de 1999. (21, agosto, 1999). Diario Oficial No. 43.673. Bogotá. 1999.

<sup>46</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011. (18, enero, 2011). Diario Oficial No. 47.956. Bogotá. 2011.

<sup>47</sup> COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2364 de 2012. (22, noviembre, 2012). 2012.

expidió el Decreto 2609, el cual estableció la regulación de la gestión de archivos y documentos electrónicos, así como las calidades de la autenticidad, inalterabilidad, fiabilidad, disponibilidad, integridad y conservación; siendo estas las condiciones clave en la conceptualización del expediente electrónico<sup>48</sup>.

Adicionalmente, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), consagra en su artículo 103 lo siguiente: “En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia (...)”<sup>49</sup>.

Posteriormente, el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, adoptado mediante la Ley 1955 de 2019, establece la Transformación Digital Pública como uno de los componentes claves en las entidades estatales del orden nacional<sup>50</sup>. En concordancia con lo anterior, el documento CONPES 3975 del 8 de noviembre de 2019, incluye una Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial con una proyección de 5 años, la cual tiene como fin principal el aumento del valor socioeconómico por medio de la transformación digital de los sectores público y privado, así como la disminución de brechas, fortalecimiento del personal y desarrollo de condiciones habilitantes<sup>51</sup>.

Recientemente, en el año 2020, a partir de la propagación del virus COVID-19, el Gobierno Nacional de Colombia, se vio en la necesidad de adoptar una regulación específica acerca del desenvolvimiento de las actividades judiciales y, en general, sobre los procesos a tomar a través de la transición a los medios digitales en materia legal. El Decreto 806 de 2020 específicamente, fue el que se encargó de promulgar la necesidad de adaptar: “medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia”<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2609 de 2012. (17, diciembre, 2012). Diario Oficial No. 48.647. Bogotá. 2012.

<sup>49</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012. (12, julio, 2012). Diario Oficial 48.489. Bogotá. 2012.

<sup>50</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1955 de 2019. (25, mayo, 2019). Diario Oficial No. 50.964. Bogotá. 2019.

<sup>51</sup> COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento CONPES. (8, noviembre, 2019). Política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial. Bogotá. 2019.

<sup>52</sup> COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 806 de 2020. (4, junio, 2020). Bogotá. 2020.

Por otro lado, en el 2021, el Gobierno de Colombia, a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), aprobó un crédito extranjero para la transformación digital de la justicia, atreviéndose a la mejora en la eficiencia y desempeño de la Rama Judicial y demás autoridades. Entidades tales como: el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE); han encabezado desde la rama ejecutiva la transformación de la rama judicial, con el fin de poder establecer una planeación adecuada para la debida ejecución y garantía del acceso a la justicia en la población, a través del “Expediente Digital”, apoyado por el Banco Interamericano de Desarrollo, a ponerse en marcha desde el mes de julio del presente año<sup>53</sup>.

### 3. Ética

La relación entre la ética y el Derecho ha sido una discusión arraigada en la academia desde la Grecia antigua. Diferentes autores han reprochado el origen del Derecho en conceptos morales, mientras que otros han sustentado su relación. A pesar de dicha discusión, nuestro punto de partida es que el ordenamiento jurídico colombiano contempla como fin el alcanzar la justicia y para ello requiere de elementos éticos que lo permitan. Es por ello por lo que, revisaremos diferentes planteamientos sobre la relación existente entre la ética y el Derecho, su relación en tiempos de justicia digital y la forma de implementar esta como un imperativo en las relaciones de todos los sujetos que participan en la administración de justicia.

En la Constitución<sup>54</sup> se evidencian elementos que reflejan el sentido ético que trae inmerso el ordenamiento, pues para garantizar la vida en sociedad requiere de conductas de las personas partiendo de la buena fe; valores como la justicia, la paz, la garantía de un orden político, el interés general, la efectividad de principios, derechos y deberes, la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo; derechos como el debido proceso y deberes como el de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia. Como corolario de que, para vivir en sociedad, no bastan solo las normas coercitivas sino también normas éticas o morales.

---

<sup>53</sup> BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. (10 junio, 2021). Colombia impulsará la transformación digital de la justicia con el apoyo del BID. (en línea). (Consultado el 10 de junio de 2021).

<sup>54</sup> COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la República de Colombia. (20, julio, 1991). Segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. Bogotá, D.C., 1991. No. 116. pp. 1-40.

La concepción ética puede ser vista de diferentes maneras. Se parte del planteamiento del Sociólogo Émile Durkheim para quien la ética es una referencia de la voluntad general o al grupo en particular “en tanto que el apogeo a la sociedad implica a su vez el apogeo al ideal social, y dicho ideal reside parcialmente en cada uno de nosotros ... la realidad social del agrupamiento es el acontecimiento ético originario: la sociedad es el fin eminente de toda actividad moral”<sup>55</sup>. La conducta moral se encuentra determinada por la regla ética establecida dentro del ideal colectivo, de allí que se sancionen conductas que no se enmarcan dentro de este por el hecho “...de que sea conforme o no a una regla de conducta preestablecida”<sup>56</sup>.

Se analiza también la relación existente entre la ética y el fin del Derecho. Se parte de Ramos que en su obra “La ética interna del derecho” se enfoca en la relación finalista entre ambos elementos, afirmando que “...el derecho nos resultaría ininteligible si no lo pudiéramos poner en relación con los fines o valores que está llamado a realizar, básicamente la promoción del bien común y de la justicia”<sup>57</sup>.

Esta postura pragmática se busca desarrollar con este escrito, demostrando la necesidad que tenemos en la actualidad de recurrir a la ética para la garantía de los actos virtuales del proceso. Este autor también refleja la necesidad que deriva de ambos “...La relación entre el derecho y la moral es profunda y no sólo posible o contingente sino verdaderamente necesaria, porque estos dos no pueden prescindir de su apoyo recíproco. Dependen ambos el uno del otro”<sup>58</sup>.

Un elemento esencial a la hora de hablar sobre ética es revisar el imperativo categórico kantiano. Que dista de planteamientos que originan el actuar con base en una moral divina; para el autor de Königsberg se debe formular una ley universal basada en la razón. En cuanto plantea como primer imperativo que “yo no debo obrar nunca más que de modo que pueda querer que mi máxima deba convertirse en ley universal”<sup>59</sup>. El autor invita a las personas a formular por sí mismos una ley universal pero no siendo esto un imperativo hipotético que lleve a relativizar ciertas conductas, sino hacerlo categórico en cuanto se

---

<sup>55</sup> MÚGICA, Fernando. *E. Durkheim: La constitución moral de la sociedad* (III). Pamplona: Universidad de Navarra, 2005. p. 39.

<sup>56</sup> DURKHEIM, Émile. *Leçons de sociologie. Physique des moeurs et du droit*, Citado por MÚGICA. Op. cit. p. 43.

<sup>57</sup> RAMOS, José. *La ética interna del derecho*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2007. p. 26.

<sup>58</sup> Ibid. p. 27.

<sup>59</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. San Juan: Pedro M. Rosario Barbosa. 2007. pp. 15-16.

genere una universalización de tu propia máxima. “Por máxima Kant entiende una regla o principio que da razón de tus actos. Lo que está diciendo es que deberíamos actuar basándonos en principios que se puedan universalizar sin contradicciones”<sup>60</sup>.

Por ello, consideramos que la ética debe estar presente en el actuar de las personas que intervienen en la administración de justicia, debe ser paralelo lo normativo y lo ético en cuanto se buscan alcanzar fines conjuntos. Ante la pregunta ¿si ya hay normas coercitivas por qué emplear lo ético? Damos a esta dos posibles respuestas. Primero, las normas jurídicas no pueden abarcar todas las posibilidades de la conducta humana, haciendo que se deje el actuar de los involucrados a conductas como la buena fe y el deber de cumplir las normas, es allí donde debe robustecerse la ética, para que incluso en estos espacios se garantice el buen cumplimiento de la justicia. Es de esperar que los apoderados (as), jueces, testigos y auxiliares de la justicia actúen conforme a imperativos categóricos y no relativos, pues no se puede buscar justicia solo cuando es de nuestra conveniencia. Y segundo, existen además positivizaciones de la ética en estas profesiones como el código disciplinario del abogado (Ley 1123 de 2007) y el código iberoamericano de ética judicial.

Planteamos que debe fortalecerse desde las aulas hasta los estrados las relaciones éticas entre todas las personas que intervienen, pues bien, se puede pensar que con la virtualidad se puede pasar por alto normas en cuanto el administrador de justicia no tiene visión plena de lo que ocurre sino solo de lo que refleja la cámara. Partimos de que, al realizar estas conductas se estaría cayendo bajo un imperativo relativo, se está exteriorizando y divulgando un actuar contrario a la ley. Sandel desarrollando a Kant introduce un ejemplo que se puede adaptar a nuestro caso: “universalizar falsas promesas socavaría la institución de mantener las promesas”<sup>61</sup>, pues si se emplean los medios digitales para falsificar documentos, manipular las intervenciones de testigos o los interrogatorios de parte, entre otras conductas, se estaría desmejorando una institución pilar para vivir en sociedad, la justicia.

Es por ello por lo que, se presenta la necesidad de un fortalecimiento de los pilares éticos de las personas que ejercen estas profesiones. Sumado a que, a pesar de que se deba partir de la buena fe en todas las actuaciones de las personas, es deber del juez que se cumplan efectivamente los derechos y se garantice la justicia.

---

<sup>60</sup> SANDEL, Michael. Justicia. Bogotá: Penguin Random House Grupo Editorial. 2017. p. 139.

<sup>61</sup> Ibid. p. 136.

### 3.1 Desafíos éticos de la justicia digital en el acceso a la justicia

América Latina, en específico, Colombia, ha sido un sector que durante décadas ha sufrido grandes flagelos socioeconómicos y políticos que les han impedido desarrollarse a cabalidad. Ejemplo de eso es la gran brecha social que permanece en el Estado Colombiano, la falta de ofertas laborales y educativas en la población, los altos costos para el acceso a instituciones de educación superior, la falta de canales geográficos de conexión entre los municipios y departamentos, sus contextos sociales a raíz de macro problemáticas como el Conflicto Armado, entre otras<sup>62</sup>. De acuerdo con un estudio realizado en el mes de noviembre del año 2017 por el Departamento Nacional de Planeación (DNP)<sup>63</sup>, son múltiples las barreras que impiden el intento de resolución de conflictos jurídicos. Se estableció que, aproximadamente el 24% de los colombianos manifestó que no hizo nada para resolver sus necesidades de índole jurídica, debido a barreras como la dilación en los tiempos y trámites, la falta de importancia de los conflictos, el desconocimiento de la ley y medios de acceso a los derechos, el costo de representación de los procesos judiciales y la desconfianza en los operadores encargados de tomar estas decisiones<sup>64</sup>.

A partir de lo anterior, es necesario establecer que estos factores que impiden el desarrollo de diversas zonas del planeta, y en especial, el acceso a la justicia, dan paso a una serie de desafíos que deben pensarse desde una perspectiva ética y técnica, con el fin de garantizar que la paz, la justicia, las instituciones sólidas, las planeaciones nacionales relacionadas al acceso a autoridades judiciales y la digitalización de estas, sean un hecho.

#### 3.1.1 Primer desafío

Como primer desafío, resulta de suma urgencia garantizar una transparencia en los servicios educativos, tecnológicos y de justicia, teniendo en cuenta que, sin educación acerca de los derechos y del ordenamiento jurídico de cada uno de los países del mundo, sin mecanismos electrónicos para el acceso a ellos y sin instituciones de justicia consolidadas y dirigidas hacia la claridad, honestidad y efectividad en los procesos judiciales, no se podría garantizar un acceso a la justicia integral y recto que propugne por la protección efectiva de los derechos de las personas. Las instituciones combinadas con el debido funcionamiento de la población en el sistema judicial, contribuye a reducir estas grandes brechas

---

<sup>62</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Índice de Acceso efectivo a la justicia [en línea]. [Colombia]: Ministerio de justicia, [2017].

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid.

que durante años han aquejado a las personas menos favorecidas a nivel socioeconómico, político y tecnológico. Cabe resaltar que, el debido funcionamiento requiere de una actitud tanto de las autoridades judiciales, como de los habitantes de estos países, dirigida hacia la coherencia en la ética al actuar y al acceder a las autoridades con la mayor transparencia posible, teniendo en cuenta que existen repercusiones al no cumplir con estos requisitos.

### 3.1.2 Segundo desafío

Si se pone como base el verdadero acceso a la justicia digital desde una perspectiva ética, es necesario aducir a que las tecnologías que lo permiten no deberían estar causando u ocasionando perjuicios a quienes las utilizan, debido a que se deben satisfacer los servicios idóneos para emplearlas de la manera más adecuada, adaptando individualmente a los usuarios su contenido, facilitando los conocimientos cruciales para su uso correcto y la no discriminación de personas en condiciones precarias para la accesibilidad a estos medios.

El estudio realizado por el DNP demuestra que la gran mayoría de la población que posee medios idóneos para acceder a la justicia desde la era digital se encuentra en sectores socioeconómicamente más favorecidos que otros<sup>65</sup>. Hay que denotar que en el entorno colombiano, en su zona rural, se presenta un déficit sobre la conexión a internet, dado que, se presenta una conexión inestable, de carácter precario en comparación al resto del país<sup>66</sup>; pero no solo se ve como un impedimento para el acceso al internet el vivir en zonas rurales. Producto de lo anterior, se denota la importancia de proponer un servicio de salas de computación en casas de justicia ubicadas en lugares centrales de zonas con el objeto de aportar información de los trámites que la justicia digital implica.

También resulta importante proponer enfatizar en el desarrollo de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) mediante herramientas digitales, para lograr que las personas de bajos recursos cuenten con un acceso íntegro a las herramientas judiciales. Esta herramienta se podría implementar por medio de los diferentes consultorios jurídicos de las universidades del país, logrando ofrecer un servicio gratuito y eficaz para la población.

Por lo anterior, se ve como con la virtualidad aporta, mediante su correcta aplicación, se en cuanto a las limitaciones de servicios judiciales con las zonas rurales del país y poner a su disposición la utilización de métodos alternativos.

---

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Ibid.

### **3.1.3 Tercer desafío**

Para el uso efectivo de los medios electrónicos en la administración de justicia, resulta importante establecer un mecanismo central mediante el cual se pueda condensar y consultar la información necesaria para los procesos judiciales. Plataformas como Lexnet en España, FIREL en México y SAJ en Brasil, permiten la correcta centralización de información por medio de bases de datos, así como la posibilidad de impetrar acciones y consultar documentos por medio de estas plataformas.

La solución propuesta para este desafío en Colombia radica en la implementación de plataformas centrales, como las mencionadas anteriormente administrada por la misma rama judicial, con la finalidad de tener un sistema de información central para una consulta segura de la información, así como la creación de bases de datos que permitan la celeridad en los trámites y el uso eficiente de los medios electrónicos en los procesos judiciales.

### **3.1.4 Cuarto desafío**

En la circunstancia actual de la justicia digital, se presentan varios retos éticos, entre ellos el más difícil de afrontar es el que se presenta al realizar las audiencias; porque al realizar las mismas de forma virtual, los testigos, las partes y demás intervinientes a lo largo del proceso se encuentran en lugares distintos del juez, debido a ello el juez no puede corroborar que no se esté ejerciendo presión sobre los intervinientes para rendir un testimonio o demás actuaciones procesales; esto implica un reto ético en cuanto a que se parte del principio de la buena fe en el cual, se debe creer que los intervinientes actúan de igual forma que si estuvieran en el mismo lugar que el juez, ya que esta presunción se podrá desvirtuar o no a lo largo de todo el proceso.

El reto ético implica también una buena actuación por parte de los jueces, dado que se requiere que ellos tengan una parte más activa en la virtualidad para cerciorarse que no se esté incumpliendo las actuaciones procesales, por lo que el juez debe recurrir a los deberes que a él se le han asignado como camino orientador para poder llevar a buen término la realización de las actuaciones procesales.

Es por ello por lo que, en nuestras propuestas desarrollamos un fortalecimiento de los pilares éticos de las personas que ejercen estas profesiones. Sumado a que, a pesar de que se deba partir de la buena fe en todas las actuaciones de las personas, es deber del juez que se cumplan efectivamente los derechos y se garantice la justicia; por lo que proponemos que haya ciertos actos procesales que se realicen de manera presencial, en aquellos donde el juez deba verificar

expresamente la veracidad de lo que se le dice, pues de su decisión depende el mantener la vida social que puede verse socavada por imperativos relativos de ciertas personas

## Conclusiones

**PRIMERA.** El acceso a la justicia representa un derecho humano intrínseco a toda persona por su carácter de tal. El análisis realizado desde los parámetros del derecho comparado demostró la importancia de este derecho en cada una de las legislaciones analizadas, al garantizar en condiciones de igualdad a través de la gratuidad en su ejercicio. No obstante, así como que se observa su importancia en el robusto desarrollo normativo que tiene este derecho en los países que componen el estudio, en estos a su vez se observa que existen barreras sociales, culturales y económicas que impiden su ejercicio.

**SEGUNDA.** La justicia digital representa, en épocas modernas, el medio idóneo para subsanar las barreras que presenta el acceso a la justicia en su aplicación. Por medio del estudio realizado se logra evidenciar que en países que han implementado modelos de justicia digital como España, Brasil y México, se ha conseguido una agilización en los procesos, información central entre los órganos administradores de justicia, aumento del alcance del acceso a este derecho por medios digitales y ahorro en materia medioambiental como consecuencia de la digitalización de los expedientes y demás documentos.

**TERCERA.** Del análisis realizado en materia de justicia digital en Colombia se evidenció la intención clara del legislador de introducir los medios electrónicos en la administración de justicia desde 1996. No obstante, también se ha evidenciado la falta de disposición en su implementación. Es por esto por lo que la situación actual representa para Colombia una oportunidad para realizar la implementación completa de la justicia digital en todo el territorio nacional en un mediano plazo, atendiendo los ejemplos de países como España, Brasil y México.

**CUARTA.** La ética, como tercer elemento de la trinidad conceptual planteada, resulta ser la conexión entre el efectivo acceso a la justicia y su aplicación por medio de las tecnologías de la información, toda vez que el ejercicio de estos últimos requiere de un fortalecimiento de los pilares éticos en su ejercicio, así como una educación propia dirigida a todos los intervinientes de los procesos judiciales, con el propósito de evolucionar en la administración de justicia.

## Bibliografía

ARAÚJO, OÑATE, Rocío Mercedes. Bogotá, D.C.: 2001.247-291. Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado.

- AGUIRRE QUEZADA, Juan Pablo. Justicia Digital; propuestas de innovación. (febrero, 2021). [En línea]. [Consultado el: 3 de abril de 2021]. p. 3. Disponible en: <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/5142/ML%20198.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10, diciembre, 1948). Resolución 217 A (III). París. 1948. p. 35.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constitución de la República Federativa de Brasil. (5, octubre, 1988). Constitución de la República Federativa de Brasil. 1988.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política de Colombia. (20, julio, 1991). Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. No. 116.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 (1996). Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1996 No. 42.745. 1996.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 527 de 1999. (21, agosto, 1999). Diario Oficial No. 43.673. Bogotá. 1999.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956. Bogotá. 2011.
- COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2364 de 2012. (22, noviembre, 2012). Por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones. 2012.
- COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2609 de 2012. (17, diciembre, 2012). Diario Oficial No. 48.647. Bogotá. 2012.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48.489. Bogotá. 2012.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1955 de 2019. (25, mayo, 2019). Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. Diario Oficial No. 50.964. Bogotá. 2019.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 283 (2013). DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Bogotá, D.C., 2013.
- COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento CONPES. (8, noviembre, 2019). Política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial. Bogotá. 2019.

- COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 806 de 2020. (4, junio, 2020). Bogotá. 2020.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16, diciembre, 1966). Resolución 2200 A (XXI). Nueva York. 1966.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos [en línea]. [Colombia]: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Disponible en internet: <https://sej.minjusticia.gov.co/AccesoJusticia/Paginas/indice-de-Acceso-Efectivo-a-la-Justicia.aspx>
- CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22, noviembre, 1969). Pacto de San José. San José, Costa Rica. 1969. p. 4.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Índice de Acceso efectivo a la justicia [en línea]. [Colombia]: Ministerio de justicia, [2017]. Disponible en internet: <https://sej.minjusticia.gov.co/AccesoJusticia/Paginas/indice-de-Acceso-Efectivo-a-la-Justicia.aspx>
- DURKHEIM, Émile. Leçons de sociologie. Physique des moeurs et du droit [Lecciones de Sociología: Física de las Costumbres y del Derecho], citado por MÚGICA. Op. cit. p. 43.
- ESPAÑA, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y DEL SENADO. Constitución Española. (27, diciembre, 1978). Constitución Política Española. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1978.
- ESPAÑA, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y DEL SENADO. Derecho a la justicia jurídica gratuita. (10, enero, 1996). Derecho a la justicia jurídica gratuita. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1996.
- ESPAÑA, JEFATURA DEL ESTADO. Ley 59 de 2003. (20, diciembre, 2003). Ley 59 de 2003. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2003.
- ESPAÑA, JEFATURA DEL ESTADO. Ley 18 de 2011. (6, julio, 2011). Ley reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2011.
- ESPAÑA, JEFATURA DEL ESTADO. Real Decreto 84 de 2007. (26, enero, 2007). Sobre la implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2007.
- ESPAÑA, JEFATURA DEL ESTADO. Ley 11 de 2007. (23, junio, 2007). Ley 11 de 2007. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2003.

- ESPAÑA, MINISTERIO DE INDUSTRIA Y ENERGÍA. Real Decreto 1289 de 1999. (23, julio, 1999). Real Decreto 1289. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1999.
- KANT, Immanuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. San Juan: Pedro M. Rosario Barbosa. 2007. p.15-16. [https://pmrb.net/books/kantfund/fund\\_metaf\\_costumbres\\_vD.pdf](https://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf)
- MÉXICO, CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (5, febrero, 1917). Diario Oficial. 1917. p. 5.
- MÉXICO, CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Código Federal de Procedimientos Civiles. (24, febrero, 1943). 1943.
- MÚGICA, Fernando. E. Durkheim: La constitución moral de la sociedad (III). Pamplona: Universidad de Navarra, 2005. p. 39. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/6980/1/Cuaderno%2016.pdf>
- NOU DE BRITO, Flavia N. El denominado Proceso electrónico de Brasil y el principio del debido proceso legal: El choque entre el sistema de normas legales y los sistemas informáticos. [En línea]. [Consultado el: 2 de abril de 2021]. p. 5. Disponible en: [https://bcctorres.com/system/tpCRF73Dx-odtHmWnVuHAjMtvDzibdKjsgfvTZRUNcgg9vhGEOLke-BXG3F8Hkq5E2DxihocNPnkOxHks\\_GgbRA/files/Public/Recrutamento/ARTIGO-2015-FIADI-ESPANHOL.pdf](https://bcctorres.com/system/tpCRF73Dx-odtHmWnVuHAjMtvDzibdKjsgfvTZRUNcgg9vhGEOLke-BXG3F8Hkq5E2DxihocNPnkOxHks_GgbRA/files/Public/Recrutamento/ARTIGO-2015-FIADI-ESPANHOL.pdf).
- RAMOS, José. La ética interna del derecho. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2007.
- QUIROZ MONSALVO, Aroldo Wilson. Justicia Digital: Bases para planear por escenarios a partir del CGP [Diapositivas]. Corte Suprema de Justicia Colombia, Sala de Casación Civil. 2020. p. 39.
- SAJ DIGITAL. Justicia digital: Cómo Brasil llegó a ser referencia en tecnología para la justicia mundial. (20, mayo, 2019). [En línea]. [Consultado el: 2 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.sajdigital.com/ministerio-publico-es/justicia-digital/?lang=es>
- SANDEL, Michael. Justicia. Bogotá: Penguin Random House Grupo Editorial. 2017. p. 139.
- TORRALBA. José María. Acción intencional y razonamiento práctico según G.E.M. Anscombe y G.E.M. Anscombe. Pamplona: Editorial Ediciones Universidad de Navarra. 2005. p. 224.
- TOSCANO LÓPEZ, Fredy Hernando Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia” a partir de la teoría de la acción procesal [en línea]. [Bogotá, Colombia]: Revista de la Universidad del Externado. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3486/3472>



# VIRTUALIDAD Y ÉTICA EN LOS PROCESOS JURISDICIONALES

---

*Juan Pablo Sánchez Jiménez, María Gabriela Mejía Gazabón,  
Michelle Adriana Zamora Ligardo, Santiago Yepes Ortega y  
Valentina Rosa Ramos Olivero*

**Tutor:** *Ramón Pacheco Sánchez*  
*Universidad Libre, Seccional Barranquilla*

«La abogacía no se cimienta en la lucidez del ingenio,  
sino en la rectitud de la conciencia»

Ángel Osorio y Gallardo

## Resumen

El presente trabajo expone los novedosos retos deontológicos generados por la adopción de la virtualidad dentro de los procesos jurisdiccionales, teniendo en cuenta su impacto en las relaciones sociales junto con la aplicación de herramientas tecnológicas y la inteligencia artificial como auxiliar del sistema judicial. Adicionalmente se desarrollan los deberes de los actores procesales, la reivindicación de la ética judicial y la deontología jurídica dentro del proceso; realizando un breve desarrollo normativo que finaliza con los impactos del Decreto legislativo 806 del 2020 en el ordenamiento jurídico colombiano, obviando las reglas deontológicas en el marco de la virtualidad de los procesos judiciales.

**Palabras clave:** Virtualidad, ética, deontología, buena fue, procesos judiciales, inteligencia artificial.

## Abstract

This work presents the new deontological challenges generated by the adoption of virtuality within jurisdictional processes,

considering its impact on social relations with the application of technological tools and artificial intelligence as an aid to the judicial system. Additionally, the duties of the procedural actors, the vindication of judicial ethics and legal deontology within the process are developed; carrying out a brief normative development that ends in the impacts of Legislative Decree 806 of 2020 in the Colombian legal system, obviating the deontological rules within the framework of the virtuality of judicial processes.

**Key words:** Virtuality, ethics, deontology, good will, judicial processes, artificial intelligence.

## 1. Introducción

El cambio mundial y el crecimiento exponencial de la tecnología atenuó la presencia de las sociedades dentro de realidades virtuales, esto se potencializó con la llegada de un virus y propició alteraciones en el desarrollo de las relaciones sociales. La virtualidad dejó de ser ese mundo paralelo, el cual solo se necesitaba si se quería encontrar información, a ser una parte necesaria y fundamental de nuestra cotidianidad; esto tuvo un impacto directo en las relaciones humanas y en su desarrollo, además generó un «amplio abanico de innovaciones de proceso y producto en materia de informática y telecomunicaciones ha generado la aparición de nuevas actividades productivas – TICs– junto con la transformación de la industria de los contenidos tradicionales hacia los nuevos formatos digitales» (López, 2015, p.45) por lo tanto, el aislamiento obligó a la ciudadanía a vivir un cambio radical dentro de la propia naturaleza del ser. Esta alteración de la normalidad en la esfera social también afectó la esfera jurídica y normativa, sabiendo que «Los bienes jurídicos son dinámicos, se co-crean en la medida que la realidad de lo social demanda su protección, en multiplicidad de formas y expresiones» (Carreño, 2012, p. 5). Junto a esto, la virtualidad dejó de ser una opción para convertirse en una necesidad. Se alteró el panorama jurídico mediante el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, el cual expide medidas para implementar las Tecnologías de la Información y Comunicación en actuaciones judiciales, agilizar los procesos y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia.

Hay que mencionar, además la importancia de la realidad virtual actual y su influencia en las relaciones interpersonales e intrapersonales de los sujetos; de esta manera, pasan a ser el centro de atención los retos normativos que nacen con el cambio de paradigma generado por la virtualidad. Por esto, surge recapitular la relevancia de la ética en el proceso, se necesita destacar los deberes de las partes: buena fe y lealtad procesal, así mismo, los factores exógenos y/o

extra normativos, se debe propiciar los principios deontológicos en relación con la ética judicial y la ética del abogado; esto llevando a cabo un análisis formal enfocado en el impacto que traen estos cambios en el Derecho procesal colombiano, teniendo en cuenta que «la vida en comunidad a que está destinado el ser humano, sería necio desconocer la necesidad de normas morales y éticas cuya práctica pueda garantizar la armonía social» (Castrillón, 1997, p. 3). A su vez, se desarrollará brevemente la clasificación desde la metaética, la ética normativa con sus valoraciones y criterios, hasta llegar a la ética aplicada y observar los retos del ser dentro del proceso.

## **2. La utilización de las herramientas tecnológicas-informáticas y la virtualidad en las relaciones sociales de la humanidad**

Las nuevas *tecnologías de la información y las comunicaciones* son un conjunto de innovaciones tecnológicas, pero también son herramientas que permiten una redefinición del funcionamiento de la sociedad, un ejemplo de su influencia es el *gobierno electrónico*. Del mismo modo, son aquellos equipos computacionales e informáticos que procesan, almacenan, sintetizan, recuperan y presentan información representada de la más variada forma; son un conjunto de ayudas, soportes y canales para el tratamiento y acceso a la información. Con esto constituyen nuevas maneras de dar forma, registrar, almacenar y difundir contenidos informacionales, teniendo como resultado una herramienta que representa un medio para conseguir otra cosa, por lo que: las tecnologías de la información y comunicaciones son medios y no fines. Algunos ejemplos de estas tecnologías son: la pizarra digital, los blogs, los podcasts, la web, etc.

La utilización de las herramientas tecnológicas y las comunicaciones como herramientas que sirven a las diferentes áreas de las actividades de las entidades públicas y privadas, son un hecho que genera profundos cambios en múltiples aspectos de la humanidad debido al avance exponencial del desarrollo tecnológico que impactó la construcción de la cotidianidad e hizo posible establecer la creación de nuevos modos de interacción social de la humanidad en los últimos años (Castro, 2016). La *tecnología* representa el conjunto de procedimientos que permiten modificar e influir la realidad que el hombre percibe, mientras que la *informática* enfoca su estudio en la creación de dispositivos y sistemas que logren poner en práctica el desarrollo de los objetivos tecnológicos.

Ante esta necesidad, surgen una serie de herramientas que han encajado en la cotidianidad de la población mediante las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación), un Ministerio propiciado por el Gobierno nacional

colombiano para gestionar y facilitar la información de manera más eficiente, que proporciona resultados donde se concretan datos estadísticos sobre la participación de la ciudadanía en los servicios de comunicaciones -sumándose a la universalidad de su utilización en todo el planeta-, realiza campañas que buscan conectar a la nación colombiana mediante centros de acceso comunitario a internet urbano o rural, propone estrategias de apropiación de las tecnologías mediante programas de impacto social, y propicia el desarrollo de la *economía digital* con iniciativas que buscan promover la participación de la sociedad a nivel nacional. Estas propician «las estructuras físicas, a través de tecnologías tales como; la Inteligencia Artificial (IA), el Machine Learning, el blockchain y el internet de las cosas» (Bustamante y Marín, 2021, p. 129) como diferentes maneras de utilizar la tecnología avanzada en las instituciones estatales y en el entorno de la ciudadanía. Con esta innovación tecnológica que ha vivido la mayor parte de la población, la sociedad cambió la forma de ver e interpretar su realidad y de conocer al mundo: la vida cotidiana se empezó a atestar de comunicación, de información y de herramientas que incrementan su presencia en plataformas virtuales, respondiendo a las nuevas necesidades y expectativas.

Con esto, la *virtualidad* tomó gran posicionamiento en la sociedad, la que es definida como el conjunto de realidades o mundos que no están presentes, sin embargo, existen y se están experimentando por medio de extensiones tecnológicas (Velázquez, 2017). Aunque el fenómeno estalló en épocas recientes, las acepciones de *la virtualidad* no son nuevas, su significado se reduce al «proceso imaginario que le permite al hombre entrar en otro proceso de aprendizaje por el cual se puede transformar la realidad y a su vez entenderla» (Martínez et al. 2014, p. 6).

Se concibe el entorno virtual como algo distante a lo que las personas viven en sus relaciones presenciales, pero que, a su vez, ésta conforma la cotidianidad de la población. El mundo ha cambiado y el uso de las tecnologías se ha convertido en una necesidad inminente e importante dentro del desarrollo de las actividades del hombre, de forma que, lo virtual y lo real, que antes eran percibidos distantes, hoy son formas de ver el mundo que existen y, al mismo tiempo, se complementan (Carreño, 2012).

Las herramientas tecnológicas-informáticas, como sinónimo de innovación, y la virtualidad, como la comprensión parcial y complementaria de nuestra realidad actual, generan un fuerte impacto en las relaciones sociales que determinan o intervienen desde situaciones jurídicas hasta momentos de diversión en comunidad. Afectan directamente de forma positiva cuando se deja atrás el monopolio del conocimiento y se logra la posibilidad de mantener una conectividad al instante con múltiples personas a lo largo del mundo, pero

también afectan de manera negativa cuando los seres humanos se encuentran inmersos en una velocidad constante o consumista con poca privacidad y con la presión social de dar a conocer -mediante medios virtuales- unas realidades que verdaderamente no viven; esta última, lamentablemente, genera la formación de grupos sociales inmersos en excesos y llenos de vínculos frágiles, de forma que se perciben cada vez más, en palabras de Zygmunt Bauman, como *productos desechables*.

Considerar la virtualidad como una realidad latente dentro de nuestra cotidianidad, lleva a afirmar la existencia de transformaciones ontológicas, antropológicas y sociológicas del mundo material y social, precisamente por el impacto de la era digital dentro de los vínculos humanos. Perfeccionar la tecnología no es únicamente mejorar la calidad de los sistemas y procedimientos, es lograr el desarrollo constante de esta para propiciar un impacto en pro de la sociedad, de forma que, se desarrollen las relaciones sociales por caminos que busquen la productividad y el conocimiento, no solo de manera física, sino también por medio de creaciones virtuales dispuestas a enriquecer las interacciones intrapersonales -dentro de sí mismo- e interpersonales, dentro de ámbitos sociales y culturales.

### **3. La virtualidad y la inteligencia artificial, noción, su aplicación en los procesos judiciales**

Actualmente la virtualidad es parte fundamental de la vida diaria y, junto a esta, nacen nuevos proyectos tecnológicos de inteligencia artificial que buscan dar cierta autonomía a la informática para mejorar la eficiencia de los sistemas. La creación del internet y la aceptación de la realidad virtual fueron los primeros pasos dentro del desarrollo tecnológico a nivel mundial, de ahora en adelante se aproximan múltiples descubrimientos enfocados en un mayor uso de sistemas computarizados con una menor intervención humana. Debatir y perfeccionar la utilidad de este tipo de instrumentos es importante en el presente y para el futuro, por las diversas problemáticas mundiales como lo fue la pandemia del SARS COVID-19 que afectaron seriamente la presencialidad de las relaciones de las gentes, y llevaron a trasladar la mayoría de las actuaciones, jurídicas y no jurídicas, a través de herramientas tecnológicas.

La *inteligencia artificial* «Es una automatización de actividades que vinculamos con procesos del pensamiento humano, tales como la toma de decisiones, solución de problemas y aprendizaje» (Bahena, 2012). Por esto, su noción general es servir de herramienta, a cualquier área que permita el uso de la informática, para cambiar la realización de las obligaciones de seres humanos a sistemas computacionales inteligentes, capaces de simular la conducta humana.

Son máquinas diseñadas para educarse de manera independiente que empiezan con diversos procesos de programación algorítmica, desarrollados por la informática, y posteriormente, aprenden la forma de contestar ante casos específicos al momento de resolver una problemática.

El derecho es cambiante, precisamente por el movimiento constante de las interacciones sociales. Por consiguiente, el área jurídico-normativa no puede quedarse atrás ante los avances tecnológicos y necesita poseer diversos medios, modernos, eficientes, enfocadas en la informática jurídica, para determinar actuaciones específicas en las que se podría sustituir la presencia de servidores públicos o autoridades judiciales por una evaluación mecánica mediante aparatos programados, de forma que, actúen como auxiliar ante ciertos procesos dentro de la prestación del servicio de justicia, como se ha venido realizando progresivamente en China, Europa y USA. Su aplicación está basada en sustituir parte de la intervención humana -primordial del derecho- para resolver conflictos con base a la ley, de manera que se sigan manteniendo los derechos y garantías de la ciudadanía a pesar de factores externos enlazados a los límites del hombre.

La virtualidad propicia nuevas realidades jurídicas, pero es preocupante la forma en que se administran y regulan estas novedades dentro del sistema judicial. Es inevitable negar que, a simple vista, el uso de sistemas computarizados parcialmente autónomos puede traer beneficios, tales como una mayor disponibilidad y rendimiento, junto con una menor saturación o carga dentro de los despachos; pero ¿verdaderamente la inteligencia artificial puede ser capaz de simular exitosamente, en la actualidad, respuestas ante etapas procesales y extraprocesales que den un mejor paso de soluciones a la justicia?

Esta utilización de la informática trae consecuencias jurídicas importantes que muestran algunos cuestionamientos importantes: el uso de la inteligencia artificial produce actos jurídicos, es decir, en las actuaciones de estas máquinas se manifiesta una voluntad creada que genera consecuencias jurídicas, se entiende la voluntad como «la libertad de actuar con conocimiento. Es un acto de querer y de conocer» (Morales, 2009, p. 18) y, con esto, se reconoce que la «voluntad de comportamiento es tomada en consideración por la norma jurídica para la producción de los efectos jurídicos» (Morales, 2009, p. 22); por ende, se convierte en algo fundamental la solución a posibles problemáticas como la explicación de las decisiones jurídicas y la variabilidad de las actuaciones por parte del sistema informático, debido a la posible omisión de características específicas importantes dentro de múltiples procesos jurídicos. Pero la inteligencia artificial aún no ha logrado los avances universalizados esperados para ser eficaces en el tiempo y movimiento de las actividades judiciales para la solución de los retos en todas las latitudes del planeta.

Las herramientas informáticas y su uso son una realidad dentro del contexto colombiano en el proceso judicial, *la virtualidad*, llegó forzosamente con la pandemia del *SARS COVID-19* dentro del marco del estado de emergencia el Gobierno nacional las implementó en los procesos judiciales mediante Decreto Legislativo 806 del 2020, que determinó el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y prevé agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, así como, las actuaciones de las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

En cuanto a la inteligencia artificial aplicada judicialmente en el territorio colombiano, la página de la Corte Constitucional, en el boletín No. 187 del 15 de diciembre 2020, al referirse al software PRETORIA instruye diciendo que «Hace alusión al “Pretor”, auxiliar de la justicia», dando a entender que:

La herramienta tecnológica, vale la pena precisar, no realizará la selección ni priorización de casos, pero sí auxiliará al juez constitucional a navegar por los millones de folios que se encuentran en los expedientes a través de distintas funcionalidades... en la averiguación de palabras claves en el universo de sentencias y, por último, la generación automática de estadísticas.

Esto se relaciona con las intenciones del alto tribunal sobre el uso de nuevas tecnologías, quienes se encuentran «*ensayando un sistema de inteligencia artificial (IA) bautizado ‘Prometea’, que haría más expedito y preciso el proceso de revisión de fallos de tutela*» (Rivadeneira, 2019)

En cuanto a la digitalización de expedientes, esto un imperativo que conlleva a su vez la actuación mediante audiencias virtuales, la utilización de expedientes electrónicos y la aproximación, cada vez más necesaria, de la inteligencia artificial —que sería el nivel posterior que tarde o temprano se debe dar— el cual se ha venido utilizando para la selección de tutelas en la Corte Constitucional; todos estos cambios son los pasos que la tecnología progresivamente viene ofreciendo.

El Consejo Superior de la Judicatura organizó el «Plan de digitalización de expedientes de la Rama Judicial periodo 2020 al 2022», proceso que se viene dando para facilitar y mejorar los resultados de la Rama Judicial; el Decreto legislativo 806 del 2020 reforma los procedimientos con el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales para agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción y retomar las actuaciones judiciales sin problemáticas por normatividad durante su desarrollo,

tal decreto legislativo tuvo control de constitucionalidad por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-420 de 2020, por la cual se declara su exequibilidad y se hace una división importante dentro de los artículos, dando como resultado los artículos 2º, 3º, 4º (parcial), 5º, 6º (parcial), 7º (parcial), 8º (parcial) y 11º aquellos que tratan medidas que permiten el uso de las TIC en los procesos judiciales; y artículos 4º, 6º, 7º y 8º (parciales), 9º, 10º, 12º, 13º, 14º y 15º aquellos que abarcan medidas dirigidas a dotar, de agilidad a los procesos judiciales, evitar la presencialidad en los despachos y reducir la congestión judicial. Esto sin dejar atrás que, implementar la virtualidad dentro de la vida jurídica del Estado ha sido un proceso que también involucra a la Ley ordinaria 2080 del 25 de enero de 2021 por la cual se reforma el Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones con respecto a la descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción teniendo en cuenta la necesidad de los medios virtuales implementados por el Decreto legislativo 806 del 2020.

Se ha impuesto en todos los ámbitos la aceptación de la *virtualidad* como parte fundamental de la realidad cotidiana universal, con esto se admiten los cambios jurídicos que nacen del uso inevitable de la tecnología. No se puede negar que, con la pandemia, todo cambió debido a la necesidad de aislarse para evitar la propagación del virus y sus efectos letales, por esto casi todas las actividades se concretaron al *trabajo en casa* y gran parte de las industrias alrededor del mundo se paralizaron, puesto que, solo las más necesarias e imposibles de realizar sin sitios de trabajo específicos se racionalizaron con ciertas limitaciones. Se tuvo que innovar y la justicia -en muchas latitudes- hubo que reorientarla normativamente, por lo que los procesos judiciales fueron adecuados a organizar expedientes electrónicos, a la digitalización de los mismos y a desarrollar las audiencias virtualmente, en busca de lograr una justicia pronta y cumplida para permitir una reactivación de la justicia a través de nuevas herramientas digitales. Es una solución en medio de restricciones y confinamiento, pero también es una obligación por parte del Estado de mejorar los despachos judiciales, dotar de los medios tecnológicos a los juzgados, y capacitar a los funcionarios o empleados judiciales para asegurar el cumplimiento de las regulaciones procesales; todo esto teniendo en cuenta que:

El contexto contemporáneo de la cuarta revolución industrial exige una redefinición de las estructuras judiciales tradicionales, una transición, desde sistemas procesales escriturales, orales o mixtos, hacia aquellos que incorporen las TIC en la actividad diaria de los sujetos procesales, tanto para las partes de la relación jurídica procesal, como para el juez (director del proceso), los auxiliares de la justicia y demás intervinientes del litigio. (Bustamante y Marín, 2021, p. 142)

El uso de la inteligencia artificial cada vez se siente más cerca en la realidad universal y dentro del entorno colombiano, de modo que, se ha demostrado en otras latitudes del planeta «que el conocimiento jurídico puede ser modelado para crear programas informáticos que puedan simular procesos cognitivos» (Bahena, 2012), pero antes de desarrollar adecuadamente estas máquinas en las etapas procesales, es principal asegurar el cumplimiento de las garantías dentro de los nuevos cambios enfocados a la digitalización y virtualización de la justicia, que estimamos facilitará más y mejor la implementación de la inteligencia artificial. Es entendible el afán por lo novedoso y la necesidad de avanzar conforme las alteraciones de la sociedad, pero también es de gran importancia tener en cuenta la norma base de nuestro ordenamiento jurídico, que determina los derechos y obligaciones de la ciudadanía, la cual debe siempre prevalecer delante de las normas que nacen de esta para tener aplicaciones más específicas.

#### **4. La prevalencia de la ética de los actores en las actuaciones judiciales.**

El proceso de transformación digital judicial es la priorización conjunta del Gobierno Nacional y la Rama Judicial, la sinergia entre los dos es trascendental para avanzar en la tecnologización de justicia, su progreso es producto del «aporte y trabajo de las Altas Cortes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Ministerio de Justicia y del Derecho» (Consejo Superior de la judicatura, 2020, p. 2), esto conlleva retos normativos y extra normativos; donde es habitual, los cambios generan nuevas vertientes que se deben llenar.

Evidentemente, los deberes de los sujetos procesales están dentro del sistema jurídico colombiano, esto manifestado en los apartados constitucionales, legales y reiterados jurisprudencialmente; la lealtad y la buena fe, se erigen en la estructura jurídica como la piedra angular de la ética profesional, sin embargo, la ley representa el mínimo ético que puede exigirse (Salinas Martinez, 2015).

En efecto, la Corte Constitucional, parafraseando a JEANNEAU con relación al principio de la buena fe, menciona que este es:

Uno de los principios generales del derecho consagrado, en el artículo 83 de la Constitución, el cual gobierna las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos, y que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico, informa la labor del intérprete y constituye un decisivo instrumento de integración del sistema de fuentes colombiano (Sentencia C-131, 2004, p. 12).

De esta manera, «al reivindicar su condición de principio general, presupone que es anterior y está por encima de la legislación positiva y que, en razón a ello, permea todo el sistema jurídico» (Ospina Sepúlveda, 2010, p. 194), no obstante, omite que la constitucionalización de este principio y la inclusión en textos legales, lo transforma de un mero principio general del derecho a una norma de aplicación directa, nada de lo expuesto hasta aquí, significa que pierda los efectos que produce el principio a nivel interpretativo e integrador dentro del ordenamiento jurídico (Valdes Florez, 1990), asimismo, trata de reivindicar la eficacia directa y la aplicación inmediata del principio en cualquier tipo de relación entre el Estado y los particulares (Ospina Sepúlveda, 2010, p. 193).

Consideremos ahora que este principio «no es absoluto, por cuanto no es ajeno a limitaciones y precisiones» (Sentencia C-131, 2004, p. 13), por lo tanto, conceptualizar con base a las interpretaciones de las altas Cortes en los escenarios constitucionales que se han presentado hasta la actualidad, permite entender cómo se adecua en casos concretos, en esencia:

La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte, es la manera usual de comportarse; y de la otras, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe. (Sentencia C-544, 1994, p. 41)

En este punto cabe resaltar, la diferencia entre principios, valores y reglas trazado por la Corte Constitucional; su aplicación inmediata y las prescripciones jurídicas que se imponen, en este sentido, muestran el alcance de la buena fe como el resto de los principios constitucionalizados en la Carta Magna, el Magistrado Ciro Angarita Barón aclara:

Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y

sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden (Sentencia T-406, 1992).

Es innegable que el principio de buena fe fue desarrollado levemente en el Código Civil, es el caso del artículo 764, 1603, etc. Pero de manera puntual en temas contractuales, de la misma manera, el Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) en su artículo 863: «Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen»; o el artículo 871: «Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen», es con la llegada de la Constitución del 91 que su reglamentación permea todo el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, este principio se erige cimiento dentro de toda la estructura jurídica colombiana, a la vez, como base hermenéutica para aplicación de reglas jurídicas y fuente integradora en caso de lagunas normativas (Ospina Sepúlveda, 2010), además de ser:

Puntos de referencia básicos a tomar en consideración en las reformas legislativas ya que, de lo contrario, las futuras leyes podrán contradecir, distorsionar o no guardar coherencia con el sistema procesal, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello puede generar (Picó i Junoy, 2013, p. 14).

Dicho lo anterior, el abogado, es decir, aquel «licenciado en derecho que ofrece profesionalmente asesoramiento jurídico y que ejerce la defensa de las partes en los procesos judiciales o en los procedimientos administrativos» (Real Academia Española, 2021), cumple un rol fundamental para encontrar la verdad y la justicia en toda sociedad, en la actualidad, nuestra profesión es constantemente embestida con multitud de críticas tanto del ciudadano común con famosos refranes como de escritores famosos tal es el caso de Goethe, Cervantes, Anacharsis (alumno del sabio Solón), etc.

Todas estas expresiones agrias y satíricas se refieren a las corruptelas que se dan en la elaboración y sobre todo en la aplicación del Derecho; ponen en solfa a los jueces venales y a quienes se dejan incluir por los poderosos; y propinan censuras los abogados enredones y a quienes miran su propio beneficio (Recaséns Siches, 1955, p. 64).

Por el contrario, nuestra profesión debe estar ligada a la responsabilidad inminente frente a la comunidad, nuestra misión es con la sociedad donde

nos desarrollamos, la profesión jurídica no debe asociarse con actividades que buscan el beneficio personal (Siqueiros, 2009), Recasens atribuye esta falta al «sentimiento doloroso que produce el contraste entre la justicia ilimitada y la relativa del Derecho positivo y el afán de una justicia perfecta» (Recaséns Siches, 1955, p. 65).

La abogacía se encuentra en tela de juicio, la desconfianza en los abogados y jueces es un hecho, en los alrededores de los despachos judiciales se escuchan «donde está ley, está la trampa», «abogado, juez y doctor, cuanto más lejos mejor», «buen abogado, mal vecino», «con toga de abogado, anda mucho idiota disfrazado», entre otros. Todos estos direccionados a la acusación habitual que los licenciados en Derecho han olvidado o poco practican: la ética.

Antes de entrar a examinar las reglas deontológicas de la abogacía, debemos comenzar por definir la ética:

La ética suele definirse como el estudio de lo que es bueno o malo en las diversas actividades del hombre. En forma más amplia (...) el esfuerzo sistemático de la razón de nuestras experiencias morales, personales y sociales. Así, esto nos permite determinar las reglas que deben gobernar la conducta y valores a observar durante nuestra vida. Dicho esfuerzo debe de ir más allá de lo que cada persona debe hacer en su vida diaria considerando su moralidad (Caraveo V, 2007, p. 1)

Las experiencia moral es referida a la calificación de una conducta como buena o mala, si es debida frente al supuesto o no debida, es en esencia dicotómica; esto se realiza cotidianamente, según Kant, hay dos experiencias fundamentales en la vida de los seres humanos, la primera, es la relación con el mundo de los objetos, la segunda, las acciones que sentimos, mientras la primera es la relación con objetos de nuestra vida cotidiana, la segunda es la profunda separación del *yo* y el objeto, un deber que no está “sobre”, ni “hacia”, sino “en mí”, estas calificaciones tienen el grado de ser universales, pues se dirigen a las acciones tanto de los demás como del *yo*, la experiencia a la que nos referimos finalmente juzga si tales conductas son buenas o malas, no son obligaciones jurídicas; el deber que tienen el hombre frente a los demás independiente de la existencia de una normatividad vigente, la experiencia de ese deber mencionado es lo que se denomina como experiencia moral (Mendez Baige, 2003).

Ahora bien, para jerarquizar hasta llegar a la ética del abogado y la ética judicial como parte de la ética aplicada, debe tenerse en cuenta lo siguiente: En un primer nivel se ubica la ética analítica o metaética, cuya finalidad es analizar el significado de las aserciones morales y evaluar la posibilidad de respaldarlas por medio de una justificación racional. En un segundo nivel se identifica a la

ética normativa, cuyo propósito es justificar cuáles son los principios morales válidos y, consecuentemente, las acciones o instituciones que pueden ser consideradas justas o injustas. Por último, en un tercer nivel se halla la ética aplicada, que, como su nombre lo indica, se limita a subsumir las prescripciones o exigencias que surgen de la ética normativa dentro de un área de estudio determinada (De fazio, 2019, p. 101).

En este punto, cabe preguntarse : ¿Cuáles son deberes y principios que orientan al buen abogado y buen juez?, ¿Por qué han de considerarse validos? Teniendo en cuenta, las distintas acepciones que existen dentro de la etica normativa o teoria etica (Mendez Baige, 2003), se evaluara bajo las tres concepciones basicas que se pueden aplicar al marco que hemos trazado hasta ahora; la primera de ellas, es la etica de la virtud, «sostiene que una conducta es correcta si y solo si es ejecutada por un individuo virtuoso» (De fazio, 2019, p. 103), para Aristoteles la vitud es de dos especies: intelectual y moral, estas no son procendentes de la naturaleza, es decir, no se nace virtuoso; se adquieren las virtudes ejercitandolas, a medida que comenzamos a llevar a cabo estos actos nace el habito, por eso aprender estos habitos en la adolescencia para Aristoteles lo es todo; los actos de justicia y/o templanza, son los que llevan a cabo los hombres justos, estos actos no hacen virtuoso al ser en si por ser tales actos, estos deben ser ejecutados con disposicion, eleccion y animo firme e inamovible, el ser que accione debe hacerlo de manera que lo hagan los justos y temperantes; descarta de inmediato que la virtud pertenezca al genero de las pasiones y potencias, es propio de los habitos (349 a.C / 2017). En si, «la virtud del hombre sera entonces aquel habito por el cual el hombre se hace bueno y gracias al cual realizara bien la obra que le es propia» (Aristoteles, 349 a.C / 2017, p. 38).

El segundo de ellos, son los pertenecientes a la ética teleologica, una acción es buena o no de acuerdo con el *telos*, es decir, el fin (Mendez Baige, 2003), dentro de esta gama encontramos al consecuencialismo o utilitarismo, la idea general es que lo bueno debe orientarse a la maximización del bienestar del mayor numero de personas, lo importante se concentra en las consecuencias, así, por ejemplo: «siempre que se demuestre que una conducta X produce el estado de cosas A, y que ese estado de cosas A maximiza a la utilidad general, entonces debe concluirse que la conducta X es correcta» (Farrell, 2003, p. 150).

El último, la ética deontologica, donde destaca la ética kantiana, «aspiran a organizar los deberes en un sistema de principios lo mas breve y claro posible que permita una limpia deduccion de unos deberes de otros y una clara conexión de los mismos con las acciones humana tipicas» (Mendez Baige, 2003, p. 32).

Para el interés del lector:

La ética se le conoce también como deontología que se constituye en la ciencia de los deberes de una determinada profesión, en definitiva, son los efectos prácticos que se encuentran adaptados a nuestras realidades y condiciones dadas en la en el desarrollo de esa actividad. La deontología es un término que proviene del griego *deóndéontos*, deber y *logos*, tratado, doctrina, que puede traducirse como “*lo que debe hacerse*”; deontología es la ciencia que trata de los deberes ( Carrillo Velarde, 2010, p. 33).

Para simplificar, se adhiere al deontologismo como base de la ética aplicada en el caso concreto, la deontología jurídica y la ética judicial, la primera la definiremos como la *ciencia que mediante el derecho y la moral, prescribe los deberes morales, éticos y jurídicos en cabeza del abogado con la sociedad* y la segunda, acogemos el siguiente concepto: «la ética judicial es una parte de la ética aplicada que se caracteriza por prescribir un deber en cabeza de los jueces de tomar decisiones conforme con el sistema jurídico de manera independiente, imparcial y motivada» (De fazio, 2019, p. 101).

Los deberes Profesionales del Abogado se encuentran positivizados la Ley 1123 de 2007, en un principio se complementaba con el artículo 47 del decreto 196 de 1971, *Estatuto del Abogado*, el cual, fue derogado parcialmente por el actual Código Disciplinario del Abogado (Olano García, 2016).

Para no citar *in extenso* la norma, se resume de la siguiente manera: Obra según ciencia y conciencia; 2. principio de probidad profesional; 3. principio de independencia profesional; 4. principio de libertad; 5. principio de dignidad y decoro profesional; 6. principio de diligencia; 7. principio de corrección; 8. principio de desinterés; 9. principio de información, 10. principio de reserva; 11. principio de lealtad procesal, y 12. principio de colegialidad (Monroy Cabra , 1987, p. 22)

La ética representa la necesaria existencia de pautas primordiales o criterios rectores destinados a garantizar la armonía en la vida social, por esto las normas de primer grado no son tan reglamentarias o precisas, pero existen, forman parte del espíritu social (Botero, 1999) y resultan necesarias dentro de la administración de la justicia. Con esto, se infiere que las leyes y los jueces buscan determinar lo mínimo que el individuo tiene derecho a exigirle a aquellos con quienes convive en sociedad (Savater, 2002), de forma tal, que el comportamiento de los servidores públicos per sé debe de representar el ideal de la justicia, es decir, deben ser acordes a las bases éticas del derecho. Esto se ha logrado regular mediante la creación de códigos disciplinarios que representan los deberes y obligaciones que han de cumplirse en el ejercicio de la abogacía para asegurar el «interés general inherente en el ejercicio profesional de la abogacía y en la protección de los derechos de terceros» (Sentencia C-398, 2011, p. 29).

## 5. La ética aplicada en la virtualidad de los procesos judiciales

La ética abarca el mundo de las relaciones humanas, es decir, es propia del ser humano, error eventual es encasillar los deberes y prescripciones morales en la virtualidad y las herramientas que proporciona, precisamente porque no es un acto racional libre y voluntario, no comprende, no es resultado de una reflexión y/o análisis de las conductas y valores morales para posteriormente calificar si es debida o indebida una acción determinada. Los instrumentos tecnológicos no han sido perpetuos, por lo que han surgido de la mente de hombres brillantes en el transcurso de la historia de la humanidad, a diferencia de la ética y la moral, estas no mueren con el transcurso del tiempo, en esencia, las herramientas tecnológicas son meros medios para la consecución de fines, por lo cual, no se trata de desconocer los beneficios producto de la explosión creativa de selectos seres humanos; se trata de evaluar los desafíos que generan los nuevos medios para la consecución de los fines preestablecidos.

Considerando que «las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación o realización de las normas objetivas materiales; y son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en casos concretos» (Devis Echandia, 1976, p. 4), en efecto, para analizar el contenido de las normas procesales debemos conocer el propósito del proceso, la Corte

Constitucional esclarece: «los procesos tienen como finalidad demostrar la verdad» (Sentencia C-426, 1997, p. 14).

De esta manera, existen diversas razones para una reforma jurídica, el Derecho sufre alteraciones constantes a medida que, surgen nuevos patrones fácticos, o vínculos jurídicos que antes no se tenían estimados, se pueden considerar las siguientes:

Primero, la evolución de la vida en sociedad, que acarrea el desarrollo de las instituciones jurídicas, una forma de vida codificada. En segundo término, la crisis, esto es, la insuficiencia, impertinencia o inconsecuencia de la norma en su labor característica: conducción de las relaciones sociales y solución de los conflictos: administradora, pues, de la paz y de la contienda. Por último, la innovación técnica, la ilusión reformadora, la imitación lógica o extra-lógica. El movimiento en las convicciones éticas puede poner en marcha esas fuentes productoras de reforma, sobre todo la primera y la segunda: una profunda crisis moral puede exigir una profunda reforma jurídica. (García Ramírez, 1977, p. 577)

Los cambios se han presentado repentinamente, la adaptación a lo que equívocamente se ha denominado “nueva normalidad”, brota de un virus que

generó una verdadera crisis sanitaria. Asimismo, evidencia la capacidad de los sistemas judiciales para aceptar, adherir y desarrollar con enfoques innovadores las medidas pertinentes para garantizar la disponibilidad de los servicios de justicia, en contraste con las medidas que distancian el contacto entre personas (OCDE, 2020).

El Estado colombiano, expidió más de 200 Decretos para controlar la propagación del virus *SARS COVID-19*, es necesario recalcar que no es objeto de este trabajo realizar una la línea explicativa de cada uno de ellos, se mencionarán los relevantes, y se alude con mayor profundidad al Decreto 806 de 2020, por ser el que modifica parcialmente las normas procesales en cuestión.

El artículo 95 de la Ley 270 del año 1996 (estatutaria de la administración de justicia), es visto como el *santo grial* de la implementación de las TIC en la administración de justicia, el legislador enfocó el lente hacia una digitalización de la justicia:

El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información. (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 1996, p. 38)

Con posterioridad, el Código General del Proceso reglamentaba al unísono lo que proveyó el legislador en la ley antes mencionada, en su artículo 103 manifiesta:

En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura. (Código General del Proceso, 2012, p. 51)

Asimismo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) expresaba en su artículo 186:

Todas las actuaciones judiciales susceptibles de surtirse en forma escrita se podrán realizar a través de medios electrónicos, siempre y cuando en su envío y recepción se garantice su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan acusar recibo de la información recibida, a través de este medio. (Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011, p. 78)

Actualmente modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 del 2021 por medio del que se «dictan otras disposiciones en materia de descongestión en

los procesos» (Reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administraivo, 2021, p. 23); ¿Qué se quiere decir con este breve trazo normativo?, en resumen: la institución paulatina en el ordenamiento jurídico colombiano de la utilización de las TIC en los procesos judiciales.

A partir de la expedición del Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, se dispuso:

Que, con el propósito de limitar las posibilidades de propagación del nuevo coronavirus Covid 19 y de proteger la salud del público en general y de los servidores públicos que los atienden, se hace necesario expedir normas de orden legal que flexibilicen la obligación de atención personalizada al usuario se permita, incluso, la suspensión de términos legales en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales, así como disposiciones tendientes a generar eficiencia administrativa en el sector público. (Decreto 637, 2020, p. 13)

De conformidad con la situación, el Consejo Superior de la judicatura mediante los Acuerdos pcsja20-11517, pcsja20-11518, pcsja20-11519, pcsja20-11521, pcsja20- 11526, pcsja20-11527, pcsja20-11529, pcsja20-11532, pcsja20-11546, pcsja20-11549 y pcsja20-11556, suspendió los términos judiciales de la mayoría de los procesos, acordó el trabajo en casa, el uso de las TIC como regla general para el trámite de los procesos judiciales, y medidas de bioseguridad para la prestación presencial del servicio.

Aun con la emergencia declarada en el Decreto 417 de 2020, las medidas agravan la situación para prestar el servicio de justicia, no se conocía en su plenitud el virus, las consecuencias económicas, sociales y jurídicas, comenzaban a manifestarse por lo que se ve necesario reactivar la administración de justicia:

Que dicha situación ha tenido graves consecuencias tanto en materia de acceso a la administración de justicia, así como en relación con los sujetos que actúan ante las autoridades judiciales. Así, los ciudadanos se han visto limitados en sus posibilidades de acudir a la justicia para reclamar sus derechos o dirimir controversias; de igual manera, se ha ocasionado una grave crisis económica para los abogados litigantes y sus trabajadores, cuando aquellos han constituido sociedades para la asistencia y defensa legal, quienes no han podido continuar con la labor de la que derivan su sustento y que depende del desarrollo de las etapas procesales. (Decreto 806, 2020, p. 8)

Dentro de este contexto se expide el Decreto 806 de 2020:

Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de

justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.  
(Decreto 806, 2020, p. 1)

Existe en este marco, la necesidad de confrontar los problemas generados por la crisis sanitaria y tomar medidas urgentes que reanuden los términos procesales, también la posibilidad de acudir a la administración de justicia y garantizar la continuidad del servicio público de justicia, además, permitir a todos aquellos que ejercen la abogacía y servidores públicos la subsistencia. (Decreto 806 , 2020)

Entramos pues, al análisis de las normas de interés de este trabajo dentro del Decreto 806 de 2020, teniendo en cuenta los argumentos de la honorable Corte Constitucional, con respecto al control de constitucionalidad de los Decretos expedidos bajo el amparo del Estado de emergencia, es decir, el examen formal y material del Decreto *sub examine*.

En primer lugar, el examen formal contiene tres requisitos fundamentales que debe analizar la Corporación, estos son: «(i) la suscripción por el Presidente de la República y por todos sus ministros; (ii) la expedición en desarrollo del Estado de excepción y durante el término de su vigencia, y (iii) la existencia de motivación» (Sentencia C-420, 2020, p. 53) La corte declara que el Decreto cumple absolutamente todos los presupuestos formales antes mencionados: «La Sala Plena constata que el Decreto Legislativo *sub examine* satisface los requisitos formales previstos por la Constitución Política y por la LEEE para su expedición» (Sentencia C-420, 2020, p. 75).

En segundo lugar, el examen material, con ello los juicios de constitucionalidad de (i) finalidad, (ii) conexidad, (iii) motivación suficiente, (iv) incompatibilidad, (v) necesidad, (vi) no discriminación, (vii) no contradicción específica, (viii) proporcionalidad (ix) ausencia de arbitrariedad e (x) intangibilidad.

Frente a los 5 primeros juicios, la Corte reivindica:

La Sala precisó el alcance de los juicios de finalidad, motivación suficiente, conexidad material, incompatibilidad y necesidad y concluyó que las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 806 de 2020 están directa y específicamente relacionadas con el Estado de excepción declarado en el Decreto 637 de 2020, y son idóneas y necesarias (Sentencia C-420, 2020, p.191)

Asume que el Decreto Legislativo satisfizo juicio de no discriminación, en conformidad con el juicio de no contradicción específica y proporcionalidad: «la Corte concluyó que, en general, el Decreto Legislativo 806 de 2020 satisfacía estos dos juicios» (Sentencia C-420, 2020, p.191); por último, menciona que el Decreto cubre los juicios de ausencia de arbitrariedad e intangibilidad, debido a que:

(i) no suspenden o vulneran el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales (cfr., al respecto lo señalado, in extenso, en las secciones 13.6 y 13.7 supra), (ii) no interrumpen el normal funcionamiento de las Ramas del poder público y de los órganos del Estado y (iii) no suprimen ni modifican los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento. (Sentencia C 420, 2020, p. 190)

Ahora bien, ¿Cómo se conecta la virtualidad con las reglas deontológicas de la abogacía?

El cambio de los medios no produce un cambio en los fines. Eventualmente, la academia valorara la eficiencia de estos, y comparándolo con los demás existentes se logrará observar cual es el ideal; la actual discusión se presenta por la vigencia del Decreto anteriormente examinado: la viabilidad de una prórroga indefinida o la incorporación de las normas expedidas en los estatutos procesales vigentes; se omite la discusión frente los deberes de las partes en un litigio virtual, el cambio de paradigma en el proceso enfrenta los más profundos valores morales en las actuaciones procesales, asimismo, los nuevos escenarios jurídicos a los que se enfrenta la completa digitalización de la justicia. No se trata pues, de la falsa dicotomía entre: litigio virtual o volver a la edad de las cavernas.

Los escenarios jurídicos omitidos comienzan a observarse en el transcurso del proceso producto de la virtualidad, tales como el poco dominio que tiene el juez dentro de la audiencia, el poco control del espacio virtual otorga la posibilidad de elementos probatorios impuros; la sagacidad o astucia del abogado puede definir el curso del proceso en provecho suyo, debido a la falta de manejo que puede tener el juez con las herramientas tecnológicas. Asimismo, se crean dos nuevas problemáticas en el curso del proceso: la adaptación de los servidores, jueces, agentes del ministerio público con las herramientas tecnológicas y la colaboración de las partes para encontrar la verdad.

Se toma la clasificación realizada por la Corte Constitucional bajo dos ejes temáticos: el primero de ellos corresponde del artículo primero al cuarto del Decreto 806 del 2020, esta Corporación la asume como «las reglas generales para la implementación de las TIC en los procesos judiciales y los deberes de los sujetos procesales y autoridades judiciales en relación con el uso de estas tecnologías» (Sentencia C-420, 2020, p. 59), el segundo eje es «modificaciones a los estatutos procesales ordinarios, en particular, a la práctica y trámite de diversos actos procesales y actuaciones judiciales» (Sentencia C-420, 2020, p. 59).

Punto que reivindica el inciso 3 del artículo 3 del mencionado Decreto legislativo «todos los sujetos procesales cumplirán los deberes constitucionales y legales para colaborar solidariamente con la buena marcha del servicio público de administración de justicia» (Decreto 806, 2020, p. 15); por lo cual debe reiterarse

que: «En la época moderna, debe triunfar quien tiene la razón. Para ello, la inteligencia y la astucia deben aparecer cumpliendo la función de mostrar la verdad de los hechos, para que sobre ella se construya la sentencia» (Parra Quijano, 1996, p. 5), más allá de las sanciones de las sanciones penales y disciplinarias, nos encontramos con el peligro de que no se dé una sentencia justa.

De esta manera, podemos observar que la virtualidad en los procesos judiciales es la *llave correcta* para la situación particular, las propiedades de las herramientas tecnológicas encajan con la realidad actual de un mundo que distancia las relaciones sociales, no significa que tengo una cualidad intrínseca adaptable a todas las particularidades del derecho, existe una propiedad relacional entre la herramienta y el contexto específico; inútil será sostener que la virtualidad es el fin en sí misma, lo que en efecto la hace necesaria y correcta, es la idoneidad que le corresponde frente a la necesidad particular.

De esta manera, se asume el papel importante de la deontología en relación con las posibles situaciones que se presenten en provecho personal de los abogados:

La deontología como toda norma, se inserta en el universo del Derecho en la que exige una adecuación, claridad, precisión, y si existe cualquier modificación o cambio, es lógico que obliga a adaptar esa norma a esa nueva realidad legal o social; esos cambios no pueden crear resistencias, ya que al unísono los profesionales del derecho, habrá más bien que desarrollar, ampliar y cualificar esas normas, en beneficio de esa sociedad. ( Carrillo Velarde, 2010, p. 35)

En consecuencia, hay que recordar que uno de los valores fundamental en un Estado Social de Derecho es la justicia, y:

La verdadera justicia no lo alcanzaremos únicamente siendo observadores o con participaciones mínimas en las actuaciones judiciales; lo lograremos cuando adentrados de los problemas sociales, *con moral y ética*, tengamos en la práctica comportamientos que brinden a la sociedad, la suficiente confianza. ( Carrillo Velarde, 2010, p. 15)

## Conclusiones

«Lo mejor de la inteligencia artificial es que  
todavía necesita a las personas»

Jaron Lanier

1. La vida después de la pandemia generada por el SARS COVID-19 no volverá a ser igual, la presencia de la virtualidad dentro de la sociedad es un punto sin retorno donde solo queda avanzar y mejorar las herramientas tecnológicas para el beneficio de la población.

2. El uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) es solo el inicio por lo que, se va a seguir trascendiendo en el escenario informático para la creación de nuevas tecnologías, como la inteligencia artificial, dentro del sistema de justicia. La normatividad del Estado Colombiano y del planeta se ha modificado para incluir la necesaria presencia de la tecnología a distancia, y se debe propiciar la prevalencia de las normas generales del derecho para asegurar que no van a haber falencias en el proceso que afecten los derechos de la ciudadanía.
3. Se define la deontología jurídica como la *ciencia que mediante el derecho y la moral, prescribe los deberes morales, éticos y jurídicos en cabeza del abogado con la sociedad* y se adhiere al concepto de ética judicial de Federico de Fazio; los retos normativos que surgen de los cambios en las normas procesales crean nuevos retos deontológicos, reafirmar lo que el Maestro Gerardo Monroy Cabra ha mencionado como: *volver al sentido primitivo de la abogacía*, donde la única forma de purificar el Derecho es el aumento de actuaciones deontológicas, la orientación del abogado debe ser siempre obrar con moralidad y rectitud de conciencia
4. El desafío próximo es la capacitación de los servidores judiciales, de la misma manera, el obrar en virtud de encontrar la verdad por parte de los profesionales del Derecho, si bien es cierto que los numerosos Decálogos del abogado se pierden en la generalidad y son referenciado como escritos motivacionales, actualmente, es necesario revisar los fines de esta bella profesión.
5. La virtualidad no es un fin *per se*, es y siempre será un medio, por lo cual, flexibilizar conlleva la susceptibilidad de maniobrar a voluntad del ser humano, por ello, reivindicar las reglas deontológicas y perseverar por la completa adaptación a la virtualidad es el verdadero reto de la digitalización de la justicia.

## Referencias

- Carrillo Velarde, M. V. (2010). *Deontología jurídica y principios constitucionales*. Riobamba: Casa de Cultura ecuatoriana .
- Aristoteles. (349 a.C / 2017). *Etica Nicomachea*. Bogota : Solar .
- Bahena, G. (2012). La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho. *Alegatos*, 82, 827–846. <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/download/205/184>
- Boletín No. 187, de 15 de diciembre 2020, Corte Constitucional. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?PRETORIA,-sistema-inteligentedela-Corte-Constitucional-para-apoyar-la-selecci%C3%B3n-de-tutelas,-es-premiadacomo-mejor-herramienta-de-modernizaci%C3%B3n-en-materia-de-justicia-por-la-CEJ> 9031

- Botero, D. (1999). Teoría social del derecho (3era edición). Universidad Nacional de Colombia.
- Bustamante, M., & Marín, J. (2021, junio). JUSTICIA DIGITAL EN COLOMBIA: ¿MITO O REALIDAD? *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 373, 107–130.
- Carreño, D. (2012). El derecho en la era de la virtualidad. Nuevas realidades, nuevo derecho virtual. *Ars Boni et Aequi*, 8(2), 250–276.
- Caraveo V, J. A. (2007). La etica legal en los Estados Unidos de America. *Synthesis*, 1-3.
- Carreño, D. (2012). El derecho en la era de la virtualidad. Nuevas realidades, nuevo derecho virtual. *Ars Boni et Aequi*, 8(2), 250–276.
- Castrillón, S. (1997). La ética, el derecho y el abogado. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 98, 77–88.
- Castro, G. (2016). Las relaciones interpersonales en el ciberespacio. *Kairos*, 8. <https://www.revistakairos.org/las-relaciones-interpersonales-en-el-ciberespacio/>
- Congreso de Colombia. (1996, 15 de marzo). *Ley Estatutaria de la administración de Justicia*. Diario oficial No. 42.745.
- Congreso de la Republica . (2011, 18 de enero). *Codigo de Procedimiento Administraivo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial No. 47956.
- Congreso de la Republica . (2012, 12 de julio). *Codigo General del Proceso*. Diario Oficial No. 48.489.
- Congreso de la Republica. (2021, enero 25). *Reforma al Codigo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administraivo*. Eva- gestor normativo.
- Consejo Superior de la judicatura. (2020). *Expediente electronico y dimensionamiento para la transformacion digital*. Bogota.
- De fazio, F. (2019). Sobre el concepto de etica judicial. *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Número 22.*, 100-111.
- Devis Echandia, H. (1976). *Compendio de Derecho Procesal*. Bogota: Editorial ABC.
- Farrell, M. (2003). La ética de la función judicial. *En Malem, Jorge, Orozco, Jesus y Vasquez, Rodolfo. La funcion judicial etica y democracia*, 147-162.
- Garcia Ramirez, S. (1977). Los valores en el Derecho Mexicano. Una aproximacion. *Fondo de cultura economica-UNAM*, 577-589.
- Martínez, L., Leyva, M., Félix, L., Cecenas, P., & Ontiveros, V. (2014). Virtualidad, ciberespacio y comunidades virtuales (1.a ed.) [Libro electrónico]. Red

- Durango de Investigadores Educativos, A. C. <http://www.upd.edu.mx/PDF/Libros/Ciberespacio.pdf>
- Mendez Baige, V. (2003). Éticas teleológicas y deontológicas: una aproximación. *En medicina crítica práctica. Decisiones terapéuticas al final de la vida*, 19-36.
- Monroy Cabra, M. G. (1987). Ética del Abogado. *Dikaion # 1 Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, Bogotá, D.C.*, 16-26.
- Morales, R. (2009). Hechos y actos jurídicos. *Foro Jurídico*, 09, 14–24. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18509/18749>
- López Arboleda, G. M. (2015). CLIC: implicaciones de la virtualidad globalizada en el sujeto. Universidad Católica Luis Amigó. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unilibre/127465>
- OCDE. (2020). *Access to justice and the COVID-19 pandemic: compendium of country practices*. Law on justice foundation.
- Olano García, H. A. (2016). *Responsabilidad profesional del abogado e historia del derecho*. Bogotá: Producto del Grupo de Investigación en Derecho, Ética e Historia de las Instituciones “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé”.
- Ospina Sepúlveda, R. J. (2010). Principio de la buena fe y la responsabilidad de administración pública. *Tendencia de los Principios de Legalidad y de la Buena Fe en los ámbitos de decisión de la administración pública*, 192-215.
- Parra Quijano, J. (1996). CRISIS DE LA NOCIÓN CLÁSICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Vol. 20(Núm. 20). <https://doi.org/10.32853/01232479.v20.n20>
- Picó i Junoy, J. (2013). *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: José María Bosch editor.
- Presidencia de la República. (2020, 6 de mayo). *Decreto 637*.
- Presidente de la República de Colombia. (2020, 4 de junio). *Decreto 806*.
- Real Academia Española. (12 de julio de 2021). Obtenido de Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]: <https://dle.rae.es/abogado>
- Recaséns Siches, L. (1955). ¿Oficio noble o diabólico?: las antinomias de la profesión jurídica. *Revista de la Facultad de Derecho, México, número 17-18*, 59-95.
- Rivadeneira, J. (2019, 22 marzo). Prometea, inteligencia artificial para la revisión de tutelas en la Corte Constitucional. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/prometea-inteligencia-artificial-para-la>

- Salinas Martínez, C. (2015). *Ética del Abogado. Ética Jurídica*, 77-83. Savater, F. (2002). *Ética Para Amador* (35a. ed). Ariel.
- Sentencia C-398, D-8344 (Corte Constitucional 18 de Mayo de 2011). Sentencia C-131, D-4599 (Corte Constitucional 19 de Febrero de 2004). Sentencia C-420, RE-333 (Corte Constitucional 24 de Septiembre de 2020). Sentencia C-426, Expediente D-1584 (Corte Constitucional 4 de septiembre de 1997). Sentencia C-544, D-619 (Corte Constitucional 1 de Diciembre de 1994). Sentencia T-406, T-778 (Corte Constitucional 5 de Junio de 1992).
- Siqueiros, J. L. (2009). La Responsabilidad ética del Abogado. *ARS IURIS, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana de México, número especial en homenaje a los 60 años del Despacho Barrera-Siqueiros y Torres Landa, México, D.F.*, 525-529.
- Valdes Florez, J. A. (1990). *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas.
- Velázquez, M. (2017). La influencia de la virtualidad en las relaciones humanas. Centro Psicoanalítico de Madrid (CPM), 33. <https://www.centropsicoanaliticomadrid.com/publicaciones/revista/numero-33/la-influencia-la-virtualidad-las-relaciones-humanas/>

# ¿SE CUMPLEN LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA Y ÉTICA EN LA APLICACIÓN DE JUSTICIA DIGITAL EN LAS ZONAS RURALES?<sup>1</sup>

---

*Ángela María Rodríguez Guevara, Luciana Francesca Onori Villalobos,  
María Camila Paz Paz, Juan Camilo Rodríguez Cortés,  
Isabela Riaño Núñez, Angela Andrea Trujillo Varón y  
María José Cuervo Bustamante*

**Tutor:** *Juan Pablo Domínguez Angulo*  
*Pontificia Universidad Javeriana, Cali (Colombia)*

## Resumen

La presente investigación tiene como objeto evaluar si las medidas adoptadas por el gobierno nacional, con el propósito de dar solución a la congestión judicial a través de mecanismos digitales y modernizar la administración de justicia, cumplen efectivamente con los principios de ética y justicia para todas las comunidades del territorio colombiano; enfocando de esta manera, el análisis hacia la justicia digital en las zonas rurales y las limitaciones que se presentan en el ejercicio de esta, generando así, un posible escenario de vulneraciones de derechos de rango constitucional. Con el fin de desarrollar el tema expuesto, se pretende precisar lo que se entiende por *justicia y ética* en la actualidad, en un mismo sentido, se presenta la evolución histórica que ha significado la implementación de los recursos digitales en la administración de justicia en el territorio colombiano, analizando de manera detallada, el decreto 806 del 2020 expedido por el gobierno nacional con ocasión al COVID-19, y exponiendo cifras y estadísticas cuya pretensión es evidenciar la efectividad o no de la aplicación de las herramientas digitales en la administración de la justicia en las zonas

---

<sup>1</sup> Artículo inédito.

rurales. Por último, se concluye con la postura de la investigación, la cual se fundamenta en la necesidad de revisar la aplicación de la justicia digital en estas zonas y propone dar una aplicación diferencial que atienda a las condiciones y necesidades puntuales de cada entorno, no por esto desconociendo el esfuerzo del gobierno al adoptar dichas medidas, pero haciendo hincapié una necesidad que, en la actualidad debe ser atendida.

**Palabras clave:** Justicia, ética, zonas rurales, herramientas digitales, sistema judicial, Covid-19, proceso, derecho, acceso a la justicia, justicia digital, virtualidad, pandemia.

## Abstract

The purpose of this paper is to evaluate whether the measures adopted by the national government, in order to solve the judicial congestion through digital mechanisms and modernize the administration of justice, effectively comply with the principles of ethics and justice for all communities of the Colombian territory; focusing in this way, the analysis towards digital justice in rural areas and the limitations that arise in the exercise of this, thus generating a possible scenario of violations of rights of constitutional rank. In order to develop the exposed topic, it is intended to specify what is understood by justice and ethics at present, in the same sense, the historical evolution that has meant the implementation of digital resources in the administration of justice in the Colombian territory is presented, analyzing in detail, the decree 806 of 2020 issued by the national government on the occasion of the COVID-19, and exposing figures and statistics whose claim is to demonstrate the effectiveness or not of the application of digital tools in the administration of justice in rural areas. Finally, it concludes with the position of the research, which is based on the need to review the application of digital justice in these areas and proposes to give a differential application that meets the specific conditions and needs of each environment, not ignoring the government's effort to adopt such measures, but emphasizing a need that currently must be addressed.

**Palabras clave:** Justicia, ética, zonas rurales, herramientas digitales, sistema judicial, Covid-19, proceso, derecho, acceso a la justicia, justicia digital, virtualidad, pandemia.

## 1. Introducción

Desde el inicio de la historia humana, la justicia y la ética han sido temas trascendentales en la misma; la manera como se entienden y aplican, ha sufrido cambios a la par de las dinámicas sociales, pues son conceptos que van

intrínsecamente enraizados con la naturaleza del hombre y las circunstancias específicas a las que este se enfrenta. En la actualidad, el mundo globalizado y en movimiento, ha permitido la interconexión de culturas y el intercambio de modelos de organización civil, donde los Estados tienen protagonismo y son actores de un conjunto unitario al que se denomina sistema global; empero, la complejidad de cada nación se pone en evidencia al momento de llegar a consensos sobre temas de relevancia, pero que tienen su raíz en una única pregunta ¿es determinada acción justa y ética?. Este interrogante ha acompañado la creación de las legislaciones existentes, pues es la base para la discusión de la implementación de todas las normas privadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario realizar un breve análisis de los conceptos de justicia y ética para determinar si la aplicación de la justicia digital resulta ajustada a dichos principios en un contexto rural, en un escenario en que si bien se plantean medios y rutas legislativas, aún queda mucha incertidumbre en la aplicación concreta de dicha normatividad. Todo lo anterior, en el marco de una situación de índole global, la cual obligó a la aceleración y eficacia de los medios digitales; la pandemia del Covid-19 forzó la entrada en uso de normas que si bien ya estaban contempladas en el ordenamiento colombiano, no estaban puestas en práctica por la adaptación que esta migración a los recursos virtuales obliga.

El presente trabajo académico tiene por objeto, realizar un análisis general acerca de la administración de justicia en la era digital, enmarcada en la normatividad vigente y los medios empleados, haciendo un análisis precisamente del Decreto 806 de 2020 proferido con ocasión a la emergencia sanitaria, abordando el ordenamiento interno y con una mirada específica a la aplicación de la normatividad en áreas rurales; pues en principio, parece existir un vacío procesal generado por la rapidez de su implementación, con relación al trato diferencial que debe recibir las comunidades ubicadas en las zonas rurales del país, esto debido a las distintas condiciones con que estas personas se desarrollan en su diario vivir, considerando que, los límites existentes en cuanto al manejo de herramientas digitales de estos ambientes tienen sus orígenes en aspectos ajenos a la voluntad del ser humano y más bien, encuentra su fundamento en circunstancias externas a su propia decisión.

## **2. Conceptos de ética y justicia**

Con el fin de entender el concepto de ética, es importante partir de la premisa de que el ser humano es por naturaleza, un ser abierto al mundo, necesitado de construir su propia realidad, un ser que por naturaleza busca elegir los medios más adecuados según los fines que se proponga. El ser ético aparece enraizado

y asentado en la condición humana de una libertad que tiene que realizarse en responsabilidad. La ética es la respuesta humana al encuentro del otro, de su interpelación que emplaza a dar una respuesta, de dos libertades que se reconocen y necesitan para vivir en común y establecer una vida verdaderamente humana.

La ética, no siempre ha sido concebida de la misma manera, han variado sus acepciones con el paso de los años, desde Aristoteles, quien afirmaba que obraba moralmente aquel que elige los medios más adecuados para alcanzar la felicidad, o de *autorrealizarse*; para él, obrar éticamente significa lo mismo que obrar racionalmente, entendiéndose la razón, como lo prudencial para alcanzar la felicidad. Luego pasando por el mundo griego, en donde la ética fue permeada por el hedonismo, donde se entendía que todos los seres vivos orientan su vida a la búsqueda del placer y huyen del dolor; el móvil por lo tanto, es el placer, fin natural y moral buscado por todos los seres humanos. Así que el sujeto ético es quien a través de la evaluación de las opciones, elige aquellas que le causan más placer sobre las que puedan llegar a generar más dolor.

Posteriormente, Kant sugirió que la ética son los mandatos que surgen de nuestra razón, es la ley impartida a sí mismo, el autodomínio, la verdadera autonomía, más que alcanzar la felicidad es alcanzar la relación de la propia humanidad, mediante mandatos categóricos a través de la buena voluntad de cumplir con las propias leyes. Finalmente, en la década de los años setenta, Habermas, aporta su propia conceptualización de la ética, superando las insuficiencias de Kant, al estar de acuerdo con la incidencia de la autonomía humana en el mundo ético, pero en desacuerdo, dado que Habermas considera que la ética supera la mera reglamentación personal, y va más allá al afirmar que la razón práctica es también dialógica, comunicativa, no solo aplicable al marco individual sino al social por medio de un diálogo establecido. Así pues, la ética a través de su aplicación busca la solución de diversos problemas mediante la aplicación concreta de distintas ciencias, a partir de la dimensión propia del individuo.

Por otro lado, es importante definir qué es *justicia*, “La justicia es un conjunto de valores esenciales sobre los cuales debe basarse una sociedad y el Estado. Estos valores son el respeto, la equidad, la igualdad y la libertad. La justicia es el conjunto de normas codificadas que el Estado, a través de los organismos competentes, dicta, hace cumplir y sanciona cuando son irrespetadas, suprimiendo la acción o inacción que generó la afectación del bien común”<sup>2</sup> Dentro de los distintos tipos de justicia se encuentran la justicia distributiva, restaurativa, la procesal y la retributiva los cuales se definirán más adelante. La justicia como valor es el principio moral de cada individuo que decide vivir bajo la

<sup>2</sup> (20 de noviembre de 2019). justicia.

máxima de *dar a cada quien lo que le corresponde o pertenece*. La justicia forma parte de los valores sociales, morales y democráticos, y es precisamente de allí que deriva su importancia. La justicia es una virtud que todos los individuos deberían poner en práctica de manera coherente dado que busca, no solamente el bien propio sino el bien común, es decir, el de la sociedad, para la finalidad mencionada, es menester que la justicia sea un valor inculcado desde la familia, reforzado por las instituciones educativas, respetado y amparado por el Estado y sus instituciones y finalmente puesto en práctica por la sociedad.

Las consideraciones de Radbruch acerca de entender la Justicia como un fin supremo para el derecho, nos inclina a calificarla en la contemporaneidad, como valor terminal, ya que esta cumple con las características y funciones que se le atribuyen a los valores que se integran a los cuerpos constitucionales; por lo que es común identificarla como una institución jurídica, de estructura concreta, a la que en muchas ocasiones, se le suelen asignar funciones constitucionales. Desde una valoración subjetiva, la justicia como virtud moral es la virtud suprema, la expresión del bien absoluto, la perfección individual del ser humano. En tal sentido, se refirieron algunos romanistas destacados, cuyos planteamientos resultan de interés hasta la fecha. Según Cicerón, se ha definido como “el hábito del alma, observado en el interés común, que da a cada cual su dignidad”. Cada una de ella identifica el valor justicia como una necesidad que puede surgir del ente individual hacia la formación social y a su vez se proyecta en dirección opuesta.

La justicia general garantiza la conservación de la sociedad y permite que ésta pueda cumplir sus fines. Este es un presupuesto de armonía social, por lo que exige la aplicación de la totalidad de los valores, solo que con distinta intensidad, según el caso. Esta cobrará una nueva dimensión en cada caso particular. La justicia particular puede ser conmutativa o distributiva. La justicia conmutativa tiene por base el criterio de igualdad o igualación de oportunidades, reconociendo en la justicia una función integradora que asegura el mismo tratamiento para todos los individuos. Mientras que, la justicia como distribución, es en la que Aristóteles reconoce la capacidad creadora del hombre, implica un reconocimiento de los programas individuales que cada persona se plantea como objetivos de una elección existencial. La justicia distributiva está relacionada con variados criterios. Ejemplo de ello los del utilitarismo, que mide el carácter de lo justo en función de las consecuencias que representan las políticas públicas en términos de utilidad o de bienestar empíricamente verificables en la vida colectiva. En teorías basadas en los derechos humanos como la de Dworkin, la justicia distributiva debe promover las libertades y admitir las diferencias entre los miembros de una sociedad en la medida que esa distribución favorezca el desarrollo de los menos aventajados.

La justicia social tiene el propósito de lograr la distribución justa de los bienes sociales y obliga a realizar las prestaciones y contribuciones necesarias para crear la riqueza común que permita el progreso social y económico. Definida por Mario Alzamora, quien defiende que, “La justicia social persigue que cada hombre, como ser social, reconozca al otro lo que le es debido como persona. Mientras la justicia legal nos obliga hacia la sociedad para alcanzar el bien común, la justicia social mira más lejos y más profundamente: como seres sociales que somos, estamos obligados hacia los otros hombres en cuanto son personas. Va, de ese modo, más allá del bien común, para llegar a su fundamento que es el ser humano.”<sup>3</sup>

### 3. Marco ético y aplicación de principios

El ejercicio del derecho a través de la actividad del derecho procesal es una actividad social fundamental para la materialización de la tutela judicial efectiva y en últimas, para lograr la convivencia social. Siendo el derecho una disciplina, pero también una actividad social, está sometida a un ejercicio colectivo que evalúa los comportamientos de los agentes y elige los que tienen como consecuencia los resultados más beneficiosos, los cuales son los que más se acercan al fin específico por el cual se litiga. Ahora bien, para que se pueda revisar la moralidad o correctitud de un comportamiento es necesario establecer límites a las actuaciones a través de criterios ético-prácticos dentro del ejercicio del derecho. Para realizar este ejercicio, Adela Cortina recomienda identificar los fines y medios de la actividad dentro del marco jurídico-político con el que se identifican, que, en el caso de las audiencias virtuales, serán los fines y medios que permitan la materialización de los derechos sustantivos, específicamente en un contexto donde la presencialidad deja de ser viable a causa del COVID-19.

Si bien la meta social que se busca es la convivencia, dentro del ejercicio del derecho y específicamente de la actividad procesal, hay un bien interno que caracteriza a esta actividad. Este bien interno deberá ser aquel que le da sentido a las actuaciones procesales y legitimidad social al proceso, que en el marco jurídico vigente se pueda identificar con la tutela judicial efectiva ya que, quien acude a la administración de justicia lo hace con el fin de que se materialice su derecho y a falta de este bien, el proceso carece de sentido. Además, durante el ejercicio de la actividad procesal, la búsqueda de la tutela judicial efectiva como fin exige de los agentes desarrollar hábitos que los acerquen al compor-

---

<sup>3</sup> Alzamora Valdez, (1984).

tamiento más correcto para conseguir el fin, a esto se le llaman virtudes, y a los principios que se puede abstraer de los comportamientos más correctos, valores.<sup>4</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, la labor de la norma procesal es deliberar cuáles son los medios más adecuados para conseguir el fin en cuestión, y durante mucho tiempo el medio preferido fue la presencialidad, pero el contexto de emergencia sanitaria ha ocasionado que este sea excepcional y se prefiera la virtualidad. Esto es problemático porque, aunque se hayan cambiado las plataformas por las cuales se administra justicia, los principios del derecho procesal que se han desarrollado históricamente en la presencialidad y que sirven como marco ético se mantienen y se proyectan a las audiencias virtuales, por lo tanto, también existe la expectativa que se actúe de acuerdo con ellos. Esta situación hace necesario evaluar la virtualidad o con nuevos principios, situación que desborda esta investigación, o con los propios del derecho procesal que eran aplicables durante la presencialidad, los cuales antes de ser aplicados, se debe verificar si realmente pueden conseguir acercar a los agentes procesales a la tutela judicial efectiva, pues si los principios terminan siendo inaplicables o entorpecen la actividad procesal en un determinado territorio a causa de las audiencias virtuales, entonces se carecería de marco ético aplicable, o con uno considerablemente menos definido y relevante.

Siguiendo con esta línea, el tema con la ética y la justicia, más allá de la forma doctrinal como se ha expuesto hasta ahora, recae en la aplicación práctica de la misma dentro del modelo de ordenamiento jurídico acuñado por el Estado colombiano, pues la misma debe estar inmiscuida en el actuar de los funcionarios que intervienen en la correcta administración de justicia. Las normas jurídicas deben contemplar la ética debido a que las primeras no logran abarcar con gran amplitud todas las posibilidades de la conducta humana; para el buen vivir en sociedad no sólo bastan las normas coercitivas sino también las normas morales o éticas. En consonancia con lo establecido líneas atrás respecto a las consideraciones de Immanuel Kant, se estima que todos los agentes judiciales rijan sus actuaciones materializando el imperativo categórico siendo este universal y de aplicación en cualquier circunstancia y no mediante el imperativo relativo -el cual divulga un actuar contrario a postulados normativos-. Por consiguiente, la aplicación práctica dentro del contexto colombiano se materializa mediante consagraciones que robustecen el ideal de ética tal como es el código iberoamericano de ética judicial y código disciplinario del abogado.

---

<sup>4</sup> Cortina y Martínez (2001), p. 161.

No obstante, se plantea la necesidad de acudir a la ética para garantizar la tutela judicial efectiva en los actos procesales virtuales, en tanto los pilares éticos de las personas que intervienen en las actuaciones judiciales ampliamente pueden verse quebrantados debido a la poca proyección que refleja una cámara. Lo anterior constituye una dificultad que debe ser superada en tanto se debe partir del principio de buena fe y lograr un fortalecimiento en las aptitudes del juez debido a que este debe ostentar un rol más activo en contextos digitales en aras de verificar que no se esté transgrediendo el debido proceso. El juez como director del proceso se encuentra investido de las facultades que le otorga la ley para prevenir los riesgos que puedan menoscabar actuaciones no éticas; este deberá emplear todas las medidas de seguimiento que logren una adecuada interacción e identificación de las actuaciones que efectúan los sujetos procesales que intervienen en el desarrollo del proceso.

Respecto a los principios mencionados, el principio de buena fe entra de manera fundamental en el análisis ético del sistema de justicia en nuestro país. Este principio se encuentra fundamentado en el artículo 83 de la constitución política. La jurisprudencia ha señalado que debe entenderse como una exigencia de honestidad y rectitud en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, definiéndolo también como *“aquel que exige a los particulares y a las autoridades ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme a las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta (...) supone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”*<sup>5</sup> Sin embargo, debe tenerse de presente durante la exposición del texto, que la aplicación de la justicia digital supone retos éticos que sólo pueden suplirse mediante el rol activo de los funcionarios judiciales, pues estos ahora tienen un papel protagónico en el desarrollo de los procesos, ya que deben propender por la garantía de los principios y derechos procesales de las partes, dando significativa relevancia al principio de buena fe antes mencionado, ya que si no existe un contacto físico entre el juez y las partes, debe evitarse la vulneración de las garantías procesales, de una u otra manera, creyendo en la buena fe de las partes y con especial rigurosidad dentro de las etapas del proceso.

Por otro lado, otros principios como la intermediación, el cual se refiere a la *“posibilidad que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada”*<sup>6</sup> se ven aún más afectados por la entrada en vigencia de la justicia digital, sin dejar de ser pilar fundamental

<sup>5</sup> Sentencia C-745 de 2012 de la Corte Constitucional.

<sup>6</sup> Sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional.

dentro del sistema, sobre todo en la jurisdicción penal, pues continúa como punto cardinal para la impresión personal del juez frente al caso presentado y la construcción de la verdad procesal al interior del mismo, implicando ahora que la presentación de dichas pruebas en general, se encuentra en una posición vulnerable frente a la posible alteración de las mismas, generando un reto mayor para la ética jurídica, en cabeza del funcionario judicial.

En este sentido, debemos hablar sobre la **introducción de la tecnología para la administración de justicia**, ya que leyes como el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) y el Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, CPACA) ya señalaban el posible uso de herramientas tecnológicas para la solución de casos. Por su parte la Corte Suprema de Justicia sostuvo y resaltó que las actuaciones judiciales deben procurar, aprovechar, y utilizar las TIC's, lo cual encuentra fundamento también en normas tales como el artículo 165 del Código General del proceso, referida a la libertad probatoria prescrita, el artículo 103 del mismo estatuto y el artículo 95 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, debido a que facilita el ejercicio de las funciones permite la tutela judicial efectiva y los principios de la administración de justicia.

La primera pregunta a plantearnos es ¿habría funcionado la justicia digital sin la entrada en vigencia del decreto 806/20, aunque ya existía la reglamentación de medios competentes?

En primer lugar, debemos señalar que a pesar de existir normativas a los decretos implementados durante la emergencia sanitaria, sin estos no hubieran sido posible administración de justicia, ya que existían vacíos legales, y posiblemente lo que hubiera sucedido es que habría suspendido los términos y estaría desactivada. Bajo esta misma lógica debemos decir que el esfuerzo por parte del Instituto de Derecho Procesal y del Gobierno se centró en dar aplicación a las TIC'S y llenar aquellos vacíos o incertidumbres que se producen respecto al uso de estas, pues resultaría inimaginable tener términos suspendidos y interrumpidos por un periodo indefinido, esto resulta una vulneración de los derechos fundamentales que se encuentran consagrados dentro de la constitución. No obstante, el uso de las TIC'S debe seguir los principios que se consolidan dentro de la constitución y el código general del proceso, tal como lo es el debido proceso y el derecho de la contradicción. De esta forma, plantearse los retos éticos que se crean por medio de la utilización de la justicia digital, implica preguntarse a su vez, por cada etapa del proceso y cómo ello depende en mayor o menor medida de las partes o del funcionario judicial.

## 4. Evolución histórica de los recursos digitales en la administración de justicia

De acuerdo con los principios del Estado expuestos en la carta política en su artículo 2, uno de los fines esenciales del mismo es “*promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución*”, en ese sentido, parece entonces pertinente plantear el deber constitucional que tiene la administración de asegurar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 229 de la carta superior, esto es, el deber de garantizar el derecho con el que cuentan todas las personas de acceso a la justicia. Para dar un efectivo cumplimiento de lo anterior, los diferentes gobiernos de turno, a lo largo de la historia, han acudido a la gestión de distintos mecanismos con el propósito de descongestionar, acelerar y efectivizar la administración de justicia, en virtud de lo cual se ha construido la digitalización de la misma. Es así como, en esta evolución histórica se deben tener en cuenta 3 momentos esenciales, los cuales son: (i) gestión de información judicial y justicia digital, (ii) expediente judicial electrónico y (iii) transformación digital de la justicia<sup>7</sup>.

El primer momento que se debe precisar es el periodo comprendido entre 1994-2008, contexto en el cual surgen por primera vez la propuesta y aplicación de términos innovadores como gobierno electrónico, gobierno en línea y justicia digital. Con la aprobación en 1994 del CONPES 2744, denominado “*Justicia para la Gente, Plan de Desarrollo para la Justicia*”, se dio la introducción de la gestión de la información judicial con el propósito de aumentar la efectividad e implementar nuevos métodos de seguimiento y evaluación a la hora de llegar a decisiones en el área. Adicional a esto, se “estableció un programa de inversiones en técnicas para el manejo de archivos de la información de los despachos judiciales”<sup>8</sup> y se estimuló el acceso a la justicia por medio de mecanismos de coordinación entre diferentes entidades con la intención de descongestionar los despachos judiciales.

El segundo momento históricamente relevante en este aspecto, (2011-2012) se enfocó puntualmente en instaurar las bases legales para dar desarrollo al expediente judicial electrónico, cuya definición se encuentra en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 186, a través de este se disponen elementos normativos requeridos para su puesta en marcha.

Adicional a esto, el Código General del Proceso en su artículo 103 extendió la responsabilidad a la Rama Judicial de poner en funcionamiento el plan de

---

<sup>7</sup> COMPES 4024, 2021.

<sup>8</sup> Idem.

justicia digital incorporando todos los procesos, los mecanismos y etapas de gestión judicial por medio de medios electrónicos, autorizando el empleo de expedientes digitales y el litigio en línea. En su articulado 103 se dicta que *“En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura”*. Haciendo evidente el esfuerzo del gobierno por acudir a mecanismos que aportaran a la eficiencia dentro de la administración de justicia a través de la aplicación de medios electrónicos con el uso de herramientas digitales impulsadas en otras disposiciones legales anteriores. Dirigido con un mismo fin, en la tercera etapa histórica, el Decreto 2364 de 2012 con el propósito de dar plenos efectos jurídicos a la firma electrónica establece una serie de métodos y condiciones que estas deben cumplir.

El tercer momento importante para la evolución de la que se habla en el presente trabajo, tiene como objetivo la transformación digital real y efectiva de la justicia. Para dicho cumplimiento, el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 en sus planteamientos busca crear estrategias que fortalezcan el acceso a la justicia para lograr el cumplimiento material y efectivo de los derechos de las personas al acudir al órgano jurisdiccional. Algunas de las medidas que han sido expuestas para el cumplimiento de dicho planteamiento, son, por ejemplo, la promoción e implementación de medios y programas digitales que mejoren la productividad y equidad del sistema judicial, además, promover e implementar medidas de descongestión o de ampliación de la oferta judicial entre otras, la cuestión para analizar a lo largo del desarrollo del presente documento es si se ha logrado o no el cumplimiento efectivo de lo propuesto con la ejecución de dichas medidas, esto, a través del análisis de la realidad práctica.

A su vez, la ley 1955 de 2019 en sus artículos 147 y 148 establece los principios que se supone, deben observarse en la transformación digital. Adicionalmente, el Plan Sectorial de Desarrollo de la Rama Judicial 2019-2022 busca la modernización de la anterior para el uso y aprovechamiento de la tecnología y el mejoramiento de la infraestructura, para lo cual se busca impulsar la transformación de manera sucesiva, de manera que se define e implementa un modelo de negocio basado en procesos, este plan está conformado por 7 estrategias: (i) adaptar el marco de política institucional en materia de las TIC, (ii) adquirir e instalar la plataforma tecnológica de comunicaciones con base en el inventario de la tecnología, (iii) mantener la continuidad del negocio, (iv) implementar sistemas de información para facilitar las labores de la administración de justicia, (v) conservar los sistemas de información de la rama judicial actualizados, (vi) mantener el licenciamiento de las soluciones tecnológicas de la rama judicial y (vii) modernizar los componentes de comunicación de datos.

A partir del anterior marco de planeación, han trabajado en conjunto la Rama Judicial y la Rama Ejecutiva para lograr la aplicación de la justicia digital en Colombia. Con el mismo fin, el Consejo Superior de la Judicatura con ayuda del Banco Mundial, han puesto en ejecución un contrato que presta asistencia técnica para lograr mejorar la eficiencia y transparencia en la administración de justicia con ayuda de la modernización de esta a través de las TIC.

El proceso de adopción de la justicia digital por medio del Plan de Digitalización de Expedientes se lleva a cabo por medio de dos fases. La primera consta en acciones dentro de cada despacho judicial haciendo uso los recursos existentes de aquella, mientras que la segunda se da mediante la contratación de especialistas en digitalización y gestión documental<sup>9</sup>.

Debido a la pandemia del Covid-19, se logró acelerar la implementación del entorno digital en la justicia pues se ha dado: “(i) ampliación del acceso a red de datos e Internet para ampliar la cobertura de despachos judiciales; (ii) masificación del servicio de audiencias virtuales; (iii) disposición de canales unificados de acceso para el envío de tutelas y habeas corpus; (iv) aplicativo de firma electrónica; (v) envío electrónico de tutelas para eventual revisión a la Corte Constitucional; (vi) autorización electrónica de pago de depósitos judiciales; (vii) unificación de la consulta de procesos para el ciudadano en el portal web de la Rama Judicial; (viii) sistema informático de restitución de tierras con un formulario de radicación electrónica de procesos y solicitudes”<sup>10</sup>, y demas.

## 5. Análisis del Decreto 806 de 2020

Es necesario traer a discusión el decreto 806 de 2020, porque si bien ya dentro del código general del proceso y el código administrativo se había establecido disposiciones respecto al uso de medios tecnológicos, deberíamos preguntarnos si ¿habría funcionado la justicia sin el decreto 809, aunque ya había la reglamentación de medios competentes?

Para poder dar respuesta a esta pregunta es necesario traer a colación las normas preexistentes a este, referentes a la pandemia y el estado de emergencia

- **Decreto 491 de 2020:** referente a la suspensión de términos de caducidad y de prescripción, en materia administrativa y arbitral. Sin embargo, no tuvo el alcance suficiente para poder otorgar la administración de justicia, no había las herramientas para solucionar las problemáticas. Con excepción

---

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Idem.

¿Se cumplen los principios de justicia y ética en la aplicación de justicia digital?

de los centros de arbitraje, quienes pudieron seguir prestando su servicio, si contaban con la infraestructura para ello, realizándose de manera digital.

- **Decreto 564 de 2020:** Al igual que la anterior, con referencia a la suspensión de términos se buscó mediante este decreto que personas que tuvieran un término menor de 30 días para que se les interrumpiera la prescripción o la caducidad, al momento de reanudar los términos se les otorgara un mes más para continuar con la actividad procesal, con el objetivo de evitar las aglomeraciones dentro de los despachos judiciales.

Como se puede observar en los decretos anteriores si bien ya se había autorizado el uso de las TICS para los procesos judiciales estas no se habían detallado bien, lo que no permitía un adecuado acceso a la justicia o que se impartiera actuaciones éticas por parte de los jueces, no porque se quisiera privar de esta, sino por el hecho de que no existía claridad de cómo iban a operar estas.

Retomando el decreto 806 de 2020 debemos en primer lugar hacer un análisis de los preceptos filosóficos que en este se establecen. El objetivo fue implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones de las entidades con jurisdicción. Con la aclaración de que en aquellos eventos en que los sujetos procesales o la autoridad judicial no cuenten con los medios tecnológicos para cumplir con las medidas establecidas en el presente decreto o no sea necesario acudir a aquellas, se deberá prestar el servicio de forma presencial. Por otro lado, y haciendo referencia a la Aplicación de las medidas es importante señalar que el decreto tiene aplicación de dos años, trayendo consigo disposiciones transitorias que permitan ser aplicadas a ciertas actuaciones, como lo son para procesos en curso y los que se dieran con posterioridad (previos al vencimiento del decreto).

Antes de adentrarnos al contenido normativo es importante recordar uno de los principios fundamentales del derecho, el debido proceso, de modo tal que el uso de la tecnología debe seguir el dicho principio, al igual que el derecho de contradicción.

Como ya señalamos con el estado de emergencia se encontraba parada la justicia y con el decreto 806 se buscó continuar con la administración de justicia, a la vez de que la protección a los sujetos procesales. Respecto a lo segundo, debemos preguntarnos: ¿Qué se debe hacer en los distritos donde no se puede desarrollar la justicia digital? Dentro del decreto 806 se dice que cuando no se cuente con los medios tecnológicos o no sea necesario contar con ellas se deberá prestar de manera presencial e informar a las autoridades competentes.

Ante las cuestiones de falta de medios digitales que se desarrollan dentro del país, la ley 806 busca traer otras herramientas para administrar justicia y no imponer leyes que no serían cumplibles, es en este caso en donde los jueces deben

entrar a decidir y tomar un rol que regule dentro del proceso y decidir frente a las decisiones. Recordando que cuando las normas cuenten con inquietudes o vacíos deben resolverse protegiendo los derechos fundamentales y a su vez los derechos sustanciales.

Dentro del contenido normativo en su Art.2 se señala la **protección de las personas y el uso de las TICS**, evitando que se dé el uso de formalidades que no sean necesarias. Para las personas de poblaciones rurales, grupos étnicos, discapaces o quienes tengan barreras de accesos, se les deberá garantizar los derechos, siendo el juez quien protagonice el proceso y garantice o colabore al desarrollo del proceso decretando las medidas

Dentro del Art.3 **las partes deben informar los canales**, por los cuales entablarán la conversación, siendo la ley clara al señalar que pueden ser cualquiera, siendo presentados los documentos de manera electrónica. Subsiguientemente señala en su Art.4 **si no hay acceso al expediente físico**, todos deben colaborar para garantizarlo.

Respecto a la demanda se pueden presentar por mensajes de datos al igual que anexos, y no es necesario las copias. En relación a los documentos que harán de título ejecutivo (esto se presenta autentico), deben presentarse de manera física, lo cual afecta el criterio de igualdad para el demandante. Sin embargo, el DR. Canosa señala que para los títulos ejecutivos si les aplicará las TICS debido a que (I) No hay norma que dice que se debe presentar un título ejecutivo original físico, por el contrario, permite que se presente copias y estas se presumirán originales, por lo cual se permite que se presente de manera virtual. (II) si el título ejecutivo es valor electrónico solo debo presentar un certificado electrónico según lo señalado en el decreto 3960 de 2010 (III) los notarios también podrán expedir certificados de manera electrónica y dan título ejecutivo. La dificultad es (IV) cuando el título es en físico, Ej. Pagaré, un cheque, porque el en art 624 del Código del Comercio dice que se debe exhibir el título.

Al existir un vacío debe permitirse presentar la demanda por parte del acreedor manifestando que el documento está en su poder, y retomando el carácter dinámico que debe ejercer el juez este podrá en cualquier momento pedir el documento que haga título ejecutivo para verificar este. Esto permite garantizar los derechos de defensa, y justicia. Las audiencias y diligencias obligatorias se seguirán realizando, como por el ejemplo el tema de la notificación, la apelación de providencias y los poderes; con la diferencia de que ahora se realizará con ayuda de herramientas tecnológicas. Es importante señalar que dentro de los diferentes temas tratados por el decreto 806 se ha tenido que hacer aclaraciones de forma para poder llevar a cabo el procedimiento pasando del cambio presencial a lo informático.

Retomando nuestra investigación frente a la justicia y ética que se pueden llegar a presentar en las zonas rurales debemos decir si bien el decreto 806 da como solución que a falta de recursos digitales los trámites deban seguir llevándose de manera presencial. Pero este aspecto nos hace reevaluar cómo es la forma de solución de problemas, la cual no sitúa su atención en las zonas rurales, si bien la implementación de las herramientas tecnológicas fue un avance adyacente a todas las regiones y territorios del país, permitiendo “modernizar la justicia” sí demostró la carencia tecnológica que hay dentro de algunas zonas las zonas del país.

No obstante, es importante rescatar y mencionar leyes previas que no abarcan únicamente el campo jurídico, sino que se preocupan por la modernización del país. Es así cómo se expidió la ley 1978 de 2019, la cual tiene como objetivo “alinear los incentivos de los agentes y autoridades del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), aumentar su certidumbre jurídica... simplificar y modernizar el marco institucional del sector”<sup>11</sup>

Así mismo, señala la importancia del acceso a la información para la comunicación dentro del marco de las obligaciones que tiene el estado, buscando condiciones de no discriminación entre conectividad, educación, contenidos y competitividad. En virtud de reconocer la importancia de dar cumplimiento de los derechos constitucionales y el contribuir a la manifestación de trámites y servicios digitales, el estado debe dar una cobertura de red tecnológica.

Para finalizar con este apartado debemos cuestionarnos realmente ¿qué ha pasado dentro de las zonas rurales del territorio nacional? y ¿cual o cuales han sido los retos a los que se han visto expuesto para el acceso a la justicia? Además de señalar si ¿es determinada acción justa y ética por parte de los actores?

## 6. Aplicación de la justicia en zonas rurales

Analizado lo anterior, pasemos entonces a la discusión concreta acerca de la aplicación de justicia, con la utilización de recursos digitales en las zonas rurales. Colombia es un país que se categoriza como economía emergente y a pesar de que el desarrollo ha crecido hacia las grandes ciudades de manera considerable en los últimos años, los territorios rurales aún abundan en el paisaje nacional. A partir de esta premisa, considérese entonces que la aplicación de justicia tiene particularidades en estas zonas, las cuales se han hecho aún más notorias con el uso de las nuevas tecnologías y los recursos digitales.

---

<sup>11</sup> Congreso de Colombia (25 de julio de 2019) Por la cual se moderniza el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones -tic, se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones (Ley 1978 de 2019).

Sin embargo, la administración de justicia en estos territorios, no es una discusión nueva, pues siempre ha existido una dificultad con la tutela judicial efectiva en ciertos puntos del país; “En el campo, donde habitan cerca de 10,2 millones de personas, tanto campesinos como indígenas y afrodescendientes, el acceso a la justicia o la garantía que tiene una persona de acudir a un mecanismo para resolver un caso es precario,”<sup>12</sup> indica un artículo elaborado en 2019, por el grupo periodístico *Justicia Rural*, donde además se evidencia que la oferta de asistencia jurídica para resolver problemas legales es bastante limitada, al punto de existir un funcionario público por cada 100.000 habitantes.

El estudio realizado en 54 municipios de los departamentos de Colombia, enuncia posibles razones por las cuales la administración de justicia es ineficaz en los mismos, aduciendo entre otras, la oferta desvanecida de servicios de justicia y la falta de confianza de los habitantes en el sistema jurídico, debido a la histórica violencia ejercida por los grupos armados y el correlativo abandono estatal en determinadas zonas; “Más del 50 por ciento de la población en estas zonas declaró tener una necesidad jurídica. Sin embargo, casi 62 por ciento aseguró que la problemática no fue solucionada.”<sup>13</sup>

En otras palabras el acceso al aparato jurisdiccional por parte de las personas pertenecientes a territorios rurales se ve determinado por diversos factores como la débil presencia del estado, el yugo del conflicto armado colombiano, el alto nivel de desconfianza hacia el sistema de justicia por la imagen desfavorable y generalizada de ineficacia que tiene, los problemas de la parte operacional del sistema judicial, la falta de información y conocimiento sobre los conflictos que pueden presentarse en su trabajo y cotidianidad y sobre los mecanismos que brinda la justicia para dirimirlos, y finalmente la falta de acceso a las tecnologías y recursos electrónicos.

Para evidenciar lo anterior, se puede ver como existe un “desequilibrio” entre el total de procesos que ingresan a la rama judicial y el aumento de jueces necesarios para resolverlos. Para 2019, se identificó un aumento del 177 % en el ingreso de procesos lo que representa alrededor de 5.732 casos por cada 100.000 habitantes, mientras que la proporción de jueces se mantuvo prácticamente igual, siendo 11 jueces por cada 100.000 habitantes”<sup>14</sup> Por lo que se logra concluir que el sistema judicial como tal, viene flaqueando en su objetivo de eficacia y eficiencia desde hace más de dos décadas, al indicar los grandes niveles de congestión judicial y la falta de acceso al aparato jurisdiccional.

---

<sup>12</sup> Barros Jhon, 2019.

<sup>13</sup> Barros Jhon, 2019.

<sup>14</sup> CONPES 4024, 2021.

El Sistema de Justicia, y la Rama Judicial en general, enfrentan actualmente los retos y desafíos de incrementar la efectividad, la eficiencia y la transparencia del Sistema de Justicia para resolver los procesos judiciales y mejorar las necesidades jurídicas de la ciudadanía. Es por esto que se introdujo y fortaleció el proceso de transformación y cultura digital, haciendo especial hincapié en la eficiencia y eficacia, consistente en atender los procesos judiciales, no solo en los tiempos razonables, sino con decisiones firmes y sustentadas, que garanticen realmente el acceso a la justicia.

Sin embargo, “a pesar de los avances tecnológicos y el aumento de instrumentos de política y de gestión de los últimos años, históricamente en Colombia el número de casos resueltos de forma efectiva por parte del sistema no equiparan los casos que ingresan, evidenciando una baja gestión de los procesos judiciales. De esta forma, la Rama Judicial presenta índices de desempeño sistemáticamente bajos y un atraso en la imposición de justicia oportuna a nivel nacional, afectando los intereses de la sociedad que requiere la resolución de conflictos por medio de mecanismos institucionales y la protección de sus derechos y garantías constitucionales”.<sup>15</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, la situación del sistema jurídico en Colombia, se enfrenta no solo al reto de garantizar la tutela judicial efectiva, sino además de optimizar los recursos mediante los cuales pretende lograrlo; pues se reconoce que la congestión de la rama jurídica, la falta de agilidad en los procesos y las dificultades particulares de los usuarios, han engendrado el escenario para que sea necesario el fortalecimiento de la gestión de procesos judiciales.

Durante la emergencia sanitaria provocada por el Covid-19, los procesos de implementación de tecnología para el acceso a la justicia, fueron forzados a un rápido crecimiento en todo el país; empero, la problemática ya presente en las zonas rurales, de difícil acceso y eficacia de la justicia, se agudizó debido a la brecha existente en la utilización de los recursos digitales, no sólo por la falta de internet en estos lugares, o de dispositivos móviles tales como computadoras o teléfonos inteligentes que permitieran acceder a los portales destinados, sino además y de manera preocupante, por la falta de conocimiento y habilidades suficientes para recibir un servicio jurídico por medio de estos canales, tal como lo señaló el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Mintic).

El panorama general de las zonas alejadas de las urbes, presenta dificultades no solamente de forma, sino también de fondo; en otras palabras, si bien se planteó un sistema articulado, la realidad es que las alternativas de solución

<sup>15</sup> CONPES 4024, 2021.

actuales y los programas de desarrollo digital en curso, a nivel nacional, obedecen a necesidades particulares de las entidades prestadoras de los servicios de administración de justicia y no cuentan con un criterio común, alineado a una unidad institucional con estándares y lineamientos comunes, restando así efectividad, eficiencia y oportunidad al sistema jurídico en general, tal y como se reconoce en el documento CONPES 4024 de 2021. “De acuerdo con el Consejo Superior de la Judicatura la multiplicidad de los distintos sistemas de información y herramientas informáticas que soportan los procesos misionales y administrativos, presentan altos niveles de obsolescencia y alta dispersión de información, lo cual ha dificultado la implementación, uso, disponibilidad y aprovechamiento de la gestión tecnológica”<sup>16</sup>

Asimismo, la implementación de tecnologías en zonas rurales, es bastante compleja, debido a factores como la densidad poblacional, y sobre todo las vías de acceso, y la dificultad para transportar la infraestructura necesaria, lo que hace que estas tecnologías se vuelven cada vez más costosas de implementar. “(...) el costo de extender la banda ancha a un grupo de 10 ubicaciones rurales que están a 1.5 millas del nodo de fibra más cercano tendría un costo hasta de 20 veces más que la implementación por satélite en esas mismas 10 ubicaciones”.<sup>17</sup> Para este proyecto, se necesita todo un equipo compuesto por empresas de telecomunicaciones, proveedores tecnológicos, entidades gubernamentales y no gubernamentales, y multinacionales, para efectuar la conectividad rural en su totalidad.

La realidad de los entornos rurales, frente al acceso a la justicia y en relación a los recursos tecnológicos y digitales, no es desconocida por parte de los funcionarios estatales, pues se han realizado diversos estudios y foros donde se reconoce que además de la importancia de implementar de manera real y eficaz un plan de justicia digital, es necesario que dentro del mismo, sean consideradas las desigualdades sociales respecto a estas. La ministra de Tecnologías de Información y Comunicaciones en Colombia, Sylvia Constain, lo mencionó en el foro *Digitalización por la justicia*, llevado a cabo el 27 de febrero de 2020, de la siguiente manera “(...) Nuestra función es hacer el acompañamiento técnico y traer las experiencias internacionales, pero mirando hacia adentro. Es necesario, sin embargo, conectar a los 20 millones de colombianos que hoy no tienen acceso a banda ancha”<sup>18</sup> dato que es aún más relevante si se tiene en cuenta que en Colombia actualmente habitan 50.34 millones de personas, por lo que

---

<sup>16</sup> CONPES 4024, 2021.

<sup>17</sup> Portafolio, 2020.

<sup>18</sup> Sylvia Constain, 2020.

lo anterior indica, que se tienen constancia de que al menos un 39,7% de la población nacional, presenta dificultades de conexión y por ende, presenta dificultades para el acceso a los servicios jurisdiccionales garantizados por medio del internet.

Llevando las cifras anteriores específicamente a las zonas rurales, se encuentra que “En Colombia hay 11 millones de personas que viven en el área rural, de los cuales 4 millones lo hacen en condición de pobreza. En cuanto al acceso a Internet, solo uno de cada 6 hogares de zonas rurales cuenta con la posibilidad de usar el servicio. Tenemos una notable brecha entre la conectividad rural y la urbana porque mientras todas las cabeceras municipales del territorio nacional tienen acceso a 4G, en las zonas rurales no superamos el 10% de cobertura”<sup>19</sup>. Lo anterior, añadido a que, fue apenas hasta el año pasado que se declaró el acceso a los servicios de comunicación como un servicio esencial en el Decreto 555 del 2020, lo que conlleva a concluir que antes de la expedición del mismo, muchas personas no contaban con acceso a este servicio esencial, y de que, el gobierno y ordenamiento jurídico colombiano presentan un retraso innegable en materia de tecnologías y recursos digitales.

## 7. Conclusiones

Es evidente la intención que tiene el Estado colombiano de dar solución a la congestión de la justicia a través de la adopción y el desarrollo de diferentes medios digitales, sin embargo, resulta pertinente evaluar si las medidas adoptadas a lo largo de la historia son o no efectivas y, en qué medida, parecen ser justas y éticas para toda la comunidad perteneciente al territorio nacional. Con el análisis propuesto no se pretende desvirtuar o desconsiderar el fin del Estado, más bien, es fijar una mirada crítica al respecto y, de esa manera, lograr una posición frente a lo propuesto, fundamentada en el análisis. Debemos hacer un llamado crítico a los actores de los procesos, magistrados, jueces, funcionarios judiciales, abogados litigantes, órganos de control e incluso las mismas partes (demandante y demandado) a realizar un análisis de la ética, como disciplina fundamental para llevar a cabo la ejecución de los procesos.

No basta con que la ética se exprese en una norma, sea el Código Disciplinario colombiano, Decreto 806, Código General de Proceso o incluso la misma Constitución; estas son herramientas en las cuales se expresa la ética para el conocimiento de todos y la sanción por su incumplimiento. La ética se da en el actuar de las personas, en el proceder de cada actor a la hora de tomar

---

<sup>19</sup> Sylvia Constaín, MinTIC, 2020.

decisiones, los cuales se surten de herramientas y disposiciones legales para llevar a cabo sus fines.

A lo largo de la presente investigación hemos desarrollado la evolución histórica que los medios digitales han significado para el Estado colombiano, dado que es necesario mencionar que se han hecho esfuerzos por el Estado para implementarlos a razón de la emergencia sanitaria provocada por la Covid-19 y por las demás adversidades que ya estaban presentes en la Rama Judicial. Por lo tanto, parece entonces necesario resaltar la gran población rural con la que Colombia cuenta. En nuestro estudio, de acuerdo con cifras y estadísticas antes citadas, podemos evidenciar que la población rural, es una población que requiere un trato diferencial debido a las distintas condiciones en las que se encuentra comparadas con aquellas personas radicadas en la ciudad, esto podría simplemente considerarse desde el elemento de ubicación geográfica, pues desde esa arista ya es mucho lo que se puede decir y defender acerca de la necesidad del trato diferencial, sin embargo, estamos frente a varios elementos que aportan a la necesidad de una aplicación cuidadosa y rigurosa de la justicia digital, pues de lo contrario, podríamos estar frente a violaciones de derechos constitucionales.

En relación con este aspecto y considerando la ubicación geográfica de las zonas rurales, podemos asegurar entonces que, en caso de no darse un trato y aplicación de la justicia digital atendiendo a las distintas necesidades y capacidades de la comunidad ubicada en esta zona, nos encontramos en un posible y eventual escenario de vulneración directa al Artículo 229 de la Carta Suprema, lo cual constituye una limitación o dificultad para el acceso efectivo a la justicia, esto se ve reflejado en la imposibilidad que tiene la comunidad rural al acudir ante la justicia por diversos motivos.

Lo cierto es que, en aras de garantizar el derecho constitucional de acceso a la justicia<sup>20</sup>, la Rama Judicial debería implementar políticas específicas para garantizar el acceso a la justicia de quienes no cuentan con una conexión a internet. Para ejemplificar lo anterior se podría brindar salas de atención ante los usuarios en sede judicial, que cuenten con el equipo calificado para la ejecución de actividades judiciales y que cumplan con los protocolos de bioseguridad, al igual que sean calificadas y competentes para la prestación del servicio. Cuando esto no fuese posible brindar atención presencial. Además, fortalecer el acceso a la información judicial en las bibliotecas públicas y en los kioscos

---

<sup>20</sup> Constitución Política, artículo 229 “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.”

digitales<sup>21</sup>. Este fortalecimiento y creación de herramientas para garantizar el Derecho consagrado en el Artículo 229 Constitucional, debe estar enfocado en la inmersión virtual y digital que permita a su vez disminuir el abismo de desigualdad entre la población.

Presentar alternativas de solución sobre una temática discutida de manera tan álgida, no es tarea fácil, ya que no parecen vislumbrarse otras posibilidades a parte de las ya implementadas; empero, la gran conclusión de este trabajo señala que la aplicación de la justicia, no es equitativa y/o ética para la población colombiana en su totalidad, donde son más afectadas las personas que se encuentran en la periferia de las grandes ciudades y del gobierno central. Incluso, se vuelve más evidente la brecha, con la implementación del sistema digital, pues las medidas no han sido satisfactorias y no cumplen en absoluto con los principios de ética y justicia, los cuales son transversales dentro de nuestros derechos sociales y políticos; por lo cual es imperante una mirada crítica al respecto, para construir una mejor realidad para todos.

## Referencias bibliográficas

- CORTINA, A. El quehacer ético: guía para la educación moral. Santillana (1996).
- MARDONES, J. M. Revista Comillas. Madrid. ¿Por qué la ética? sobre la constitución del hombre responsable al hilo de P. Ricoeur. Mayo a agosto (2006).
- MARCOS CRIADO, D. Territorio y acceso a la justicia en el posconflicto colombiano. Estudio de la conflictividad y los mecanismos de resolución de conflictos en las zonas rurales de Guapi y Cauca. Bogotá, Colombia. 2019. ISBN 978-958-790-261-7
- BURBANO VILLADIEGO, C. Desigualdad digital y justicia. En: Legis Ámbito jurídico. Noviembre de 2020.
- CONSTAIN, S. Foro 'Digitalización por la Justicia. Ministerio de tecnología. 27 de febrero del 2020.
- Constitución Política de Colombia, 1991.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1978 (25 de julio de 2019). Por la cual se expide la modernización del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones -tic, se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones.

---

<sup>21</sup> Carolina Villadiego, 2020.

Colombia. Congreso de la República. Decreto 806 (04 de junio de 2020). Por la cual se expide cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Universidad Externado de Colombia. Clases sobre el decreto legislativo 806 de 2020, 31 de julio de 2020

CONSTAIN, S. El nuevo plan del Gobierno para conectar a las zonas rurales. 25 de abril de 2020.

Se acelera la conectividad rural en Colombia y la inclusión digital. En portafolio. 04 de septiembre de 2020.

# EL NUEVO PROCESO VIRTUAL: CONSIDERACIONES Y DESAFÍOS ÉTICOS DE CARA A UN NUEVO PARADIGMA

---

*Diego Andrés Moreno Godoy, Camila Esperanza Palominos Rodríguez,  
Fabián José Andrade Pérez, Ignacio Araya Rojas, Javier Ibáñez Barber,  
María Ignacia Polvorín Repenning, Patricia Saffie, Godoy Orellana Vergara,  
Tomas Gabriel Espinoza Castillo Y Vicente Muñoz Piwonka*

**Tutora:** *Danitza Karinn Pérez Cáceres*

*Universidad Diego Portales, Chile*

## **Resumen**

En estos últimos 2 años, la pandemia ha venido a generar cambios sustanciales en lo que respecta sobre la justicia a nivel mundial. En ese sentido, las audiencias se han tenido que llevar a cabo de manera virtual lo cual ha generado dificultades en cuanto garantizar el debido proceso. Sin embargo, este no ha sido el único desafío al que la justicia se ha enfrentado sino que también el cómo se ejerce un control ético en las actuaciones de los distintos intervinientes de justicia cuando las nuevas condiciones permiten que se lleven a cabo conductas que la regulación ética profesional no contemplaba o, incluso, no existía regulación alguna. En razón de lo anterior, el objetivo de este trabajo es identificar aquellas problemáticas como la afectación de algunos principios del derecho, y junto a ello, plantear recomendaciones para solucionarlas, considerando la existencia de diversos medios tecnológicos que puedan ayudar al contexto en el cual vivimos, y el cual puede perdurar incluso con posterioridad al término de la pandemia.

**Palabras clave:** Pandemia, Debido Proceso, Ética Judicial, Proceso Virtual, Garantías Judiciales

## Abstract

In the last 2 years, the pandemic has generated substantial changes in terms of justice worldwide. In this sense, audiences have had to be carried virtually, which has generated difficulties in terms of guarding the due process. However, this has not been the only defiance which justice has faced, but also how the ethical control is exercised in the performance of the different judicial interveners when the new conditions allow conducts to be carried out, that the professional ethical regulation did not contemplate at all. Therefore, the objective of this work is to identify those problems, such as the affectation of some principles of law, and with that, make some recommendations to solve them, considering the existence of various technological means that can help with the context in which we are living; recommendations that can even last after the end of the pandemic.

**Key words:** Pandemic, Due Process, Judicial Ethics, Virtual Process, Judicial Guarantees.

## 1. Introducción

En los últimos dos años, producto de la pandemia que nos ha tocado enfrentar, nos hemos visto forzados a optar por diversas medidas sanitarias para efectos de aminorar los perjuicios del Covid-19. Entre estas medidas, la mayoría de los países del mundo ha adoptado cambios en sus sistemas judiciales, pasando de un proceso presencial a uno virtual. Para ello, se ha hecho uso de diferentes medios y plataformas para el desarrollo de audiencias virtuales y la debida tramitación judicial. Sin perjuicio de esto, el ejercicio de la profesión jurídica se ha visto directamente afectado a causa de las diversas consecuencias que ha traído consigo la pandemia. El traspaso a la vía remota, el uso de las nuevas tecnologías y otras herramientas, han sido los principales cambios y dificultades que ha afrontado la profesión legal.

Como consecuencia de los diferentes desafíos que ha significado la pandemia para el mundo judicial, adquiere fundamental relevancia para el marco ético legal el resguardo de las garantías y sub-derechos que configuran el debido proceso en un contexto en que el paradigma tradicional de este, se ha visto quebrantado y forzado a mutar.

En este supuesto, el objetivo del presente trabajo es explicar en qué medida se podrían ver afectadas una serie de garantías judiciales, a raíz de lo que denominamos el nuevo proceso virtual —que se ha asentado en el mundo jurisdiccional y se encuentra lejos de retornar al modelo decimonónico

presencial—, centrándonos principalmente en la intermediación, publicidad y defensa. Con ello, pasaremos a realizar un estudio del estado del arte respecto a los diversos códigos comparados que regulan la ética y el debido proceso como tal. Así, podremos analizar si estos últimos se han podido adaptar a las nuevas tecnologías o bien, si requieren de algunas modificaciones relevantes para lograr adaptarse a la nueva realidad que ha traído consigo la pandemia para el ejercicio de la profesión legal, tanto para quienes la ejercen, como para los usuarios de la justicia.

Para lograr este objetivo, la estructura del trabajo se dividirá, en primer lugar, en un marco teórico de las garantías que se ven en juego en el debido proceso; en segundo lugar, en un análisis pertinente a diversos compendios de ética a nivel comparado; para luego pasar a analizar y explicitar las diversas problemáticas y desafíos propios para la ética profesional en el nuevo proceso virtual; finalmente señalaremos las recomendaciones pertinentes a fin de salvar el panorama actual, y las conclusiones de nuestra investigación.

## 2. Marco Teórico de las Garantías Judiciales

La idea de ética y proceso virtual supone la existencia de un marco en el que dicha proposición adquiere especial relevancia. Este marco es el del debido proceso, que consiste en “(...) que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado (...)”<sup>1</sup> teniendo el “(...) legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo”<sup>2</sup>. Este debido proceso supone presupuestos básicos, los que son “(...) a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas”<sup>3</sup>.

En este mismo sentido, se ha entendido el debido proceso como un “(...) conjunto de requisitos” que asegura a las personas que —en las contiendas judiciales que deban enfrentar— podrán participar y defenderse de forma tal de

---

<sup>1</sup> Chile. Corte Suprema, (2 de junio de 2021). Sentencia Rol N°138.196-2020. Santiago: Corte Suprema. Considerando Sexto.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid.

incidir en el resultado del proceso judicial. Ahora bien, es importante señalar que en ningún caso estas condiciones aseguran un resultado favorable, sólo garantizan reglas del juego justas y comunes para las partes (...)”<sup>4</sup>.

Ahora bien, las garantías o sub-derechos que componen el debido proceso son el derecho de acceso a la justicia; el derecho a la defensa<sup>5</sup>; el derecho a ser juzgado en un plazo razonable<sup>6</sup>; el derecho a la igualdad de las partes o igualdad de armas<sup>7</sup>; el derecho a un juez, jueza, o tribunal imparcial; independiente, y predeterminado por la ley. Adicionalmente a estas garantías tradicionales, se ha entendido incorporado también el derecho a una audiencia oral, pública y contradictoria<sup>8</sup>, garantía que considera la audiencia como el “(...) momento y espacio en que se encuentran simultáneamente presentes las partes y el juez, en donde todos interactúan viéndose las caras, argumentando y contra-argumentando en pos de sus intereses”<sup>9</sup>.

Si bien el debido proceso presenta múltiples características tales como su complejidad, composición por estándares, y aplicación gradual<sup>10</sup>, lo fundamental para esta investigación es que consiste en un derecho evolutivo, pues su contenido no es estático sino que “(...) tiene la particularidad que los sub-derechos que lo conforman van cambiando en el tiempo, ya sea porque se van incorporando nuevas garantías, porque las existentes se desarrollan con mayor precisión o bien porque las normas se van interpretando desde nuevas perspectivas. (...)”<sup>11</sup>.

Una vez comprendido el marco y dinamismo que implica el debido proceso y sus garantías para la ética y el proceso que, como se introdujo, se ha visto obligado a tornarse virtual, corresponde entonces hacerse cargo de la regulación ética existente de nuestra profesión.

---

<sup>4</sup> Fuentes Maureira, Claudio y Vargas Pavez, Macarena. El derecho a un debido proceso, Capítulo IV. 1ra. ed. Santiago. Der Ediciones, 2018. p. 6.

<sup>5</sup> Ibid., p. 11.

<sup>6</sup> Ibid., p. 16.

<sup>7</sup> Ibid., p. 21.

<sup>8</sup> Duce, Mauricio; Marín, Felipe y Riego, Cristian, Reforma a los Procesos Civiles Orales: Consideraciones desde el Debido Proceso y Calidad de la Información. En: Modernización de la justicia civil. 1ra. ed. Montevideo. Universidad de Montevideo, 2011 p. 177.

<sup>9</sup> Op. Cit., Fuentes y Vargas p. 32.

<sup>10</sup> Ibid., pp. 7-10.

<sup>11</sup> Ibid., p. 9.

### **3. Recomendaciones de Organismos Internacionales respecto a códigos de ética**

La Organización de Naciones Unidas (en adelante “ONU”) ha emitido distintos documentos que tienen como objetivo que los Estados tomen conocimiento de la relevancia que puede tener en la efectividad y confianza del sistema judicial, el regular del actuar de quienes intervienen en este.

En primer lugar, a propósito de los principios básicos para la independencia de los jueces adoptados en el Congreso de diciembre de 1985<sup>12</sup>, se consagra, entre otras, la obligación de los jueces del secreto profesional, confidencialidad y comportarse de forma adecuada para el cargo<sup>13</sup>. En el año 1989 el Consejo Económico y Social publicó un documento que describe medidas específicas que deben implementarse por los Estados, entre las cuales destacan los deberes de adoptar e implementar estos principios, la difusión de aquellos a todos los miembros del poder judicial, la dictación de seminarios a los jueces y elaborar informes de progreso en la implementación de las medidas anteriores<sup>14</sup>.

En segundo lugar, el 31 de octubre de 2003 la asamblea general de este organismo elaboró un tratado multilateral destinado a que los Estados establecieran determinadas medidas para combatir la corrupción, el cual hasta el año 2020 ha sido ratificado por 187 países<sup>15</sup>. Este documento, en su artículo 11, reconociendo la importancia del papel que ocupa un sistema judicial, obliga a los Estados a tomar medidas para fortalecer la integridad del poder judicial. Entre las medidas menciona expresamente la elaboración de normas que regulen la conducta de sus miembros.<sup>16</sup>

Así, con el fin de que este artículo encuentre aplicación práctica, el año 2015, dicho organismo publicó una guía de aplicación para asistir a los Estados

---

<sup>12</sup> United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, “Basic Principles on the Independence of the Judiciary”. Milán, 1985. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx> (última fecha de consulta: 6 de julio de 2021).

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> United Nations Economic and Social Council. “Procedures For The Effective Implementation Of The Basic Principles On The Independence Of The Judiciary Resolution 1989/60, 15th Plenary Meeting” Nueva York, 1989.

<sup>15</sup> Disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> (última fecha de consulta: 6 de julio de 2021).

<sup>16</sup> ONU: Asamblea General, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: Resolución aprobada por la Asamblea General, 21 Noviembre 2003. Artículo 11.

en este cometido<sup>17</sup>. En esta, se expresa reiteradamente la necesidad de adoptar un código de conducta, al ser un aspecto crucial para la integridad judicial<sup>18</sup>, el cual debe estar acompañado de difusión y medios efectivos para su aplicación<sup>19</sup>.

Finalmente, en abril de 2018, en el contexto del programa global para la implementación de la declaración de Doha de la UNODC, se lanzó una nueva iniciativa: The Global Judicial Integrity Network<sup>20</sup>. Esta tiene como objetivo “(...) ayudar a los poderes judiciales de todo el mundo a fortalecer la integridad judicial y prevenir la corrupción en el sector de la justicia (...)”<sup>21</sup>. Para ello, se han confeccionado distintos insumos que logren el desarrollo de una cultura respecto a la conducta que se debe promover en la administración de justicia. Entre los cuales se encuentran cursos en línea<sup>22</sup>, guías de cómo elaborar un código de ética<sup>23</sup> y manuales para que autoridades nacionales desarrollen cursos de entrenamiento en esta área<sup>24</sup>.

Respecto a las recomendaciones realizadas por otros organismos internacionales, estas son variadas<sup>25</sup>. Considerando las que han tenido mayor impacto regional e internacional, podemos mencionar los Principios de Bangalore<sup>26</sup> y medidas para su implementación<sup>27</sup>, la Magna Carta del Consultative Council

---

<sup>17</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Guía de aplicación y marco de evaluación para el artículo 11. Nueva York, 2015. pp. 1 – 92.

<sup>18</sup> Ibid., p. 18.

<sup>19</sup> Ibid., p. 16.

<sup>20</sup> Disponible en: <https://www.unodc.org/ji/> (última fecha de consulta: 6 de julio de 2021)

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Disponible en: <https://www.unodc.org/ji/es/elearning.html> (última fecha de consulta: 6 de julio de 2021)

<sup>23</sup> Global Judicial Integrity Network, United Nations Office On Drugs And Crime. How To Develop And Implement Codes Of Judicial Conduct,. Vienna, 2019. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/ji/knowledge\\_products/Codes\\_of\\_Conduct\\_2020.pdf](https://www.unodc.org/documents/ji/knowledge_products/Codes_of_Conduct_2020.pdf) (última fecha de consulta: 21 de junio de 2021).

<sup>24</sup> United Nations Office On Drugs And Crime. Judicial Conduct And ethics Trainer’s Manual. Vienna, 2019.

<sup>25</sup> La Comisión Internacional de Juristas ha hecho una recopilación de estándares internacionales aplicables a jueces, abogados y fiscales. Disponible en: <https://www.icj.org/themes/cijl/international-standards/> (última fecha de consulta: 6 de julio de 2021)

<sup>26</sup> Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity. The Bangalore Principles Of Judicial Conduct. La Haya, 2002. Disponible en: [https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial\\_group/Bangalore\\_principles.pdf](https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf) (última fecha de consulta: 21 de junio de 2021)

<sup>27</sup> Judicial Integrity Group. Measures For The Effective Implementation Of The Bangalore Principles Of Judicial Conduct. Lusaka, 2010. Disponible en: <https://www.icj.org/>

of European Judges (CCJE) y sus posteriores opiniones<sup>28</sup>, los Principios Internacionales Para La Profesión Legal de la International Bar Association (IBA)<sup>29</sup> y el Conjunto De Políticas Para Prevenir y Eliminar La Corrupción del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJL)<sup>30</sup>.

Para concluir, si bien hemos destacado la necesidad e importancia que los organismos internacionales otorgan al hecho de que los países cuenten con un código de ética vinculante y con medidas efectivas de aplicación, es necesario advertir que estos conllevan un riesgo. La Asamblea General de las Naciones ha determinado que en diversos casos se ha “documentado un patrón de distintas formas de sanciones disfrazadas, impuestas a jueces para acosar, castigar e intervenir con el ejercicio legítimo de las actividades profesionales de los jueces”<sup>31</sup>. Por lo tanto, la implementación de códigos de ética puede ser extremadamente contraproducente si no se realiza de forma diligente.

#### 4. Regulación comparada de la ética judicial

Delimitado el panorama a nivel internacional expuesto en el apartado anterior, corresponde describir las técnicas normativas mediante las cuales se ha regulado la ética interna en cada país. A continuación, sistematizamos dichas regulaciones por país bajo los criterios de existencia de fuentes éticas; destinatarias y destinatarios de las normas; obligatoriedad de la reglamentación; sanciones en caso de transgresión; y año en que se elaboró dicha normativa.

---

wp-content/uploads/2015/08/JIG-Measures-effective-implementation-Bangalore-Principles-2010.pdf (última fecha de consulta: 21 de junio de 2021).

<sup>28</sup> Consultative Council Of European Judges. Magna Carta Of Judges (Fundamental Principles). Strasbourg, 2010. Disponible en: <https://rm.coe.int/16807482c6> (última fecha de consulta: 21 de junio de 2021).

<sup>29</sup> International Bar Association. International Principles on Conduct for the Legal Profession. Mayo, 2011 Disponible en: [https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/IBA\\_International\\_Principles\\_on\\_Conduct\\_for\\_the\\_legal\\_prof.pdf](https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/IBA_International_Principles_on_Conduct_for_the_legal_prof.pdf) (última fecha de consulta: 21 de junio de 2021).

<sup>30</sup> Centre For The Independence Of Judges And Lawyers (CIJL). Policy Framework For Preventing And Eliminating Corruption And Ensuring The Impartiality Of The Judicial System. Suiza, 2000. Disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2015/04/CIJL-Policy-Framework-for-preventing-and-eliminatingcorruption-and-ensuring-impartiality-of-the-judicial-system-2000.pdf> (última fecha de consulta: 21 de junio de 2021).

<sup>31</sup> García-Sayán, Diego. Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers A/75/172, United Nations General Assembly, 2020. p. 14.

## Tabla Comparativa de Códigos de Ética

| País                                                                | Existencia de normativa                                                                                                                                                                                               | Destinatarios                                                                                                                                                                                                                             | Obligatoriedad                                                                                                         | Sanciones ante incumplimiento                                                                                                                                                                                                                                        | Año                                                                                                                                     |
|---------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Costa Rica                                                          | “Código de Ética del Poder Judicial de Costa Rica”                                                                                                                                                                    | “Todas las personas que sirvan al pueblo de Costa Rica desde el Poder Judicial”                                                                                                                                                           | No                                                                                                                     | No                                                                                                                                                                                                                                                                   | 2009 (versión actual 2019)                                                                                                              |
| Chile                                                               | <b>Jueces/as:</b><br>“Principios de Ética Judicial y Comisión de Ética”<br><br><b>Abogados/as:</b><br>“Código de Ética Profesional”                                                                                   | <b>Jueces/as:</b> Jueces, juezas, auxiliares de la administración de justicia y empleados del Poder Judicial<br><br><b>Abogados/as:</b> Abogados y abogadas colegiados que ejerzan la profesión.                                          | <b>Jueces/as:</b> No<br><br><b>Abogados/as:</b> Sí                                                                     | <b>Jueces/as:</b> No<br><br><b>Abogados/as:</b> Sí, por el Tribunal de Ética regulado en el “Reglamento Disciplinario” del Colegio de Abogados de Chile.                                                                                                             | <b>Jueces/as:</b> 2003 (versión actual 2007)<br><br><b>Abogados/as:</b> 1948 (versión actual 2011)                                      |
| Argentina:<br>-Provincia de Santa Fe:<br><br>-Provincia de Formosa: | <b>Jueces/as:</b><br>“Código de Ética Judicial de la Provincia de Santa Fe”<br><br><b>Jueces/as:</b><br>“Código de Ética para Magistrados y Funcionarios”<br><br><b>Abogados/as:</b><br>“Código de Ética Profesional” | <b>Jueces/as:</b> Magistrados judiciales y jueces de la Provincia de Santa Fe.<br><br><b>Jueces/as:</b> Jueces y funcionarios del Poder Judicial de la Provincia.<br><br><b>Abogados/as:</b> Abogados y abogadas que ejerzan la profesión | <b>Jueces/as:</b> Existe un proceso de responsabilidad ética<br><br><b>Jueces/as:</b> No<br><br><b>Abogados/as:</b> Sí | <b>Jueces/as:</b> Sí, por el Tribunal de Ética estatuido en el Capítulo VI del Código.<br><br><b>Jueces/as:</b> No<br><br><b>Abogados/as:</b> Sí, por el Tribunal de Conducta regulado en el título V, capítulo I, de la ley del Consejo Profesional de la Abogacía. | <b>Jueces/as:</b> 2002 (versión actual)<br><br><b>Jueces/as:</b> 1998 (versión actual)<br><br><b>Abogados/as:</b> 1990 (versión actual) |
| Francia                                                             | <b>Jueces/as:</b><br>“Recueil des Obligations Déontologiques des Magistrats”<br><br><b>Abogados/as:</b><br>“Règlement Intérieur National de la profession d’avocat”                                                   | <b>Jueces/as:</b> Principalmente magistrados, pero sirve para auxiliares de la justicia.<br><br><b>Abogados/as:</b> Abogados y abogadas que ejerzan la profesión.                                                                         | <b>Jueces/as:</b> No<br><br><b>Abogados/as:</b> Sí                                                                     | <b>Jueces/as:</b> Sí, por “Conseil Supérieur de la Magistrature”<br><br><b>Abogados/as:</b> Sí, por el Colegio de Abogados de la región.                                                                                                                             | <b>Jueces/as:</b> 2010 (versión actual 2019)<br><br><b>Abogados/as:</b> 2007 (versión actual 2021)                                      |
| España                                                              | <b>Jueces/as:</b> “Principios de ética judicial”<br><br><b>Abogados/as:</b> “Código Deontológico de la Abogacía Española”                                                                                             | <b>Jueces/as:</b> Jueces y juezas<br><br><b>Abogados/as:</b> Abogados y abogadas que ejerzan la profesión.                                                                                                                                | <b>Jueces/as:</b> No<br><br><b>Abogados/as:</b> Sí                                                                     | <b>Jueces/as:</b> No<br><br><b>Abogados/as:</b> Sí, por el Colegio de Abogados de la región.                                                                                                                                                                         | <b>Jueces/as:</b> 2016<br><br><b>Abogados/as:</b> 2019                                                                                  |
| Alemania                                                            | <b>Jueces/as:</b> No tiene regulación ética.<br><br><b>Abogados/as:</b> “Bundesrechtsanwaltsordnung”                                                                                                                  | <b>Jueces/as:</b> No regulado<br><br><b>Abogados/as:</b> Abogados y abogadas que ejerzan la profesión                                                                                                                                     | <b>Jueces/as:</b> No regulado<br><br><b>Abogados/as:</b> No                                                            | <b>Jueces/as:</b> No<br><br><b>Abogados/as:</b> No                                                                                                                                                                                                                   | <b>Jueces/as:</b> No<br><br><b>Abogados/as:</b> 1959, versión actual 2020)                                                              |

## El nuevo proceso virtual: Consideraciones y desafíos éticos de cara a un nuevo paradigma

| País       | Existencia de normativa                                                                                                                                                                                                                                                      | Destinatarios                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Obligatoriedad                                  | Sanciones ante incumplimiento                                                                                                                                                                                       | Año                                                                                                                                                                      |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Inglaterra | <b>Jueces/as:</b> Guidel ines to Judicial Ethics<br><b>Abogados/as:</b> “Code of Conduct for Solicitors, RELs and RFLs”.<br>“The Solicitors Regulation Authority”(SRA)                                                                                                       | <b>Jueces/as:</b> Jueces y juezas que ejercen la profesión<br><b>Abogados/as:</b> Abogados y abogadas de Inglaterra además de abogados/as extranjeros ejerciendo la profesión                                                                                                                                 | <b>Jueces/as:</b> No<br><b>Abogados/as:</b> Si. | <b>Jueces/as:</b> No<br><b>Abogados/as:</b> Si, por el The Solicitors Disciplinary Tribunal (SDT)                                                                                                                   | 1998 (versión actual 2018)<br>2007 (versión actual 2020)<br>2011 (versión actual 2020)                                                                                   |
| Italia     | <b>Jueces/as:</b> “Codice Etico dei Magistrati Ordinari”<br><b>Abogados/as:</b> “Codice Deontologico Forense”                                                                                                                                                                | <b>Jueces/as:</b> Jueces y juezas que ejerzan la profesión<br><b>Abogados/as:</b> Abogados/as que ejerzan la profesión                                                                                                                                                                                        | <b>Jueces/as:</b> Si<br><b>Abogados/as:</b> Si  | Podrían darse sanciones en caso del incumplimiento tanto para jueces como abogados por el Consejo Superior de la Judicatura o por el mismo código Forense a los abogados                                            | <b>Jueces/as:</b> 1994 (versión actual 2006)<br><b>Abogados/as:</b> 2014 (versión actual 2018)                                                                           |
| EE.UU      | <b>Jueces/as:</b> “Code of Conduct for United States Judges”<br><b>Abogados/as:</b> “Model Rules of Professional Conduct”                                                                                                                                                    | <b>Jueces/as:</b> jueces de circuito, los jueces de distrito, los jueces del Tribunal de Comercio Internacional, los jueces del Tribunal de Reclamaciones Federales, los jueces de quiebras y los jueces magistrados de los Estados Unidos.<br><b>Abogados/as:</b> abogados/as que tengan membresía en el ABA | <b>Jueces/as:</b> No<br><b>Abogados/as:</b> No  | <b>Jueces/as:</b> podrían seguirse medidas disciplinarias, aunque no en todos los casos. No se especifica el órgano sancionador.<br><b>Abogados/as:</b> Ninguna                                                     | <b>Jueces/as:</b> 1973 (versión actual 2019) con posteriores reformas los años 2018 y 2019.<br><b>Abogados/as:</b> 1983, con varias reformas desde el 2002 hasta el 2020 |
| Canadá     | <b>Jueces/as:</b> “Ethical Principles for Judges”<br><b>Abogados/as:</b> “Model Code of Professional Conduct”. Pero este Código fue retirado por el CBA el 2019, debido al nulo uso que tiene entre abogados y abogadas, y solo permanece para investigaciones <sup>32</sup> | <b>Jueces/as:</b> Jueces federales<br><b>Abogados/as:</b> abogados de Canadá, notarios de Quebec y asistentes legales con licencia de Ontario.                                                                                                                                                                | <b>Jueces/as:</b> No<br><b>Abogados/as:</b> No  | <b>Jueces/as:</b> Ninguna<br><b>Abogados/as:</b> puede ser sancionable o no. La decisión se evaluará caso a caso, después de una revisión de toda la información relevante. No se especifica el órgano sancionador. | <b>Jueces/as:</b> 1971 (publicado en 1998) y reformado el 2021<br><b>Abogados/as:</b> 1920 y posterior reforma el 2017                                                   |

Tabla de elaboración propia con datos de cada código citado.

<sup>32</sup> The Canadian Bar Association. Codes of Professional Conduct. Disponible en: [https://www.cba.org/Publications-Resources/Practice-Tools/Ethics-and-Professional-Responsibility-\(1\)/Codes-of-Professional-Conduct](https://www.cba.org/Publications-Resources/Practice-Tools/Ethics-and-Professional-Responsibility-(1)/Codes-of-Professional-Conduct) (Fecha de consulta: 13 de julio de 2021).

Esta sistematización nos permite concluir que la regulación ética de la profesión legal ha sido plasmada mediante códigos, reglamentos o compendios de principios. Los que se enfocan principalmente en quienes ejercen jurisdicción, es decir, juezas y jueces. En menor medida se regula también al resto de funcionarias y funcionarios del Poder Judicial, y, preocupantemente, es escasa la reglamentación en cuanto a abogadas y abogados que ejerzan el ejercicio privado de la profesión. Resulta aún más preocupante la sancionabilidad en caso de verificarse la transgresión a la ética legal, pero sobre todo que existiendo fuentes que normen la conducta ética estas no sean vinculantes.

Adicionalmente, nos encontramos frente a una problemática fácil de obviar, la que es común en estas regulaciones y que no tendría mayor relevancia de no ser por los efectos pandémicos en la tramitación judicial, que han provocado que el proceso mude a uno virtual: la regulación ética actual supone la presencialidad y el *vis a vis* indispensable para el proceso judicial decimonónico.

Sin embargo, como excepción, el código de ética francés asume la existencia de las prestaciones jurídicas en línea. Si bien lo hace en menor medida, es pionero en establecer lineamientos éticos propios de la virtualidad a diferencia del resto de reglamentaciones. Destacan sus principios en cuanto a la suposición de un servicio personalizado; la exigencia de cumplir con el código, en especial en materia de publicidad y sinceridad de las solicitudes personales ofrecidas; sanción en caso de incumplimiento; identificación del prestador; responsabilidad del abogado o abogada de conocer la identidad y características del cliente para efectos de respetar el secreto profesional y evitar conflictos de interés; y deber de velar por el cumplimiento de las normas de prevención del blanqueo de dinero<sup>33</sup>.

En cuanto a los principios de fondo en las distintas regulaciones, encontramos reiteradamente la independencia, imparcialidad, reserva o secreto profesional, integridad y diligencia. Es decir, por una parte se consideran ciertas garantías del debido proceso y, por otra, principios éticos propiamente tal. Sin embargo, el contenido regulado es más bien general y abstracto.

En definitiva, si bien a nivel comparado existen regulaciones de la ética de la profesión legal, estas son deficientes por defectos en cuanto a quiénes están dirigidas, su falta de sancionabilidad y obligatoriedad. Esto sin cuestionar aún el contenido de la regulación ética y su adecuación a la evolución propia del proceso, como lo ha sido la virtualidad.

<sup>33</sup> Francia, Conseil National Des Barreaux, Règlement Intérieur National de la profession d'avocat. 2020. art 19.1 y 19.2. Disponible en: <https://www.avocats-barreau-aube.fr/sites/default/files/inline/files/RIN%3AAvocat.pdf> (última fecha de consulta: 9 de julio de 2021).

## 5. Problemas y desafíos de los procedimientos virtuales

La mayoría de los países, durante la pandemia por COVID-19, han virtualizado los procesos y han adoptado el uso de diferentes plataformas y TICs, entre las que encontramos Zoom, WebEx, Microsoft Teams, Skype, WhatsApp, por nombrar solo algunas. Además, en varios países, se han implementado instructivos externos e internos para el uso de estas mismas como en Colombia, Chile y Brasil<sup>34</sup>. Así también, puede mencionarse que en países europeos como España, se ha puesto al servicio diferentes herramientas de comunicación, soluciones informáticas y también se han mejorado estas, con el propósito de facilitar el teletrabajo de las autoridades judiciales, mientras que en Austria, se ha buscado asegurar una comunicación confidencial, una conectividad y banda ancha suficiente<sup>35</sup>.

Durante el curso de la investigación realizada sobre los nuevos procesos virtuales, particularmente en materia penal, hemos identificado una serie de cuestionamientos en torno a la salud mental de las personas, la cual también ha repercutido en la transgresión de los principios del Derecho. Existen estudios que identifican efectos relevantes producto de la pandemia<sup>36</sup>, señalando por ejemplo el aumento de trastornos mentales en las personas “(...) en particular, trastornos de ansiedad, depresivos, del sueño y estrés agudo (...)”<sup>37</sup> así como también, la existencia de “(...) secuelas emocionales a largo plazo (...)”<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Arellano, Jaime; Cora, Laura; García, Cristina & Sucunza, Matías. “Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19. Medidas adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales”. Biblioteca Virtual JSCA, Reporte CEJA, Santiago, Publicado en 20-05-2020. Disponible en: [https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5648/REPORTECEJA\\_EstadodelajusticiaenALbajoelCOVID19\\_20mayo2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5648/REPORTECEJA_EstadodelajusticiaenALbajoelCOVID19_20mayo2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y). (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

<sup>35</sup> Portal Europeo e-Justicia, “Repercusión de la pandemia de COVID-19 en la justicia”. European e-justice, Legislación y Jurisprudencia, Publicado en 23-04-2021. Disponible en: [https://ejustice.europa.eu/content\\_impact\\_of\\_covid19\\_on\\_the\\_justice\\_field-37147-es.do](https://ejustice.europa.eu/content_impact_of_covid19_on_the_justice_field-37147-es.do). (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

<sup>36</sup> Caballero Domínguez, Carmen Cecilia y Campo Arias, Adalberto; “Problemas de salud mental en la sociedad: Un acercamiento desde el impacto del COVID 19 y de la cuarentena”. Duazary, 17(3), Santa Marta, publicado el 18-04-2020, pp. 1. Disponible en: <https://revistas.unimagdalena.edu.co/index.php/duazary/article/view/3467>. (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Li Z, Ge J, Yang M, et al. “Vicarious traumatization in the general public, members, and non-members of medical teams aiding in COVID-19 control”. ScienceDirect, Journals & Books, Amsterdam, publicado en Agosto de 2020, pp. 5-6. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0889159120303093>. Consultado 02-07-2021.

Lo anterior puede connotar una preocupante relevancia en torno a las decisiones que puedan tomar juezas y jueces, quienes también son personas, considerando el ejercicio diario de la jurisdicción. Junto con lo anterior, se ha señalado que “(...) los jueces que están más cansados y con hambre, toman decisiones más duras y más adversas a riesgos (...)”<sup>39</sup> y que “(...) hacer juicios o decisiones repetidas agota la función ejecutiva y los recursos mentales de las personas, lo que, a su vez, puede influir en su decisión posterior”<sup>40</sup>.

Debemos considerar hoy que existe un problema en cuanto a la posibilidad de que los procesos virtuales sean la nueva tendencia con posterioridad a la pandemia que ha azotado nuestra realidad, se dice entonces que “El desafío en tal transición (el uso remoto de las audiencias en línea) es encontrar el equilibrio en la protección tanto a corto como a largo plazo derechos e intereses de las partes y del público”<sup>41</sup>. Esto último tiene estrecha relación con los problemas señalados anteriormente, pues un dilema intrínseco de esta transición implica todos los efectos que produce llevar a cabo el procedimiento penal de manera virtual, donde lo que prima es la oralidad y la atención en las actuaciones.

Se advierte que los tribunales en línea son vulnerables a una gran variedad de fallas tecnológicas y que se ha vuelto dolorosamente claro que no todo el mundo tiene el mismo acceso a la tecnología, creando un potencial problema de exclusión digital, lo cual deriva de diversas cuestiones<sup>42</sup>.

Uno de los problemas más relevantes a propósito de la investigación sobre la práctica virtual (fuertemente relacionado con la fatiga) es lo que un grupo de autores denominan “el sesgo sistemático en la toma de decisiones”<sup>43</sup>, enten-

<sup>39</sup> Danziger, Shai; Levav, Jonathan & Avnaim-Pesso, Liora, “Extraneous Factors in Judicial Decisions”. PNAS, artículo de investigación, Nueva Jersey, publicado el 26-04-2011, pp. 1. Disponible en: <https://www.pnas.org/content/108/17/6889> . (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> McIntyre, J.; Olijnyk, A., & Pender, K., “Civil courts and COVID-19: Challenges and opportunities in Australia”. SAGE journals, revista de derecho alternativo, Adelaida, Publicado en 02-09-2020, pp. 195. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1037969X20956787> . (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

<sup>42</sup> McIntyre, J.; Olijnyk, A., & Pender, K., “Civil courts and COVID-19: Challenges and opportunities in Australia”. SAGE journals, revista de derecho alternativo, Adelaida, Publicado en 02-09-2020, pp. 200. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1037969X20956787> . (Fecha de consulta: 02-07-2021).

<sup>43</sup> Rossner, Meredith & Tait, David. “Courts are moving to video during coronavirus, but research shows it’s hard to get a fair trial remotely”. The Conversation, Politics & Society, Massachusetts, publicado en 07-04- 2020. Disponible en: <https://theconversation.com/courts-are-moving-to-video-during-coronavirus-but-research-shows-its-hard-to-get-a-fair-trial-remotely-134386> . (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

diendo que el sistema implementado durante la pandemia terminaría por afectar la calidad de la toma de decisiones de los magistrados. Señalan que respecto a los acusados en audiencias virtuales, eran menos propensos a ser representados, en su mayoría ser declarados culpables y sus sentencias fueron con penas más altas, señalando además que las juezas y jueces parecen ser más punitivos respecto de los acusados que ven a través de una pantalla.

En razón de este contexto y como ya se explicó anteriormente, además de la salud mental de los magistrados, juezas y abogados, la brecha digital ha sido otro de los grandes problemas que se han suscitado en medio de la virtualidad. Para esto, podemos entender brecha digital como la diferencia existente en cuanto al acceso a infraestructura tecnológica y respecto de habilidades digitales, lo cual se explica por diferentes factores tales como grupo etario perteneciente, zona geográfica, nivel socioeconómico del país, entre otros. Son estos los causantes de este gran problema que pone en riesgo, junto a la fatiga, los principios de intermediación, publicidad y defensa, teniendo en consideración que los procesos virtuales se han instalado de manera abrupta con motivo del COVID-19.

Para esclarecer lo recién explicado, podemos enunciar algunos antecedentes. Por ejemplo, respecto de América Latina y el Caribe, sólo el 67% de los habitantes hace uso de internet<sup>44</sup>. Asimismo, juega un factor geográfico al mencionar que el 77% de los hogares no urbanos no está conectado a internet<sup>45</sup>. Así también, está en juego el factor etario, considerando que el 42% de las personas menores de 25 años y el 54% de los mayores de 66 años, no tiene conexión<sup>46</sup>. No menos importante es el criterio socioeconómico, destacando que más de 40 millones de hogares no están conectados, siendo la mitad de estos, parte de los dos quintiles más pobres. Y, otro dato relevante respecto de la brecha digital, es que  $\frac{2}{3}$  de los países de esta zona no alcanzan la velocidad de descarga necesarios<sup>47</sup>.

Es entonces que, teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, podemos encontrar al menos dentro de la práctica judicial la afectación de tres principios del derecho producto de la virtualidad y su práctica, siendo estos la intermediación, publicidad y defensa los que pasan a ser explicados a continuación haciendo distinción entre magistrados y abogados.

---

<sup>44</sup> Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile. “IX Encuesta de Acceso y Usos de Internet”. Santiago, mayo 2018. Disponible en: [https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2018/07/Informe\\_Final\\_IX\\_Encuesta\\_Acceso\\_y\\_Usos\\_Internet\\_2017.pdf](https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2018/07/Informe_Final_IX_Encuesta_Acceso_y_Usos_Internet_2017.pdf) (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Ibid.

## a) En cuanto a la inmediación

Los magistrados se han visto impedidos de tener contacto directo con las partes y los medios de pruebas del proceso, lo cual ha significado obtener información de menor calidad que la que hubiera sido posible adquirir presencialmente. Esto se agudiza aún más al tener en consideración la problemática en análisis, ya que la falta de alfabetización digital implica un desconocimiento del uso de plataformas de videoconferencias. Existe entonces una lejanía con las partes, la información a observar, y con el manejo suficiente de los medios tecnológicos, por ejemplo, el audio de las audiencias virtuales, la visualización de imágenes o el acceso a documentos digitales. En relación, un estudio del 2010 de un programa piloto de audiencia virtual en Reino Unido apunta a que mediante audiencias remotas, los jueces tendieron a ser más punitivos o severos<sup>48</sup>.

Esto se explica por la fatiga ya mencionada, como su relación con el uso incorrecto de las plataformas, de manera que el contacto indirecto entre partes y la información aumenta, teniendo entonces información de menor calidad, produciéndose entonces consecuencias negativas para la sentencia.

Ahora, como hemos señalado, la brecha digital no se explica solamente por la falta de manejo o habilidades tecnológicas, sino que también guarda relación con los recursos tecnológicos disponibles. En esto, al no tener una conectividad estable, las audiencias pueden verse interrumpidas auditiva o visualmente, lo que significa que el juez no obtendrá la información suficiente y necesaria, lo que repercute lógicamente, en su decisión y fundamentos.

Al referirnos a los abogados, y continuando con el análisis del principio de inmediación, en el caso de que el abogado no cuente con los medios necesarios, sea tecnológicos o de conocimientos, la falta de contacto con la parte contraria y el juez, así con la prueba, incrementará aún más. En la práctica, si el abogado no tiene total conocimiento acerca del funcionamiento correcto de las plataformas, éste obtendrá la información de manera parcial, corriendo el riesgo de disponer de menos información de la necesaria o correcta para asegurar la debida defensa del cliente. Además, puede ponerse en peligro la forma de entrega de toda la información de manera satisfactoria al juez en el caso, por ejemplo, con motivo de la falta de conocimientos por parte del abogado de la infraestructura, lo que contribuirá a destruir más la inmediación.

En base a lo dicho anteriormente, Jaime Vera sugiere la denominación *juizooms*, en clara alusión a la plataforma utilizada por el Poder Judicial chileno para realizar juicios mediante teletrabajo, haciendo referencia al problema de

---

<sup>48</sup> McIntyre, Olijnyk y Pender. Op. cit., p. 198.

la intermediación respectivamente. Señala el autor que “En lo tocante a dicho principio, el CPP establece de manera imperativa exigencias relativas a la “presencia” de los jueces del TJOP, así como de los intervinientes durante todo el desarrollo de la audiencia de juicio oral (...) En virtud de este mismo principio, se exige la incorporación de la prueba material, documental y de los otros medios tecnológicos a través de su lectura, exhibición o reproducción ante los jueces que integran la sala respectiva”<sup>49</sup>. a lo que agrega sobre el sistema chileno que “(...) en materia de intermediación formal, se puede sostener que una manifestación importante se halla establecida en el artículo 284 del CPP, disposición que establece como exigencia, bajo sanción de nulidad, la presencia ininterrumpida de todos los jueces que integran la sala durante la audiencia de juicio oral”<sup>50</sup>.

El autor, junto con la problemática antes dicha, señala problemas a propósito de las “condiciones técnicas” y utiliza un voto minoritario de un magistrado como ejemplo: “Causa RIT 135-2020 (voto de minoría): “El juicio oral supone una relación interpersonal, cuya vertiente más importante, por razones humanitarias, es el contacto de los jueces con el acusado; pero también lo constituye la relación con los testigos y peritos, puesto que debe existir una percepción directa de la prueba, lo que significa verla y oírla claramente. En la comunicación vía remota hay un desmedro en tales condiciones, la que por razones excepcionales se ha dispuesto asumir en casos justificados, que no se dieron en la especie. Desde el inicio de la audiencia hubo problemas de audio -tal como quedó registrado- y a ello se suma, que el juez que redacta vía remota, pierde contacto con la sala del tribunal, al tener abierta la página donde debe tomar nota de lo que se declara, y minimizado el zoom. El acusado a su vez, que por razones sanitarias está detrás de una puerta de vidrio, prácticamente no puede ser visto”<sup>51</sup>.

Además de lo anteriormente señalado, el autor explica que “Cuando la decisión que se adopta es condenatoria, quien tiene que soportar todo este

---

<sup>49</sup> Vera Vega, Jaime, “Los Juizooms: la celebración de la audiencia de juicio oral a través de plataformas de videoconferencia en tiempos de COVID-19”. Criminal Justice Network, año 2020. Disponible en: <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/los-juizooms-la-celebracion-de-la-audiencia-de-juicio-oral-a-traves-de-plataformas-de-videoconferencia-en-tiempos-de-covid-19-problemas-de-legalidad-e-intermediacion-formal-parte-1> (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Vera Vega, Jaime, “Los Juizooms: la celebración de la audiencia de juicio oral a través de plataformas de videoconferencia en tiempos de COVID-19”. Criminal Justice Network, año 2020. Disponible en: <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/los-juizooms-la-celebracion-de-la-audiencia-de-juicio-oral-a-traves-de-plataformas-de-videoconferencia-en-tiempos-de-covid-19-problemas-de-legalidad-e-intermediacion-formal-parte-1> (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

riesgo es el imputado. Del mismo modo, en caso de no existir una transmisión óptima en el caso de los *juizooms*, podría tener lugar una de las afectaciones del principio de inmediación que Roxin llama: “reducción de la capacidad de observación del juez”<sup>52</sup>.

## b) En cuanto a la publicidad

En el estudio señalado en párrafos anteriores<sup>53</sup>, se explicita que uno de los problemas de las cortes en línea es “la justicia abierta” o la idea de publicidad en el contexto COVID 19, pero que se ha buscado soluciones como considerar el “streaming” u otros métodos para asegurar que el requisito de acceso público que guarda relación con los principios de la justicia abierta. Dicen que ninguna solución es perfecta, diciendo que “incluso si cada audiencia que se realizaba en Zoom, Teams o Skype estaba disponible para el público, la justicia abierta no estaría del todo intacta”<sup>54</sup>.

La publicidad también es afectada por esta problemática. El menor control de estas nuevas tecnologías es un desafío que presentan los magistrados para posibilitar la publicidad de la audiencia. Así, de manera presencial, era sencillo: las personas se dirigían a las salas para presenciar la audiencia. Ahora, el juez deberá asegurarse de que otros tengan acceso a *links*, lo que conlleva conocimientos sobre el funcionamiento de dicha tecnología. Frente a ello, se han barajado opciones como proveer transcripciones, proporcionar el enlace o contar con un sujeto que desarrolle el rol de proporcionar los audios de la audiencia<sup>55</sup>.

Asimismo “*La finalidad de la publicidad es que el procesado y la comunidad tengan conocimiento sobre la imputación, la actividad probatoria y la manera como se juzga, así la comunidad podrá formarse un criterio propio sobre la manera como se administra justicia y la calidad de la misma*”<sup>56</sup> de manera que, al afectarse este principio producto de la brecha digital, también se afecta el control que ejerce la ciudadanía producto de la publicidad.

Tiene asidero para la agudización de la brecha, al igual que las habilidades tecnológicas relacionadas con una falta de educación y el rango etario del

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> McIntyre, Olijnyk y Pender. Op. cit., p. 198.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> McIntyre, Olijnyk y Pender. Op. cit., p. 198.

<sup>56</sup> F. Chero. “Proceso penal y estado de emergencia. ¿Los medios virtuales, satisfacen las garantías del juzgamiento?” Derecho y Cambio Social, N°60, 2020, p. 5. Disponible en: [https://www.derechoycambiosocial.com/revista060/Proceso\\_penal\\_estado\\_de\\_emergencia.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista060/Proceso_penal_estado_de_emergencia.pdf) (última fecha de consulta: 4 de junio de 2021).

individuo, los recursos con los que cuenta el magistrado. Esto último, tiene que ver con la zona geográfica (rural o urbano y, el país) así como los recursos económicos que tenga. Por tanto, el tener una conexión insuficiente para el desarrollo efectivo de la videoconferencia, o no contar con los dispositivos tecnológicos idóneos, el juez se verá impedido de comunicarse y exponer la información respecto a las partes, terceros y medios de comunicación, y que éstos adquieran conocimiento de los fundamentos del juez para la toma de decisiones. Lo anterior significa una pérdida de confianza en el sistema judicial y en la transparencia de estos. Lo anterior, guarda relación entonces con el derecho a la defensa, dado los aspectos ya mencionados de la comunicación y obtención insuficiente de información. En razón de ello, la defensa material de las partes será vulnerada preponderantemente ya que corre el riesgo de no informarse de todo aspecto relevante para una defensa debida, por lo que se verá debilitada por no contar con los medios necesarios para la preparación de la misma. En suma, el derecho a presentar prueba flaquea en el caso de que el magistrado no cuente con los medios necesarios para percibir toda la información dada por las partes; por lo tanto, se afectará el derecho a ser oído o a declarar en el proceso.

En el caso de la defensa técnica, la virtualidad y la afectación de la brecha digital para el juez pone en peligro el derecho de la parte a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Junto a la defensa técnica, la defensa material se verá más afectada, en caso de que esté presente el problema de la brecha digital por parte del magistrado, ya sea por no contar con los medios y/o infraestructura o la falta de conocimientos necesarios, pues esto supone que la calidad de la información disminuirá considerablemente y afectará en el desarrollo de la audiencia y en la percepción del juez. En cuanto a los abogados y abogadas, no deja de ser importante el principio de publicidad, puesto que la falta de manejo en las plataformas virtuales o problemas de conexión, por ejemplo, provocarán que no se pueda comunicar de manera abierta con todos los intervinientes. De esta manera, se pondrá en duda, como pasaba con los magistrados, la transparencia de la justicia.

### **c) En cuanto a la defensa**

Por último, el principio de defensa se ve en gran desventaja. Este punto desde la perspectiva del abogado y respecto a la brecha digital, podríamos decir que será el aspecto más vulnerado o en peligro, ya que puede que no se cuente con toda la información necesaria para el desarrollo de la audiencia, perdiéndose tiempo para preparar la defensa, o por falta de conocimiento en las TICs, que la comunicación entre las partes y/o con el juez se entorpezca de tal forma que el abogado no pueda cumplir con una defensa satisfactoria para su cliente. Aquí está en juego la posición y derechos del cliente.

Entendiendo que este aspecto es el “fuerte” de los tres analizados, podemos ubicar acá el control de la comunicación que tiene el abogado con su cliente. De hecho, de manera presencial, el abogado era quien seguía una suerte de guía de su propio cliente, explicándole las actuaciones favorables o no, de manera que no sólo el cliente puede ver vulnerado su derecho a la defensa material al no poder comunicarse de manera libre y privada con su abogado, sino que también el mismo abogado, quien no podrá controlar los dichos y actuar de su propio cliente durante el transcurso de la audiencia virtual.

Otro aspecto relevante en la defensa es la falta de educación tecnológica o la disponibilidad de medios necesarios, lo que significa un posible problema respecto al tiempo que dispone el abogado para la exposición de su defensa. Por ejemplo, si un abogado no tiene claridad de cómo encender su micrófono para la presentación de las pruebas, corre el peligro de no contar con todo el tiempo necesario, quedando de cierta forma, a criterio del juez qué hacer en tales casos.

#### **d) Afectación de la legalidad**

Un primer aspecto que llama la atención con respecto a esta nueva modalidad de juicios es la fuente formal utilizada hasta ahora para regularlos, ya sea en su modalidad semipresencial o completamente remota. Como se señaló, ni los autos acordados que emanan del principal tribunal de nuestro país, ni las actas de las Cortes de Apelaciones, ni menos aún las actas de los comités de jueces de los TOP constituyen leyes en caso de ser rigurosos con el respeto del principio de legalidad, estas normas provenientes del Poder Judicial no pueden abocarse a la regulación de aspectos que claramente son materia de dominio legal sin infringir con ello la Constitución, algunos de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y el CPP.

En efecto, de acuerdo con el artículo 19 N° 3, inciso 6 de la Constitución chilena: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado” En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9.1 y el CPP en su art. 1 “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”<sup>57</sup>.

El ordenamiento jurídico chileno establece una consagración fuerte del principio de reserva legal del procedimiento, quedando absolutamente vedado que normas de rango infra legal, como es el caso de estos autos acordados normen aspectos de tanta envergadura como la forma que debe adoptar el rito

---

<sup>57</sup> Vera. Op. cit.

procedimental en materia penal. Menos aún puede admitirse que el rito procesal se regule en meros acuerdos de los comités de jueces de los TOP.

Por tanto, en razón de lo dicho, se ha concluido que “(...) el desarrollo de los modelos de e Justicia requiere que las personas puedan hacer un uso adecuado y eficiente de las tecnologías de la comunicación y la información (TIC), sin que su nivel socioeconómico, situación geográfica, nivel educacional, género o edad actúe como un impedimento. Cuando todos o algunos de estos factores dificultan el real acceso a la justicia, se identifica una brecha digital que el Estado debe reducir con políticas públicas, sostenidas y generalizadas de alfabetización digital”<sup>58</sup>. Es decir, no puede sino afirmarse que, con el desplazamiento de las audiencias al mundo virtual, se ven afectadas de manera considerable las garantías y principios ya tratados, no pudiéndose ignorar, que uno de los motivos es la brecha digital hoy existente.

Entonces, si bien han sido la mayoría de los países los que han creado diferentes regulaciones y medidas para aminorar estos efectos, sigue siendo un riesgo latente dado los complejos y múltiples factores que llevan a que exista esta diferencia tecnológica. Por ello, y teniendo en consideración que es probable una emigración eventual, casi total, al mundo judicial virtual, debe tomarse de manera urgente, medidas más radicales para efectos de que las personas sean tratadas bajo el amparo de la legislación y no queden a la suerte de factores tales como la edad, lugares, clase económica perteneciente.

## 6. Principales aspectos de la problemática

Luego de establecer las recomendaciones internacionales respecto a la ética judicial, y de analizar en específico las distintas regulaciones de la ética de la profesión legal junto con los principales problemas que ha conllevado la evolución del proceso a uno virtual, podemos concluir que los códigos de ética a nivel internacional están desactualizados. La totalidad de los instrumentos revisados datan de hace más de diez años. Además, salvo algunas excepciones, no se trata de códigos normativos de conducta, sino más bien de declaraciones o guías de principios toda vez que no establecen sanciones ante su incumplimiento. En efecto, en general la observancia de los principios está determinada por comités asesores y consultivos, no por tribunales especiales sancionatorios. Sin embargo, se debe reconocer que el carácter general de estos compendios

<sup>58</sup> Letelier, E., “Acceso a la justicia y brecha digital en los adultos mayores. Informe sintético sobre la cuestión en Chile”. Trayectorias Humanas Transcontinentales, N°5, año 2019. Disponible en: <https://www.unilim.fr/trahs/1374> (última fecha de consulta: 19 de junio de 2021).

permite que estos principios y guías de conducta pueden ir moldeándose y adecuándose a distintas realidades, tal como lo ha significado la pandemia

Luego, respecto a las personas a la que están dirigidos los códigos de ética, la mayoría lo está a jueces y juezas exclusivamente, mientras otros se dirigen además a otros funcionarios de la jurisdicción. Sin embargo, la normativa contenida en las regulaciones no se encuentra dirigida a ellos, sino que a magistradas y magistrados. A su vez, los códigos de ética de abogados se dirigen a aquellos que sean parte de un colegio o asociación de abogados.

Los códigos de ética revisados consagran una serie de principios que son considerados fundamentales para la ética judicial. Los cuales, por su abstracción y generalidad, pueden adecuarse al dinamismo de la realidad y aplicarse a cualquier caso en concreto. Es precisamente por dichas características que la aplicación de la regulación de la ética judicial y de los abogados en el nuevo contexto de pandemia adquiere mayor relevancia.

La pandemia del Covid-19 no ha dejado indiferente a nadie y ha significado una serie de desafíos para el ámbito jurídico, en específico, en lo relativo a la realización de procesos judiciales virtuales. En efecto, a lo largo de este trabajo hemos reconocido una serie de problemáticas que acarrear los procesos judiciales virtuales, que los tribunales no están preparados para enfrentar. En este sentido, se identificó al sesgo sistemático en la toma de decisiones como un problema que perjudica, específicamente, la capacidad de los jueces y juezas de tomar decisiones en un caso en concreto por verse influenciados por condiciones externas. Así también, otra dificultad es la brecha digital, la cual puede ser un impedimento para acudir a la justicia o que los intervinientes en un proceso virtual puedan actuar íntegramente, lo cual también puede influir en la toma de decisiones de un juez o jueza. Ambos problemas vulneran principios fundamentales, tales como la inmediatez, la publicidad y la defensa, y pareciera ser la regulación ética la principal alternativa para combatirlos.

Finalmente, es necesario considerar que la eventual implementación de códigos de ética obligatorios y sus correspondientes procesos sancionatorios, con el fin de resolver estas dificultades, deben ser incorporados de tal forma que su mal uso no afecte la separación de poderes del Estado. Es esencial evitar un posible intervencionismo al poder judicial a través de sanciones disfrazadas como normas éticas.

## 7. Recomendaciones

A raíz de los problemas visibilizados en este trabajo, consideramos que hay medidas que pueden hacer la diferencia si lo que se pretende es erradicar las complicaciones anteriormente expuestas. En primer lugar, audiencias más

cortas o con más recesos, para así reducir el esfuerzo que deben hacer imputados, abogados y sobre todo jueces que, al final, son aquellos que toman las decisiones. Además, esta medida ayudaría, de forma indirecta, a garantizar los derechos de los imputados, toda vez que una audiencia más acotada o con más recesos reduciría la posibilidad de parcialidad en el juez, considerando que estos últimos son humanos, y por lo tanto pueden perder la concentración ante una dinámica muy monótona, aspecto que puede tener impacto en el fallo.

En segundo lugar, capacitaciones tecnológicas integrales, considerando que los juicios por plataformas digitales son novedosos y, por lo mismo, pueden ser complejos en cuanto al adecuado manejo de estas plataformas, para un juicio más eficiente.

En tercer lugar, resulta necesaria la realización de actividades orientadas a la preparación de jueces y juezas para enfrentar problemas éticos que se presenten durante el ejercicio de la profesión. Estas son imprescindibles en todos los niveles de judicatura, y no solo cursos formativos al inicio de la carrera, sino más bien un proceso continuo a lo largo de todo el periodo que ocupen su posición. Además, debemos considerar la actualización de estos cursos y actividades a nuevas situaciones problemáticas que puedan surgir a propósito de procesos virtuales, los cuales, como ya hemos visto, significan una carga mayor para los miembros del poder judicial.

En cuarto lugar, establecer la obligatoriedad de los Códigos de Ética, ya que como pudimos observar, en su mayoría ninguno de estos cuerpos normativos es vinculante, tanto para abogados como para jueces. Por lo tanto, se convierten en una mera guía de conducta, sin perjuicio de que de la inobservancia de estas normas puede seguirse la aplicación de alguna medida disciplinaria, la cual en ningún caso es equivalente a una sanción.

En quinto y último lugar, consideramos esencial la creación de un órgano especializado encargado de sancionar la inobservancia de las normas contenidas en cada Código de Ética, para que aquellas conductas antiéticas disminuyan con el paso del tiempo, asegurando así la eficacia del órgano, de los cuerpos normativos en cuestión y, trascendentalmente, del sistema en su conjunto. No obstante, no puede dejarse todo en manos de los códigos, sino también, sería conveniente un actuar más proactivo por parte de organismos internacionales que incentive a los países a tomar las medidas correspondientes. En este sentido, es útil mencionar la guía para el desarrollo e implementación de códigos de ética elaborada por la iniciativa “The Global Judicial Integrity Network” que tiene como objetivo la implementación de la declaración de Doha de la UNODC<sup>59</sup>. Esta guía, resalta

---

<sup>59</sup> Global Judicial Integrity Network, United Nations Office On Drugs And Crime. How To Develop And Implement Codes Of Judicial Conduct., Vienna, 2019. Disponible en:

la necesidad de establecer mecanismos o procedimientos orientados a aconsejar a los jueces en la correcta aplicación de los códigos de ética (comités éticos, comisiones, órganos consultivos, etc.) generando un desarrollo en materia de actuar ético en la profesión<sup>60</sup>. Asimismo, como hemos mencionado, expresa la importancia de procesos para recibir y revisar quejas respecto a potenciales violaciones al código y aplicar las sanciones correspondientes cuando éstas se verifiquen, no obstante, los procesos consultivos y sancionatorios antes mencionados, deben ser preferentemente realizados por órganos distintos<sup>61</sup>.

Finalmente, otra observación importante que realiza esta guía es el rol preponderante que deben ocupar los jueces en la adopción, aprobación y supervisión de los Códigos de Ética, puesto que, si los órganos judiciales fallan en mantener y asegurar que sus miembros actúen con altos estándares de conducta, serán vulnerables a la intervención de los otros poderes del Estado en su funcionamiento, poniendo en riesgo su independencia<sup>62</sup>.

## 8. Conclusión

Las garantías y sub-derechos del debido proceso se han visto transgredidos en este contexto de traslado de las labores jurisdiccionales a una modalidad virtual. Principalmente, como se analizó, la publicidad, intermediación y defensa han sido fuertemente afectadas, por cuestiones tales como la brecha digital y fatiga tanto en usuarios de la justicia como en abogadas, abogados, juezas y jueces. Frente a este panorama la reglamentación de la normativa y sanciones éticas resultan ser de suma relevancia en este nuevo contexto virtual, debido a que sirven de guías de conducta que nos orientan y demarcan el correcto camino a seguir en pos de no desviarnos de este conjunto de garantías que hemos determinado que enmarcan un proceso para que se ajuste al mínimo debido y sea considerado justo. Si bien, tanto las garantías del debido proceso como la escasa y cuestionable reglamentación ética suponen la presencialidad, de no ser por un desastre como la pandemia mundial, difícilmente habríamos evolucionado a la virtualidad de manera tan exponencial.

Las garantías y regulación ética trascienden al proceso, y al ser directrices generales con la peculiaridad de ser evolutivas, el proceso se vio obligado a cambiar por primera vez en su historia un aspecto que parecía tan inmutable

---

[https://www.unodc.org/documents/ji/knowledge\\_products/Codes\\_of\\_Conduct\\_2020.pdf](https://www.unodc.org/documents/ji/knowledge_products/Codes_of_Conduct_2020.pdf) (última fecha de consulta: 21 de junio de 2021).

<sup>60</sup> Ibid., p. 10.

<sup>61</sup> Ibid., p. 11.

<sup>62</sup> Ibid., p. 13.

como el espacio físico en que se desarrolla. Es momento de renovar y modernizar también las construcciones jurídicas desarrolladas en torno al proceso, con el objeto de que no se tornen un ancla en su innovación, le acompañen en este nuevo paradigma ajustándose aún a los estándares de justicia y permitan que se aseguren también en este nuevo proceso virtual, que lejos de ser un remedio pasajero a nuestro contexto es la evolución a nuestra nueva realidad.

## **Bibliografía**

### **Códigos de ética comparados**

#### **Alemania**

Falta de regulación ética disponible en: [https://www.handelsblatt.com/finanzen/steuern\\_recht/recht/anwaltschaft-die-ethik-des-juristen-seite-2/3298168-2.html?ticket=ST\\_9364776-ThLsFpbCnJgdLQQEYTyQ-ap5](https://www.handelsblatt.com/finanzen/steuern_recht/recht/anwaltschaft-die-ethik-des-juristen-seite-2/3298168-2.html?ticket=ST_9364776-ThLsFpbCnJgdLQQEYTyQ-ap5) (fecha de consulta 5 de Julio del 2021)

Ley de Abogados Federales (1959) disponible en [https://www.gesetze-im\\_internet.de/brao/BRAO.pdf](https://www.gesetze-im_internet.de/brao/BRAO.pdf) (fecha de consulta 5 de Julio del 2021)

#### **Argentina**

Código de Ética para Magistrados y Jueces del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe (2002), disponible en: <http://www.justiciasantafe.gov.ar/CODIGOS/CODIGO%20DE%20ETICA.pdf> (Fecha de consulta: 4 de junio de 2021).

Código de Ética para los Magistrados y Funcionarios de Formosa (1998), disponible en: <http://www.jusformosa.gov.ar/biblioteca/legislacion/codetica2008.pdf> (Fecha de consulta: 4 de junio de 2021).

Código de Ética profesional (1990), disponible en: <http://www.saij.gob.ar/LPP0000936> (Fecha de consulta: 15 de julio de 2021).

#### **Canadá**

Ethical Principles for Judges (2004). Disponible en: [https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_judicialconduct\\_Principles\\_en.pdf](https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/news_pub_judicialconduct_Principles_en.pdf) (Fecha de consulta: 18 de abril de 2021)

Model Code of Professional Conduct (1920). Disponible en: <https://flsc.ca/wp-content/uploads/2018/03/Model-Code-as-amended-March-2017-Final.pdf> (Fecha de consulta: 18 de abril de 2021)

#### **Chile**

Auto Acordado N° 262-2007 sobre Principios de Ética Judicial y Comisión de Ética (2007), disponible en: [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_chl\\_acta262.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_chl_acta262.pdf) (Fecha de consulta: 30 de abril de 2021).

Código de Ética Profesional (2011), disponible en: <https://colegioabogados.cl/wp-content/uploads/2017/08/LibroCodigo1.pdf>

### **Costa Rica**

Código de Ética del Poder Judicial de Costa Rica (2019), disponible en: <https://unmejorpj.poder-judicial.go.cr/images/Documentos/Codigo-de-Etica-Actualizado.pdf> (Fecha de consulta: 4 de junio de 2021).

### **España**

Principios de Ética Judicial (2016). Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Etica-Judicial/Etica-Judicial/Principios-de-Etica-Judicial/> (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2021).

Código Deontológico de la Abogacía Española (2019). Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/05/Codigo-Deontologico-2019.pdf> (Fecha de consulta: 29 de mayo de 2021).

Estatuto general de la Abogacía Española (2001). Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf> (Fecha de consulta: 29 de mayo de 2021).

### **EE. UU**

Code of Conduct for United States Judges (2019). Disponible en: <https://www.uscourts.gov/judges-judgeships/code-conduct-united-states-judges> (Fecha de consulta: 16 de abril de 2021)

Model Rules of Professional Conduct (2020). Disponible en: [https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct\\_table\\_of\\_contents/](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/) (Fecha de consulta: 16 de abril de 2021)

### **Francia**

Recueil des obligations déontologiques des magistrats (2019) Disponible en: [http://www.conseil-superieurmagistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/csm\\_recueilobligationsdeontologiques.pdf](http://www.conseil-superieurmagistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/csm_recueilobligationsdeontologiques.pdf) (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2021).

Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (2020). Disponible en: <https://www.avocats-barreau-aube.fr/sites/default/files/inline-files/RIN%3AAvocat.pdf> (Fecha de consulta: 9 de junio de 2021).

### **Inglaterra**

Guidelines to Judicial Ethics (1998), disponible en:

<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/03/Amended-Guide-to-Judicial-Conduct-revision-Final-v002.-March-2020.pdf> (Fecha de consulta 5 de Julio de 2021).

El nuevo proceso virtual: Consideraciones y desafíos éticos de cara a un nuevo paradigma

Code of Conduct for Solicitors, RELSs and RFLS (2007), disponible en: <https://www.sra.org.uk/solicitors/standards-regulations/code-conduct-solicitors/> (Fecha de consulta 5 de Julio de 2021).

The Solicitors Regulation Authority (SRA), (2011), disponible en: <https://www.sra.org.uk/solicitors/standards-regulations/> (Fecha de consulta 5 de Julio del 2021).

### **Italia**

Codice Etico del Magistrati Ordinari (1994), disponible en: [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=7bdc35f-2370-25e5-f21d2887c913f47d&-groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=7bdc35f-2370-25e5-f21d2887c913f47d&-groupId=252038) y <https://www.avvocati-imperia.it/ANMdeont.pdf> (Fecha de consulta Julio del 2021)

Codice Deontologico Forense (2018), disponible en: <https://www.consiglionazionaleforense.it/codice-deontologico-forense> (Fecha de consulta 5 de Julio del 2021).

### **Recomendaciones de Organismos Internacionales respecto a códigos de ética**

Centre For The Independence Of Judges And Lawyers (CIJL). Policy Framework For Preventing And Eliminating Corruption And Ensuring The Impartiality Of The Judicial System. Suiza, 2000.

Consultative Council Of European Judges. Magna Carta Of Judges (Fundamental Principles). Strasbourg, 2010.

García-Sayán, Diego. Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers A/75/172, United Nations General Assembly, 2020.

Global Judicial Integrity Network, United Nations Office On Drugs And Crime. How To Develop And Implement Codes Of Judicial Conduct,. Vienna, 2019.

Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity. The Bangalore Principles Of Judicial Conduct. La Haya, 2002.

Judicial Integrity Group. Measures For The Effective Implementation Of The Bangalore Principles Of Judicial Conduct. Lusaka, 2010.

International Bar Association. International Principles on Conduct for the Legal Profession. Mayo, 2011

ONU: Asamblea General, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción : Resolución aprobada por la Asamblea General, 21 Noviembre 2003

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Guía de aplicación y marco de evaluación para el artículo 11. Nueva York, 2015.

United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, “Basic Principles on the Independence of the Judiciary”. Milán, 1985.

United Nations Economic and Social Council. “Procedures For The Effective Implementation Of The Basic Principles On The Independence Of The Judiciary Resolution 1989/60, 15th Plenary Meeting” Nueva York, 1989.

United Nations Office On Drugs And Crime. Judicial Conduct And ethics Trainer’s Manual. Vienna, 2019.

### Citas (orden alfabético)

Arellano, Jaime; Cora, Laura; García, Cristina & Sucunza, Matías. (2020): “Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19. Medidas adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales”. Biblioteca Virtual JSCA, Reporte CEJA. Santiago. Publicado en 20-05-2020. Disponible en: [https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5648/REPORTECEJA\\_EstadodelajusticiaenALbajoelCOVID19\\_20mayo2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5648/REPORTECEJA_EstadodelajusticiaenALbajoelCOVID19_20mayo2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y) (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

Caballero Domínguez, Carmen Cecilia y Campo Arias, Adalberto; “Problemas de salud mental en la sociedad: Un acercamiento desde el impacto del COVID 19 y de la cuarentena”. *Duazary*, 17(3), Santa Marta, publicado el 18-04-2020, pp. 1. Disponible en: <https://revistas.unimagdalena.edu.co/index.php/duazary/article/view/3467>. (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

The Canadian Bar Association: “Codes of Professional Conduct”. Disponible en: [https://www.cba.org/Publications-Resources/Practice-Tools/Ethics-and-Professional-Responsibility-\(1\)/Codes-of-Professional-Conduct](https://www.cba.org/Publications-Resources/Practice-Tools/Ethics-and-Professional-Responsibility-(1)/Codes-of-Professional-Conduct) (fecha de consulta: 13 de julio de 2021)

Danziger, Shai; Levav, Jonathan & Avnaim-Pesso, Liora, “Extraneous Factors in Judicial Decisions”. PNAS, artículo de investigación, Nueva Jersey, publicado el 26-04-2011, pp. 1. Disponible en: <https://www.pnas.org/content/108/17/6889>. (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

F. Chero (2020): “Proceso penal y estado de emergencia. ¿Los medios virtuales, satisfacen las garantías del juzgamiento?”. *Derecho y Cambio Social*, N°60, año 2020. Disponible en: [https://www.derechoycambiosocial.com/revista060/Proceso\\_penal\\_estado\\_de\\_emergencia.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista060/Proceso_penal_estado_de_emergencia.pdf) (última fecha de consulta: 4 de junio de 2021). p. 5.

J. McIntyre, A. Olijnyk, K. Pender (2020) “Civil courts and COVID-19: Challenges and opportunities in Australia”. *Auspublaw*. Disponible en: <https://auspublaw.org/2020/05/courts-and-covid-19-challenges-and-opportunities-in-australia/> (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).

- Letelier, E. (2019): “Acceso a la justicia y brecha digital en los adultos mayores. Informe sintético sobre la cuestión en Chile”. Trayectorias Humanas Transcontinentales, N°5, año 2019. Disponible en: <https://www.unilim.fr/trahs/1374> (última fecha de consulta: 19 de junio de 2021).
- Li Z, Ge J, Yang M, et al. “Vicarious traumatization in the general public, members, and non members of medical teams aiding in COVID-19 control”. *ScienceDirect*, Journals & Books, Amsterdam, publicado en Agosto de 2020, pp. 5-6. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0889159120303093> (última fecha de consulta: 02 de julio de 2021)
- Portal Europeo e-Justicia (2021): “Repercusión de la pandemia de COVID-19 en la justicia”. European e-justice, Legislación y Jurisprudencia, Publicado en 23-04-2021. Disponible en: [https://e-justice.europa.eu/content\\_impact\\_of\\_covid19\\_on\\_the\\_justice\\_field-37147-\\_es.do](https://e-justice.europa.eu/content_impact_of_covid19_on_the_justice_field-37147-_es.do) (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).
- Rossner, Meredith & Tait, David. “Courts are moving to video during coronavirus, but research shows it’s hard to get a fair trial remotely”. *The Conversation*, Politics & Society, Massachusetts, publicado en 07-04-2020. Disponible en: <https://theconversation.com/courts-are-moving-to-video-during-coronavirus-butresearch-shows-its-hard-to-get-a-fair-trial-remotely-134386> (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021)
- Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile (2018): “IX Encuesta de Acceso y Usos de Internet”. pdf, Santiago, publicado en mayo de 2018. Disponible en: [https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2018/07/Informe\\_Final\\_IX\\_Encuesta\\_Acceso\\_y\\_Usos\\_Internet\\_2017.pdf](https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2018/07/Informe_Final_IX_Encuesta_Acceso_y_Usos_Internet_2017.pdf) (última fecha de consulta: 2 de junio de 2021).
- Vera Vega, Jaime, “Los Juizooms: la celebración de la audiencia de juicio oral a través de plataformas de videoconferencia en tiempos de COVID-19”. *Criminal Justice Network*, año 2020. Disponible en: <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/los-juizooms-la-celebracion-de-la-audiencia-de-juicio-oral-a-traves-de-plataformas-de-videoconferencia-en-tiempos-decovid-19-problemas-de-legalidad-e-inmediacion-formal-parte-1> (última fecha de consulta: 4 de junio de 2021).



# EL MODELO DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA DEL *OVERSIGHT BOARD* DE FACEBOOK DESDE LA NOCIÓN DE PROCESO: UN PARADIGMA ÉTICO DE LA ACTUALIDAD

---

*Carolina Quintero Rendón, Nicolas Lizcano Bucheli,  
Felipe Alejandro De Los Ríos Jiménez, Juan José Guerrero Cabrera,  
Ximena Ramos Chaves, Carlos Esteban Pérez Toro,  
Cristian Camilo Erazo Tarapues, Jesús David Garcés Rojas,  
Luiza Onofre Gómez, Lina María Ortega Vallejos,  
Tatiana Figueroa Peláez y María Fernanda López Betancourt*

**Tutores:** *Omar Alfonso Cárdenas Caicedo y Duván Esteban Chaves Rivas*  
*Universidad de Nariño, Pasto*

## **Resumen**

El presente trabajo aborda el problema de la ética y la virtualidad en el proceso desde una perspectiva totalmente diferente: en primer lugar, el semillero se embarcará en el ámbito virtual desde el concepto de la solución de disputas en línea (ODR) y su relación con sistemas de justicia digitales tales como el Oversight Board creado por Facebook. Posteriormente, se analizará la crisis del concepto de proceso y la necesidad de que incluya nuevas realidades como los ODR que permiten que conflictos digitales sean dirimidos a través de los sistemas de justicia no tradicionales. Finalmente, el semillero plantea algunos interrogantes éticos acerca de la relación que pueden llegar a tener los jueces convencionales con las decisiones tomadas por un órgano de solución de disputas en línea como el Oversight Board y propone como solución un sistema ético bajo una perspectiva de derechos humanos.

**Palabras clave:** Oversight Board, justicia digital, derechos humanos, ética, proceso.

## Abstract

The present work addresses the problem of ethics and virtuality in the process from a totally different perspective: first, the seedbed will embark on the virtual field from the concept of online dispute resolution (ODR) and its relationship with digital justice systems such as the Oversight Board created by Facebook. Subsequently, the crisis of the concept of process and the need to include new realities such as ODRs that allow digital conflicts to be resolved through non-traditional justice systems will be analyzed. Finally, the seedbed raises some ethical questions about the relationship that conventional judges may have with the decisions made by an online dispute resolution body such as the Oversight Board and proposes an ethical system from a human rights perspective as a solution.

**Keywords:** Oversight Board, digital justice, human rights, ethics, process.

## 1. Introducción

*«La verdad es que los fenómenos del Derecho no solo obedecen a las leyes lógicas, psicológicas, biológicas, físicas y económicas, sino también, y, sobre todo, a leyes éticas.»*

**Francesco Carnelutti**

No es un secreto que la modernidad trajo consigo la incorporación de la tecnología digital y con ello la virtualización de muchas tareas, por supuesto, el derecho no ha sido ajeno a este cambio. Por ello, las metodologías planteadas para la solución de conflictos jurídicos se han trasladado a la web, y en este sentido, han surgido nuevas formas de «administración de justicia» que pretenden responder con celeridad y eficiencia. Un ejemplo de ello es la solución de disputas en línea (ODR por sus siglas en inglés –*Online Dispute Resolution*), un modelo de sistema que inició para mediar en los litigios del comercio electrónico o de consumo, en donde vendedor y comprador se encuentran en el mundo digital; pero que, con el tiempo, surgió la necesidad de que este sistema se expandiera a otras esferas que también requerían que sus conflictos se resolvieran de forma *Online*, como es el caso de las redes sociales.

En las redes sociales diariamente se presentan conflictos entre los usuarios y la plataforma con respecto al contenido que publican, por su posible vulneración de las normas comunitarias y los derechos de otros usuarios. Por ello, Facebook INC propietario de plataformas como Facebook e Instagram, decidió

conformar el Consejo Asesor de Contenido o también llamado Oversight Board (en adelante OB) que actúa como un «tribunal de cierre», el cual determina si las decisiones iniciales de Facebook o Instagram son acertadas o no<sup>1</sup>, por lo que puede revocarlas o mantenerlas<sup>2</sup>, aunado a que se nutre de normatividad internacional sobre derechos humanos para resolver el conflicto<sup>3</sup>. Es este último punto el que hace al OB un ODR de avanzada como ningún otro, pues garantiza la defensa y salvaguarda de los derechos humanos de los usuarios en las plataformas digitales, que lo hace, además, un sistema de solución de disputas en línea con profundas implicaciones éticas.

No es alejado pensar que las decisiones tomadas por el OB llegarán algún día al sistema tradicional de justicia, pues fácilmente el usuario puede incorporar como prueba, en un proceso judicial en Colombia –o cualquier otro lugar del mundo–, la decisión que obtuvo del OB, no con el propósito de probar los hechos del proceso, sino con el fin de sustentar con mayor carga argumentativa su tesis. Por ejemplo, si el OB determina que a un usuario se le vulneró su derecho a la honra y buen nombre al ser publicadas unas fotos íntimas sin su consentimiento, por lo cual se ordenó borrar la publicación con

---

<sup>1</sup> Consejo Asesor de Contenido, Acta constitutiva del Consejo, Artículo 2: *“Autoridad para realizar la revisión: Las personas que usan los servicios de Facebook y Facebook mismo pueden enviar contenido para que el Consejo lo revise. El Consejo revisará el contenido y tomará una decisión al respecto de conformidad con los valores y las políticas de contenido de Facebook”*. Disponible en: <https://oversightboard.com/sr/rulebook-for-case-review-and-policy-guidance>

<sup>2</sup> Consejo Asesor de Contenido, Acta constitutiva del Consejo, Artículo 3: *procedimientos de revisión: “El Consejo puede decidir permitir o eliminar el contenido que se le envíe adecuadamente para revisión. El Consejo también puede mantener o revertir una designación que condujo a un resultado de cumplimiento, como decidir que el contenido exhibe violencia gráfica y, por lo tanto, debe mostrar una pantalla de advertencia.”* Disponible en: <https://oversightboard.com/sr/rulebook-for-case-review-and-policy-guidance>.

<sup>3</sup> Consejo Asesor de Contenido, Acta constitutiva del Consejo, Artículo 2, Fundamentos de la toma de Decisiones: *“(…) Al revisar las decisiones, el Consejo prestará particular atención al impacto de eliminar contenido tomando en cuenta las normas sobre derechos humanos que protegen la libertad de expresión”*. Así mismo, en las reglas para la revisión de casos y orientación de políticas (Rulebook) se puede leer: *“En línea con Principios rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos.”* Igualmente, sobre los casos se tiene en el artículo 2.4 que: la Administración proporcionará, bajo la dirección del panel, la investigación sobre el contexto del caso (por ejemplo, cultural, lingüística, política), estándares internacionales relevantes sobre libertad de expresión y derechos humanos, y las políticas y valores de contenido de Facebook. Esto se puede buscar a través de socios externos. Disponible en: <https://oversightboard.com/sr/rulebook-for-case-review-and-policy-guidance>.

fundamento en normatividad sobre DD. HH, este usuario puede trasladar el debate que tuvo en el escenario virtual y llevarlo al proceso de responsabilidad civil extracontractual para la reclamación de los perjuicios, no para acreditar el daño, sino para fundamentar las razones que el juez pueda tener en cuenta al momento de fallar.

Frente a este panorama, el semillero propone algunos retos e interrogantes éticos a los que se vería enfrentado el juez al incorporar al interior del proceso dicha prueba y plantea un debate respecto a (I) la importancia de los ODR y su relación con el Oversight Board (II) la crisis del concepto de proceso y la necesidad de ampliarlo a nuevos escenarios y (III) la relación del Oversight Board con el sistema tradicional, los derechos humanos y los interrogantes éticos que esta relación genera. Para ello, la ponencia iniciará dilucidando qué es el Oversight Board.

## **2. El oversight board: un sistema innovador para regular conflictos en redes sociales**

En noviembre de 2018, Mark Zuckerberg, el creador de Facebook, informó ante los medios y toda su comunidad en general que la red social –junto con Instagram– contarían con un cuerpo independiente que revisaría de forma contundente ciertas decisiones en cuanto a la moderación de contenidos y controversias que se hayan presentado entre usuarios y que presuntamente hayan violado las normas comunitarias de la plataforma.<sup>4</sup> La razón que dio Zuckerberg alrededor de la creación de este instrumento fue la necesidad de soportar y revisar ciertas decisiones, sobre todo cuando los conflictos que se generan giran en torno a la libertad de expresión y la seguridad. En septiembre del 2019, la plataforma Facebook publicó un documento sobre el OB en el que dio la definición de dicho organismo y además explicó su estructura, denotando una estrecha relación con Facebook y sus normas comunitarias. También recalcó que la función principal del Consejo es estudiar algunas decisiones en cuanto a temas de moderación y revocarlas cuando así lo estime después de un exhaustivo análisis y deliberación<sup>5</sup>.

Este órgano se creó como en el entorno de Facebook e Instagram para responder algunas de las preguntas más difíciles sobre «libertad de expresión online», cuestionamientos tales como ¿Qué contenido eliminar?, ¿Cuál

---

<sup>4</sup> Observatorio Legislativo, “¿Qué tanto va a mejorar la moderación de contenidos con la nueva Corte Suprema de Facebook?”, CELE - Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Argentina. Disponible en: <https://observatoriol legislativocele.com/letrachica-y-el-oversight-board/>.

<sup>5</sup> Ibidem.

conservar? y, sobre todo, ¿Por qué hacerlo?<sup>6</sup>. El OB está conformado por miembros provenientes de todo el mundo con conocimiento en la defensa de la libertad de expresión, derechos humanos, comunicaciones, entre otros ámbitos<sup>7</sup>. Hasta el momento, este órgano sólo cuenta con un total de diecinueve miembros<sup>8</sup>, pero puede ampliarse hasta un máximo de 40.

Respecto a su financiación, Facebook estableció la creación de un fideicomiso<sup>9</sup> administrado por una entidad legal independiente<sup>10</sup>, a quien asignó un presupuesto para garantizar su funcionamiento hasta por 6 años, quien a su vez se encarga de mantener y aprobar el presupuesto operativo del Consejo, de esta manera se garantiza la independencia financiera del OB y se evita que Facebook INC influya en las decisiones que tome el Consejo.

El OB actúa como un tribunal de apelaciones, ante el cual los usuarios presentan una «apelación» cuando su contenido sea restringido por Facebook o Instagram, con el fin de que el OB revise la decisión inicial tomada y la confronte

---

<sup>6</sup> Consejo Asesor de Contenido, Acta constitutiva del Consejo: *“El Consejo asesor de contenido se creó para ayudar a Facebook a responder algunas de las preguntas más difíciles sobre la libertad de expresión online: qué contenido eliminar, cuál conservar y por qué”*. El propósito del Consejo no es ser una mera extensión del proceso de revisión de contenido actual de Facebook. Su finalidad es revisar un número limitado de casos muy emblemáticos y determinar si las decisiones se tomaron de acuerdo con las políticas y los valores establecidos de Facebook. Disponible en: <https://oversightboard.com/sr/rulebook-for-case-review-and-policy-guidance>.

<sup>7</sup> Consejo Asesor de Contenido, Acta constitutiva del Consejo: Finalidad del Consejo: *“Una vez conformado en su totalidad, el Consejo contará con 40 miembros de todo el mundo que representarán un conjunto diverso de disciplinas y conocimientos. Estos miembros podrán seleccionar los casos de contenido que se someterán a revisión y ratificar o revertir las decisiones de contenido de Facebook”*. Disponible en: <https://oversightboard.com/sr/rulebook-for-case-review-and-policy-guidance>.

<sup>8</sup> Consejo Asesor de Contenido, Composición. Disponible en: <https://oversightboard.com/meet-the-board/>.

<sup>9</sup> Según se lee en su sitio web oficial del Consejo, este fideicomiso hace parte del principio de independencia: Para garantizar la independencia de su proceso de toma de decisiones, tanto el Consejo como su órgano administrativo están financiados por un fideicomiso independiente y se encuentran respaldados por una empresa independiente, separada de la empresa Facebook. Disponible en: <https://oversightboard.com/governance/>.

<sup>10</sup> Consejo Asesor de Contenido, Acta constitutiva del Consejo: El fideicomiso cumple su propósito a través de la Corporación de Responsabilidad Limitada de la Junta de Supervisión (“la LLC”), cuyos administradores son los fideicomisarios. La LLC celebrará contratos (incluido un acuerdo de servicio con cada miembro de la junta), pagará una compensación y otros gastos operativos de la junta, y contratará personal administrativo para apoyar las operaciones de la junta. Disponible en: <https://oversightboard.com/sr/rulebook-for-case-review-and-policy-guidance>.

con las políticas y valores establecidos en dichas plataformas<sup>11</sup> y con normatividad de derechos humanos<sup>12</sup>, para así determinar si revoca o mantiene dicha decisión<sup>13</sup>. Para que un asunto sea discutido por este Comité es necesario que la publicación o el contenido haya surtido el proceso de apelación interno de cada plataforma y que la decisión este en firme<sup>14</sup>. Además, el usuario deberá sustentar por qué se debe considerar su caso, y por qué la decisión de la plataforma fue errónea. El OB tendrá un plazo de 60 días para decidir qué casos selecciona para revisión por el voto favorable de la mayoría de sus miembros<sup>15</sup>, y contará con un plazo de 90 días para tomar una decisión de fondo sobre los casos seleccionados<sup>16</sup>. Cada caso será analizado por un panel de expertos<sup>17</sup> que se basará en

<sup>11</sup> Facebook, Normas Comunitarias y condiciones de servicio. Disponible en: <https://www.facebook.com/communitystandards/>.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Consejo Asesor de Contenido, Principio de competitividad: *“El Consejo tiene la facultad de decidir si Facebook e Instagram deben permitir o eliminar contenido. Estas decisiones son vinculantes, a menos que implementarlas suponga infringir la ley. El Consejo también puede elaborar recomendaciones sobre políticas de contenido de la empresa”*. Disponible en: <https://oversightboard.com/>.

<sup>14</sup> Consejo Asesor de Contenido, Acta constitutiva del Consejo, Artículo 1. La junta revisará los casos en los que las personas no estén de acuerdo con el resultado de las decisiones de Facebook y hayan agotado el proceso de apelaciones con Facebook. La junta también podrá escuchar casos que hayan sido remitidos por Facebook. La junta revisará y decidirá sobre el contenido de acuerdo con las políticas y valores de contenido de Facebook (*traducción libre del semillero*). Disponible en: <https://oversightboard.com/sr/rulebook-for-case-review-and-policy-guidance>.

<sup>15</sup> Acta Constitutiva, Selección de casos, artículo 3.1.2. El comité de selección de casos seleccionará los casos para su revisión por mayoría de votos del comité. El plazo para la selección de casos será de sesenta (60) días como máximo, contados desde la fecha de remisión para los casos remitidos por Facebook y desde la fecha de envío para los casos apelados por los usuarios. Luego, la administración notificará de inmediato a la persona que publica y a Facebook (así como a la persona que informa, si es diferente) Disponible en: <https://oversightboard.com/sr/rulebook-for-case-review-and-policy-guidance>.

<sup>16</sup> Acta Constitutiva del Consejo, Procedimientos y cronograma de revisión de casos, art. 3.1. Salvo en circunstancias excepcionales, el plazo para las decisiones y la implementación del caso será de un máximo de noventa (90) días, a partir de la fecha en que el comité de selección de casos seleccione el caso para su revisión. La administración, en nombre de la junta, supervisará cada caso elegido y se asegurará de que la junta emita su decisión dentro de este plazo. Disponible en: <https://oversightboard.com/sr/rulebook-for-case-review-and-policy-guidance>.

<sup>17</sup> Consejo Asesor de Contenido, Acta constitutiva del Consejo: Se asignarán cuatro miembros al azar de entre la junta en general. Se asignará un miembro al azar de entre los miembros de la junta que son de la región a la que afecta principalmente el contenido. Los nombres de los panelistas de la junta no se harán públicos con la decisión final para

la información que aportan tanto el usuario como la compañía<sup>18</sup>. La decisión es obligatoria para Facebook INC.

Las decisiones tomadas por el OB se adoptan por consenso o en su defecto por mayoría y serán no solo vinculantes para el caso en concreto, sino también para el consejo asesor de contenido, por lo que deberá tener en cuenta sus decisiones para aplicarlas a casos que presenten similitudes fácticas.<sup>19</sup>

Los tipos de decisiones que toma el consejo se pueden dividir en dos grupos: principales y ampliadas. Respecto del primer grupo, la decisión podrá ser de la siguiente naturaleza: (I) mantener los contenidos presentados para su revisión (II) eliminarlos o (III) mantener o revocar lo que previamente decidieron los moderadores, por ejemplo, la inclusión de avisos en el contenido publicado.<sup>20</sup> El segundo grupo se amplía con base a las recomendaciones del *Business for Social Responsibility* (BSR), el cual aclara que estas decisiones se enmarcan en: (I) extender una disculpa junto a la motivación de la decisión o en su caso imponer sanciones al personal de Facebook, (II) la restauración de los derechos vulnerados con la eliminación del contenido, (III) establecer garantías de no repetición (IV) obligar a Facebook a promover fondos de víctimas y organizaciones dedicadas a reparar el daño físico o psicológico causado y (V) otorgar compensaciones económicas a las víctimas.<sup>21</sup>

### 3. Los online dispute resolution: una realidad y una revolución que no se puede ocultar

Una vez analizado el OB en forma integral, es necesario, igualmente, abordar el tema de los *Online Dispute Resolution* (en adelante ODR), a fin de considerar si el OB es o no una forma de ODR, de manera que permita un análisis integral de ambos sistemas y su importancia en el estudio del presente escrito. Para

---

garantizar la seguridad de los miembros (*traducción libre del semillero*). Disponible en: <https://oversightboard.com/sr/rulebook-for-case-review-and-policy-guidance>.

<sup>18</sup> Consejo Asesor de Contenido, Acta constitutiva del Consejo: Además de escuchar a estas dos partes, el Consejo podrá solicitar el concepto de expertos en el área sobre la cual versa el conflicto, con el fin de ampliar su contexto, conocimiento y tener una idea clara sobre el tema que van a decidir. Para ampliar información se puede consultar: <https://oversightboard.com/appeals-process/>.

<sup>19</sup> Sánchez, A. "EL "TRIBUNAL SUPREMO" DE FACEBOOK: ¿UN NUEVO PASO HACIA LA JUSTICIA SIN ESTADO?". *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), Vol. 12, N.º 2, pp. 1386-1405 ISSN 1989-4570 Universidad Carlos III Madrid - [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt) -DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5676>.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Ibidem.

comprender este término, en primer lugar, es necesario ahondar en la historia que lo antecede, su desarrollo y su estado actual. Su primera aparición data alrededor de 1996, cuando diferentes academias y organizaciones plantearon la ejecución de tres proyectos<sup>22</sup>, que a través de procesos arbitrales o de mediación en línea –sin intervención de jueces ni abogados tradicionales- resolvían conflictos suscitados entre usuarios y sus operadores<sup>23</sup>.

Tiempo después, con el avance de la tecnología, aparece en escena E-bay<sup>24</sup> que desarrolló un software que permite una negociación y solución de los conflictos presentados entre compradores y vendedores solo en áreas específicas<sup>25</sup>, su éxito fue tan rotundo que para el año 2006 la compañía decidió ampliar el sistema para todos los problemas que se presentaban en cualquiera de sus servicios. Este modelo escaló y en la actualidad se ha perfeccionado en un sistema con alta capacidad para solucionar los problemas de la plataforma con partes ubicadas en diferentes lugares del planeta, con husos horarios, idiomas, y sistemas jurídicos diferentes.

Los ODR se pueden dividir en dos grupos: (i) Aquellos que hacen uso de las TIC en los mecanismos tradicionales de solución de conflictos (ADR/MASC) como la conciliación virtual, e-arbitraje, e-mediación; y (ii) los sistemas que se consolidan en auténticos nuevos mecanismos, tales como los desarrollados para entornos y disputas en línea como la propuesta de Ebay, Paypal, Airbnb, entre otros, en los cuales se puede llegar, incluso, a la toma de decisiones que son aplicadas y ejecutadas por la misma plataforma.

### 3.1 Los ODR y la justicia tradicional

Cuando se habla de justicia tradicional se piensa inmediatamente en las formalidades entendidas como ritualidades que la ley impone en sus diversos

<sup>22</sup> Los tres proyectos son: el magistrado virtual, Mediate-Net y la Online Ombus Office. Alzate Ramón, Vásquez Eduardo. *Resolución de disputas en línea (RDL) Las claves de la mediación electrónica*. 1,1. Madrid, Editorial Reus S.A, 2013. P.27.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> E-Bay, atención al cliente, funcionamiento: funciona como una plataforma de compra y venta de cualquier tipo de producto, se contactan vendedor y comprador en cualquier parte del mundo. Disponible en: <https://www.ebay.es/help/buying/buy-now/cmo-funciona-el-proceso-de-compra?id=4002>.

<sup>25</sup> En inicio operaba solo en transacciones de consumo. Ver: León, Hernández, Laura, “ONLINE DISPUTE RESOLUTION – Una revolución inminente.”, *Blog de derecho de los negocios Universidad Externado*, 2019, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/integracion/online-dispute-resolution-una-revolucion-inminente/>,

procesos y que constituyen garantías<sup>26</sup>, en el cual las partes acuden ante un juez de carácter estatal o particular para el caso del arbitraje. Los esfuerzos actuales del sistema tradicional como la implementación de las TIC han sido claves en el avance de la justicia, sin embargo, no son suficientes. En el año 2020, el 67% de las personas entre 16 a 64 años en Colombia hicieron por lo menos una compra por internet<sup>27</sup>, y aunque la legislación colombiana dispone de varios mecanismos para proteger al consumidor<sup>28</sup> estos resultan insuficientes, pues como ya se señaló, hacen parte del sistema tradicional atado a los formalismos y tiempos de cada proceso judicial y arbitral en la jurisdicción aplicable; este modelo no se compadece con la celeridad que requiere la era virtual, resulta tardío y no responde eficientemente a la premura del mundo actual.

Ante un conflicto en el contexto online entre dos partes, bien sea comprador y vendedor o usuario y regulador de redes sociales, es necesario pensar en un sistema o software que salga de los ritos de la justicia tradicional y que responda a la celeridad que las partes en un conflicto virtual requieren. Es ahí donde cobran relevancia los ODR y el OB, los cuales utilizan plataformas *Online* para dar trámite y salida al conflicto en tiempo récord, sin mayores traumatismos o formalismos y así mantener la confianza que la mayoría de las personas depositan en el sitio web o red social que los incorpora.

Pese a lo anterior, no es plausible afirmar que, por tratarse de un sistema novedoso o fuera de lo tradicional, no se deba regularlo. Es por ello que la

---

<sup>26</sup> Cuando se hace énfasis en las ritualidades, se refiere a las formas y a la aplicación mecánica de las mismas, reglas procesales y requisitos de forma que contienen el fondo.

<sup>27</sup> Medina, Gaby, “El crecimiento del e-commerce en Colombia (Análisis 2020)”, Branch Group - Agencia de Marketing Digital, Medellín, 21 abril 2021. Disponible en: <https://branch.com.co/marketing-digital/el-crecimiento-del-e-commerce-en-colombia-analisis-2020/>.

<sup>28 E</sup> El estatuto del consumidor (Ley 1480/2011) estableció mecanismos para la protección del consumidor, entre ellos dos a destacar: 1. El derecho de retracto, que consiste en la facultad del consumidor de devolver el producto que adquirió dentro de los cinco días hábiles siguientes a su compra bien sea un servicio si este no se ha comenzado a prestar o bien sea un bien. 2. Derecho de revisión de pago: es la posibilidad que tiene un consumidor que ha comprado por comercio electrónico utilizando su tarjeta débito, crédito o cualquier otro método transaccional virtual en el que participen los bancos, y el producto no llegó, llegó defectuoso o llegó otro de diferentes características a las que adquirió, podrá devolverlo y solicitarle al banco emisor de su tarjeta débito o crédito que reverse la operación financiera, retire el dinero de la cuenta del comerciante y vuelva y se la abone a su cuenta personal. MARTÍNEZ CÁRDENAS, b., LÓPEZ, A. G., & FERNANDEZ ORTEGA, F. I. *¿Son los ODR una solución al acceso a la justicia?* Ámbito Jurídico, 2021; Legis. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/son-los-odr-una-solucion-al>.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI) precisó que es necesario un instrumento jurídico para el desarrollo de los ODR<sup>29</sup>; para lo cual expidió las Notas Técnicas sobre la Solución de Controversias en Línea<sup>30</sup>, a través de las cuales se pretende el desarrollo de los ODR a fin de ofrecer a todas las partes vinculadas en actos de comercio electrónico una manera eficiente de resolución de conflictos. Por su parte, la Unión Europea expidió el Reglamento (UE) No. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de mayo de 2013, sobre la resolución de litigios de consumo en línea. Antecedentes internacionales que dan cuenta de la íntima relación entre los ODR y el derecho.

### 3.2 El oversight board como un ODR mas avanzado

Teniendo claro en qué consiste un ODR, le surge al semillero el interrogante acerca de si ¿existe similitud entre el nuevo sistema creado por Facebook/Instagram y el sistema de resolución de disputas en línea en auge? Para resolver este cuestionamiento es menester mencionar que: (i) ambos sistemas operan online, pues fueron creados y pensados para resolver conflictos en este campo, a su vez, los usuarios, a través de terceros como un –conciliador, mediador, o un comité o junta– buscan obtener una solución a su disconformidad. Así mismo, (ii) ambos sistemas toman decisiones recolectando información que proporcionan las partes con el fin de que expongan sus razones. En el caso del OB, este indaga con los datos que le proporciona Facebook o Instagram y también el usuario. En los ODR, se recolectan los datos que aportan las partes interesadas en las plataformas.

Para que entre a mediar un ODR, se debe generar un conflicto inicial, usualmente entre consumidor y vendedor o distribuidor. De igual manera, para que el OB entre en acción se requiere una decisión inicial de Facebook o Instagram sobre el contenido publicado, de manera que el usuario acuda al OB porque considere que la decisión inicial sobre su publicación no es adecuada. De esta manera, se tiene que ambos sistemas son activados cuando una de las

<sup>29</sup> HERNANDEZ LEON, L. “Online Dispute Resolution. Una revolución inminente”. Blog de Derecho de los Negocios. Universidad Externado de Colombia, 2019. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/integracion/online-dispute-resolution-una-revolucion-inminente/>.

<sup>30</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2015, noviembre 30. Grupo de Trabajo III. Véanse las Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea. Disponible en: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1700385\\_spanish\\_technical\\_notes\\_on\\_odr.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1700385_spanish_technical_notes_on_odr.pdf).

partes se siente inconforme con algo —generalmente el consumidor o usuario— para luego iniciar el camino que conduce hacia el estudio del caso para una decisión final.

Respecto de la decisión final que toman ambos sistemas, en el caso de los ODR puede ser o no obligatoria, todo dependerá de las reglas que con anticipación sean pactadas, bien sea por las partes o por la compañía que maneje el sistema de ODR. No obstante, las decisiones del OB son obligatorias para Facebook/Instagram e incluso para el mismo comité. Si bien ambos sistemas tienen un estrecho margen de similitudes existen algunas diferencias que plantean algunos interrogantes como ¿es el Oversight Board un nuevo Online Dispute Resolution?

Como ya se ha mencionado, los ODR tienen su razón de ser en que tienen la capacidad de solucionar de manera rápida -o al menos más que el sistema tradicional- los conflictos suscitados en el contexto del comercio electrónico. Esta negociación entre las partes puede ser automatizada, o bien, con la ayuda de un tercero humano mediador del conflicto, de modo que los eventos de alcanzar un acuerdo son altamente probables<sup>31</sup>. Por su parte el OB como un cuerpo de expertos independiente<sup>32</sup> encargado de estudiar las decisiones de regulación de contenido de Facebook e Instagram, es un mecanismo que permite solucionar un conflicto en (I) un escenario virtual (II) que se da entre dos partes -usuario y compañía- y (III) usa métodos no tradicionales de justicia. Es en este último punto donde quizá se presente mayor divergencia.

Dentro de las categorías de negociación de los ODR, el OB claramente no se ubica en una negociación automatizada o asistida, pues no se vale de programas automáticos u otros sistemas en línea que asistan la negociación, sino que le entrega la decisión final del conflicto a un tercero -Comité- que estará encargado de la solución que será comunicada en forma de una decisión escrita, argumentada y razonada.<sup>33</sup> De esta manera, puede ubicarse en la categoría de arbitraje, no uno común, sino uno mucho más avanzado y particular. Cuando un usuario de Facebook o Instagram acepta sus políticas, está permitiendo

---

<sup>31</sup> Lezcano José María, Ortega Rolando Joaquín. Los ODR como nuevo paradigma en la resolución de conflictos. Segundo Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas del Colegio de Abogados de La Plata. Disponible en: <http://www.gecsi.unlp.edu.ar/documentos/ODR-como-nuevos-paradigmas-en-la-resolucion-de-conflictos.pdf>.

<sup>32</sup> Douek, Evelyn. "Facebook's Oversight Board: Move Fast with Stable Infrastructure and Humility" North Carolina Journal of Law & Technology. 21(1). 2019. Chapel Hill (Carolina del Norte), THE UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA AT CHAPEL HILL. pp. 1-78.

<sup>33</sup> Ibidem.

que, en caso de presentarse un conflicto, éste será resuelto por el OB<sup>34</sup>, de la misma forma, la compañía le entrega al OB la potestad de solucionar dicha disputa y así, el presupuesto de resolución de controversias en línea se cumple cabalmente.

Dicho esto, puede afirmarse que el OB es un ODR, no solo por todas sus semejanzas, sino también porque cumple con las características esenciales de este sistema. Ahora bien, no se habla de un ODR básico, sino de uno mucho más avanzado. El OB tiene su origen, estructura y funcionamiento propio, dotándose de estatutos de operación, nutriéndose de estándares en DD. HH y lineamientos que guiarán su función<sup>35</sup>, de manera que, aunque su raíz parta de la base del concepto de un ORD, en su crecimiento detalla sus propias ramificaciones que le dan un sello propio. Si bien el OB es considerado como un ODR, ¿puede también ser considerado como proceso dentro del sistema tradicional?

#### 4. Crisis del concepto de proceso: necesidad de ampliarlo a nuevas realidades

Durante años, diversos tratadistas han tratado de definir el concepto de proceso, dándole un axioma que, aunque variado, puede tener varios puntos de encuentro. Para Jaime Guasp, el proceso es una institución en la que están inmersas varias actividades que se relacionan entre sí<sup>36</sup>; Hernando Devís Echandía plantea al proceso como un conjunto de actos consecutivos, coordinados con el fin de obtener el reconocimiento de un derecho particular<sup>37</sup> o en palabras de Jordi Ferrer Beltrán<sup>38</sup> el proceso es una competencia entre dos partes que

<sup>34</sup> « Si eliminamos contenido que compartiste debido a una infracción de nuestras Normas comunitarias, te avisaremos y explicaremos las opciones que tienes para solicitar otra revisión» Normas Comunitarias de Facebook, Condiciones del servicio, Compromisos del usuario con la plataforma. Disponible en: <https://www.facebook.com/legal/terms>.

<sup>35</sup> Respecto de su estructura, funcionamiento, operación y demás ver sus estatutos y sus normas complementarias disponibles en: <https://oversightboard.com/>, <https://oversightboard.com/governance/>.

<sup>36</sup> CFR. Universidad Católica de Colombia. *Manual de derecho procesal civil*. Primera edición. Tomo I. Bogotá. Editorial U.C.C. 2010.

<sup>37</sup> Devís Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Tercera edición. Buenos Aires. Editorial Universidad. Recuperado de: <https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/06/teoria-general-del-proceso-devis-echandia.pdf>.

<sup>38</sup> Ferrer, Jordi., “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”, *Revista de la Maestría en DERECHO PROCESAL*. Volumen 7, N.º 2. 2017, Lima. Editorial Pontificia

se enfrentan para que un tercero determine el ganador. Así pues, el proceso jurídico es un cumulo de actos, que, como todo tipo de proceso en otras áreas, avanza hasta alcanzar su final<sup>39</sup>. Igualmente, autores como Piero Calamandrei<sup>40</sup>, Lorenzo Bujosa<sup>41</sup> y Ugo Rocco<sup>42</sup>, definen el proceso con una característica en común: es un instrumento cuya administración recae en cabeza del Estado, pues es este el encargado de garantizar una adecuada solución de conflictos a fin de mantener el orden social.

No solo la doctrina ha delimitado lo que es el proceso, la jurisprudencia nacional e internacional han dado sus propios conceptos manteniéndose cerca de los ya dados por los autores citados. En este sentido, la Corte Suprema de Chile ha definido el proceso como una coordinación de actos estrechamente relacionarlos por el «efecto jurídico final»<sup>43</sup>, a su vez, la Corte Constitucional colombiana entiende que el proceso es un conjunto de actos que deben cumplirse en un momento y orden previamente reglados que garanticen la continuidad de los mismos<sup>44</sup>.

El proceso es una institución, un conjunto de acciones ordenadas y articuladas dirigidas a la resolución de una disputa entre dos partes, donde estas se someten a la voluntad de un tercero guiado por procedimientos, reglas y/o estatutos claros

---

Universidad Católica del Perú. pp. 137-164.

<sup>39</sup> Couture, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil, Revista de la Maestría en DERECHO PROCESAL. Volumen 1, N.º 3. Talcahuano, Buenos aires. Editorial Roque Depalma Editor. 1958. pp. 121-139.

<sup>40</sup> Calamandrei Piero. Proceso y Democracia. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América.1960. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4245/11.pdf>.

<sup>41</sup> Bujosa, Lorenzo, “Los principios del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) desde la perspectiva española”, Revista General de Derecho Procesal. No.31, 2013. Alicante, Editorial Iustel. Pp. 264-298.Tomado de: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_categoria=10463](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_categoria=10463).

<sup>42</sup> Universidad Católica de Colombia. Manual del Derecho Procesal Civil. Primera edición. Tomo I. Bogotá. Editorial U.C.C.2010. Recuperado de: [http://aprendeenlinea.udea.edu.co/lms/men\\_udea/pluginfile.php/27496/mod\\_resource/content/0/IMANUAL\\_DE\\_DERECHO\\_PROCESAL\\_CIVIL.PDF](http://aprendeenlinea.udea.edu.co/lms/men_udea/pluginfile.php/27496/mod_resource/content/0/IMANUAL_DE_DERECHO_PROCESAL_CIVIL.PDF).

<sup>43</sup> Chile, Corte Suprema de Chile. Primera Sala, Sentencia: Rol No 16.223-2019, 5 de mayo de 2021. MP. Ministros (as) Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Del Carmen Egnem Saldías, Juan Eduardo Fuentes Belmar y Arturo José Prado Puga, obtenido de: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl>.

<sup>44</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. C-012/02. 23 de enero de 2002. Jaime Araujo Rentería. Expediente D-3619 Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-012-02.htm>.

de operación y que estará –normalmente- en cabeza del Estado. Este concepto, se enmarca en la administración de justicia convencional, dejando por fuera soluciones de conflicto privadas como los ODR o el mismo OB de Facebook. Es por ello que el semillero plantea un primer problema: la necesidad de ampliar el concepto dogmático de «proceso» a nuevos sistemas de origen privado como los ODR y el OB, los cuales, mediante el acuerdo de voluntades a través del uso de las TICS, resuelven un conflicto de partes.

Los ODR al igual que el proceso tienen fuerza vinculante en sus decisiones, un carácter consecuencial y un respaldo legal de los procedimientos<sup>45</sup>. De hecho, para Lorenzo Bujosa<sup>46</sup> los ODR deben ser tomados como complementos al sistema de solución de conflictos tradicional. Es por ello que el semillero considera que los ODR y sus aristas como el OB deben ser considerados dentro de la idea de proceso, en un sentido mucho más amplio al tradicional, pues el monopolio de estos ya no está solo en cabeza del Estado, sino más bien el proceso en el siglo XXI está al alcance de particulares -sector privado- que ven en sistemas como los ODR o el OB oportunidades para resolver litigios de plataformas digitales o redes sociales, de manera ágil, pronta y efectiva. El concepto de proceso en el siglo XXI, considera el semillero, no debe estar atada a la noción estatal del juez, sino ampliar los horizontes a las nuevas formas de justicia alternativa como son los ODR o los OB.

Ahora bien, la inclusión de los ODR al concepto del proceso puede generar algunos retos en torno a la ética como los que se plantean a continuación.

## **5. La ética, los derechos humanos y sus retos en los nuevos sistemas de resolución de disputas en línea**

Desde el inicio de la historia el ser humano ha tenido que enfrentarse a paradigmas y decisiones que son tomadas a partir de sus valores y no solo desde esquemas normativos jurídicos o incluso religiosos, sino desde nociones éticas

<sup>45</sup> Couture, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil, Revista de la Maestría en DERECHO PROCESAL. Volumen 1, N.º 3. Talcahuano, Buenos aires. Editorial Roque Depalma Editor. 1958. pp. 121-139.

<sup>46</sup> La UE ha ampliado el concepto de tutela judicial efectiva hacia una idea más amplia de “acceso a la justicia” en la que se promueven también estas otras vías de solución de las disputas. Bujosa, Lorenzo., Palomo, Diego. “Mediación electrónica: Perspectiva europea”. Ius et Praxis. Vol. 23, núm. 2. 2017, Talca. pp. 51-77. Tomado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19754349003>. Fecha de búsqueda: 20 de mayo de 2021. En Bujosa, Lorenzo, Gallardo, Almudena. ELECTRONIC MEDIATION: A COMPARATIVE PERSPECTIVE. 1ª edición. Granada. Editorial Comares, 2017. Pp. IX-X

y morales. Grandes filósofos<sup>47</sup> han diferenciado la ética de la moral, y aunque estos conceptos son complejos de definir y aparentemente son muy similares, guardan diferencias relevantes que el semillero procede a explicar: En principio, la etimología de ambos conceptos tiene raíces conjuntas: la ética tiene su origen en las conductas humanas y la moral en las costumbres humanas<sup>48</sup>. Ante esta similitud pensadores como Strawson<sup>49</sup> plantearon configurar sus distinciones entre regiones, en donde, la moral abarca una vida social, reglas generales y amplias<sup>50</sup>; mientras que la ética abarca un ámbito individual, mucho más reducido que la moral. Sin embargo, la ética toma como base aquellas normas generales que la moral dicta.

A fin de no incurrir en ambigüedades y ante la diversidad de visiones, el semillero adoptará la posición según la cual la ética es aquel examen individual que un sujeto realiza respecto de una situación determinada, a la cual le da la connotación de buena o mala según su pensamiento, y que, desde una esfera pública, implica la búsqueda del interés general entendido como todo aquello que defiende los derechos humanos<sup>51</sup>. Esta definición de ética propugna por el desarrollo de todas las cosas que pueden llevar a una sociedad a un punto de equilibrio a través de la primacía del interés general, es ahí en donde se genera una estrecha relación entre la ética y los derechos humanos (en adelante DD. HH), los cuales gozan de una importancia capital en nuestra sociedad.

Los DD. HH tienen un carácter universal<sup>52</sup>, inherentes a todo ser humano por su condición de tal, por ello, a la hora de evaluar si una situación es ética o no, el juez deberá examinar también si esta está en armonía con los DD. HH, de manera que le sea más sencillo resolver dicho paradigma ético. En este sentido, es claro que aquello que no defiende, vulnera o vaya en contravía de los DD. HH no es algo ético y, por lo tanto, es algo que no debería ser ni social ni jurídi-

---

<sup>47</sup> Algunos de los filósofos que hablaron de la ética fueron: Peter Frederick Strawson, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Immanuel Kant, Friedrich Nietzsche, entre otros.

<sup>48</sup> Ortiz, Gustavo. "SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE ÉTICA Y MORAL" *Isonomía* no.45 México oct. 2016, pp. 113-139.

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> Ibidem. Se cita como concepto de la moral: "*marco básico, constituido por reglas, que posibilita una vida social cooperativa y mutuamente benéfica, y que posibilita a su vez los ideales individuales de vida.*"

<sup>51</sup> Márquez-Fernández, Álvaro. "Ética y Derechos Humanos," *Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*. Volumen 8 núm. 1, 2011. Maracaibo, Universidad del Zulia. pp. 99-103

<sup>52</sup> Laporta, Francisco. "Sobre el Concepto de Derechos Humanos," *Repositorio institucional de la universidad de Alicante*. 1987, Universidad de Alicante. pp.23-44.

camente aceptado. Bajo este análisis es importante cuestionarse si ¿es ético que Facebook/Instagram cuente con un sistema de resolución de conflictos virtual? ¿es ético que este sistema tome decisiones sobre los derechos de los usuarios con base en normatividad de DD. HH? Interrogantes que se proceden a resolver.

### **5.1 ¿Resulta ético que el oversight board de facebook e instagram resuelva disputas en línea?**

El OB como el sistema ODR de Facebook/Instagram, interviene en conflictos más allá de la esfera del comercio electrónico o de consumo, incluyendo en sus decisiones un discurso fuertemente proteccionista de los DD. HH. Esta razón permite afirmar que su existencia constituye en una práctica corporativa ética por parte de Facebook INC, pues brinda una forma de justicia a sus usuarios y propende por el amparo de los DD. HH en la búsqueda de esta justicia, es por ello que, de manera inicial y sumado a las razones que se expondrán a continuación, el semillero considera que la adopción de sistemas ODR al interior de redes sociales, como es el caso del OB, es un comportamiento o práctica totalmente ética desde la perspectiva empresarial y corporativa.

El elemento central que hace a un comportamiento ético en el ámbito jurídico o procesal es que propugne por proteger los DD. HH. Como ya se explicó las decisiones del OB no solo toman en cuenta las normas comunitarias de Facebook, sino también las normas de carácter internacional sobre derechos humanos para dar una solución adecuada y sobre todo ética a los casos que llegan a su conocimiento. Ello se ve reflejado en sus fallos, tal como la decisión que el OB tomó en el caso 2020-003-FB-UA<sup>53</sup>, la cual se procede a analizar.

En dicho caso, el problema central giró en torno a una foto publicada por un usuario en la red social Facebook, en donde se evidenciaba una presunta destrucción de iglesias en BAKÚ (Azerbaiyán), dicha publicación se acompañó con una descripción de palabras que resultaban despectivas para los azerbaiyanos, encontrándose incluso en la lista de insultos que tiene la red social. Este contenido se publicó en medio de un contexto de disputa entre Armenia y Azerbaiyán por la región de Nagorno Karabaj, disputa causó víctimas y violaciones de DD.HH. Aunque el usuario sostuvo que no buscaba incitar al odio con su publicación, Facebook optó por eliminar el contenido, pues consideró que esta medida contribuiría con la protección de los demás usuarios de la plataforma.

Finalmente, el caso llegó a conocimiento del OB, quien para su resolución no solo tuvo en cuenta las normas comunitarias de la compañía, sino que fue mucho

---

<sup>53</sup> Consejo asesor de contenido. Decisión del caso 2020-003-FB-UA, 28 ene 2021. Recuperado de <https://oversightboard.com/decision/FB-QBJDASCV/>.

más allá al considerar normas de carácter internacional. Así las cosas, el Comité en su decisión citó el derecho a la vida consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>54</sup>, el derecho a la seguridad de la persona<sup>55</sup>, el derecho a la libertad de expresión<sup>56</sup> y el derecho a la no discriminación<sup>57</sup>. Además, incluyó informes del Relator Especial de la ONU sobre la libertad de opinión y de expresión<sup>58</sup>, el Plan de Acción de Rabat de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>59</sup> y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>60</sup>.

Es claro que las decisiones del OB pretenden ir mucho más allá de normas comunitarias o una resolución básica frente a un conflicto virtual, pues están en juego derechos como la libertad de expresión, la honra, la dignidad humana,

---

<sup>54</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, Sobre el derecho a la vida, Artículo 6. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

<sup>55</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, artículo 9. todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

<sup>56</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, artículo 19. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

<sup>57</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, artículo 2: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

<sup>58</sup> Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Irene Khan, Declaración conjunta sobre la libertad de expresión y las elecciones en la era digital. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/JointDeclarationDigitalAge\\_30April2020\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/JointDeclarationDigitalAge_30April2020_EN.pdf).

<sup>59</sup> El Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso, Michelle Bachellet, 4 y 5 de octubre de 2012. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/Pages/Index.aspx>.

<sup>60</sup> Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 21 de diciembre de 1965. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx>.

entre otros derechos humanos de los usuarios. Frente a esto y al incluir en sus decisiones normas internacionales con la finalidad de proteger los DD. HH de todos los involucrados, resulta evidente que se constituye en una práctica corporativa ética que un gigante tecnológico como Facebook INC cuente con un ODR como lo es el OB.

Dado que los conflictos que se suscitan en redes sociales se presentan en un mundo virtual en el que no existen fronteras, pues en un mismo conflicto pueden estar involucrados varios usuarios de diferentes partes del mundo, resulta casi imposible que los jueces nacionales los resuelvan<sup>61</sup>, toda vez que están investidos de jurisdicción territorial. Por esta razón, el OB tiene la ventaja de ser una forma de justicia que puede llegar a todos los usuarios a nivel global, sin límites geográficos o discusiones sobre la jurisdicción o legislación aplicable. Además, aboga por el derecho de los usuarios a obtener una respuesta eficiente en un lapso corto que evite precisamente que la vulneración de otros derechos se prolongue y se haga irremediable, como resultaría si se acude ante la justicia tradicional en la que el derecho al acceso a la administración de justicia se vería vulnerado<sup>62</sup>, dadas las grandes dificultades que tendría un usuario promedio para acceder a jueces en otras latitudes.

En consecuencia, no solo resulta necesario sino también ético que Facebook Inc cuente con un sistema de ODR como el OB; y es que, además de lo ya mencionado, el Consejo Asesor está conformado por múltiples miembros de todo el mundo, acreditados en temas de libertad de expresión, comunicaciones, defensa de los DD. HH, entre otros campos. Su conformación incluyó diversos

<sup>61</sup> Consejo Asesor de Contenido. Decisión del caso 2020-007-FB-FBR, Oversight Board (2021). Tomado de: <https://oversightboard.com/decision/FB-R9K87402/>. Fecha de revisión: 5 de abril de 2021.

<sup>62</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, de las garantías judiciales: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial(...). Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).

Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (18o.: 2000 jul. 31-ag. 11: San José); Thompson, Joseph; Bartels, Sandra. Acceso a la justicia y equidad en América Latina. En: Recopilación de conferencias. San José, IIDH, 2000. 15 h.

La administración de justicia "es la forma principal en que se traduce la obligación estatal de proveer los canales y sistemas para que toda persona pueda dirimir sus conflictos jurídicos o esclarecer sus pretensiones, el que alguien acuda a la justicia es el ejercicio de un derecho, y la abstención del interesado de hacerlo debido a razones propias del sistema o proyectadas por él, equivale a un problema de acceso, al punto que la inexistencia de condiciones favorables para que lo haga, pueden hacerse equivalentes a una denegación de justicia." Disponible en: [https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2\\_2010/NivelEspecializado/MaterialEducativo/Bibliografia\\_Justicia.htm](https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/NivelEspecializado/MaterialEducativo/Bibliografia_Justicia.htm).

criterios de participación en materia de profesión, perspectiva de género, etnia, posición política, etc., que garantizan que el OB cuente con una visión amplia y ética desde el discurso de los DD. HH. Bajo esta visión, las decisiones del OB están revestidas de cierta legitimidad y al ser vinculantes para el propio comité se genera seguridad y confianza en los usuarios que acuden a este sistema.

Una vez establecido que es ético a nivel corporativo que Facebook Inc cuente con un ODR como el OB, ya que es una garantía de acceso a la justicia en medios digitales para los usuarios de sus redes sociales (Facebook e Instagram), el semillero plantea el siguiente interrogante que procede a resolver ¿es ético que el OB tome decisiones sobre DD. HH y se fundamente en ellos para tomar sus decisiones?

## 5.2 ¿Son éticas las decisiones que toma el oversight board sobre derechos humanos?

En principio, es necesario mencionar que las compañías de redes sociales deben velar por la protección de los derechos de sus usuarios, pues al tener en su poder datos sensibles, pueden afectar derechos como la privacidad, la honra, el buen nombre, entre otros. Por ello están obligados a respetarlos y a implementar mecanismos que los garanticen, así lo menciona la organización de Derechos Humanos *Amnistía Internacional*<sup>63</sup>.

En igual sentido, el 31 de octubre de 2019 la Asamblea General de la ONU profirió una serie de recomendaciones en el marco del derecho a la privacidad en la era digital<sup>64</sup>, en donde exhorta, en primer lugar, a los Estados a que:

*«promuevan el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento de un entorno abierto, seguro, estable, accesible y pacífico en el ciberespacio en cumplimiento de las obligaciones consagradas en la Carta de las Naciones Unidas y los instrumentos de derechos humanos» y en segundo lugar, a las empresas para que «cumplan su responsabilidad de respetar los derechos humanos, tal como se estableció en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos:*

<sup>63</sup> Naidoo, Kum. *“La vigilancia generalizada de Facebook y Google representa un peligro sin precedente para los derechos humanos”*. Amnistía Internacional. 2019. Tomado de: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/11/google-facebook-surveillance-privacy/>. Fecha de consulta: 21 de Julio de 2021

<sup>64</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Septuagésimo primer período de sesiones, Tercera Comisión, Promoción y protección de los derechos humanos. *cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, El derecho a la privacidad en la era digital*, 31 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10904.pdf>

*Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para «Proteger, Respetar y Remediar», incluido el derecho a la privacidad en la era digital»<sup>65</sup>.*

Así las cosas, resulta imperioso no solo tener normas que propugnen por la protección de los derechos de los usuarios, sino también que se cuente con sistemas capaces de resolver conflictos entre dos derechos encontrados, por ejemplo, «la libertad de expresión vs el buen nombre» y además que lo hagan con base en normatividad sobre DD. HH, en virtud de las obligaciones que estas plataformas tienen con sus usuarios. De ahí que, empresas como Facebook Inc. hayan optado por implementar sistemas que tengan como objetivo evitar que el contenido que sus usuarios suben dentro de sus plataformas, conlleve la vulneración de derechos, o que ellas mismas, al aplicar sus propios controles o normas comunitarias, generen esas violaciones. Bajo esta visión, el OB es un sistema que pretende dar cumplimiento a sistemas internacionales de protección de DD. HH y cumplir a cabalidad las obligaciones a cargo de la compañía con sus usuarios; razón por la cual, no solo resulta ético sino además imprescindible que el OB tome decisiones usando instrumentos de DD.HH.

Como se observa, las cualidades del OB frente a la resolución de conflictos sobre DD. HH en un entorno virtual son realmente eficientes y útiles, en tanto las dinámicas de las redes sociales así lo requieren. Por el contrario, si se optara por no permitirse que el OB tome decisiones basadas en normas internacionales de Derechos Humanos, ello generaría un mayor riesgo ético y de legitimidad para el OB y una desconfianza por parte de sus usuarios hacia la compañía y sus plataformas, puesto que, no habría certeza sobre las fuentes en las que los moderadores se basarían para tomar las decisiones.

## **6. Algunos interrogantes sobre la relación ética entre el ob y el sistema tradicional**

Los interrogantes que se han planteado a lo largo de esta ponencia resultan relevantes para la comunidad jurídica, más aún cuando el sistema OB está cerca de encontrarse con sistema de justicia tradicional. Es dable pensar que, al interior de un proceso judicial en Colombia –o en cualquier país- una de las partes aporte como prueba un fallo del OB, no para probar un hecho, sino más bien, para nutrir el debate que contenga. Este panorama no es ajeno a la realidad: el 7 de enero de 2021, la red social Facebook decidió suspender las cuentas de Facebook e Instagram del expresidente de EE. UU Donald Trump, por considerar que las publicaciones de Trump en dichas plataformas, en el

---

<sup>65</sup> Ibidem. pp. 6-7.

marco de los hechos ocurridos en el Capitolio en Washington, D.C el 6 de enero del mismo año<sup>66</sup> elogiaban actos de violencia y contribuían a que más personas se animaran a cometerlos. Este caso fue revisado por el OB<sup>67</sup> que concluyó que la decisión de Facebook fue arbitraria ya que, no estableció un límite a dicha sanción, sino que suspendió las cuentas de manera indefinida, lo que constituye una violación clara a los derechos de Trump como usuario<sup>68</sup>. Finalmente, Trump anunció que prepara una demanda colectiva en su país en contra de Facebook Inc. y otras empresas, con el fin de defender lo que a su juicio fue una vulneración a su derecho a la libertad de expresión.

De la misma manera en Colombia ya se presenta un caso similar: en el marco de las protestas sociales ocurridas entre abril y junio del 2021, un medio de comunicación publicó un video en Facebook donde varias personas lanzaban discursos en contra del presidente Iván Duque con palabras consideradas como un insulto para esta red social, razón por la que Facebook decidió eliminar dicha publicación. Ante esto, el medio de comunicación decidió apelar la decisión<sup>69</sup> y el OB será el encargado de revisar el caso para

---

<sup>66</sup> BBC NEWS: El 06 de enero del 2021, durante una sesión conjunta del poder legislativo para contar el voto del Colegio Electoral y certificar la victoria de Joe Biden en las elecciones presidenciales de 2020, distintos grupos afines al expresidente Trump irrumpieron en el Capitolio Nacional, tomándose partes del edificio de manera arbitraria durante varias horas. Luego de esto, Donal Trump a través de sus redes sociales llamo a los manifestantes como patriotas. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-56619924>.

<sup>67</sup> Consejo Asesor de Contenido, Decisión del caso 2021-001-FB-FBR. Oversight Board (2021) Disponible en: <https://www.oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ>

<sup>68</sup> “No se consideró apropiado que Facebook aplicara una suspensión indefinida, ya que se trata de una penalización indeterminada y sin fundamentos normativos. Las penalizaciones que habitualmente impone Facebook incluyen eliminar contenido infractor, aplicar una suspensión por tiempo limitado o inhabilitar de forma definitiva la cuenta o página. El Consejo insiste en que Facebook revise el asunto a fin de determinar y justificar una respuesta proporcionada que sea coherente con las reglas que se aplican a otros usuarios de la plataforma. Facebook tiene un plazo de seis meses para analizar este asunto a partir de la fecha de esta decisión. Asimismo, el Consejo brindó recomendaciones normativas para que Facebook las aplique al desarrollo de políticas claras, necesarias y proporcionadas que fomenten la seguridad pública y el respeto por la libertad de expresión”. Consejo Asesor de Contenido, Decisión del caso 2021-001-FB-FBR Disponible en: <https://oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/>.

<sup>69</sup> Después de que el contenido fuese retirado, el medio de comunicación apeló la decisión al consejo asesor alegando que se trata de un hecho noticioso en el que no se busca dañar a nadie, sino únicamente mostrar la realidad de las protestas callejeras en Colombia. También defendió la publicación del video al asegurar que “los jóvenes colombianos se expresan sin violencia y piden derechos usando su lenguaje habitual”. Forbes Staff

decidir si la publicación se queda o en efecto viola las normas comunitarias y los derechos humanos del presidente Iván Duque.

Los casos anteriores resultan sumamente importantes, pues el primero muestra que un conflicto en el espacio virtual puede, en primer lugar, afectar a cualquier persona y más a un político o figura pública que tiene un alcance mucho mayor que alguien que no lo sea, y, en segundo lugar, deja ver de manera clara que la disputa puede trasladarse de los escenarios online a los estrados judiciales tradicionales. Es aquí, donde al semillero le surgen los siguientes interrogantes ¿Cuál es la discusión ética respecto del aporte de decisiones del OB como prueba o argumento en un proceso judicial? ¿evaluará el juez en el proceso los argumentos que le dan una razón parcial a una de las partes? ¿Qué sucedería, por ejemplo, si el presidente Iván Duque decidiera demandar al medio de comunicación que publicó el video por considerar vulnerado su buen nombre ante los jueces colombianos? En el siguiente aparte se propone la respuesta a estos cuestionamientos.

## **6.1 Nuevo paradigma: la decisión del OB como prueba dentro de un proceso judicial en Colombia**

El escenario complejo surge cuando un usuario que obtuvo una decisión del OB a su favor o en contra, luego se convierte en parte de un proceso judicial bien frente a la compañía, o bien ante quien hizo la publicación. El semillero tomará para ello los casos más cercanos a este «escenario complejo»: Por un lado, en el caso Trump, el OB tomó una decisión que le favorece ante un futuro proceso judicial, pues el OB consideró que Facebook INC vulneró sus derechos con fundamento en las razones descritas anteriormente al imponerle una sanción indeterminada en el tiempo. Algo similar puede ocurrir en el caso Iván Duque, en el cual, aunque no se conoce la decisión tomada por el OB hasta el momento de escritura de este documento, el OB bien podría decidir que dichas publicaciones vulneraron los derechos del presidente. Así pues, si uno de ellos llegara a iniciar un proceso civil en donde pretenda la indemnización de sus perjuicios a su favor por considerar vulnerado sus derechos, el semillero encuentra plausible que pueda aportar como prueba una decisión del OB en la cual se concluyó que este derecho fue vulnerado, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, conviene traer a colación la libertad probatoria que se vislumbra en el sistema procesal colombiano. Cuando un medio de prueba

---

(2021) *Facebook estudiará si llamar (marica) al presidente Iván Duque es un discurso de odio*. Disponible en: <https://forbes.co/2021/07/13/actualidad/facebook-estudiara-si-llamar-marica-al-presidente-duque-es-discurso-de-odio/>

no está expresamente regulado, el juez podrá practicarlo de acuerdo con disposiciones que lo regulen o según su prudente juicio, tal como lo señala en artículo 195 del Código General del Proceso (en adelante CGP)<sup>70</sup>, de ahí que, las partes en el proceso puedan aportar las pruebas que consideren llevarán al esclarecimiento de la verdad, siempre y cuando cumplan con los requisitos de utilidad, conducencia y pertinencia de la prueba. Lo contrario conllevaría a una violación a esa libertad probatoria, pues como lo sostienen sectores de la doctrina “*cualquier medio que proporcione información pertinente puede ser usado en el juicio para lograr la convicción del tribunal*”<sup>71</sup>. Algo semejante ocurre con este principio en el proceso penal consagrado en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal<sup>72</sup> (en adelante CPP), según el cual se pueden usar medios técnicos y científicos distintos a los consagrados en el código siempre que estos respeten los derechos humanos.

El semillero considera que las decisiones del OB se deben aportar como una prueba documental, pues reúne todas sus características<sup>73</sup>: es un documento escrito, revestido de la presunción de autenticidad y además de ello, contiene una narrativa argumental en favor de los DD. HH. Cabe aclarar que la decisión del OB aportada resultaría una prueba documental en cierto modo atípica,

<sup>70</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1564 de 2012, artículo 165. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)

<sup>71</sup> Marín Verdugo (2010) pág. 151, citado en: Revistas Universidad de Antioquia. González Jaramillo, J. L. (2018) *La declaración de parte en el sistema procesal civil colombiano*. Diálogos de Derecho y Política, (21), pp. 7-23. Recuperado de: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/336600/2079196>

<sup>72</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 906 de 2004, artículo 373. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos, Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)

<sup>73</sup> Se pueden inferir según el artículo 424 del código de procedimiento penal como documentos: Para los efectos de este código se entiende por documentos, los siguientes: 1. Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos. 2. Las grabaciones magnetofónicas. 3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones. 4. Grabaciones fonópticas o videos. 5. Películas cinematográficas. 6. Grabaciones computacionales. 7. Mensajes de datos. 8. El télex, telefax y similares. 9. Fotografías. 10. Radiografías. 11. Ecografías. 12. Tomografías. 13. Electroencefalogramas. 14. Electrocardiogramas. 15. Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores. Disponible en: [https://leyes.co/codigo\\_de\\_procedimiento\\_penal/424.htm](https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_penal/424.htm)

puesto que no solo busca probar un hecho –el trámite y pronunciamiento del OB–, sino además enriquecer el debate probatorio y jurídico.

En segundo lugar y como ya se planteó, las decisiones del OB si bien se sustentan en las reglas comunitarias de Facebook, también lo hacen en gran parte con normas internacionales sobre defensa de los DD. HH, las cuales en su mayoría han sido ratificadas por Colombia<sup>74</sup> y se encuentran en el bloque de constitucionalidad<sup>75</sup>, por lo que como Estado Social de Derecho le resulta obligatorio a sus jueces aplicarlas a través de figuras como el control de convencionalidad, entre otras. En definitiva, es ético y por lo tanto admisible que una parte se valga de una decisión del OB para usarla a su favor en un proceso judicial, pues gracias a esto, el debate probatorio y jurídico resultará enriquecido en favor de la protección de los DD. HH.

Debe aclararse que la aportación de la decisión del OB no implica que el juez esté atado o vinculado a ella, ni a sus argumentos o raciocinios, pero nada impide en que puedan ser tenidos en cuenta como una suerte de criterio o aporte no vinculante, pero si relevante ante el hecho de que desarrolla instrumentos de DD.HH.

## **6.2 ¿La ética y la relación que se genera entre un juez tradicional y la decisión de un órgano privado como el OB?**

El panorama anterior amplía el proceso tradicional a nuevas realidades como el hecho de que una decisión tomada por el OB sea aportada como prueba documental en el proceso. Una vez aportada y decretada, el juez deberá valorarla en conjunto con las demás pruebas que sean allegadas al proceso según

---

<sup>74</sup> Colombia ha ratificado diferentes tratados en materia de DD. HH, entre ellos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 1966 y ratificado por Colombia en 1969, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la ONU y ratificado por Colombia en los mismos años que el anterior, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por Colombia en 1991, el Estatuto de Roma, adoptado por la comunidad internacional en 1998 y ratificado por Colombia en 2002 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita por los países de la región en 1969 y ratificada por Colombia en 1973. Programa somos defensores, “instrumentos internacionales y nacionales para la defensa de los derechos humanos, capítulo I. Obtenido de: <https://somosdefensores.org/proteccion/capitulo1.html>

<sup>75</sup> Colombia, Constitución Política, Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

los postulados establecidos en el artículo 176 del CGP<sup>76</sup>. Sin embargo, antes de llegar a la valoración conjunta de las pruebas, el semillero propone que el juez realice varios análisis a esta prueba de manera individual, pues se trata de una documental atípica y novedosa para el juez. En el orden en que se explica a continuación.

- I. El juez debe revisar de manera general el documento aportado siguiendo los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia<sup>77</sup>, es decir, verificar si dicho documento tiene relación con el objeto de litigio del proceso. Pues no cualquier decisión tomada por el OB puede ser admitida por el juez.
- II. Una vez verificado que el documento sea pertinente para el proceso, el juez debe analizar el contenido la prueba de manera detallada. Hará un análisis de fondo de la decisión del OB, es decir, los hechos del caso que dieron origen al conflicto virtual, lo que alegó cada parte en esa instancia y lo más importante las consideraciones o razones de fondo que sirven de sustento a la decisión tomada por dicho Comité.
- III. Seguido de ello, el juzgador debe analizar el sustento normativo en que se basó el OB para tomar la decisión, pues dicha argumentación será la que enriquezca el debate jurídico y puede aportar argumentos que, sin ser obligatorios ni constituir precedente, pueden ser tenidos en cuenta si el juez así lo considera. Además, deberá comprobar que la decisión haya sido tomada con base en normativa de DD. HH y por consiguiente que los proteja, pues es este análisis el que validará éticamente que el juez haga la valoración probatoria de una decisión tomada por un ODR privado como lo es el OB.
- IV. El juez decidirá libremente si encuentra o no una argumentación relevante al interior del documento aportado, pues el fin es dar mayores herramientas y nutrir el debate, sin embargo, no está atado a lo que diga o argumente el fallo del OB.

---

<sup>76</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1564 de 2012, Artículo 176. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)

<sup>77</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-91932017 del 29 de marzo de 2017. Expediente: (11001310303920110010801) Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

- V. Finalmente, con todos estos insumos, el juez deberá exponer razonadamente el mérito que le asigne a esta prueba, para que sea apreciada en conjunto con las demás pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica

Con todo lo anterior, se resuelve el interrogante principal que se planteó el semillero a lo largo de este trabajo, pues es claro que a la luz de la defensa de los DD. HH, el OB resulta ser un ODR completamente ético en su funcionamiento y en las decisiones que toma, razón por la que también es ético que un juez nacional admita dentro del proceso una decisión tomada por este sistema, con los límites mencionados y sin que se constituya en obligatoria ni mucho menos en precedente. Ello conlleva a dinamizar el proceso tradicional al incluir como una prueba documental atípica la decisión del OB y reconocer que los conflictos generados en el mundo virtual pueden ser trasladados al sistema de justicia tradicional. A pesar de ser un sistema de resolución de disputas en línea de carácter privado su función de salvaguardar los derechos humanos es lo que lo hace ético.

## Conclusiones

EL OB de Facebook se encuentra ante nuevos métodos de solución de conflictos, sistemas que no están supeditados a límites territoriales, ya que desempeñan su labor en el mundo digital, lo cual conlleva a replantear el concepto de proceso en la teoría procesal.

El sistema creado por Facebook –el OB– es un nuevo modelo de solución de conflictos en línea, que no se centra en temas de comercio electrónico o de consumo, sino que trasciende a temas de DD. HH. Por ello, se consolida como un órgano de gran importancia para la protección de los usuarios y sus garantías, además constituye un ODR especial que demuestra que existen sistemas de justicia alternativos que pueden llegar a regular conflictos virtuales incluso de libertades.

Se hace necesario que el concepto tradicional de proceso se amplíe, adecúe y transforme a nuevas realidades, pues en la actualidad, no solo es el Estado quien tiene la capacidad para regular los conflictos que se presentan en la sociedad, también los particulares pueden regular los conflictos que se suscitan en sus plataformas como el sistema OB de Facebook e Instagram, con el uso de herramientas en línea que generan un mayor nivel de eficiencia y celeridad.

Se debe entender como ético todo aquello que se encamine en la protección de DD. HH, razón por la que se estableció que: (I) es ético y pertinente desde el punto de vista corporativo que Facebook Inc cuente con un ODR como el OB, en tanto su se protege los derechos de los usuarios y se limita el poder de

decisión arbitraria de la compañía, y (II) son éticas las decisiones del OB, por cuanto se sustentan en normas internacionales sobre DD. HH y son dadas por miembros capacitados en esta materia.

Finalmente, al analizar la relación entre las decisiones del OB y el sistema de justicia tradicional, el semillero concluye que una decisión tomada por el OB puede ser incorporada al proceso como una prueba documental atípica, en razón del principio de libertad probatoria que consagra el sistema procesal colombiano, no solo para acreditar los hechos objetos de debate del proceso, sino para enriquecer el debate probatorio en materia de DDHH, prueba que tiene un carácter ético al salvaguardar los derechos humanos. Por ello, una vez el juez incorpore esta prueba al proceso deberá realizar un análisis previo de la misma antes de valorarla en conjunto.

## Referencias

- Alzate Ramón, Vásquez Eduardo. Resolución de disputas en línea (RDL) Las claves de la mediación electrónica. 1,1. Madrid, Editorial Reus S.A, 2013. p. 27.
- Bujosa, Lorenzo, “Los principios del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) desde la perspectiva española”, Revista Gneral de Derecho Procesal. No.31, 2013. Alicante, Editorial Iustel. Pp. 264-298.
- Calamandrei Piero. Proceso y Democracia. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América.1960.
- CFR, Universidad Católica de Colombia. Manual de derecho procesal civil. Primera edición. Tomo I. Bogotá. Editorial U.C.C. 2010.
- Chile, Corte Suprema de Chile. Primera Sala, Sentencia: Rol N° 16.223-2019, 5 de mayo de 2021. MP. Ministros (as) Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Del Carmen Egnem Saldías, Juan Eduardo Fuentes Belmar y Arturo José Prado Puga.
- Colombia, Congreso de la República, Código General del Proceso, artículo 165.
- Colombia, Congreso de la República, Código de procedimiento penal, artículo 373.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. C-012/02.23 de enero de 2002. Jaime Araujo Rentería. Expediente D-3619.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-91932017 (11001310303920110010801), martes .29 2017.
- Consejo asesor de contenido. Decisión del caso 2020-003-FB-UA, Oversight Board, 2021. Disponible en: <https://www.oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ>.

- Consejo Asesor de Contenido. Decisión del caso 2020-007-FB-FBR, Oversight Board, 2021. Disponible en: <https://www.oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ>.
- Consejo Asesor de Contenido, Decisión del caso 2021-001-FB-FBR, Oversight Board, 2021. Disponible en: <https://www.oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ>.
- Couture, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil, Revista de la Maestría en DERECHO PROCESAL. Volumen 1, N° 3. Talcahuano, Buenos aires. Editorial Roque Depalma Editor. 1958. pp. 121-139.
- Douek, Evelyn. “Facebook’s Oversight Board: Move Fast with Stable Infrastructure and Humility” North Carolina Journal of Law & Technology. 21(1). 2019. Chapel Hill (Carolina del Norte), THE UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA AT CHAPEL HILL. pp. 1-78.
- Echandía Devis Hernando. Teoría General del Proceso. Tercera edición. Buenos Aires. Editorial Universidad.
- Ferrer, Jordi., “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”, Revista de la Maestría en DERECHO PROCESAL. Volumen 7, N° 2. 2017, Lima. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 137-164.
- HERNANDEZ LEON, L. “Online Dispute Resolution-Una revolución inminente”. Blog de Derecho de los Negocios. Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Laporta, Francisco. “Sobre el Concepto de Derechos Humanos”, Repositorio institucional de la universidad de Alicante. 1987, Universidad de Alicante. pp. 23-44.
- Marín Verdugo, 2010, pág. 151, citado en: Revistas Universidad de Antioquia. González Jaramillo, J. L. (2018). La declaración de parte en el sistema procesal civil colombiano. Diálogos de Derecho y Política, (21), pp. 7-23.
- MARTÍNEZ CÁRDENAS, b., LÓPEZ, A. G., & FERNÁNDEZ ORTEGA, F. I. ¿Son los ODR una solución al acceso a la justicia? Ámbito Jurídico, 2021; Legis.
- Márquez-Fernández, Álvaro. “Ética y Derechos Humanos”, Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento. Volumen 8 núm. 1, 2011. Maracaibo, Universidad del Zulia. pp. 99-103.
- Naidoo, Kum. “La vigilancia generalizada de Facebook y Google representa un peligro sin precedente para los derechos humanos”. Amnistía Internacional. 2019.

Observatorio Legislativo, “¿Qué tanto va a mejorar la moderación de contenidos con la nueva Corte Suprema de Facebook?”, CELE - Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Argentina.

Ortiz, Gustavo. “SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE ÉTICA Y MORAL” Isonomía no.45 México oct. 2016, pp. 113-139.

Ovalle Favela, José. (2016). teoría general del proceso. OXFORD University Press. México. 7ª edición.

Sánchez, A. “EL “TRIBUNAL SUPREMO” DE FACEBOOK: ¿UN NUEVO PASO HACIA LA JUSTICIA SIN ESTADO?” Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2020), Vol. 12, N° 2, pp. 1386-1405 ISSN 1989-4570 Universidad Carlos III Madrid.

Universidad Católica de Colombia. Manual del Derecho Procesal Civil. Primera edición. Tomo I. Bogotá. Editorial U.C.C.2010.



# EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO Y EL TERRORISMO

---

*Jaime Camarero Arellano, Álvaro Greciano Sobrino,  
Celia López Gil, Marta Mateo García,  
Tiffany Martín Fernández, María Monteagudo Pose,  
Cayetana Mosteiro Cadaval y Mayca Ndiba Nzang*

**Tutores:** *Lorenzo M. Bujosa Vadell y Walter Reifarth Muñoz*  
*Universidad de Salamanca, España*

## Resumen

A lo largo de la historia se ha evidenciado que el terrorismo es un fenómeno nacional e internacional que necesita ser resuelto por parte de los Estados. Para ello, se han creado diversos mecanismos, entre los que destaca el agente encubierto informático, una figura que ha alcanzado una importancia destacable como respuesta al uso de la tecnología por parte de las organizaciones terroristas. En la presente ponencia caracterizaremos al agente encubierto diferenciándolo del agente provocador y analizaremos sus requisitos de actuación, así como la proyección internacional de esta herramienta procesal. Igualmente, examinaremos el tratamiento que reciben en el proceso las pruebas que este agente obtiene, sin olvidarnos de señalar los límites propios de un Estado de Derecho, que exigen una intervención informática encubierta que respete los derechos y las libertades fundamentales de las personas.

## Abstract

Over the History, terrorism has shown to be a national and international phenomenon that needs to be confronted by States. To this end, many mechanisms have been created, among which, out stands the undercover computer agent. This figure has achieved remarkable importance in response to the use of technology by the terrorist

organizations. In this paper, we will characterize the undercover agent, differentiating it from the agent provocateur, and we will analyze the requirements for its action, as well as the international projection of this procedural tool. We will indeed examine the procedural treatment of evidence obtained by this agent and will finish by listing the limits established by the rule of law, which advocates for an undercover action respectful with fundamental rights and freedom.

## 1. Introducción

El literato Miguel de Unamuno defendía que el escritor no estaba obligado a ponerse al alcance del público, sino que era obligación de éste ponerse al alcance de aquel. Con todos nuestros respetos y la más alta consideración a este prócer de las letras hispanas, este equipo ha apostado, en cambio, por la realización de un texto sólido, pero accesible, que pueda ser utilizado en la investigación y que no por ello adolezca de una excesiva complejidad.

El tema de la exposición, el agente encubierto y el terrorismo, ha sido seleccionado por dos motivos: el primero, la carencia de producción científica sobre la materia, dado el relativamente reciente nacimiento de la figura; y el segundo, lo interesante del análisis de la traslación de una figura física al ámbito digital.

Sin embargo, a las dos motivaciones anteriores hay que añadir una tercera, de no menor importancia, esta es el estudio del terrorismo en una de sus múltiples vertientes. Lo novedoso de este instrumento se traduce en una falta de implementación en un número destacable de ordenamientos jurídicos; a pesar de ello, la legislación española, innovadora en este aspecto, sí que la incluye en sus leyes procesales.

Así, este escrito, realiza numerosas referencias a esta normativa pues abre la espita pudiendo servir como ejemplo a emular en la producción legislativa de otros países de su entorno o de su tradición histórica.

La investigación intenta abordar, de manera somera, los aspectos fundamentales que rodean al agente encubierto, con especial hincapié en las pruebas que éste pueda recabar y el tratamiento que reciben en el proceso. Ello no impide tratar otras cuestiones como el terrorismo en términos generales o el propio agente encubierto en particular. Entre estas no puede obviarse los posibles perjuicios que se pueden generar de la actuación del agente encubierto o la colaboración a nivel internacional entre los diferentes cuerpos policiales.

De esta manera se busca elaborar, en conjunto, un documento que proporciona las notas fundamentales sobre la labor del agente encubierto informático en la lucha contra el terrorismo. En todo caso, las páginas aúnan la investigación doctrinal con el análisis de la legislación y la jurisprudencia, aportando como

valor añadido una serie de valoraciones éticas cuyas implicaciones constituyen el trasfondo de este trabajo. Con ello, se pretende proporcionar al receptor del texto una serie de estímulos a lo largo de la lectura que sirvan, a su vez, para otorgar a la reflexión un carácter transversal y crítico.

## 2. El terrorismo como fenómeno nacional e internacional

Hablar de terrorismo es hablar de imágenes y sucesos que conmocionan a la opinión pública. En los últimos años, Barcelona 2017 (16 muertos), el atentado de Niza de 2016 (86 muertos), la masacre de París de 2015 (130 muertos), el 11 de marzo de 2004 en Madrid (con 193 víctimas) o el 11-S de 2001 con casi 3000 ciudadanos perdidos. Todos ellos perpetrados en lo que llamamos “Occidente” o “Mundo civilizado”, pero en el resto del orbe han ocurrido muchos más de los que apenas hemos tenido constancia, sirve de ejemplo la Masacre de Camp Speicher en Irak, segundo acto terrorista más mortífero de la historia con más de 1900 víctimas reconocidas. Todas las masacres anteriores fueron perpetradas por diversas organizaciones que compartían la autoría islamista.

¿Significa esto que los únicos capacitados para perpetrar estas atrocidades son musulmanes? ¿O que todos los musulmanes son terroristas? Ambas preguntas se pueden atajar con un rotundo no. La historia mundial se ha visto marcada por numerosos actos terroristas, con mayor o menor impacto, con motivaciones muy variadas. Solo que cuanto más nos remontamos en el tiempo su poder de presión era menor al igual que la repercusión de sus actuaciones. Retrocediendo algo más de un siglo, podemos mencionar el asesinato del archiduque Francisco Fernando de Austria (1914) que originó de forma indirecta la Primera Guerra Mundial.

Atendiendo a los criterios de lo conocido como “terrorismo moderno”, los atentados yihadistas son una de las últimas apariciones. Pero, antes de estos, existían otras acciones que, de seguir la línea únicamente lingüística, obedecerían a la acepción de terrorismo. Según la Academia:

*Dominación por el terror; sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror; actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos<sup>1</sup>.*

Para centrarnos en un mejor desarrollo de esta ponencia, únicamente hablaremos de organizaciones criminales y no de estados (incluiremos el Estado

---

<sup>1</sup> Definición de terrorismo según el diccionario de la Real Academia de Lengua Española (consultado por última vez el 18 de julio de 2021).

Islámico por ser únicamente un territorio ilegítimamente ocupado por una organización terrorista).

Por tanto, la primera manifestación de esta práctica tiene lugar en la antigua Judea, actual Israel, en el 1 a.C., Judas de Galilea fundo un grupo llamado Sicarii, dedicado en casi totalidad al asesinato de colaboradores de los romanos, sacerdotes, saduceos, herodianos y otras elites adineradas. Su forma de actuar era simple pero eficaz: mezclarse en la multitud en fiestas y aprovechar el caos para asesinar a sus objetivos. Una técnica todavía utilizada en actos combinados como Londres 2017 o Niza 2020.<sup>2</sup>

Avanzaremos casi veinte siglos hasta Irlanda, en 1858. La Hermandad Republicana Irlandesa realizó una serie de actos de creciente violencia en Gran Bretaña con el fin de infundir miedo y presión. El más importante fue en la prisión de Clerkenwell: para liberar a uno de sus cabecillas, realizaron una explosión de gran calibre con la que volaron parte del muro, llevándose por delante la vida de doce reclusos. Sus acciones fueron suficientes como para provocar la creación de la primera unidad antiterrorista de la historia. Fue conocida como la Rama Especial Irlandesa y se creó en 1883 por la Policía Metropolitana.

Llegamos a finales del siglo XIX, cuando los terroristas de carácter anarquista lograron cometer varios atentados políticos arrebatando la vida de decenas de políticos y figuras relevantes, entre los que destacan el presidente de la República Francesa Marie François Sadi Carnot (1894), del presidente del Consejo de Ministros español Antonio Cánovas del Castillo (1897) y de la emperatriz de Austria-Hungría, Isabel de Baviera (1898).

Una de las caras que pasan más desapercibidas al hablar de terrorismo es el estadounidense. Y si, quienes se erigen como máximos exponentes de la lucha contra el terrorismo, tienen un pasado algo más oscuro del que creemos. El Ku Klux Klan es a día de hoy, considerado por numerosos entendidos, como organización terrorista. Su carácter antisemita, supremacista blanco y anticomunista les otorgo un apoyo social abismal (en su apogeo se estima que tuvieron cinco millones de miembros), que dejó tras de sí un rastro de asesinatos de activistas, personas de color y disidentes<sup>3</sup>.

En las postrimerías del siglo pasado, cabe reseñar una de las pocas organizaciones terroristas que lograron imponer sus ideales: el IRA. El ejército revolucionario irlandés estaba ubicado en la frontera entre un grupo revolu-

<sup>2</sup> SÁNCHEZ LÓPEZ, V.: Terrorismo en el Alto Imperio Romano (43 a.C.-197 d.C.): semejanzas de un fenómeno moderno en tiempos antiguos. Tesis doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, 2018.

<sup>3</sup> BLANCO NAVARRO, J. M.; COHEN VILLAYERDE, J.: *Supremacismo blanco*. Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), Madrid, 2017, pp. 6-10.

cionario y una organización terrorista. Sus primeras tenían como objetivo la consecución de la independencia irlandesa de Reino Unido. Sus grupos paramilitares lucharon hasta la firma del Tratado Anglo-irlandés, donde se reconoció la independencia de la región, pero no de toda la isla<sup>4</sup>. Algunos de sus actos más crueles fueron los ataques simultáneos a 300 comisarías o la ejecución en masa de policías de Liverpool. Hay que realizar un apunte importante, y es que el IRA no es el actual ejército de Irlanda, conocido como Fuerzas de Defensa Irlandesa.

Su legado fue recogido por diferentes organizaciones. Una de las más conocidas es ETA que luchaba por la independencia del País Vasco cometiendo atentados, ejecuciones y diversas acciones de parecida índole. Pese a llevar algunos años con escaramuzas y asesinatos destaca por su relevancia el asesinato del presidente del Gobierno de España Don Luis Carrero Blanco (1973). Tras él, una larga lista que recorre décadas y deja un reguero de dolor, sangre y malestar social.

A día de hoy, la banda ha sido desmantelada, perseguida y muchos de sus cabecillas condenados por los tribunales. Su último atentado fue en 2009. En total, 853 muertos y 6389 heridos forman su haber delictivo. Casi todos fueron españoles, pero hubo pérdidas francesas, alemanas, estadounidenses y ecuatorianas, pues su método de acción fluctuaba de las intervenciones concretas (como el asesinato de Miguel Ángel Blanco) a los atentados en masa (el del supermercado Hipercor o la casa cuartel de la Guardia Civil de Zaragoza).<sup>5</sup>

Y, pese a que todas estas acciones son absolutamente condenables, y el tiempo otorgó a la justicia las acciones necesarias, España gestó para su lucha uno de los cuerpos más reprochables que ha habido nunca en la historia de la democracia: Los GAL. Los Grupos Antiterroristas de Liberación realizaron una “guerra sucia” o terrorismo de Estado contra ETA, combatieron atentados con más atentados<sup>6</sup>. En sus 4 años de historia perpetraron 30 atentados, aprendiendo y usando las técnicas del terrorismo vasco. Sin embargo, la justicia española

<sup>4</sup> MCCARTNEY, C.: “Haciendo balance. El proceso de paz de Irlanda del Norte”, en *Red Gernika Gogoratuz*, núm. 11, 2001.

<sup>5</sup> Las cifras varían según la fuente consultada. Sin embargo, siempre se sitúan en el entorno de las aquí citadas. Con objeto de aportar unas cifras contrastadas se han utilizado diversas fuentes. Periódico *El País* [https://elpais.com/politica/2018/05/02/actualidad/1525252299\\_953564.html](https://elpais.com/politica/2018/05/02/actualidad/1525252299_953564.html) y *El Correo Vasco* <http://especial.elcorreo.com/2018/muertos-eta/>. Al respecto también puede consultarse las bases del Ministerio del Interior español “Tabla de fallecidos por terrorismo indemnizados. Datos oficiales del Ministerio del Interior”, disponible en <http://www.interior.gob.es/fallecidos-por-terrorismo> (todos los enlaces han sido consultados por última vez el 20 de julio de 2021).

<sup>6</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “Terrorismo de Estado: los grupos antiterroristas de liberación (G. A. L.)”, en ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de

supo obrar con imparcialidad y se falló condenando a estos grupos. De igual manera, se demostró que fueron financiados por el Ministerio del Interior, y se depuraron responsabilidades, produciéndose la dimisión de numerosos cargos gubernamentales. La actuación de los GAL nos muestra como algunos agentes encubiertos tomaron parte activa y, vulnerando todos los principios y reglas posibles, ejecutaban y secuestraban a quienes estimaran oportuno, provocando que algunas de sus víctimas fueran blancos erróneos y bajas colaterales. Lo anterior demuestra la importancia que se otorgó después a un correcto desarrollo de las misiones encubiertas y la vigilancia y control de los agentes; de entre estos uno de los más conocidos fue Mikel Lejarza, más conocido como “Lobo”, quien en su actividad encubierta logró cercenar a toda la cúpula de ETA en 1975 y provocar la captura de otros 150 miembros.

Podemos afirmar con rotundidad que pudimos derrotar a ETA (cese definitivo en 2011) y que los GAL son cosa del pasado, pero su marca siempre quedará en la memoria colectiva española. A principios del presente siglo, una generación de nuestro país vivía con miedo diario a atentados de ETA, pero en 2004, se produjo una variación en la autoría de los atentados que la población española había sufrido hasta el momento. El 11 de marzo de 2004, 4 trenes explotaron en Madrid provocando la muerte de 193 personas y lesiones a 2000. Al Qaeda reivindicó el suceso como venganza al apoyo del gobierno a la invasión de Irak y Afganistán<sup>7</sup>.

Para comprender mejor el alcance y los motivos de este suceso, debemos hacer un viaje en el tiempo al día 11 de septiembre de 2001, el día de inflexión en esta historia.

3000 personas fallecieron en lo que hasta hoy son los atentados más grandes de la historia. El terrorismo yihadista hizo su entrada en la historia. El yihadismo es un neologismo occidental que hace referencia a un tipo de ideología caracterizada por la frecuente y brutal utilización del terrorismo, en nombre de una pretendida yihad, a la cual sus seguidores llaman una «guerra santa» en el nombre de Alá. Se habla de pretendida yihad porque la yihad es un concepto básico del Islam.

El concepto tiene dos acepciones: la «yihad menor» que abarca dos conceptos: por un lado, la lucha militar en nombre de Dios contra un enemigo malvado y defendiendo una causa justa del lado del bien, concepto en el que

---

la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 501-530.

<sup>7</sup> PÉREZ VENTURA, O.: “Análisis del atentado del 11M” en PÉREZ VENTURA, O. (coord). *Curso avanzado sobre terrorismo yihadista en España*. CISDE-UDIMA, Madrid, 2012, pp. 13-14.

se intentan legitimar los yihadistas tergiversando el propósito original; y por otro lado cualquier acción realizada por Dios para mejorar la humanidad; y la «yihad mayor», de completa interpretación espiritual, que representa el esfuerzo que todo creyente debe realizar para ser mejor musulmán o mejor persona en general<sup>8</sup>.

Tras este atentado comenzaron diversos ataques e invasiones, como la de Irak, en la que España participó en diversos aspectos. Más tarde se produjeron diferentes ataques por parte de distintas organizaciones como Al Qaeda o Estado Islámico, muchos de los cuales ya hemos mencionado anteriormente. Su finalidad es generar el miedo social y la retirada de tropas en las regiones, para poder establecer ellos un estado de terror y sometimiento a las leyes del Corán más radicalmente interpretadas.

Pero lo que no se sabe es que muchos, a su vez, han sido desmantelados gracias a fuertes redes de antiterrorismo, con agentes encubiertos tanto en físico como en la red. El ciberpatrullaje<sup>9</sup>, eliminación de videos de radicalización, localización y detención de terroristas y diversas actividades más han supuesto, con el paso del tiempo, la asfixia de las células hasta el punto de forzar su desaparición. Los ejércitos pueden combatir en un frente físico, pero los agentes encubiertos de campo son vitales en la preparación y diseño de estos ataques. A su vez, los informáticos acaban con cuentas bancarias, recursos, contenidos dedicados a la radicalización entre otras acciones, acciones que por su contenido son confidenciales.

El terrorismo yihadista no ha acabado aun, a diferencia del etarra o el anarquista, pero las acciones de los distintos órganos gubernamentales e instituciones jurídicas están cercándolo a pasos agigantados.

Realizado un sucinto análisis del terrorismo desde una perspectiva histórica y social procedemos a estudiar, también someramente, su componente jurídico. Como punto de partida exponemos la definición de terrorismo dada por la Real Academia de la Lengua Española:

*Delito que consiste en llevar a cabo delitos graves con la finalidad de subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar gravemente el*

<sup>8</sup> DE LA CORTE IBÁÑEZ, L.: “Breve guía sobre la amenaza yihadista”, en *Athenea Paper*, vol. 2, núm. 2, 2007, pp. 42-45.

<sup>9</sup> Es un término acuñado por el experto en ciberdelincuencia y fiscal español D. Javier Ignacio Zaragoza. Al referirnos al ciberpatrullaje nos referimos a la traslación del patrullaje policial clásico al mundo virtual.

*funcionamiento de una organización internacional, o provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella*<sup>10</sup>.

Así observamos que los terroristas tienen como objetivo la subversión del Estado o de su entramado socioeconómico con una motivación anterior que es la que informa su actuación. Este no es un aspecto menor puesto que la tenencia de una ideología que sustenta sus atrocidades es a su vez un estímulo para su realización. Sin embargo, en la mayor parte de las ocasiones, las ideas que sirven de base para estas actividades son también, como poco, no democráticas.

El objetivo puede ser muy distinto según el lugar o el momento en el que se lleve a cabo<sup>11</sup> mostrando así que las organizaciones no solo se limitan al ataque indiscriminado sino también a la defensa de sus miembros o de la ideología que les sirve de sustrato.

Como puede verse las motivaciones y los resultados de los atentados terroristas son de una envergadura colosal y suponen un verdadero quebradero de cabeza para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado quienes han tenido que estudiar a su enemigo para comprender y evitar su mal. En este ejercicio de comprensión y de investigación ha jugado un papel fundamental el protagonista de esta investigación, el agente encubierto, una figura relativamente reciente en los ordenamientos jurídicos, pero cuya labor ha sido muy importante para evitar la propagación de esta lacra.

Como conclusión y anticipo de lo que desarrollarán las páginas siguientes, el terrorismo ya no solo se desarrolla en escenarios concretos, sino que resulta ser un fenómeno con una fuerte nota de internacionalización y que ha desplegado también sus actividades en internet<sup>12</sup>, lo que tiene un evidente correlato en la lucha por su erradicación.

---

<sup>10</sup> Definición del delito de terrorismo por el *Diccionario panhispánico del español jurídico* (consultado el 18 de julio de 2021).

<sup>11</sup> Por ejemplo: en el caso del asesinato del político español Miguel Ángel Blanco –que marcó un hito en la lucha antiterrorista en España- se buscaba presionar al Estado español para que acercara a los presos terroristas de ETA a los centros penitenciarios vascos o en el referencial atentado del 11-S perpetrado por Al-Qaeda fue ideado como un castigo a los EEUU por el apoyo de la potencia a los israelíes o su presencia en Arabia Saudí. Fundación Miguel Ángel Blanco <https://www.fmiguelangelblanco.es/miguel-angel-blanco/su-vida/> (consultado el 18 de julio de 2021). En este sentido, véase también IGLESIAS VELASCO, A. J.: «La respuesta internacional ante los ataques terroristas contra Estados Unidos», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4, 2002, pp. 1-2.

<sup>12</sup> Al respecto, puede consultarse el Informe “El uso de internet con fines terroristas” elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: [https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Use\\_of\\_Internet\\_for\\_Terrorist\\_Purposes/Use\\_of\\_Internet\\_Ebook\\_SPANISH\\_for\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Use_of_Internet_for_Terrorist_Purposes/Use_of_Internet_Ebook_SPANISH_for_web.pdf) (consultado el 28 de julio de 2021).

### **3. La figura del agente encubierto informático para la investigación del terrorismo**

#### **3.1 La necesidad de una regulación del agente encubierto para la lucha contra el terrorismo**

Ya hemos podido observar de manera sucinta la historia de esta lacra a nivel mundial, así que es el momento óptimo de hablar de su antitético más importante en la actualidad, y herramienta fundamental para su erradicación: el agente encubierto.

El trabajo de esta figura es muy diferente al que se suele expresar en películas o literatura policiaca. A su vez, dependiendo del país, estamos ante diferentes sujetos con diversas capacidades, potestades y libertades. El trabajo y funciones de un agente encubierto americano serán muy diferentes a las de uno colombiano y, este, a su vez, poco se asemejará con su homólogo español. La diferencia es grande en cuanto al agente encubierto físico, el “tradicional”; sin embargo, en la nueva faceta, la del agente encubierto informático, sí que todos poseerán una serie de similitudes extrapolables al grueso de las naciones democráticas.

En España, pese a que ya existían de hecho con anterioridad, la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, introdujo una regulación jurídica sistemática y modificó la legislación procesal penal para incluir esta relevante figura<sup>13</sup>. Podemos atender a la interpretación del Tribunal Supremo español sobre la figura del agente encubierto en la STS 1140/2010, 29 de diciembre de 2010. En este caso solo hacía referencia al físico, es decir, a aquel cuya incursión se realiza en el mundo real y el cual tiene trato personal con el objetivo de la investigación. Cuando la ley se creó, esta hacía referencia a la lucha contra el crimen organizado, presuponemos que narcotráfico, trata de blancas o extorsiones. No por ello se excluían los casos de lucha antiterrorista, ya que el objeto de la sentencia citada anteriormente fue una investigación por delito de pertenencia a organización terrorista. Pocos años después, ocurrió la revolución de las redes: ordenadores, internet, webs, ocuparon nuestras vidas para quedarse. Y los sectores más peligrosos de la sociedad también los empezaron a usar, avalados por la privacidad y confidencialidad de sus acciones y la facilidad de intercambios monetarios en base a criptomonedas u otras divisas anónimas, que hace que a día de hoy, la mayor parte de la financiación de grupos terroristas recaiga en este tipo de finanzas tan

---

<sup>13</sup> Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

sumamente difíciles de investigar<sup>14</sup>. En este momento es cuando entran en juegos términos como Deep Web o Dark Web, que son las capas más profundas y más difíciles de acceder de internet, hasta el punto que, en algunas ocasiones, precisan de un navegador externo o una VPN propia<sup>15</sup>. La red es libre y ningún país posee un control sobre ella. Por ello, los delitos y su persecución son asumidos por los distintos países y organizaciones internacionales en función de su jurisdicción. Por ejemplo, si un hacker de sombrero negro (*hackers* relacionados con la ciberdelincuencia) realiza una estafa online desde Rumania, pero a páginas españolas, el delito que se le imputa será, en gran medida, tipificado en el Código Penal español, aunque no por ello el Gobierno rumano no colaboraría en su detención o tendría su propio derecho a enjuiciarle<sup>16</sup>.

La pregunta que debemos hacernos en este punto es: ¿cómo se descubren estos delitos? La respuesta más breve es el ciberpatrullaje. En España los encargados de vigilar el espacio cibernético de manera habitual son los miembros de la Brigada Central de Investigación Tecnológica<sup>17</sup>. Revisan de manera exhaustiva cada página, cerrando y procesando aquellas que se vean involucradas en delitos de diversa índole, desde pornografía infantil, amenazas, fraudes online... En muchos casos, no es posible acceder a estas direcciones de manera anónima, sino que precisan de registro o de algún tipo de clave/identificador. Es necesario, de nuevo, realizar sus labores de manera encubierta. Nace ahora, de forma oficial, la figura del agente encubierto informático. Los agentes encubiertos no tienen que ser obligatoriamente de dicha Brigada, pero sí miembros de la Policía Judicial que actúen de manera voluntaria. Esta decisión es bastante controvertida en el caso del agente informático, puesto que en muchos casos sus labores se realizan en sede policial, y un civil o colaborador con conocimientos muchos más amplios podrían enfrentar mejor la tarea, siempre y cuando estuvieran en todo momento vigilados y controlados por un revisor.

<sup>14</sup> YUSTE GONZÁLEZ, C.: “Deep web y monedas virtuales: entorno privilegiado para las organizaciones terroristas”, en *Repositorio de Trabajos de Fin de Máster*, Universidad Internacional de La Rioja, 2015.

<sup>15</sup> De facto, en la que se profesa la mayor cantidad de delitos es en la *dark web*, tal como señala LAVÍN PERRINO, I.: “Un paseo por la Deep Web”, en *Repositorio de Trabajos de Fin de Máster*, Universitat Oberta de Catalunya, 2018.

<sup>16</sup> ORTIZ PRADILLO, J. C.: “La investigación del delito en la era digital: los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación”, en *Fundación Alternativas*, núm. 74, 2013.

<sup>17</sup> Sobre las funciones, actuaciones y organización de este órgano policial, puede verse [https://www.policia.es/\\_es/tupolicia\\_conocenos\\_estructura\\_dao\\_cgpoliciajudicial\\_bcit.php#](https://www.policia.es/_es/tupolicia_conocenos_estructura_dao_cgpoliciajudicial_bcit.php#) (consultado el 15 de julio de 2021).

Poseen, para su correcto desempeño, una serie de características muy específicas. Una de ellas consiste en que su activación sólo tiene lugar para actuaciones o investigaciones del Ministerio Fiscal, por lo que el cuerpo de policía pertinente no puede actuar en propia voluntad. Estos agentes también obran bajo una identidad supuesta, aunque no se les vea el rostro o interactúen físicamente con los delincuentes. El Juez de Instrucción es el único con capacidad para decidir si la operación se lleva a cabo, durante cuánto tiempo, y en qué términos. Esto sólo en el caso del AEI. Una vez esclarecidas las características con las que se activa una operación judicial con agente encubierto, veamos aquellas competencias que, en la mayoría de los casos, les son atribuidas. Un agente encubierto informático podría intercambiar archivos ilegales, analizarlos y, en el caso de encontrarse de manera presencial con el investigado, grabar las conversaciones, siendo esta última actuación regulada en el apartado 7 del art. 282 bis LECrim. Eso sí, es muy importante que todas estas acciones cuenten con un respaldo judicial y respeten los derechos fundamentales para no realizar ninguna acción no autorizada o inconstitucional que pudiese anular la prueba.

Las diferencias sobre el papel son claras, pero hoy en día gracias a la modernización general de ambos bandos, el trabajo de campo de un agente encubierto se ve muy dificultado sin apoyo informático y viceversa. La colaboración entre ramas y divisiones es, cada vez más, uno de los motivos por los cuales las investigaciones llegan a buen puerto y los implicados son procesados con todas las garantías y derechos constitucionales.

### **3.2 Diferencias entre el agente encubierto informático y el agente provocador**

El agente encubierto informático a la hora de actuar debe respetar el ordenamiento jurídico. Así, para evitar posibles comportamientos ilícitos, resulta conveniente diferenciar entre esta figura y la del agente provocador.

A fin de analizar la actividad de un agente policial, hemos de tener en cuenta dos posibles conductas. La primera, sería aquella en la que el agente lleva a cabo una investigación con el objeto de reprimir o prevenir un delito planeado previamente por parte del presunto delincuente. En segundo lugar, cabe que el agente induzca al autor provocado a la comisión de un delito que no tenía previsto cometer. El primero de los supuestos sería lícito dentro de los límites del art. 126 de la Constitución Española, del art. 11 de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los arts. 282 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, la segunda de las conductas constituiría un delito provocado.

El concepto doctrinal del agente provocador sería aquel que “provoca a otro a la comisión de un delito con el fin de que el autor provocado sea sancionado por el ilícito penal sin que tenga la voluntad de su consumación, poniendo en ello las medidas necesarias”<sup>18</sup>. Así, el agente provocador actúa con el fin de detener al delincuente en el instante, impidiendo la perfección del delito, mientras que el agente encubierto trata de conseguir información<sup>19</sup>.

Para continuar examinando al agente provocador, cabe mencionar tres presupuestos que delimitan esta figura<sup>20</sup>:

- 1.º La provocación tiene por objeto la pena del autor provocado.
- 2.º El agente provocador no tiene la voluntad de la consumación del delito.
- 3.º La ausencia de dicha voluntad se refleja en la adopción de medidas que pretenden neutralizar la acción del autor provocado.

La “provocación al delito” se encuentra recogida en el artículo 282 bis LECrim en su apartado 5º) y se ha ido precisando a través de la numerosa jurisprudencia. En este sentido, podemos destacar la STS 395/2014, de 13 de mayo, la cual indica en su 4.º Fundamento de Derecho que el delito provocado se compone de tres elementos: a) un elemento subjetivo, constituido por la incitación engañosa a cometer un delito por parte del agente dirigida a quien no tiene intención de hacerlo; b) un elemento objetivo o teleológico, consistente en la detención del sujeto que comete el delito inducido; y c) un elemento material, que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido y, como consecuencia, que conduce a afirmar la atipicidad de la conducta.

En un sentido similar se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias de 1 de marzo de 2011 (caso *Lalas c. Lituania*) y de 5 de febrero de 2008 (caso *Ramanauskas c. Lituania*), expresando que “se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados (...) no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no se hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso”.

---

<sup>18</sup> Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *El Agente provocador*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 43.

<sup>19</sup> ANAYA MARCOS, M. C.: “El agente encubierto” (Trabajo de Fin de Grado), Universidad de Salamanca, 2015, p. 28.

<sup>20</sup> MOLINA PÉREZ, T.: “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 41, 2008.

Teniendo esto en cuenta, es posible afirmar que la causa del delito parte del comportamiento del agente provocador, delito que no llega a consumarse debido a la inmediata intervención de la policía. Es por ello que, dada su imposible perfección, así como por el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (recogido en el art. 9.3 de la Constitución Española), el Tribunal Supremo español considera el delito provocado como penalmente irrelevante y procesalmente inexistente<sup>21</sup>. Asimismo, considera que “la punibilidad del delito provocado por las Fuerzas de Seguridad es incompatible con el Estado de Derecho”<sup>22</sup>. En consideración al art. 11.1 LOPJ, establece este mismo Tribunal que, otra de las consecuencias de la actuación del agente provocador, es que “la prueba del delito obtenida mediante la inducción al mismo es una prueba ilícita”.

Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo estableció en el precitado caso *Ramanauskas c. Lituania*, que “el interés público no podría justiciar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial”, pues tal forma de operar es susceptible de privar al acusado de su derecho a un proceso equitativo<sup>23</sup>.

En el caso español, la provocación al delito por parte de un agente policial se encuentra prohibida en el apartado 5 del art. 282 bis LECrim<sup>24</sup>. Es por ello que no es posible admitir la actuación del agente encubierto, puesto que de lo contrario se vulneraría el ordenamiento jurídico, quebrantando así el Estado de Derecho.

## **4. Las actuaciones del agente informático y su relevancia jurídico-procesal**

### **4.1 Los riesgos constitucionales de las actuaciones del agente encubierto**

Nuestra vida no puede entenderse sin la red, sin el mundo virtual, que tanta repercusión tiene a su vez en el que consideramos real. La evolución exponencial de la informática ha provocado que las instituciones en muchas ocasiones se queden obsoletas ante este fenómeno y su imparable y galopante

---

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997.

<sup>23</sup> MOLINA PÉREZ, T.: “Técnicas especiales...”, *op. cit.*

<sup>24</sup> El apartado 5 del art. 282 bis LECrim dispone que el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por los actos que resulten necesariamente de la conducción de la investigación, siempre que guarden “la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”.

progreso<sup>25</sup>. Las instancias judiciales no han sido ajenas a esta obsolescencia. Sin embargo, la justicia está haciendo un notable esfuerzo por adaptarse a este nuevo mundo, intentando paliar el anacronismo del que adolecen algunas de sus prácticas.

El análisis de la potencial vulneración de derechos fundamentales se realizará, en gran medida, teniendo como base o referencia la normativa española, al considerarse esta pionera en el estudio de la figura<sup>26</sup> no solo a nivel europeo<sup>27</sup> sino también a nivel mundial<sup>28</sup>. La regulación de la institución es relativamente reciente, Ley Orgánica 13/2015 del 5 de octubre, que se incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>29</sup>. No obstante, su corta edad, no ha sido obstáculo para que hayan corrido ríos de tinta con diferentes mares como destino sobre su contenido.

Los derechos objeto de estudio serán la tutela judicial efectiva y la intimidad personal, el secreto de las comunicaciones y la limitación del uso de la informática<sup>30</sup>, ya que resultan ser los más afectados por las actuaciones del agente encubierto informático.

Antes de proceder con el desarrollo conviene realizar una consideración: no debe olvidarse que la adjetivación de informático supone un cambio sustancial en la toma de decisiones, un tratamiento adaptado a su singularidad que difiere enormemente de lo realizado por su homólogo físico<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> CARDOSO PEREIRA, F: *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2012, pp. 216-217

<sup>26</sup> Dentro de la actuación del agente encubierto informático pueden diferenciarse dos tipos de actuaciones: el rastreo IP (Internet Protocol, por sus siglas en inglés) y el registro remoto sobre equipos informáticos. Ambas cuestiones ya han sido tratadas en epígrafes anteriores.

<sup>27</sup> No obstante, en el ámbito continental, debe destacarse también la normativa alemana sobre la materia.

<sup>28</sup> En este caso también puede mencionarse su homóloga estadounidense.

<sup>29</sup> Siendo el objeto de estudio la normativa española debe mencionarse que los derechos que se expondrán serán los recogidos en la Constitución española de 1978 (en adelante, CE).

<sup>30</sup> Los derechos citados se corresponden con los arts. 18.1, 18.2 y 18.4 y 24 CE.

<sup>31</sup> BUENO DE MATA, F.: "El agente encubierto en internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia", en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.; FERREIRO BAAMONDE, X. (coords.): *"Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada"*. Publicaciones de la Universidade da Coruña, La Coruña, 2012, pp. 295-306, entiende que se trata de una figura que, si la trasladamos a internet, debe obligatoriamente "cambiar sus características y su *modus operandi* para adaptarlo a los entornos virtuales, pero sin hacer que pierda su esencia. Una esencia polémica y muy debatida basada en el engaño y con la que se trataría de utilizar técnicas usadas para delinquir como técnicas a su vez de investigación o combate de este tipo de delincuencia".

La LECrim establece lo necesario de la autorización judicial para el comienzo de las actuaciones con el conocimiento de las mismas de la fiscalía<sup>32</sup>, muestra así el legislador la importancia que le otorga a estas actuaciones. Además, el auto judicial deberá estar informado por los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad<sup>33</sup>. De entre estos, el de proporcionalidad actúa como un *primus inter partes*.

Su estudio se fundamenta en la justicia, la dignidad de la persona y de la privación de la arbitrariedad de los poderes públicos. Nos encontramos ante un principio constitucional al que hay que acogerse cuando se lleven a cabo medidas que restrinjan algún derecho fundamental.

El art. 588 bis a 5 LECrim, lo recoge dentro de sus principios rectores y, en lo referente al agente encubierto, el art. 282 bis LECrim establece que este último deberá actuar y mantener la proporcionalidad de acuerdo con los fines previstos en la investigación.

De manera que, el principio de proporcionalidad constituye el límite más estricto de los derechos fundamentales asegurando su vigencia en el desarrollo del proceso.

Sin embargo, la proporcionalidad por sí sola no es suficiente para proteger eficazmente los derechos fundamentales y precisa de la ponderación para lograr su completa protección. A lo anterior se suman una serie de valores, antes citados, cuya exposición se hace necesaria en tanto actúan como informadores de la actuación judicial convirtiéndose en contrapesos del *ius puniendi* del Estado<sup>34</sup>.

La especialidad de la actuación, en otras palabras, la existencia de indicios suficientes de que la organización objeto de investigación está cometiendo alguno de los delitos tipificados en el art. 282 bis de la LECrim. Tiene que existir un hecho delictivo en avanzada fase de desarrollo. No es suficiente con la mera sospecha, sino que tiene que haber hechos objetivamente determinantes, es decir, tiene que ser más que posible que los individuos estén llevando a cabo conductas delictivas<sup>35</sup>. La Policía Judicial es la encargada de recopilar los indicios necesarios para entregarlos al Juez junto a la solicitud de la investigación informática. Es necesario que la actuación se lleve a cabo respetando un mínimo de garantías y que el medio resulte útil en la investigación. Igualmente,

<sup>32</sup> Véase el art. 588 bis a LECrim.

<sup>33</sup> Ídem.

<sup>34</sup> Al respecto, resulta de interés BACHMAIER WINTER, L. (coord.): *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*. Marcial Pons, Madrid, 2012.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 513/2010, de 2 de junio.

es imprescindible que el juez en la toma de decisiones atienda a los informes policiales<sup>36</sup>.

La idoneidad, es decir, que sea apropiada para conseguir datos útiles para la investigación de la delincuencia organizada. Esta idea se apoya en el Auto TS de 18 de junio de 1992 que indica que *“resulta indispensable que existan indicios, lo que no puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas”* (Sentencias del Tribunal Constitucional 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre). Es necesario que alcance el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, así está establecido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe cualquier injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho *“sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*<sup>37</sup>.

La necesidad o subsidiariedad de la medida: para que el Juez de su autorización es imprescindible que no exista otra medida menos perjudicial e intrusiva para los derechos fundamentales, así se establece en el artículo 282 bis LECrim *“su necesidad a los fines de la investigación”*. La infiltración tiene que ser la única opción para la obtención de indicios relevantes relacionados con la investigación terrorista.

La proporcionalidad al utilizar la figura únicamente en aquellos casos que así lo requieran por su repercusión o por su gravedad. El sacrificio de derechos que hace el Estado es muy alto, por lo tanto, el delito tiene que tener cierta enjundia. Una valoración realizada por el juzgador y que se recoge en el auto que permitirá o denegará la infiltración.

La motivación, en el auto, el juez tiene que motivar de manera explícita y detallada todos los requisitos mencionados anteriormente, tal y como se recoge en el artículo 282 bis LECrim al establecer que tiene que ser una *“resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación”*, además de constar la afectación de los derechos fundamentales del investigado. Asimismo, debe exponer de manera prolija las circunstancias que rodean al caso concreto y motivar la autorización atendiendo a los principios vistos con anterioridad y al encaje de la actividad delictiva en el tipo pertinente<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> GARCÍA LÓPEZ, E., “Agente encubierto y agente provocador: ¿dos figuras incompatibles?”, en *Diario La Ley*, núm. 5822, 11 de julio de 2003, pp. 1504-1506.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> DEL POZO PÉREZ, Marta, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal español”, en *Criterio Jurídico*, vol. 6, 2006, pp. 267-310.

Una vez vistos los principios que informan toda la actuación judicial durante el proceso que nos ocupa podemos abordar las posibles injerencias en los derechos fundamentales del investigado o en los de las víctimas del presunto delito.

En el caso de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, esta puede ocurrir por la falta de conocimientos sobre la realidad informática del juez. Como se ha visto anteriormente, la labor del agente comienza con la resolución judicial motivada y que pormenoriza cuestiones como el ámbito temporal y el de actuación de la labor de este funcionario –dentro de unos límites prefijados-. Así, se deposita en el juez un amplio margen de actuación para determinar las directrices y límites del agente en su investigación, una amplitud quizás planteada por el legislador para evitar la temida obsolescencia de la norma, evitando así la inclusión de preceptos prolijos que puedan tornarse ineficaces en un corto periodo de tiempo. Ahora bien, los jueces no tienen por qué conocer los últimos avances informáticos ni tan siquiera los rudimentos de la ciencia informática<sup>39</sup>.

Derivado de lo anterior, pueden darse casos en los que, por la ignorancia del juez, aunque pueda recibir asistencia por profesionales, se produzca un perjuicio para la presunta víctima que puede ver minoradas las posibilidades de captura del presunto criminal. Una cuestión que se complica en el terrorismo al contar habitualmente las organizaciones con unos equipos tanto técnicos como humanos de alta calidad<sup>40</sup>.

Las anteriores consideraciones se han realizado respecto de la víctima, pero también merece destacarse otra posibilidad respecto al presunto culpable y es que el conjunto de los ciudadanos tenemos derecho<sup>41</sup> a la tenencia de un

---

<sup>39</sup> CARDOSO PEREIRA, F.: *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2012. Texto disponible en abierto en ([https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121134/1/DDAFP\\_CardosoFlavio\\_Tesis.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121134/1/DDAFP_CardosoFlavio_Tesis.pdf)) (consultado el 18 de julio de 2021).

<sup>40</sup> ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, M. R.: “Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial”, en *Temas Socio-Jurídicos*, vol. 57, núm. 57, pp. 71-101, entiende que “esta sofisticación y profesionalización supone la proclamación como expertos en técnicas delictuales (como la supresión de la prueba), en técnicas jurídicas o económicas (que le permiten eludir la acción de la justicia), médicas o informáticas” (pp. 72-73).

<sup>41</sup> Un derecho recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por las Naciones Unidas, en su art. 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Además, se concreta de similar manera en numerosos textos constitucionales como el español (art. 24.2 CE) o el colombiano (art. 29).

proceso con todas las garantías<sup>42</sup>. Estas garantías juegan un papel fundamental en el material probatorio, en otras palabras, en las pruebas. La cadena de custodia tiene por objeto evitar las interferencias o variaciones en las pruebas desde que son conseguidas hasta que se muestran o utilizan en el juicio<sup>43</sup>. La búsqueda de la idéntica identidad opta por diferentes procedimientos según nos encontremos ante un agente de tipo físico que uno encubierto, no suponiendo en ningún caso un perjuicio para quien busca de los tribunales la mayor de las efectividades<sup>44</sup>. En aquellos casos en los que alguno de los eslabones falle, el presunto culpable encontrará minorado su derecho<sup>45</sup>. Puede añadirse que, en el caso de las pruebas de tipo informático, en pro de quien tiene que ajustarse a ellas, estas se deberían acompañar de un informe<sup>46</sup> en el que se detallen las características de las mismas y se expliquen aquellos conceptos y expresiones eminentemente digitales que puedan presentar dificultades para aquellos legos en la materia, garantizando así que la incomprensión no suponga un riesgo para el correcto desarrollo del proceso.

El derecho a la intimidad está íntimamente relacionado con la identidad. Es aquí donde surge un interrogante al plantearnos en qué medida la persona se reconoce en la Red cuando utiliza un apodo o una identidad falsa, como en el caso del agente encubierto.

En la Red la identidad del mundo físico sufre una reinterpretación y pasa a identificarse con un binomio formado por la persona detrás de este apodo y del dispositivo que utiliza para navegar. Por ello, la importancia del rastreo de la IP<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> CALDERÓN CUADRADO, M. P.: “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10 (mayo-agosto, 2000), esp. pp. 155-160.

<sup>43</sup> CÁNOVAS RODRÍGUEZ, A: *Agente encubierto online* (Trabajo de Fin de Grado). Universitat Autònoma de Barcelona, 2017.

<sup>44</sup> DEL POZO PÉREZ, M. “La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, 2013.

<sup>45</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: “La regulación de la cadena de custodia en España: previsiones legales y desarrollos jurisprudenciales sobre la cadena de custodia de la fuente de prueba”, en FIGUEROA NAVARRO, C. (coord.): *La cadena de custodia en el proceso penal*. Edisofer, Madrid, 2015.

<sup>46</sup> AURELIO GARCÍA, J.: “La cadena de custodia aplicada a la informática”, en *El Blog del Perito Informático*, 2013. Disponible en <http://www.informaticoforense.eu/la-cadena-de-custodia-aplicada-a-la-informatica-i/> (consultado el 18 de julio de 2021).

<sup>47</sup> Para conocer la IP de un dispositivo se precisa de la colaboración de los proveedores de servicios informáticos, previa resolución judicial habilitante. Art. 588 ter (j) LECrim.

En este caso, así como en el que le ha precedido, como en el que le sucederá, el interés público prevalece sobre el particular. Más si cabe en casos en los que puede estar en juego la subversión del Estado. Esto no supone la dación de una patente de corso para el agente, puesto que la restricción de los derechos fundamentales debe siempre realizarse a través de una regulación estricta y garantista que tenga siempre en cuenta la presunción de inocencia, intensificada en un Estado de Derecho<sup>48</sup>.

El secreto de las comunicaciones solo puede realizarse mediante resolución judicial<sup>49</sup>. Ahora bien, la revelación del contenido de los intercambios de información no conlleva su conversión en pública ni tampoco su difusión más allá de las necesidades judiciales, en este sentido, el art. 588 bis (d) LECrim recoge la posibilidad de que se sustancien en piezas separadas.

La interceptación de las comunicaciones puede conllevar que el agente tenga conocimiento, a través de las mismas, de otras informaciones relevantes no solo del propio investigado sino de terceros, quienes verían afectados sus derechos sin ningún tipo de motivación<sup>50</sup>. Un problema de difícil subsanación y que supone la existencia de un mínimo gravamen de compleja reparación.

Finalmente, conviene apuntar que la maléfica utilización de la Red para la comisión de delitos se complementa, paradójicamente, con el benéfico uso que pueden llevar a cabo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de los recursos que la misma les brinda para evitar su comisión o impedir su impunidad según el caso.

---

<sup>48</sup> DEL POZO PÉREZ, M.: “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española”, en *Criterio Jurídico*, núm. 6, 2006, pp. 295-296.

<sup>49</sup> Pues se trata de un derecho fundamental (art. 18.3 CE) con el máximo nivel de protección jurisdiccional.

<sup>50</sup> En este caso, como posible respuesta al interrogante, puede citarse lo referido a descubrimiento o tenencia de información adyacente obtenida en el transcurso de la investigación la jurisprudencia española sigue la teoría del descubrimiento inevitable la cual permite que en aquellos casos en los que la prueba en cuestión fuera a ser descubierta inevitablemente sin necesidad del material probatorio ilícito que permitió su origen. Así lo explica la Sentencia del Tribunal Supremo 885/200, de 21 de mayo: “[C]uando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltaría la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, «conexión de antijuridicidad», que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal”.

## 4.2 La entrada al proceso de las pruebas obtenidas por el agente encubierto informático

### a) La necesaria autorización judicial

Para iniciar la intervención del agente encubierto informático, el Juez de Instrucción deberá dictar un auto judicial, concediendo la autorización para que el agente encubierto lleve a cabo la investigación correspondiente en un canal de comunicación cerrado de acuerdo con el apartado 1 del artículo 282 bis LECrim<sup>51</sup>. Dada la potencialidad lesiva de sus actuaciones respecto de los derechos fundamentales, en ningún caso podrá acordar el Ministerio Fiscal tal autorización. Por su parte, el Ministerio del Interior habrá de facilitar la identidad supuesta y los documentos necesarios para el desarrollo ordinario de las actividades correspondientes<sup>52</sup>.

En el auto dictado por el Juez de instrucción, se recogerán las medidas o directrices bajo las cuales el agente encubierto informático estará obligado a cumplir su cometido. En cualquier caso, la autorización judicial tiene una doble finalidad: por un lado, resulta necesaria para llevar a cabo la infiltración en sí misma, y, por otro, sirve como marco establecido por el Juez para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido. En la práctica, esto sirve para poder acceder a lugares donde captar nuevos miembros para sus organizaciones terroristas y para que se permita la entrada y obtener la clave para ser uno de ellos.

Se tienen que dar unas características determinadas para que el agente pueda obtener la autorización para la infiltración; muy especialmente, una formación altamente especializada en conocimientos informáticos y psicológicos. Debe tenerse en cuenta que el agente encubierto informático, como otros funcionarios que desempeñan investigaciones tecnológicas, están expuestos a un contenido impactante y extremo que puede producir consecuencias psicológicas, por lo que el Juez no podrá en ningún caso obligar a un determinado componente de la Policía Judicial para ejercer como agente encubierto informático<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Como señala el referido artículo, la resolución por la que se acuerde la intervención del agente “deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad”.

<sup>52</sup> El artículo 282 bis LECrim establece que “la identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por periodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad”.

<sup>53</sup> DEL POZO PÉREZ, M.: “El agente encubierto...”, *op. cit.*

## b) La supervisión de las actuaciones del agente

Es evidente que este tipo de agentes está expuesto a situaciones muy extremas que pueden llegar incluso a que se convierta en un miembro más de la organización, olvidando su verdadera finalidad: a medida que avanza en la investigación, existe un mayor grado de implicación con la organización por parte del agente. Crecen las expectativas de obtener datos útiles, pero también aumenta el riesgo para el Estado de Derecho de que el funcionario cometa actos susceptibles de ser constitutivos de delito.

Por ello, el agente encubierto reportará lo que vaya descubriendo en el menor tiempo posible al órgano jurisdiccional autorizante. Para hacerlo con garantías de que la investigación se desarrollará de forma eficaz y garantista, existe en la práctica operativa la figura del supervisor: un mando policial que conoce al agente y puede controlar sus señales de alarma<sup>54</sup>. Al mismo tiempo, el agente va a informar de sus actividades y descubrimientos a su supervisor y, a fin de proteger su identidad, será este último quien informe al juez de forma constante y fehaciente.

La decisión de infiltrar a un funcionario de policía en un específico grupo organizado que se esté investigando debe partir de un mando policial. La iniciativa, por tanto, es algo que compete exclusivamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ya que son los más indicados para determinar y valorar las dificultades que puedan derivar de la infiltración y los posibles frutos que puedan derivarse de ella. Además, deben ser capaces de garantizar la vida y la seguridad del funcionario que voluntariamente se infiltra.<sup>55</sup>

En la práctica, como ya hemos mencionado, para las actuaciones de este agente encubierto habrá que utilizar al supervisor, que es la figura intermediaria para mantener el contacto entre el órgano jurisdiccional y el agente encubierto. El agente encubierto tendrá que comunicarle la información al supervisor y pedirle las autorizaciones que necesite para llevar a cabo actuaciones que sean restrictivas de derechos fundamentales. Sobre esto, la legislación procesal dispone la necesidad de que el Juez esté permanentemente informado, pero nada obliga a que deba hacerlo personalmente el infiltrado. El Juez, por tanto,

<sup>54</sup> SANCHO MONCLÚS, M.: “La figura del agente encubierto en el Derecho procesal penal español”, Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Zaragoza, p. 20.

<sup>55</sup> MONTÓN GARCÍA, M. L.: “Técnicas penales de investigación: confidente, agente provocador, agente encubierto (“físico”) y agente encubierto informático”, en DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J. (coords.): *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, vol.II. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 2135-2152.

recabará toda la información del supervisor, lo que convierte a esta figura en un elemento clave en este tipo de operaciones.

En suma, el supervisor es el responsable directo del agente encubierto informático y debe realizar una función de vigilancia respecto de las actividades realizadas por él, así como de interlocución con el resto de los investigadores<sup>56</sup>. Además, coordinará el dispositivo de seguridad, transmitirá al agente todo aquello que sea necesario y recogerá de este la información y las fuentes de prueba obtenidas para ponerlas en conocimiento del instructor que autorizó la operación. Finalmente, tendrá que interpretar las alertas sobre el peligro que el encubierto esté sufriendo en cada momento concreto, convirtiéndose a un mismo tiempo en su jefe, su enlace y su protector. Asimismo, algo que es muy importante, es que será quien detecte las posibles señales de alarma en su actuación o comportamiento que puedan llevarle a pensar que el funcionario de policía se integre voluntariamente en la organización criminal y pierda su compromiso policial, o bien, que la situación de infiltrado le está afectando más allá de lo razonable física y psicológicamente, lo cual, si sucede, llevaría a poner fin a la medida. Por ello, el controlador o supervisor debe ser el primer eslabón para evaluar y fiscalizar su actuación.

Estas conductas del agente encubierto, en relación con la responsabilidad penal, deberán valorarse teniendo en cuenta circunstancias que tuvieran lugar en el momento de comisión del presunto hecho delictivo, considerando que, para ello, además de atender al testimonio del agente encubierto, también tendremos que acudir a los datos relativos a la investigación; datos que, por descontado, el agente tiene la obligación de comunicar con la mayor rapidez posible al supervisor.

### **c) Consecuencias probatorias de los descubrimientos efectuados por el agente**

El elemento más importante que debe tenerse en cuenta a la hora de estimar el valor probatorio de los hallazgos efectuados es el testimonio del propio agente encubierto informático<sup>57</sup>. El punto de partida debe ser el artículo 717 LECrim, según el cual, las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía Judicial “tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como estas según las reglas del criterio racional”.

---

<sup>56</sup> CLUSA LÓPEZ, A.: “El agente encubierto informático” (Trabajo de Fin de Grado). Universidad de Zaragoza, 2019.

<sup>57</sup> Ibid.

Uno de los problemas que nos podemos plantear viene determinado por los casos en que el agente encubierto informático, dentro de sus funciones, sea testigo de una confesión por parte del sujeto investigado. Existe en este supuesto un confrontamiento entre el artículo antes mencionado y la jurisprudencia de los últimos años que entiende que, de acuerdo con el principio acusatorio, la confesión efectuada por el investigado ante el agente no puede ser valorada por los tribunales a la hora de dictar sentencia.

Esto está plasmado en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015, donde se señala que “Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio”, es decir, que no pueden operar como corroboración de los medios de prueba y tampoco “cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 de la LECrim”. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron<sup>58</sup>.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante, evidenciado en la autoinculpación, puede constituir un hecho base y válido para efectuar inferencias lógicas. A estos efectos, para que sea posible dejar constancia de la validez y el contenido de la declaración policial, los agentes que la presenciaron, aunque sea en el espacio virtual, deberán prestar testimonio en el acto de juicio oral.

La mayor vulneración de considerar que el agente es testigo de una posible confesión del investigado en relación con una actividad terrorista es la vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo, recogido en el artículo 24 de la Constitución. Por tanto, habría que valorar también si existen otros indicios que puedan ser tomados en consideración como prueba de cargo y que no estén vulnerando este u otros derechos fundamentales a fin de constatar su uso de forma legítima.

La consecuencia que tiene que una prueba vulnere derechos fundamentales, que se haya obtenido sin la correspondiente autorización judicial o que el agente encubierto no haya respetado los parámetros prefijados por el Juez, deberá ser la ilicitud radical de la prueba y, por tanto, la imposibilidad de usar su contenido en el acto del juicio oral. Hay que destacar también que,

---

<sup>58</sup> En la doctrina, entre otros muchos, véanse especialmente ASENSIO MELLADO, J. M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Trivium, Madrid, 1989; ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita: un estudio comparado*. Marcial Pons, Madrid, 2011.

si una prueba es considerada nula, todas las demás pruebas que deriven de ella también habrán de entenderse como tal<sup>59</sup>.

### 4.3 Colaboración internacional

Como ya hemos tenido ocasión de apuntar, la liberalización del comercio y el notable desarrollo que han tenido las comunicaciones han contribuido irremediabilmente a la expansión de las actividades de las bandas organizadas más allá de la escala local o regional. Además, asistimos a un contexto en que las fronteras tienden a desdibujarse para potenciar la libre circulación de personas, servicios y bienes, como en el caso de la Unión Europea. Ambos factores, junto a muchos otros, posibilitan que los grupos de delincuencia organizada se instalen en varios Estados o en aquellos donde la labor de investigación policial sea menos intensa e, incluso, que puedan colaborar entre ellos, por lo que existen mayores dificultades a la hora de controlarlos.

En nuestra opinión, el agente encubierto, unido al establecimiento de cauces más eficientes para la cooperación procesal internacional, se instituye como un mecanismo extraordinariamente útil para luchar contra un terrorismo que ya no puede combatirse con los medios tradicionales.

Conviene en este momento referirse sucintamente a alguno de los instrumentos de cooperación internacional en el ámbito de la ciberdelincuencia<sup>60</sup>, ya que las organizaciones supraestatales han desarrollado mecanismos para combatir el terrorismo.

En primer lugar, debemos destacar la importancia en el ámbito de la Unión Europea de EUROJUST<sup>61</sup>. Se trata de un órgano cuya labor consiste en el refuerzo de la cooperación judicial entre los Estados que forman parte de la

---

<sup>59</sup> Se trata de la célebre doctrina de los frutos del árbol envenenado. Sobre sus orígenes y consecuencias prácticas, vid. MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense: crónica de una muerte anunciada*. Marcial Pons, Madrid, 2019.

<sup>60</sup> El Convenio sobre Delincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, establece el marco y los principios generales para la cooperación procesal internacional y la asistencia judicial mutua, de forma que los Estados puedan cooperar entre sí en la mayor medida posible en materia penal para lograr investigaciones eficaces, especialmente en “los delitos relacionados con sistemas y datos informáticos o para la obtención de pruebas electrónicas de los delitos”.

<sup>61</sup> Se trata de la Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea, un órgano creado en el año 2002 para mejorar la coordinación de las investigaciones y el ejercicio de las acciones penales, además de la cooperación entre los Estados miembros en el ámbito de la delincuencia transfronteriza.

Unión Europea a partir de la adopción de medidas estructurales que permitan una mayor coordinación de las investigaciones y actuaciones judiciales que tengan relevancia más allá del territorio de un Estado.

A partir del reconocimiento de la asistencia judicial mutua, es posible establecer medidas cautelares, donde se incluyen, entre otras, la conservación inmediata de datos informáticos o el acceso transfronterizo a los datos virtuales almacenados<sup>62</sup>. La Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, establece un régimen único para la obtención de pruebas en los casos transfronterizos, basándose en el principio de reconocimiento mutuo y rigiéndose por el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución, de manera que una resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y pueda ser ejecutada en otro Estado miembro de la Unión.

Además, se han creado órganos para luchar de la manera más eficaz posible contra el fenómeno de la ciberdelincuencia<sup>63</sup>. Además de EUROJUST, destaca la importancia del Centro Europeo de Ciberdelincuencia de EUROPOL. Su misión principal es desarticular las operaciones de bandas organizadas que cometen delitos, especialmente en el ámbito informático, apoyando y coordinando investigaciones llevadas a cabo por los Estados miembros. También en el ámbito europeo nos encontramos con ENISA, la Agencia Europea para la Red y la Seguridad de la Información, donde se encuentran los mayores expertos de ciberseguridad de Europa.

Debemos indicar que, en el ámbito de los países del Caribe, opera la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU), un organismo de las Naciones Unidas especializado en tecnologías de la información y comunicación, y que dicho organismo, en estrecha colaboración con la Comunidad del Caribe (CARICOM), ha elaborado un Código Modelo legislativo en materia de ciberdelitos. En dicho texto, se apuesta por la previsión normativa de que únicamente para los delitos considerados graves, las autoridades puedan utilizar instrumentos de investigación como *keyloggers* o *remote forensic software* para averiguar las contraseñas utilizadas por la persona investigada<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> QUEVEDO GONZÁLEZ, J.: *Investigación y prueba del ciberdelito*. Sepín. Madrid, 2017. Téngase en cuenta que, en el ámbito español, únicamente el artículo 276 de la Ley Orgánica del Poder Judicial hace mención a las peticiones de cooperación internacional, remitiéndose por lo demás a las distintas normas internacionales.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> ORTIZ PRADILLO, J. C.: "Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica", en PÉREZ GIL, J. (coord.): *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*. La Ley, Madrid, 2012, pp. 267-310.

## 5. Conclusiones

Al inicio de esta ponencia expusimos la magnitud del terrorismo a nivel internacional en la sociedad y la necesidad de la utilización de instrumentos por parte de los Estados para hacer frente a este creciente fenómeno. Como observamos, la complejidad de la realidad tecnológica y delictiva en un mundo globalizado e interconectado requiere que estos instrumentos sean técnicamente avanzados, siendo el agente encubierto informático una de esas herramientas que ha demostrado ser capaz de neutralizar la acción de las organizaciones terroristas a través de la incursión por parte de un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en estas estructuras delictivas. La actuación del agente en este supuesto se justifica en el derecho a la seguridad de la ciudadanía y en la evitación de la ruptura de la estabilidad social dado que el terrorismo, entre otras consecuencias, podría alterar la paz pública, así como suprimir el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales de un Estado. Sin embargo, esta actividad ha de ser desarrollada con suma cautela pues, de lo contrario, se podrían ver afectados los derechos fundamentales de aquellas personas que están siendo investigadas, así como de aquellas que sean condenadas, quedando así prohibidas, entre otras actuaciones, la figura del agente provocador o la infracción del principio de proporcionalidad.

De este modo, la aparición del terrorismo pone de manifiesto un consabido debate entre la seguridad y el respeto de las libertades y de los derechos fundamentales. Así, a mayor seguridad, mayor restricción de derechos y, a menor seguridad, menor restricción de derechos. Ahora bien, resulta necesario lograr una armonía entre estos bienes jurídicos. De tal manera que, junto a la búsqueda de una respuesta eficaz frente al terrorismo a través del uso de la tecnología, debemos asegurar el respeto de los derechos fundamentales y el cumplimiento de la ley, no pudiendo justificar el empleo de cualquier método de investigación y prevención del delito, sino únicamente de aquel mecanismo que se sostenga en una base legal que regule sus requisitos, sus garantías y sus límites. En otras palabras, con el objeto de evitar la práctica del denominado “Derecho procesal y penal del enemigo” que se basa en la necesidad de proteger la sociedad contra determinados peligros, se ha de rehusar el empleo de medidas que no respeten los límites propios de un Estado de Derecho.

Como hemos podido analizar, para dar una respuesta al terrorismo es necesario aplicar el Derecho penal y el Derecho procesal, resultando imprescindible un proceso penal con todas las garantías que permita aplicar la ley penal e investigar las conductas delictivas. Así, a fin de evitar una respuesta propia del “Derecho del enemigo” por ser considerada excesiva, se deben tener

en cuenta tres principios básicos a la hora de hacer frente a la criminalidad terrorista: la proporcionalidad; la necesidad; y la idoneidad.

Una vez examinada la figura del agente encubierto informático y la criminalidad organizada, consideramos que es necesaria una solución tanto nacional como internacional para afrontar el terrorismo manifestado en estos dos niveles, terrorismo que a partir de los atentados del 11 de septiembre deja de ser un fenómeno interno para pasar a convertirse en un fenómeno global. En esta tarea, los diferentes Estados, aunque legislen de forma distinta, no han de olvidar los valores éticos que prevalecen frente a los avances tecnológicos empleados para afrontar esta realidad delictiva. En este sentido, cabe recordar el vigente Estado Social y Democrático de Derecho, resultante de dos siglos de transformación desde la revolución francesa y que exige el respeto de los derechos de los ciudadanos y de los valores superiores del ordenamiento jurídico, que son el fundamento del orden político y de la paz social.

En nuestra opinión, el agente encubierto informático resulta ser una técnica que ostenta un papel relevante en el panorama del terrorismo actual dado que ha conseguido resultados eficaces en la desarticulación de estas organizaciones criminales. No obstante, deben importarse elementos éticos para el uso de esta figura, pues la seguridad nacional e internacional no pueden justificar una utilización indiscriminada de los medios tecnológicos que resulte contraria a los derechos y a las libertades fundamentales.



# EL OCASO DEL PROCESO CIVIL INQUISITIVO: UNA MIRADA ÉTICA DESDE EL GARANTISMO PROCESAL EN TIEMPOS DE VIRTUALIDAD

---

*Alejandro Chavarriaga Galeano,  
Juan Sebastián Ramírez Díaz-Granados,  
Mateo Zuluaga Díaz, Olga Fernanda Caicedo Martínez,  
Sara María Cifuentes Bojacá y Vanessa Orozco Damire,  
Tutor: Gabriel Hernández Villarreal  
Universidad del Rosario, Colombia*

En los casos de iniciativa judicial, no se concibe crear ese riesgo,  
ya que, en definitiva, gravitaría sobre la justicia misma

**Eduardo Couture<sup>1</sup>**

## 1. Introducción

El derecho procesal, como campo de estudio autónomo dentro de la ciencia del derecho, no es ajeno a los variopintos debates que se suscitan en el derecho en general y, por lo tanto, responde a las diferentes necesidades que se presentan en la sociedad. En ese sentido, es imperativo recordar que desde que existe el derecho, los más grandes pensadores de la humanidad se han preguntado sobre la relación entre ética, moral y derecho. Sin embargo, el objeto de este trabajo dista de inmiscuirse en dichas discusiones y se enmarca en el impacto que la adopción de un determinado sistema de juzgamiento —sea este inquisitivo o

---

<sup>1</sup> COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma 1981, p. 242.

dispositivo— puede tener en términos éticos y cómo puede incidir en fenómenos que irrumpen en la sociedad.

Con dicho objetivo, y dejando de lado el debate en torno a la equivalencia entre derecho y moral, se tendrá en este escrito como punto de referencia la doctrina de Del Vecchio,<sup>2</sup> quien reconocía la distancia entre moral y derecho, al ser la primera ética subjetiva; y el segundo, ética objetiva.<sup>3</sup> Empero, reconoce que “existe distinción, pero no separación y muchísimo menos antítesis”,<sup>4</sup> al ser, ambos, parte de un mismo sistema de normas.<sup>5</sup> Por ende, entendiendo que el derecho no puede ser completamente ajeno a la observancia de la moral, es evidente que el estudio de la ética en su sentido epistemológico (filosofía moral) es relevante para el mundo del derecho al ser la teoría del conocimiento que estudia la moral.<sup>6</sup> De esta forma, dentro del derecho procesal se tornan relevantes los juicios en torno a la ética en el estudio del proceso, su *ser* y el *deber ser* de las instituciones de este sector del ordenamiento jurídico. Igualmente, ese *deber ser*, al momento de diseñar la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, debe responder a las necesidades de la sociedad en un momento particular.

Así las cosas, este trabajo tiene por objeto demostrar que un sistema de juzgamiento de corte adversativo respeta en mayor medida postulados de ética en términos de justicia procesal, de la coherencia interna del sistema con su plexo axiológico y a partir de nociones de libertad.

Igualmente, es importante reconocer que hoy en día la virtualidad se ha vuelto la regla general y la presencialidad la excepción. La mayoría de interacciones migraron al ámbito virtual, incluidas las procesales. Las conciliaciones, audiencias y juicios se trasladaron a salas virtuales; como también las notifica-

<sup>2</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*, Novena edición española. Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A., 1974.

<sup>3</sup> Del Vecchio al indicar que la moral es ética subjetiva y que el derecho es ética objetiva se refiere que “la moral enfoca los actos humanos desde el punto de vista del sujeto y el derecho desde el punto de vista del objeto”. Puede verse. SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Introducción al Derecho Civil*. Temis: Bogotá, 2008, p. 14.

<sup>4</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*, Novena edición española. Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A., 1974, p. 333.

<sup>5</sup> Según Del Vecchio, el derecho y la moral hacen parte de un mismo conjunto de normas éticas. Es decir, son principios de valoración de la conducta humana. Puede verse: DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*, Novena edición española. Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A., 1974.

<sup>6</sup> La filosofía moral se compone de tres ramas: (i) la metaética o ética de los valores, (ii) la ética normativa o deontología y (iii) la ética aplicada o práctica.

ciones y expedientes se tradujeron en archivos PDF y carpetas comprimidas en correos electrónicos. Así, es imperativo para el derecho tener en cuenta estas realidades de la sociedad y que el *deber ser* parta de la base de dichas necesidades. En este contexto, la presente ponencia también tiene como finalidad proponer y exponer cómo deberían ser las instituciones del derecho procesal bajo un sistema de enjuiciamiento dispositivo de manera digital o con el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). En otras palabras, cómo sería la justicia digital bajo un sistema procesal puramente dispositivo.

Con el propósito de determinar la mayor *eticidad* del sistema de juzgamiento de tipo dispositivo frente a uno de corte inquisitivo y proponer un esquema de corte adversarial para el proceso virtual, este texto se estructura de la siguiente forma: (i) explicación de los sistemas de juzgamiento y de sus principios; (ii) aspectos éticos que inciden en el proceso en relación con la justicia procesal, la coherencia interna del ordenamiento y las ideologías con su plexo axiológico, y la libertad; (iii) la justicia procesal en torno a los sistemas de juzgamiento y las ideologías en torno al proceso; (iv) la coherencia del sistema de juzgamiento y sus ideologías con sus valores y principios; (v) la libertad alrededor de los sistemas de juzgamiento; (vi) una propuesta para un proceso civil adversarial virtual; y (vii) las respectivas conclusiones.

## 2. Sistemas de Juzgamiento

Desde antaño, se han comprendido los modelos procesales inquisitivo y dispositivo como principios del proceso. Esa es la aproximación que de esos conceptos se puede recoger en los textos del profesor Vescovi<sup>7</sup> al hablar del *principio dispositivo* o *inquisitivo* y de Redenti al hablar del *método dispositivo* y método inquisitorio.<sup>8</sup> Sin embargo, es fundamental aclarar *ab initio* que estos modelos o sistemas no son un principio del proceso, ya que no cumplen con las características propias de los principios que serán reseñados en el siguiente apartado. Por el contrario, según Calvino, un sistema procesal consiste en una forma de juzgamiento o método de enjuiciamiento dentro de una sociedad, el cual es “el punto de arranque de toda su estructuración jurisdiccional, con prescindencia de la legislación procedimental contingente”.<sup>9</sup> Por lo tanto, este

<sup>7</sup> VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984, pp. 51-57.

<sup>8</sup> REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1957, pp. 259-262.

<sup>9</sup> CALVINHO, Gustavo. *Estudios procesales. Enfoque sistemático pro-homine*. Primera edición. Lima: San Marcos e Instituto Panamericano de Derecho Procesal, 2008, p.p. 52-53

sistema de juzgamiento puede variar dependiendo de la comprensión que se tenga del derecho procesal, al igual que los principios y fines del proceso, y las cargas y facultades de los sujetos procesales. Con fundamento en esas premisas, a continuación pasamos a ver los sistemas de juzgamiento dispositivo e inquisitivo en particular<sup>10</sup>.

## 2.1 Sistema inquisitivo

Este sistema responde, según el profesor Rojas Gómez, a la prevalencia del interés general, en menoscabo de la autonomía particular.<sup>11</sup> Es así como, este método se funda en la iniciativa oficial dentro del proceso, “en el que el órgano judicial tenga en todo momento el poder de proceder ‘de oficio’ aun sin ser requerido por los otros sujetos del proceso”.<sup>12 13</sup> Es decir, en el modelo inquisitivo, a diferencia del sistema adversarial, “es el órgano jurisdiccional el que tiene esos poderes —de la iniciativa del proceso, de disponer del derecho en litigio y de los actos procesales—; él es quien debe actuar por sí e investigar (*inquirire*)”.<sup>14 15</sup>

<sup>10</sup> Algún sector de la doctrina ha abandonado la tradicional clasificación de sistemas de juzgamiento entre método inquisitivo y dispositivo. En ese sentido, Damaška se ha alejado de dicha dicotomía e introduce la clasificación entre sistemas jerárquicos y sistemas coordinados, la cual depende de la distribución de la autoridad jurisdiccional en los lugares donde nacieron los anteriores sistemas de enjuiciamiento. Al respecto puede verse: DAMAŠKA, Mirjan. “Structures of authority and comparative criminal procedure”. Yale Law Journal, tomo 84, pp. 480-544. También: DAMAŠKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 2000.

<sup>11</sup> ROJAS GÓMEZ, Miguel. *Lecciones de Derecho Procesal: Teoría del Proceso*. Tomo I. Bogotá: Esaju, 2019, p. 377.

<sup>12</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1973, p. 357.

<sup>13</sup> Respecto al proceso penal inquisitivo, Ricardo Levene indica que “cuando se mezclan las funciones, cuando se mezclan los órganos, cuando tenemos Fiscal que hace de Juez, nos encontramos frente a un sistema inquisitivo”, es decir que, nos encontramos en un proceso de un sistema inquisitivo cuando las facultades de acusar y juzgar recaen en manos de una misma persona. Puede verse: LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Depalma, 2007.

<sup>14</sup> VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984, p. 51.

<sup>15</sup> Un proceso civil de corte inquisitivo cuenta con las siguientes características: (i) el juez puede promover el proceso de manera oficiosa con miras al interés general; (ii) el juez tiene el deber de impulsar el proceso; (iii) las partes del litigio se ven fuertemente restringidas de disponer del derecho en litigio porque el interés general está de por medio en el proceso y su simple voluntad en ese sentido no es suficiente; (iv) el juez está

De esta manera, con fundamento en el sistema inquisitivo surge una ideología que se ha denominado activismo judicial, la cual consagra que el proceso es un medio de investigación de la verdad real o material<sup>16</sup>, y para que dicha finalidad sea satisfecha el juez está provisto de todo tipo de herramientas encaminadas a lograr que su decisión sea “justa”.<sup>17</sup> Lo anterior es reconocido por el profesor Devis Echandía al indicar que el sistema inquisitivo:

*“Le da al juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que estas le llevan a los autos [...] El juez tiene como única misión averiguar por todos los medios e iniciativas a su alcance la verdad, a fin de que se haga recta justicia.”*<sup>18</sup>

## 2.2 Sistema adversarial o dispositivo

Como se dijo anteriormente, los sistemas o métodos procesales nacen de la comprensión que se tenga del proceso. En este caso, el sistema adversarial<sup>19</sup>

---

facultado para reconocer derechos más allá del petitum y del objeto que se ha fijado en el litigio con miras a proteger al más débil y responder a la verdad material; (v) existe la institución del ‘grado de consulta’; y (vi) el juez cuenta con la facultad de decretar y practicar pruebas de oficio a su criterio sin que las partes las soliciten para indagar en la verdad real o material del negocio, al igual que le es permitido distribuir la carga de la prueba para tales fines y lograr la igualdad material entre los contendientes. Puede verse: ROJAS GÓMEZ, Miguel. *Lecciones de Derecho Procesal: Teoría del Proceso*. Tomo I. Bogotá: Esaju, 2019, pp. 379-382. También puede verse: VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984.

<sup>16</sup> GARCÍA MELGAREJO, Flavia. “Activismo judicial y Garantismo procesal: Los poderes Jurisdiccionales a la luz del debido proceso”. *VIII Congreso de Derecho Procesal Garantista-Instituto Panamericano de Derecho Procesal*, 2006. Recuperado de: [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Activismo\\_judicial\\_y\\_Garantismo\\_Procesal\\_FLAVIA\\_GARCIA\\_MEL.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Activismo_judicial_y_Garantismo_Procesal_FLAVIA_GARCIA_MEL.pdf)

<sup>17</sup> HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “Los fines del proceso desde la perspectiva del garantismo procesal”. *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2013.

<sup>18</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Bogotá: Temis, 1961, p. 107.

<sup>19</sup> En el derecho procesal penal, un sistema de enjuiciamiento de corte adversarial lleva el nombre de sistema penal acusatorio. Igurán define el sistema penal acusatorio como “un sistema adversarial, donde las partes (fiscalía y defensa) se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o absuelve. También pueden intervenir el ministerio público y la víctima: el primero para salvaguardar el orden jurídico y la segunda para que se le garanticen la verdad, la justicia y la reparación. Las pruebas se presentan ante el juez

“surge a partir del concepto de interés individual, y hunde sus raíces en la filosofía liberal, que se traduce en el imperio de la autonomía particular”.<sup>20</sup> Esto implica “que el órgano judicial no pueda proceder sino cuando sea estimulado por los otros sujetos del proceso”.<sup>21</sup>

En ese sentido, a partir de la defensa del sistema de juzgamiento dispositivo,<sup>22</sup> surge una corriente de pensamiento o ideología llamada garantismo procesal, la cual defiende este sistema porque considera que el proceso es “un método de debate pacífico –dialéctico– que iguala jurídicamente a quienes por naturaleza son desiguales, y su propósito no es otro que heterocomponer el litigio, para lograr así la justicia social”.<sup>23</sup> En otras palabras, la finalidad del proceso judicial es resolver un conflicto y, como son las partes quienes son dueñas de sus propios intereses y quienes están inmiscuidas en dicho conflicto, la iniciativa y, por tanto, el proceso, les pertenece a ellas, por lo que el juez cuenta apenas con poderes de dirección formal para poder sentenciar y con ello cumplir con el objeto del proceso (resolver el conflicto que las partes le ponen de presente). Alvarado

---

oralmente y con testigos, se someten a debate y confrontación por las partes ante el juez, quienes se esfuerzan para convencerlo de sus posiciones.”

IGUARAN ARANA, Mario German. “100 Preguntas Sistema Penal Acusatorio”. *Fiscalía General de la Nación*, 2006, p. 2. Recuperado de <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4786/10preguntasprocesopenal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>20</sup> ROJAS GÓMEZ, Miguel. *Lecciones de Derecho Procesal: Teoría del Proceso*. Tomo I. Bogotá: Esaju, 2019, p. 377.

<sup>21</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1973, p. 357.

<sup>22</sup> Un sistema de juzgamiento dispositivo puro, cuenta con las siguientes características: (i) la iniciación del proceso corresponde exclusivamente a las partes y al administrador de justicia le queda vedada dicha facultad; (ii) el impulso procesal depende de la voluntad de las partes; (iii) las partes en litigio conservan la facultad de disponer libremente del derecho sustancial en litigio al igual que de la misma actuación procesal; (iv) el objeto del proceso o thema decidendum es fijado por las partes, lo que implica que la sentencia debe ser congruente con los hechos, pretensiones, excepciones perentorias, causa (causa petendi) y pruebas; (v) solamente los litigantes pueden aportar o solicitar pruebas sobre los hechos del litigio, por lo que el juez se ve obligado a fallar con base en dichos elementos probatorios sin que él pueda decretar o practicar pruebas distintas a las propuestas por las partes, al igual que la carga de la prueba (onus probandi) le corresponde a cada parte frente a los hechos que ha propuesto. Puede verse: ROJAS GÓMEZ, Miguel. *Lecciones de Derecho Procesal: Teoría del Proceso*. Tomo I. Bogotá: Esaju, 2019, pp. 379-382. También: VÉSCovi, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984, pp. 52-53.

<sup>23</sup> HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “Los fines del proceso desde la perspectiva del garantismo procesal”. *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2013.

Velloso defiende lo anterior al sostener que el proceso es “el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad. Y no otra cosa”.<sup>24</sup> En consecuencia, la legitimidad de la decisión judicial recae en “el irrestricto respeto de los procedimientos empleados para arribar a ella, y no necesariamente, como en lo inquisitivo, en la consecución de la verdad”.<sup>25</sup>

## 2.3 Principios en los sistemas de juzgamiento e ideologías del proceso

Habiendo recordado los sistemas de juzgamiento del derecho procesal, es necesario aproximarse a los principios acogidos por las ideologías garantista y activista. En primer lugar, es menester definir qué es un principio.<sup>26</sup> Para Alexy:

*“Los principios son mandatos de optimización, que pueden ser cumplidos en diferente grado que se caracterizan por ser normas obligatorias y de inmediato cumplimiento, son de carácter general, que resuelven casos difíciles o complejos y cuando entran en conflicto entre sí se resuelven por ponderación.”*<sup>27</sup>

Además, en palabras de López Blanco, los principios son

*“absolutos, es decir no admiten contrarios, son permanentes y por ende inmodificables mientras se les tenga como tales, siempre deben observarse, no admiten excepciones, constituyen el norte del respectivo sistema procesal y a su desarrollo siempre debe tenderse.”*<sup>28</sup>

<sup>24</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema Procesal. Garantía de Libertad*. Volumen I. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni Editores, 2009, p. 66.

<sup>25</sup> HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “El proceso civil adversarial”. *XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2009, p.25.

<sup>26</sup> Las reglas son el conjunto común de normas del ordenamiento jurídico, son de cumplimiento pleno. Las reglas a diferencia de los principios son utilizadas para resolver casos concretos. Puede verse: ALEXY. Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho, N. 5, pp. 143-144.

Asimismo, en la jurisprudencia constitucional los valores se definen como “normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras de derecho y en especial al legislador.” Al respecto puede verse: C.Const., Sent. T-406, jun. 5/1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>27</sup> ALEXY. Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho, N. 5, pp. 143-144.

<sup>28</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Tomo I. Bogotá: Dupre Editores, 2005, p. 50.

De otro lado, Alvarado Velloso nos indica que para la ideología garantista los principios que deben regir el proceso y que deben ser observados en un sistema de juzgamiento dispositivo son:<sup>29</sup> (i) la imparcialidad del juzgador, desarrollada en otros tres subprincipios que rigen a este sujeto —imparcialidad, imparcialidad e independencia—; (ii) la igualdad jurídica de las partes dentro del proceso; (iii) la transitoriedad del proceso como método de debate, puesto que no puede constituirse en un medio perenne que no busque satisfacer unos precisos intereses, motivo por el cual debe tener un tiempo definido y carecer de la vocación de ser perpetuo; (iv) la eficacia de la serie procedimental prevista por el legislador; y (v) la moralidad del debate.

Es también pertinente aclarar que esta corriente del pensamiento distingue entre principios y reglas técnicas. Estas últimas son “simples herramientas al servicio del proceso judicial, susceptibles de ser acogidas de forma conjunta o alternada, o de ser abandonadas, al antojo de quien elabora la legislación procesal”.<sup>30</sup> Dentro del garantismo, podemos encontrar como reglas técnicas la oralidad, la inmediatez, la publicidad, la preclusión, entre muchas otras.

Por otro lado, para los defensores del activismo judicial, los principios del derecho procesal son:<sup>31</sup> (i) igualdad, (ii) lealtad procesal, (iii) oralidad, (iv) inmediatez, (v) economía y celeridad procesal, (vi) preclusión, (vii) publicidad y (viii) debido proceso o legalidad de las formas.

### 3. La ética, la moral y el proceso

Como vimos en el acápite introductorio de este trabajo, el derecho y la moral no significan lo mismo, pero tienen una relación estrecha. En lo que respecta a la ética y la moral, ambos términos tienen una etimología semejante. Sin embargo, no son conceptos iguales<sup>32</sup> comoquiera que, por un lado, “se comprende a lo moral como una dimensión que pertenece al mundo vital, o al *Lebenswelt*, y que está compuesta de valoraciones, actitudes, normas y costumbres que

<sup>29</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Garantismo procesal*. Arequipa: Adrus, 2010, p. 28.

<sup>30</sup> ROJAS GÓMEZ, Miguel. *Lecciones de Derecho Procesal: Teoría del Proceso*. Tomo I. Bogotá: Esaju, 2019, p. 347.

<sup>31</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Garantismo procesal*. Arequipa: Adrus, 2010.

<sup>32</sup> En la filosofía se ha discutido mucho si la ética y la moral tienen el mismo significado. Así, por ejemplo, Tugendhat es partidario de que moral y ética signifiquen lo mismo. Véase: TUGENDHAT, Ernst. *Lecciones de ética*. Barcelona: Gedisa, 2010.

Por el contrario, la posición mayoritaria es diferenciar entre ambos conceptos, por ejemplo, Walzer las distingue en términos de *thick* y *thin*. WALZER, Michel. *Thick and Thin. Moral Arguments at home and Abroad*. New York, 1994.

orientan o regulan el obrar humano”.<sup>33</sup> En cambio, por el otro, la ética es “la ciencia o disciplina filosófica que lleva a cabo el análisis del lenguaje moral y que ha elaborado diferentes teorías y maneras de justificar o de fundamentar y de revisar críticamente las pretensiones de validez de los enunciados morales”.<sup>34</sup> Por ende, aunque la tendencia en la doctrina filosófica consiste en que ética y moral tengan significados distintos, no se puede ocultar su estrecha relación, al ser la segunda el objeto de estudio de la primera, y de ahí que a la ética se le ha llamado “filosofía moral”.<sup>35</sup>

Aclarados los conceptos de moral y ética, pasamos a analizar su relación con distintos aspectos que inciden en el proceso judicial en relación con la justicia, particularmente la procedimental, con la coherencia interna del sistema y, desde luego, con la libertad.

### 3.1 Justicia en el proceso judicial

A partir de la distinción entre moral y ética nacen las teorías éticas *deontológicas*, *normativas* o *de la justicia*. Este campo de la ética se refiere a “la fundamentación (y a la crítica) racional de las normas y principios morales mediante diferentes vías independientes de presupuestos ontológicos y metafísicos”.<sup>36</sup> Es decir, la ética normativa es la rama de la ética que estudia el deber o, en otras palabras, cuándo una acción es correcta o no. De ahí llegamos a las éticas *procedimentalistas*, las cuales tratan de definir los criterios y valores dentro de un proceso para que el resultado de este sea justo.

En este punto cobran relevancia los conceptos sobre la ética procedimentalista de Rawls. Los postulados de este autor en su teoría de la justicia son principalmente de justicia distributiva y sobre “la moral pública de una sociedad pluralista y democrática”.<sup>37</sup> Su planteamiento consiste en que, “justo” es aquello en que convendrían todos los miembros de una sociedad antes de entrar a ella (situación *a priori* o estado de naturaleza), sin saber el lugar que van a ocupar.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> DE ZAN, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung EV, 2004, p. 19.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, Ética, en Fernández Labastida, Francisco – Mercado, Juan Andrés (editores), *Philosophica: Enciclopedia filosófica on line*. Obtenido en: <http://www.philosophica.info/archivo/2009/voces/etica/Etica.html>

<sup>36</sup> DE ZAN, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung EV, 2004, p. 39.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>38</sup> RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pp. 24-50

Por lo anterior, a esta teoría de la justicia se le ha llamado la teoría del “velo de la ignorancia” o de la “posición original”, al afirmar que “los principios de la justicia se escogen tras un velo de ignorancia”.<sup>39</sup>

En esa posición original, los partícipes de una sociedad tendrían que escoger los valores y reglas que van a regir en ella. De esta manera, habría que elegir el sistema de juzgamiento y cómo deben ser los procedimientos judiciales. Aquí cobra importancia la idea de justicia procesal o procedimental, es decir, de cuándo debería entenderse que el procedimiento surtido ante un juez es “justo”. En este punto, Rawls<sup>40</sup> distingue tres tipos de justicia procesal: (i) pura, (ii) perfecta y (iii) imperfecta.

### 3.1.1 Justicia procesal pura

Este tipo de justicia procesal implica que el resultado o la decisión de un juez será justa cuando se respeta el procedimiento fijado para ello, es decir, con independencia del resultado o la decisión que se tome, esta será justa por el solo hecho de que se ha seguido el procedimiento establecido para dichos menesteres. Por tanto, en esta especie de justicia procesal “no disponemos [...] de criterio alguno independiente para juzgar la justicia del resultado”.<sup>41</sup>

### 3.1.2 Justicia procesal perfecta e imperfecta

La justicia procesal perfecta implica que el resultado, además de seguir el procedimiento establecido, debe corresponder a un criterio previo de qué es justo para que la decisión sea legítima. Por tanto, el procedimiento judicial debe garantizar que siempre se obtenga como resultado una decisión que respete ese criterio previo de justicia.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 89-93.

<sup>41</sup> MORESO, Joseph. “Derechos y justicia procesal imperfecta.” *Universitat de Girona*, N°139, 1998. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/13283278.pdf>

<sup>42</sup> Rawls ejemplifica la justicia procesal perfecta de la siguiente manera: “Un pastel habrá de dividirse entre un número de personas: suponiendo que una división justa sea una división igualitaria, ¿cuál es el procedimiento, si lo hay, que dará este resultado? Dejando a un lado los tecnicismos, la solución obvia es la de que una persona divida el pastel y tome la última parte, permitiendo a los otros que escojan antes. Dividirá el pastel en partes iguales, ya que de este modo estará seguro de obtener la mayor porción posible. Este ejemplo ilustra los dos rasgos característicos de la justicia procesal perfecta. Primero, existe un criterio independiente de lo que es una división justa, un criterio definido previa y separadamente del procedimiento que ha de seguirse. Segundo, es posible encontrar un procedimiento que produzca seguramente el resultado deseado”.

Por su parte, en lo que atañe a la justicia procesal imperfecta se tiene una concepción previa de qué es justo y ello se debería ver reflejado en la decisión judicial. Sin embargo, es imperfecta porque el procedimiento no puede garantizar que en todos los casos el resultado respete ese criterio o concepto *a priori* de qué es justo.

### 3.2 Coherencia interna del sistema y su relación con los principios

El derecho evalúa y estudia los actos humanos desde el punto de vista del objeto<sup>43</sup> y cimenta sus bases en un conjunto de valores y principios que podemos llamar axiomas. Así las cosas,

al vivir en sociedad todos recibimos llamados, noticias, orientaciones y exigencias de realizar ciertas conductas o abstenernos de otras [...] en unas y otras situaciones subyace una tabla de valores [...] por eso unas conductas son estimuladas y otras desalentadas [...] La conducta humana en el aspecto externo es algo más profundo que tiene que ver con diversos estatutos regulativos de la vida humana. Entre estos estatutos principales se pueden señalar el ético y el axiológico.<sup>44</sup>

Por tanto, es claro que el derecho tiene una vinculación con la ética en su aspecto objetivo, y esta última también tiene una estrecha relación con la axiología. Es decir, ambas tienen como objeto de estudio la conducta humana. Sin embargo, la axiología se enfoca en el estudio de los valores.<sup>45</sup> Empero, es absolutamente evidente que estos valores impregnan la ética y el estudio de la moral, e inclusive la metaética o ética teleológica tiene como objeto de estudio

---

Puede verse: RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pp. 89-90.

<sup>43</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*, Novena edición española. Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A., 1974.

<sup>44</sup> DACAL ALONSO, José Antonio. *Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 2016, p. 689.

<sup>45</sup> “En nuestro diario quehacer sentimos que nuestros impulsos, tendencias, deseos o actos de voluntad o libertad se ven limitados o constreñidos por una complejidad de normas regulativas que de alguna manera aluden al mundo de los valores. En otros términos, desde las acciones más simples hasta las más complejas y significativas percibimos el hecho axiológico, e inmediatamente que reflexionamos sobre esto se nos convierte en problema axiológico, es decir, en la dificultad, en el momento en el que queremos explicar los valores y justificar nuestras acciones personales, sociales, guiadas, orientadas y estimuladas por lo que llamamos valor.” Al respecto puede verse: DACAL ALONSO, José Antonio. *Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 2016, p. 690.

los valores. Esa es la razón por la que se ha dicho que “la ‘ética’ alude en este sentido a una concepción de la buena vida, a un modelo de la vida virtuosa y a los valores vividos de una persona o de una comunidad, encarnados en sus prácticas e instituciones”.<sup>46</sup> Por ello, el ordenamiento jurídico se vale de ciertos valores sobre los cuales se construye su estructura. En relación con este tema, el profesor Dacal Alonso estima que,

el Derecho en ese sentido es un fin, un ideal, un modelo o arquetipo de acción y conductas. La norma busca la perfección y esta es la dimensión axiológica del Derecho. El mundo jurídico tutela y protege bienes, los cuales son valores, máxime si se actualizan sus potencialidades o virtualidades fortaleciendo la vida humana.<sup>47</sup>

Por ende, el derecho se vale de valores en su arquetipo y por lo mismo los considera un deber ser del ordenamiento jurídico. Es así como los valores que integran el plexo axiológico del ordenamiento jurídico deben ser respetados por las diferentes normas. Dentro de este contexto, los valores que conforman el arquetipo del ordenamiento jurídico se representan en principios y, de esa forma, la eticidad de este se condiciona por el respeto de los valores representados en los principios que lo integran. Así lo reconoce Alvarado Velloso al indicarnos que los principios son:

axiomas de la teoría jurídica debiendo ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone el sistema, además, hacen de la esencia misma del proceso, debido a que si están ausentes se trata de un procedimiento y no un proceso propiamente dicho.<sup>48</sup>

### 3.3 Libertad y ética

El concepto de libertad es fundamental para la ética, ya que, para poder estudiar la conducta humana, su deber ser y cuándo un acto es “bueno” o “malo”, se necesita que el sujeto de derechos pueda escoger entre una u otra alternativa. De ahí la importancia de la libertad en el estudio de la ética. En ese sentido, Dacal Alonso ha dicho que:

La posibilidad del error en la realización de la aspiración humana hacia el bien pone de manifiesto que, a diferencia de lo que sucede con otros seres vivos,

---

<sup>46</sup> DE ZAN, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung EV, 2004, p. 22.

<sup>47</sup> DACAL ALONSO, José Antonio. *Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 2016, p. 798.

<sup>48</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Garantismo procesal*. Arequipa: Adrus, 2010, p. 28.

no hay un instinto natural e impersonal que acomode de modo automático y generalmente infalible las acciones del hombre a los objetivos que le convienen. El hombre es libre. Por eso es el hombre mismo quien tiene que ajustar personalmente sus acciones, prefijándose sus fines y proyectando el modo de realizarlos. La realidad que los términos “ética” y “moral” significan directamente es este gobierno personal de las acciones, como se ve en el uso común del lenguaje: de quien renuncia a proyectar personalmente su conducta, abandonándose al vaivén de las emociones o al curso de los acontecimientos, decimos que está “desmoralizado”.<sup>49</sup>

Además, la libertad permite explicar el fenómeno de la responsabilidad en términos de ética. El mismo Dacal Alonso indica que:

La libertad se manifiesta como un acto espiritual que permite trascender y transformar la realidad natural y humana en aspectos diferentes, como efecto de una elección de la persona. La libertad no es un objeto y en buena medida es indemostrable, ante todo se muestra. Se trata de un supuesto, como pensaba Kant, que se manifiesta en los cambios de la vida humana a lo largo de la historia individual colectiva. Sin la libertad, mal se puede fundar y explicar el papel de Derecho, la ética, la política, la historia, la sociedad y la axiología.<sup>50</sup>

En conclusión, la libertad es aquel valor que permite explicar la responsabilidad de un sujeto de derecho al tener la capacidad de comprender el alcance y contenido de sus actos. Por ende, “no hay ética sin libertad”.<sup>51</sup>

#### 4. Justicia procesal e ideologías dentro del proceso

Los conceptos de justicia procesal son perfectamente aplicables a los conceptos defendidos por las diferentes escuelas del derecho procesal. De este modo podemos encontrar que la escuela activista defiende un sistema de juzgamiento principalmente inquisitivo, con el propósito de que el juez cuente con herramientas suficientes para encontrar la verdad real o material sobre la controversia suscitada entre las partes. Es decir, y puesto en términos de justicia procesal, para la escuela activista del derecho procesal, una decisión judicial justa y, en consecuencia, una justicia procesal perfecta, es aquella en que se logre

---

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, Ética, en Fernández Labastida, Francisco – Mercado, Juan Andrés (editores), *Philosophica: Enciclopedia filosófica on line*. Obtenido en: <http://www.philosophica.info/archivo/2009/voces/etica/Etica.html>

<sup>50</sup> DACAL ALONSO, José Antonio. *Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 2016, p. 140.

<sup>51</sup> GONZÁLEZ, Juliana. Ética y libertad. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 9.

descubrir la verdad real o material. Luego, entienden que el criterio de justicia previo que debe ser garantizado por el procedimiento es el hallazgo de la verdad real o material y en ello se funda su justicia procesal perfecta.

Por otro lado, para la escuela garantista del derecho procesal, la legitimidad de una decisión judicial y la justicia en el resultado dependen del irrestricto seguimiento del procedimiento fijado en la ley. En otras palabras, la justicia de la sentencia no está dada por un criterio previo o adicional de justicia, sino que su legitimidad recae en que la decisión judicial sea el producto de la observancia del procedimiento fijado por el legislador. Desde esa perspectiva, podría afirmarse que esta corriente del derecho procesal defiende un sistema de juzgamiento en el cual el valor *a priori* sobre el cual se cimenta el proceso coincide con la justicia procesal pura.

Frente a este panorama, lo primero que habría que preguntarse es si sería practicable que a partir de un procedimiento judicial se pueda llegar a la verdad real o material en cada decisión, y si estaríamos en un escenario de justicia procesal perfecta o imperfecta. Al primer interrogante se puede responder negativamente, ya que la verdad real o material no puede ser garantizada a través del poder jurisdiccional, por lo cual estaríamos ante un escenario de justicia procesal imperfecta. Ergo, dicha pretensión no justifica los poderes o facultades oficiosas que poseen los jueces de la república para administrar justicia.

Ciertamente, el mismo Rawls reconoce la dificultad de que en un sistema de juzgamiento se logre la justicia procesal perfecta. Así las cosas, se ha dicho que “está bastante claro que la justicia procesal perfecta es rara, si no imposible, en los casos que tienen mucha importancia práctica”;<sup>52</sup> y también que “desgraciadamente, los casos de justicia procesal perfecta son raros en cuestiones de gran interés práctico y, a menudo, debemos conformarnos con la justicia procesal imperfecta”.<sup>53</sup> Sin embargo, aunque ya se dijo que la justicia procesal perfecta es casi ilusoria, se torna aún más distante llegar a ella cuando el valor que se protege y se definió bajo el velo de la ignorancia es el de llegar a la verdad real o material por medio del proceso.

En ese sentido, autores como Michele Taruffo han dicho que “el proceso no se trata de establecer una verdad absoluta de ningún género, sino sólo verdades relativas”.<sup>54</sup> Dicha imposibilidad de llegar a verdades materiales es producto,

<sup>52</sup> RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 90.

<sup>53</sup> MORESO, Joseph. “Derechos y justicia procesal imperfecta.” *Universitat de Girona*, N°139, 1998, p. 14. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/13283278.pdf>

<sup>54</sup> T ARUFFO, Michele. “Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial”. En: ORTEGA ROMERO, Santiago (ed.), *Proceso, prueba y estándar*. Lima: Ara Editores, 2009, p. 39.

principalmente, de la apreciación subjetiva del juez de los hechos (premisa fáctica) y la subjetiva escogencia de la norma aplicable al caso concreto por parte del juzgador (premisa jurídica).<sup>55</sup> La primera de ellas significa que, según Meroi, “el conocimiento judicial de la verdad sobre las aseveraciones fácticas es ineludiblemente subjetivo”.<sup>56</sup> Asimismo, el profesor Ferrajoli ha indicado que el juzgador se encuentra influenciado por su percepción e interpretación de los hechos que ante él se ventilan, al igual que “por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones [y] sus valores ético-políticos”.<sup>57</sup>

De igual manera, la premisa jurídica también causa dificultades al pertenecer al resorte exclusivo del juez. Es decir, el juez, quien conoce el derecho (*iura novit curia*), es quien elige la norma aplicable al caso concreto, sin que las partes tengan injerencia en ello. Ese proceso intelectual que realiza el juez al momento de escoger la norma aplicable, valorarla y calificarla, por sí mismo condiciona la pretensión de que, con su decisión, se llegue a la verdad real o material. Así lo ha dicho el profesor Hernández al indicar que:

la elección y valoración de la norma por parte de quien ha de sentenciar ya dirige, por sí sola, el resultado del fallo en un determinado sentido, que puede estar más lejano o cercano de la verdad de lo ocurrido, dependiendo de si los hechos debatidos en realidad sí se adecuan (sic) o no a la hipótesis que configura la premisa jurídica escogida por el juez.<sup>58</sup>

Por lo tanto, la anhelada verdad material es una quimera al estar condicionada la decisión del juez por factores subjetivos. De esta forma, la verdad real resulta ser aquella que el juez determina, a partir de sus apreciaciones subjetivas sobre los hechos que las partes plantean y de la norma jurídica que ha decidido aplicar en el caso particular. Sin embargo, la subjetividad por parte del juez en la premisa fáctica y jurídica no es la única condicionante para hallar la verdad material a través de la jurisdicción. Además, es importante señalar que en términos epistemológicos no hay un concepto unívoco sobre qué es la verdad y, al ser un valor, puede tener un entendimiento distinto entre las personas, entre

<sup>55</sup> HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “Los fines del proceso desde la perspectiva del garantismo procesal”. *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2013.

<sup>56</sup> MEROI, Andrea. “La imparcialidad judicial”. En: ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel; PEYRANO, Jorge (eds.), *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 52.

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Tercera edición. Madrid: Trotta, 1998, p. 57.

<sup>58</sup> HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “Los fines del proceso desde la perspectiva del garantismo procesal”. *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2013.

quienes se encuentran los jueces. Es así como existen distintas teorías sobre qué es la verdad: la teoría de la correspondencia, la del consenso, la de la coherencia, la de la convergencia y las teorías semánticas.<sup>59</sup>

Así las cosas, solamente se llegaría a la verdad real dependiendo de la teoría sobre la verdad que se adopte, y por tanto podría cambiar respecto a cada operador judicial. Dentro de esta línea de pensamiento, Neumann ha dicho que “en la confrontación entre las diferentes concepciones de verdad no se trata [de descubrir] la teoría de la verdad ‘verdadera’, sino de la que es más adecuada, pues no hay ninguna verdad detrás de las teorías de la verdad”.<sup>60</sup> En consecuencia, en términos epistemológicos, no existe la verdad real o material y, en su sentido más puro, es un valor subjetivo que tiene significaciones plurivalentes.

Por lo demás, cabe destacar que, un gran sector en la doctrina es consciente de las dificultades que entraña la pretensión de una verdad absoluta, es decir, real. El profesor Taruffo indica que

*por otro lado, es necesario señalar que la verdad procesal es relativa esencialmente porque la decisión del juez en torno a los hechos no puede más que fundarse en las pruebas aportadas en el juicio, las cuales se presentan como instrumentos no absolutos de los cuales el juez pueda “servirse para conocer y entonces reconstruir de forma veraz los hechos de la causa. Cabe aquí entonces la afirmación por la cual en el proceso se puede considerar como verdadero sólo aquello que se ha probado, y en los límites en los cuales las pruebas permiten un apreciable soporte cognoscitivo a las enunciaciones de hecho [...]. En otros términos, el problema de la verdad procesal puede ser correctamente formulado en términos de grados de confirmación probabilística que la prueba pueda aportar a los enunciados sobre los hechos.”<sup>61</sup>*

Neumann reconoce igualmente dicha imposibilidad, razón por la cual sostiene que se debería hablar de certeza fáctica respecto a la situación de la opinión de los hechos.<sup>62</sup> Por ello, dentro del proceso solamente se puede llegar a verdades relativas o forenses. En ese sentido, la legitimidad de la decisión judicial debería estar condicionada a que el “juicio se ciña a unas reglas de juego en las que imperen el estricto respeto a las normas de procedimiento, a las nociones de

<sup>59</sup> NEUMANN, Ulfrid. “La pretensión de verdad en el derecho”. *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, N° 38, 2006.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>61</sup> TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. En: ORTEGA ROMERO, Santiago (ed.), *Proceso, prueba y estándar*. Lima: Ara Editores, 2009, p. 39.

<sup>62</sup> NEUMANN, Ulfrid. “La pretensión de verdad en el derecho”. *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, N° 38, 2006.

la carga de la prueba, al cabal derecho de defensa y a la bilateralización de todas las actuaciones”.<sup>63</sup>

En conclusión, un procedimiento judicial o sistema de juzgamiento, que pretende garantizar que los jueces en sus decisiones descubran la verdad real o material del fondo del litigio, es incapaz de arribar a la justicia procesal perfecta y se debe conformar con la justicia procesal imperfecta. Por lo tanto, debido a que la pretensión de hallar la verdad real o material es impracticable y no es dable llegar a un sistema en que impere la justicia procesal perfecta, deberían estar proscritas las facultades oficiosas de los jueces y adoptarse un sistema de juzgamiento de corte adversarial. Lo anterior por cuanto, con un criterio más pragmático y realista, este último método de juzgamiento defiende un sistema en que impere la justicia procesal pura, en la cual, al igual que en un sistema procesal de corte inquisitivo, puede o no llegarse a la verdad real o material, pero sin que dicha pretensión constituya la finalidad del proceso.

Desde lo adversativo, al juez le es posible conocer la verdad forense o procesal, a partir de los enunciados fácticos expuestos por las partes y por las pruebas aportadas o solicitadas por ellas. Con esos insumos está en condiciones de fallar conforme al procedimiento preestablecido en la legislación, y por supuesto de acuerdo con la idea que se logre formar de los anteriores elementos, en la medida en que las partes en litigio asuman las cargas procesales que les corresponden. En tal virtud, en términos de justicia procesal no se encuentra justificado el modelo inquisitivo de juzgamiento que defienden los publicistas, debido a que no advertimos por qué habría de elegirse un sistema de juzgamiento para nuestra sociedad cuya única justificación es impracticable y que además pone en riesgo las libertades fundamentales.

## 5. Coherencia interna del sistema, principios e ideología

En el ejercicio de comparar metodológicamente los sistemas de procedimiento de corte dispositivo e inquisitivo, es de suma relevancia evaluar la coherencia que tiene el sistema con sus propias bases dogmáticas y teóricas, y con su plexo axiológico en relación con los principios observables en cada sistema, tal como se expuso anteriormente. Habida cuenta de lo anterior, es imperativo que, dentro del ordenamiento jurídico, se respeten los principios que ilustran sus valores y axiomas, ya que el cumplimiento de estos le otorga eticidad al sistema. Es decir, debe haber coherencia interna dentro del sistema con los valores, principios y axiomas que lo ilustran. Así pues, es lógico deducir

<sup>63</sup> HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “Los fines del proceso desde la perspectiva del garantismo procesal”. *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2013.

que existen razones esenciales para pensar que los sistemas dispositivos poseen mayor coherencia interna con sus postulados teóricos.

Por un lado, está la imposibilidad material dentro del proceso de lograr la efectividad del principio de inmediación en la virtualidad en los sistemas de corriente activista. Primigeniamente, las corrientes del derecho procesal se cuestionan sobre la utilidad práctica del proceso y cuáles son los objetivos que persigue. Sobre el particular, la corriente activista sugiere que el proceso jurisdiccional es un mecanismo de búsqueda de la verdad real o material, como se ha dicho en reiteradas oportunidades. Según el activismo del proceso, la obtención de una verdad depende necesariamente de que el juzgador tenga a disposición una serie de medios de convicción que lo acerquen a dicha certeza. Sin embargo, por sí mismos, los medios probatorios que las partes buscan hacer valer en el proceso no son intrínsecamente una entidad jurídica suficiente para basar en ella la sentencia. Por el contrario, el garantismo indica que la introducción de tales pruebas debe realizarse con el riguroso cumplimiento de las solemnidades que el legislador ha creado con tal objetivo. Desde el punto de vista de la ética formal, son estas solemnidades para la práctica de pruebas las que legitiman al juzgador para tomar una decisión de fondo, basándose en uno o varios medios de convicción en particular.

Ahora, la virtualidad ha generado una problemática que tiene los siguientes matices: si bien es cierto que las pruebas siguen introduciéndose al cauce del proceso, las ritualidades que legitiman al juez para decidir con base en ellas se han visto sumamente afectadas. A saber, el criterio de la “espontaneidad” del interrogatorio de parte, por ejemplo, se ha difuminado, puesto que la capacidad del juez para conocer a ciencia cierta si existe interferencia en el interrogatorio es reducida. Lo mismo sucede con la práctica de la prueba testimonial.

Estas dinámicas están generando que la virtualidad se erija en una imposibilidad física de cobijar de plena legitimidad la práctica de ciertas pruebas y la proximidad del juez con las partes y los medios convictivos, por lo que la inmediación en las actuaciones judiciales como principio de la corriente activista se ve vulnerado. Por lo tanto, entendiendo que los principios son universales, absolutos y deben ser observados sin excepción, si uno de ellos es sustraído, deja de haber congruencia entre lo defendido por la corriente activista y su plexo axiológico. De esta manera, como los principios son “imprescindiblemente respetados para lograr el mínimo de coherencia que supone el sistema”,<sup>64</sup> al no contar con el principio de inmediación, no puede afirmarse que se cumple a cabalidad con los valores y axiomas defendidos por el activismo judicial.

---

<sup>64</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Garantismo procesal*. Arequipa: Adrus, 2010, p 28.

En sentido contrario, el sistema dispositivo es intrínsecamente más coherente en la virtualidad, puesto que la intermediación dentro de la ideología garantista es una regla técnica y, como tal, si la intermediación es omitida en la actividad procesal, al ser un medio y no el fin del proceso, no choca con su plexo axiológico. Por tal motivo, no hay contradicción con la premisa principal del proceso adversativo, al estar condicionada la fiabilidad de las actuaciones judiciales al cumplimiento del procedimiento establecido en la ley y no a la cercanía del juez con las partes y los medios de prueba. En suma, la justificación de la corriente activista para defender su sistema queda en entredicho con las circunstancias actuales.

## 6. De la libertad y cargas procesales en los sistemas de enjuiciamiento

Como ya se dijo, esa condición de libre del humano, que le permite comprender el alcance y contenido de sus actos, implica un castigo por las conductas reprochables que comete. Por eso mismo, los sujetos de derechos contraen imperativos jurídicos que deben ser asumidos por ellos, de suerte tal que en caso de ser incumplidos deben arrastrar la consecuencia jurídica de su inobservancia. En ese sentido, esa aptitud le otorga a la persona la condición de sujeto moral y, por tanto, privarlo de sus obligaciones, deberes y cargas, y de la consecuencia de su incumplimiento, implica restarle al humano su condición de sujeto moral. Así, “sin libertad no se puede entender ningún sistema social, jurídico, ético, económico, de valores, pues no se puede exigir ningún tipo de responsabilidad”.<sup>65</sup>

En el plano del derecho procesal, lo anterior es fácilmente observable. Como se sabe, de antaño el profesor Goldshmidt se introdujo en la discusión de los imperativos jurídicos dentro del proceso, y al respecto indicaba que en este las partes no asumen obligaciones sino cargas procesales. Es así como definió la carga como un “imperativo del propio interés”,<sup>6667</sup> es decir, una facultad que se

---

<sup>65</sup> DACAL ALONSO, José Antonio. *Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 2016, p. 140.

<sup>66</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho procesal civil*. Segunda edición. Barcelona: Labor, 1936, p. 203.

<sup>67</sup> El profesor Couture indica frente a la carga de la prueba que “no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito”. Véase: COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma 1981, p. 242.

necesita ejercitarse para lograr un interés propio y prevenir una consecuencia adversa.<sup>68</sup>

De esta forma, si dentro de un sistema de juzgamiento se relevan las cargas de los sujetos procesales y, en consecuencia, se dota al juez de deberes<sup>69</sup> que hace efectivos por medio de facultades oficiosas, se desconoce el carácter de sujetos morales que ostentan las partes del proceso como sujetos de derecho. Precisamente esto es lo que ocurre en el sistema inquisitivo. Lo anterior por cuanto se prohija la incuria de las partes acerca de tener que asumir las cargas procesales, y se torna inane el perjuicio que tendría no cumplirlas (ya que su inactividad es subrogada por el juez), con lo cual se fomenta el desdén de ellas en esta materia.

Con ese obrar, los sujetos procesales pierden su connotación de personas morales al no asumir la consecuencia de sus actos y al estar estimuladas por el mismo sistema de juzgamiento a la irresponsabilidad, ya que es al juzgador a quien se le ha gravado con imperativos dentro del proceso.<sup>70</sup> Como diría Kant:

*“Tras entontecer primero a su rebaño e impedir cuidadosamente que esas mansas criaturas se atrevan a dar un solo paso fuera de las andaderas donde*

---

<sup>68</sup> COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma 1981, pp. 240-243.

<sup>69</sup> El artículo 42 del Código General del Proceso consagra una lista enunciativa de deberes de los jueces, entre los cuales varios de ellos implican la actividad oficiosa del juez. De igual forma, el artículo 170 del mismo estatuto consagra el deber del juez de decretar pruebas de oficio cuando lo estime necesario para esclarecer los hechos en litigio. Además, el artículo 282 del estatuto de enjuiciamiento civil prevé el deber de los jueces de la república de decretar oficiosamente cualquier excepción perentoria que se encuentre probada - salvo las excepciones de mérito propias de nulidad relativa, compensación y prescripción. Corolario de la anterior situación, dicho estatuto consagra en su artículo 4 que “El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”. Congreso de la República. Ley 1564 de 12 de julio. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. (2012).

<sup>70</sup> Por ejemplo, si a alguna de las partes se le olvidó solicitar o aportar algún medio probatorio, el juez puede declararla de oficio y de esa manera la parte que incumplió con su carga probatoria no sufre ninguna consecuencia adversa. Igualmente, si a la parte demanda se le olvidó proponer excepciones de mérito en su contestación de la demanda, el juez la puede reconocer de oficio. Además, si la parte peticionaria o demandante no se preocupa en establecer con claridad sus pretensiones, los hechos o la causa de su demanda, no sufrirá perjuicio alguno dado que el juez no se encuentra limitado en el reconocimiento de la pretensión pudiendo fallar *ultra petita* y *extra petita* y sin considerar de alguna forma con la congruencia del contenido del escrito de demanda.

*han sido confinados, les muestran luego el peligro que les acecha cuando intentan caminar solos por su cuenta y riesgo.*<sup>71</sup>

Es decir y, al no ser responsable, entonces el humano pierde su libertad dentro del juicio. Empero, ¿No es acaso la libertad un derecho natural inherente a todo ser humano que además tiene reconocimiento constitucional y legal?<sup>72</sup>

Recordemos que el activismo procesal pregona que el juez debe parcializarse en favor de la verdad.<sup>73</sup> No obstante, si desde los albores del proceso sucumbe ante tan titánico valor, ¿el juez no estará parcializado en favor de la parte de quien cree que ostenta la razón, y de ese modo lo natural es que asuma la posición de esa parte y la exima de sus cargas dentro de la actuación judicial? Lo anterior es relevado por el profesor Hernández Villarreal, quien no tiene la más mínima duda de que, el juez, en

*“el momento en que decreta pruebas de oficio –o que asuma cualquier otra carga de las partes– lo que va a tratar de hacer con ellas es demostrar ‘la verdad’ por la que ya tomó partido; mas, si así es, ¿no significa eso darle una inconstitucional licencia para que prejuzgue y por esa vía ventile una causa respecto de la cual ya está parcializado?”<sup>75</sup>*

<sup>71</sup> KANT, Immanuel. *Respuesta a la pregunta: ¿qué es la ilustración?*

<sup>72</sup> John Locke consideraba como derechos naturales inherentes al ser humano: (i) la vida, (ii) la propiedad y (iii) la libertad. Frente a la libertad, pensaba que nadie puede dar más de lo que tiene y, por tanto, no debe estar sometido a la voluntad de otro hombre, por ejemplo, de una autoridad judicial.

LOCKE John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza, 2010.

El artículo 13 de nuestra Constitución Política reconoce el derecho *iusfundamental* a la libertad. Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su primer artículo consagra este derecho civil.

<sup>73</sup> HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “Los fines del proceso desde la perspectiva del garantismo procesal”. *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2013.

<sup>74</sup> La Corte Constitucional colombiana ha indicado que “El juez debe parcializarse en favor de la verdad, manteniendo enhiesta e incólume su imparcialidad en la aplicación de la ley sustancial al caso concreto [...] El decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de pruebas que éstas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material”. Puede verse: C.Const., Sent. T-264, abr. 3/2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>75</sup> HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “Los fines del proceso desde la perspectiva del garantismo procesal”. *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2013.

Por tales consideraciones, estimamos que el imperativo jurídico que gobierna la actuación procesal (carga procesal) en un proceso inquisitivo, en gran medida, desaparece.<sup>76</sup>

En conclusión, solamente en un sistema procesal en el cual los contendientes asuman las consecuencias de sus actos o conductas –de sus cargas procesales– se respeta la condición de sujeto moral y libre de las partes que intervienen en el proceso, es decir, mediante un sistema de enjuiciamiento del tipo dispositivo.<sup>77</sup> Entonces, ¿por qué no dejar que los sujetos procesales asuman cargas y, en esa medida, soporten las consecuencias de sus conductas ya que son sujetos morales y tienen la capacidad de comprender el alcance y contenido de sus actos?

## 7. Justicia digital, su aplicación en Colombia y propuesta

El propósito principal de implementar una justicia digital en Colombia era fortalecer el acceso a la administración de justicia. Asimismo, con el objetivo de hacer de la justicia digital un elemento funcional y fundamental para llevar a cabo los procesos judiciales, el legislador implementó con la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, la reglamentación de las herramientas tecnológicas en la administración de justicia. Por otro lado, la Ley 1564 de 2012 dispuso del “Plan de Justicia Digital”, artículo 103, en el cual se gestiona la implementación de las herramientas tecnológicas dentro de los procesos de competencia de dicho estatuto.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> El profesor Couture indica al hablar de la carga probatoria dentro de un sistema de juzgamiento inquisitivo que “el tema de la carga de la prueba se modifica en el proceso inquisitorio. En este, frente a pruebas ordenadas de oficio por el tribunal, no puede propiamente hablar de *carga* de la prueba. Esto es, como se verá inmediatamente, un riesgo o quebranto para la parte, derivado de la falta de prueba [...] En el proceso inquisitorio es menester seguir las conclusiones de la doctrina del derecho procesal penal, que ha preferido “radiar los vocablos *carga de la prueba*” del léxico de la ciencia”. Véase: COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma 1981, p. 241

<sup>77</sup> Cuando Couture menciona la carga probatoria en el sistema dispositivo, indica que “no se trata sólo de reglas para el juez, sino también de reglas o de normas para que las partes produzcan las pruebas de los hechos, al impulso de su interés en demostrar la verdad de sus respectivas proposiciones”. Puede verse: COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma 1981, p. 241.

<sup>78</sup> NISIMBLAT, Nattan.; GAMBA ESPINOZA, Jairo. “Justicia digital en Colombia ¿Un nuevo modelo de enjuiciamiento o una aproximación a la modernidad?” *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, 2014. Recuperado de: <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1574>

La justicia digital es la interacción de las TIC en los procedimientos judiciales. A partir del uso de estas tecnologías, se busca que el acceso a la justicia se dé a un mayor número de usuarios y que a través de dichos medios digitales se pueda impartir justicia. Ella pretende establecer los canales de comunicación entre los despachos y las partes, haciendo caso omiso de la ubicación geográfica de estas.

Para la implementación efectiva de la justicia digital en los procesos judiciales, se deben hacer efectivas las siguientes reglas: (i) la primacía del derecho sustancial sobre el derecho procesal; (ii) los administradores de justicia deben abstenerse de exigir o cumplir con formalidades excesivas<sup>79</sup>; y (iii) deben aplicarse los principios del derecho procesal, así como las reglas. Las reglas del derecho procesal deben ser aplicadas conforme al principio de equivalencia funcional, que consiste en atribuirles la eficacia a los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos respecto de aquellos actos jurídicos suscritos en forma manuscrita e incluso oral.<sup>80</sup>

Así las cosas, la justicia digital es una herramienta para la administración de justicia, y su máxima es la salvaguarda de los principios del proceso, la descongestión judicial y la eficacia del proceso judicial.

## 7.1 Propuesta: recomendaciones para un proceso civil adversarial digital

Para poder implementar este sistema de juzgamiento, es pertinente realizar una modificación de nuestra legislación procesal (Ley 1564 de 2012). De esta forma, habría que replantear las facultades oficiosas con que ya cuentan los jueces y que pertenecen al proceso civil en general con independencia de la virtualidad. Como es obvio, el primer paso de esta iniciativa sería proscribir la facultad de los jueces de decretar pruebas de oficio, de participar en la aportación por sí mismos del material probatorio, de reconocer, de oficio, excepciones de mérito, de fallar *extra y ultra petita* en asuntos de cualquier naturaleza, y de delimitar sus poderes de dirección materiales, entre otras.

<sup>79</sup> QUIROZMONSALVO, Aroldo Wilson. “Justicia digital: bases para planear por escenarios a partir del CGP. Corte Suprema de Justicia”. Recuperado de: [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/04/Justicia-digital-I-P.-AQM-27-abr\\_compressed.pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/04/Justicia-digital-I-P.-AQM-27-abr_compressed.pdf)

<sup>80</sup> LANDÁEZ OTAZO, Leoncio; LANDÁEZ, Nelly. “La Equivalencia Funcional, la Neutralidad Tecnológica y la Libertad Informática”. *Arcaya Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 3. 2007, pp. 11-49. Recuperado de: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/3-2007/art%201.pdf>

Sin embargo, y como una muestra de su incoherencia sistémica, encontramos disposiciones en la justicia digital colombiana que son absolutamente contrarias al pensamiento activista. En primer lugar, la sustentación del recurso de apelación fuera de audiencia y por escrito, en detrimento de lo que para el activismo es un principio como es el de la oralidad.<sup>81</sup> Y, en segundo término, las audiencias celebradas por canales remotos digitales van en detrimento del principio (según los activistas) de inmediación frente a las partes y a la cercanía con los medios probatorios.<sup>82</sup>

Ahora bien, la virtualidad puede ser una oportunidad para relevar al juez de ciertos deberes de conducción formal del proceso y permitir que las partes sean quienes asuman su protagonismo. De ese modo se podría lograr una justicia más célere y eficiente, en la cual la presencia del juez se tornara prescindible en muchas actuaciones. Para ilustrar este aserto podemos destacar las siguientes novedades: (i) la práctica de pruebas extraprocesales por fuera de audiencia y obtenidas mediante canal digital o presencial; (ii) radicar en cabeza de las partes la carga de correr traslado a su contraria de las actuaciones que presenten ante el despacho por medio de correo electrónico, es decir, que las mismas partes puedan notificar por estado a su contendiente;<sup>83</sup> y (iii) la asincronía de las actuaciones con independencia del juez. En suma, la justicia digital es una oportunidad para que las partes asuman mayores cargas en reemplazo de la iniciativa judicial y se dé mayor importancia a la bilateralización de las actuaciones entre ellas.

<sup>81</sup> República de Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. Artículo 14. Decreto Legislativo 806 de 4 de junio. *Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.* (2020).

<sup>82</sup> República de Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. Artículo 7. Decreto Legislativo 806 de 4 de junio. *Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.* (2020).

<sup>83</sup> República de Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. Artículo. 9, parágrafo. Decreto Legislativo 806 de 4 de junio. *Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.* (2020).

## 8. Conclusiones

A partir de los argumentos expuestos anteriormente en relación con la ética, el proceso judicial en general y el judicial virtual en particular, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La justicia guarda una íntima relación con la ética al ser un valor que tiene incidencia en lo que se cree como correcto o incorrecto dentro de una sociedad en particular. En ese sentido, existen criterios para apreciar la justicia dentro de un proceso judicial, la cual puede ser pura, perfecta e imperfecta.
2. Igualmente, la moral se erige como un conjunto de principios, los cuales constituyen el plexo axiológico sobre el cual se cimenta un ordenamiento jurídico. Es decir, el cumplimiento de los principios como normas jurídicas de carácter general, que deben ser observados en todo caso por las reglas de un ordenamiento, garantizan la satisfacción de valores que dentro del ordenamiento jurídico hacen parte de su axiología, y por tanto su respeto a lo que en dicha sociedad se entiende como correcto o justo.
3. La libertad es aquel valor que a cada sujeto de derecho le permite tomar sus propias decisiones, autodeterminarse y asumir la responsabilidad por los actos que cometa. De esta manera, el debate respecto a las restricciones individuales y frente a la aptitud de un sujeto de derecho de asumir responsabilidades y cargas, tiene plena incidencia en el plano ético.
4. La escuela activista del derecho procesal, al indicar que el objetivo del proceso judicial es llegar a la verdad real o material, está condenando a que ese sistema judicial represente una justicia procesal imperfecta, al ser impracticable en términos fácticos llegar a la justicia real o material por medio de la jurisdicción. Por tanto, los poderes inquisitivos de los que se invisten a los jueces de la república para que puedan arribar a la verdad real o material, carecen de solidez en términos de justicia o de ética procesal.
5. En el marco de la justicia digital, los principios defendidos por el activismo procesal no pueden ser respetados en su totalidad, restando coherencia a la estructura interna del sistema defendido por este sector del pensamiento procesalista. En sentido contrario, dentro del proceso virtual los principios que defienden los garantistas procesales sí pueden ser cumplidos en mayor medida.
6. Un sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitivo demerita la condición de sujeto moral de las personas que se encuentran en litigio, al restarles libertad y su reconocimiento como individuos que son capaces de comprender el alcance y contenido de sus actos. Como corolario, habría una ineptitud de asumir las consecuencias de dichas conductas en virtud del acatamiento

o inobservancia de un imperativo jurídico –particularmente de las cargas. Por el contrario, dentro de un sistema procesal dispositivo se enaltece a los sujetos procesales como individuos morales.

7. Un sistema judicial de corte adversativo resulta ser el sistema de enjuiciamiento que maximiza y respeta con mayor grado los postulados éticos del proceso judicial, en general, y el virtual, en particular, bajo postulados de justicia procesal, frente a los principios y coherencia interna del sistema y respecto a la libertad de las partes.
8. La justicia digital es una oportunidad para dar mayor celeridad al proceso y es un espacio en el que se puede reducir la actividad del juez, la cual se puede suplir por la bilateralización de las actuaciones entre las partes.

## Bibliografía

### Doctrina

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Garantismo procesal*. Arequipa: Adrus, 2010.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema Procesal. Garantía de Libertad*. Volumen I. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni Editores, 2009.
- ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel; PEYRANO, Jorge (eds.), *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1973.
- CALVINHO, Gustavo. *Estudios procesales. Enfoque sistemático pro-homine*. Primera edición. Lima: San Marcos e Instituto Panamericano de Derecho Procesal, 2008.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma, 1981.
- DACAL ALONSO, José Antonio. *Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 2016.
- DAMAŠKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 2000.
- DAMAŠKA, Mirjan. “Structures of authority and comparative criminal procedure”. *Yale Law Journal*, tomo 84, pp. 480-544

- DE ZAN, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung EV, 2004.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*, Novena edición española. Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A., 1974.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Bogotá: Temis, 1961.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Tercera edición. Madrid: Trotta, 1998, p. 57.
- GARCÍA MELGAREJO, Flavia. “Activismo judicial y Garantismo procesal: Los poderes Jurisdiccionales a la luz del debido proceso”. *VIII Congreso de Derecho Procesal Garantista-Instituto Panamericano de Derecho Procesal*, 2006. Recuperado de: [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Activismo\\_judicial\\_y\\_Garantismo\\_Procesal\\_FLAVIA\\_GARCIA\\_MEL.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Activismo_judicial_y_Garantismo_Procesal_FLAVIA_GARCIA_MEL.pdf)
- GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho procesal civil*. Segunda edición. Barcelona: Labor, 1936.
- GONZALEZ, Juliana. *Ética y libertad*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “Los fines del proceso desde la perspectiva del garantismo procesal”. *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2013.
- HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “El proceso civil adversarial”. *XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2009.
- IGUARÁN ARANA, Mario Germán. “100 Preguntas Sistema Penal Acusatorio”. *Fiscalía General de la Nación*, 2006. Recuperado de: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4786/10preguntasprocesopenal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Depalma, 2007.
- KANT, Immanuel. *Respuesta a la pregunta: ¿qué es la ilustración?*
- LANDÁEZ OTAZO, Leoncio; LANDÁEZ, Nelly. “La Equivalencia Funcional, la Neutralidad Tecnológica y la Libertad Informática”. *Arcaya Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 3. 2007. Recuperado de: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/3-2007/art%201.pdf>
- LOCKE John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza, 2010.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Tomo I. Bogotá: Dupre Editores, 2005.

- MORESO, Joseph. “Derechos y justicia procesal imperfecta.” *Universitat de Girona*, N°139, 1998, p. 14. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/13283278.pdf>
- NEUMANN, Ulfrid. “La pretensión de verdad en el derecho”. *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, N° 38, 2006.
- NISIMBLAT, Nattan.; GAMBA ESPINOZA, Jairo. “Justicia digital en Colombia ¿Un nuevo modelo de enjuiciamiento o una aproximación a la modernidad?” *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, 2014. Recuperado de: <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1574>
- QUIROZ MONSALVO, Aroldo Wilson. “Justicia digital: bases para planear por escenarios a partir del CGP. Corte Suprema de Justicia”. Recuperado de: [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/04/Justicia-digital-I-P.-AQM-27-abr\\_compressed.pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/04/Justicia-digital-I-P.-AQM-27-abr_compressed.pdf)
- RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- ROJAS GÓMEZ, Miguel. *Lecciones de Derecho Procesal: Teoría del Proceso*. Tomo I. Bogotá: Esaju, 2019.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Introducción al Derecho Civil*. Temis: Bogotá, 2008.
- TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial”. En: ORTEGA ROMERO, Santiago (ed.), *Proceso, prueba y estándar*. Lima: Ara Editores, 2009.
- TUGENDHAT, Ernst. *Lecciones de ética*. Barcelona: Gedisa, 2010.
- VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984.
- WALZER, Michel. *Thick and Thin. Moral Arguments at home and Abroad*. New York, 1994.

### **Sentencias**

- C.Const., Sent. T-406, jun. 5/1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
- C.Const., Sent. T-264, abr. 3/2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

### **Leyes y normas**

- Congreso de la República. Ley 1564 de 12 de julio. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. (2012).
- República de Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto Legislativo 806 de 4 de junio. *Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*. (2020).

# INSTRUCTIVO PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

---

Los artículos deberán ser presentados dentro de los plazos establecidos en la convocatoria del Concurso Anual de Semilleros de Investigación para Estudiantes de Derecho de Pregrado, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

## **Proceso editorial**

Los artículos postulados serán sometidos al siguiente proceso de evaluación y selección:

### **1. Evaluación por parte de los jurados**

Los trabajos serán revisados por los jurados designados para el concurso, quienes verificarán el cumplimiento de los requisitos previstos en la convocatoria y evaluarán aspectos tales como la calidad académica, la pertinencia temática, el aporte al estudio del derecho procesal, el rigor investigativo y la coherencia con el eje temático propuesto.

### **2. Revisión por el Comité Editorial**

Los artículos que obtengan las más altas calificaciones en la evaluación realizada por los jurados serán sometidos a consideración del Comité Editorial de la Revista de Semilleros de Derecho Procesal, órgano que decidirá sobre su publicación, teniendo en cuenta criterios de calidad académica, pertinencia editorial.

## **Autorización para publicación**

La presentación del artículo al Concurso de Semilleros implica la autorización expresa de sus autores para que el Instituto Colombiano de Derecho Procesal

pueda publicarlo, reproducirlo, difundirlo y ponerlo a disposición del público a través de cualquier medio físico o digital utilizado por la Institución.

Las opiniones, interpretaciones y posiciones expresadas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen la posición institucional del Instituto Colombiano de Derecho Procesal ni de los integrantes de sus órganos editoriales.

## **Requisitos formales para la publicación**

Los artículos deberán corresponder a trabajos de investigación jurídica y contener un análisis riguroso de carácter normativo, jurisprudencial y doctrinal, con la estructura y los elementos propios de un artículo académico de investigación.

La extensión máxima será de veinticinco (25) páginas tamaño carta. Este límite comprende la totalidad del documento, incluyendo portada, resumen en español e inglés, palabras clave en ambos idiomas, tabla de contenido, desarrollo del texto, conclusiones, cuadros, gráficos, anexos y bibliografía.

El documento deberá presentarse con las siguientes especificaciones de formato:

- Tamaño de papel: carta.
- Márgenes: tres (3) centímetros en cada uno de sus lados.
- Fuente: Arial, tamaño 12.
- Interlineado: múltiple 1.5.

Las citas y referencias bibliográficas deberán ajustarse a las normas editoriales de citación de las publicaciones del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, disponibles en el siguiente enlace:

<https://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/about>



INSTITUTO  
COLOMBIANO  
DE DERECHO  
PROCESAL

*La Revista de Derecho Procesal Contemporáneo, 2026-1*

Editada digitalmente por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal  
en Bogotá D.C., Colombia. Tipografía empleada: Warnock Pro.

Edición electrónica para su consulta web

Todos los derechos reservados por la institución editora.

