

REVISTA DE DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO

SEMILLEROS DE DERECHO PROCESAL

EDICIÓN No.
ISSN 2463-0594

2026 - 2

ICDP

INSTITUTO
COLOMBIANO
DE DERECHO
PROCESAL

ISSN electrónico: 2463-0594

Revista de Derecho Procesal Contemporáneo / Semilleros de Derecho Procesal

© Instituto Colombiano de Derecho Procesal

El presente volumen reúne los trabajos seleccionados en el *XXIII Concurso Internacional para Estudiantes de Derecho — Semilleros de Derecho Procesal*, celebrado en el año 2022, en torno al tema “*Derechos Humanos y Proceso*”.

Edición No 2026-2

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

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 2022

MAURICIO PAVA LUGO

LUISA FERNANDA CALDAS BOTERO

NATTAN NISIMBLAT MURILLO

JULIANA GIRALDO SERNA

JAIRO PARRA CUADROS

JENNIFER PATRICIA SANTOS IBARRA

RICARDO ANDRÉS RICARDO EZQUEDA

LAURA HUERTAS MONTERO

MARÍA ANDREA CALERO TAFUR

JOSÉ FERNANDO SANDOVAL GUTIÉRREZ

CONTENIDO

Presentación del Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal	11
<i>Ulises Canosa Suárez</i>	
Presentación	13
<i>Magda Isabel Quintero Pérez</i>	
El reo y su integridad Personal. Un derecho tridimensional	17
<i>Katlin Yiseth Palacios Cordoba, Yaviana Álvarez Valencia, Diana Carolina Restrepo Araque, Mauricio Moreno Godoy, Ailyn Imara Obregón Valencia, Darwin Andres Parra Martínez, Katherine Cordoba Abadía y Deibys Jaider Palomeque Martínez</i>	
Tutor: Gilbert Stein Vergara Mosquera	
El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos en el Procedimiento Cautelar Chileno de Familia	41
<i>Alfredo Gabriel Pérez González, Ignacio Esteban Díaz Heredia, Angélica María Caro Abarca, Macarena Andrea Díaz Vivanco, Valentina Paz Contreras Rojas, Nicole Anaís Salinas Álvarez, y Susana Ester Rivas López</i>	
Tutor: Eugenio Labarca Birke	
Criterios para la aplicación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales de la especialidad civil en Colombia	69
<i>Leonardo Esteban Restrepo Benjumea, Jhon Carlos Tello Garzón, Natalia Maria Hernandez Molina y Laura Ximena Corredor Rodríguez</i>	
Tutora: Ana María Escobar Tocaría	
La garantía del debido proceso en el emplazamiento establecido en la Ley 2213 de 2022	93
<i>Luz Clarita Cortés Rivera, Juan Diego Chávez Ramírez, Juan Camilo Herrera Botiva, Oscar Hernando Granados Polo, Paula Camila Ninco Hernández, María Fernanda Ortiz Osorio y Estiven Rangel Rodríguez</i>	
Tutora: Yudy Andrea Carrillo Cruz	

Derechos Humanos y la Ley 2213 de 2022: Consideraciones 113

*Camila Castro Mesa, Isabella Hurtado Gómez,
María Camila Neira Daza, Valeria Ríos Peña,
Daniela Vásquez Sáenz y Camila Verdessoto López*
Tutor: Carlos Alberto Paz Russi

**La inteligencia artificial como instrumento para disminuir la
excesiva aplicación de la medida provisional en el nuevo sistema
adversarial panameño** 135

*Nathaly Smart, Luis Alberto Hodgson Medrano,
Keren Mitre, Mayrelis Pérez Del Cid,
Suleyliz Yarabis Herrar Ortega, Jennifer Ramirez,
Gisybeth Elayah Eversley Gonzalez, Davianys Alenys Pitti Oliveros,
Keissy Pliset Bermúdez De Smith, Leonel Thomis Lozano Catsillo
y Vladimir Adhonys Carranza Vega*
Tutora: Sheyla Maribel Villanueva Jiménez

Intimididad Genética en el Proceso Penal 157

*Yehudit Nayara Casas Rodriguez, Liseth Dayana Rodriguez Vidarte,
Marly Dayana Palacio Moreno y Laura Valentina España Bonilla*
Tutor: Manuel Mauricio Moreno Villamizar

**Síndrome de la mujer maltratada, protección de los
Derechos Humanos y proceso penal en Colombia** 177

*María Paula León Suárez, Rosa Isabel Angarita Rodríguez,
Marlen Dayana Santiago Martínez, María Andrea Mora Duran,
Andrés Felipe Ortegón Pino, María Gabriela Cacua Celis
y Mónica Vargas Ariza*
Tutora: Cindy Charlotte Reyes Sinisterra

**La revictimización procesal en casos de violencia sexual en
el Proceso Penal en Colombia** 201

*Diego Alexander Berbessi Fernández,
Alejandro José Salamanca Vergara, Natalia Sofía Téllez Gómez,
Juana Vanessa Velandia Rico y Angy Nikole Velandia Velásquez*
Tutores: María Clara Galvis Patiño,
Fredy Hernando Toscano López y Jaime Augusto Correa Medina

**Los juicios paralelos y el derecho humano al debido proceso legal:
una mirada sustantiva** 227

*Gabriel Ricardo García Martínez, María Camila Marín Restrepo,
Yuliana Hurtado Vélez, Juan Manuel Hernández Gaviria y
Juan Esteban Pacheco Pava*
Tutor: Milton César Jiménez Ramírez

Los Derechos Humanos en la jurisdicción indígena en Colombia: especial referencia a la comunidad Inga de Aponte - Nariño	253
<i>Santiago Benavides Ortega, Samuel Felipe Guerrero Almeida, Leydi Fernanda Malpud Tapia, Leidy Yomar Santander Cerón y Lizette Jeraldine Zambrano Ordoñez</i>	
Tutor: <i>Cástulo Fernando Cisneros Trujillo</i>	
Consideraciones en torno a los Derechos Humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana	275
<i>David Steven Grajales Chico, Luisa Fernanda Jacome Navarrete, Liyei Mairena Quiñónez Misas, Mabelle Lorena Palacio Castiblanco, Angie Paola España Toro, Sergio David Ríos Torres, Juan Sebastian Cespedes Suárez y Leidy Katherine González Bernate</i>	
Tutor: <i>Eduardo Andres Calderon Marengo</i>	
Instructivo para la presentación de artículos	301

PRESENTACIÓN

DEL PRESIDENTE DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

Como presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, es para mí un honor presentar a la comunidad jurídica este nuevo número de la Revista, que reúne las mejores ponencias del *XXIII Concurso Internacional para Estudiantes de Derecho — Semilleros de Derecho Procesal*, convocado en torno al tema “*Derechos Humanos y Proceso*”. El Concurso de Semilleros es una de las iniciativas más entrañables y representativas de nuestro Instituto, porque encarna, como ninguna otra, el compromiso que hemos asumido con la formación de las nuevas generaciones de procesalistas y con la difusión del conocimiento jurídico al servicio de la dignidad humana.

Esta obra solo es posible gracias al esfuerzo y la dedicación de muchas personas. Quiero destacar, en primer lugar, la invaluable labor de dirección del Concurso de Semilleros que desempeñó el doctor Manuel Eduardo Marín Santoyo. Expreso igualmente mi más sincero agradecimiento a los jurados calificadores del Concurso, quienes, con generosidad y desinterés, dedicaron su tiempo, su experiencia y su criterio a la lectura atenta de las ponencias y a la evaluación de las sustentaciones. Su exigencia académica y su honestidad intelectual son la garantía de la imparcialidad y la excelencia del certamen, y constituyen, para los semilleristas, un ejemplo vivo de la responsabilidad que entraña el ejercicio del derecho.

Mi reconocimiento se extiende, de manera muy especial, al cuidadoso trabajo de la Dirección Ejecutiva del Instituto, cuya labor hizo posible que el esfuerzo de los semilleristas se transformara en esta publicación.

Invito a los lectores a recorrer estas páginas con la certeza de que en ellas late el porvenir de la ciencia procesal. A todos quienes hicieron posible este número —semilleros, coordinadores, jurados y equipo editorial— mi gratitud y mi reconocimiento. El Instituto Colombiano de Derecho Procesal reafirma, con esta entrega, su compromiso permanente con los estudiantes y con la construcción de una justicia más humana.

Ulises Canosa Suárez

Presidente

Instituto Colombiano de Derecho Procesal

PRESENTACIÓN

Desde su fundación, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal ha asumido como propósito esencial la difusión, el estudio y el perfeccionamiento del derecho procesal, convencido de que el progreso de una disciplina jurídica se mide también por la generosidad con que comparte el conocimiento. Fiel a esa convicción, el Instituto ha hecho de la formación de las nuevas generaciones una de sus tareas más importantes, persuadido de que en las aulas universitarias germina el porvenir de la ciencia procesal. Este empeño hunde sus raíces en el magisterio del maestro Jairo Parra Quijano, cuyo legado intelectual y humano sigue orientando la vida del Instituto. Esa obra encuentra hoy un fiel continuador en el doctor Ulises Canosa Suárez, presidente del Instituto, cuya dedicación, liderazgo y entrega han mantenido viva la vocación formadora de la institución y han renovado su compromiso con los semilleros y con quienes se inician en la investigación procesal. Es en ese ánimo que entregamos a la comunidad académica un nuevo número de esta Revista, dedicado a recoger las mejores ponencias de quienes hoy dan, con rigor, sus primeros pasos en la investigación procesal.

El presente volumen reúne los trabajos seleccionados en el *XXIII Concurso Internacional para Estudiantes de Derecho — Semilleros de Derecho Procesal*, convocado con la Dirección del doctor Manuel Eduardo Marín Santoyo, en torno al tema “*Derechos Humanos y Proceso*”. Las ponencias que aquí se publican provienen de universidades de Colombia, Chile y Panamá, lo que confirma la vocación internacional del Concurso y su capacidad de tender puentes entre comunidades académicas que comparten una misma preocupación por la dignidad humana en el proceso. Los doce trabajos que integran este número, escogidos por su solidez argumentativa y su pertinencia, abordan el tema desde perspectivas complementarias que vale la pena reseñar.

Un primer conjunto de ponencias se ocupa de las garantías y la dignidad de quien enfrenta el proceso penal. La Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba” examina, en *El reo y su integridad personal. Un derecho tridimensional*, las condiciones de reclusión en Colombia a la luz del control

de convencionalidad y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Universidad Santo Tomás — sede Villavicencio reflexiona, en *Intimidación genética en el proceso penal*, sobre la protección del ADN y la ponderación que el juez debe realizar frente a las necesidades de la investigación. Por su parte, la Universidad de Panamá propone, en *La inteligencia artificial como instrumento para disminuir la excesiva aplicación de la medida provisional en el nuevo sistema adversarial panameño*, el empleo de nuevas tecnologías para racionalizar la detención preventiva y honrar su carácter excepcional.

Un segundo grupo de trabajos aborda la perspectiva de género y la protección de la mujer en el proceso. El Semillero Vestigare del capítulo Casanare del ICDP ofrece, en *Criterios para la aplicación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales de la especialidad Civil en Colombia*, pautas para que el enfoque de género deje de ser excepción y se convierta en regla del juzgamiento. La Universidad Francisco de Paula Santander — seccional Cúcuta estudia, en *El síndrome de la mujer maltratada, protección de los derechos humanos y proceso penal en Colombia*, las implicaciones procesales y de culpabilidad de los ciclos de violencia que padecen muchas mujeres. Y la Universidad Externado de Colombia analiza, en *La revictimización procesal en casos de violencia sexual en el proceso penal en Colombia*, cómo la búsqueda de la verdad puede, sin proponérselo, vulnerar de nuevo los derechos de la víctima.

Un tercer eje se concentra en los desafíos que la digitalización y la Ley 2213 de 2022 plantean a las garantías procesales. La Universidad Cooperativa de Colombia — sede Villavicencio examina, en *La garantía del debido proceso en el emplazamiento establecido en la Ley 2213 de 2022*, la suficiencia del registro nacional de personas emplazadas como único mecanismo de comparecencia. La Pontificia Universidad Javeriana Cali estudia, en *Derechos humanos y la Ley 2213 de 2022: Consideraciones*, las repercusiones de esa ley sobre el acceso a la justicia, la igualdad y el derecho a ser oído públicamente. Y la Universidad Cooperativa de Colombia — sede Bogotá explora, en *Consideraciones en torno a los derechos humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana*, las exigencias que la justicia digital impone a una nueva generación de derechos.

Un último conjunto de ponencias amplía la mirada hacia sujetos de especial protección, el pluralismo jurídico y la tensión entre libertad de expresión y debido proceso. La Universidad Finis Terrae, de Chile, indaga en *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos en el procedimiento cautelar chileno de familia* sobre la efectividad de este derecho a partir de un estudio empírico. La Universidad Cooperativa de Colombia — seccional Pasto analiza, en *Los derechos humanos en la jurisdicción indígena en Colombia: especial referencia a la comunidad Inga de Aponte — Nariño*, la coordinación entre la justicia ordinaria y la indígena. Finalmente, la Universidad de Caldas estudia, en *Los*

juicios paralelos y el derecho humano al debido proceso legal: una mirada sustantiva, los riesgos que la libertad de expresión, ejercida indebidamente, supone para la imparcialidad del juzgador.

Más allá del valor individual de cada texto, este número es ante todo un testimonio de lo que significan los semilleros de derecho procesal: espacios donde los estudiantes aprenden a investigar con método, a argumentar con responsabilidad y a comprender que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de los derechos humanos. El Instituto Colombiano de Derecho Procesal renueva, con esta publicación, su gratitud a los semilleros participantes, a sus coordinadores y a los jurados que hicieron posible el certamen, y reitera su compromiso de seguir abriendo caminos a quienes serán los protagonistas del derecho procesal del mañana. Invito a la comunidad académica a leer estas páginas con el mismo entusiasmo con que fueron escritas.

Magda Isabel Quintero Pérez

Directora

Instituto Colombiano de Derecho Procesal

EL REO Y SU INTEGRIDAD PERSONAL. UN DERECHO TRIDIMENSIONAL

*Katlin Yiseth Palacios Cordoba, Yaviana Álvarez Valencia,
Diana Carolina Restrepo Araque, Mauricio Moreno Godoy,
Ailyn Imara Obregón Valencia, Darvin Andres Parra Martínez,
Katherine Cordoba Abadía y Deibys Jaider Palomeque Martínez*

Tutor: Gilbert Stein Vergara Mosquera

Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, Quibdó

Resumen

El sistema penitenciario y carcelario en Colombia presenta grandes falencias en torno a las condiciones en que viven los reclusos; el hacinamiento, las precariedades de salubridad, alimentación, de atención en salud e infraestructura, no son más que unas de las circunstancias que afectan la integridad personal. Además, que las cárceles se han convertido en lugares de reincidencia, en escuelas del crimen y no en el sitio destinado para el cumplimiento de la finalidad de la pena, esto es, la resocialización del individuo. En tal sentido, en este artículo se documentan las condiciones que viven los reos en Colombia, el abandono estatal de esta población, un análisis jurisprudencial frente a los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los derechos fundamentales de los reos, las obligaciones que ha contraído el Estado Colombiano al suscribir la convención americana de derechos humanos o también llamado pacto de San José de Costa Rica, conforme al principio *pacta sunt servanda*, y el control de convencionalidad como mecanismo para garantizar los derechos humanos por parte de los operadores judiciales.

Palabras claves: Integridad Personal, Control de Convencionalidad, Derechos Humanos, Resocialización, CADH, Estado de Cosas Inconstitucionales, Política Criminal.

Abstract

The penitentiary and prison system in Colombia has major shortcomings regarding the conditions in which inmates live; overcrowding, poor sanitation, health care and infrastructure, are just some of the circumstances that affect personal integrity. In addition, that prisons have become places of recidivism and not for the fulfillment of the purpose of the sentence, that is, the resocialization of the individual. In this sense, this article presents the conditions that inmates live in Colombia, the state abandonment of this population, a jurisprudential analysis against the pronouncements that the Constitutional Court has had on the fundamental rights of inmates, the obligations that it has contracted by the Colombian State when signing the American Convention on Human Rights or also called the Pact of San José de Costa Rica, in accordance with the principle *pacta sunt servanda*, and the control of conventionality as a mechanism to guarantee human rights by judicial operators.

Keywords: Personal integrity, control of conventionality, Human rights, resocialization, ACHR, State of unconstitutional affairs, criminal policy.

Introducción

A la luz del artículo cinco de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), se establece la integridad personal como un derecho inherente a la persona, el cual debe ser garantizado sin importar las circunstancias en que esta se encuentre. La integridad personal es un derecho absoluto, pues implica la obligación de los Estados que han ratificado la mencionada disposición convencional de establecer mecanismos que permitan su efectividad, toda vez que su limitación acarrea la transgresión de otros derechos y la plena realización de la vida digna. Es en tal sentido, que las limitaciones que involucra el cumplimiento de una pena privativa de la libertad no justifican la vulneración directa o indirecta de los derechos que son inherentes al ser humano.

Partiendo de la responsabilidad que tienen los Estados que han suscrito la mencionada convención en garantizar y cumplir con todo lo pactado en ella, es nuestro fin elucubrar si el Estado Colombiano ha respetado o no el derecho a la integridad personal de los reclusos en sus tres dimensiones; física, psíquica y moral.

A este respecto, es importante indicar, que, las condiciones que afectan la integridad personal de los reos no es un tema novedoso para el Estado ni para la comunidad en general. En este artículo se pretende estudiar las situaciones que generan esta violación convencional, su abandono estatal y la aplicación de un

control de convencionalidad durante (en caso de medidas de aseguramiento) y después del proceso (para los que han sido condenados) como mecanismo para garantizar este derecho que, en efecto, evitaría la responsabilidad internacional del Estado por omisión de una obligación establecida en la CADH.

Planteamiento del problema

Como ya se ha mencionado, la integridad personal es uno de los derechos humanos más vulnerados en América y en especial a la población reclusa, siendo un sector vulnerable, estigmatizada, olvidada por los Estados y rechazada por la sociedad.

Cuando un ser humano, comete una conducta punible, se le considera que es antisocial y por lo tanto no puede estar en sociedad ya que no se ajusta a las reglas y buenas costumbres que esta fija e impone. Por tal motivo el Estado debe apartar al individuo y recluirlo en un centro penitenciario, se supone que debe hacerlo, brindándole todas las garantías para que aquel pueda redimir su pena y reintegrarse a la colectividad como una persona apta para la convivencia humana.

Es así como los Estados han creado centros de reclusión con el objetivo de internar a las personas que cometen delitos, pero sin ningún tipo de valoración en cuánto a lo que su ser representa, sin brindar las condiciones más elementales, normalizando que estas se encuentren en circunstancias inhumanas, como si el hecho de haber entrado en conflicto con la ley penal, fuera una razón para privar a una persona de su derecho a la dignidad humana.

Por ello, es necesario precisar que brindándole al recluso las condiciones necesarias para cumplir dignamente su pena no se le está otorgando ninguna concesión, sino garantizando aquellos derechos que son inherentes a cada persona y que no se pueden ignorar por parte de los Estados aun en medio de una respuesta retributiva a la comisión de una infracción. Lo contrario torna ineficaz un sistema penitenciario debido a que no se cumple el fin de la pena ni se garantiza la integridad personal de los reos, por lo cual los Estados han olvidado e ignorado sus obligaciones de garantizar la integridad de todas las personas sin ninguna discriminación y la finalidad de la pena que es la readaptación social de los condenados.

Formulación del problema

¿Cumple el Estado Colombiano, parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, en garantizar la Dignidad Humana y el derecho a la integridad personal de los reclusos, en sus tres dimensiones para que el cumplimiento de sus penas alcance el fin de la retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado?

El reo y su integridad personal:

Un derecho tridimensional

La nueva caracterización del Estado Colombiano, que nos acoge desde la vigencia de la Constitución Política de 1991 como un Estado social de derecho, se funda en el respeto de la dignidad humana, estableciéndose como derecho absoluto que deberá ser garantizado a todas las personas. Este cambio significa un progreso en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia.

En ese sentido, la evaluación del régimen penitenciario y carcelario se ha dado con ocasión del cambio de la finalidad de la pena, que pasó del correccionalismo a la resocialización. Este nuevo término de resocialización, acogido directamente por la ley 65 de 1993, estipula que “el tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”.¹

Se busca entonces, implementar en la política criminal unas medidas donde se garanticen los derechos fundamentales de los reos, y que dentro de los centros carcelarios estos puedan desarrollarse para su reingreso a la sociedad. En tal sentido, la privación de la libertad de un sujeto en los centros de reclusión en Colombia significa que el Estado como garante debe proteger todos los derechos humanos del condenado, entre ellos el respeto de su dignidad humana, garantizándola como principio fundante del Estado.

A la luz del artículo 93 de la Constitución Política, se establece que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.²

Es así como Colombia ha ratificado la CADH, por lo cual el Estado queda obligado a cumplir con este tratado. Y en este aspecto es relevante mencionar el artículo 5 de dicha convención, el cual establece:

¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 65 (20, Agosto, 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 40.999. pp. 2 -65. [Consultado: julio 19 de 2022]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html

² COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (20, Julio, 1991) Gaceta Constitucional No. 116. Santa Fe de Bogotá, D.C. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.³

Conforme al precitado artículo es menester dilucidar los conceptos de integridad física, psíquica, moral y además la diferencia entre tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes para comprender las dimensiones que abarca este derecho.

A este respecto, tenemos que:

(...) la integridad física implica la preservación de los órganos, partes y tejidos del cuerpo humano, además del estado de salud de las personas, así como de su salud mental y psíquica; la integridad psíquica alude a la preservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales; y la integridad moral consiste en el derecho de cada ser humano de poder desarrollar su vida de acuerdo con sus convicciones personales.⁴

Por lo tanto, se entiende como la obligación que tiene los Estados de preservar el estado físico de la persona, sus creencias y su salud mental.

De igual manera, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, define la tortura como:

“Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”⁵

³ Convención americana de derechos humanos, cit., artículo 5 (22, noviembre, 1969).

⁴ GALINDO, Javier Alfonso. Contenido del derecho a la integridad personal. *Revista Derecho del Estado* [en línea]. docente investigador de la Universidad del Táchira. p.29. [Consultado: 2 de julio de 2022]. Disponible en [file:///C:/Users/a/Downloads/Dialnet-ContenidoDelDerechoALaIntegridadPersonal-3135087%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/a/Downloads/Dialnet-ContenidoDelDerechoALaIntegridadPersonal-3135087%20(2).pdf)

⁵ ONU, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (10, diciembre, 1984) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Disponible en: <https://www.ohchr.org/>

Al respecto, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes hacen referencia a esas condiciones que son incompatibles con el respeto de la dignidad humana, en este caso el recluso soporta una pena que transgrede su integridad personal, la cual le impide desarrollarse como ser humano.

Por otro lado, es menester hablar de las problemáticas que ostenta Colombia en materia de los derechos de las personas privadas de su libertad, y por lo tanto es necesario conocer algo de historia sobre las condiciones de los reos. Es así que en Colombia existe un déficit en el cumplimiento de las medidas o políticas criminales adoptadas, en sentido de las garantías existentes para los reos, ya que estos padecen precariedad en la salubridad, la violencia al interior de los centros carcelarios, la desigualdad y otros factores ocasionados primordialmente por el hacinamiento, pues se considera uno de los problemas fundamentales con los que cuenta Colombia en materia de la situación penitenciaria y carcelaria del país y que transgrede de manera directa los derechos de los penados.

La sobrepoblación en los centros carcelarios genera una abundante gama de violencia, que limita los objetivos del sistema o política criminal, que es la resocialización e integración del delincuente. Por ello, examinaremos, cómo ha sido abordado el tema, por la jurisprudencia nacional.

Análisis jurisprudenciales de la Corte Constitucional frente a las condiciones de los reclusos:

Es importante resaltar los pronunciamientos que ha tenido la Corte Constitucional frente a las condiciones que viven los reclusos en el país. Uno de estos pronunciamientos fue en 1994, cuando fue suspendido el fluido eléctrico en el centro penitenciario de Tuluá, como consecuencia del no pago del servicio. Esta situación conllevó a que los reclusos estuvieran en condiciones indignas, ya que no tenían ese servicio para satisfacer las necesidades básicas de todo ser humano. Por dicha razón, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia T-235 de 1994, estableciendo que:

La interrupción o el funcionamiento inadecuado del servicio de energía eléctrica en un establecimiento carcelario, es susceptible de generar por las condiciones de violencia generalizada y de inseguridad que vive el país un factor de riesgo de gran magnitud, que puede afectar los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal, no sólo del personal administrativo y de vigilancia del centro penitenciario, sino de los propios reclusos⁶.

es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-235. Expediente T- 27801 (17, mayo, 1994). M.P. Antonio Barrera Carbonell [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La

Además, el tribunal se pronunció mediante la sentencia T-153 de 1998, donde por primera vez habló sobre el Estado de cosas inconstitucionales (en adelante ECI), el cual se configura, cuando hay una vulneración masiva de derechos fundamentales a un grupo significativo de personas que se prolonga en el tiempo. Este pronunciamiento se dio dadas las precarias condiciones en que vivían los reos para esa época, como las condiciones de hacinamiento, problemas de infraestructura, salubridad, salud, y demás condiciones que transgredían masivamente los derechos fundamentales de esta población. Además, también se creó la figura de los mínimos constitucionales asegurables con el fin de superar el ECI, siendo las condiciones que mínimamente se le deben garantizar a los reos, estas son: “i) la resocialización, ii) la infraestructura carcelaria, iii) la alimentación al interior de los centros de reclusión, iv) el derecho a la salud, v) los servicios públicos domiciliarios y vi) el acceso a la administración pública y a la justicia”.

Años más tarde, esta misma corporación en la sentencia T-388 de 2013 nuevamente analizó las condiciones de los penados en el país, la cual tuvo como fundamento las deplorables condiciones de reclusión, ocasionadas en las cárceles de Cúcuta, la Tramacúa de Valledupar, la Modelo de Bogotá, Bellavista de Medellín, San Isidro de Popayán, y la de Barrancabermeja, estableciendo que:

“El sistema penitenciario y carcelario de Colombia se encuentra, nuevamente, en un estado de cosas que es contrario a la Constitución vigente. Los establecimientos penitenciarios y carcelarios en el País se encuentran en una situación de crisis estructural. No se trata de ausencia de avances o de acciones por parte de las autoridades, puesto que, como se evidenciará, éstas han realizado acciones encaminadas a solventar el estado de cosas inconstitucional evidenciado por la jurisprudencia constitucional en 1998. De hecho, es en gran parte gracias a tales acciones de política pública que la Corte Constitucional entendió superado tal estado de cosas vivido al final del siglo XX. Sin embargo, la evidencia fáctica aportada a cada uno de los nueve expedientes, así como la información que es de público conocimiento, evidencia que, nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundante de un estado social de derecho. En otras palabras, el sistema penitenciario y carcelario actual es incompatible con un estado social y democrático de derecho”.⁷

Corte. 1994. 1 p. [Consultado: 29 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-235-94.htm>

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-388. Expediente T-3.805.761. (28, junio, 2013). M.P. María Victoria Calle Correa [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2013. 5 p. [Consultado: 29 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

En esta misma sentencia la Corte expuso el mercado ilegal que se vive dentro de los centros de reclusión en el país, expresando que:

(...) negocian esos bienes básicos escasos que el Estado debería garantizar a una persona, especialmente por el hecho de estar privada de la libertad bajo su control y sujeción. La prensa, al igual que los escritos académicos, ha mostrado cómo las personas recluidas en penitenciarias y cárceles tienen que pagar por todo. Conseguir un buen lugar en un pasillo tiene sus costos; conseguir una celda es prácticamente imposible, sobre todo por su altísimo valor⁸.

Este tipo de actividades que se realizan en las cárceles dan prueba del abandono estatal del Estado frente a esta población vulnerable, el cual es el garante de estas personas y es quien debe impedir que arbitrariamente algunos presos sean los que determinen las condiciones en las cárceles, y el mercado ilegal de los bienes básicos para la realización de la vida digna, es así como el recluso que no cuente con los recursos económicos no tendrá como satisfacer sus necesidades.

De igual forma, mediante la sentencia T-288 de 2020, la Corte se pronunció nuevamente frente a este tema, mediante una acción de tutela que fue interpuesta por 70 reclusos del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario del Banco (magdalena). En dicha acción los penados afirmaban que sus derechos fundamentales como la dignidad humana, la vida en condiciones dignas, la igualdad, el trabajo, la salud, la higiene, la seguridad en el trabajo, y al ambiente sano han sido vulnerados a raíz del hacinamiento. También establecieron la totalidad de personas que hay en el centro de reclusión, dando como prueba el grado de hacinamiento que esta vive, se estableció que: “En este penal hay más de 210 internos distribuidos en tres patios. Sin embargo, la capacidad real del centro de reclusión es de 68 individuos. En los patios 1 y 2 con capacidad para 28 internos en cada uno de ellos, hay 89 personas, y en el patio 3, destinado para reclusos de la tercera edad con capacidad para 4 internos, hay 15. En total, la cárcel del Banco presenta un hacinamiento superior al 235%”⁹.

Dadas las afirmaciones de los accionantes, el tribunal solicitó al Defensor Regional del Pueblo del Departamento del Magdalena y a la Procuraduría delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y la Personería del municipio del Banco que realizaran una visita e inspeccionaran el penal, para determinar las condiciones de los reclusos. El informe de la visita estableció que:

⁸ Ibidem.

⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-288. Expediente T-6.745.002. (3, agosto, 2020). M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2020. 53 p. [Consultado: 29 de junio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-288-20.htm>

las condiciones de hacinamiento son graves, que la cárcel no cuenta con las condiciones de salubridad necesarias, ya que se presenta la filtración de las aguas negras en las celdas, los baños están en condiciones deplorables y las duchas no son suficientes. Además, el suministro de energía eléctrica no es constante ocasionando problemas de salud y de cuidado de los alimentos, de seguridad e iluminación para las personas reclusas y las que laboran allí. Finalmente, se puso de presente que los insumos mínimos de aseo y descanso como cepillos de dientes, jabones, colchonetas y sábanas no son suficientes y en algunos casos los familiares de los presos deben suministrar los mismos¹⁰.

Con ocasión del informe realizado por dichas entidades la corte estableció unas reglas que deberá aplicar el juez constitucional para atenuar las condiciones de los reos anteriormente expuestas. Estas reglas son el equilibrio decreciente y el equilibrio, la primera cuando se está frente a una situación de hacinamiento, no se podrá autorizar el ingreso de persona a menos que se: i) determinar si ésta regla persigue una finalidad constitucional; ii) estudiar si su aplicación resulta adecuada respecto a la finalidad constitucional perseguida; iii) determinar si la regla en un determinado centro penitenciario es necesaria para cumplir con la finalidad constitucional. Y, la regla del equilibrio se aplica cuando ya se ha alcanzado un grado que no hay hacinamiento en la cárcel, se deberá mantener el equilibrio de esta, no permitiendo que la intramural sobrepase su capacidad.

Por otro lado, la Corte Constitucional en Sentencia T-259 de 2020, recordó que los establecimientos carcelarios tienen la facultad legítima y la obligación de practicar requisas con el fin de salvaguardar la seguridad y el orden interno. Sin embargo, esta obligación no conlleva la posibilidad de someter a las personas privadas de la libertad y a los visitantes a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es así como según los reclusos, que tutelaron sus derechos, los guardias del centro penitenciario los sometían a ellos y a las mujeres visitantes a tratos degradantes, puesto que eran tocados en sus partes íntimas o forzados a desnudarse y hacer flexiones con las piernas.

Por ello esta corporación impartió diferentes órdenes al director de la cárcel distrital, entre ellas tenemos:

ORDENAR al director(a) de la Cárcel Distrital de Bogotá que tome de inmediato todas las medidas necesarias para evitar que los guardias de seguridad sometan a las personas privadas de la libertad y a los visitantes a tratos crueles, humillantes y degradantes. Entre otros tratos, el director(a)

¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-288. Expediente T-6.745.002. (3, agosto, 2020). M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2020. 54 p. [Consultado: 29 de junio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-288-20.htm>

debe prohibir que las personas sean tocadas en sus partes íntimas o que sean obligadas a desnudarse y a hacer sentadillas.

ORDENAR al director(a) de la Cárcel Distrital de Bogotá que, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación del presente fallo, adquiera al menos un escáner corporal de rayos x que permita eliminar el contacto físico entre guardias y reclusos o visitantes durante las requisas.¹¹

De lo anterior se deja en evidencia lo que viven día a día las personas privadas de su libertad y sus familiares, los abusos de autoridad, la vulneración de derechos fundamentales, los tratos inhumanos y degradantes al interior de las cárceles en Colombia.

Quizás muchas personas estarían de acuerdo con estas situaciones, dado que los reclusos cometieron un hecho que es reprochable socialmente, siendo criminales y por lo tanto deben pagar una pena. Pero, lo cierto es que estamos frente a un Estado social de derecho. Por ello, este debe garantizar a todos sus asociados la plena realización de una vida digna y como anteriormente se estableció, el fin de la pena no es vengativa sino resocializadora. Por lo tanto, el Estado debe erradicar todas las situaciones que transgredan los derechos humanos de los reclusos y crear condiciones que permitan el cumplimiento de su sanción, en condiciones de dignidad.

En este aspecto, logra relevancia, el caso abordado en la sentencia T-114/21. El señor Alberto Moncada (accionante), es una persona privada de la libertad desde el 2008, quien se encuentra cumpliendo una condena de 35 años. Este presentó acción de tutela en contra del INPEC y del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Cúcuta (EPAMSCASCO), con la finalidad de solicitar amparo y protección de los derechos fundamentales a la unidad familiar, a la vida en condiciones dignas, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, derechos que considera le están vulnerando, al omitir las visitas virtuales con su familia (esposa e hijo), los cuales también se encuentran privados de su libertad en diferentes centros de reclusión.

En los hechos, el accionante relata que fue trasladado de la Cárcel de Cúcuta a la de Combita, desde ese entonces no ha recibido visitas personales, pues su esposa e hijo se encuentran reclusos en diferentes cárceles. Ante esa situación le solicitó al INPEC y del EPAMSCASCO, visitas virtuales cada mes, la solicitud fue concedida pero cada 3 meses sin fechas en específico. En ese contexto, el accionante solicita que se les ordene a las partes accionadas organizar de forma

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-259. Expediente T-7.575.016. (23, julio, 2020). M.P. Cristina Pardo Schlesinger[en línea]. La Corte. 2020. 46 p. [Consultado: 30 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-259-20.htm>

inmediata las visitas virtuales en periodos mensual, pues es la única manera que tiene de comunicarse con su familia.

La decisión del alto tribunal estableció que:

se deberá garantizar que el accionante pueda realizar, como mínimo, **una visita virtual mensual** con su núcleo familiar, siempre que el actor lo solicite, sin perjuicio de que puedan desarrollarse encuentros con mayor frecuencia, en la medida en que los establecimientos penitenciarios involucrados dispongan de más recursos físicos para ello y que el promedio de frecuencia de las visitas virtuales familiares haya disminuido para la población privada de la libertad recluida en ellos, caso en el cual deberá asegurarse la visita virtual familiar de la misma manera en que el establecimientos la procura a personas que no tienen ninguna otra posibilidad de contacto con sus familiares¹².

Con base en el caso expuesto en la sentencia, se establece que el derecho a la unidad familiar es considerado, según la Corte como un requisito indispensable para la resocialización del condenado. Ya que es una forma de garantizarle a las personas privadas de la libertad la cercanía con su grupo familiar.

Por otro lado, la Corte sostiene que: La protección de la unidad familiar se fundamenta en la Constitución. Particularmente en los artículos: (i) 15, que reconoce la inviolabilidad de la intimidad de la familia; (ii) 42, que prevé la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia y sancionar cualquier forma de violencia, por ser destructiva para dicha institución; y, (iii) 44 que consagra el derecho de los niños a “(...) *tener una familia y no ser separados de ella*”¹³.

Además, señaló que:

Es deber del Estado, a través de las autoridades públicas que tienen a su cargo la regulación, ejecución y control de la política criminal en materia penitenciaria y carcelaria, asegurar que las personas privadas de libertad mantengan contacto permanente con sus familiares, a través de distintas modalidades como las comunicaciones o las visitas. De este modo, aunque el derecho a la unidad familiar es uno de aquellos que puede limitarse debido

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T.114. Expediente T-8.008.127. (29, abril, 2021). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [en línea]. D.C.: La Corte. 2021. 42 p. [Consultado: 30 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-114-21.htm>

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T.114. Expediente T-8.008.127. (29, abril, 2021). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [en línea]. D.C.: La Corte. 2021. [Consultado: 30 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-114-21.htm>

a la privación de la libertad, las restricciones que se impongan sobre esta garantía deben atender a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues es necesario que estos límites se orienten a desarrollar los fines de la sanción penal¹⁴.

Finaliza la Corte puntualizando que:

existen dificultades en materia de coordinación entre instituciones carcelarias para garantizar las visitas virtuales familiares y advirtió que el conocimiento de los establecimientos penitenciarios y de la población carcelaria sobre los parámetros que rigen este tipo de encuentros es insuficiente, por lo que ordena al Ministerio de Justicia y al INPEC que, en el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, implementen mecanismos adecuados y eficientes de coordinación entre los establecimientos penitenciarios y carcelarios accionados, para llevar a cabo las visitas virtuales; y, los exhorta para que (i) socialicen en todos los centros carcelarios del país los parámetros y las normas aplicables a esta modalidad de visitas; y, (ii) adopten las medidas necesarias para ampliar la cobertura de las herramientas telemáticas de comunicación con los familiares de los internos¹⁵.

Es así como las visitas de los internos con sus familiares dentro de lo reglamentado por los centros penitenciarios o carcelarios resultan indispensable para la preparación a la vida en sociedad de estos, y la transgresión de este derecho impediría el cumplimiento de la pena en condiciones dignas. Si bien el derecho a la unidad familiar es limitado por la pena impuesta, este no puede ser desconocido, dado que la familia es uno de los medios para lograr el fin de la pena.

De otra parte, también resulta necesario abordar el tema sobre la tragedia que aconteció el día 28 de junio del 2022 en la cárcel de Tuluá, perteneciente al departamento del Valle del Cauca, desventura que ha sido la más grande del país hasta el momento. Según el director de la cárcel, el suceso comenzó con un enfrentamiento entre los reclusos, los cuales se disputaban el poder. Fue así como en medio de los enfrentamientos empezaron a quemar las colchonetas, dando como origen un incendio, el cual se expandió por todo el pabellón 8.

¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T.114. Expediente T-8.008.127. (29, abril, 2021). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [en línea]. D.C.: La Corte. 2021. [Consultado: 30 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-114-21.htm>

¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T.114. Expediente T-8.008.127. (29, abril, 2021). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [en línea]. D.C.: La Corte. 2021. 42 p. [Consultado: 30 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-114-21.htm>

En medio de la conflagración que tomó gran ventaja para los reclusos, estos pedían ayuda, dado que era incontrolable las llamas y el humo, y los guardias del INPEC no daban abasto para controlar la magnitud de la situación. A pesar de los esfuerzos de los guardias y de los internos tratando de apagar las llamas con el agua de los inodoros, fallecieron aproximadamente 53 personas, algunos por inhalación de humo, otros se quemaron vivos y 23 quedaron heridos.

Esta tragedia es una de las consecuencias que deja el abandono Estatal frente al sistema penitenciario y carcelario, pues así se encuentra la cárcel de Tuluá con sobrepoblación; ya que este centro de reclusión tiene una capacidad para 1.078 presos y aloja en la actualidad una población de 1.270, es decir, tiene un porcentaje de hacinamiento del 17,8 por ciento; precariedad en la infraestructura; y reducido personal del INPEC, dado que el día de la tragedia en el pabellón 8, solo había un funcionario para atender la emergencia.

Debido a situaciones como las anteriormente mencionadas son las que nos han llevado como grupo investigativo a tratar de buscar una alternativa para que las personas que están pagando una condena o quien se encuentre en un proceso penal, sea tratado dignamente y con el debido respeto a la integridad personal como derechos inherentes al ser humano. Y con la finalidad de seguir conociendo las condiciones de los reclusos, el día 12 de Julio del 2022, el semillero de derecho procesal penal realizó una visita al Centro Penitenciario Anayansi de Quibdó- Chocó, con el objetivo de conocer directamente la experiencia de los internos conforme a la situación que se vive dentro de la misma y con respecto a las políticas estatales frente al derecho a la integridad personal de las personas privadas de su libertad, y seguidamente observar de primera línea la situación actual en la que se encuentra esta población.

Para llegar al fin propuesto, previamente se plantearon unas preguntas abiertas con relación al tema y dirigidas hacia los internos entrevistados. Con base en las respuestas de los reclusos y lo que pudimos observar, La Anayansi es un centro penitenciario con capacidad estructural y administrativa para 300 internos, pero actualmente cuenta con 415 PPL (Personas privadas de su libertad), lo que se traduce en un hacinamiento que genera otras consecuencias como la falta de camas, productos de aseo y alimentación precaria.

Con base a la experiencia de uno de los reclusos entrevistados, este manifiesta que el respeto, el trato y la consideración que puedan dar dentro de la cárcel depende del conocimiento de los derechos, de la normatividad y los recursos económicos que la persona tenga, es así la única manera en que pueden tener un trato digno.

Las condiciones en que se encuentran los reclusos, no son compatibles con el derecho a la integridad personal, ya que de acuerdo con los relatos y experiencias

de algunos penados, se normaliza dormir en el piso, la alimentación es precaria, dormir bien es para los que tenga cierta influencia en la cárcel, sin dejar a un lado el poco apoyo psicosocial que tienen los internos, ya que la cárcel Anayansi como se estableció anteriormente, alberga 415 reclusos para una sola psicóloga, situación que hace complejo el proceso psicosocial que debe llevar cada recluso.

Sin embargo, el trato a las reclusas es muy distinto, de acuerdo con la intervención de la reclusa entrevistada, ellas dentro del espacio tienen un ambiente totalmente diferente, los elementos de aseo personal son entregados de manera oportuna, cada una cuenta con una cama para descansar, y el suficiente espacio para realizar sus actividades diarias. Este trato diferencial frente a la penitenciaria masculina obedece a que, en el centro, existen 19 reclusas, al ser tan pocas internas es posible que la atención a estas sea brindada oportunamente.

No obstante, la situación de las femeninas, en la visita que realizamos al centro de reclusión Anayancy de Quibdó, pudimos evidenciar el abandono estatal, dadas las condiciones que se expusieron, que impiden la efectividad del derecho a la integridad personal, situación que no se aleja mucho de la que evidenció la Defensoría del Pueblo, en el año 2014, en el que ante la difícil situación carcelaria que afrontaba el país, la **Defensoría del Pueblo** encendió las alarmas luego de evidenciar la lamentable situación en la que se encontraban los reclusos de la cárcel Anayancy de la capital chocoana.

Luego de un incendio ocurrido en la **cárcel Modelo de Barranquilla** y del cierre de un pabellón en la cárcel de **Bellavista en Medellín**, la Defensoría del Pueblo presentó una alerta ante el peligro inminente que enfrentaban los reclusos de la cárcel Anayansi de Quibdó, debido las deficiencias en la infraestructura del centro de reclusión.

Para esas calendas, en una visita de la Defensoría del Pueblo Regional Chocó al centro penitenciario, se recogieron las quejas de los reclusos y se recolectaron pruebas sobre la mala situación que allí soportaban **713 internos (30 mujeres y 683 hombres)** en un sitio que tiene capacidad para solo 280.

Los reclusos construyeron unas camas de madera con las que, debido a las malas condiciones de las redes eléctricas, se generaba un riesgo inminente para la vida y la integridad personal de la población carcelaria ya que fácilmente se podría presentar un incendio.

Como se esbozó anteriormente la integridad personal es un derecho absoluto y no puede ser limitado o transgredido a ninguna persona, ya que es inherente a cada ser humano.

A continuación, se elucubraré los tres aspectos que contempla este derecho. Como primero, el aspecto físico comprende la conservación de todos los órganos del cuerpo humano. Este aspecto se ve vulnerado con las precarias condiciones

de salubridad que viven las cárceles. tal como se expuso en la sentencia T-288 de 2020, la cual estableció las condiciones que viven los presos en la cárcel del Banco de Magdalena, que son: “la filtración de las aguas negras en las celdas, los baños están en condiciones deplorables y las duchas no son suficientes¹⁶”. Dado que los reclusos no cuentan con las condiciones de salubridad idóneas para la vivencia del ser humano, el centro de reclusión se convierte en un medio de contagio de enfermedades infecciosas, las cuales se esparcen rápidamente por el hacinamiento que estos viven.

Por otro lado, un punto muy importante que se debe tener en cuenta es la obligación que tienen el Estado de brindarles todos los elementos de aseo personal a cada recluso, como jabón de baño, cepillo de dientes, cuchillas de afeitar, toallas, papel higiénico, etc. Pero estos centros de reclusión no dan abasto para satisfacer permanentemente, estos requerimientos, pues así lo estableció la precitada sentencia, exponiendo que “los insumos mínimos de aseo y descanso como cepillos de dientes, jabones, colchonetas y sabanas no son suficientes y en algunos casos los familiares de los presos deben suministrar los mismos¹⁷”.

Como segundo tenemos el aspecto psíquico, que se basa en la conservación de la salud mental del reo, siendo esta igual de importante que la física. Los seres humanos por naturaleza somos libres y sociales, y es así como la privación de la libertad de cualquier persona puede afectar su salud mental.

Sin embargo, esta privación es la carga que debe llevar el condenado por su acto delictivo, pero ello no puede transgredir su integridad personal. Este aspecto ha sido también vulnerado por el Estado Colombiano, pues así se demuestra en la sentencia T 137 del 2021, en la cual se estudia el caso de un recluso que fue trasladado de la cárcel de Apartadó (Antioquia) a la cárcel de Cóbbita (Boyacá), en este traslado el INPEC no analizó las condiciones de esta persona, debido que en la cárcel trabajaba y lo que ganaba se lo entregaba a su pareja para el sustento de ella y sus hijas menores de edad.

Al realizarse el traslado de esta persona, alejándolo de sus familiares a quienes veía cada ocho días, se afectó su salud mental y además como lo estableció la Corte, el tener comunicación con el núcleo familiar es vital para la resocialización del reo. Aunado a esta situación se encuentra la inseguridad que se vive en los penales, está el recluso en la incertidumbre que en cualquier momento podría acontecer una situación que ponga en peligro su vida, lo cual generan estrés, tristeza, angustia y ansiedad, lo cual afectan gravemente la salud mental de los penados.

¹⁶ Op. cit.

¹⁷ Op. cit.

Como ultimo tenemos el aspecto moral, entendiéndose como todas las creencias, valores que tiene el ser humano. Este aspecto se ve afectado en cuanto al ambiente de la cárcel, que, en lugar de permitir percibir entornos de paz, reflexión y cambio, denotan un ambiente criminal, ínsita a delinquir y a desarrollar un instinto de supervivencia, por la misma violencia que hay dentro de estas cárceles.

Es por tales circunstancias que el derecho a la integridad personal de los reclusos en Colombia se ve transgredido en sus tres dimensiones dadas las condiciones físicas, el ambiente del mismo centro de reclusión, y las pocas garantías que brinda el Estado para salvaguardar la dignidad humana de esta población con incidencia positiva y favorable en su proceso de resocialización.

En cuanto a los derechos y libertades que le asisten a todo ser humano, tenemos el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual establece que: “ Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁸.

Además, su artículo 2 predica que: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”¹⁹.

A partir de los precitados artículos se establece la obligación de los Estados que hayan suscrito la CADH, como Colombia a garantizar todo los derechos y libertades que están contenidos en dicho instrumento. Por ende todas las autoridades estatales en especial las autoridades judiciales, deben garantizar que sus decisiones sean compatibles y no vulneren ningún derecho consagrado en la CADH o en cualquier otra normatividad interna, tal como se establece en la ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), en su artículo 5:

En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos univer-

¹⁸ COSTA RICA. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (22, noviembre, 1969).

¹⁹ COSTA RICA. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (22, noviembre, 1969).

salmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral. Las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto.

Lo carencia de recursos no podrá justificar que las condiciones de reclusión vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad²⁰.

De este modo, las autoridades estatales que son operadores judiciales, a juicio del semillero, tienen un mecanismo para lograr este fin, que es el control de convencionalidad. Este control permite que los jueces tomen sus decisiones basadas en la ausencia de incompatibilidad entre el texto de la convención u otras normas supranacionales con la legislación interna, a fin de que se garantice el respeto por los derechos humanos. No obstante, este control se dificulta en la práctica ya que en el país no existe la tendencia de que los jueces apliquen dicho control, que se reflejaría en no aplicar una norma interna por ir en contra de un tratado internacional o darle una interpretación armónica a la norma nacional con la CAHD.

Si bien, no es necesario de una norma local para que los jueces realicen este control, sería pertinente que se crearan lineamientos específicos para que las autoridades estatales puedan aplicar con seguridad estas disposiciones supranacionales, de manera que, este control de convencionalidad sea el dispositivo que los jueces apliquen cuando sea necesario, en la misma forma como se aplica el control de legalidad o constitucionalidad, y por ende lograr que todas las decisiones de las autoridades estatales estén acordes a los estándares interamericanos y de esta manera se evitaría la responsabilidad internacional del Estado Colombiano por violación de derechos humanos.

Conforme lo esbozado por la Corte IDH en la sentencia Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sobre el Control de convencionalidad debe ser realizado ex officio y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes, se establece que:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de

²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 65 (19, agosto, 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 40.999. [Consultado: julio 30 de 2022]. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9210>

constitucionalidad, sino también “de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones²¹.

En tal sentido, las autoridades judiciales al tomar sus decisiones deben velar porque estas sean compatibles con lo estipulado por la CADH, y aplicar las interpretaciones que la Corte IDH le ha dado a esta normatividad.

Por ello en el proceso penal (Ley 906 de 2004), el juez de control de garantías cumple una función protectora de los derechos fundamentales del procesado. Por lo tanto, esta autoridad judicial está obligada a realizar un control de legalidad y de constitucionalidad frente a sus decisiones, para que ninguna de ellas desconozca los derechos contenidos en la normatividad constitucional ni legal.

Igualmente, están obligados a realizar un control de convencionalidad, pues es aquí donde se propone que estos jueces al realizar dicho control, siempre que en el proceso la Fiscalía solicite medida de aseguramiento privativa de la libertad, el operador judicial analice las condiciones del centro carcelario, en la cual sería recluido el imputado si es procedente la solicitud, y si y solo si cumple con las condiciones mínimas asegurables que respete la integridad personal del imputado, imponerla. En caso contrario, estas autoridades podrían conceder otra medida privativa de la libertad, como la detención domiciliaria, o una medida no privativa, dado que el Estado no cuenta con las condiciones para privar de la libertad a una persona en situación de dignidad.

Para este efecto, el juez deberá ponderar la normatividad interna, que establece la remisión del imputado a la modalidad intramural, o la norma supranacional de la CADH que establece la integridad del reo. Así pues, el juez conforme a la ponderación que debe realizar y con fundamento en el artículo 93 de la Constitución Política, podrá determinar, que la normatividad supranacional prevalecerá sobre la interna. Y en aras de evitar la trasgresión de los derechos humanos al procesado y una futura responsabilidad internacional por parte del Estado Colombiano, el juez impondría una detención domiciliaria como garantía del respeto a su dignidad humana.

²¹ SAN JOSÉ DE COSTA RICA.CORTE IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.1806.

Por otro lado, está el juez de ejecución de penas, el cual tiene la función de vigilar al reo en el cumplimiento de la sanción y asegurar que esta cumpla su finalidad. Por ello, este juez debe garantizar al recluso el respeto de la integridad personal. Así pues, cuando esta autoridad judicial en sus funciones de vigilancia de la ejecución de la pena detecte que el recluso padece alguna de las condiciones establecidas anteriormente o cualquier otra que transgreda la integridad del reo, esta autoridad podría otorgarle la prisión domiciliaria como subrogado penal y de manera oficiosa. Si bien, la cárcel no cuenta con las condiciones que respete la integridad del reo y permita su resocialización, el juez de ejecución de penas debe procurar que los condenados puedan redimir su pena en condiciones dignas y compatibles con la normatividad internacional, en este caso la CADH.

No obstante, este control de convencionalidad se deberá aplicar atendiendo la gravedad y modalidad del delito, la gravedad de la afectación del derecho a la integridad personal del procesado o condenado según el caso y la protección de los derechos de las víctimas. Por lo tanto, el juez de control de garantías como el de ejecución de penas y medida de seguridad, deberá ponderar si la aplicación del control de convencionalidad no pone en riesgo a las víctimas y la comunidad.

Esa facultad de los jueces, cobra especial importancia en medio de grave peligro para la salud y la vida de los reclusos tal como ocurrió en medio de la pandemia originada por el covid 19, en medio del cual el gobierno nacional expidió el decreto 546 por medio del cual adoptó “medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encontraban en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación en el marco del Estado de Emergencia Económica, social y ecológica”.

El decreto, según los especialistas, resultaba totalmente insuficiente frente al peligro real que enfrentaban los presos de perder su vida producto de una infección y/o contagio generalizado, de manera que los jueces podían adoptar medidas de urgencias para la protección del derecho a la vida de los reclusos y en ese sentido independientemente de la gravedad de los hechos, no se estaban imponiendo medidas intramurales. Esta disposición resultó importante y oportuna por cuanto sobrevaloró el derecho a la integridad, de manera preferente, ubicando como corresponde al ser humano en el centro del universo y así debe procederse en situaciones similares.

Conclusiones y recomendaciones

El Código Nacional penitenciario y carcelario, modificado por la ley 1709 de 2014, acoge en su artículo 5, el concepto de Dignidad humana y establece que:

En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los Derechos Humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral.

Las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto.

Lo carencia de recursos no podrá justificar que las condiciones de reclusión vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad²².

En tal sentido, cuando se exige es obligación del Estado Colombiano, garantizar y respetar la dignidad humana. Para ello es necesario que adopte todas las condiciones que permitan el respeto de la integridad personal en sus tres dimensiones, y que la condena cumpla su fin resocializador.

Cuando esto surge como un deber, no se está siendo condescendiente con el delincuente, pues se le exige al Estado que cumpla conforme a las bases de un verdadero Estado social de derecho y conforme los tratados internacionales que este ha adoptado y por lo tanto está en la obligación de cumplir. Así pues, la dignidad humana y la integridad personal son derechos humanos que deben primar en el proceso penal y los operadores judiciales deben ser los guardianes de procurar garantizar en sus decisiones, la materialidad de estas prerrogativas. Por tal razón, cuando se solicita medida de aseguramiento privativa de la libertad, el juez debe garantizar a través del control de convencionalidad que, en caso de prosperar dicha solicitud, el imputado estará restringido de su facultad de locomoción, en condiciones idóneas, las cuales respeten sus derechos humanos. Así mismo, deberá realizar el juez de ejecución de penas el control de convencionalidad para garantizar el cumplimiento de la pena dignamente y que esta cumpla su finalidad de **retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado**, porque si bien, la pena es una aflicción, esta no puede trascender de la persona del delincuente.

Es deber de los jueces de la República, siempre y en todo momento, privilegiar el derecho a la dignidad humana, y en tanto los centros de reclusión no

²² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 95 (19, agosto, 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 40.999, de 20 de Agosto de 1993. [Consultado: julio 10 de 2022]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html

garanticen condiciones mínimas de reclusión, optar por medidas sustitutivas a la privación de la libertad.

En armonía con ello, el Estado Colombiano debe garantizar la construcción de nuevas cárceles que, en su infraestructura, reúnan condiciones de seguridad, salubridad y dignidad, a fin de garantizar en un contexto real y no utópico, los derechos de la población reclusa en sus tres dimensiones.

De manera paralela, alterna y concomitante, el gobierno nacional debe implementar la clasificación y adecuado uso, de los establecimientos de reclusión, contenidos en el artículo 20 del Código Nacional Penitenciario y Carcelario, construyendo:

1. Cárceles de detención preventiva.
2. Penitenciarías.
3. Casas para la detención y cumplimiento de pena por conductas punibles culposas cometidas en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio.
4. Centros de arraigo transitorio.
5. Establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente. Estos establecimientos estarán bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Salud y Protección Social, en los cuales serán recluidas las personas con trastorno mental permanente o transitorio con base patológica.
6. Cárceles y penitenciarías de alta seguridad.
7. Cárceles y penitenciarías para mujeres.
8. Cárceles y penitenciarías para miembros de la Fuerza Pública.
9. Colonias.

Solo así, y de manera complementaria con la decisión de los jueces, puede atacarse el fenómeno del hacinamiento y garantizarse el cumplimiento de una pena o medida restrictiva de libertad de carácter preventivo, en condiciones de dignidad.

Referencias

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 65 (20, Agosto, 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 40.999. p. 2 -65. [Consultado: julio 19 de 2022]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html

Convención americana de Derechos Humanos, cit., artículo 5 (22, noviembre, 1969).

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (20, Julio, 1991) Gaceta Constitucional No. 116. Santa Fe de Bogotá, D.C. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

COSTA RICA. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (22, noviembre, 1969)

GALINDO, Javier Alfonso. Contenido del derecho a la integridad personal. *Revista Derecho del Estado* [en línea]. docente investigador de la Universidad del Táchira. p.29. [Consultado: 2 de julio de 2022]. Disponible en file:///C:/Users/a/Downloads/Dialnet-ContenidoDelDerechoALaIntegridadPersonal-3135087%20(2).pdf

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-235. Expediente T-27801 (17, mayo, 1994). M.P. Antonio Barrera Carbonell [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 1994. 1 p. [Consultado: 29 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-235-94.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-388. Expediente T-3.805.761. (28, junio, 2013). M.P. María Victoria Calle Correa [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2013. 5 p. [Consultado: 29 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-288. Expediente T-6.745.002. (3, agosto, 2020). M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2020. 53 p. [Consultado: 29 de junio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-288-20.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-288. Expediente T-6.745.002. (3, agosto, 2020). M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2020. 54 p. [Consultado: 29 de junio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-288-20.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-259. Expediente T-7.575.016. (23, julio, 2020). M.P. Cristina Pardo Schlesinger [en línea]. La Corte. 2020. 46 p. [Consultado: 30 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-259-20.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T.114. Expediente T-8.008.127. (29, abril, 2021). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [en línea].

- D.C.: La Corte. 2021. 42 p. [Consultado: 30 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-114-21.htm>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T.114. Expediente T-8.008.127. (29, abril, 2021). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [en línea] D.C.: La Corte. 2021. [Consultado: 30 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-114-21.htm>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T.114. Expediente T-8.008.127. (29, abril, 2021). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [en línea]. D.C.: La Corte. 2021. [Consultado: 30 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-114-21.htm>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T.114. Expediente T-8.008.127. (29, abril, 2021). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [en línea]..C.: La Corte. 2021. 42 p. [Consultado: 30 de julio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-114-21.htm>
- COSTA RICA. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (22, noviembre, 1969)
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 65 (19, agosto, 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 40.999. [Consultado: julio 30 de 2022]. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9210>
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 95 (19, agosto, 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 40.999, de 20 de Agosto de 1993. [Consultado: julio 10 de 2022]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html
- SAN JOSÉ DE COSTA RICA. CORTE IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.1806.
- ONU, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (10, diciembre, 1984) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>

EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS EN EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR CHILENO DE FAMILIA

*Alfredo Gabriel Pérez González,
Ignacio Esteban Díaz Heredia, Angélica María Caro Abarca,
Macarena Andrea Díaz Vivanco, Valentina Paz Contreras Rojas,
Nicole Anaís Salinas Álvarez y Susana Ester Rivas López,*

Tutor: *Eugenio Labarca Birke
Universidad Finis Terrae, Chile*

Resumen

Chile ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990. En ella, la comunidad internacional reconoció que los niños, niñas y adolescentes necesitan una atención y protección especial. En ese sentido, el derecho a ser oído junto con el interés superior del niño, fueron asimilados por nuestro ordenamiento jurídico como uno de los principios formativos del procedimiento rector de la judicatura chilena. Sin embargo, respecto del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, la Convención solo entrega un margen general y nuestro ordenamiento jurídico nacional tampoco delimita los mecanismos mediante los cuales este derecho debe ejercerse.

Nuestro estudio empírico recoge datos que visibilizan si efectivamente los jueces actúan para asegurar que los niños, niñas y adolescentes sean oídos, y cuáles son los mecanismos utilizados para ello.

Palabras clave: Procedimiento de Familia, derecho del niño a ser oído, formas procesales.

Abstract

Chile ratified the Convention on the Rights of the Child in 1990, in it, the international community recognized that boys, girls and adolescents need special attention and protection. In this sense, the right to be heard, together with the best interests of the child were assimilated by our legal system as one of the formative principles of the procedure; governing the Chilean judiciary. However, with respect to the right of boys, girls and adolescents to be heard, the Convention only provides a general margin, and our national legal system does not delimit the mechanisms through which this right should be exercised. Our empirical study collects data that show whether judges do indeed act to ensure that boys, girls and adolescents are heard, and what mechanisms are used to do so.

Keywords: Family procedure, the right of the child to be heard, procedural forms.

Introducción

Es común escuchar que los niños, niñas y adolescentes son el futuro de la sociedad y sabemos que son lo más importante. Por este motivo, Chile se ha planteado la necesidad de avanzar en la materia, sin embargo, la judicatura especial de familia no ha logrado recoger en su totalidad el espíritu proteccional de los derechos humanos contenidos principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Oír y proteger a los niños son dos caras de la misma moneda. Señores, se ha perdido el norte, mientras se busca protegerlos, se ha elaborado un procedimiento especial cuyas etapas no logran recabar eficazmente sus voces, debido al enfoque adultocentrista del sistema jurídico chileno.

Dicho lo anterior, y con el objeto de tomar de la mano al lector y guiarlo, articulamos este trabajo en tres partes. La primera, tiene como misión exponer y delimitar los conceptos básicos que servirán como asiento para la exploración del derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes. En segundo lugar, se hará un análisis de las causas de Derecho de Familia, en el procedimiento de violencia intrafamiliar, ingresadas entre los años 2018 y 2020 a la Clínica Jurídica de Familia de la Universidad Finis Terrae de Chile. En el capítulo tercero, se analizará el rol del juez de garantizar el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído, colocando especial énfasis en la vulneración del mismo que podría originar un vicio de nulidad en el procedimiento.

Los niños de ahora son la esperanza del mañana. Esta frase que hemos oído en muchas ocasiones, sin duda encierra una verdad, pero ¿dónde queda el ahora? ¿Hay que esperar a que llegue el mañana? ¿Por qué no oír su voz ya?

Capítulo 1. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos

La vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) en el transcurso del tiempo, ha conllevado a la creación de múltiples convenciones, tratados y acuerdos, en miras a que los ordenamientos jurídicos a nivel mundial consideren a los NNA como sujetos de especial protección jurídica, reconociendo y garantizando tanto derechos civiles como políticos, destinados a velar por su seguridad, respeto y protección. Lo anterior se ha manifestado especialmente con la dictación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención) el año 1989, la que ha sido ratificada por la gran mayoría de países del mundo, a excepción de Estados Unidos, lo que es dable señalar, pues a pesar de que la infancia es un tema de especial importancia en las sociedades, aún existen países que no se sienten comprometidos a reconocerla ni a garantizar la protección de los derechos que la integran.

Con el fin de otorgar los elementos necesarios para un análisis acabado, es preciso referirse a qué se entiende por niñez. El artículo 1° de la Convención, señala que es niño o niña: *“Todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. Al respecto, resulta necesario que los ordenamientos jurídicos consideren la diferencia entre las distintas etapas de la niñez y las distintas formas que tienen los NNA de expresar sus opiniones e ideas en razón de su desarrollo y madurez, vale decir, estos elementos no son los mismos en un niño o niña de 5 años que en un adolescente de 16, y si bien es lógico pensar que estos últimos suelen ser más elocuentes a la hora de expresarse, esto en ningún caso significa que posean mayor derecho que los primeros a ser oídos, puesto que los Estados deben buscar herramientas para que todo grupo etario pueda participar y hacer uso de sus derechos, y en el caso, conforme a la etapa de crecimiento de cada niño, teniendo presente su condición de tal.

En razón de los derechos de los NNA, analizaremos dos de los derechos humanos de los NNA, que son recogidos y visibilizados como principios rectores de la Convención: el *interés superior del niño*, y el *derecho del NNA a ser oído*.

a. El interés superior del niño

En materia de derecho internacional, el Interés superior de los NNA es un principio general del derecho, siéndole aplicable el artículo 38 número 3 del

¹ NACIONES UNIDAS. Norma Internacional [en línea]. (20, noviembre, 1989) [consultado el 07, julio, 2022]. Convención sobre los Derechos del Niño-M. Registro Oficial. 22 de septiembre, 1992. no. 31. Disponible en Internet: <<https://www.gob.ec/regulaciones/convencion-derechos-nino-m>>.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual establece que: “*La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] 3. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*”². Lo anterior se materializa a través de la aplicación en distintos ordenamientos jurídicos, en razón de que este principio es reconocido por la Convención, y, por ende, por los Estados parte, bajo otras denominaciones como “best interests of the child” o “l’intérêt supérieur de l’enfant”.

Este principio fue reconocido internacionalmente por vez primera en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y posteriormente ratificado por la Convención de 1989. Sin embargo, pese a lo masivo de su uso, su concepto no resulta ser del todo claro. La Convención consagra este principio en el artículo 3.1: “*Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo*”³, o sea, solo determina quiénes deben velar por el cumplimiento del interés superior del niño, sin señalar en qué consiste este principio rector ni cuáles son sus elementos. Al respecto, autores como Miguel Cillero – Bruñol, han señalado que “*es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos*”⁴. Sin embargo, no se explica en qué consiste esta satisfacción, por lo que, para salvar esta omisión y establecer parámetros de aplicación, el Comité de la Convención entrega una propuesta que “*proporcionaría orientación a los Estados o los responsables de la toma de decisiones cuando tuviesen que regular esferas específicas que afectan a los niños*”⁵, cual es, considerar la opinión del NNA sobre las decisiones que pueden afectarle en su integridad o en aspectos referentes a su identidad.

² NACIONES UNIDAS. Estatuto de la corte internacional de justicia. Artículo 38. Ginebra: Corte Internacional de Justicia. (1945) [consultado el 7, agosto, 2022]. Disponible en Internet: <<https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap1.htm>>.

³ NACIONES UNIDAS. Norma Internacional [en línea]. (20, noviembre, 1989) [consultado el 07, julio, 2022]. Convención sobre los Derechos del Niño-M. Registro Oficial. 22, septiembre, 1992. no. 31. Disponible en Internet: <<https://www.gob.ec/regulaciones/convencion-derechos-nino-m>>.

⁴ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. En: Derechos de la niñez y la adolescencia antología. Costa Rica: CONAMAJ, 2001. p. 39.

⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Ginebra: Naciones Unidas, 2013. 22 p. Observación general N°14.

Con independencia de lo expuesto por el Comité, el interés superior del niño debe siempre ajustarse al caso concreto, ya que pese a existir parámetros de aplicación, la práctica lleva a que sean las autoridades o los padres de los NNA quienes tomen la decisión final en lo que a la aplicación de este principio respecta. Asimismo, se ha señalado que *“la aplicación del ISN a una situación específica no es algo que se pueda llevar a cabo uniforme y mecánicamente respecto a todos los niños. La determinación del contenido concreto del ISN de cada NNA implica un trabajo de argumentación y colaboración serio de aquellos que intervengan en el proceso, de manera que el sentenciador cuente con todos los insumos que sean pertinentes y adecuados para establecer dicho interés superior y justificar el trato diferenciado que, de ser menester, se llevará a cabo, sin incurrir en arbitrariedades de ningún tipo”*⁶.

En Chile, según la doctrina mayoritaria, la Constitución Política de la República señala que los tratados que versan sobre derechos fundamentales tienen rango constitucional⁷. Por ello, el interés superior del niño al estar contenido en una Convención y a su vez considerarse un derecho humano, un derecho fundamental como tal, tiene incidencia en el procedimiento de los órganos jurisdiccionales. Al respecto, la Carta Fundamental expresa: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*⁸.

El interés superior del niño ha sido un factor sustancial de modificación en el área del derecho procesal chileno, tanto así, que se procedió a la creación de los Tribunales de Familia mediante la Ley N° 19.968, la cual establece procesos breves y simplificados, con miras a proteger los bienes jurídicos esenciales, entre ellos, aquellos inherentes a los NNA. Así, el artículo 16 de la norma indica que: *“El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a*

⁶ CONTRERAS ROJAS, Cristian. Debido proceso e infancia. La participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial a la luz de los Derechos Humanos, con especial referencia al derecho a la prueba y el derecho a la sentencia motivada en clave de infancia. En: Revista de Derecho. 2021. vol. 19, no. 2.

⁷ LLANOS, Hugo y RIVEROS, Edgardo. Jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile. En: Diario Constitucional. 23, abril, 2021.

⁸ CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Decreto 100 [en línea]. (17, septiembre, 2005) [consultado el 10, julio, 2022]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la constitución política de la república de Chile. Diario Oficial. 22, septiembre, 2005. no. 38268. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

*ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento*⁹, es decir, los jueces en el procedimiento deben estarse a este derecho tanto en la dictación de la sentencia definitiva, como en las medidas de protección o cautelares que adopten en razón de proteger a los NNA, ya sea durante todo el proceso o incluso después de él.

Lo anterior es reconocido por la Excelentísima Corte Suprema, señalando esta que *“en los juicios sobre materias de familia, el interés superior del niño, niña o adolescente constituye un principio fundamental para adoptar cualquier decisión que afecte su vida. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre el desarrollo de los potenciales de aquellos y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida”*¹⁰. Pese a ello, es común que se fallen sentencias definitivas que se alejen del principio de interés superior del niño, pudiendo quedar incluso en estado de indefensión. Otro factor a considerar es la dictación de medidas cautelares o de protección, vale decir, muchas veces los tribunales en el ejercicio de su potestad cautelar pasan por alto el interés superior del niño, perdiendo la comunicación con el mismo y dando pie a la vulneración del segundo principio rector de la Convención mencionado: el derecho a ser oído de los NNA.

b. El derecho del NNA a ser oído

Sobre lo expuesto, cabe preguntarse cómo es que se ha interpretado el derecho de los NNA a ser oídos. El académico y doctor en Derecho Jaime Couso ha señalado que *“La hipótesis referida al «niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio» debe entenderse en un amplio sentido, abarcando a todo niño que puede tener algo relevante que comunicar sobre un asunto que le afectará, incluso a través de formas no verbales”*¹¹. A partir de ello, es dable concluir que incluso los NNA que aún no pueden expresarse verbalmente también deben ser oídos, considerando que existen formas no verbales de comunicación y que, con

⁹ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 07, julio, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

¹⁰ CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo N° 41014-2019. (30, junio, 2022). Albertz con Argomodo.

¹¹ COUSO SALAS, Jaime. El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído. En: Revista de Derechos del Niño. 2006. Núm. 3-4, p. 153.

herramientas adecuadas, es una limitación subsanable. En el mismo sentido, expone Francisco Estrada Vásquez que: *“Es necesario entender este derecho como un proceso complejo, que involucra lenguaje verbal y no verbal, reacciones y tiempos distintos, y un desarrollo cognitivo y emocional no adultista, sino propio de la infancia y adolescencia. No se puede medir con parámetros de racionalidad adulta la capacidad de los niños para expresar su opinión. Este punto es central, pues de otra forma se puede llegar a concluir de forma errónea que sólo quienes puedan expresarse verbalmente y de forma racional (adulta) pueden ser oídos”*¹².

En consecuencia, se desprende que no existe únicamente la obligación de oír a los NNA sino que, además, es de vital importancia el enfoque y la disposición del sujeto que los escucha, sea un juez, un psicólogo o un curador ad litem, y que quien escuche debe tener presente que oír a un NNA, quien cuenta con las aptitudes necesarias para expresar su opinión, sin prejuicios propios del adultocentrismo¹³. Se puede sostener entonces, que existe una presunción de que el NNA es capaz de manifestar su opinión de manera eficiente conforme a su edad, sin esperar que se exprese como un adulto, ya que ello no sería acorde al desarrollo natural de sus capacidades, y bajo todo aspecto vulneraría su interés superior. Por ello, es necesario poner atención en la forma en que ese NNA se comunica, lo que se extiende no sólo al lenguaje verbal, sino también al kinésico. Por ende, para velar por un derecho tan relevante como lo es el derecho del NNA a ser oído, es necesario que los encargados de relacionarse con este posean las competencias y conocimientos adecuados para no caer en los múltiples errores que pueden afectar el debido proceso de una materia tan fundamental como lo son los derechos del NNA.

En sentido contrario, las abogadas Vargas Pavez y Correa Camus, señalan que *“el artículo 12 de la CDN señala que se dará la oportunidad al niño de ser oído, “ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado”. La conjunción “o” que contiene esta norma da la posibilidad a los Estados de optar porque los niños sean escuchados a través de otras personas, razón por la cual se sostiene que para cumplir con el mandato de la CDN bastaría con un sistema de asistencia estatal que se hiciera cargo de recoger y transmitir la opinión del niño”*¹⁴.

¹² ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco. Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas. En: Revista de Derecho. 2015. N° 8, p. 169.

¹³ LIEBEL, Manfred. Contrarrestar el adultocentrismo. Sobre niñez, participación política y justicia intergeneracional. En: Revista de Derecho. 2022. vol. 30, no. 58.

¹⁴ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Núm. 17-1, p. 184.

Cierto es que la Convención otorga la posibilidad de que el NNA sea oído a través de un representante, pero cabe cuestionarse hasta qué punto podría este método vulnerar este derecho, pues dicha representación en muchas ocasiones es asumida por un curador, a quien se le dificulta de sobremanera sostener entrevistas personales con el NNA previo a las audiencias, lo cual constatan las autoras Vargas y Correa, señalando: *“Los propios curadores advierten algunas dificultades para desempeñar su función, como por ejemplo, en el acceso a los niños o en algunos aspectos prácticos para desarrollar su labor. Todos los curadores entrevistados manifestaron que tratan de reunirse privadamente (y más de una vez) con los niños que van a representar, sin embargo, relatan que esto no siempre es posible. Ello, porque son los padres o adultos significativos quienes deben facilitar el contacto y muchas veces lo obstaculizan o derechamente lo niegan”*¹⁵. Se debe considerar que, en los juicios en que los NNA pueden verse afectados, es probable que los padres o tutores tengan intereses comprometidos, y que el aplicar el derecho a ser oído por medio de un representante, podría implicar su vulneración, sumado a la dificultad que enfrenta el curador para establecer la relación con el NNA, supeditada a factores como tiempos de visita, disposición de los padres e incluso del curador, pudiendo la intermediación dar origen a un sinnúmero de vicios en la materia. Al respecto Gutiérrez, Vargas y Rocha mencionan la idéntica figura en el sistema colombiano: *“se siguen vulnerando derechos fundamentales, valores y principios orientadores del derecho como es la moralidad, la ética, la protección de derechos en especial, el debido proceso; al darle responsabilidades de defensa pública de intereses, que son del consorte de la parte demandada ausente, a profesionales, cuyo servicio actualmente es remunerado por el demandante y gratuito con las nuevas consideraciones de la Ley 1564 del 2012, pero con un agravante de obligatoriedad, que podría desdibujar el espíritu del legislador e incluso magnificar la corrupción”*¹⁶. En efecto, la Convención permite que el derecho a ser oído sea ejercido a través de un representante, y que dicha representación debe ser efectiva, en cuanto a los derechos del NNA y no las pretensiones de su representante. Un procedimiento que no considere principios rectores puede implicar una grave afectación al debido proceso, tal como exponen Vargas y Correa, respecto al caso en que el entrevistador induce una respuesta al NNA, siendo obligado a modificar su opinión primigenia: *“...Los niños dejan de ser entrevistados y pasan a ser receptores del mensaje del juez, que en su calidad de autoridad los*

¹⁵ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. *En*: Revista Ius et Praxis. 2011. Núm. 17-1, p. 193.

¹⁶ GUTIÉRREZ VARGAS, Rosa; VARGAS CORMANE, María y ROCHA OSORIO, Emerson. Curadores ad litem, evolución o retroceso en las reformas procesales de Colombia y el mundo. *En*: Justicia Juris. 2014. vol. 10, no. 2, p. 102.

*orienta (o incluso los reta) respecto de la relación con su padre, madre o familia. Por lo general, a través de ese mensaje se busca que el niño modifique en algo las preferencias o intereses manifestados durante la entrevista*¹⁷.

Por otra parte, la Corte Suprema ha señalado que *“El razonamiento precedente ha llevado a esta Corte a afirmar en forma reiterada que la obligación de oír a los niños durante el desarrollo de los procedimientos que afecten su vida e intereses es un trámite esencial a efectos de lo dispuesto en el número 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil*¹⁸ y, a su vez, el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil indica que: *“El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: 9a. En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad*¹⁹. En consecuencia, el derecho a ser oído de los NNA es tan relevante que, de ser vulnerado, la sentencia definitiva dictada en el procedimiento encontrarse incluso en una causal de nulidad, por entender la Excelentísima Corte Suprema que este es un trámite esencial en los procedimientos que afecten a los NNA.

Adicionalmente, la Corte Suprema también ha señalado que: *“Evidentemente, a juicio de esta Corte Suprema, el que el niño haya declarado reservadamente ante el juez de familia, más no haya sido ponderado como un criterio relevante para la decisión en el fallo materia del recurso de casación, equivale a no ser oído, pues eso viene a significar su ausencia de consideración*²⁰. Es decir, no basta con que el NNA declare en el juicio que le concierne, sino que además ello debe ser vinculante a la sentencia al momento de fallar por parte del juzgador. Como puede advertirse, el derecho a ser oído no es un mero formalismo, sino que debe entenderse como lo que es: uno de los principios rectores del ordenamiento, emanado tanto de derechos fundamentales que son propios de la naturaleza del NNA, como de tratados internacionales ratificados por Chile.

En efecto, el correcto ejercicio del derecho del NNA a ser oído exige la implementación armónica de una serie de aristas, entre ellas, el lugar en el que se realiza el acto de oírlo. Ello encuentra sustento en la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, señalando en su artículo 69 inciso segundo: *“Para este efecto [la comparecencia de un NNA en juicio] podrá escucharlos [...], en un*

¹⁷ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Núm. 17-1, p. 189.

¹⁸ CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo causa N° 21293-2019. (26, mayo, 2020). Valenzuela Mena Jeannette con Rojas Gajardo Daniel.

¹⁹ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley N°1552. (28, agosto, 1902). Código de procedimiento civil. Diario oficial. 30, agosto, 1902.

²⁰ CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo causa N° 31427-2018. (6, noviembre, 2019). Henríquez Delgado Valeria Betzabet con Agüero Haro Roberto carlos.

*ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica*²¹. Para que el NNA brinde un testimonio fidedigno, es necesario que se encuentre en un entorno que lo incite a hacerlo con seguridad, lo cual puede ser en el tribunal, en el hogar del niño, en la casa de algún familiar o incluso en su colegio. En el caso del tribunal, es necesario adaptar los espacios con el fin de garantizar las necesidades de quien es oído, generando un espacio de confianza, con menor grado de solemnidad y ausencia de hostilidad. Así, se ha señalado que: *“La disposición de los muebles en la corte puede cambiarse de vez en cuando para alentar niños y jóvenes y sus padres, tutores o cuidadores a participar en los procedimientos. Es fundamental que los magistrados se comuniquen directamente con los niños y sus padres, tutores o cuidadores y esto se puede lograr de manera más efectiva en una atmósfera menos formal”*²².

El Poder Judicial del sistema chileno ha tenido avances significativos en garantizar el derecho del NNA a ser oído, implementando sistemas de reconocimiento internacional, como las *salas Gesell* que disponen los tribunales. Se trata de dos salas, una en la cual se observa a la persona oída y otra en la que se realiza la entrevista, en complemento con un sistema de grabación para recabar la información con precisión, evitando así someter al entrevistado a múltiples testimonios que puedan significar una revictimización. Este sistema tiene múltiples ventajas: *“Primero, para evitar la impericia de los jueces, manteniendo a estos en un segundo plano, mientras que un experto se encargaría, guiado por el juez, de tomar la declaración. En segundo término, se trataría de recibir a los niños en un lugar acogedor, partiendo de la base que un tribunal de justicia es per se un lugar hostil para un niño [...]”*²³. No obstante, pese a las virtudes de las salas Gesell, existe un problema de fondo en su implementación, pues su utilización en sede de familia es considerablemente menor a lo esperado, debido a múltiples factores, que van desde la falta de financiamiento que afecta a los tribunales de familia, hasta la falta de capacitación a jueces y auxiliares de justicia para su uso adecuado. Al respecto, exponen Oyanedel y Ortuzar: *“la sola infraestructura, o sistema de entrevista video grabada dirigida por un profesional especializado, no es garantía para disminuir y prevenir la victimización secundaria si ello no*

²¹ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 10, julio, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

²² GREAT BRITAIN. HOME OFFICE.; GREAT BRITAIN. LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT. Youth court 2001 : the changing culture of the youth court: good practice guide. Great Britain: Home Office Communication Directorate, 2001. 16 p.

²³ CARRETTA MUÑOZ, Francesco. Luces y sombras de las cámaras Gesell en la justicia de familia chilena. *En*: Revista CES Derecho. 2018. vol. 9, Núm. 1, p. 125.

*va acompañado de un trabajo con protocolos de actuación conjunta para el abordaje multidisciplinario entre las institución u organizaciones públicas y/o privadas intervinientes*²⁴.

En cuanto a la edad de los NNA para ejercer su derecho a ser oídos, es relevante citar a las abogadas Vargas y Correa, quienes concluyen que *“Si bien no hay rangos ni edades prefijadas, se advierte que los niños pequeños (menores de 5 años) son rara vez oídos en juicio. La escucha se sitúa desde los 6 ó 7 años en adelante y, a juzgar por los audios, con una fuerte presencia de niños de entre 10 a 14 años”*²⁵. En consecuencia, ni la legislación chilena ni la Convención han impuesto una edad mínima para que los NNA puedan ejercer su derecho a ser oídos; sin embargo, en la práctica los jueces tienden a oír a los NNA que tienen una edad mayor, aun cuando ello no se relaciona necesariamente con la madurez del niño, bajo el entendido que este último criterio es el que se debe utilizar. Así, tal como señala la Observación General del Derecho del Niño a ser Escuchado, *“la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño”*²⁶.

Capítulo II. Análisis empírico de casos

Del capítulo anterior, se desprende un resumen de diversas normas referidas al derecho de los NNA a ser oídos, junto con indicaciones históricas y opiniones emitidas por importantes autores en la materia, siendo ello base argumentativa del presente trabajo. Cabe recalcar que este principio también es abordado en la legislación chilena, ello en los artículos 16, 69 y 72 de la Ley N° 19.968 y en el artículo 28 de la Ley N° 21.430, siendo por ello consagrado como uno de los principios formativos del procedimiento de familia. En razón de dicho derecho, al momento de fallar, el juez debe tener en consideración tanto el interés superior del niño, como sus opiniones. Por lo mismo, resulta indispensable analizar cuán efectiva es su aplicación en los procedimientos de familia.

Para abordar lo expuesto con mayor profundidad, en el presente acápite se desarrollará un análisis crítico sobre la aplicación del derecho de los NNA a ser oídos en nuestra judicatura. Lo anterior se realizará mediante el análisis de datos

²⁴ OYANEDEL, Juan y ORTÚZAR, Harry. Sistematización de una experiencia piloto de implementación de una Sala Gesell para la entrevista de niños en un Tribunal de Familia. En: Revista chilena de pediatría. 2018. vol. 89, no. 6.

²⁵ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Vol XVII no.1, p. 195.

²⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado. Ginebra: Naciones Unidas, 2009. 33 p. Observación general n° 12.

de un estudio empírico y jurisprudencial de la niñez, abordando 461 causas obtenidas por medio de la Clínica Jurídica Civil de Familia de la Universidad Finis Terrae y a múltiples variables objeto de este análisis, con el fin de corroborar si efectivamente se resguarda tal derecho.

1. Factores de violencia intrafamiliar que inciden en los derechos de NNA

En base a los distintos datos analizados de las causas de violencia intrafamiliar (en adelante, VIF) recibidas, se mencionan algunos factores relevantes que permiten conocer el contexto que da origen a las causas de VIF, con especial énfasis en las variables que inciden en la vulneración del derecho de los NNA a ser oídos.

1.1. Tipo de violencia ejercida: Del total de causas analizadas, un 79,3% ingresaron por ejercicio de violencia psicológica, un 9,8% lo hizo por lesiones tanto físicas como psicológicas y un 1,9% solo por violencia física. En efecto, el tipo de violencia que sufren en mayor medida los NNA en calidad de víctimas es la violencia psicológica. A este respecto, se debe considerar que desde el año 1994 existe un aumento sostenido de violencia psicológica ejercida sobre los NNA: *“En un estudio de la UNICEF sobre maltrato se indica que el 75,3% de los niños chilenos recibe algún tipo de violencia de parte de sus padres: física grave, física leve o psicológica. Se comparó la evolución de la violencia con estudios realizados en los años 1994 y 2000, verificándose que hay un aumento sostenido de la violencia psicológica y un descenso de la violencia física grave, sobre todo en los estratos socioeconómicos bajos. Esto se podría explicar porque los padres han tendido a controlar el maltrato físico, que tiene una fuerte sanción social, pero esto no se ha traducido en un buen trato. Se ha cambiado la violencia física grave por los insultos y las descalificaciones”*²⁷. En este sentido, es dable distinguir los efectos y la magnitud tanto de la violencia psicológica como la física, considerando que los NNA no cuentan con la madurez y resiliencia suficiente para enfrentar episodios de violencia; lo que implica que puedan verse afectados o expuestos a un daño irreparable, produciendo graves consecuencias en la integridad física o psicológica de los NNA.

1.2. Comisión de delitos de violencia intrafamiliar en el contexto de problemáticas y abusos dentro del hogar. El 30% de las causas analizadas sobre delitos de agresión se llevan a efecto en horario de tarde, entre las 12:00 y las 19:59 horas; un 84,3% de estas trata sobre agresiones en el domicilio de los menores y un 46,3% de los casos, el denunciante resulta ser empleado de hogar. De ello es factible

²⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. El sistema filiativo chileno. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2007. 371 p.

colegir dos elementos comunes: la mayoría de estos delitos son cometidos por sus tutores y, en gran medida, estos abusos ocurren dentro del hogar.

1.3. Relación Directa y Regular. De los 115 casos analizados, solo en 3 de ellos se resolvió que debía mantenerse una relación directa y regular, mientras que en los otros 112 no se arribó a tal determinación, vulnerando con ello el artículo 225 del Código Civil. En estos casos el constituyente mandata al legislador a fortalecer la familia y protegerla, señalando que: *“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia”*²⁸. Además, estructura el ordenamiento jurídico en razón de dicho objetivo, sin embargo, el sentenciador hace caso omiso de ello y muchas veces no ha actuado ni decidido en la forma que la ley le mandata.

Los factores ya mencionados son suficientes para inferir que el derecho del NNA a ser oído puede verse afectado por el solo contexto familiar y afectivo que rodea a los menores, siendo la existencia de estos vínculos un eventual impedimento psicológico para que estos otorguen un testimonio fidedigno del caso. Por ello, estos elementos resultan vitales, dado que muchas veces dan lugar al fenómeno de victimización secundaria, la cual, según Beristain, *“hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe la víctima una vez entra en contacto con el sistema de justicia”*²⁹. Al respecto, se debe tener presente que este tipo de victimización produce que los NNA se vean parcial o totalmente impedidos para enfrentarse a la justicia desde su propio relato, ya que esto implica revivir experiencias traumáticas en razón de los delitos de los cuales fueron víctimas, llegando a obtener efectos contraproducentes: *“Así mismo, se entiende como una segunda experiencia victimal que resulta con alguna frecuencia siendo más negativa que la primaria, y puede llevar a incrementar el daño causado por el delito con otros de dimensión psicológica o patrimonial”*³⁰. Todas estas variables dificultan la labor del sistema de justicia en cuanto a garantizar efectivamente el derecho de los NNA a ser oídos.

²⁸ CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Decreto 100 [en línea]. (17, septiembre, 2005) [consultado el 22, julio, 2022]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la constitución política de la república de Chile. Diario Oficial. 22, septiembre, 2005. no. 38268. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

²⁹ BERINSTAIN. Citado por: GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa y PÉREZ, Carlos. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. En: Revista de Derecho. 2009. vol. 15, no. 1.

³⁰ GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa y PÉREZ, Carlos Andrés. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. En: Revista de derecho [en línea]. 2009. vol. 15, no. 1 [consultado el 15, julio, 2022]. Disponible en Internet: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006>.

Después de plantear el complejo contexto en que se desenvuelven los procedimientos de familia que incluyen a NNA, es dable tener en cuenta otras interrogantes ¿Cuál es la aplicación y efectividad de este derecho en los tribunales de familia respecto del universo de causas analizadas? ¿Cómo se aplica en la práctica? ¿Los jueces cumplen adecuadamente con este mandato de la Convención?

2. Análisis de causas en general

Para dar continuidad a la argumentación expuesta en párrafos anteriores, es preciso analizar algunas causas en particular. En estas se decretan medidas de protección en favor de NNA que apuntan a concretar el derecho a ser oído, pero con la contradicción de no visualizarse claramente el criterio que utilizó el juez de familia para decidir qué mecanismos utilizar al recoger la voz del niño cuyos derechos pueden haberse vulnerado.

En primera instancia podría concluirse que las sentencias emitidas por el juez son pertinentes, sin embargo, del presente análisis no se vislumbra con claridad en qué momento se escuchó a los NNA para la adopción de medidas de protección. ¿Quién debió escucharlos? ¿Con o sin presencia de sus padres, representantes o curadores ad litem? ¿Qué acciones tomó en definitiva el juez para cumplir adecuadamente con el mandato del ya mencionado art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño? Estas interrogantes han sido resueltas con un análisis casuístico, que permite apreciar una ausencia del derecho de los NNA a ser oídos, vale decir, muy pocas de las causas analizadas siquiera mencionan lo que los NNA quisieron decir o expresar: del universo de casos analizados, solo en 2 de ellos se visualizan mecanismos que dan cumplimiento al mandato de la convención respecto del derecho de los NNA a ser oídos de manera directa, lo cual se concretó por medio de citación a audiencias reservadas. Lo expuesto implica problemáticas respecto al cumplimiento del artículo 12 de la convención, al este respecto exponen Vargas y Correa *“El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, consagrado en el artículo 12 de la CDN, es uno de los pilares fundamentales donde se asienta esta nueva concepción del niño como sujeto de derechos. Constituye, por una parte, una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador y regula expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura”*³¹.

³¹ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Ius et Praxis. 2011. vol. XVII, no. 1, p. 177.

3. Análisis de causas en particular

A continuación, se ofrece un análisis crítico de 19 causas, que corresponden al 4,12% del total de causas ingresadas a la Clínica Jurídica de Familia de la Universidad Finis Terrae:

Respecto de las variables encontradas en estos casos, se puede visualizar que las edades fluctúan entre 1 y 15 años de edad, abordándose 2 causas de recién nacidos víctimas de violencia física en un caso, y siendo víctima de intoxicación por adicción a las drogas por parte de la madre en el otro. A su vez, se identifica en esta muestra de 19 causas, un número mayor de casos por protección a niños en edad de preadolescencia y adolescencia, en los tramos de 10, 11, 12, 14 y 15 años de edad, respectivamente.

Entre las distintas situaciones que dieron origen a la solicitud de medidas de protección en favor de los NNA, encontramos: consumo de drogas, abuso sexual, violencia física y psicológica, malos tratos, agresión por parte del rol materno y paterno, VIF entre padres y negligencia por falta de habilidades parentales; todas situaciones que configuran fuertes vulneraciones a los derechos de NNA. Cabe señalar, que todos estos procedimientos comienzan mediante distintos tipos de tramitación: partes policiales, denuncias por parte del colegio del NNA, informe descriptivo psicológico del colegio, solicitud de medidas de protección ante tribunales y solicitud de medidas de protección ante oficinas de derechos de la infancia o centros de protección infanto juvenil.

Además, del análisis de las causas mencionadas se pudo dilucidar que la figura del curador ad litem operó como mecanismo principal para escuchar a los NNA. Respecto de este mecanismo, la crítica radica en que el sistema no exige como requisito esencial que el curador ad litem tenga contacto previo con el niño antes de la audiencia preparatoria o la audiencia de juicio, por lo que se infiere que dada la escasez de recursos propia del sistema, en muy pocas causas se practica el oír al NNA directamente, reuniéndose con él privada y anticipadamente, para luego representar sus intereses. Por tanto, al existir tales dificultades en el desempeño de esta función, se entiende que no se puede representar la voz de los NNA como mandata el espíritu de la Convención.

Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de la innovación hecha por la nueva ley 21.430, no entrega lineamientos concretos sobre cómo ejecutar la designación de los curadores ad litem, existiendo un amplio margen de acción para otorgar a los NNA la oportunidad de participación en el proceso.

De igual manera, como sostiene Vargas y Correa³², *“esta figura creada por la Ley N° 19.968 opera -aunque con bajísima incidencia- como mecanismo de recupe-*

³² VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Vol XVII no.1, pp. 192-193.

ración de la voz de los niños, principalmente en casos de vulneración de derechos, la cual tiene interesante potencial que parece estar desaprovechado por problemas institucionales". Al respecto, en el universo de causas analizadas, solo en dos de ellas el juez consideró necesario citar a audiencia reservada. En el primer caso, se recurre a la audiencia reservada con un niño de 14 años que vive en situación de malos tratos, no quedando claro ni constando en acta el criterio que el juez utilizó para optar por este mecanismo. Sin embargo, ya que se escuchó al niño en forma directa, la sentencia entrega su cuidado personal provisorio a su abuela materna por seis meses, dado que él exterioriza que ella es su figura de apego.

El segundo caso en que se cita a una audiencia reservada, corresponde a una causa de protección de una niña de 14 años, quien había ingerido junto a su madre una cantidad indeterminada de medicamentos. Sin embargo, en la audiencia no se escuchó a la niña personalmente ya que ella se encontraba hospitalizada. Otro factor a considerar respecto de esta causa es que se solicita ingresar al DAM de la Florida para evaluación diagnóstica de las condiciones de protección de la niña, sin embargo, no se pudo constar en autos con dicho medio probatorio debido a la altísima demanda de evaluaciones desde los tribunales de familia y fiscalías de todo el país, al respecto el mismo DAM de la Florida señaló en su informe que ello no se condice con la capacidad de atención del programa DAM. Esta situación da a entender un problema de recursos que afecta directamente el derecho de los NNA a ser efectivamente oídos. Por este motivo, el tribunal resuelve estarse a lo que informará el DAM en su oportunidad, postergando la audiencia programada.

En base a lo señalado, es necesario hacer presente que en este análisis no se tuvo acceso a las grabaciones de audiencias reservadas, por lo que no fue posible determinar el tenor de los diálogos entablados con los NNA. Sin perjuicio de ello, un elemento relevante exponen las abogadas Correa y Vargas³³, señalando que el tenor de las conversaciones que los jueces sostienen con NNA en audiencias reservadas obedece más bien a interrogatorios o preguntas conducentes y sugestivas, que a un diálogo que recoja sus opiniones e intereses, transformándose el NNA en un mero receptor del mensaje del juez.

Con todo, la crítica apunta a la falta de control que existe en la judicatura, en ella se configuran distintas variables que impiden que se pueda saber con certeza si la entrevista al niño constituye una forma fidedigna de ser escuchado; esto dado por el deber de resguardar la intimidad de los niños mediante el principio de confidencialidad propio del derecho de familia, que no permite constatar con evidencias que efectivamente se le haya dado el espacio necesario para ser escuchados en audiencia reservada.

³³ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Vol XVII no.1, pp. 188 - 189.

A propósito del presente análisis, cabe señalar que una audiencia reservada se entiende como *“la actuación procesal que tiene un objetivo acotado y, que por lo general, está vinculada a otras actuaciones predefinidas por la ley. Normalmente, se efectúa por una sola vez en forma aislada y no habilita al niño a realizar ningún tipo de gestión en el proceso, como por ejemplo, presentar pruebas, impugnar resoluciones, solicitar cautelares, etc”*³⁴. En resumen, la audiencia reservada se trata de una entrevista personal que realiza el juez al NNA para que este sea oído y su marco normativo se encuentra en el art. 69 de la Ley 19.969, en concordancia con los arts. 72 y 73; los cuales establecen que el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los NNA, considerando su edad y madurez. En este sentido, la crítica apunta al tratamiento que se le da esta norma; la que se enmarca en el título de procedimientos especiales de la ley 19.968, lo cual significa que se establece una limitación en la aplicación de este mecanismo, ya que no mandata su aplicación de manera general sino a aquellos procedimientos que se refieran a medidas de protección. Además, del tenor literal de la norma se infiere que se trata de una facultad del juez más que una imposición para el magistrado, al usar el término “podrá”.

De los elementos expuestos, se evidencia que se vulnera el derecho a ser oído del NNA, dado que no se da cuenta de la opinión emitida por estos en las causas analizadas, no se desprende de las mismas una preocupación vinculante con este derecho por parte del tribunal y no se visualiza tampoco que haya un procedimiento específico que aborde a cabalidad este derecho; vale decir, si bien el artículo 69 de la Ley 19.968 establece que el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los NNA, no se especifica que tal escucha sea parte de la esencia de los procedimientos de familia, menos en aquellos en que NNA estén involucrados. Este elemento, como bien es factible inferir de lo expuesto en este acápite, podría arribar a considerar que existe un vicio de nulidad de tal magnitud que es susceptible de recurso de casación en la forma.

Capítulo III. El rol del juez de garantizar el derecho del NNA a ser oído

1. La vulneración del derecho de los nna a ser oídos como un vicio de nulidad en el procedimiento

El ordenamiento jurídico chileno reconoce como obligación del juez el considerar el principio del derecho a ser oído de los NNA para la resolución de asuntos controvertidos, en razón del principio rector del interés superior

³⁴ VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Vol XVII no.1.

del niño, y en concordancia, por supuesto, con garantizar su derecho a defensa jurídica. Si bien el artículo 69 de la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia, reconoce la audiencia reservada del NNA como una instancia procesal para oír al menor, al señalar que *“Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”*³⁵. No obstante, bajo el tenor literal de la norma, esta es considerada expresamente como una facultad del juez y no como una obligación, por tanto, la audiencia reservada no sería en estricto rigor considerada como un trámite esencial del procedimiento, sino que más bien se trata de una facultad de carácter discrecional del juez, se debe considerar además que *“tanto desde el nivel central estatal como por parte de cada juez particular se deben tomar las previsiones para que en todos los procesos judiciales y en cada fase de ellos se atienda a las necesidades de los NNA y se propenda a su satisfacción”*³⁶.

Sumado a lo anterior, si bien se considera que esta facultad debe ser ejercida por el juez en razón de los criterios de edad y madurez del NNA, el sistema carece de claridad respecto del concepto legal de estos factores, quedando más bien a criterio del juez el hecho de dar o no lugar a la instancia procesal en que los NNA son oídos. A este respecto, la jurisprudencia deja en evidencia que uno de los parámetros utilizados para determinar, en razón de la edad o madurez de los NNA, que se lleve a cabo la audiencia reservada, es el límite de los 4 años de edad: así, la mayoría de los casos en que se decreta el desarrollo de estas audiencias, es respecto de NNA que tienen 4 o más años de edad aún cuando es sabido que no implica plena objetividad en cuanto a la madurez de una persona.

Respecto a este tema, en el marco de la presente investigación se ha analizado una serie de causas en las que, por el hecho de no haber existido esta audiencia reservada, es posible inferir que las sentencias definitivas dictadas en estos procesos se encuentran expuestas a un vicio de nulidad formal, siendo susceptibles de recurso de casación en la forma. Sin embargo, tal como se expuso en el párrafo anterior, nuestro ordenamiento jurídico trata este derecho en términos facultativos para el juez, dejando a su criterio cuándo y cómo deben los NNA ser oídos. Ello abre la puerta a la interpretación del juez, de conformidad con

³⁵ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 25, julio, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

³⁶ CONTRERAS ROJAS, Cristian. Debido proceso e infancia. La participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial a la luz de los Derechos Humanos, con especial referencia al derecho a la prueba y el derecho a la sentencia motivada en clave de infancia. En: Revista de Derecho. 2021. vol. 19, no. 2.

el tenor literal de la ley, y con ello, que la ausencia de audiencia reservada no constituye un vicio de nulidad del procedimiento.

Es un hecho que no ha encontrado consenso en la doctrina, el cómo aplicar este imperativo jurídico en la práctica, ya que al ser un principio implícito es de difícil concreción, viéndose dificultado el darle operatividad concreta. A este respecto, existen dos grandes visiones doctrinarias: aquellos que han señalado que esta audiencia se consideraría como un trámite esencial desde el punto de vista procesal, configurándose por ello un vicio de nulidad (doctrina mayoritaria, a la que adhiere también la Corte Suprema); y otros, quienes postulan que, según el tenor literal de la ley, no sería procesalmente exigible que esta audiencia se lleve a cabo, utilizando argumentos tales como la victimización secundaria.

Como se señaló, la Excelentísima Corte Suprema ha sostenido en numerosas sentencias, el hecho de que el NNA no sea oído por un tribunal, es de una gravedad tal que ello podría producir la nulidad de la sentencia dictada por dicho tribunal. Ello, bajo el entendido que dicha escucha constituye un trámite esencial del procedimiento, como prueba fehaciente, la Corte Suprema en su sentencia rol 12057/2013, señaló: *“Que el deber de otorgar al menor la posibilidad u oportunidad de ser oído en la sustanciación de un proceso en que se pretende determinar su identidad, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió salvar la Corte de Apelaciones de Arica, de modo que, al no hacerlo se ha configurado la causal de nulidad formal prevista por el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil”*³⁷. En igual sentido, la sentencia rol n°35252/2016 de la Corte Suprema expone: *“Se añade, que a tal fin, se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. Que dicha disposición, no sólo está debidamente incorporada a nuestro derecho interno, sino que además, por tratarse de disposiciones que consagran derechos que la Constitución Política de la República reconoce como esenciales, imponen a los órganos del Estado, entre ellos, los pertenecientes al poder judicial, el deber de respetarlos y promoverlos. Tal mandato, por tanto, obliga a la adopción de las instancias procesales que los garanticen”*³⁸. En consideración con esto último, se puede sostener que los tribunales de justicia se encuentran en la obligación de oír a los NNA, vale decir, la facultad reside en la modalidad de escucha y no en el derecho a ser oído, dado que de ser así se verían conculcados sus derechos, incluyendo el principio rector de interés superior del niño, debiendo cumplirse este por mandato expreso.

³⁷ CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo de oficio N°12057-2013 (26, febrero, 2014). P.A.H.Á CON L.E.R.A.

³⁸ CHILE. CORTE SUPREMA. Invaldación de oficio N°35.252-16 (4, octubre, 2016) M.P.A.A.D con A.E.A.F Y M.G.D.R.

En la posición contraria se encuentra el autor Francesco Carretta: “[...] no hay ninguna ley de fondo en el ordenamiento jurídico chileno, incluida la CDN, que obligue al juez a escuchar en todo caso a un niño o se trate de un trámite “que la propia ley declara como esencial o para cuya omisión la ley prevenga expresamente nulidad”. Es una facultad y no podría no serlo [...]”³⁹. Además, y en consonancia con lo anterior, el mismo autor sostiene que “En términos simples, a la Corte Suprema no le está permitido la valoración de los hechos de la causa, lo justo o lo injusto. Su función es la fiscalización de la atenta aplicación de la ley por parte de los jueces [...]”⁴⁰.

No basta con que únicamente los tribunales oigan a los NNA sino que, una vez realizada la escucha, se debe tener en especial consideración la opinión expresada por estos al momento de dictar la sentencia. Ello no podría ser de otra manera, ya que la sentencia que se dictará será determinante acerca del curso que va a tomar su vida. De esta manera, la Corte Suprema ha señalado: “*Que, desde esta perspectiva, constituye también un principio primordial, el derecho del niño a ser oído, conforme al cual, todo niño, niña o adolescente tiene derecho a expresar sus opiniones en los diferentes ámbitos de su vida, entre ellos el familiar, social y judicial. Si bien la obligación de oír al niño no es equiparable con la de aceptar su deseo, su manifestación constituye un factor importante a analizar en el contexto de los demás antecedentes del proceso, a fin de contribuir a que la decisión que, en definitiva, se adopte sea la más favorable a su respecto*”⁴¹. Así, el profesor Cristian Contreras señala que: “*En suma, aparece perfectamente como justificado y exigible la aplicación diferenciada de los elementos del debido proceso tratándose de NNA, pues se ha reconocido expresamente a nivel internacional que este grupo etario requiere una especial protección dentro de los procesos judiciales*”⁴².

³⁹ CARRETTA MUÑOZ, Francesco. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial. En: Revista chilena de derecho [en línea]. 2018. vol. 45, no. 2 [consultado el 28, julio, 2022]. Disponible en Internet: <https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372018000200407&script=sci_arttext>.

⁴⁰ CARRETTA MUÑOZ, Francesco. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial. En: Revista chilena de derecho [en línea]. 2018. vol. 45, no. 2 [consultado el 28, julio, 2022]. Disponible en Internet: <https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372018000200407&script=sci_arttext>.

⁴¹ CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo N°3.469-08 (29, julio, 2008) V.A.H.M. con V.S.H.

⁴² CONTRERAS ROJAS, Cristian. Debido proceso e infancia. La participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial a la luz de los Derechos Humanos, con especial referencia al derecho a la prueba y el derecho a la sentencia motivada en clave de infancia. En: Revista de Derecho. 2021. vol. 19, no. 2.

Más allá de si la audiencia reservada del NNA es considerada o no como un trámite esencial para efectos de garantizar el derecho del NNA a ser oído, es indiscutible que la existencia de esta audiencia en el derecho procesal se condice con los principios rectores de los derechos de los NNA, con la garantía del derecho a la defensa jurídica, y especialmente, con la calidad del NNA como sujeto de derecho en el proceso, pero aún así estos mecanismos siguen siendo insuficientes para garantizar tal derecho. En este sentido, es indispensable destacar el rol del abogado defensor del NNA en cuanto a garantizar el derecho a ser oído del NNA, en razón de su capacidad de actuación jurídica para entablar solicitudes dirigidas a su efectivo cumplimiento, y, que en caso contrario, podría incluso ser capaz anular el proceso a través de la interposición del recurso de casación, acciones procesales que deben ser analizadas con especial criterio y acuciosidad, siempre en razón de dar una efectiva defensa jurídica al NNA. Es por ello que se considera necesaria la especialización técnica de los abogados en esta materia, ello con el fin de que puedan complementar sus conocimientos y habilidades, en razón de realizar una correcta valoración crítica de todos los elementos subjetivos y, de esta manera, tomar decisiones acertadas y vinculantes a garantizar el derecho a ser oído de los NNA.

En consecuencia, es dable cuestionar cómo se ha garantizado en la práctica el rol de los NNA en calidad de sujetos procesales, y su forma de participación en el procedimiento. Es decir, si consideramos que el NNA es parte en la causa, entonces no se podría concebir que la parte no sea oída, y bajo este razonamiento, es un hecho que no existe una noción clara y uniforme de la estructura del mandato jurídico sobre el derecho del NNA a ser oído en calidad de sujeto de derecho procesal. Tal como ha señalado el académico Carlos Garrido Chacana⁴³, si bien el NNA es considerado parte en el proceso, este recibe un trato especial en materia procesal, al tratarse de un ser con sus facultades en desarrollo, y, por tanto, aun cuando adquiera de manera paulatina la capacidad plena de sus derechos, es indiscutible que sea cual sea la calidad especial de esta, por ningún motivo podrá dejar de ser oída.

2. La ley 21.430 Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia

Sumado a lo ya expuesto en el presente informe, resulta menester analizar el problema que quedó manifiesto en el capítulo anterior: la mayoría de causas analizadas logran evidenciar que los NNA no suelen ser oídos, centrándose la

⁴³ GARRIDO CHACANA, Carlos. Temas de protección del niño, niña o adolescente. Santiago: Metropolitana, 2022. 319 p.

jurisprudencia en otros elementos de la causa y sentenciando de acuerdo con los criterios de sana crítica y libre convicción. Es en este contexto que surge la ley 21.430, buscando consagrar el derecho del niño a ser oído y estableciendo esto como un principio rector del ordenamiento jurídico el interés superior del niño.

Al respecto, si bien se evidencia que la ley es clara respecto al interés superior de los NNA estableciendo en su artículo séptimo lo siguiente *“Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deba tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado”*⁴⁴ no ocurre lo mismo en el caso del derecho de los NNA a ser oídos: si bien el artículo 28⁴⁵ “consagra” el derecho de los NNA a ser oídos, resulta ser idéntico en su intención al artículo 69 de la ley 19.968 sobre tribunales de familia⁴⁶, vale decir, ambas establecen que el niño debe ser oído; en el primer caso, en todo procedimiento en que intervenga el estado e incluso en ámbitos ajenos a la administración pública y en el segundo caso en el procedimiento de familia. Ninguna de estas leyes apunta al elemento crucial propuesto con anterioridad en el presente trabajo: vincular el derecho a ser oído no como “declaración de intenciones” o “garantía procesal”, sino más bien como trámite esencial del procedimiento, esto es, solo bajo el evento de asumir que la norma y el tribunal establecerán un procedimiento práctico y específico en esta materia, abordando el “cómo” y “cuándo” del ejercicio de este derecho, se podrá tener cubierto a cabalidad el derecho a ser oído de los NNA.

“Así, en el artículo 16 de la ley de tribunales de familia se anuncia como un principio rector que el juez debe tener como consideración principal para

⁴⁴ CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. Ley 21430 [en línea]. (6, marzo, 2022) [consultado el 1, agosto, 2022]. Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial. 15, marzo, 2022. no. 43203. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1173643>>.

⁴⁵ CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. Ley 21430 [en línea]. (6, marzo, 2022) [consultado el 1, agosto, 2022]. Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial. 15, marzo, 2022. no. 43203. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1173643>>.

⁴⁶ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 1, agosto, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

*resolver un asunto. La dificultad que ofrece la norma se encuentra en el amplio espectro de posibilidades de interpretación y aplicación que ofrece como un principio jurídico*⁴⁷.

A este respecto, si bien las causas analizadas son anteriores a la entrada en vigencia de la mencionada ley, las primeras desde el 2020 hacia atrás y la segunda dictada el 15 marzo del año en curso; es posible vislumbrar, de la expresión misma del articulado de la ley, que esta resulta ser una declaración de un mandato de efectividad por parte del Estado, antes que un elemento vinculante al derecho procesal; a mayor abundamiento, la garantía procesal que la ley mencionada ofrece es la asistencia del abogado del niño en los casos del artículo 18 de la Ley 19.968⁴⁸, mas no desarrolla una modificación vinculante ni en aras a que tal trámite resulte esencial.

3. El sistema chileno en perspectiva internacional

Si bien la Ley N° 21.430 aborda el tema de los derechos del niño y resuelve parcialmente el problema, resulta necesario exponer los elementos distintivos de Chile con relación a otros países en materia de derechos de los NNA. Al respecto, la mejor forma de abordarlo es revisar la normativa correspondiente a cada país y qué importancia tiene en cada ordenamiento; en este sentido y de acuerdo con la CEPAL, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N°21.430, nuestro país no tenía normativa alguna que abordara tal problemática⁴⁹. Además, en términos de importancia normativa, existen diferentes países que abordan este tema por medio del sistema de codificación de sus normas, teniendo por ello un mayor énfasis normativo respecto de los derechos de los NNA y reconociéndose mayor compromiso de estos estados en materia de derechos del niño; al respecto, se debe considerar las ventajas que conlleva la codificación de normas en términos de apreciación de las mismas, algunos elementos los otorga Manuel de la Puente

⁴⁷ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 1, agosto, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

⁴⁸ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 1, agosto, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

⁴⁹ INSTITUCIONALIDAD SOCIAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. América Latina y el Caribe (33 países): principal instrumento nacional para la protección de los derechos de la infancia y adolescencia. Santiago: Naciones Unidas, 2021. Informe CEPAL.

y Lavallo: a) El favorecimiento de la unidad política; b) Provoca la renovación de los cimientos jurídicos; c) Contribuye a la estabilidad del Derecho; d) Facilita el conocimiento y aplicación de las normas; e) Permite elaborar los principios generales que han de servir de base para adaptar el derecho a la vida⁵⁰.

Conclusiones

Del análisis de los elementos expuestos en el marco de la presente investigación, es factible concluir que, si bien el actual sistema judicial chileno a través de sus tribunales de familia da un tratamiento especial a la protección de los intereses del NNA, abordando la comparecencia de los NNA en sus procedimientos en razón del derecho de los NNA a ser oídos, materialmente resulta ser más una declaración de principios que el establecimiento concreto y efectivo de este derecho. No ha sido efectiva la forma de salvaguardar los derechos ya mencionados respecto de los NNA, y en especial, queda en evidencia que se ha garantizado de forma insatisfactoria el derecho de los NNA a ser oídos en el derecho procesal, remitiéndose inclusive únicamente a instancias procesales y mecanismos que, como sabemos, no constituyen plena garantía de este derecho. A su vez, el ordenamiento jurídico chileno no ha apuntado a la codificación de las normas que refieren a la infancia y sus derechos, elementos que permite inferir que, a pesar de todo aquello expuesto como satisfactorio para los NNA, el país se encuentra al debe en lo que a infancia se refiere. Vale decir, si bien el artículo 69 de la Ley N° 19.968 establece que el juez cuenta con la facultad de escuchar al NNA; y a su vez, el artículo 28 de la Ley N° 21.430 intenta consagrarlo como una garantía, en ambos casos, tal garantía se encuentra más bien acotada al criterio del juez⁵¹. Como bien es factible desprender de los antecedentes expuestos en el presente análisis, en la práctica dicha facultad discrecional ha ido en detrimento del derecho del NNA a ser oído, compareciendo el NNA solamente en 2 causas de un universo de 461 analizadas, equivalentes a un 0,43% de los casos. A su vez, nuestro ordenamiento jurídico ha abordado esta materia por medio de leyes y normas dispersas, ello en contraste con otros ordenamientos que, como se ha mencionado en el presente trabajo, han optado por crear un código de infancias, ofreciendo por ello un compromiso distinto con los derechos de los NNA. Elementos todos que, analizados como un conjunto, dan cuenta de una

⁵⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. La codificación. En: Revista de Derecho. 1994. no. 30.

⁵¹ CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. Ley 21430 [en línea]. (6, marzo, 2022) [consultado el 6, agosto, 2022]. Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial. 15, marzo, 2022. no. 43203. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1173643>>.

evidente falencia respecto de los mecanismos que recogen las voces de los NNA en el sistema judicial chileno; demostrando a su vez una falta de homogeneidad en el criterio jurisprudencial para poner en práctica este mandato.

Bibliografía

- BERINSTAIN. Citado por: GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa y PÉREZ, Carlos. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. En: Revista de Derecho. 2009. vol. 15, no. 1.
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco. Luces y sombras de las cámaras Gesell en la justicia de familia chilena. En: Revista CES Derecho. 2018. vol. 9, Núm. 1, p. 125.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. En: Derechos de la niñez y la adolescencia antología. Costa Rica: CONAMAJ, 2001. p. 39.
- CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo causa N° 31427-2018. (6, noviembre, 2019). Henríquez Delgado Valeria Betzabet con Agüero Haro Roberto Carlos.
- CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo causa N° 21293-2019. (26, mayo, 2020). Valenzuela Mena Jeannette con Rojas Gajardo Daniel.
- CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo N° 41014-2019. (30, junio, 2022). Albertz con Argomedeo.
- CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo de oficio N°12057-2013 (26, febrero, 2014). P.A.H.Á CON L.E.R.A.
- CHILE. CORTE SUPREMA. Invalidación de oficio N°35.252-16 (4, octubre, 2016) M.P.A.A.D con A.E.A.F Y M.G.D.R.
- CHILE. CORTE SUPREMA. Casación en el fondo N°3.469-08 (29, julio, 2008) V.A.H.M. con V.S.H.
- CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. Ley 21430 [en línea]. (6, marzo, 2022) [consultado el 6, agosto, 2022]. Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial. 15, marzo, 2022. no. 43203. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1173643>>.
- CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley N°1552. (28, agosto, 1902). Código de procedimiento civil. Diario oficial. 30, agosto, 1902.
- CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19968 [en línea]. (25, agosto, 2004) [consultado el 07, julio, 2022]. Crea los tribunales de familia. Boletín de Leyes

y Decretos de Gobierno. 30, agosto, 2004. no. 37949. Disponible en Internet: <<https://n9.cl/smnhe>>

CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Decreto 100 [en línea]. (17, septiembre, 2005) [consultado el 10, julio, 2022]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la constitución política de la república de Chile. Diario Oficial. 22, septiembre, 2005. no. 38268. Disponible en Internet: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado. Ginebra: Naciones Unidas, 2009. 33 p. Observación general n° 12.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Ginebra: Naciones Unidas, 2013. 22 p. Observación general N°14.

CONTRERAS ROJAS, Cristian. Debido proceso e infancia. La participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial a la luz de los Derechos Humanos, con especial referencia al derecho a la prueba y el derecho a la sentencia motivada en clave de infancia. En: Revista de Derecho. 2021. vol. 19, no. 2.

COUSO SALAS, Jaime. El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído. En: Revista de Derechos del Niño. 2006. Núm. 3-4, p. 153. ISSN 92-806-4098-4.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. La codificación. En: Themis Revista de Derecho. 1994. Núm. 30, pp. 29-36.

ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco. Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas. En: Revista Derecho. 2015. N° 8, p. 169.

GARRIDO CHACANA, Carlos. Temas de protección del niño, niña o adolescente. Santiago: Metropolitana, 2022. 319 p.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. El sistema filiativo chileno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 371.

GREAT BRITAIN. HOME OFFICE.; GREAT BRITAIN. LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT. Youth court 2001 : the changing culture of the youth court: good practice guide. Great Britain: Home Office Communication Directorate, 2001. 16 p.

GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina; CORONEL, Elisa y PÉREZ, Carlos Andrés. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria.

- En: Revista de derecho [en línea]. 2009. vol. 15, no. 1 [consultado el 15, julio, 2022]. Disponible en Internet: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006>.
- GUTIÉRREZ VARGAS, Rosa; VARGAS CORMANE, María y ROCHA OSORIO, Emerson. Curadores ad litem, evolución o retroceso en las reformas procesales de Colombia y el mundo. En: Justicia Juris. 2014. vol. 10, no. 2, p. 102.
- INSTITUCIONALIDAD SOCIAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. América Latina y el Caribe (33 países): principal instrumento nacional para la protección de los derechos de la infancia y adolescencia. Santiago: Naciones Unidas, 2021. Informe CEPAL.
- LIEBEL, Manfred. Contrarrestar el adultocentrismo. Sobre niñez, participación política y justicia intergeneracional. En: Revista de Derecho. 2022. vol. 30, no. 58.
- LLANOS, Hugo y RIVEROS, Edgardo. Jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile. En: Diario Constitucional. 23, abril, 2021.
- NACIONES UNIDAS. Norma Internacional [en línea]. (20, noviembre, 1989) [consultado el 07, julio, 2022]. Convención sobre los Derechos del Niño-M. Registro Oficial. 22 de septiembre, 1992. no. 31. Disponible en Internet: <<https://n9.cl/zfcl4>>
- OYANEDEL, Juan y ORTÚZAR, Harry. Sistematización de una experiencia piloto de implementación de una Sala Gesell para la entrevista de niños en un Tribunal de Familia. En: Revista chilena de pediatría. 2018. vol. 89, no. 6.
- VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. En: Revista Ius et Praxis. 2011. Núm. 17-1, p. 195.

CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES JUDICIALES DE LA ESPECIALIDAD CIVIL EN COLOMBIA¹

*Leonardo Esteban Restrepo Benjumea, Jhon Carlos Tello Garzón
Natalia Maria Hernandez Molina, Laura Ximena Corredor Rodríguez*

Tutora: *Ana María Escobar Tocaría
Semillero Vestigare*

Resumen

Un fallo judicial expedido bajo un enfoque de género no es un asunto de moda, una sentencia bajo esta perspectiva no debe ser la excepción sino la generalidad. El impartir justicia con enfoque de género es una obligación de todos los jueces en Colombia, sin importar su especialidad, y para poder hacerlo es necesario tener en cuenta criterios que hagan más accesible esta labor. Los procesos netamente civiles no son ajenos al tema, puesto que a pesar de que, de manera general tratan temas netamente patrimoniales para llegar a una decisión justa, dicho proceso debe ser visto, dirigido y fallado bajo una mirada humana, basada en el reconocimiento de las desigualdades entre los géneros, de tal forma que permitan tomar medidas para igualar las cargas que el patriarcado ha desequilibrado por siglos, y por supuesto, bajo parámetros que permitan facilitar la labor del juez, en virtud de la naturaleza misma de los procesos netamente civiles en Colombia.

Palabras clave: Perspectiva de género, Derechos Humanos, Igualdad, Naturaleza Procesos Civiles.

¹ Este artículo de reflexión se entrega como producto de investigación del Semillero “Vestigare” perteneciente al Capítulo Casanare del Instituto Colombiano de Derecho Procesal para el XXIII Concurso de Semilleros en el marco del XLIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal – Cartagena 2022.

Abstract

A court ruling issued under a gender approach is not a fashionable issue, a sentence under this perspective should not be the exception but this should be the generality. Imparting justice with a gender approach is an obligation of all judges in Colombia regardless of their specialty, and to do so, it is necessary to consider criteria that make this task more accessible. Purely civil processes are not unrelated to the subject, since even though in a general way they deal with purely patrimonial issues, to reach a fair decision, said process must be seen, directed, and ruled under a human gaze, based on the recognition of inequalities. Between the genders that allow measures to be taken to equalize the burdens that patriarchy has unbalanced for centuries, and of course do so under criteria that facilitate the work of the judge, by virtue of the very nature of purely civil processes in Colombia.

Keywords: Gender perspective / Gender approach, Human Rights, Equality, Nature of the civil process.

Introducción

En Colombia todos los procesos y sentencias judiciales deben ser guiados y proferidas bajo una perspectiva de género, especialmente cuando se evidencie que entre los involucrados existen situaciones de desigualdad hacia una parte históricamente excluida, debido a prejuicios o estereotipos². Dicha obligación esta establecida en diversos instrumentos y convenios internacionales que Colombia ha ratificado; igualmente, esto es coherente con el Estado Social de Derecho reconocido en nuestra Constitución Política, ha sido expresamente planteado por la jurisprudencia, la doctrina, y el código Procesal, a pesar de no decirlo expresamente, no excluye esta obligación.

Sin embargo, se observa que, al no tener criterios claros o protocolos que dirijan el proceder de los jueces de la república para proferir fallos con perspectiva de género, se presentan situaciones claras de vulneración de derechos humanos, derivadas de los estereotipos de género, prejuicios sobre los mismos, violencias estructurales, y discriminación, entre otros, las cuales no son tenidas en cuenta a la hora de dirigir el proceso y de proferir una sentencia que de manera material y no formal propenda por el derecho fundamental a la igualdad.

En el imaginario colectivo que toma fuerza, como consecuencia de los diferentes movimientos feministas y el auge sobre los temas de género, inclusión, nuevas perspectivas sobre la discapacidad, el reconocimiento de diferentes tipos

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia STC 15849 de 2021. M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

de violencias intrafamiliares y nuevas concepciones sobre la crianza y cuidado de los niños, niñas y adolescentes, hacen creer que la obligación y la necesidad de fallos con perspectiva de género están ligados únicamente a los temas de derecho de familia, y en lo relacionado con asuntos penales, solo cuando se presentan delitos como la violencia intrafamiliar o el feminicidio. Pero nada es más alejado de la realidad; por ejemplo, los temas netamente civiles o comerciales no están exentos de la posibilidad de ver materializadas desigualdades entre grupos históricamente discriminados, aun cuando la controversia verse sobre aspectos netamente patrimoniales, comerciales o económicos entre particulares. Estos asuntos, al parecer tan ajenos al ambiente familiar donde se hacen más evidentes las desigualdades, generalmente debido a los roles estereotipados que la sociedad ha impuesto, no escapan de requerir una ruta para proferir sus fallos y darle paso a la materialización de la forma más garantista de proteger los derechos humanos, esto es, desigualando para igualar cuando dentro del proceso se aprecie algún tipo de discriminación.

Ver a través de las gafas de la perspectiva de género significa dilucidar, reconocer que históricamente la humanidad no se ha comportado de manera igual con todas las personas, y por esto no es posible juzgar de manera objetiva, porque los sujetos no son percibidos en igualdad de condiciones, dado que la sociedad los ha puesto en una situación de vulnerabilidad que no permite que una decisión sea justa por más que se apliquen, al pie de la letra, las consecuencias jurídicas que la norma ha dado a ciertas acciones de los hombres.

Este artículo tiene como objetivo principal ilustrar acerca de los criterios que deben aplicarse en las decisiones judiciales de la especialidad Civil para fallos con perspectiva de género, ya que, aunque en dicha especialidad, como en todas, es obligatorio hacerlo, la naturaleza de dichos conflictos crea el imaginario de que el juez no puede indagar sobre otros aspectos que, al parecer, no vendrían al caso, pero que pueden evidenciar desigualdades que importan al momento de dirigir el proceso y fallarlo. Para alcanzar este objetivo es preciso empezar por reconocer la regulación sobre la aplicación de perspectiva de género como categoría analítica en el bloque de constitucionalidad, normatividad, jurisprudencia y doctrina; luego, precisar qué relación existe entre la aplicación de la perspectiva de género en las sentencias judiciales en materia civil, respecto a los derechos humanos; y, por último, determinar los criterios que los jueces civiles deben aplicar al momento de dirimir los conflictos diferentes a los familiares.

Se realizó búsqueda teórica de normatividad extranjera, internacional y nacional, jurisprudencia y doctrina en documentos físicos y electrónicos para responder al problema planteado: ¿Cuáles son los criterios que debe tener un juez para proferir fallos con enfoque de género en la especialidad civil? De allí se extrajeron algunos criterios y nos aventuramos a proponer teniendo en cuenta sus facultades y la naturaleza de los procesos que conocen.

Reconocimiento jurídico de la perspectiva de género como categoría analítica

“Una categoría analítica es un mecanismo heurístico que desempeña funciones positivas y negativas. Se afirma que el género es una categoría analítica”³. Adoptar el término ‘perspectiva de género’ y buscar su origen o significado implica asumir de forma generalizada que los roles y brechas sociales correspondientes al género femenino y masculino han sido abismales durante muchísimas generaciones; históricamente este es un término que adquiere relevancia en el siglo XX⁴. Ahora bien, entendemos la perspectiva de género como un análisis dinámico, y desde ese punto de vista se origina esta investigación; dicho análisis se refiere a la diversidad de roles que existen en la sociedad, atribuidos tanto a mujeres como a hombres; sin embargo, estos roles, contemplados bajo la perspectiva actual no se limitan únicamente a lo femenino o masculino, sino que, por el contrario, implican ampliamente todo el espectro de identidad de género, refiriéndonos de manera más específica a los géneros no binarios o también llamados tercer género. Es aquí donde se estructura sólidamente lo que es y considera este estudio, la perspectiva de género. Lo que nos lleva a un análisis de conductas, condiciones sociológicas y situaciones jurídicas que están en constante implicación o interacción con las posiciones o roles, según un género específico, y la implicación o afectación que se origina desde el pertenecer o identificarse con uno u otro, pues, es claro que en la práctica los estereotipos marcados sobre ser mujer, ser hombre o pertenecer a la comunidad LGBTIQ+ implica, por sí solo, encontrarse en situación de vulnerabilidad y susceptibilidad de ser víctima de situaciones discriminatorias, en los ámbitos sociales, jurídicos incluyendo la facultad de impartir justicia; haciendo que este término esté indiscutiblemente ligado a un asunto de derechos humanos⁵.

El Estado a través de sus tres poderes tiene la facultad, de forma imperativa de sancionar, tipificar, prevenir, judicializar, legislar y reparar ante los hechos

³ ARAYA UMAÑA, Sandra. La Categoría analítica del género: notas para un debate. (2004). Revista Hallazgos, 12(23). 287-305. (DOI: 10.15332/s1794-3841.2015.0023.014). Consultado en Google académico.

⁴ ROMERO ACEVEDO, Tatiana y FORERO SANABRIA, Katherine. Cartilla Género. MINISTERIO DE JUSTICIA. Recuperado en: <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/conexion-justicia/Documents/caja-herramientas-genero/Cartilla%20G%C3%A9nero%20final.pdf> P. 14 – Consultado en: 15 de julio del 2002.

⁵ INSTITUTO JALISCIENSE DE LAS MUJERES MIGUEL BLANCO. Mujeres y Hombres ¿Qué Tan Diferentes Somos?: Manual de sensibilización en perspectiva de género. No. 883, Col. Centro C.P.44100 ISBN:968-5843-05-8 Tercera edición, noviembre 2008. p. 10. Recuperado en: <http://cedoc.inmujeres.gob.mx/ftpg/Jalisco/jal04.pdf> – 15 de julio de 2022.

violentos hacia las poblaciones de especial protección, como lo son las mujeres, menores de edad, comunidades afrodescendientes, étnicas o palanqueras, víctimas del conflicto armado, entre otras⁶. Acciones que deben ir encaminadas a la garantía de los derechos fundamentales, entre ellos el de la igualdad, por ende, la de oportunidades procesales, la cual puede verse afectada cuando los intervinientes son mujeres, personas de la comunidad LGBTIQ+ u otros grupos históricamente excluidos en un contexto de estigmas machistas y estereotipados estructurados en una sociedad no deconstruida.

El derecho Constitucional y Penal han avanzado en procurar la consolidación del derecho a la dignidad humana, integrando los tratados internacionales dentro de la categoría de valores constitucionales fundamentales, necesarios para la igualdad en diversidad de género y diferencias; el derecho penal entra a tutelar de forma principal derechos de las mujeres como “el de vivir libres de violencia y discriminación”⁷, dando paso a la tipificación del feminicidio como delito autónomo, donde es claro del término mujeres ahora barca a mujeres cisgénero y transgénero⁸.

Uno de los acercamientos más acertados a la teoría del sexo-genero por parte de la legislación es cuando se reconoce la protección de derechos fundamentales de las mujeres y los géneros diversos, esto se ha visto materializado con algunos ejemplos: 1. El acceso a métodos anticonceptivos, cuyo mayor antecedente es la Resolución 459 de 2012, “Por la cual se adopta el Protocolo y Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual”; 2. La despenalización del aborto bajo las tres causales principales a partir del año 2006⁹ fortaleciendo en el reconocimiento de los derechos reproductivos de la mujeres en la declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994), donde se dijo que los mismos tienen relación directa con otros como la dignidad, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la información, la salud y la

⁶ ACTA DE INVESTIGACIÓN PSICOLÓGICA. *Versión On-line* ISSN 2007-4719. - *Versión impresa* ISSN 2007-4832- Vol. 5, No. 3. Ciudad de México. dic. 2015 [https://doi.org/10.1016/s2007-4719\(16\)30005-9](https://doi.org/10.1016/s2007-4719(16)30005-9). Consultado en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2007-48322015000302124&script=sci_arttext#B26 - 19 de julio de 2002.

⁷ IBARRA P., Adelaida; MARTÍNEZ, Gloria; SÁNCHEZ T., Robinson. Avances en materia de igualdad desde una perspectiva de género en el derecho constitucional colombiano. Universidad Nacional de Colombia. 2021. Consultado en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/96556> - 28 de julio de 2022.

⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Artículo 104. Diario Oficial No. 44.097. Bogotá, 2000. (Adicionado por la Ley 1761 de 2015). (Artículo que tipificó el delito de feminicidio).

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 - 2006. M. P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

educación ; 3. Incorporación en el ordenamiento interno de instrumentos internacionales a favor de los derechos de las mujeres. 4. Expedición de normas en pro de la prevención y erradicación de la violencia intrafamiliar, entre otros.

De esta forma, la consolidación de la perspectiva de género como categoría analítica o de análisis, surgiría luego de la tercera ola feminista, la cual plantea discusiones históricamente relevantes en torno a la dignificación de la mujer y la igualdad de género, el dar relevancia a temas dentro del desarrollo legislativo, judicial, social, y académico de las sociedades. Desde un punto de vista biológico, los estudios hacen posible que se amplíe el alcance respecto de la perspectiva de género, propiamente hablando, nos referimos a la inclusión de personas pertenecientes a diversos géneros, como la comunidad LGBTIQ+, las mujeres cisgénero y transgénero, sin olvidarnos de abordar temas como la violencia, proveniente desde la vertiente machista, así como cualquier otro tipo de violencia.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰ ratificada por Colombia en la Ley 16 de 1972, en todo su articulado brinda la base para la aplicabilidad de la perspectiva de género, puesto que, bajo las premisas que contemplan que todos los seres humanos nacemos libres, asimismo iguales en dignidad y derechos, y que no habrá distinción alguna para la aplicación y sienta las bases para la progresividad de estos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación y el compromiso estatal de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos¹¹ se destaca el artículo 3 en cuanto a la igualdad entre hombres y mujeres en el disfrute de derechos civiles y políticos; a su vez, en los Artículos 14 y 26 relata sobre la igualdad ante los juzgados, tribunales y la protección igualitaria ante la ley.

Por su parte, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer (1993) enfatiza los deberes de los estados de utilizar una política encaminada a erradicar la violencia contra la mujer, al realizar acciones como: “(i) abstenerse de practicar cualquier acto de violencia contra la mujer; (ii) prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer; (iii)

¹⁰ NACIONES UNIDAS. Declaración Universal De Derechos Humanos. 1948. Consultado en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> - 22 de julio de 2022.

¹¹ NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. Consultado en: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights> - 22 de julio de 2022.

establecer sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; (iv) elaborar planes de acción nacionales para promover la protección de la mujer contra toda forma de violencia; (v) elaborar enfoques de tipo preventivo y todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia; (vi) garantizar que las mujeres objeto de violencia y, cuando corresponda, sus hijos, dispongan de asistencia especializada; (vii) contar con los recursos adecuados para sus actividades relacionadas con la eliminación de la violencia contra la mujer; (viii) sensibilizar a autoridades y funcionarios sobre el fenómeno; (ix) modificar las pautas sociales y culturales de comportamiento del hombre y de la mujer, y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole; (x) promover la realización de investigaciones, informes y directrices sobre el tema; (xi) y apoyar las organizaciones y movimientos que se dediquen a promover los derechos de la mujer, entre otros”¹².

Así mismo, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer¹³ de las Naciones Unidas resaltando lo ya antes mencionado y la prioridad por la igualdad en la vida de las mujeres, elimina cualquier forma de discriminación originada por el sexo. La Convención de Belém do Pará¹⁴ ratificada por la Ley 248 de 1995 es uno de los instrumentos internacionales que más ha aportado al crecimiento normativo para la garantía del derecho fundamental de las mujeres a vivir libres de violencia.

En virtud de lo anterior se han expedido diversas normas, como la Ley 294 de 1996¹⁵ que desarrolla el Artículo 42 de la Constitución Política de 1991¹⁶ en

¹² NACIONES UNIDAS. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer. Diciembre de 1993. Consultado en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women#:~:text=Art%C3%ADculo%204,la%20violencia%20contra%20la%20mujer> - 22 de julio de 2022.

¹³ NACIONES UNIDAS. Cuarta Conferencia Mundial Sobre La Mujer. Beijing, 1995. Consultado en: <https://www.un.org/es/conferences/women/beijing1995> - 22 de julio de 2022.

¹⁴ CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. 1994. Consultado en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/convencion.asp#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20Interamericana%20para%20Prevenir,a%20la%20violencia%20como%20una> - 22 de julio de 2022.

¹⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 294 - 1996. Diario oficial 42.836 – Consultado en: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0294_1996.htm - 4 de agosto de 2022.

¹⁶ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política. 1991. Gaceta Constitucional No. 116. Consultado en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html - 4 de agosto de 2022.

procura de la protección de la familia de cualquier forma de violencia, a su vez que procura la integración de la familia y la de sus diferentes miembros, y la implementación de diferentes medidas de protección. Dicha ley fue modificada por la Ley 575 de 2000¹⁷ introduciendo las solicitudes de medidas de protección, bastante diversas y eficaces, que van desde el desalojo de la casa por parte del agresor hasta la generalidad en la aplicación de cualquier otra que sea necesaria y útil para cumplir con los propósitos de esa ley.

A diferencia de los códigos Civil o General de Procesos, el de infancia y adolescencia establece la obligación de atribuir perspectiva de género en la aplicación de las disposiciones de dicho código, en donde los niños, niñas y adolescentes se desenvuelven¹⁸.

La Ley 1257 de 2008¹⁹, por su parte, es un hito normativo toda vez que regula la sensibilización, la prevención, y por supuesto, la sanción de todas las formas de violencia contra la mujer, reformando incluso el Código Penal²⁰ junto con la Ley 1761 de 2015²¹. Esta pretende garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, recalca la definición dada en la ley que regula lo concerniente a la convención de Belem Do Para, indicando:

Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Imparte obligaciones sociales que implican conocer y respetar los derechos que menciona esta ley y abstenciones de cometer actos violentos o violaciones a los derechos de las mujeres y una orden a la gestión y a la acción para asegurar el ejercicio de los derechos de las mujeres.

Igualmente, la Ley 1257 de 2008 menciona las medidas de protección, toda vez que son las herramientas y medios más eficaces, e incluye las de atención.

¹⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 575 – 2000. Diario oficial No. 43.889. Consultado en: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0575_2000.htm - 4 de agosto de 2022.

¹⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 - 2008. Artículo 12.

¹⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1257. 2008. Diario oficial No. 47.193. Consultado en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1257_2008.html - 4 de agosto de 2022.

²⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 - 2000. Diario oficial 44.097. Consultado en: 4 de agosto de 2022.

²¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Esta Ley tipificó el delito autónomo de feminicidio.

La Sentencia T-184 de 2017 narra un breve precedente jurisprudencial: La sentencia T 382 de 1994, mediante la cual se amparan una serie de derechos para unos menores y su madre, quien había sufrido agresiones en el seno de su hogar por parte de su cónyuge. Enfatiza la Corte cómo los tratos crueles que ocasionan dolor atentan contra la dignidad humana y la realización de una persona. Mencionando a su vez la efectividad de la tutela como un instrumento útil de carácter inmediato para solucionar estos conflictos.

Ahora bien, la Corte Constitucional en la Sentencia T-184 de 2017 cita a las Sentencias T-487 de 1994, T-552 de 1994, y T-181 de 1995, que revisan acciones de tutela instauradas por víctimas de violencia intrafamiliar o de género. Se refieren al fundamento en las relaciones familiares con pilares fundamentales como la igualdad de derechos y deberes de la pareja, así como también el respeto recíproco de todos sus miembros; recalcando que cualquier forma de violencia es destructiva ante la unidad familiar y deberá sancionarse.

En cuanto a sentencias de constitucionalidad están: la C-285 de 1997; la C-652 de 1997; y la C-059 de 2005, que estudian la posible inconstitucionalidad de algunas disposiciones de las leyes 575 de 2000 y 294 de 1996, declarándolas de conformidad con la Constitución. La Sentencia C-322 de 2006 aborda la constitucionalidad de la Ley 984 de 2005 (la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas); en esta la Corte menciona:

En lo que tiene que ver con Colombia, esta realidad social de marginación fue expresamente reconocida por la Asamblea Nacional Constituyente que, como un mecanismo para superarla, decidió elevar a canon constitucional el principio de la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, consagrado precisamente en la “Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Las palabras de la exposición de motivos, dichas para justificar la consagración de las normas superiores relativas a la igualdad entre hombres y mujeres, particularmente recogidas en el Artículo 43 de la Constitución Política de Colombia, revelan que la intención de la Asamblea Nacional Constituyente fue incorporar a la Carta los mismos principios recogidos en esa Convención.

Así mismo, en la Sentencia C-335 de 2013, que versa sobre la constitucionalidad de la Ley 1257 de 2008, en el numeral 5 del Artículo 9 la declara exequible al mencionar que la expresión “medidas para fomentar la sanción social” no desconoce el principio de legalidad y a su vez no son penas como tal sino mecanismos de prevención. Según la Corte Constitucional “la violencia de género es un fenómeno fundado en factores sociales como la desigualdad y la discriminación de las mujeres, y por ello una estrategia eficaz para erradicarla

requiere de una respuesta integral del Estado, que comprenda no solo el ámbito penal, sino que incluya otras medidas jurídicas y sociales complementarias”.²²

La Sentencia T-878 de 2014 precisa lo siguiente, analizando el caso de una mujer víctima de discriminación y violencia:

El Estado tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo, para lo cual debe: a) garantizar a todos y todas, una vida libre de violencia y discriminación por razón del sexo; b) prevenir y proteger a las mujeres y las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra; c) investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, entre muchas otras.

De esta manera permite visualizar la carga que tiene el Estado o la injerencia en la eliminación de la discriminación y de la violencia contra la mujer en el sentido de hacer algo más que solo reprochar, traduciéndolo en tomar acción e implementar activamente estrategias. Siguiendo esta misma línea se menciona la función rectora del operador judicial como papel trascendental para erradicar la violencia contra la mujer, menciona también la Sentencia T-967 de 2014, refiriéndose a cómo la tolerancia social a estos fenómenos agudiza el problema de la ineficacia en estos procesos, y las dificultades probatorias a las que se enfrenta la administración de justicia en este tipo de casos.

Se observan, así mismo, disposiciones que materializan la debida diligencia, tales como la obligación estatal al contemplar la remisión de diligencias a la autoridad competente, cuando se evidencien delitos o contravenciones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla el concepto de la debida diligencia con fundamento en la Convención de Belem Do Pará²³ y su génesis en el Artículo 7, literal b, explicando la importancia de que, ante un acto de violencia contra la mujer, las autoridades investigativas lleven a cargo su función de forma determinante y con la mayor eficacia posible; teniendo en cuenta la obligación de la sociedad de rechazar la violencia contra la mujer en todas sus formas y brindar dignidad humana, así como protección a las víctimas de este flagelo.²⁴

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-878 – 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²³ CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Brasil 1994. Consultado en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/convencion.asp#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20Interamericana%20para%20Prevenir,a%20la%20violencia%20como%20una> - 22 de julio de 2022.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso Barbosa de Souza y otros vs Brasil. 2021. Consultado en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_esp.pdf 9 de agosto de 2022.

La Corte Interamericana reitera a su vez que ese deber jurídico propio de investigar por parte del Estado es de medios y no de resultados. Sin embargo, esa responsabilidad no es simple formalidad o solo un intento infructuoso que dependa de las víctimas o familiares. Insta por supuesto a que el principio de la debida diligencia da pautas para la realización de una investigación seria, objetiva y que busque la verdad y pena para los autores de los diferentes hechos. A su vez el alto tribunal reseña que, cuando existe violencia de género la falta de investigación por parte del Estado, en cabeza de las diferentes autoridades investigativas puede desencadenar en una forma de discriminación basada en género, haciendo del Estado un victimario más²⁵.

La aplicación de la perspectiva de género en el ámbito de las decisiones judiciales constituye una obligación convencional y constitucional, lo que significa que su implementación no puede ser concebida como un criterio accesorio o dependiente del arbitrio o la discrecionalidad del juez, pues mandatos constitucionales, legales y convencionales le imponen su forzosa observancia²⁶.

Reconoce la Corte Suprema de Justicia que el análisis de género en todos los procesos judiciales permite tener una herramienta ‘teórico-metodológica’ que garantiza un examen sistémico del contexto en que se desarrollan hombres y mujeres, y se visibilizan desigualdades y detectar como realizar ajustes²⁷.

Sobre los criterios a tener en cuenta cuando, como operador judicial, se está ante situaciones desiguales que impliquen la aplicación de la perspectiva de género, la Corte Constitucional ha establecido criterios que se resumen así: i) desplegar toda la actividad investigativa en pro de la dignidad de las mujeres; ii) analizar hechos y pruebas con trato diferencial; iii) no valorar con estereotipos de género; iv) evitar la revictimización y reconocer las diferencias en las que hombres y mujeres se han desenvuelto en la sociedad; v) flexibilizar las cargas probatorias en casos de violencia; vi) considerar el rol trasformador o perpetuador de las decisiones judiciales; vii) efectuar análisis rígido sobre actuaciones de quien presuntivamente comete la violencia; viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres.²⁸

²⁵ Op. cit.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC 5347 - 2021. Magistrado Ponente: Luis Armando Toloza.

²⁷ INSTITUTO NACIONAL DE MUJERES. Glosario de Género, México, 2007, recuperado de http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100904.pdf Consultado el 9 de agosto de 2022.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 012. 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

La perspectiva de género cuestión de derechos humanos

En los sistemas jurídicos, por mucho tiempo las mujeres fueron invisibilizadas y tratadas como minoría, la perspectiva de género necesariamente nos remite volver los ojos hacia aquellos factores que han forjado estas diferencias, que pueden ser culturales, físicos, sociales e históricos. Es la perspectiva de género y la evolución de los derechos humanos lo que ha permitido el reconocimiento explícito de los derechos de las mujeres²⁹ y procurar por una verdadera igualdad de género.

El término yuxtapuesto al machismo no es el feminismo si no el hembrismo, por lo tanto cabe hacer una diferenciación de las expresiones referidas, según la RAE el machismo es tanto la actitud de prepotencia de los varones respecto de las mujeres o una forma de sexismo caracterizada por la prevalencia del varón³⁰, ahora bien el hembrismo si bien aún no es un término reconocido por la RAE, hace alusión a la ponderación de las mujeres por sobre los hombres de la misma forma que lo realiza el machismo con las mujeres; mientras que con el surgimiento del feminismo se busca la igualdad de los géneros. La anterior diferenciación se hace necesaria para que exista correlación entre la Declaración de los derechos del hombre y el feminismo moderno.

Es de recordar que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano nació en el seno de la Revolución Francesa, sin embargo, es poco conocido el rol desarrollado por las mujeres, clave para el momento histórico. Pero, una vez efectuada la Revolución ellas fueron dejadas de lado y silenciadas al igual que el rey Luis XVI y María Antonieta con la guillotina, prueba de ello es el hecho de que la señora Olympe de Gouges³¹ murió decapitada por no renunciar a sus ideales. El preludio de la Revolución Francesa es bastante amplio, por tanto, nos ocuparemos de los aspectos más relevantes para el interés de este artículo. El feminismo moderno surgió principalmente en dos momentos, uno con la publicación de la obra del filósofo cartesiano Poulain de la Barre, *De la igualdad de los sexos*, publicada durante el transcurso de la época de la Ilustración, en la que se denunciaba un sistema que excluía a las mujeres de la educación, profesión y de cualquier otra actividad prestigiosa, sembrando la semilla de la discordia; sucesos ocurridos cuando el rey Luis XVI convocó a los tres estados generales de la sociedad: nobleza, clero y pueblo, lo cual dio

²⁹ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos. Editorama S.A. 2008. ISBN 978-9968-917-90-2. Recuperado en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25753.pdf>

³⁰ RAE. <https://dle.rae.es/machismo>

³¹ Escritora, dramaturga, filósofa y política francesa. Militó a favor de la abolición de la esclavitud y redactó la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana en 1791.

pie a la Revolución; estos se plantearon para reunir las quejas al rey, pero las mujeres quedaron excluidas y se vieron obligadas a organizarse para redactar su propio ‘cuaderno de quejas’ en el que se denominaban el tercer estado del tercer estado³². La marcha a Versalles, otro punto crítico en la Revolución Francesa fue liderada por mujeres, quienes estaban cansadas de la escasez de alimentos, lo que llevó a miles de personas a enfrentarse al rey. El acontecimiento generó una turba que saqueó la armería de la ciudad; y, una vez armadas, marcharon cerca de 19 kilómetros hasta el sur de Versalles, para presentar las demandas al rey; la situación fue tensa hasta que el rey abandonó su palacio y se mudó a París, así estaría bajo la vigilancia constante del pueblo³³.

Las mujeres, en el fervor del ambiente revolucionario, con las nuevas ideas de igualdad entre hombres y mujeres, surgidas en la Ilustración, jugaron un rol fundamental en la Revolución Francesa. Entre algunos hechos históricos merecen destacarse los siguientes:

“En marzo de 1792, Pauline Léon se dirigió a la Asamblea Legislativa en nombre de las mujeres parisinas para sugerir que se formara una milicia femenina para defender sus hogares en medio de una creciente violencia contrarrevolucionaria”.³⁴

La creación de la Sociedad de Mujeres Republicanas Revolucionarias, una organización de corta duración que presionó por el derecho de las mujeres a contribuir a la Revolución. No obstante, a pesar de su rol fundamental, durante los debates de la Asamblea Nacional les fue negado su derecho a la participación política, tanto así que en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, fueron totalmente excluidas, Olympia de Gouges solicitó un puesto en el tribunal, también buscaba publicar una declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana, sin embargo con el asesinato de Corday de Marat, la Revolución Francesa significó un amargo triunfo para las francesas; si bien obtuvieron lo que buscaron frente al rey, ellas fueron minimizadas en lo que respecta a sus derechos, dado que los clubes de las mujeres fueron cerrados y su presencia en cualquier actividad política fue prohibida, por haber ‘transgredido la ley natural’ al querer ser iguales a los hombres, y quienes se habían destacado por su liderazgo fueron usadas como método sugestivo para evitar futuras sublevaciones mandándolas a la guillotina o al exilio.³⁵

³² AGUILAR, María, et alii ¿Qué es esto de los derechos humanos? Apuntes para una reflexión crítica. Segunda edición, 26/12/2012; p. 167.

³³ EVANS, Elinor. History Extra, 16 octubre 2021. Consultado en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-58804976>

³⁴ Op. cit.

³⁵ AGUILAR, María, et aliiii. ¿Qué es esto de los derechos humanos? Apuntes para una reflexión crítica. Segunda edición, 26/12/2012. p. 168.

Ahora bien, es imperante recordar la relevancia histórica que ha tenido la Declaración de los Derechos del Hombre, en particular para los nuevos cuerpos normativos que han buscado una sociedad más solidaria. Y es que, si bien esta Declaración no es necesariamente un predecesor de los derechos humanos, por lo menos es su antecedente espiritual, ya que el mismo trataba de buscar una sociedad sin distinción entre las clases sociales, no obstante, dejaron por fuera a las mujeres, en la creación del cuerpo normativo. Por otro lado, la Segunda Guerra Mundial originó actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y como resultado de una búsqueda para evitar recaer en algo semejante, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada en 1948 el 10 de diciembre por la ONU.

Contrario a la Revolución Francesa, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas estaba integrada por 18 miembros, de diferentes orientaciones políticas, culturales y de ambos sexos, y fue de tal alcance la participación femenina que, la señora Eleanor Roosevelt presidió el Comité de Redacción de los DDHH. Su aporte fue tan valioso que la ONU lo destaca así: *“Eleanor Roosevelt fue sin duda la gran impulsora de la aprobación de la Declaración”*.³⁶ *“El destacado papel de Eleanor Roosevelt como Presidenta del Comité de Redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos está bien documentado. No obstante, hubo otras mujeres cuya labor fue esencial a la hora de dar forma al documento...”*³⁷ De lo mencionado se observa una diferencia en la construcción del texto, y lo que fue en sí la Declaración de los Derechos del Hombre, el cual usamos como referencia, y no solamente eso, al entrar al cuerpo del escrito se encuentran discrepancias que se marcan con su antecesor espiritual, verbigracia en su preámbulo establece lo siguiente: ... “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”... (énfasis propio)³⁸; De entrada, se puede distinguir que este cuerpo normativo tiene una orientación más inclusiva y propende por la igualdad entre todos los seres humanos, sin la tan marcada distinción de sexo que ocupaba su antecesor. En consecuencia, se puede hacer una distinción en los siguientes artículos:

³⁶ <https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration> Consultado en 6 de agosto de 2022.

³⁷ ADAMI, Rebecca. Women and the Universal Declaration of Human Rights. Routledge, 2018, página 1. Consultado en 6 de agosto de 2022.

³⁸ ONU. Preámbulo Declaración de los Derechos Humanos.

Art. 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Art. 2: Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo...

Artículo 16:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio...

Artículo 21:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos...

De los artículos anteriores se puede concluir que la Declaración de los Derechos Humanos propende por la igualdad entre los dos sexos; sin embargo, estos derechos por sí solos no generan mecanismos que aseguren su aplicabilidad, de tal manera que deben ser suplidos y coadyuvados con normas y principios; para nuestro caso, en el ámbito de la aplicación de la justicia. Los jueces fueron los encargados para cumplir con esta responsabilidad. Así las cosas, la Corte Constitucional establece en la Sentencia T-338 de 2018:

Son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento. En efecto, es necesario que dichas autoridades apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal forma que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad.³⁹

Si bien los derechos humanos propenden por la protección y la igualdad de todos los seres humanos, estos por sí solos no pueden garantizar que se suplan todos los vacíos normativos que se puedan presentar, al tratarse de disposiciones generales, que plasman los derechos bajo los cuales se rigen los países; estos no

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-338-2018. M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado. Recuperado en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-338-18.htm>. Consultado el 7 de agosto de 2022.

solo pueden ser vistos desde su órbita objetiva, es decir la aplicación de la ley en su forma más pura y sin vacilación, sino que la misma debe ser analizada desde sus aspectos subjetivos e identificar cuando una persona se encuentra en una gran desventaja, ya sea por su condición social como por su sexo; por esta razón, el Estado colombiano al percibir dicha necesidad tuvo que aplicar la perspectiva de género en procura de la dignidad humana de todos los individuos, principalmente de aquellos en situación de vulnerabilidad e inferioridad generadas por factores de violencia estructural.

Naturaleza de los conflictos en materia civil

En la cúspide de la estructura del sistema judicial colombiano encontramos cuatro órganos: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura. Para nuestro caso concreto la Corte Suprema de Justicia, cúpula de la jurisdicción ordinaria, se encarga de los procesos de la especialidad penal, laboral, civil, agraria y de familia, esta subdivisión realizada en la jurisdicción ordinaria atañe a la competencia, mecanismo a través del cual un pleito es asignado a un juez, con arreglo a unos criterios dentro de los cuales nos podemos referir a los siguientes:

1. Área jurídica a la que pertenece el pleito.
2. Factor subjetivo.
3. Factor objetivo.

En relación con el primero, se puede afirmar que se refiere a la naturaleza a la que pertenece el pleito; igualmente la competencia se determina dependiendo de si se trata de un pleito entre una persona y el Estado, el cual corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; si se trata de un conflicto entre dos personas particulares, a la jurisdicción ordinaria en alguna de sus múltiples especialidades. Por otro lado, el factor subjetivo se refiere a la calidad de las partes. Y, frente al factor objetivo, Henry Sanabria indica que se refiere a dos aspectos fundamentales, el primero, la naturaleza del asunto, y el segundo, a la cuantía; el primero se estructura a partir del contenido de la pretensión, atendiendo exclusivamente al tipo de controversia llevada al proceso, a esta se le atribuye a su conocimiento a determinado juez, sin tener en cuenta ningún otro tipo de consideración.⁴⁰

En concordancia con el Código General del Proceso⁴¹, existen diferentes tipos de procesos que facilitarán la obtención del derecho sustancial que se persigue, a

⁴⁰ SANABRIA, S. Henry. Derecho Procesal Civil General. Bogotá. Editorial Universidad Externando, edición 2021, pp. 134 – 135.

⁴¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012. Recuperado en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#1 7 de agosto de 2022.

saber, los procesos declarativos, situados desde el Artículo 368 hasta el 421, libro tercero, sección primera, título I y capítulo I; los procesos ejecutivos, sección segunda, título único, Artículos 422 al 472; los procesos de liquidación, en la sección tercera, título I, Artículos 473 a 576; y finalmente, aquellos denominados procesos de jurisdicción voluntaria, Artículos 577 a 587. Dentro de los procesos declarativos también existe una subdivisión, los procesos verbales, verbales sumarios y los declarativos especiales. Al interior de la anterior clasificación nos podemos referir a algunos procesos de la especialidad civil, entre ellos: la resolución de compraventa, declaración de pertenencia, servidumbres, posesorios, entrega de la cosa por el tradente al adquirente, rendición provocada de cuentas, rendición espontánea de cuentas, pago por consignación, declaración de bienes vacantes y mostrencos, restitución de inmueble arrendado, entre otros, de lo cual cabe destacar que todos cuentan con una naturaleza que, finalmente, desemboca en la patrimonial.

El Decreto 2272 de 1989, por medio del cual se organiza la Jurisdicción de Familia⁴², se crean despachos judiciales y se dictan otras disposiciones, separó en gran medida las dos especialidades de la jurisdicción ordinaria, es decir diferenció la especialidad civil de la de familia⁴³. Algunos de los procesos que fueron separados de la especialidad civil son: la protección del nombre, del divorcio, cesación de efectos civiles y separación de cuerpos, de mutuo acuerdo, la suspensión y restablecimiento de la vida en común de los cónyuges, la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores, la designación de curador *ad hoc* para la cancelación del patrimonio de familia inembargable, la citación judicial para el reconocimiento de hijo extramatrimonial, la separación de bienes y de la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges, la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y de la administración de los bienes de los hijos, entre otros⁴⁴, a diferencia de los procesos de la especialidad civil estos pueden llegar a versar sobre temas totalmente ajenos al patrimonio.

Ahora, si bien en el capítulo anterior se hizo mención a que la perspectiva de género se debe encontrar en todas las decisiones judiciales, sin importar su especialidad, no es fácil ubicar sentencias que utilicen dicha perspectiva de género alejada de procesos que corresponden a la especialidad de familia, puesto que, como se mencionó en la especialidad civil dichos procesos desembocan

⁴² El término correcto o más adecuado para referirse a la división de la jurisdicción ordinaria realizado, sería especialidad familia.

⁴³ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2272 de 1989. Diario Oficial No. 39.012, del 7 de octubre de 1989.

⁴⁴ Op. cit.

en temas patrimoniales; de tal manera que, al juzgador se le dificulta detectar dichas situaciones, máxime por la camisa de fuerza que les fue impuesta por el CGP y, específicamente en lo que nos refiere, a las normas en las cuales se deben enmarcar al momento de proferir un fallo; el CGP nos indica en su Artículo 280 que la motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas, con las explicaciones razonadas de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios; así mismo, el Artículo 281 del CGP nos indica que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y las demás oportunidades, de la misma manera señala que no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocación en esta; sin embargo, dicha regla cuenta con una excepción: “En los asuntos de familia, el juez podrá fallar *ultra* y *extra petita*, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole”⁴⁵. Esto último tiene unas grandes repercusiones en cuanto a los poderes de los jueces respectivamente, y es que la facultad *extra petita*, permite al juez otorgar al demandante lo que este no ha pedido, pero que encuentra probado que tiene derecho, y la facultad *ultra petita* permite al juez otorgar al demandante más de lo que ha solicitado, si es que lo encuentra probado. Dicha situación, contrapuesta con los jueces civiles, les representa una gran desventaja, puesto que el Artículo Sexto de la Constitución Política colombiana establece que los funcionarios públicos son responsables tanto por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de tal manera que ellos no pueden aplicar la perspectiva de género con la misma facilidad que los jueces de familia, puesto que están limitados a los hechos y las pretensiones de las demandas, sin poder fallar *ultra petita* o *extra petita*, a pesar de que evidencien situaciones en las que sea necesario aplicar la perspectiva de género; o, por lo menos, no la pueden aplicar con la misma facilidad en cuanto a que si se extralimitan en sus funciones, estarían vulnerando la Constitución y el debido proceso, no obstante el juez, debe propender tanto por la igualdad de las partes como por la equidad del proceso, por ejemplo, la carga de la prueba, si bien le es atribuible a la parte procesal que pretende demostrar el supuesto de hecho que la norma contempla, existen casos en que es más fácil para la otra parte acceder a los medios probatorios, y por tanto imponer una carga dinámica de la prueba. Los jueces deben propender por la aplicación de la perspectiva de género en los procesos que se pueda prever una situación de desigualdad: un caso en el cual el hombre ejerce violencia psicológica sobre su cónyuge, y en un eventual proceso,

⁴⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012. Parágrafo primero, Art. 281. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

sea de cualquier índole, el hombre decide aportar 5 testigos para demostrar sus supuestos de hecho, mientras que la mujer únicamente cuenta con 1 solo testimonio, pareciera obvio que el juzgador deba fallar a favor del hombre, puesto que brindó mayor cantidad de material probatorio para demostrar sus supuestos de hecho; no obstante, al aplicar la perspectiva de género, el juez debe flexibilizar la carga de la prueba y valorar ese único testimonio en contexto y considerarlo en su decisión. Además, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil ha indicado:

“Ahora, aun dando lugar a la discriminación positiva en favor de las mujeres, al tratarse de un grupo social históricamente excluido, en algunos casos, podría admitirse la flexibilización de algunos presupuestos procesales; sin embargo, ese enfoque diferencial no es absoluto pues implica el análisis de las particularidades de cada caso y la ponderación de los intereses de las partes en contienda, así como de terceros de buena fe exenta de culpa”.⁴⁶

Con lo anteriormente descrito se hace necesario indicar que el juez civil no cuenta con las mismas potestades que los jueces de familia; no obstante, debe propender porque el proceso sea equitativo, lo que significa que, en algunos casos, ejemplo pueda flexibilizar la carga probatoria.

Conclusiones

1. Conforme al bloque de constitucionalidad, el precedente judicial y la jurisprudencia citada, los jueces de la jurisdicción ordinaria de la especialidad Civil, a pesar de tener procesos judiciales cuya naturaleza desemboca inevitablemente en temas patrimoniales, deben aplicar la perspectiva de género en sus decisiones judiciales, puesto que es necesario desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa, y en especial, prevenir que se vean materializadas desigualdades que afectarían el orden social.
2. Los jueces de la especialidad Civil no cuentan con las facultades *ultra* y *extra petita* que sí les son atribuibles a los jueces de la especialidad de Familia, situación que les genera una ‘camisa de fuerza’, puesto que el Artículo 6 de la Constitución Política colombiana establece que: los funcionarios públicos son responsables tanto por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; de tal manera que encuentran limitación a la hora de toma de decisiones o medidas por fuera de las pretensiones de la demanda en virtud de la congruencia de la sentencia.⁴⁷

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC 7143-2020. Magistrado ponente Luis Armando Tolosa Villabona. consultado el 7 de agosto de 2022.

⁴⁷ Código General del Proceso. Artículo 281.

3. Es evidente que, pese a que en los procesos de la especialidad Civil se avocan temas netamente patrimoniales, el contexto que rodea a las partes podría evidenciar situaciones de desigualdad, a raíz de estereotipos o prejuicios, y sería necesario aplicar la perspectiva de género para garantizar el derecho a la igualdad.
4. La aplicación de la perspectiva de género es un asunto de derechos humanos, en cuanto a que es un instrumento a través del cual se lleva a cabo una verdadera justicia social basada en la igualdad material.
5. La ley no contempla, ni expresa ni taxativamente, los criterios para la aplicación de la perspectiva de género en ningún tipo de proceso; sin embargo, la jurisprudencia sí se ha pronunciado sobre el tema, principalmente en asuntos de la especialidad de Familia o en materia Penal, cuando se trata de delitos de violencia intrafamiliar.
6. Las decisiones judiciales con un enfoque en la perspectiva de género son obligatorias para todos los jueces de la república cuando se presenten situaciones de desigualdad o discriminación, en virtud de lo acordado en los tratados internacionales ratificados por Colombia, la Constitución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el principio de la debida diligencia que implica un actuar proactivo por parte del Estado, sin ser preferente, aleatorio u opcional, analizando el contexto en que ocurren los hechos.
7. Actualmente, en la jurisprudencia encontramos los siguientes criterios para fallos con perspectiva de género:
 - I. Desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres.
 - II. Analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad de manera que, en ese ejercicio hermenéutico, se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial.
 - III. No tomar decisiones con base en estereotipos de género.
 - IV. Evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones.
 - V. Reconocer las diferencias entre hombres y mujeres.
 - VI. Flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes.
 - VII. Considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales, a través de promoción de correctivos, y hacer rutas de superación de dificultades, entre otros.

- VIII. Efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia.
- IX. Evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales.
- X. Analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres.
- XI. Incluir argumentos y hermenéuticas que evidencien el enfoque de género.
- XII. Darles voz a las mujeres y a las organizaciones que las representan.
- XIII. Debe considerarse, ponderarse y valorar el papel, el rol y las relaciones que en cada contexto social que está llamada a desempeñar la mujer.⁴⁸

Pertinentes las palabras del profesor Hernán Fabio López:

Hoy no se puede aceptar que el Estado siga con el papel de convidado de piedra en la tarea de asegurar la efectividad de los derechos consagrados en la ley civil porque para que cumpla con su obligación constitucional de tutelar los derechos, es preciso que participe activamente en todos los campos del ordenamiento jurídico, pues tanto daño puede causar la comisión de un crimen como el desconocimiento de obligaciones de índole civil, de familia o comercial.⁴⁹

A estos criterios proponemos incluir otros como lo serían, eliminar el lenguaje ginope, del cual está totalmente impregnado nuestro ordenamiento jurídico, e incorporar el lenguaje incluyente.

Ahora bien, los jueces civiles, cuando conocen de temas diferentes a los familiares, también deben tener en cuenta los anteriores criterios a la hora de proferir un fallo; sin embargo, están limitados por no poder hacerlo *ultra* y *extra petita*, y por esto consideramos que otro criterio a tener en cuenta es que sea imperativa la remisión a otras autoridades, para la toma de medidas que se requieran para superar la desigualdad o impedir que se vuelva a configurar; por ejemplo, cuando una mujer, a pesar de haberse probado y declarado a su favor prescripción adquisitiva, requiere de medidas de protección contra la violencia de género ejercida contra ella, debe el juez, según el caso, ordenar a la Fiscalía investigar el delito y solicitar ante juez de garantías la medida que se requiere; si los actos de violencia de género se dan en un ambiente diferente al familiar,

⁴⁸ COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género. Escala S.A., Bogotá, 2011. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 012 – 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC 7683 – 2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro.

⁴⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán F. Código General del Proceso. Dupre Editores Ltda. 2017.

referir a la Comisaria de Familia para que inicie el proceso de acuerdo con sus funciones establecidas en la Ley 294 de 1996 y la Ley 1257 de 2008.

Igualmente, los jueces que conozcan temas netamente civiles deberán propender y conminar a la parte afectada por la discriminación o la desigualdad, para que inicien o tramiten procesos tendientes a obtener reparación por daños, si esta pretensión no hubiere sido pedida en la demanda, o si el contexto de la parte vulnerable no le hubiere permitido identificar la discriminación, la violencia estructural o la desventaja en la que se encontraba con respecto a su contendor.

Bibliografía

ACTA DE INVESTIGACIÓN PSICOLÓGICA. *Versión On-line* ISSN 2007-4719.
- *Versión impresa* ISSN 2007-4832- vol. 5 No. 3. Ciudad de México. dic. 2015.

ADAMI, Rebecca. Women and the Universal Declaration of Human Rights. Routledge, 2018, página 1. Consultado en 6 de Agosto de 2022.

AGUILAR, María, et al. ¿Qué es esto de los derechos humanos? Apuntes para una reflexión crítica. Segunda edición, 26/12/2012.

ARAYA UMAÑA, Sandra. La Categoría analítica del género: notas para un debate. (2004). Revista Hallazgos, 12(23). 287-305. (DOI: 10.15332/s1794-3841.2015.0023.014).

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política. 1991. Gaceta Constitucional No. 116.

COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género. Escala S.A., Bogotá, 2011.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2272 de 1989. Diario Oficial No. 39.012.

_____. Ley 294 - 1996. Diario oficial 42.836

_____. Ley 599 de 2000. Diario Oficial No. 44.097.

_____. Ley 575 – 2000. Diario oficial No. 43.889.

_____. Ley 599 - 2000. Diario oficial 44.097.

_____. Ley 984 de 2005.

_____. Ley 1098 - 2008. Artículo 12.

_____. Ley 1257 - 2008. Diario oficial No. 47.193.

_____. Ley 1564 de 2012.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Brasil 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-382 de 1994.

_____. Sentencia T-487 de 1994.

_____. Sentencia T-552 de 1994.

_____. Sentencia T-181 de 1995.

_____. Sentencia C-285 de 1997.

_____. Sentencia C-652 de 1997.

_____. Sentencia C-059 de 2005.

_____. Sentencia C-322 de 2006.

_____. Sentencia C-355 de 2006. M. P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia C-335 de 2013.

_____. Sentencia T-878 de 2014.

_____. Sentencia T-967 de 2014.

_____. Sentencia T-012 de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

_____. Sentencia T-184 de 2017.

_____. Sentencia T-338 de 2018. M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso Barbosa de Souza y otros vs Brasil. 2021.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC 7143-2020. Magistrado ponente Luis Armando Tolosa Villabona.

_____. Sentencia STC 5347 - 2021. Magistrado Ponente: Luis Armando Toloza.

_____. Sentencia STC 7683 – 2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro.

EVANS, Elinor. History Extra, 16 de octubre 2021.

IBARRA P., Adelaida; MARTÍNEZ, Gloria; SÁNCHEZ T., Robinson. Avances en materia de igualdad desde una perspectiva de género en el derecho constitucional colombiano. Universidad Nacional de Colombia. 2021.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos. Editorama S.A. 2008. ISBN 978-9968-917-90-2.

INSTITUTO JALISCIENSE DE LAS MUJERES MIGUEL BLANCO. Mujeres y hombres ¿Qué tan diferentes somos?: Manual de sensibilización en

perspectiva de género. No. 883, Col. Centro C.P.44100 ISBN:968-5843-05-8
Tercera edición, noviembre 2008. p. 10.

INSTITUTO NACIONAL DE MUJERES. Glosario de Género, México, 2007.

LÓPEZ BLANCO, Hernán F. Código General del Proceso. Dupre Editores Ltda.
2017.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Resolución 459 de 2012.

NACIONES UNIDAS. Declaración Universal De Derechos Humanos. 1948.

_____. Preámbulo Declaración de los Derechos Humanos.

_____. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966.

_____. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer.
Diciembre de 1993.

_____. Cuarta Conferencia Mundial Sobre La Mujer. Beijing, 1995.

RAE <https://dle.rae.es/machismo>.

ROMERO ACEVEDO, Tatiana y FORERO SANABRIA, Katherine. Cartilla
Género. MINISTERIO DE JUSTICIA.

SANABRIA, S. Henry. Derecho Procesal Civil General. Bogotá. Editorial
Universidad Externado, edición 2021, pp. 134 – 135.

LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN EL EMPLAZAMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY 2213 DE 2022

*Luz Clarita Cortés Rivera,
Juan Diego Chávez Ramírez, Juan Camilo Herrera Botiva,
Oscar Hernando Granados Polo, Paula Camila Ninco Hernández,
María Fernanda Ortiz Osorio y Estiven Rangel Rodríguez*

Tutora: *Yudy Andrea Carrillo Cruz*
Universidad Cooperativa de Colombia, Villavicencio

Resumen

La presente ponencia tiene como objetivo analizar la garantía del debido proceso en el emplazamiento contemplado en la Ley 2213 de 2022, la cual deja vigente lo establecido en el Decreto 806 de 2020 que fuera expedido en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de los años 2020 y 2021. Esta ley en su artículo 10 modifica el artículo 108 del Código General del Proceso, dejando como único medio para emplazar el registro nacional de personas emplazadas. La Corte Constitucional en la sentencia C-420/20 había determinado que el emplazamiento implementado en el Decreto era constitucional a pesar de que vulneraba levemente el derecho al debido proceso en sus facetas de defensa, contradicción y publicidad; no existiendo ya el estado de emergencia, ¿Se justifica que el Congreso de la República haya dejado vigente como único medio de emplazamiento, la inscripción en el registro nacional de personas emplazadas, a pesar de que existe una leve vulneración al debido proceso? Como hipótesis se plantea que debería permitirse el uso de las redes sociales, WhatsApp y otros medios electrónicos para llevar a cabo el emplazamiento establecido en el art. 10 de la Ley 2213 de 2020 y garantizar con un mayor espectro de posibilidades la comparecencia de la persona emplazada al proceso.

La metodología aplicada fue cualitativa, las fuentes de recolección de información fueron las normas, jurisprudencia, doctrina, y la entrevista a expertos.

Palabras clave: Emplazamiento, debido proceso, Ley 2213 de 2020, código general del proceso, herramientas digitales

Abstract

The present paper aims to analyze the guarantee of due process in the site contemplated in Law 2213 of 2022, which leaves in force the provisions of Decree 806 of 2020 that was issued in the State of Economic Emergency, Social and Ecological of the years 2020 and 2021. Article 10 of the Act amends article 108 of the Code of Criminal Procedure, leaving the national register of summoned persons as the sole means of placement. The Constitutional Court in Judgment C-420/20 had ruled that the injunction implemented in the Decree was constitutional, even though it slightly violated the right to due process in its aspects of defence, contradiction and publicity; In view of the fact that the state of emergency no longer exists, is it justified for the Congress of the Republic to have made registration in the national register of summoned persons effective as the sole means of summoning, despite a slight violation of due process? As a hypothesis it is proposed that the use of social networks should be allowed to carry out the site established in art. 10 of Law 2213 of 2020 and guarantee with a greater spectrum of possibilities the appearance of the person summoned to the process. The methodology applied was qualitative, the sources of information collection were standards, jurisprudence, doctrine, and the interview of experts.

Keywords: summons, due process, Law 2213 of 2020, general code of procedure, digital tools

Introducción

El eje principal de la investigación planteada es lo relacionado con el emplazamiento en el ordenamiento jurídico colombiano regulado en el artículo 10 de la Ley 2213 de 2022, el cual estaría vulnerando levemente el debido proceso de las personas emplazadas, al determinarse que únicamente se puede llevar a cabo el emplazamiento mediante el registro único de personas emplazadas.

En el año 2020 a raíz de la pandemia del COVID 19, la administración de justicia se vio inmiscuida en una adaptación para cumplir con su objetivo constitucional y salvaguardar la salud de la población en general, el Estado en

aras de proteger el derecho al debido proceso promulgó de manera provisional el Decreto 806 de 2020, en el cual se adoptaba la virtualidad como principal herramienta para la función de administrar justicia, este decreto trajo consigo grandes beneficios como la agilidad en los procesos judiciales, aportó a la descongestión judicial e hizo que la justicia fuera oportuna, garantista y accesible; no obstante, trajo consigo también desventajas, ya que se evidenció la falta de conectividad que aún sufre la población colombiana, siendo imperioso, que se amplíe la cobertura de internet en todo el territorio y que las personas se adecuen al uso de las tecnologías en la justicia.

Al ver los grandes avances en materia judicial que el Decreto había traído para nuestro país, el Congreso de la República decidió darle el rango de ley a lo allí estipulado, expidiendo la Ley 2213 de 2022, la cual deja vigente el procedimiento para emplazar que estaba regulado en el Decreto 806 y que modificaba el artículo 108 del Código General del Proceso.

Objetivo

El objetivo planteado por el semillero es analizar la garantía del debido proceso en el emplazamiento contemplado en el artículo 10 de la Ley 2213 de 2022 que modifica el artículo 108 del Código General del Proceso.

Hipótesis

El grupo sostiene que, si bien es cierto, la medida adoptada para emplazar a la parte demandada de acuerdo con el Decreto 806 de 2020 ayudó a la agilidad procesal durante la época de pandemia, también es cierto que la Corte Constitucional en la sentencia 420 de 2020, al realizar el control constitucional del decreto determinó que existía una leve vulneración del debido proceso en sus facetas de defensa, contradicción y publicidad; que en ese momento se justificaban porque debía preservarse la vida y la salud de las personas que acudían a la administración de justicia.

No obstante, al terminar la pandemia, el Congreso de la República decidió mediante la Ley 2213 de 2022 dejar vigente el procedimiento para emplazar en el cual únicamente se puede utilizar el registro único de personas emplazadas, coartando a la parte demandante y al juez para que utilice otros medios electrónicos para llevar a cabo el emplazamiento. Luego la vulneración al debido proceso persiste, por lo que el semillero considera que el legislativo debió permitir el uso de redes sociales y de otros medios electrónicos para llevar a cabo el emplazamiento y que el demandado pueda comparecer a notificarse personalmente del proceso.

Planteamiento del problema

El emplazamiento se conoce como una figura procesal, ya que es aquella comunicación ordenada por el juez para que se realice la publicación con el fin de citar, por ejemplo, al demandado para que se notifique de la demanda. Según el artículo 108 del Código General del Proceso, además de la publicación emitida por el juez y publicada en al menos dos medios de comunicación, es importante que el interesado remita una comunicación en el Registro Nacional de Personas Emplazadas, esta comunicación debe tener consigo, el nombre de la persona emplazada, número de identificación, las partes del proceso, naturaleza del proceso y el despacho judicial que lo requiere; al haber hecho el presente comunicado y transcurrido 15 días después de la publicación se entiende por hecho el emplazamiento; sin embargo, tal disposición cambió en el Decreto 806 de 2020, el cual determinó como único mecanismo para emplazar el registro único de personas emplazadas, y así quedó consagrado en la vigente Ley 2213 de 2022, por lo que se corre el riesgo de vulnerarse el debido proceso, puesto que obliga a las personas a estar al tanto del registro nacional de emplazados, pero no todas las personas cuentan con la capacidad del uso de herramientas tecnológicas y algunas de estas no tienen acceso a las redes de comunicación o internet, por ende, esto puede tener como consecuencia la falta de defensa técnica que debe ser garantizada por el Estado, ya que esta forma de notificación no reconoce la situación social de cada individuo; empero, es indispensable que se apruebe un mecanismo más eficaz para informar a las personas demandadas de los procesos a los que han sido vinculados.

Así las cosas, el decreto impone la carga a los ciudadanos de estar pendientes de un registro único que es virtual para saber si están siendo emplazados, sin embargo, el semillero considera que existen otros mecanismos que deberían ser contemplados por el legislador para llevar a cabo el emplazamiento.

Ahora bien, el problema actual es que muy pocas personas están habituadas para ver el registro nacional de emplazados y aunque, el desconocimiento de la ley y de las tecnologías no exime de responsabilidad, es de vital importancia analizar a la sociedad y entender su actuación cotidiana pues en la misma se refleja la poca intensidad de revisar dichos medios de comunicación destinados para tales fines.

Por otro lado, existe una omisión del legislativo al expedir la ley 2213 sin tener en cuenta el amplio margen de alcance que tiene las redes sociales y otros medios electrónicos en cuestión de información y publicidad en lo relativo al emplazamiento. Pues si lo tuvo en cuenta en relación con la notificación personal.

En este sentido se cuestiona ¿cuál sería el mecanismo idóneo para emplazar? ¿Qué problemas se pueden suscitar en el futuro frente a las personas que fueron emplazadas en el registro único de emplazamiento y que no se notificaron por

este medio por no contar con recursos económicos para acceder a internet? ¿Se deberían usar las redes sociales y los periódicos digitales para el emplazamiento?

No se debe olvidar que el debido proceso es un derecho humano, y que para su garantía son fundamentales los actos de notificación de las providencias, la notificación personal del auto admisorio de la demanda, el derecho de contradicción y de defensa, entre otros derechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la pregunta que se va a dilucidar en la presente ponencia es ¿Se garantiza el debido proceso en el emplazamiento contemplado en la Ley 2213 de 2022, al indicar que únicamente se podrá emplazar mediante el registro único de personas emplazadas?

Metodología

En esta oportunidad y como método de investigación base empleamos la metodología cualitativa; “la aplicación del método cualitativo resalta el ámbito de investigación jurídico social, cultural y a su vez investigativo” pues esta metodología era la más apta e idónea para la investigación, enfocándonos de manera ampliada en los ámbitos sociales y de garantías que rigen sobre la investigación y así logrando el objetivo al cual le dedicamos nuestro enfoque.¹

Tal enfoque se da para encontrar el valor de las garantías del debido proceso mediante el emplazamiento en la Ley 2213 de 2022 y las herramientas tecnológicas para la innovación, conocimiento y eficacia para la correcta notificación de quien se desconoce su paradero, no sin antes afirmar la importancia de las herramientas tecnológicas actuales y como ejemplo las redes de uso masivo (redes sociales). Se utilizó un enfoque analítico y jurídico, las fuentes primarias de información fueron las normas y jurisprudencia, las herramientas para obtener información utilizadas fueron la búsqueda en bases de datos, libros, artículos y se entrevistaron expertos en el tema.

Naturaleza jurídica del emplazamiento

El emplazamiento se conoce como una comunicación jurídica que se lleva a cabo cuando se desconocen los datos del demandado que se pretende enterar de su vinculación a un proceso y se hace con el objeto de garantizar el debido proceso de las partes; es aquel acto de comunicación aplicable al demandado, puesto que, es el comunicado que realiza el juez aludiendo una denuncia y se establece un determinado plazo para que el acusado desempeñe su derecho a la

¹ Vox Juris, Nizama, Nizama, Perú: Seminario de Tesis, 2020.

defensa; siendo parte del debido proceso contemplado en el artículo veintinueve de la constitución política de Colombia, donde se vela por la garantía de la audiencia, y a la defensa en juicio. La notificación de emplazamiento se efectuaba de forma escrita, de conformidad con el artículo ciento ocho (108) del Código general del proceso; en esta publicación se incorporaba el nombre del emplazado, las partes, el despacho, y el juzgado que lo requería en un listado que se publicaba por una sola vez en un medio de amplia circulación nacional o local, a criterio del juez indicando al menos dos (2) medios de comunicación.

La naturaleza jurídica del emplazamiento busca hacer efectiva la asistencia del demandado al proceso y garantizar el ejercicio del derecho de defensa; adicionalmente, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales del demandado, la norma obliga hacer el emplazamiento en debida forma para poder dictar sentencia.

El procedimiento para emplazar cambió en la Ley 2213 de 2022 por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones.

De acuerdo con esta ley, el único medio para emplazar es el registro único de personas emplazadas, situación que pone en riesgo el derecho al debido proceso de manera leve, tal como lo analizó la Corte Constitucional en la sentencia C420 de 2020 y como se ha analizado en la presente ponencia.

El debido proceso es un derecho importante, mas no absoluto, por esta razón para su ejercicio, la Corte ha mencionado que “puede ser objeto de restricciones que resulten primordiales para hacer otros principios mejores, para con él, asegurar otros derechos primordiales que en cierto instante tienen la posibilidad de verse confrontados con aquel”. Este tiene diferentes garantías e intereses que son ejecutados por el o los sujetos procesales, pues por una sección se da la realidad del derecho a la custodia y contradicción del procesado, además es de primordial cumplimiento garantizarle la presunción de inocencia, con esto se posibilita entablar justicia para las partes.

Colombia al ser un estado social de derecho, le garantiza a todo nacional procesado los derechos anteriormente mencionados, sin embargo, el derecho a la información y notificación de su proceso judicial es primordial, debido a que, sin esta notificación el demandado no sabrá que está sometido a un proceso y tampoco se le otorgará el derecho fundamental a la defensa y a la presunción de su inocencia.

Relacionado con los pedidos de emplazamiento que tienen que ser en todos los casos excepcionales, la jurisprudencia ha predeterminado que para que estas

se entiendan llevadas a cabo en debida forma, se necesita que en realidad la parte demandante no conozca el paradero del demandado, de lo contrario se estaría engañando al juez y se estaría faltando a los mínimos deberes procesales.

Así las cosas, el emplazamiento es excepcional, la parte que manifieste ignorar el paradero del demandado no puede hacer valer a su favor su negligencia, y en ventaja del inicio de lealtad procesal, tiene la obligación de utilizar todos los medios probables para localizar al demandado previo a jurar frente al juez que no conoce su sitio de domicilio o de trabajo para efectos de notificarlo personalmente.

Según la Sentencia T-818/13, en la versión del accionante, la accionada conocía su domicilio y sitio de trabajo y ocultó esa información al juez, asegurando bajo juramento ignorar el paradero de su exesposo; por lo cual, estima la Sala que la accionada actuó de forma desleal, y no asumió la carga que le correspondía como parte demandante en el proceso de pérdida de la patria potestad contra su exesposo. Por lo cual, se puede decir que la notificación es primordial dentro del proceso judicial gracias a su doble objetivo, debido a que, asegura el debido proceso y atribuye la alternativa de realizar el derecho de protección y en su primordial caso el derecho de contradicción, de otro modo, es la que ratifica, los inicios de efectividad judicial para evitar el vencimiento de los términos, y cumplir con el principio de celeridad.

Para el semillero es comprensible, que en época de pandemia el decreto 806 de 2020 sacrificara de manera leve el debido proceso para darle prioridad a otros principios procesales y por ese motivo, la Corte Constitucional declaró exequible la norma. No obstante, no es admisible que la medida adoptada, tal como estaba en el decreto, siga permanente en el tiempo, toda vez el uso de un único registro de emplazamiento no es suficiente para que la parte demandada se entere del proceso. Es por esta razón que se propone en esta disertación académica que el Congreso de la República debió tener en cuenta en la ley otros medios y el uso de las redes sociales para lograr emplazar a quienes no se les conoce su paradero.

La garantía del Debido Proceso en el emplazamiento de acuerdo con la Ley 2213 de 2022

El debido proceso es un derecho consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, siendo de vital importancia para la defensa de otros derechos; data de muchos años atrás; datando sus inicios en Roma, donde fueron pioneros en los parámetros o estatutos con los cuales se debía llevar el juicio, con el pasar del tiempo los ingleses introdujeron el *due process of law*, la cual fue propuesta como la garantía procesal a la libertad, en su momento ideada para la nobleza, dando reglas mínimas para un juicio justo como se recogió en la carta magna de 1215.

Garantías luego consagradas en la constitución de España y en la actualidad infundida para toda clase de proceso jurídico y administrativo.²

Es un derecho fundamental, generalmente incorporado a la parte dogmática de las constituciones escritas, y se considera un derecho de primera generación porque forma parte de un grupo de derechos conocidos como derechos individuales, entre los que se encuentran los civiles y políticos, y se considera el derecho fundamental preeminente. Son estos derechos los que cuentan con mecanismos de protección y validez muy específicos, como las acciones de amparo o de tutela.³

Conforme con lo expresado, el debido proceso consiste en ese derecho fundamental que posee un carácter instrumental; lo cual implica que además de ser un derecho fundamental en sí mismo; también, garantiza y efectiviza otros derechos fundamentales.⁴

Al ser un derecho fundamental contentivo de principios y garantías indispensables los cuales se pueden observar en diversos procedimientos para que se logre obtener una solución sustancialmente justa, requerida en el marco del estado social, democrático y de derecho; en este derecho se contraen más derechos.⁵

Toda persona tiene el derecho a participar en un procedimiento dirigido por unos sujetos con unas cualidades y funciones concretas, desarrollado de conformidad con las normas preestablecidas en el ordenamiento jurídico, en los que se debe decidir conforme al derecho sustancial preexistente, siempre y cuando se dé la oportunidad de oír o escuchar a todos los sujetos que puedan ser afectados con las resoluciones que allí se adopten.⁶

El debido proceso posibilita que el proceso sitúe a las partes, que buscan protección de sus derechos en una perfecta situación de igualdad.⁷

La jurisprudencia constitucional en Colombia ha sido prolifera frente al análisis del debido proceso, entre las sentencias estudiadas se encuentra la C-341/14 donde la Corte Constitucional definió el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial

² Tesis, Rodríguez, Los principios de intermediación, emplazamiento y actividad probatoria contenidos en el debido proceso, Perú: Universidad Nacional Pedro Gallo 2021, Cap. 1, p. 20

³ Revista, Agudelo, El debido proceso, Colombia: Opinión Jurídica 2004, p. 90.

⁴ Revista, Agudelo, El debido proceso, Colombia: Opinión Jurídica 2004, p. 90.

⁵ Revista, Agudelo, El debido proceso, Colombia: Opinión Jurídica 2004, p. 89.

⁶ Revista, Agudelo, El debido proceso, Colombia: Opinión Jurídica 2004, p. 89.

⁷ Revista, Agudelo, El debido proceso, Colombia: Opinión Jurídica 2004, p. 92.

o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

La Corte ha sostenido que el Legislador tiene libertad para determinar los procedimientos necesarios con el fin de notificar las providencias. Por ese motivo, es posible que disponga de diversas formas de enteramiento, entre otras, se ha permitido la utilización de los medios más eficaces posibles, existiendo libertad de medios de comunicación para notificar a terceros; así mismo, la remisión de la comunicación a la dirección o correo electrónico del tercero si se conoce y si no hay otro medio más eficaz y la divulgación de la comunicación en un medio masivo de comunicación local o nacional, las cuales aseguren en mayor medida que la información llegará a su destinatario.

Esta libertad de configuración del legislador en la notificación de las providencias se ve reflejada en la ley 2213 de 2022, no obstante, no otorga igual libertad en el procedimiento para emplazar.

En la sentencia C-163/19 la Corte Constitucional señaló que el debido proceso comporta al menos los derechos, primero, a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un acceso igualitario de los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo. Segundo, el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la Ley; y tercero, el derecho a la defensa.

La Sala Plena ha indicado que el debido proceso probatorio supone un conjunto de garantías en cabeza de las partes en el marco de toda actuación judicial o administrativa. De este modo, ha afirmado que estas tienen derecho, primero, a presentar y solicitar pruebas; segundo, a controvertir las que se presenten en su contra; tercero, a la publicidad de las evidencias, en la medida en que de esta forma se asegura la posibilidad de contradecirlas, bien sea mediante la crítica directa a su capacidad demostrativa o con apoyo en otros elementos; cuarto, a que las pruebas sean decretadas, recolectadas y practicadas con base en los estándares legales y constitucionales dispuestos para el efecto, so pena su nulidad; quinto, a que el funcionario que conduce la actuación decrete y practique de oficio los elementos probatorios necesarios para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (Arts. 2 y 228 C.P.); y sexto, a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

En este orden ideas, el debido proceso conlleva una serie de derechos a los cuales accede la parte demandada cuando se entera de la litis.

Sin una debida notificación, esta parte se encontraría en desigualdad de derechos con la parte demandante.

Entre los derechos que consagra el debido proceso se encuentran:

1. Contradicción: posibilidad de proponer todos los medios de prueba útiles para la confirmación de los hechos en sede procesal, es decir el procesado podrá presentar todas las pruebas con las que pueda defender su teoría de verdad.
2. Defensa: derecho fundamental con el que cuenta toda persona para defenderse ante cualquier ente de justicia de los cargos que le sean imputados.
3. Ser escuchado: derecho a que se tengan en cuenta sus opiniones en las decisiones que afectan a sus vidas
4. Controvertir: desacuerdo sobre un punto de derecho o, de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas.
5. Adjuntar pruebas: pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o el juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.⁸

Estudio comparativo entre el emplazamiento del art. 108 CGP y el art. 10 de la Ley 2213 de 2022

Para comprender el emplazamiento es de vital importancia entender que su fin es llevar a cabo la notificación personal. El Código general del proceso la contempla en el artículo 291 y 292. En el artículo 291 se encuentra regulada la citación al demandado para que acuda personalmente al despacho a notificarse del auto admisorio de la demanda, del mandamiento ejecutivo o de la primera providencia del cuaderno principal. En los casos en que se desconoce la dirección de este se debe manifestar expresamente en la demanda o conociéndola, si la dirección es errónea, se procedía a aplicar lo establecido en el artículo 108 del CGP, que es el emplazamiento.

Así mismo, el CGP contempla la notificación por aviso en el artículo 292, según el cual, cuando la dirección de notificación es correcta y el demandado no acude al despacho a notificarse del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, o la del auto que ordena citar a un tercero, o la de cualquiera otra providencia que se debe realizar personalmente, se enviará un aviso en el que se le advierte al demandado que se entenderá notificado al día siguiente de su recepción.

⁸ Corte Constitucional, Fajardo, Sentencia C-163, Colombia, 2019.

No obstante, si no es posible notificar personalmente ni por aviso al demandado, operaba el artículo 108 del CGP, según el cual se convoca públicamente al demandado para que tenga conocimiento del proceso en su contra. De no comparecer al proceso dentro de los veinte días siguientes al emplazamiento, se le nombraba curador ad litem, quien acudiría al despacho a notificarse personalmente.

Ahora bien, la Ley 2213 de 2022 eliminó el procedimiento del CGP para emplazar al demandado. El artículo 10 señala que los emplazamientos deben realizarse únicamente en el registro de personas emplazadas, sin necesidad de publicación en medio escrito.

El Registro Nacional de Personas Emplazadas publicará la información remitida y el emplazamiento se entenderá surtido quince (15) días después de publicada la información de dicho registro.

Si lo anterior no resulta efectivo para encontrar a la persona implicada en el proceso, el juez tendrá la potestad de ordenar y designar al curador *ad litem*.

A continuación, se hará una comparación entre las dos normas para conocer sus diferencias.

	Artículo 108 C.G.P.	Artículo 10 Ley 2213 de 2022
Método de registro	Físico, periódico de amplia circulación en horario establecido por la ley.	Digital - Registro Nacional de Personas Emplazadas
Plataforma	Privada/ particular, empresa de comunicaciones autorizada por el gobierno nacional	Plataforma digital perteneciente a la Rama Judicial del poder público
Costos	El costo tenía un valor aproximado de 70 a 80 mil pesos	Sin costo
Registro	Del interesado a la empresa de comunicaciones	Del interesado a la secretaria del juzgado y de la secretaria del juzgado al Registro Nacional De Personas Emplazadas
Finalidad	Convocar al demandado y/o personas interesadas, determinadas o indeterminadas	Convocar al demandado y/o personas interesadas, determinadas o indeterminadas
Observación	La dificultad se basa en que las personas accedan a la sección de emplazamiento del periódico contratado.	La dificultad se basa en que la persona tenga acceso a internet y que la persona tenga conocimiento de cómo buscar en el Registro Nacional de Personas Emplazadas

Fuente: autoría semillero de investigación Abogados solidarios

Es un hecho tanto para los juristas y como para todos los entes procesales que la Ley 2213 de 2022 aporta a los avances en la justicia digital, demostrando por medio de esta que la aplicación de las herramientas tecnológicas y de comunicaciones judiciales es viable en la aplicación de justicia, dando importancia y relevancia histórica a esta norma en pro de las tecnologías, del avance y de los métodos sofisticados para notificar.

Ya se había contemplado en época de pandemia que “si hay una norma durante la pandemia por el COVID 19 que es de destacar y que se pide prolongar es el decreto 806, que implementó las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales para agilizar los procesos y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia.”⁹

Por lo anterior, se creó una “comisión de expertos” que evaluaron y analizaron la favorabilidad del antiguo decreto legislativo 806 de 2020, con la finalidad de proponer su ratificación definitiva mediante ley por parte del Congreso de la República, el cual se quedó corto, frente a la posibilidad de ampliar los mecanismos para llevar a cabo el emplazamiento.

Sabido es que se presentaron diferentes proyectos de ley para continuar con la implementación de las herramientas digitales en la justicia, tal como fueron el proyecto de ley 324 del 2022 que pretendía adoptar por el Congreso de la República el decreto tal y como se promulgó añadiendo la aplicación de este proyecto en jurisdicciones especiales tales como la Penal militar y a la justicia penal.

En segundo lugar, se radicó el proyecto de ley 323 del 2022 presentado por el senador Germán Varón Cotrino en donde de manera enérgica manifestaba ante su presentación la intención de implementar dicho decreto tal y como fue expedido, pero modificando “los artículos 12 y 13, sobre resolución de excepciones y sentencia anticipada en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según el autor, ya fueron incorporados como legislación permanente en la Ley 2080 del 2021”¹⁰

Por ultimo y bajo la comisión de expertos se presentó el proyecto 325 de 2022 que pretendía que se adoptaran como permanentes las medidas del decreto 806 con unos determinados puntos a aumentar y determinar el avance para garantizar a los usuarios la aplicación de nuevas herramientas, herramientas amplias y suficientes para los emplazamientos y el avance social, tecnológico y a su vez de las notificaciones futuras, siendo estos parte de la consideración de los demás proyectos, ampliar su aplicabilidad a la especialidad penal.

⁹ Legis, Ámbito Jurídico, Justicia Digital, 2022.

¹⁰ Legis, Ámbito Jurídico, Justicia Digital, 2022.

Finalmente se aprueba el proyecto de ley 325 de 2022 Senado – 441 de 2022 Cámara, y se convierte en la Ley 2213 de 2022. Quedando corta, tal como se ha mencionado respecto de los mecanismos implementados para llevar a cabo el emplazamiento.

El semillero considera que esta ley beneficia frente a cambios económicos, tramitales y procesales en los procesos judiciales, y su promulgación es un avance en la administración de justicia, debido a que es garantista y ágil. No obstante, la aplicación de un registro único de emplazamiento no es suficiente para garantizar el debido proceso, por lo que se propone que los jueces de la república incluyan el uso de las redes sociales y otros medios electrónicos en el procedimiento de emplazamiento.

Trabajo de campo

Estando vigente el Decreto 806 de 2020, el semillero entrevistó al doctor Fabian Cifuentes Pardo experto procesalista, litigante y académico, quien al ser preguntado sobre las ventajas y desventajas que había tenido la aplicación del Decreto 806 de 2020 frente al emplazamiento contestó:

“En mi opinión, el emplazamiento como está contemplado en el artículo décimo del Decreto 806 de 2020 ha sido beneficioso para la administración de justicia porque implica varias ventajas, una de ellas es evitar el costo a las personas de pagar un emplazamiento por escrito a través de periódicos de amplia circulación, en segundo lugar unifica la base de consulta del emplazamiento ya que en el Código General del Proceso en su artículo 108 se podía realizar el emplazamiento en cualquier periódico de amplia circulación y existen una variedad de periódicos que cumplen con esas características, lo que da lugar a que, si la persona va a consultar o si la finalidad es que la persona se entere de que hay un proceso donde es parte demandada, esta persona no tenga que adivinar si lo puede consultar, por ejemplo en el periódico El Tiempo, El Diario de La República, El Espectador, etc. Mientras que actualmente al estar unificada solo va a tener una base de consulta, son ventajas prácticas para que las personas consulten, frente al emplazamiento, una crítica tanto para el artículo 108 del C.G.P. y para el décimo del 806 de 2020 es que debe existir una educación en ese sentido, es decir que a las personas se les debe enseñar que tienen acceso a una base de datos en la que pueden consultar si están o no siendo demandados/as, porque si bien es cierto con el periódico si se tenía cierto conocimiento en algunas generaciones de cómo se podía consultar, pero ese conocimiento no ha traspasado a las demás generaciones y no hay campañas ni sensibilización social frente a las consultas de esas plataformas. Frente a la efectividad del emplazamiento es un tema que se reviste de cierta dificultad en el sentido de comprobar si es efectivo o no, y no hay estudios al respecto y se hace realmente difícil

determinar si una persona se enteró del proceso gracias al emplazamiento o con otro método, ¿qué nos dice estos tiempos de tecnología en donde cada vez más personas tienen acceso a un teléfono celular, acceso a internet y acceso a redes sociales? que las personas se enteran de la información a través de las diferentes redes sociales ya no de periódicos, e incluso la televisión se ve en riesgo como medio de comunicación mientras que la radio se mantiene fuerte en zonas rurales pero viene en aumento que todos en algún momento de una u otra manera tengan acceso a redes sociales, por otro lado también se debe mencionar la cobertura de internet y el acceso a sistemas tecnológicos y equipos tecnológicos como computadores en las zonas rurales y en las zonas marginadas por el Estado; entonces, hay zonas y poblaciones donde si no llega agua potable, ni energía mucho menos llega el internet, si hay zonas donde las personas no pueden acceder a un techo, no pueden acceder a un televisor, tampoco van a poder acceder a un computador, en ese sentido esa sería la gran desventaja, pero si se maneja de manera objetiva, son personas que tampoco podrían acceder a un diario de amplia circulación como un periódico y tampoco lo tendrían como prioridad dentro de sus gastos, además recordemos que dentro del emplazamiento nace como una ficción donde se trata de comunicar al público que hay un proceso para que la persona también se entere y que los interesados en intervenir se enteren e intervengan, pero como toda ficción está ajustada a verificación real y ya hoy en día casi no hay comunicación por esos medios, también cabe mencionar una gran ventaja frente al emplazamiento del 806 y es que el mismo se debe solicitar ante la secretaria del despacho del juzgado y la secretaria es quien se encarga de registrar esa información en el Registro Nacional de Personas Emplazadas, es decir que ya no depende de una acción de parte sino de una acción más institucional que también tiene que ver con la incidencia del juez en la garantía de que el demandado efectivamente acuda personalmente al proceso y si tiene la posibilidad, acudirá con su abogado de confianza, en cambio lo que es llegar a un curador ad litem reduce las garantías en materias de derechos de defensa y de contradicción, pero son paradigmas que en la práctica se debieron resolver a través del emplazamiento de las personas.”

El análisis realizado por el abogado litigante sigue vigente toda vez que la Ley 2213 de 2022 dejó el procedimiento tal cual estaba estipulado en el Decreto 806.

Por otro lado, el grupo entrevistó a dos jueces civiles de la República de la ciudad de Acacias, Meta, con la finalidad de saber si en el ejercicio de sus funciones, actualmente aceptan el uso de redes sociales o medios electrónicos diferentes al registro único de personas emplazadas, para llevar a cabo el emplazamiento establecido en el artículo 10 de la Ley 2213 de 2022.

La posición de los jueces fue contradictoria, mientras que el Juez Segundo Promiscuo de Acacias afirmó que “si, a futuro si, si se adecua una normatividad específica para poder utilizar ese tipo de redes sociales, sin que ello, obre en

detrimento de los derechos a la intimidad de las personas”. Para el juez es necesario que la persona autorice el uso de sus redes sociales para hacer publicaciones de tipo judicial, sin embargo, respecto al emplazamiento, señaló que él ha permitido emplazar mediante el uso de WhatsApp y también haciendo uso del registro único de personas emplazadas. Considera que la ley se queda “corta” para llevar a cabo el emplazamiento por que pueden usarse otros mecanismos, pero el Estado “debería generalizar el conocimiento de las redes sociales y el uso del internet porque la realidad en Colombia es que la implementación no se ha logrado por la falta de medios del Estado colombiano”.

A su vez, el Juez Primero Promiscuo de Acacias formalmente señaló que el único medio que él acepta para el emplazamiento es el establecido en el artículo 10 de la Ley 2213 de 2022, porque aunque la norma permite el uso de otros medios electrónicos como WhatsApp con los debidos cuidados y notificaciones y considera que “En buena hora las TIC implementó la justicia digital porque hace más armónica y ágil el servicio público”, lo cierto es que utilizar actualmente otros medios electrónicos para llevar a cabo los emplazamientos generan posibles causales de nulidad. El juez señala que el emplazamiento en el registro “es un imperativo que está en la normatividad y que cumple los postulados de *dura lex sed lex*”. Al preguntarse si permitiría utilizar otros medios para el emplazamiento señaló “permitirlo es fácil, el problema es que hay personas inquietas y solicitan la nulidad en la medida en que no se cumple la normatividad”.

La posición de los jueces evidencia la actual problemática que se estudia en la presente ponencia, sobre la limitación que tienen los jueces para llevar a cabo el emplazamiento de conformidad con el artículo 10 de la Ley 2213 de 2022, que establece únicamente el registro nacional de personas emplazadas para tal fin.

Las entrevistas presentan una perspectiva del tema que refuerza el análisis realizado por el grupo de investigación, atendiendo a confirmar la hipótesis de que la implementación del registro de personas emplazadas no es suficiente para lograr el respeto al debido proceso del demandado.

Conclusiones

Estando vigente el Decreto 806 de 2020 fue analizado por la Corte Constitucional quien realizó el control constitucional de la norma de manera automática expidiendo la sentencia C-420 de 2020.

En dicha providencia analiza el artículo 10 del Decreto 806 que como ya se mencionó establece que los emplazamientos que se deban realizar en aplicación del artículo 108 del Código General del Proceso se harán únicamente en el registro nacional de personas emplazadas, sin necesidad de publicación en un medio escrito.

De esta forma se modificó el artículo 108 del Código general del proceso lo que se ratifica en la Ley 2213 de 2022, que exige que el emplazamiento a personas determinadas o indeterminadas, con fines de notificación, mediante el registro único de personas emplazadas.

No obstante, cabe señalar que el decreto del cual se deriva la ley era transitorio y fue creado para conjurar las circunstancias generadas por la pandemia del COVID 19, que eran extraordinarias, en realidad, la implementación de un registro nacional de personas emplazadas virtualmente puede generar detrimento del derecho al debido proceso de la parte demandada, teniendo en cuenta que le exige el acceso a internet, que en algunos lugares de Colombia es prácticamente nulo.

En la sentencia la Corte analiza como el artículo 10o del decreto legislativo 806 de 2020 dispone que el emplazamiento ya no requiere la publicación del edicto en un medio escrito o en cualquier medio masivo de comunicación y que, para tal efecto, es suficiente el reporte de la información del proceso en el Registro Nacional de Personas Emplazadas. Esto, con el fin de agilizar los trámites de notificación personal e impedir las diligencias presenciales derivadas de la publicación en medios escritos.

Cabe recordar que el Estado pretendía con esta medida salvaguardar la salud y la vida tanto de los operadores de justicia como de los usuarios.

Ahora bien, ya no nos encontramos en las mismas circunstancias, sin embargo, el legislador concluyó que estas medidas extraordinarias tomadas en estado de excepción podían seguir vigentes.

Algunos de los intervinientes en la sentencia de constitucionalidad manifestaron que el artículo 10o del Decreto limita el acceso a la administración de justicia y vulnera los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción, en tanto que primero, no toda la población tiene acceso a Internet; segundo, se trata de un medio especializado del que solo tienen conocimiento los abogados litigantes; y tercero, el grado de sacrificio de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia es bastante superior al nivel de realización del fin constitucional de agilizar los procesos que se persigue, lo que se traduce en un posible desconocimiento del juicio de proporcionalidad

Entre el análisis que realiza en la sentencia se encuentra que el emplazamiento está encaminado a “que públicamente se llame a aquel contra quien se adelanta un proceso, a que concurra”. Por esta razón, en consideración a las posibles barreras de comunicación existentes a nivel territorial, ha previsto que no es suficiente con que la publicación se lleve a cabo con la fijación del edicto en la secretaría del despacho judicial, sino que deba publicarse tanto en

periódicos de circulación local, como en radiodifusoras del lugar del domicilio del demandando. Todo ello, a fin de evitar que el proceso se adelante sin que el demandado conozca de su existencia.

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló en el ejercicio de control constitucional que cada una de las fases del emplazamiento tiene un valor indispensable para el proceso. Por lo que, en conjunto, el emplazamiento tiene por objeto incrementar la posibilidad de que, de manera efectiva, los interesados tengan noticia del proceso y puedan ejercer sus derechos de defensa y contradicción. Esta finalidad, a criterio de la Sala, fue diseñada de manera cuidadosa y específica por el Legislador, con exigencias encaminadas a ofrecer un margen alto de probabilidad para que el citado conozca de la litis. Por lo que, según afirma la Sala Civil, “su estricta observancia, [...resulta], tan importante como ineludible”¹¹

Así las cosas, la jurisprudencia ha entendido que la citación por emplazamiento, primero, es de carácter excepcional; segundo, busca obtener un equilibrio entre la necesidad de asegurar que el proceso se adelante sin dilaciones injustificadas, en beneficio de los intereses del demandante, sin que se desatiendan los derechos del demandando; tercero, hace efectiva la asistencia del demandado al proceso; y cuarto, es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de defensa y contradicción del demandado o tercero interesado en el proceso. Por lo que, su inobservancia da lugar a la posibilidad de solicitar la nulidad de lo actuado, en un determinado proceso.

En el análisis efectuado por la Corte Constitucional para determinar la constitucionalidad del decreto, aplicó un juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia, que también se puede aplicar frente a la Ley 2213, por cuanto comprometía garantías constitucionales integradas al derecho fundamental al debido proceso. En este orden de ideas, la Corte analizó si la medida perseguía fines constitucionalmente importantes, era idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Juicio de proporcionalidad aplicado por la Corte Constitucional

Finalidad: la Corte determinó que el emplazamiento mediante su inscripción en el Registro Nacional de Personas Emplazadas tiene por objeto la satisfacción de varias finalidades constitucionalmente importantes como son otorgar celeridad a los procesos y garantizar la economía procesal, proteger el derecho a la salud de los servidores y usuarios de la administración de justicia, evitando

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-420, Colombia, 2020.

actividades presenciales que requieran interacción social y supongan riesgo de contagio por COVID 19, y garantizar la publicidad del proceso en aquellas situaciones excepcionales en las que no se conoce la dirección electrónica ni física de los demandados.

Concluyó que el Decreto 806 perseguía finalidades constitucionalmente importantes en el marco de la emergencia vivida debido al virus, emergencia que ya no existe.

Idoneidad: el tribunal constitucional determinó que la medida era idónea para alcanzar la finalidad antes mencionada, ya que reducía la presencialidad y el contacto físico en el trámite de los procesos, y garantizaba en una medida razonable la publicidad del edicto emplazatorio.

De acuerdo con la Corte Constitucional “en Colombia, más de la mitad (52,7%) de los hogares tiene acceso a Internet, bien sea fijo o móvil. Este es el medio de comunicación con mayor aumento de penetración en la última década. Entre 2010 y 2016 el número de suscriptores de Internet fijo y móvil pasó de 3 a 15 millones, y la penetración del servicio aumentó de 7.3% a 32.5% en el mismo periodo. Al 2020, el total de accesos a Internet en Colombia alcanzó los 30,9 millones, el 40% corresponde a accesos por suscripción y el 60% restante a accesos por demanda”.¹²

Necesidad: al analizar este punto, se determinó en la sentencia que su adopción era necesaria debido a las circunstancias que estaban aconteciendo y que era el mecanismo menos lesivo en la garantía de los derechos constitucionales. No era posible seguir aplicando el procedimiento establecido en el artículo 108 del CGP, toda vez que presentaba un mayor riesgo para los derechos de los implicados.

Proporcionalidad: en este acápite la Corte determina que se afecta de manera leve la garantía de publicidad en tanto elimina una vía de comunicación del edicto emplazatorio, que tiene un impacto apenas marginal en la posibilidad de que los ciudadanos conozcan la existencia de un proceso judicial en su contra.

Determinó que la satisfacción de los principios de celeridad y economía procesal, así como del derecho a la salud de los servidores y usuarios de la administración de justicia es mayor que la afectación que se genera a los derechos de defensa y contradicción de la parte emplazada.

Según la Corte la afectación al derecho al debido proceso era apenas leve, en sus facetas de defensa, contradicción y publicidad, mientras que materializaba

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-420, Colombia, 2020.

en gran medida los principios de celeridad y economía procesal y del derecho a la salud de quienes participan de la administración de justicia.

Concluyó diciendo que

la inclusión del emplazamiento en el Registro Nacional de Personas Emplazadas es suficiente para salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso, en su esfera concreta de defensa y contradicción. Esto, dado que: (i) el acceso a Internet de los hogares colombianos es considerablemente mayor al acceso que tienen a medios escritos de comunicación y crece de manera estable con el paso de los años; y (ii) la permanencia del registro en el RNPE por espacio de un año aumenta razonablemente las posibilidades de que las personas interesadas se enteren de la existencia de un proceso en su contra y acudan a este para ejercer su defensa. Adicionalmente, la medida reduce completamente el riesgo de contagio asociado al trámite presencial de la publicación del emplazamiento por las partes y las autoridades judiciales, y mejora la celeridad del proceso al simplificar esta actuación.

No obstante, el análisis realizado en el control de la Corte Constitucional en la sentencia C-420/20, el semillero considera que dejar similar el procedimiento del emplazamiento en la Ley 2213 de 2022, que ya no es transitoria, sino que tiene vocación de permanencia en el tiempo; y dejar como única opción para emplazar a la parte demandada el uso del registro nacional de personas emplazadas, la afectación continua y por tanto sigue vigente la leve afectación del derecho al debido proceso.

Referencias

- Agudelo, M. (2004). *El debido proceso*. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307/1278>
- Ámbito Jurídico. (2022). JUSTICIADIGITAL: Descargue los tres proyectos que piden convertir en ley las normas del Decreto 806. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/tecnologia/justicia-digital-descargue-los-tres-proyectos-que-piden-convertir-en-ley-las>
- Congreso de la República. (2012). *Ley 1564 Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Congreso de la República. (2022). *Proyecto de ley 324*. www.senado.com.gov
- Congreso de la República. (2022). *Proyecto de ley 323*. www.senado.com.gov
- Congreso de la República. (2022). *Proyecto de ley 325*. www.senado.com.gov
- Corte Constitucional. Sentencia C-240 de 2020. MP Richard S. Ramírez Grisales.

Corte Constitucional. Sentencia T- 818 de 2013. MP Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014. MP Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C-163 de 2019. MP Diana Fajardo Rivera.

Entrevista a Fabian Cifuentes Pardo. Abril 28 de 2022.

Presidencia de la República de Colombia. (2020). *Decreto 806 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*. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20806%20DEL%204%20DE%20JUNIO%20DE%202020.pdf>

República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. http://secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Rodríguez, E. (2021). *¿Los principios de inmediación, emplazamiento y actividad probatoria contenidos en el debido proceso, resultan afectados con la aplicación de la Ley 30364, reglamento y modificatorias?*

DERECHOS HUMANOS Y LA LEY 2213 DE 2022: CONSIDERACIONES

*Camila Castro Mesa, Isabella Hurtado Gómez,
María Camila Neira Daza, Valeria Ríos Peña,
Daniela Vásquez Sáenz y Camila Verdessoto López,*

*Tutor: Carlos Alberto Paz Russi
Pontificia Universidad Javeriana, Cali*

Resumen

En este escrito se analizan las repercusiones que tienen los artículos 10 y 12 de la Ley 2213 de 2022 a la luz de los derechos humanos del acceso a la justicia, la igualdad y el ser oído públicamente. Para ello, se conceptualiza sobre los derechos humanos en cuestión y sus requisitos de cumplimiento material de acuerdo con los instrumentos internacionales y la Constitución Política colombiana. También, se presentan algunas propuestas de modificación respecto al artículo 10 conforme a los derechos humanos y se dan las razones por las cuales el artículo 12 debe modificarse, al carecer de argumentos “de iure” que sustenten el cambio generado por la pandemia coronavirus COVID-19.

Palabras clave: derechos humanos, derecho a la igualdad, derecho al acceso a la justicia, derecho a ser oído públicamente, emplazamiento, trámite de apelación de sentencias en materia civil y de familia, coronavirus COVID-19.

Abstract

In this paper, the repercussions of articles 10 and 12 of Law 2213 of 2022 are analyzed by virtue of the human rights of access to justice, equality, and the right to be heard publicly. The human rights in question and their material compliance requirements are conceptualized in accordance with international instruments and the Political Constitution of Colombia. Also, some proposals for modification

are presented regarding article 10 in conformity with human rights, and the reasons why article 12 should be modified are given, since it lacks *de iure* arguments that support the change generated by the coronavirus COVID-19 pandemic.

Keywords: human rights, right to access to justice, right to equality, right to publicly be heard, summons, appeal process in civil and family matters, coronavirus COVID-19.

1. Introducción

En Colombia, en el año 2020, debido a la emergencia de salud pública generada por el coronavirus COVID-19, el Gobierno se vio en la obligación de declarar la emergencia sanitaria a nivel nacional por medio de la Resolución 385 de 2020 y, a su vez, expidió el Decreto Legislativo 806 de 2020¹ (en adelante “Decreto 806”), como una medida temporal y excepcional para conjurar la crisis y congestión judicial que se estaba presentando a raíz del distanciamiento social en las actuaciones judiciales. Dicha normatividad significó un gran progreso, a saber, permitió la implementación de las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante “TIC”), que posteriormente se convirtieron en un imperativo para garantizar el acceso a la administración de justicia de los ciudadanos y, además, en una gran oportunidad de avance en la modernización del sistema judicial colombiano, pues incluso cuando dicha disposición perdió vigencia el 4 de junio de 2022, el Congreso de la República, a través de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 (en adelante “Ley 2213”), la convirtió en legislación permanente dado su impacto y relevancia.

Sin embargo, la implementación de las TIC en un país como Colombia supone un gran reto en términos de infraestructura, capacidad, manejo y conocimiento de los medios tecnológicos por parte de los ciudadanos, pues se pueden encontrar diferentes obstáculos como: el grado de conectividad en áreas rurales y de escasos recursos, el grado de escolaridad de las personas, el bajo o poco conocimiento y acceso a los medios electrónicos en personas de la tercera edad, personas en situación de discapacidad y miembros de minorías étnicas o indígenas.

¹ COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Decreto 806 (4, junio, 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. [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: El Ministerio, 2020. [Consultado: 12 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20806%20DEL%204%20DE%20JUNIO%20DE%202020.pdf>

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente escrito fue realizado con el propósito de demostrar cómo las nuevas disposiciones de la Ley 2213, respecto al emplazamiento para la notificación personal y la apelación de sentencias en materia civil y familia, consagradas en los artículos 10 y 12, podrían desconocer los derechos humanos de los ciudadanos.

Por ende, para abordar el tema, el escrito se encuentra dividido en cinco partes: primero, se profundizará sobre la importancia del acceso a la justicia, la igualdad y el ser oído públicamente como derechos humanos; segundo, se dará contexto respecto a la emergencia sanitaria en Colombia y la implementación de las TIC; tercero, se abordarán unas consideraciones respecto a la Ley 2213 y los retos que se presentan en los artículos 10 y 12 de manera puntual; cuarto, como resultado de la investigación, se analizará el fundamento para interponer una acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos mencionados y, por último; las conclusiones y propuestas.

2. El acceso a la justicia, la igualdad y el ser oído públicamente como derechos humanos

Para Norberto Bobbio², los derechos humanos existen en función de la realidad histórica en donde aparecen, pues por muy fundamentales que sean, son históricos, es decir, nacen gradualmente, y no todos de una vez y para siempre. Nacen en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes. A pesar de mantener su estructura morfológica, estos derechos cambian en su semántica conforme a un ethos. En este sentido, resulta conveniente su estudio ante la complejidad de la sociedad y el cambio acelerado de los últimos tiempos.

Por otra parte, según Ferrajoli³, discípulo de Norberto Bobbio, todos los derechos fundamentales serían derechos de papel si no existiesen instituciones de garantías, es decir, límites materializados en obligaciones y prohibiciones a cargo de la esfera pública. Pues, son estos los que brindan una garantía de efectividad, al tener reglas preestablecidas, fruto de la previsibilidad que permite el desarrollo del derecho, –especialmente el procesal– como garantía liberal y democrática. Es a partir de un procedimiento certero que las personas conocen las reglas de las actuaciones que dará el acceso a una tutela judicial efectiva.

² BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. [en línea]. Madrid: Editorial Sistema, 1991. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en internet: 144977835110.pdf (culturadh.org)

³ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales [en línea]. 2006. [Citado: 10 de mayo de 2022].

Este acceso no se materializa con el acercamiento a los tribunales, sino, con la formalización de una sentencia justa, mediante un proceso en el que se respeten los derechos y las garantías del justiciable.

En simetría con esta perspectiva, es menester que en un Estado Social de Derecho como lo es el colombiano, se respalde la sustancialidad con una garantía; cada norma jurídica que contenga un derecho humano debe tener detrás una protección efectiva y consecuentemente, real. Por lo anteriormente dicho se puede aseverar que, la esencia propia de las instituciones jurídicas es garantizar a las personas un servicio donde puedan acudir ante determinadas instancias, y puedan hacer valer sus derechos, mediante los procedimientos establecidos.

A. Derecho al acceso a la justicia

Es importante recordar que, además de la Constitución Política colombiana en su artículo 229, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) y la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante “CEDH”), también reconocen el derecho al acceso a la justicia como derecho humano, en sus artículos 8.1 y 6.1, respectivamente. De ese modo, las personas tienen derecho a ser oídas y a contar con las debidas garantías en juicio, así como con el derecho de todo individuo a disponer de un recurso efectivo y específico para la tutela de los derechos humanos.

Dicho recurso, señalado por la misma CADH, debe ser rápido, sencillo y eficaz. De manera que, no basta con la existencia formal de los mismos, sino que es necesario que sean efectivos e idóneos. En este sentido, deben tramitarse de tal modo que se cumplan todos los requisitos creados para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad del derecho. En otras palabras, las instituciones de garantías –sometidas a consideración judicial– son esenciales para asegurar una adecuada defensa de los derechos a través de la tutela judicial efectiva.

Esta figura jurídica se constituyó inicialmente en la Segunda Guerra Mundial, como una medida para contrarrestar las constantes vulneraciones del poder público contra los ciudadanos. Sin embargo, es sólo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de Niza del año 2000, cuando se reconoce en el artículo 47, el derecho a una tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

En suma, la tutela judicial efectiva no sólo hace referencia a la posibilidad de allegar una pretensión para la defensa y protección de los derechos, sino que, presupone que las normas procesales deben adaptarse, para proporcionar cualquier vía que asegure la defensa jurisdiccional, sin dejar a nadie en estado de indefensión. Por lo anterior, el Estado debe adoptar medidas que permitan

garantizar que los recursos que se proporcionan a través del sistema judicial sean “verdaderamente efectivos”⁴, con el fin de evitar todo tipo de violación a los derechos humanos.

B. Derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad es considerado el elemento fundacional de cualquier Estado que promulgue ser un Estado Social de Derecho, ya que su materialización garantiza la tutela efectiva de los intereses de sus asociados. El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra 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 derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”⁵

En línea con lo anterior, el derecho a la igualdad surge del reconocimiento de la dignidad humana, consagrado en la mayoría de instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos tras la Segunda Guerra Mundial. Así mismo, la Constitución Política consagra el derecho a la igualdad en el artículo 13 que establece que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”⁶

Es de tal magnitud la protección que le asigna el ordenamiento jurídico colombiano formalmente a la igualdad, que incluso en situaciones donde sea necesario declarar Estado de Emergencia Económica, Social o Ecológica, el derecho a un juicio es una garantía judicial indispensable, la cual bajo ninguna circunstancia es susceptible de suspensión o interrupción, como lo determina la CADH en el artículo 27.⁷ De igual manera, la Ley 137 de 1994, por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia, en el artículo 14, plasma el juicio de no discriminación, en donde exige que “(i) las medidas adoptadas con

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso No. 12.465. (10, septiembre, 2019). [en línea]. [Consultado: 10 de mayo de 2022].

⁵ Asamblea General de Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. (10, diciembre, 1948). [en línea]. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁶ COLOMBIA. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. (20, julio, 1991). Santa Fe de Bogotá, D.C. Art. 13. [Consultado: 27 de julio de 2022]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

⁷ Organización de los Estados Americanos. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (22, noviembre, 1969). [en línea]. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

ocasión de los estados de excepción no entrañen segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas; y (ii) las medidas no impongan tratos diferentes injustificados.”⁸

Es por este motivo que, la declaratoria de Estado de Excepción en Colombia, en virtud de la pandemia generada por el coronavirus COVID-19, no justifica, bajo ninguna circunstancia, que en los procesos judiciales se dé un trato diferenciado o segregado a los ciudadanos.

C. Derecho a ser oído públicamente

Varias de las disposiciones citadas como el artículo 8.1 de la CADH⁹, el artículo 6.1 de la CEDH¹⁰, y el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹, no sólo consagran el derecho al acceso a la justicia y a la igualdad como derechos humanos, sino que también protegen el derecho humano a ser oído públicamente.

Dicho derecho será interpretado en su literalidad. De acuerdo con la Real Academia Española, la palabra “oído” se define como el “sentido corporal que permite percibir los sonidos.”¹² Resulta esencial traer a colación el alcance que se le dará a ser oído en este análisis, ya que, de acuerdo con la definición aludida, el ser oído implica necesariamente la percepción de los sonidos y, para ello, se requiere de un concepto fundamental para el derecho procesal que es el principio de oralidad.

El artículo 3 del Código General del Proceso dispone que “las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 137 (2, junio, 1994). Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia. [en línea]. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 41.379. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0137_1994.html

⁹ Organización de los Estados Americanos. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (22, noviembre, 1969). [en línea]. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹⁰ Consejo de Europa. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. (3, septiembre, 1953). [en línea]. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

¹¹ Asamblea General de Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. (10, diciembre, 1948). [en línea]. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

¹² Real Academia Española. [en línea]. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://dle.rae.es/o%C3%ADdo>

autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva.”¹³ En ese sentido, Marco Antonio Álvarez Gómez, miembro de “las Comisiones redactora y revisora del Código General del Proceso” y Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, estableció lo siguiente respecto la oralidad:

Es de obligatorio cumplimiento, que no puede –en ningún caso– ser derogada, modificada o sustituida por los servidores judiciales o los particulares, como lo precisa el artículo 13 del Código, lo que significa que el juez y las partes deben, en línea de principio rector, actuar en el respectivo proceso en audiencia oral y pública. Sólo podrán hacerlo por escrito cuando una norma expresa los autorice.”¹⁴ En otras palabras, la oralidad es un principio, por consiguiente, la escritura debe ser autorizada y motivada.

Regido por esta comprensión, el honorable Magistrado recalcó también que toda persona tiene derecho a audiencia y que “la presencia de la parte en la audiencia no es meramente formal o protocolaria. Suyo es el derecho a ser escuchada por el juez –y no por otro servidor judicial- y a que tenga en cuenta su versión. La audiencia, entonces, permite un ejercicio de comunicación directa entre el juez y las partes, sin la intermediación del abogado.”¹⁵ Es decir, el derecho a ser oído y el derecho a audiencia son esenciales en el proceso, porque permiten que exista una comunicación permanente y efectiva entre el operador judicial y el justiciable.

En definitiva, los derechos al acceso a la justicia, a la igualdad y a ser oído públicamente son reconocidos internacionalmente como derechos humanos en los diferentes tratados y convenios internacionales que ha ratificado Colombia. Estas normas internacionales se han integrado al ordenamiento jurídico colombiano por medio del bloque de constitucionalidad y estos derechos, además, son protegidos a nivel constitucional y legal. Por la importancia que acarrearán dichos derechos internacional y nacionalmente, es necesario realizar un análisis respecto al tratamiento que se le dio a los derechos humanos en los artículos 10 y 14 del Decreto 806, durante la pandemia provocada por el coronavirus COVID-19, cuestión que se profundizará a continuación.

¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012 12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 48.489 [Consultado: junio 15 de 2022]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

¹⁴ ÁLVAREZ GÓMEZ., Marco Antonio. Cuestiones y opiniones, acercamiento práctico al Código General del Proceso (2017). P. 6. [Consultado el 18 de julio de 2022].

¹⁵ Ibíd., p. 8.

3. La emergencia sanitaria en Colombia y la implementación de las tecnologías de la información y la comunicación en los procesos judiciales (TIC)

Como se estableció en la introducción, con ocasión a la emergencia de salud pública provocada por el coronavirus COVID-19, el 12 de marzo de 2020, el Gobierno se vio en la obligación de declarar la emergencia sanitaria a nivel nacional, en donde se limitó la presencialidad y se incentivaron medidas de higiene y salubridad en los diferentes establecimientos.

El periodo comprendido desde la declaración de la emergencia sanitaria hasta la formalización del Decreto 806, generó que el sistema judicial se paralizara, además, la Corte Constitucional en la sentencia C-420 de 2020 dispuso que “La pandemia y las medidas sanitarias de aislamiento aumentaron sustancialmente los conflictos sociales; por tanto, es razonable inferir que en el corto plazo se producirá un incremento en la litigiosidad y demanda de justicia, en cada una de las jurisdicciones y especialidades.”¹⁶ En este sentido, el confinamiento social, además de obstaculizar la administración de justicia, acrecentó los conflictos interpersonales y la necesidad de crear marcos jurídicos que regularan nuevas necesidades que se presentaron.

Es así como la justicia digital, a raíz de la emergencia sanitaria, se convirtió en una realidad en la sociedad, no obstante, el uso de las TIC en el proceso judicial ya se encontraba reglamentado en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la Ley 270 de 1996¹⁷, en el artículo 95, ya estipulaba que la tecnología podría estar en función de la administración de justicia. Por otra parte, la Ley 1564 de 2012¹⁸, en el artículo 103, también permitía la utilización de los mensajes de datos en las actuaciones judiciales. Sin embargo, anteriormente era sólo una posibilidad, como lo determinó Maritza Osorio Gutiérrez “El uso de la Tecnología al Servicio de la

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-420. Expediente No. RE-333. (24, septiembre, 2022). M.P. Richard Ramírez Grisales. En: Comunicado No.10 Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2020. 25 p. [Consultado: 12 de mayo de 2022]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-420_2020.html

¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 (15, marzo, 1996). Por lo cual se crea la Ley Estatutaria de la administración de justicia [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 1996. No. 42.745. P. 1-40. [Consultado: junio 28 de 2022]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html

¹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012 (12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 48.489 [Consultado: junio 15 de 2022]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Administración de Justicia tiene unas etapas de incorporación, distinguiendo en la primera etapa una opcionalidad en cuanto a su uso, por lo que las corporaciones judiciales tenían en su poder escoger si utilizaban o no estas nuevas tecnologías para incorporarlas en el giro ordinario de su quehacer judicial.”¹⁹

En concordancia con lo anterior, se puede afirmar que, la pandemia generada por el coronavirus COVID-19 creó una división en términos temporales en el funcionamiento y la administración de la justicia en Colombia, pues marca un antes y un después. En un principio, utilizar las TIC era una opción que contemplaba el sistema para garantizar el derecho a la tutela efectiva, no obstante, en la actualidad, la virtualidad pasó de ser la excepción para convertirse en la regla general y, para ello, se hizo necesaria la ocurrencia de un fenómeno transformador como lo fue la pandemia.

Ahora bien, la implementación de las TIC en un país como Colombia supone un gran reto, ya que migrar a la virtualidad genera dificultades para gran parte de la población, de manera especial para los individuos de edad avanzada, personas en situación de discapacidad, miembros de minorías étnicas o indígenas, personas de escasos recursos y quienes se encuentran en lugares con dificultades para el acceso a internet. Es por este motivo que, resulta imprescindible un análisis a la luz de los derechos humanos bajo estudio de los artículos 10 y 14 del Decreto 806 (ahora 10 y 12 de la Ley 2213), debido a que podrían desconocer los derechos al acceso a la justicia, a la igualdad y a ser oído. Por lo tanto, se elaboró la siguiente tabla en donde se puede evidenciar el acceso y uso de las TIC en Colombia para el año 2020 y 2021.

Tabla 1. Acceso y uso de las TIC en Colombia para el año 2021-2020

	Total Nacional		Total Cabecera		Total Centros Poblados y Rural Disperso	
	2021	2020	2021	2020	2021	2020
Proporción de personas de 5 o más años que escuchan señal de radio dentro del hogar	45.3%	48.2%	43.8%	46.6%	50.6%	53.5%
Proporción de hogares con conexión a internet	60.5%	56.5%	70.0%	66.6%	28.8%	23.9%
Proporción de hogares con tenencia de computador (de escritorio, portátil o tableta)	37.9%	39.3%	46.3%	48.2%	9.7%	10.4%

¹⁹ OSORIO GUTIÉRREZ, Maritza. Hacia la justicia virtual tomando como punto de partida la pandemia por Covid-19. En: Corporación Universitaria Rafael Núñez, Vol. 13 No. 1. Diciembre de 2021; p. 58.

Proporción de hogares con tenencia de televisor	89.5%	91.4%	93.6%	94.8%	75.7%	80.6%
Proporción de personas de 5 y más años que tienen teléfono celular	76.3%	75.4%	80.2%	79.4%	63.4%	62.4%

Tomado de: Encuesta de Tecnologías de la Información y las

Comunicaciones en Hogares – ENTIC Hogares

2021-2020 [En línea]. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/entic/bol_entic_hogares_2021.pdf

En correspondencia con la Tabla 1, el DANE en la Encuesta de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en Hogares (ENTIC Hogares), tomó una muestra de 43.550 hogares para determinar el porcentaje de acceso y uso de las TIC a nivel nacional, de cabeceras, centros poblados y áreas rurales dispersas en el año 2021 en el país. De acuerdo con la Tabla 1, los hogares en centros poblados y rurales dispersos tienen un mayor grado de acceso a la radio (50,6%) y al televisor (75,7%) que al internet (28,8%) y un computador (9,7%). Es de suma importancia tener presente estas cifras, ya que el artículo 10 de la Ley 2213 consagra que el único medio para emplazar es a través del Registro Nacional de Personas Emplazadas. No obstante, es pertinente cuestionarse si es este el medio con mayor cobertura a nivel nacional, problemática que se abordará a profundidad seguidamente.

4. Consideraciones de la ley 2213 de 2022 respecto de los derechos humanos

A. Emplazamiento para la notificación personal (artículo 10 de la Ley 2213 de 2022)

El artículo 10 de la Ley 2213²⁰ dispone que el único mecanismo para realizar el emplazamiento es a través del Registro Nacional de Personas Emplazadas y, como consecuencia, priva al justiciable de la posibilidad de acceder a otro medio como lo establece el artículo 108 del Código General del Proceso. Es decir, al estipular que sólo se podrá hacer el emplazamiento en el Registro Nacional de

²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2213 (13, junio, 2022). Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2022. P 1-46. [Consultado: junio 20 de 2022]. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202213%20DEL%2013%20JUNIO%20DE%202022.pdf>

Personas Emplazadas, se presume que todos los colombianos tienen acceso a las TIC. Además, dicha redacción limita que los mecanismos de notificación dispuestos en el artículo 108 del Código General de Proceso, sean aplicados como excepción o como analogía. Lo anterior vulnera los derechos humanos al desconocer la realidad material de la sociedad colombiana, ya que, tal y como se evidencia en el Tabla 1 del tercer acápite, apenas el 56,5% de los hogares tienen acceso a internet, según lo determinado por Juan Daniel Oviedo, director del DANE para ese entonces, en el marco del Congreso Internacional de las TIC (Andicom)²¹, que se desarrolló en Cartagena del 17 al 19 de noviembre de 2021. Específicamente, señaló que sólo el 23,8% de los hogares en zonas rurales y población dispersa pueden acceder a dicho servicio público de carácter esencial, mientras que el 66,5% de las zonas urbanas tienen acceso al mismo.

Según las cifras a las cuales se hizo referencia en la Tabla 1 del tercer acápite, para garantizar la igualdad y el acceso a la justicia es imprescindible que los medios para realizar el emplazamiento para la notificación personal sean variados, es decir, que no sea únicamente por medio del Registro Nacional de Personas Emplazadas, sino que subsidiariamente se pueda acceder a un medio escrito de amplia circulación, nacional o local, o en cualquier otro medio masivo de comunicación, tal y como lo dispone el artículo 108 del Código General del Proceso. De lo contrario, se estarían vulnerando los derechos humanos de una parte de la población.

Ahora bien, la Corte en la sentencia C-420 de 2020 dispone que:

Exigir que el medio de comunicación elegido para el trámite de emplazamiento tenga una cobertura del 100% para tener por probada su idoneidad, implicaría fijar un estándar de imposible cumplimiento. No existe en Colombia un medio masivo de comunicación que tenga una penetración del 100%. Todo lo contrario, los medios tradicionales de comunicación han ido cediendo su espacio a Internet; prueba de ello es que, mientras el uso de este aumenta de manera constante y en grandes proporciones, la audiencia de medios como los periódicos escritos o la televisión ofertada se reducen paulatinamente.²²

Ahora, no es correcto afirmar que los procesos y las actuaciones judiciales pueden realizarse únicamente por medios electrónicos, sólo por que a nivel nacional la conexión a internet sea aproximadamente del 60,5%. Se debe tener en cuenta que una parte de la población no tiene acceso a este servicio público de

²¹ OVIEDO, Juan Daniel. El DANE reveló en ANDICOM 2021 las cifras que muestran la brecha digital en Colombia [en línea]. Cartagena de Indias. (18 de noviembre de 2021). [Consultado: 12 junio de 2022]. Disponible en: <https://andicom.co/es/el-dane-revelo-en-andicom-2021-las-cifras-que-muestran-la-brecha-digital-en-colombia/>

²² Sentencia C-420. Op. cit, p. 25.

carácter esencial, pero sí a los medios tradicionales como la radio o la televisión. En consecuencia, se deben mantener medios subsidiarios que respondan a las necesidades y a la realidad de los ciudadanos, con el fin de garantizar una mayor cobertura y, en últimas, una igualdad de oportunidades.

Bajo esa línea, la modificación de la normatividad debe plantear una medida positiva que permita el acceso con mayor facilidad, de lo contrario, se generaría una brecha más grande para aquellos que no poseen acceso a los medios telemáticos. Gradualmente, el legislador debe ejecutar medidas que pueden otorgar un tránsito legislativo coherente y no uno que cree barreras, pues al asignarle la exclusividad a este medio, se atentó gravemente con el enfoque garantista del Estado colombiano.

Es por este motivo que, la Corte Constitucional en la sentencia T-133 de 2006²³, insistió en que:

“Las facetas prestacionales de los derechos fundamentales de aplicación progresiva suponen, al menos, un contenido básico exigible judicialmente, no sometido a debate en una democracia, a saber: el derecho constitucional a que exista un plan escrito, público, orientado a garantizar progresiva y sosteniblemente el goce efectivo del derecho, sin discriminación y con espacios de participación en sus diferentes etapas que, en efecto, se estén implementando.”²⁴ En otras palabras, toda faceta prestacional o programática de un derecho requiere de al menos un programa que conlleve a su goce efectivo. El legislador, entonces, debe asegurarse de que los derechos puedan aplicarse y, de no ser posible, velar porque se implementen mecanismos o programas para garantizar su materialización. *Lo anterior no se hizo frente al emplazamiento.*

En síntesis, la estipulación del artículo 10 de la Ley 2213 desconoce de manera directa la carencia de los ciudadanos colombianos al acceso a internet, en especial de aquellos que desarrollan su proyecto de vida por fuera del casco urbano. De igual manera, desconoce lo estipulado por la CIDH, pues en varios pronunciamientos ha determinado que la existencia formal de unos mecanismos para acceder a la administración de justicia, no puede resultar ilusoria por

²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-133. Expediente T-1212136. (24, marzo, 2006). M.P Humberto Antonio Sierra Porto. En: Comunicado Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2006 [Consultado: 17 de junio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-133-06.htm#:~:text=%E2%80%99CEl%20derecho%20a%20la%20dignidad,la%20dignidad%20del%20ser%20humano>

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-302. Expediente T-1514036. (27, abril, 2007). M.P Nilson Pinilla Pinilla. En: Comunicado Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2007 [Consultado: 2 de junio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>

las condiciones del país o por las circunstancias de ciertos casos. Es por este motivo que, no basta con que el ordenamiento jurídico garantice el acceso a la administración de justicia de manera formal, si materialmente Colombia no cuenta con una infraestructura que permita a todos los colombianos acceder a internet, pues no se pueden perder de vista las brechas sociales, culturales, institucionales y económicas del país. Por lo tanto, “es necesario que las adecuaciones que se van a brindar al sistema judicial tengan en cuenta las desigualdades sistemáticas y estructurales que se han presentado a lo largo del tiempo, mucho antes de que existiera la pandemia en el territorio.”²⁵

B. Apelación de sentencias en materia civil y familia (artículo 12 de la Ley 2213 de 2022)

Otro cambio significativo que introdujo el Decreto 806 fue el trámite para el recurso de apelación de sentencias en materia civil y familia, que quedó regulado en el artículo 12 de la Ley 2213.

El artículo en mención consagra la sustentación escrita de la apelación, modificación adoptada como medida de emergencia para conjurar la crisis generada por el coronavirus COVID-19. A la luz del presente escrito, se pretende demostrar que la permanencia del artículo, no sólo implica un retroceso gravísimo para Colombia, sino también, una vulneración a los derechos humanos de las partes dentro del proceso.

En primera medida, no se debe perder de vista la importancia de la oralidad en el proceso judicial colombiano y lo que significó para Colombia la transición de la escritura a la oralidad. En virtud de la expedición de la Constitución Política de 1991, se transformaron las estructuras procesales para la resolución de conflictos y se consagraron como derechos fundamentales el derecho al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, a un proceso público sin dilaciones injustificadas, entre otros.

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 2008 recalcó que, “para hacer real la celeridad y eficacia del proceso, se consagra la oralidad como regla general para los procesos, ya que constituye un instrumento adecuado para que los jueces puedan impartir justicia pronta, cumplida y eficaz, e indica que la implantación de la oralidad comporta la expedición de nuevos

²⁵ MORENO, María Camila. Los nuevos entornos tecnológicos y su impacto en la garantía del derecho humano al acceso a la justicia: Un enfoque en época de covid-19. [en línea] Universidad Católica de Colombia. (2021). [Consultado: 24 de julio de 2022]. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58830>

estatutos procesales (...)”²⁶ Consecuentemente, el Alto Tribunal precisó que “La implementación de la oralidad constituye un mecanismo razonablemente encaminado al logro de la pretendida celeridad en la administración de justicia, favoreciendo la inmediación, acercando el juez a las partes y generando condiciones que propicien la simplificación de los procedimientos, razones todas estas que avalan la constitucionalidad de la reforma en este aspecto puntual.”²⁷ En otras palabras, la oralidad se implementó en un principio para propender por la celeridad en la administración de justicia.

Ahora bien, resulta menester traer a colación la sentencia C-420 de 2020, en la cual la Corte Constitucional realizó el control de constitucionalidad del Decreto 806, en donde se indicó que “la oralidad es un *principio* procesal cuyo alcance puede ser definido por el legislador atendiendo a razones de conveniencia o necesidad.”²⁸ (cursiva por fuera del texto).

Ronald Dworkin²⁹ llamaba ‘principio’ a una norma que se debe observar, no porque promueva o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es un requisito de justicia o equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. La aplicación de los principios en el derecho parte de la necesidad de la garantía de la justicia y la equidad, ya que permiten profundizar en la interpretación y aplicación de una norma.

Aunado a lo anterior, es necesario que, cuando el legislador expida una norma que contenga una excepción a un principio, lo justifique de manera que no quede duda de la importancia de la medida. Es decir, detrás de la expedición de una norma que incurra en una excepción a un principio o que se traduzca en su trasgresión, debe existir una argumentación muy fina y sólida que justifique su pertinencia y necesidad, situación que no ocurrió con el artículo 12 de la Ley 2213, como se ahondará a continuación.

En consecuencia, la Corte Constitucional en la citada sentencia C-420 de 2020, concluyó que se cumplió el juicio de finalidad en razón de que se adoptaron medidas que no serían permanentes y que no se pretendió adoptar soluciones de carácter definitivo a la congestión judicial. De acuerdo con la

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713. Expediente No. P.E. 030 (15, julio, 2008). M.P. Clara Inés Vargas. En: Comunicado Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2008. [Consultado: 26 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm>

²⁷ *Ibíd.*, p. 79.

²⁸ Sentencia C-420. Op. cit, p. 32.

²⁹ RODRÍGUEZ, Manuel. Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve. Universidad de Cádiz. P. 125. [Consultado: 8 de agosto de 2022] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142404.pdf>

Corte Constitucional, las medidas excepcionales tienen naturaleza transitoria y su función se encaminó en:

“(…) prevenir el contagio por COVID-19 de los usuarios y funcionarios de la administración de justicia, mientras el riesgo sanitario se mantenga; (ii) garantizar la continuidad del servicio de administración de justicia, y de esta forma reactivar la actividad económica de abogados y litigantes y (iii) mitigar la agravación extraordinaria de la congestión judicial que han causado las medidas para contener la pandemia y superar la crisis.”³⁰

De acuerdo con la sentencia mencionada, el Decreto 806 estuvo orientado a atender de manera transitoria las afectaciones que la pandemia causaba en la prestación del servicio de administración de justicia. Sin embargo, después de 840 días, el 1 de julio de 2022, se levantó en Colombia la medida de emergencia sanitaria por la pandemia del coronavirus COVID-19, pues según el ex presidente Duque, “no existen razones epidemiológicas analizadas científicamente por el comité para mantenerla.”³¹ (Kiarinna Parisi – CNN Latinoamérica).

Sin embargo, el argumento que invoca la Corte Constitucional para que los trámites en segunda instancia se resuelvan por escrito y sin necesidad de llevar a cabo una audiencia, es que “estas medidas buscan evitar el desplazamiento de los usuarios y funcionarios de la administración de justicia a los despachos judiciales y notarías, para así proteger su salud.”³²

A saber, resulta conveniente analizar, a la luz de la finalización de la emergencia sanitaria, los argumentos de transitoriedad y mitigación del impacto de la pandemia, pues a raíz de la declaratoria de permanencia del Decreto 806, a través de la Ley 2213, es importante tener en cuenta la vigencia de cada articulado de manera paralela con los derechos humanos y la realidad material del país. Es hasta el momento claro que, los argumentos utilizados en el control de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional en el 2020, no se atemperan a la realidad ni son válidos en este momento, motivo por el cual las audiencias en segunda instancia deben permanecer en forma virtual y excepcionalmente en forma presencial.

Bajo esa línea, es más que pertinente plantearse el siguiente interrogante: si ya no existe la pandemia, ¿cuáles son los argumentos de derecho, no de facto, que justifican la eliminación de la fase oral en la audiencia en la segunda instancia?

³⁰ Sentencia C-420. Op. cit, p. 6.

³¹ PARISI, Kiarinna. Duque anuncia fin de la emergencia sanitaria por covid-19 a partir de julio en Colombia [en línea]. Bogotá. (12 de junio de 2022). Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2022/06/21/duque-fin-emergencia-sanitaria-covid-19-colombia-orix/>

³² Sentencia C-420. Op. cit, p. 21.

Si bien en la práctica y para los defensores de esta corriente de pensamiento, la escritura permite ejercer un mayor control social, no se puede perder de vista lo establecido por el derecho internacional ni los estándares contemplados en los tratados internacionales a los cuales se hizo alusión. El ser escuchado por un juez es un derecho fundamental y en ese sentido, es imprescindible también tener presente que los intereses del ciudadano de a pie deben prevalecer por encima de los intereses del operador judicial, pues es el justiciable a quien se le ha coartado un derecho en primer lugar y por ese motivo pone en movimiento el aparato jurisdiccional y ejerce su derecho de acción. El estándar exige la oralidad por el simple hecho de que jamás será lo mismo observar, percibir y escuchar al justiciable que leer un escrito cuya interpretación se limita al juicio de valor del lector.

Por otra parte, La Corte Constitucional en la sentencia C-420 del 2020 precisó que, la necesidad de adoptar el artículo en cuestión, además de prevenir el contagio, contribuyó a la congestión judicial. Primero, el contagio nunca fue una justificación suficiente, puesto que las audiencias durante la pandemia se realizaron de manera virtual. Ahora, frente a la necesidad de contribuir a la congestión judicial, cualquier derecho humano deberá prevalecer por encima de principios como la celeridad y la economía procesal.

En términos generales, el trámite de apelación de sentencias es esencial en el proceso, pues es la primera oportunidad que tiene el justiciable de acudir ante el superior y tener otra mirada, es aquí donde se configura la importancia de la doble instancia. Como lo exponía el maestro Eduardo J. Couture, “la apelación encausa de manera civilizada la rebeldía natural en contra de una decisión adversa.”³³

Desde la perspectiva del operador judicial, puede ser más eficiente revisar el expediente, leer las inconformidades de las partes y tomar una decisión; no obstante, desde el punto de vista del justiciable, que no conoce a este nuevo juez, que jamás lo ha visto, es primordial que se le respete el derecho fundamental a ser oído públicamente; tal y como lo establece el salvamento de voto del magistrado Luis Armando Tolosa en la sentencia STC 5790 de 2021 “el derecho fundamental a ser oído solamente se satisface cuando se oye a las partes, cuando se observa e inmedia la conducta procesal y se atienden los reclamos del justiciable.”³⁴ En otras palabras, el derecho a ser oído se materializa en una audiencia y no con la presentación de un escrito.

³³ COUTURE, 1958. Citado por: DOMÍNGUEZ, Juan Pablo. En clase: Recursos de apelación, 2020.

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia STC-5790. Radicado No. 11001-02-03-000-2021-00975-00 (24, mayo, 2021). M.P. Octavio Augusto Tejeiro. En: Comunicado Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2021 [Consultado: 17 de julio de 2022]. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/02/STC5790-2021.pdf>

Por otro lado, es importante tener presente el paralelismo que se puede encontrar en este trámite civil con la figura del juez sin rostro en materia penal. Con la modificación del artículo 12, se podría incurrir en una figura similar en la jurisdicción civil, pues las partes no tienen la oportunidad de ver al juez cara a cara. El ocultamiento del juez en materia penal es la excepción y ha sido justificado por el legislador en varias ocasiones, por ejemplo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-053 de 1993, precisó que “El legislador ha tenido la precaución de establecer disposiciones orientadas a asegurar que tan sólo se usará la figura del ocultamiento del juez o testigo ante la existencia de graves contingencias o amenazas contra su vida o su integridad”.³⁵ En este caso, la figura se implementó en aras de proteger la seguridad e integridad del juez. Resulta conveniente cuestionarse si el artículo 12 de la Ley 2213 perpetúa una figura similar, con la diferencia que, en este caso, no hay una motivación que la justifique.

Consecuentemente, es fundamental traer a colación el numeral 7 del artículo 133 del Código General del Proceso, que establece que “El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.”³⁶ En este numeral se puede encontrar una incompatibilidad con la Ley 2213, debido a que el juez de segunda instancia ya no escucha la sustentación del recurso de apelación, sino que la lee. Bajo ese entendido, todos los trámites de apelación incurrirán en una nulidad procesal, por lo que es oportuno preguntarse si la Ley 2213 derogó tácitamente este numeral o si se requiere de una nueva redacción que sea congruente con la modificación.

En suma, esta modificación aleja al justiciable del juez y en cierta medida, deshumaniza el proceso judicial. No se puede perder de vista que el proceso es por y para las partes y que su finalidad es impartir justicia. El cambio que introdujo el Decreto 806 en el artículo 12, que como se mencionó, no tiene sustento jurídico alguno que justifique su permanencia y aplicación, convirtió el trámite de apelación de sentencias en una experiencia fría y rígida para las partes y en una simple transferencia de correos electrónicos.

³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-053. Expediente D-132. (18, febrero, 1993). M.P. José Gregorio Hernández [en línea]. En: Comunicado. Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 1993. 12 p. [Consultado: 8 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-053-93.htm#:~:text=Toda%20persona%20inculpada%20de%20delito,se%20establezca%20legalmente%20su%20culpabilidad.>

³⁶ Ley 1564 de 2012. Op. cit., art. 133.

5. Resultados

Como resultado de la investigación que se realizó a lo largo del escrito, se instauró la acción pública de inconstitucionalidad con radicado D0014884 ante la Corte Constitucional, en la cual se demandaron los artículos 10 y 12 de la referida Ley 2213.

La sanción de la Ley 2213 fue un gran acierto para el desarrollo y avance de los procesos y actuaciones judiciales en Colombia, no obstante y como se desarrolló en el presente escrito, existen oportunidades de mejora en lo que respecta los artículos en mención para garantizar la protección efectiva de los derechos constitucionales consagrados en los artículos 1, 13, 29 y 229 que hacen referencia a la dignidad humana, la igualdad, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, respectivamente.

6. Conclusiones

En definitiva, la Ley 2213 acerca la justicia al ciudadano, y moderniza y optimiza muchos aspectos de la administración de justicia en Colombia. Gracias a esta normatividad, los trámites judiciales se simplificaron y se propendió por un proceso más célere, empero, es necesario realizar un análisis respecto al tratamiento que se le da a los derechos humanos en los artículos 10 y 12 de manera puntual, toda vez que son intrínsecos e inmutables, independientemente de la virtualidad.

En aras de salvaguardar los derechos humanos, se propone que en la revisión de la Corte Constitucional de la Ley 2213, se declaren exequibles condicionados los artículos 10 y 12. De esa manera, frente al artículo 10, que regula el emplazamiento, se abriría la posibilidad de acceder a otros mecanismos diferentes al Registro Nacional de Personas Emplazadas, como los contemplados en el artículo 108 del Código General del Proceso. Por lo tanto, se convertiría en una facultad y no en una obligación, y se protegerían los derechos humanos de las partes inmersas dentro del proceso, especialmente de aquellas que no pueden acceder a las TIC.

Lo anterior no significa que implementar las TIC en el proceso sea un desacierto, todo lo contrario, como se mencionó, ha sido de gran beneficio para el avance y modernización de la justicia en Colombia. Sin embargo, se debe contemplar que, para su correcta ejecución, es necesario que se tenga en cuenta la materialización de la fase programática de los derechos. Por consiguiente, se deben destinar recursos e implementar políticas públicas en las que se incluyan diferentes medios y metodologías para la correcta y efectiva materialización de los derechos.

Por lo tanto, mientras se universaliza el acceso a internet en la población colombiana, se debe permitir la utilización de los diferentes mecanismos de notificación que establece el artículo 108 del Código General del Proceso. Aunado a lo anterior, se recomienda la creación de una base de datos en la que se almacene la información recopilada por las entidades públicas, de manera que, si el justiciable no tiene conocimiento del paradero de la persona que va a demandar ni de otro mecanismo para notificarla, pueda solicitarle al juez que lo requiera por medio de la información que se tenga en dicho sistema.

Ahora, respecto al artículo 12, se plantea mantener la audiencia en el trámite de apelación de sentencias, ya que la oralidad en Colombia es un principio y el legislador hasta el momento no ha realizado una argumentación suficiente que justifique su eliminación. Además, como se mencionó, el derecho a ser oído es un derecho humano, regulado en el artículo 6.1 de la CEDH, en el artículo 8.1 de la CADH y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que necesariamente tiene que existir audiencia en segunda instancia, en donde se escuche al justiciable y se le permita conocer al juez que dirimirá su controversia.

Bibliografía

ÁLVAREZ GÓMEZ., Marco Antonio. Cuestiones y opiniones, acercamiento práctico al Código General del Proceso (2017). P. 6. [Consultado el 18 de julio de 2022].

Asamblea General de Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. (10, diciembre, 1948). [en línea]. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. [en línea]. Madrid: Editorial Sistema, 1991. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en internet: [144977835110.pdf](http://www.culturadh.org/144977835110.pdf) (culturadh.org)

COLOMBIA. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. (20, julio, 1991). Santa Fe de Bogotá, D.C. Art. 13. [Consultado: 27 de julio de 2022]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 137 (2, junio, 1994). Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia. [en línea]. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 41.379. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0137_1994.html

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012 12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 48.489 [Consultado: junio 15 de 2022]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2213 (13, junio, 2022). Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2022. P 1-46. [Consultado: junio 20 de 2022]. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202213%20DEL%2013%20DE%20JUNIO%20DE%202022.pdf>
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 (15, marzo, 1996). Por lo cual se crea la Ley Estatutaria de la administración de justicia [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 1996. No. 42.745. P. 1-40. [Consultado: junio 28 de 2022]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-053. Expediente D-132. (18, febrero, 1993). M.P. Jose Gregorio Hernandez [en línea]. En: Comunicado. Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 1993. 12 p. [Consultado: 8 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-053-93.htm#:~:text=Toda%20persona%20inculpada%20de%20delito,se%20establezca%20legalmente%20su%20culpabilidad.>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163. Expediente D-12556. (10, abril, 2019). M.P. Diana Fajardo Rivera. En: Comunicado Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2019 [Consultado 11 de junio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-163-19.htm>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203. Expediente D-8237. (24, marzo, 2011). M.P Juan Carlos Henao Pérez. En: Comunicado Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2011 [Consultado 8 de junio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-203-11.htm>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-420. Expediente No. RE-333. (24, septiembre, 2022). M.P. Richard Ramírez Grisales. En: Comunicado No.10 Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte.

2020. 25 p. [Consultado: 12 de mayo de 2022]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-420_2020.html
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713. Expediente No. P.E. 030 (15, julio, 2008). M.P. Clara Inés Vargas. En: Comunicado Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2008. [Consultado: 26 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia STC-5790. Radicado No. 11001-02-03-000-2021-00975-00 (24, mayo, 2021). M.P. Octavio Augusto Tejeiro. En: Comunicado Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2021 [Consultado: 17 de julio de 2022]. Disponible en: <https://corte-suprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/02/STC5790-2021.pdf>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-133. Expediente T-1212136. (24, marzo, 2006). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En: Comunicado Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2006 [Consultado: 17 de junio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-133-06.htm#:~:text=%E2%80%9CEl%20derecho%20a%20la%20dignidad,la%20dignidad%20del%20ser%20humano.>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-302. Expediente T-1514036. (27, abril, 2007). M.P. Nilson Pinilla Pinilla. En: Comunicado Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C.: La Corte. 2007 [Consultado: 2 de junio de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>
- COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Decreto 806 (4, junio, 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. [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: El Ministerio, 2020. [Consultado: 12 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20806%20DEL%204%20DE%20JUNIO%20DE%202020.pdf>
- Consejo de Europa. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. (3, septiembre, 1953). [en línea]. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso No. 12.465. (10, septiembre, 2019). [en línea]. [Consultado: 10 de mayo de 2022].

- COUTURE, 1958. Citado por: DOMÍNGUEZ, Juan Pablo. En clase: Recursos de apelación, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales [en línea]. 2006. [Citado: 10 de mayo de 2022].
- MORENO, María Camila. Los nuevos entornos tecnológicos y su impacto en la garantía del derecho humano al acceso a la justicia: Un enfoque en época de covid-19. [en línea] Universidad Católica de Colombia. (2021). [Consultado: 24 de julio de 2022]. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58830>
- Organización de los Estados Americanos. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (22, noviembre, 1969). [en línea]. [Citado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización de los Estados Americanos. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (22, noviembre, 1969). [en línea]. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- OSORIO GUTIERREZ, Maritza. Hacia la justicia virtual tomando como punto de partida la pandemia por Covid-19. En: Corporación Universitaria Rafael Núñez, Vol.13 No. 1. Diciembre de 2021; p. 58.
- OVIDEO, Juan Daniel. El DANE reveló en ANDICOM 2021 las cifras que muestran la brecha digital en Colombia [en línea]. Cartagena de Indias. (18 de noviembre de 2021). [Consultado: 12 junio de 2022]. Disponible en: <https://andicom.co/es/el-dane-revelo-en-andicom-2021-las-cifras-que-muestran-la-brecha-digital-en-colombia/>
- PARISI, Kiarinna. Duque anuncia fin de la emergencia sanitaria por covid-19 a partir de julio en Colombia [en línea]. Bogotá. (12 de junio de 2022). Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2022/06/21/duque-fin-emergencia-sanitaria-covid-19-colombia-orix/>
- Real Academia Española. [en línea]. [Consultado: 10 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://dle.rae.es/o%C3%ADdo>
- RODRÍGUEZ, Manuel. Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve. Universidad de Cádiz. P. 125. [Consultado: 8 de agosto de 2022] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142404.pdf>

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO PARA DISMINUIR LA EXCESIVA APLICACIÓN DE LA MEDIDA PROVISIONAL EN EL NUEVO SISTEMA ADVERSARIAL PANAMEÑO

*Nathaly Smart, Luis Alberto Hodgson Medrano,
Keren Mitre, Mayrelis Pérez Del Cid,
Suleyliz Yarabis Herrar Ortega, Jennifer Ramirez,
Gisybeth Elayah Eversley Gonzalez, Davianys Alenys Pitti Oliveros,
Keissy Pliset Bermúdez De Smith, Leonel Thomis Lozano Catsillo y
Vladimir Adhonys Carranza Vega*

Tutora: *Sheyla Maribel Villanueva Jiménez*

Universidad de Panamá

Resumen

Hoy en día, la información se genera de manera vertiginosa, misma que surge de la interacción de los seres humanos con la tecnología. De allí, es la inteligencia artificial el soporte digital de nuestra propuesta de investigación. Pretendemos su inserción en el área jurídico penal para que de esa forma se convierta en una garantía de protección de los Derechos Humanos dentro del Proceso Penal, que hoy día se ha transformado en un mecanismo de vulneración de la libertad ambulatoria de las personas. Pero ¿cómo puede esta herramienta mejorar esta rama del Derecho que se ha convertido en vulnerador, no solo de los derechos humanos, sino también en una carga para todo el sistema judicial? La inteligencia artificial actualmente es un instrumento que permite evidenciar grandes avances a través de respuestas automatizadas y de carácter autónoma que la inteligencia humana no pensaba alcanzar, es por eso, que al introducir la

complejidad como una etapa superior del aprendizaje de los seres humanos, consideramos necesario proponer en esta investigación como soporte y garante de los Derechos Humanos de los sujetos que enfrentan el ejercicio del poder punitivo del Estado y que puede revertir su estado de inocencia ordenando una medida cautelar de detención preventiva. La utilización de la inteligencia artificial como mecanismo de evaluación de los elementos científicos y probatorios, que le permitan al juzgador tener elementos de convicción suficiente para evitar esa detención preventiva que hoy se ha convertido en una sentencia condenatoria anticipada. Para tal efecto hemos propuesto el software que hemos nombrado “JELLYFISH”, como auxiliar en ese cometido, con la finalidad de facilitar al juez, soporte científico al momento de la valoración del sujeto y determinar que este sea un candidato a una medida cautelar distinta a la detención preventiva, contrario a la realidad de las estadísticas que hoy ofrece las cárceles públicas de nuestro país.

Palabras claves: *IA, detención provisional, derechos humanos, proceso*

Abstract

In nowadays the information is generated dizzily, arisen by the humanity interaction with the technology. Therefore, the AI (Artificial Intelligence) used as the digital support to present our proposal research. We pretend the insertion of the AI on the criminal legal area in such a way that it becomes a guarantee of protection for Human Rights within the Criminal Process, which today has become on a mechanism of infringement to the freedom of people. But how this tool could be used to improve the branch of the law that has been converted in an infringement not only for the human rights, but also in a burden for the entire judicial system? Currently the AI (Artificial Intelligence) has been transformed as an instrument that allows to demonstrate the huge development through automated responses and with autonomous type that humanity did not think to reach. For that reason, by introducing complexity as a higher phase of learning to human race, we consider important that in this investigation we could propose as a support and guarantor for the Human Rights of the subjects who face the exercise of the punitive power of the State and could reverse their condition of innocence by ordering a precautionary measure of preventive detention. Using the AI as a mechanism for evaluating the scientific and evidentiary elements, will allow the judge to have sufficient conviction to avoid preventive detention that has become an early sentence. Given all the above, we propose our software called “JELLYFISH”, as an aid in this task, with the goal to

provide the judge with scientific support at the time for the subject assessment and determine that this is a candidate for a precautionary measure other than preventive detention, contrary to the reality of the statistics that in nowadays public prisons in our country offers.

Keywords: AI (Artificial Intelligence), preventive detention, human rights, criminal process.

Capítulo 1. Aspectos generales

La detención provisional impuesta a una persona, excepcionalmente, en centro penitenciario o como arresto domiciliario o establecimiento de salud; está fundamentada en la sustanciación de un procedimiento penal que tiene como objetivo demostrar la convicción de un tipo penal e igualmente asegurar lo fines del proceso. Es por esta razón que en el marco internacional se puede señalar el artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José, Costa Rica, y entró en vigencia el 18 de julio de 1978¹ misma que señala que **“nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”**. De allí que los estados partes entre los cuales se encuentra nuestro país y nuestros hermanos vecinos colombianos, se han implementado procedimientos tendientes a establecer que la restricción de la medida cautelar tiene reglas que cumplir y por ende tiene carácter excepcional; razón por la cual debe ser la última ratio que utilice el Operador de Justicia al momento de evaluar la imposición de una Medida Cautelar personal al sujeto indiciado dentro del Proceso Penal. Pero lo anterior no es la realidad de nuestros centros penitenciarios latinoamericanos; ya que observamos diariamente en el ciberespacio reportes de eventos violentos en los reclusorios donde incluso muchos privados sufren esta escalada de violencia hasta perder la vida, por ello, es necesario evaluar otros mecanismos para cumplir con los propósitos del proceso penal.

1.1 Los derechos humanos y la detención preventiva

Los Derechos Humanos se definen como inalienables e indivisibles, pero deben ser observado y respetados en igualdad para todas las partes dentro del Proceso Penal, resaltando la víctima. De ahí la frase acuñada al filósofo **Jean-Paul Sartre**: “tus derechos terminan donde empiezan los míos”, este

¹ <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/7/#:~:text=%C2%BFCU%-C3%81NDO%20ENTR%C3%93%20EN%20VIGOR%20LA,1978%2C%20conforme%20su%20art%C3%ADculo%2074.2.>

postulado reivindica la importancia del derecho como mecanismo de garantizar la convivencia pacífica dentro de la sociedad. Estas premisas pierden vigencia cuando un ciudadano es enfrentado al proceso penal, lo primero que sugiere como medida cautelar el Ministerio Público es la más grave, invirtiendo desde ese momento su estado de inocencia y frente a esta aguerrida petición el juez de la causa impone automáticamente la más severas de las medidas cautelares, como lo es la detención provisional, es decir, que obvia la otras vías alternativas que presenta el decálogo de medidas cautelares en Panamá, agravando de esta forma el hacinamiento carcelario donde hoy día tenemos cárceles diseñadas para mil personas en las que están reclusos alrededor de 5 mil.

Es ahí donde se erige el sustento fundamental de nuestra propuesta investigativa; ya que para ese momento insipiente de la investigación penal el juez no cuenta con los elementos necesarios que le permitan apartarse de la **“teoría del enemigo”** planteada por el Fiscal de la causa, que en palabras del maestro Zaffaroni es que “...algunos seres humanos son peligrosos y sólo por eso deben ser segregados o eliminados, los cosificó sin decirlo y con ellos se los dejó de considerar personas a partir de racionalizaciones, cuando lo cierto es que desde 1948 ese derecho penal que admite las llamadas medidas de seguridad, o sea, las penas o algunas penas como mera contención de un ente peligroso, es violatorio del art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos...”², en ese sentido finaliza Zaffaroni señalando que “...todo el poder punitivo latinoamericano se ejerce en forma de medidas, o sea que todo se ha convertido en privación de libertad sin sentencia firme y por presunción de peligrosidad...”³.

Esta falencia evidente es la que intenta superar el software **“JELLYFISH”**, que proponemos reemplace la posición subjetiva del Ministerio Público por elementos de convicción de carácter científico y reales que le permitan al juzgado tener una noción diferente a la peligrosidad de tal forma que tenga una visual integral de la persona a quien debe aplicar las medidas cautelares o, en segundo lugar, suministrar al juez las herramientas necesarias de uso obligatorio que le permita parado sobre una realidad material una adecuada valoración de esas circunstancias personales particulares del sujeto.

Permitiéndose responder preguntas tales como: ¿si es la primera vez que delinque?, ¿si existe un peligro real y cierto para la víctima?, ¿la cercanía con ella?, ¿si pertenece o no a un grupo delictivo?, ¿si tiene arraigo?, ¿si tiene empleo?, su historial penal, su condición emocional, psicológica y evaluación social, etc.; preguntas estas que responderá sin ningún ápice de subjetividad

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Enemigo en el Derecho Penal*. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2006, pp. 18-19.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Ob. cit.* p. 68.

nuestro software revestido de un sistema de inteligencia artificial propuesto como alternativa para la aplicación de una medida cautelar distinta a la detención preventiva controlado en un primer momento por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de nuestro país.

Aunado a ello, pretendemos que el sistema integre la automatización de una serie de procedimientos, tendiente a ahorrar tiempo y energía; se simplificaría el trabajo para la autoridad competente, potenciando la eficiente y productividad en los procesos. Además, de facilitar la accesibilidad a la información jurídica, simplificar y automatizar todo o parte del proceso de razonamiento jurídico, y la esquematización de mejores proyectos para la litigación y la argumentación en el proceso. No obstante, es importante dejar sentado que con la inteligencia artificial no se pretende sustituir el trabajo humano, sino obtener información objetiva y de calidad al momento de decidir sobre la imposición de medidas cautelares, basado en criterios científicos, y tutelando los derechos humanos de las víctimas y de los privados de libertad dentro de un proceso penal, buscando romper ese criterio tradicional donde las medidas cautelares son sentencias condenatorias previas.

Capítulo 2. Medidas cautelares personales

2.1 Constitución política y código procesal penal

La Constitución Política de la República de Panamá, establece garantías fundamentales en sus artículos 21 y 22, mediante las cuales solo a través de mandato escrito por autoridad competente, puede ser detenida una persona, aunado a ello, la persona aprehendida debe ser informada inmediatamente y de una manera comprensible sobre las razones de su detención y de sus derechos constitucionales y legales correspondientes. De igual manera, debe presumirse su inocencia mientras no sea declarado culpable en juicio público, con todas las garantías que le son inherentes, así como la asistencia de un defensor de su confianza. Por su parte, el Código Procesal Penal, en sus artículos 8 (Inocencia), 10 (Derecho a la Defensa) y 237 establece la presunción de inocencia de los investigados, el reconocimiento de sus derechos y la limitación de su libertad por autoridad competente.

Así, el mandato constitucional se descanta en el artículo 222 de Código Procesal Penal patrio, establece los siguientes requisitos: 1. Si existen medios probatorios demostrativos del hecho punible y la vinculación del imputado con el hecho. 2. Si la medida es necesaria, en cuanto a la naturaleza y el grado de las exigencias cautelares requeridas en el caso concreto. 3. Si es proporcional a la naturaleza del hecho y a la sanción que se estime podría ser impuesta al

imputado. 4. Si la afectación de los derechos del acusado es justificada por la naturaleza del caso. También, la norma dispone que el Juez deberá aplicar la detención preventiva como medida excepcional.

Este mismo cuerpo normativo, determina en su artículo 223 que, no procede en ninguna fase del proceso, la aplicación de estas medidas cuando concurren causas de justificación, excluyentes de culpabilidad, eximentes de punibilidad o causas de extinción de la acción penal o de la pena. Por su parte, el artículo 224 *lex cit*, específicamente en el numeral 10, establece la detención provisional,⁴ dentro de un catálogo de otras nueve medidas cautelares, y aun cuando ésta aparece en último lugar, quedando sobreentendido antes de aplicar la última debe evaluarse progresivamente cada una de las medidas anteriores, para determinar la viabilidad de deparar cada una de ellas. No obstante, en la práctica se obvia este análisis y se acude entonces a la aplicación de la más severa. En cuanto al procedimiento, el artículo 225 del mismo Código, estipula que las medidas cautelares personales que impliquen privación de libertad, serán solicitadas oralmente en audiencia y decretadas por el Juez de Garantías, previa solicitud del Ministerio Público. Para tales propósitos, las resoluciones que decreten cualquier medida cautelar personal por el Juez, deberán individualizar al imputado, enunciar los hechos, indicar las evidencias y explicar motivadamente las exigencias cautelares, en cualquier estado del proceso. Tal como establece el artículo 226 del CPP, en el evento que la persona imputada esté recluida en el centro carcelario, el Juez fijará audiencia para decidir la aplicación de la medida cautelar personal dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a esta privación, para que el Ministerio Público sustente la legalidad de la aprehensión y solicite la imposición de la medida cautelar personal. En el evento que, el Juez estime que la aprehensión vulneró derechos fundamentales o considera que la medida cautelar no procede, dispondrá la libertad inmediata del imputado.

De igual manera, deberá tomarse en cuenta las siguientes reglas, al momento de sustentarse y aplicar las medidas cautelares (art. 227 C.P.P.): 1. Cuando el imputado se dé a la fuga o exista peligro evidente de que intenta hacerlo; 2. Cuando existan motivos graves y fundados para inferir que el imputado puede destruir o afectar medios de prueba; 3. Cuando, por circunstancias especiales, se determine que su libertad puede ser de peligro para la comunidad por pertenecer a organizaciones criminales, por la naturaleza y número de delitos imputados o por contar con sentencias condenatorias vigentes; 4. Cuando existan razones fundadas para inferir peligro de atentar contra la víctima o sus familiares.⁵

⁴ <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2018/08/CODIGO-PROCESAL-PENAL-Comentado-COMPLETO-20-AGO-2018.pdf>

⁵ <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2018/08/CODIGO-PROCESAL-PENAL-Comentado-COMPLETO-20-AGO-2018.pdf>

2.2 Medida cautelar de detención provisional

La responsabilidad de determinar la medida cautelar peticionada por el representante de la vindicta pública recae sobre el juez, tomando como referencia el marco jurídico previamente descrito de suerte que el Juez al momento de decidir sobre la medida cautelar más consona con el caso concreto debe tomar en consideración lo que argumenten las partes, luego avocarse a una justificación si es proporcional e idónea o, si, por el contrario, es posible aplicar una medida menos severa, pero con ciertas limitaciones que permitan ejercer un control periódico sobre el individuo en el curso del proceso. Ello se fundamenta en el carácter excepcional de esta medida coercitiva -ultima ratio-. También, debe ser temporal y motivar objetivamente por qué considera que las otras medidas cautelares dentro del catálogo establecido en el artículo 224 no son posibles de aplicar (subsidiariedad), no son adecuadas (idoneidad), no son necesarias (justificación). Siempre teniendo en cuenta la dignidad del ser humano,⁶ pero la realidad frente a la falta de elementos de convicción aparecen nuevamente en palabras de Gunther Jakobs “...El derecho penal del enemigo...”⁷; cuyo único aliado lo es el <<juez Hércules>> **dispone de dos ingredientes de un saber ideal: conoce todos los principios válidos y todos los fines y objetivos que son menester para la justificación; al mismo tiempo tiene una perfecta visión de conjunto de la densa red de elementos enlazados por hilos argumentativos, de que consta el derecho vigente con el que se encuentra. Ambos componentes ponen límites a la construcción de la teoría. El espacio que Hércules se encarga de llenar con su sobrehumana capacidad argumentativa, viene, por un lado, definido por la posibilidad de introducir variaciones en las jerarquías de principios y objetivos, y, por otro, por la necesidad de enfocar críticamente la masa del derecho positivo y corregir <<errores>>...”**⁸, el cual se convierte en el sistema actual en una garantía para la detención preventiva.

Del Ríos Labarthe (2014), citado por el profesor Carlos Barragán Quirós, explica que la prisión preventiva constituye una limitación del derecho fundamental a la libertad personal, por lo que deben sustentarse en requisitos consustanciales de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, y jurisdiccionalidad, sin olvidar la adecuada y clara motivación.

⁶ Cfr. Barragán Quirós, Carlos Manuel Pedro Pablo. “Detención provisional o libertad bajo cautela Aproximación a un derecho garantista y utilitarista”: file:///C:/Users/nayel/Downloads/197-Texto%20del%20art%C3%ADculo-327-1-10-20210713%20(1).pdf, p. 33; accesado el 10 de agosto de 2022.

⁷ GUNTHER, Jakobs. La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p. 58.

⁸ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Editorial Trotta, 1998, p. 282.

2.2.2 aspectos doctrinales

Dentro del concepto doctrinal nacional debemos resaltar la posición más reciente en materia de detención provisional la cual es sustentada por el profesor BARRAGÁN QUIRÓS, el cual manifiesta en ese sentido que "...la detención provisional ha sido a través de la historia uno de los temas más discutidos y atacados en el derecho procesal penal, toda vez que, mediante la utilización de esta medida instrumental las cárceles se han mantenido hinchadas de culpables y no culpables...⁹, por lo antes expuesto si observamos este concepto doctrinal no se aparta del juez hercules que describe el maestra Jurguen Habermas en su obra cumbre sobre la Facticidad y Validez de la norma jurídica; ya que la función del juez dentro del hoy sistema adversarial con corte de garantías que propugna la vigencia del nuevo Código Procesal panameño.

2.2.3 Aspectos jurisprudencial

En este sentido queremos resaltar la valoración que hace la comisión al momento de evaluar la finalidad de la detención preventiva; y a la vez los elementos que deben conformarla para que la misma no sea ilegal, en tal sentido tomamos como referencia el caso de **CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ VS. ECUADOR**, el 14 de noviembre de 1997, fallo que en lo medular de su contenido describe lo siguiente: Asimismo, se detuvieron a Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez. Aun cuando no se encontraron drogas en la fábrica, ésta no fue devuelta hasta casi 5 años después. Según la Comisión, al momento de la detención del señor Chaparro las autoridades estatales no le informaron de los motivos y razones de esta, ni tampoco de su derecho a solicitar asistencia consular del país de su nacionalidad. La Comisión informó que el señor Lapo fue detenido, junto con otros empleados de la fábrica Plumavit, durante el allanamiento a dicha fábrica. La detención del señor Lapo supuestamente no fue en flagrancia ni estuvo precedida de orden escrita de juez, tampoco le habrían informado de los motivos y razones de su detención.¹⁰ Las dos presuntas víctimas supuestamente fueron trasladadas a dependencias policiales y permanecieron incomunicadas cinco días.

El señor Chaparro no había contado con patrocinio letrado al momento de rendir su declaración preprocesal y la defensa pública del señor Lapo no fue adecuada. Según la Comisión, la detención de las presuntas víctimas sobrepasó el máximo legal permitido por el derecho interno y no fueron llevadas sin demora ante un juez. Duración de la detención, La parte inicial del artículo 7.5 de la

⁹ <https://revistasapientia.organojudicial.gob.pa/index.php/sapientia/article/view/197>

¹⁰ El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva

Convención dispone “que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho le corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizarla adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia. Por todo lo anterior, el Tribunal declara que el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 7.2, 7.4 y 7.5 de la Convención en perjuicio del señor Chaparro, y el derecho consagrado en el artículo 7.2 y 7.5 del mismo instrumento internacional en perjuicio del señor Lapo. Consecuentemente, se violó el derecho a la libertad personal de las dos víctimas contemplado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el deber de respeto establecido en el artículo 1.1 de la misma.”¹¹

2.2.4 Derecho internacional

Debemos iniciar señalando que frente a la modernidad del derecho convencional se ha desarrollado a través de jurisprudencia el artículo 4 de la Constitución Política de Panamá, mismo que permite que todos los instrumentos internacionales que de conformidad a la teoría del **“Bloque de la Constitucionalidad”** desarrollado por nuestra Corte Suprema de Justicia, los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país tienen rango o categoría constitucional es por eso que la presunción de inocencia, que está contemplado en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)”¹², mismo que fortalece el principio de inocencia que permite a todo procesado ser inocente hasta que se demuestre lo contrario en juicio público y mediante sentencia en firme, que no se observa cuando se ordena sin elementos de convicción suficiente la detención preventiva.

La detención preventiva es una medida cautelar de adopción exclusiva durante el proceso penal, que ha de ser acordada por autoridad judicial y con la cual se priva de libertad a un sujeto imputado por un hecho delictivo, esta genera un problema agudo en un Estado de Derecho ya que produce tensión entre la dignidad humana, los derechos fundamentales de la persona y las obligaciones y deberes del estado frente al delito. En la doctrina internacional podemos mencionar a distintos juristas que se han pronunciado sobre la presunción de inocencia y la detención preventiva. Por ejemplo, podemos citar a Francesco Carnelutti que nos expresa lo siguiente: “Desgraciadamente, la justicia humana

¹¹ Fundamento de la investigación caso del fallo Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Joel Murgas

¹² <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes”(Carnelutti, 1959, p.75)¹³

También sobre este tema el Papa Francisco se pronunció y dijo: cuando la prisión preventiva se toma de forma abusiva procura un anticipo de la pena, previa a la condena, o como medida que se sospecha más o menos fundada de un delito cometido, constituye otra forma contemporánea de pena ilícita oculta, más allá de un barniz de legalidad (*Cautela in poenam, s.f.*).¹⁴ La presunción de inocencia tiene como objeto prevenir la ejecución de la pena anticipada y garantizar que el acusado no sea tratado como responsable hasta tanto no se pronuncie sentencia condenatoria, no obstante, vemos que la prisión preventiva puede acelera la pena anticipada, así como lo dicta la jurisprudencia en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador.¹⁵

Capítulo 3. Hacinamiento carcelario

Debemos iniciar señalando que el hacinamiento carcelario como realidad que azota hoy, más que nunca, a los sistemas carcelarios latinoamericanos, trascendiendo a eventos violentos, se torna dificultoso e inclusive hasta arriesgado, y así sin temor a equivocación la vida corre más peligro al interior de prisión que fuera de ella. La violación a los derechos humanos de las personas privadas de libertad es frecuente, contrastando con la desidia de quienes por mandato legal les corresponde ofrecer soluciones acertadas en procura del resguardo a los derechos de las personas privadas de libertad. Esto no solo sucede en nuestro país Panamá, sino que es un problema a nivel mundial, imponiéndose la necesidad de aunar esfuerzos para encontrar alternativas integrales, y fortaleciendo el cuerpo técnico y de seguridad dentro del ámbito penal para garantizar la paz y la rehabilitación dentro de las cárceles.¹⁶

Para establecer qué es hacinamiento y qué no lo es (el umbral) se tienen en cuenta diferentes aspectos, como qué queremos medir concretamente dentro de la potencial situación de hacinamiento u otras valoraciones. Estas consideraciones cambian a veces sobre la base de criterios culturales. Por ejemplo, en Latinoamérica, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) establece el hacinamiento en más de 3 personas por dormitorio. Es

¹³ Las Miserias del Proceso Penal (trad. de S. Sentís Melendo). Buenos Aires: EJE A.

¹⁴ *Cautela in poenam et primatus principii pro homine*. Recuperado de http://www.academicsforabolition.net/repositorio/ficheros/455_269.pdf.

¹⁵ https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=275

¹⁶ <https://www.sistemapenitenciario.gob.pa/centros-penitenciarios/>

decir, una persona más de las que se consideran en los estudios europeos en Europa. La Organización Mundial de la Salud (OMS) apunta a la necesidad de espacio suficiente para la salud y la vida familiar, incluyendo al menos un mínimo grado de privacidad para cada miembro del hogar. Más específicamente, señala la necesidad de dormitorios separados para adolescentes y miembros adultos de sexos opuestos. También indica la necesidad de que los animales domésticos duerman en otro lugar diferente a los ocupados por los miembros del hogar.¹⁷ En este sentido podemos señalar que existen en materia una gran cantidad de la población esperando procesos tanto hombres como mujeres veamos:

Hombres	12,648	7,057	19,705	64	36
Mujeres	826	267	1,903	76%	24%
Total	13,474	7,324	20,798	65%	35%

18

La imagen estadística ilustra la realidad de los centros penales, cuyos privados se encuentran en condiciones infrahumanas, debido a la sobrepoblación y a la imposibilidad de satisfacer sus necesidades mínimas de convivencia intramuros, resaltando la inexistencia de clasificación por delito, peligrosidad o reincidencia; así también, el alto número de personas no condenas que conviven con aquellas que lo han sido, lo que incide en la posibilidad de resocialización del delincuente. Si bien la Ley 55 de 2003 que reorganiza el Sistema Penitenciario creada con criterios de modernización y humanización en el trato del privado de libertad, es hoy por hoy letra muerta, porque no se cuentan con los recursos económicos para implementar todas las bondades abordadas en la ley, para garantizar las necesidades básicas de los privados, así como ejecutar los programas de resocialización.

Capítulo 4. Inteligencia artificial

La inteligencia artificial, ha desencadenado la cuarta revolución industrial que actualmente se encuentra viviendo el mundo. No existe certeza sobre la velocidad a la que se desarrolla la IA; sin embargo, esta se encuentra creciendo a pasos acelerados.¹⁹ Muchas veces hemos escuchado sobre la inteligencia artificial y lo vemos como algo lejano, pero no es así, la inteligencia artificial es algo

¹⁷ <https://dds.cepal.org/redesoc/publicacion?id=581>

¹⁸ <https://www.mingob.gob.pa/direccion-general-del-sistema-penitenciario/>

¹⁹ <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/download/5117/4930/>

novedoso que actualmente está funcionando, brindando mucho aporte y avances positivos a la humanidad, de allí su importancia. Estos avances hasta el ámbito científico y de las ciencias aplicadas, han sido posibles gracias a la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación. De hecho, a pesar de ser una especialidad muy reciente, ya es posible encontrar temas jurídicos que pueden ser resueltos con la ayuda de herramientas de inteligencia artificial.

El desarrollo de nuevos algoritmos permite por intermedio de la inteligencia artificial, realizar tareas más complejas que van desde preparar, explicar y ofrecer asesorías hasta brindar soluciones precisas sobre determinado problema o caso complejo. Como ejemplo, podemos mencionar el caso de una célebre oficina de abogados en Estados Unidos de Norteamérica (EUA), que en 2016 implementó un sistema de “abogado virtual”, mediante un software experto en escudriñar, en cuestión de minutos, precedentes sobre determinadas materias, y atender el caso concreto, proporcionándole a bufete la solución precisa. En el caso de Dubai (2016) se utilizan programas estadísticos para proyecciones²⁰. También, podemos mencionar a uno de los países más innovadores en IA, como lo es Estonia, quien desde 2014 implementó la IA para producir en la empresa el manejo de forma más remota, y cuya dirigente ha impulsado implementar la tecnología en todos los ámbitos gubernamentales, como en temas relativos a licencia de identidad e interconexión de base de datos.²¹ Por otra parte en el campo legal, se caracteriza por una amplitud analítica y comprensiva que puede facilitar desde la conclusión de casos complejos hasta el tedioso trabajo de un despacho de abogados, se puede definir como la parte orientada a resultados. En otras palabras, la IA no es más que describir e imitar aspectos de la inteligencia humana a través de procesos computacionales.

En concreto, estos aspectos incluyen el aprendizaje (obtención de información y reglas para utilizarla), el razonamiento (uso de reglas para llegar a conclusiones aproximadas o definitivas) y la autocorrección. Por eso que autores como Miguel Juliá Pijoan en su obra sobre Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada, señala: “...Un estudio ha concluido que poseer un volumen reducido de la amígdala es un factor de riesgo para el comportamiento violento futuro, puesto que está asociada al desarrollo de la agresión y de rasgos psicopáticos...”²², tomando como referencia lo anterior podríamos destacar que la aplicación de la IA al derecho tiene dos objetivos principales: Busca facilitar la

²⁰ <https://computerhoy.com/noticias/software/policia-dubai-estrena-software-prediccion-del-crimen-56068>

²¹ www.blog.lemontech.com

²² JULIÁ PIJOAN, Miguel. Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada, Editora Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 135.

accesibilidad a la información jurídica y pretende simplificar y automatizar todo o parte del proceso de razonamiento jurídico.

En la actualidad no existe ningún sistema capaz de resolver un problema jurídico de principio a fin, pero se está trabajando en el desarrollo de sistemas cada vez más sofisticados. En los últimos años se ha producido un gran avance en estas disciplinas, lo que ha provocado la creación de nuevas sub-disciplinas, como la ya conocida informática jurídica. En concreto, los avances se han orientado hacia varias áreas: Modelos para la argumentación y la toma de decisiones, clasificación y extracción de entidades a partir de textos jurídicos, extracción de información de textos jurídicos y creación y planificación de un sistema legislativo.²³

Se desarrollaron varios prototipos, pero sólo para dar solución a problemas únicos o para aplicarlo a una materia jurídica específica. A manera de aportar información en cuanto a la IA con base a experiencia de otro país podemos mencionar el caso de España donde se presentó un anteproyecto de Ley de Eficiencia Digital ofrecerá un marco jurídico de seguridad para la «transformación digital que está viviendo nuestro país, con menciones expresas a la automatización y a la inteligencia artificial, que devienen en un reparto de fondos a las Comunidades Autónomas para favorecer la cohesión social y territorial». Este busca llevar la Justicia en rumbo hacia la Inteligencia Artificial y la robotización.²⁴

4.1 Inteligencia artificial y derecho

La primera relación entre la inteligencia artificial y el derecho fue realizada por Buchanan y Headrick en 1970. Desde entonces, se han producido múltiples trabajos y análisis sobre esta especialidad. El objetivo principal, es proporcionar una herramienta para el análisis jurídico mediante el uso de técnicas de inteligencia artificial. Para ello, se están llevando a cabo diferentes investigaciones: sistemas expertos, procesamiento del lenguaje natural, bases de conocimiento o motores de búsqueda inteligentes; son algunos ejemplos que se desarrollan dentro de este campo.

Estos sistemas tienen su base en una combinación de tres elementos:

Reconocimiento del lenguaje natural, aplicando técnicas de reconocimiento de conceptos y expresiones jurídicas, gracias al uso de bases de datos de sinónimos (big data). Sistemas que codifican criterios que son relevantes en

²³ www.centroeticajudicial.org

²⁴ <https://confilegal.com/20220317-la-justicia-en-rumbo-hacia-la-inteligencia-artificial-y-la-robotizacion/>

la esfera jurídica, a través de los metadatos disponibles en la documentación aportada a la base de datos.

Anticipación de los resultados a través de sugerencias, que pueden ser depuradas y optimizadas gracias a la realización de búsquedas refinadas. Estos avances, que actualmente tienen un alto grado de optimización, permiten a los usuarios obtener información jurídica de forma eficaz. Aun así, todavía falta mucho para la creación de un sistema complejo que permita, a través de la introducción de información jurídica, obtener resultados con alternativas diversas, lógicas y relevantes.²⁵

4.2 ¿Jueces emocionales a la hora de decidir sobre medidas cautelares?

¿Hasta dónde influyen los sentimientos? Hasta qué punto se ve influenciado el juez por el entorno? ¿cuánto influye la presión de la familia de la víctima, la opinión pública, alguna situación parecida que el Juez haya experimentado? Teniendo en cuenta estos aspectos, se busca de la mano de la inteligencia artificial reducir ese margen de error del Juez como administrador de justicia y la influencia de los sentimientos a la hora de determinar la peligrosidad del acusado o la imposición de las medidas cautelares. Los procesos judiciales en su gran mayoría se han convertido en situaciones sistematizables y rutinarios, dado que se deben evacuar todas y cada una de las etapas que el estatuto procedimental estipula para no incurrir en violaciones al debido proceso, nulidades procesales y, demás yerros, lo que ha llevado a que los jueces sean mecánicos en una vasta proporción.

La doctrina española ha considerado que los jueces, por regla general, clasifican los procesos que deben decidir, y que, en muchas ocasiones sistematizan las sentencias, con el fin de facilitar su labor, es decir, copian motivaciones de casos análogos, para aplicarlas con las particularidades que el caso en cuestión posea y, luego puedan proceder a emitir el respectivo fallo. Algunas de las ventajas que nos ayudará a través de un software, es la automatización de los procesos y esto nos ahorraría tiempo efectivo de trabajo y energía como autoridades competentes, se simplificaría el trabajo y permitiría la eficiente y productividad dentro de los procesos. Debemos tener claro que la inteligencia artificial no pretende sustituir el trabajo humano, sino mejorar el sistema y garantizar soluciones eficientes a la hora de tomar una decisión dentro de las medidas cautelares. Mediante un software se garantiza un 95.9% de eficiencia al tomar la decisión de la medida cautelar, la susceptibilidad sería unos de los

²⁵ <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/17010/17557>

factores superados, ya que contaríamos con una máquina con un software programado, con técnicas precisas que aportarían información objetiva sobre las personas que se solicita la imposición de las medidas cautelares más severas.

4.3 ¿Qué Funciones Tendría La IA?

Estas IA tendrían varias funciones importantes:

Determinar mediante escalas numéricas el nivel de peligrosidad de los acusados: Se podría medir de 1 al 10 esto determinaría más que nada qué medida cautelar se le puede imponer al acusado midiendo su peligrosidad, trayendo como consecuencia una disminución de la población carcelaria, ya que muchos de los que están encarcelados no reúnen un alto nivel de peligrosidad y serían beneficiados con otras medidas menos severas.

La IA tendrá la capacidad de examinar bases de textos legales y jurisprudenciales: al disponer de información privilegiada de casos similares, así como de textos normativos, será más fácil establecer aunque sea indiciariamente la conducta tipifica, antijurídica, culpable; así como determinar por medio de los elementos de convicción la fortaleza de la causa en contra del investigado o la definición de la medida cautelar más consona a imponer, ayudando de esta manera no solo al juez en la toma de decisiones, sino al Fiscal y a la Defensa, al establecer la situación jurídica del procesado en la investigación. Ello se traduce en que los operadores del sistema o los intervinientes, podrán encargarse de otros asuntos de relevancia.

4.4 Sistema de inteligencia artificial: JELLYFISH

El software a quien llamaremos “JELLYFISH” será una herramienta de utilidad parcial que ayudará al juez a valorar los aspectos generales, así como abordar el análisis neurolingüística, psicológico, psiquiátrico y sociales del sujeto activo, que le permiten elegir la medida cautelar adecuada de acuerdo con los resultados obtenido por el software y de esta forma poder disminuir la detención provisional²⁶, introduciendo un elemento científico al momento de la valoración del riesgo y la peligrosidad del sujeto al cual se le intenta aplicar una medida cautelar.

En tal sentido, la primera circunstancia para considerar, por medio del software, es determinar la fortaleza de la investigación en contra de la persona,

²⁶ Martínez Bahena, Goretti Carolina (2013). La inteligencia artificial y su aplicación al campo del derecho, DF México, Editorial El Alegato

si se cuentan con los elementos suficientes para procesarlo, así como decidir sobre la medida cautelar más adecuada a los intereses del proceso, resguardando los derechos de los intervinientes, siempre a la luz de los Convenios y Tratados Internacionales que protegen a los sujetos procesales. Dentro de las ventajas, que se pretenden con este software es la automatización de los procesos y simplificando el trabajo que permitiría mayor eficiencia y productividad dentro de los procesos. Debemos tener claro que la inteligencia artificial no pretende sustituir el trabajo humano, sino mejorar el sistema y garantizar soluciones eficientes a la hora de tomar una decisión dentro de las medidas cautelares.

Este Software tendría capacidad para evaluar el comportamiento psicológico del imputado, mediante pruebas o exámenes para poder descartar o comprobar que existe o no una enfermedad mental de la mano de *“la neurociencia, que estudia el sistema nervioso, para comprender su funcionamiento y como regular las emociones, pensamientos, conductas y funciones corporales básicas”*²⁷.

Existen varios tipos de neurociencia, para la creación del software utilizaremos la neurociencia computacional, que *“es el puente que une las neurociencias con las ciencias de la computación. A través de técnicas psicofisiológicas y de neuroimagen, se puede obtener una importante información de cara al funcionamiento del Sistema Nervioso. En este punto, la Neurociencia Computacional se encarga de recoger y analizar esta información y hacer los modelos virtuales que emulen el funcionamiento del cerebro; El objeto es recrear estos circuitos para hacer modelos virtuales que hagan más eficientes y humanos a los robots, programas y sistemas informáticos y a toda clase de autómatas”*²⁸

La neurociencia computacional, además de ayudar a los psicólogos y médicos forenses en lo que es la evaluación de la actividad cerebral del imputado va a hacer más eficiente el Sistema de Inteligencia Artificial JELLYFISH (software). Los psiquiatras, médicos, psicólogos forenses y el resto del equipo de medicina legal serán los encargados de alimentar la información en el software, relativa al estado de salud física y mental del imputado, Igualmente, tomarán en cuenta ciertas condiciones sociales del individuo (actividad educativa, laboral, familiar).

En cuanto al examen de salud mental, se atenderá al comportamiento documentado del individuo mediante la neurociencia del comportamiento que, como rama de la neurociencia *“pretende responder por la naturaleza neurobiológica de los procesos psicológicos, brindándole un asiento físico a esos*

²⁷ Cfr. <https://espanol.nichd.nih.gov/salud/temas/neuro/informacion>

²⁸ <https://www.psicoactiva.com/blog/neurociencia-computacional/#:~:text=La%20Neurociencia%20Computacional%20ha%20ayudado,rover%20o%20los%20exploradores%20espaciales.>

procesos que durante años fueron tratados como si fueran de una naturaleza diferente". Carlson, en ese sentido, estudia los componentes neurológico, genético y molecular que explican el comportamiento normal y patológico²⁹.

Se va a incluir en el software, la información acreditada por el Ministerio Público en contra del imputado, además de las circunstancias en que se dio el hecho punible, información que estará disponible digitalmente para el departamento de Medicina Legal y Ciencias Forenses; emitiendo un concepto pericial que ayude al juez con base en este sistema científico la medida cautelar más consona a aplicar. En países como Argentina, España, México y Estados Unidos se están han utilizado diferentes gamas de software que, de la mano con la neurociencia computacional, realiza los procesos con celeridad.

Aunado a lo anteriormente expuesto, como complemento de la implementación practica de **JELLYFISH**, planteamos la utilización adicional de un sistema de brazaletes electrónico que contaría con un chip, tipo reloj convencional, altamente efectivo, para localizar a los investigados en tiempo real, que sustituirá el actual que se impone en el tobillo y es demasiado visible, para salvaguardar la dignidad del acusado y que pueda insertarse a la vida productiva cotidiana de mejor manera. El microchip tendrá la particularidad de mantener un control permanente con el sujeto, aun cuando se produzca la descarga de energía del brazaletes, pues seguirá emanando señal en tiempo para controlar su ubicación, recordando en todo momento que no se trata de un delincuente sino de un presunto culpable, debiendo considerarle como inocente durante la investigación y el proceso ³⁰, con este sistema evitaremos la manipulación por parte del poseedor de su posición real; ya que el software puede localizar el brazaletes aunque el mismo sea inutilizado.

4.6 Aplicación en panamá

En Panamá no hay un marco legal actualmente para la IA. En materia de brazaletes de monitoreo electrónico hemos tenido experiencia desde 2005, cuando se implementó un sistema de localización telemática para la ejecución de medidas cautelares y reclusión domiciliaria, bajo tutela del Ministerio Público dentro del anterior Sistema Inquisitivo Mixto. La Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos validó su utilización. Recientemente, en el 2021 la Dirección del Sistema Penitenciario evaluando que la población penitenciaria

²⁹ [https://digitk.areandina.edu.co/bitstream/handle/areandina/1706/RP_eje1.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Las%20neurociencias%20del%20comportamiento%20pretenden,diferente%20\(Carlson%2C%202014\)%20](https://digitk.areandina.edu.co/bitstream/handle/areandina/1706/RP_eje1.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Las%20neurociencias%20del%20comportamiento%20pretenden,diferente%20(Carlson%2C%202014)%20).

³⁰ <https://www.unodc.org/ji/es/knowledge-products/artificial-intelligence.html>

ascendía a 19,069 privados de libertad de los cuales 37% se encontraban en procesamiento³¹, promovió la implementación de esta medida, lo cual fue posible con fundamento en el numeral 9 del artículo 224 del Código Procesal Penal, que establece la colocación de localizadores electrónicos como medida cautelar personal, en ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 63 de 2008, que instituyó en la República de Panamá un nuevo modelo de enjuiciamiento penal más garantista. Si bien la Ley no define qué debemos entender por localizador o brazalete electrónico, conforme al Diccionario Panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española, podemos señalar que se trata de un “Instrumento electrónico que controla a distancia los movimientos del imputado, para garantizar el cumplimiento de las medidas cautelares personales diferentes de la prisión preventiva.”³²

Es así que, mediante la Resolución N°. 223 del 23 de diciembre de 2021, el Ministerio de Gobierno de Panamá implementó un sistema de monitoreo y localización para la ejecución de sentencias penales y cumplimiento de medidas cautelares, que es utilizado exclusivamente, por personas a quienes se les ordena una medida cautelar personal distinta a la detención provisional, como ocurre en los casos de personas con enfermedad grave, crónica o con discapacidad, debidamente acreditada por un médico; en mujeres embarazadas y madres lactantes, a quienes se le ordene un depósito domiciliario por delito que no sea altamente peligroso.

No obstante, si bien es cierto, que en Panamá es jurídicamente viable la utilización de brazaletes o localizadores electrónicos como una medida alterna a la prisión provisional, en el contexto de cualquier proceso, debido a que el Código Procesal Penal no establece restricción alguna en cuanto a conductas delictivas, en la práctica no se ha desarrollado el procedimiento ni se han ofrecido los recursos para que esta medida pueda ser aplicado en todos los delitos.

Puntualizamos que, si bien la legislación establece el marco para la utilización de los localizadores electrónicos, como medidas cautelares personales, medidas de protección o de monitoreo en la fase de cumplimiento, no se establece quiénes son elegibles, qué tipo de dispositivo se debe utilizar, ni cuál es el procedimiento para colocarlo o removerlo, entre otros temas importantes.

Como ya hemos mencionado, actualmente en nuestro país no existe una legislación específicamente diseñada para regular el uso de la IA. Más bien, los sistemas de IA se regulan por otras normativas existentes. Entre ellas, las leyes de protección de datos, de protección de los consumidores y de competencia en

³¹ <https://www.minl2obgob.pa/wpcontent/uploads/2021/10/PoblacionPenitenciaria-Cuadro Mensual Septiembre-2021.pdf>

³² https://dpei.rae.es/lema/brazalete_electr%C3%B3nico

el mercado. Sí se han aprobado proyectos de ley para regular ciertos sistemas específicos de IA. Por ejemplo, en Nueva York, es posible que próximamente las empresas tengan que revelar cuándo utilizan algoritmos para elegir a sus empleados y varias ciudades de Estados Unidos ya han prohibido el uso de tecnologías de reconocimiento facial. En la UE, la Ley de Servicios Digitales tendrá un impacto significativo en el uso por parte de las plataformas en línea de algoritmos que clasifican y moderan el contenido, predicen nuestras preferencias personales y, en última instancia, deciden lo que leemos y vemos, los también llamados algoritmos de moderación de contenido. Los gobiernos nacionales y municipales han comenzado a adoptar estrategias y a trabajar en nuevas leyes desde hace varios años, pero aún no se ha aprobado ninguna legislación.³³

Consideramos que la implementación del presente instrumento sustitutivo de la detención preventiva solo puede ser utilizado por personal autorizado que tendrá acceso a este software, es decir un ente neutral como lo es el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forense, los cuales solo emitirán esta evaluación a requerimiento del juez de la causa bajo examen manteniendo su confidencialidad y protección de las Garantías Fundamentales del procesado.

Conclusión

Para concluir, podemos deducir que a través de todo lo investigado, queda ilustrado sobre cómo se podría obtener la reducción del uso de la detención provisional con apoyo de la inteligencia artificial. Como ya sabemos la detención provisional es una medida cautelar personal, de carácter excepcional, misma que consiste en la privación temporal de la libertad. Cuando nos enfocamos en el artículo 241, este nos habla que toda persona imputada tiene derecho a presentar fianza de cárcel segura, para no ser detenida o después de serlo para obtener su libertad en el proceso. En pocas palabras, que la persona puede continuar el proceso y su vida, sin tener que estar en la cárcel. El juez de garantía o el tribunal de juicio determinará de acuerdo con las circunstancias o evidencias de cada proceso en particular. Por ello, cuando desglosamos el artículo 224 específicamente en el numeral 10, vemos que este es el cual nos habla de las medidas personales, menciona diez medidas cautelares, siendo la detención provisional la última medida, pero muchas veces es tomada como primera opción descartando las demás. En las cárceles e instituciones penitenciarias se vulneran los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, y es claro que el Estado ha dejado de lado aquellas garantías que nos merecemos como personas. Luego de tener conocimiento de los retrasos que

³³ <https://www.liberties.eu/es/stories/regulacion-ia/43740>

tiene Sistema Judicial en Panamá, debe ser de primera necesidad buscar los mecanismos para agilizar los Procedimientos Judiciales. Si bien es cierto vivimos en una nueva era llamada la “Era Digital”. Esta era se caracteriza principalmente en entregar casi todo al momento reducir casi por completo las demoras; he ahí donde la República de Panamá siendo un país que su Sistema Judicial se podría decir que colapsó, es necesario contar con esta tecnología para agilizar no solo los procesos, sino que también la mejora en la toma de decisión a la hora de tomar una medida cautelar y que se debe tomar a la persona que se le imputa un supuesto delito.

Es importante resaltar una de las preocupaciones es la falta de esperanza en las cárceles panameñas en brindar más garantías a los reclusos, pero la situación actual y real no ha mejorado y estos derechos siguen siendo vulnerados. En la actualidad, se cree que la solución está en manos de la Asamblea Legislativa (poder legislativo), quien puede optar por dictar normas que eximan de las leyes penales ciertas conductas, reduciendo así los índices de hacinamiento carcelario y, por ende, la violencia y la vulneración de los derechos fundamentales. Finalmente, es importante señalar que no todos los infractores tienen acceso a programas educativos o laborales que les permitan redimir sus penas y reintegrarse a la sociedad. Respetar los derechos fundamentales de los privados de libertad es actualmente un desafío para cada cárcel del país y de muchos países del continente americano. Desde allí se da la importancia de la investigación, a la que hay que seguir en constante y fuerte revisión de posiciones doctrinales e instituciones internacionales y nacionales en la protección de los derechos humanos.

Recomendaciones

Para que un país pueda entender que cumple el mandato del concierto de las naciones en materia de protección del cúmulo de convenciones e instrumentos internacionales tendientes a proteger la integridad de las personas como seres humanos que son y que se enfrentan a un proceso penal los estados deben en su derecho interno propiciar la vigencia de un estado constitucional de derecho, tal como lo plantea el maestro Ferrajoli, en su obra sobre garantismo; esto va a permitir la eliminación del Derecho Penal del enemigo y del Juez Hércules.

En la actualidad el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal enfrentan grandes retos frente a la globalización y es por esta razón que nos atrevimos en esta investigación proponer **“LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO PARA DISMINUIR LA EXCESIVA APLICACIÓN DE LA MEDIDA PROVISIONAL EN EL NUEVO SISTEMA ADVERSARIAL PANAMEÑO”**, lo que va imponer un gran acuerdo nacional donde se elimina

las publicaciones de odio y podamos regresar a todos los ciudadanos cada una de sus garantías que le permitan volver a creer en el “**DERECHO**”; ya que lo que se impone es la innovación de toda la estructura jurídico penal y de naturaleza procesal que permita a través de estas introducir e implementar esta software que proponemos, entendiendo la sociedad que en la medida en que los particulares se entiendan como parte de las decisiones judiciales esta adquieren mayor validez y a la vez integran a la sociedad en su conjunto en la solución del conflicto social al momento de que se vulnera un tipo penal; ya que será la sociedad sin la intervención de los factores reales de poder que genere la solución del gran problema de criminalidad que a todo nuestro pueblo nos agobia y esto lo planteamos de esta manera; ya que no son las normas las que cambian los pueblos son los sujetos de vivir en paz que cambian las normas.

Bibliografía

Libros

- Abogado investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional, Freiburg/Br. Doctor en derecho de la Universidad de Munich.
- Barragán, C. (2021) detención provisional o libertad bajo cautela aproximación a un derecho garantista y utilitarista. Sapientia, Órgano Judicial.
- Convención americana sobre derechos humanos (p. 6) Microsoft Word - Documento en Microsoft Internet Explorer (corteidh.or.cr)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador
- Buscador de Jurisprudencia (corteidh.or.cr)
- Dirección General del Sistema Penitenciario, historia Dirección General del Sistema Penitenciario – Ministerio de Gobierno (mingob.gob.pa)
- Gunther, Jakobs. La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2004.
- Habermas, Jürgen. Facticidad y Validez. Editorial Trotta, 1998.
- Martínez Bahena, Goretty Carolina (2013) la inteligencia artificial y su aplicación al campo del derecho, México, Editorial El Alegato.
- Mendoza, O. (2022) El metaverso y su relación con el derecho: ¿el futuro ha llegado! Revistas del IJ: Ignacio Trujillo Guerrero.
- Peña, B. (2021) Neurociencia computacional e inteligencia artificial Neurociencia computacional e inteligencia artificial - PsicoActiva.
- Porcell, K. (2017) Manual de seguimiento de medidas cautelares.

Redacción Confilegal (2022) La Justicia en rumbo hacia la Inteligencia Artificial y la robotización.

Sierra, Y. (2022) Software para empresas. UNESCO, OEI, Gobierno de España (2008) Educación en prisiones en Latinoamérica: derechos, libertad y ciudadanía. Regional. <https://www.liberties.eu/es/stories/regulacion-ia/43740>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Enemigo en el Derecho Penal. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2006.

Leyes

Código Procesal Penal de la República de Panamá.

Constitución Política de Panamá.

Internet

<https://www.unodc.org/ji/es/knowledge-products/artificial-intelligence.html>

<https://www.sistemapenitenciario.gob.pa/centros-penitenciarios/>

<https://dds.cepal.org/redesoc/publicacion?id=581>

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=275

<https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2017/07/Manual-de-Seguimiento-de-Medidas-Cautelares.pdf>

<https://app.vlex.com/#vid/314715642>

<https://revistasapientia.organojudicial.gob.pa/index.php/sapientia/article/view/197>

Datos tomados de Faúndez Ledesma, Héctor, Ob. cit., El sistema interamericano..., pp. 380-381.

INTIMIDAD GENÉTICA EN EL PROCESO PENAL

*Yehudit Nayara Casas Rodriguez, Liseth Dayana Rodriguez Vidarte,
Marly Dayana Palacio Moreno y Laura Valentina España Bonilla,*
Tutor: *Manuel Mauricio Moreno Villamizar*
Universidad Santo Tomas, Sede Villavicencio

Resumen

La ponencia aborda el derecho humano a la intimidad genética en el proceso penal. El análisis se hizo a través de problemáticas de casos ocurridos en otros ordenamientos jurídicos y su aplicación en el de Colombia. El derecho a la intimidad genética no ha sido estudiado de manera puntual en Colombia pero es posible extraer soluciones de la normatividad actual. En ese contexto se puede observar la necesidad de intervención de los jueces en actuaciones que involucren la toma de muestras o el manejo de información relacionada al ADN mediante ejercicios de ponderación de las necesidades de la investigación penal y los derechos fundamentales del procesado, dónde debe tenerse en cuenta la proporcionalidad y la dignidad humana como parámetros cuándo no exista regulación expresa.

Palabras clave: ADN, Derechos humanos, Intimidad genética, jueces, proceso penal.

Abstract

The paper addresses the human right to genetic privacy in criminal proceedings. The analysis was made through problems of cases that occurred in other legal systems and their application in that of Colombia. The right to genetic privacy has not been studied in a timely manner in Colombia, but it is possible to extract solutions from the current regulations. In this context, it is possible to observe the need for the intervention of judges in actions that involve taking samples or

handling information related to DNA through weighting exercises of the needs of the criminal investigation and the fundamental rights of the accused, where should be taken taking into account proportionality and human dignity as parameters when there is no express regulation.

Key words: DNA, Prior judicial control, Human rights, Genetic privacy, criminal process.

Introducción

A continuación se presenta un análisis de algunos casos o situaciones problemáticas que pueden presentar en el proceso penal con ocasión al derecho humano a la intimidad genética en el proceso penal. La intimidad genética es un derecho humano ligado a otras garantías como la intimidad y el *hábeas data*. No es una prerrogativa absoluta, pues encuentra su limitación en el marco de los procesos judiciales y aún más cuándo el punto de discusión se enfoca en el área penal. Al ser necesario establecer hasta qué punto es proporcional su restricción, el objetivo principal de esta ponencia es dar respuesta al siguiente interrogante: ¿Cuáles son los límites que tiene el proceso penal colombiano en el ámbito de la intimidad genética?

La importancia de este cuestionamiento está relacionado con la necesidad de examinar asuntos jurídicos de manera transversal a otras ciencias o disciplinas, en el caso concreto, asuntos biológicos. Hoy en día, el mundo del derecho evidencia el estudio de temas como la protección al medio ambiente, los derechos de los animales, la regulación de células sexuales congeladas, la discusión sobre el aborto, las armas biológicas, los derechos humanos. Temas que repercuten en el derecho constitucional, civil, administrativo, internacional y por supuesto penal. En ese sentido, reflexionar sobre Derechos Humanos y Proceso conlleva a hacerse preguntas acerca del papel del Estado Social de Derecho en los actos de investigación con fines penales y las implicaciones probatorias que acarrea.

Para dar respuesta al cuestionamiento que busca resolver esta ponencia se abordarán los siguientes temas (i) Derecho humano a la intimidad genética (ii) La intimidad genética en los actos de investigación: La muestra abandonada (iii) El artículo 245 del Código de Procedimiento Penal: El cotejo con otros bancos de información (iv) Un vistazo al futuro: La utilización de bancos de datos genéticos.

1. Derecho humano a la intimidad genética

Todo organismo, lo que incluye a los seres humanos, está compuesto por células. En el núcleo de cada célula humana hay alrededor de 3,6 metros de ADN (Ácido desoxirribonucleico), que se encuentra empaquetado en 46 cromosomas

gracias al superenrollamiento¹ Un gen es un segmento de ADN que influye en uno o más rasgos hereditarios de un individuo y puede denotar distintas versiones de sí mismo lo que se conoce como alelo.²

A raíz de la investigación, a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, del proyecto Genoma Humano la genética comenzó a cobrar importancia y generó la necesidad de tomar los derechos humanos como marco para su implementación en los ordenamientos jurídicos del mundo. En ese ámbito, la intimidad genética es un derecho humano. Varsi Rospigliosi la define como:

La facultad con la que cuenta el sujeto de derecho a fin de mantener su bioautonomía interna libre de intromisiones, restringiendo el acceso a la información que se desprenda de ella. Es un derecho básico que protege y respeta la intangibilidad de su patrimonio genético, ya que el genoma de cada individuo se diferencia de cualquier otro por su carácter estrictamente personal.³

La intimidad genética es un derecho humano. En primer lugar porque proviene de la intimidad y la autodeterminación informativa (Hábeas data). La intimidad figura de manera expresa en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴ y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ y en el artículo 15 de la Constitución de 1991. Prerrogativa que la Corte Constitucional ha entendido⁶ como un derecho de la personalidad, que pretende garantizar la paz y la tranquilidad para un desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, siendo un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable, irrenunciable e imprescriptible, del que disponen todas las personas y donde el titular es el único que posee la facultad de divulgar información de su esfera privada o disponer de ella.

La autodeterminación informativa al ser considerada una derivación del derecho a la intimidad tiene su mismo fundamento normativo nacional e inter-

¹ TYMOCZKO, John; BERG, Jeremy y STRYER Lubert. Biochemistry. A short course. New York: Reverté, 2014. p. 589.

² FREEMAN, Scott. Biología. Madrid: PEARSON EDUCACIÓN S.A.; 2009.p. 245.

³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. El derecho a la intimidad genética. De las escuchas telefónicas a la transparencia del gen. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Lima. 2002. Año 8. No. 42 p. 69.

⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) 1948. Artículo 12.

⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI). 1966. Art 17.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-414/92. 16 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Baron.

nacional. No obstante la Organización de Estados Americanos (OEA)⁷ ha instado a los países miembros a su regulación como derecho autónomo, estableciendo a través de los Estándares de Protección de Datos Personales los principios que deben enmarcar su sanción en el derecho interno. En sentencia T-552 de 1997 la Corte Constitucional referenció el hábeas data como un derecho diferente a la intimidad que facultad a todas las personas de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas⁸

De otra parte, la intimidad genética puede extraerse de lo consagrado en tratados internacionales como La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos junto con la Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos. Estos resaltan la importancia del genoma humano como base del reconocimiento de la dignidad y diversidad de la familia humana⁹ y de los datos genéticos porque pueden indicar predisposiciones genéticas, consecuencias para las familias y tener un significado desde el punto de vista cultural para las personas o grupos¹⁰ además de evitar que las personas sean discriminadas y reducidas a sus características genéticas.

En este punto cobra relevancia lo enunciado por Bergel en el sentido que:

Lo que les otorga el carácter de derechos humanos no es el hecho de su pertenencia a un determinado orden normativo. Más allá de la legitimidad jurídico-formal, debemos admitir la exigencia de otra legitimidad sustancial que deriva de la consideración que merecen los seres humanos por la sola y única circunstancia de compartir la pertenencia a un género común.¹¹

La intimidad genética debe ser reconocida y respetada bajo el entendido que su intromisión rompe con los cimientos del Estado Social de Derecho cuyo pilar se encuentra en la dignidad humana.

Ahora bien, el proceso penal es la serie de pasos mediante el cuál se busca determinar si una persona cometió una conducta típica, antijurídica y culpable

⁷ DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA OEA. Principios actualizados sobre la privacidad y la protección de datos personales. 2022., Washington DC.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA . Sentencia T-552 /1997. 30 de Octubre de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹ UNESCO. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Artículo 1°

¹⁰ UNESCO. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos. Artículo 4°. Literal c

¹¹ BERGEL, . El vínculo de la genética con los derechos humanos. En: Genética y Derechos humanos: encuentros y desencuentros. Buenos Aires: Paidós, 2012. pp. 43 11.

con el fin de asegurar la convivencia pacífica de todos los miembros de la sociedad. En ese contexto el ordenamiento jurídico permite la realización de actos que en otros escenarios procesales serían impensables como la captura, la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, la prohibición de enajenar bienes, las intervenciones corporales que aunque necesarias deben armonizarse con los criterios que el Código de Procedimiento Penal, la Constitución y los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia establecen para su validez.

Sin embargo, la tensión que puede ser ocasionada por el derecho a la intimidad genética no encuentra mayor regulación en el país en materia judicial ya que incluso la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos indica que sus disposiciones no son aplicables “cuando se trate de la investigación, el descubrimiento y el enjuiciamiento de delitos penales o de pruebas de determinación de parentesco, que estarán sujetos a la legislación interna que sea compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”¹² lo que deja a opinión del intérprete la solución pertinente. A diferencia de lo que se presenta en la Unión europea dónde sí se ha discutido ampliamente. Por ello, es importante reflexionar sobre ¿Qué problemas pueden presentarse? ¿Cómo pueden ser solucionados? ¿Cuál es la base de esa solución?

2. La intimidad genética en los actos de investigación:

La muestra abandonada

Imagínese el siguiente caso: Una persona está detenida en una estación de policía y escupe a los uniformados como forma de expresar su descontento o nerviosismo. Por efecto de la gravedad su saliva cae al suelo y es recogida por los agentes quienes luego la comparan con el ADN que el provocador de un incendio hasta ahora sin identificar dejó en un pasamontañas ubicado en la escena del delito. El resultado del análisis es que las dos muestras coinciden ¿Es posible utilizar esa información cómo prueba dentro del proceso penal?

Para abordar el cuestionamiento de la muestra de ADN abandonada es necesario primero hacer referencia a los actos de investigación en Colombia. Los actos de investigación son herramientas estratégicas y útiles que permiten recolectar medios probatorios con el objetivo de determinar una conducta punible, la responsabilidad de sus autores o partícipes, las circunstancias de la comisión del delito, embalar técnicamente elementos materiales probatorios y evidencia física e indicar demás elementos de conocimientos necesarios para analizar los factores que influyeron en su realización.

¹² Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos. Artículo 12.

En la etapa de indagación preliminar del sistema penal acusatorio, una vez se deriva el conocimiento de hechos que revisten las características de delictivos a través de la noticia criminal, la policía judicial reporta a la Fiscalía y rinde un informe ejecutivo. Una vez enterado del reporte de iniciación, el Fiscal delegado competente asume el control de la investigación y traza junto al equipo de trabajo el programa metodológico, el cual le va a permitir dar una delimitación de tareas para evaluar la información recolectada. Es posible realizarlos hasta la presentación del escrito de acusación que cierra la etapa de investigación y da paso al juzgamiento. También, en ejercicio del derecho de defensa, contradicción e igualdad de armas del sistema penal, la defensa técnica y material pueden realizarlos.

El Código de Procedimiento Penal clasifica los actos de investigación en (i) actos urgentes, que son actuaciones que por iniciativa propia realiza la policía judicial sin necesidad de la manifestación expresa de la fiscalía, debido a que se requiere la inmediata intervención por parte de las autoridades por su trascendencia y circunstancias especiales, como son la inspección al lugar de los hechos, inspección al cadáver, entrevistas, interrogatorios y situaciones de flagrancia, y los (ii) actos en sentido estricto, que son actuaciones que realiza la policía judicial en consecuencia de un fiscal, que a su vez pueden ser actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización delimitados en el Título I, Capítulo II de la Ley 906 del 2004 o actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización señalados en Título I, Capítulo III de la Ley 906 del 2004.

De manera más específica las intervenciones corporales son aquellos actos de investigación que abarcan medidas de inspección o tratamientos que recaen sobre el cuerpo humano vivo, en el que se incluye el registro externo del cuerpo en sus cavidades naturales o debajo de la piel o en la psiquis, es decir, el reconocimiento físico interno del individuo. El Código de Procedimiento Penal consagra el registro personal, la inspección corporal, Exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado (Artículo 245 CPP) y la obtención de muestras que involucren al imputado. (Artículo 249 CPP)

El alcance de los exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado fue estudiado por la Corte Constitucional Sentencia C-334-10:

Distinto es el caso del inciso 1° del art. 245 CPP, donde la policía judicial se halla en el lugar de los hechos y allí encuentra, por ejemplo, fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio, a los cuales puede practicarles examen de ADN, a fin de determinar datos como la raza, el tipo de sangre, la huella dactilar genética. Porque en esta circunstancia el no actuar con la prontitud que justifica las actuaciones sin autorización judicial, aún sin afectar derechos fundamentales imputables subjetivamente, supondría perder la evidencia o el elemento probatorio determinante para la

identificación del o los autores del delito, o de personas relacionadas con él, portadoras de información valiosa para el esclarecimiento de lo sucedido.¹³

Por su parte el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal regula ciertas muestras que incumben al imputado, como toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, con el fin de encontrar elementos materiales probatorios y evidencia física que son provenientes de su cuerpo. La obtención de esa muestra requiere autorización previa del juez de control de garantías quien ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales de acuerdo a la urgencia con el examen de proporcionalidad, asegurando que el procedimiento se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado. El examen abstracto de esa proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, entre otros factores:

(1) La gravedad del delito, (2) la importancia del bien jurídico tutelado, (3) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas en que se identifique a los responsables de un hecho delictivo, el que se negara la obtención de muestras que involucren al imputado; (4) el valor probatorio de la evidencia material de la muestra a la luz del programa de investigación y, por el otro, (5) el grado de incidencia de la medida en los derechos del imputado y (6) las condiciones personales del mismo¹⁴.

No obstante, el supuesto de la muestra abandonada no encaja en la normatividad existente. De hecho el único pronunciamiento jurisprudencial sobre la muestra subrepticia fue realizado por la Corte Constitucional en un caso de filiación y la realización de los exámenes de ADN en menores de edad:

A criterio de la Corporación, en caso de que el examen sea realizado a un menor, para que la obtención de la prueba antropológico-biológica sea válida, se requieren otras garantías. A saber, que ésta se realice (i) con la presencia o autorización de la madre, del padre o de quien esté ejerciendo la patria potestad, (ii) con la asistencia del presunto padre o madre, (iii) con el pleno conocimiento y comprensión del alcance y finalidad del examen por parte del hijo, en la medida en que éste tenga capacidad para esto, y (iv) con ausencia de engaño o coerción al menor. En caso de que la prueba sea obtenida de forma subrepticia será nula de pleno derecho, según lo indicado en el artículo 29 C.P.¹⁵

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-344/ 2010. 12 de Mayo de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-822/ 2005. 10 de agosto de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-363/03. 8 de mayo de 2003 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Aunque refiere que es una prueba ilícita justifica, los criterios de rechazo son por la transparencia del proceso y evitar problemas psicológicos al menor expuesto a una toma de sangre sin su consentimiento así que en la práctica tampoco se puede hallar una opinión certera de las Altas Cortes del tema.

En España, en cambio, sí ha habido controversia en ese aspecto ya que el caso comentado líneas atrás le ocurrió dos veces a la misma persona en dos procesos penales distintos y se le conoció como “El caso del escupitajo”. Los dos procesos penales llegaron al Tribunal Supremo Español con el objetivo de determinar si la prueba era lícita o no. En la primera sentencia, Sentencia 501/2005, la prueba fue considerada ilícita pues su obtención produjo con la vulneración de las garantías fundamentales del procesado mientras que en la segunda, Sentencia 1311/2005, se avaló la prueba aduciendo que el abandono voluntario del material genético facultaba a la policía a recogerlo. Al ser las dos decisiones tan contradictorias, el abogado del procesado interpuso recurso de amparo (Muy similar a la acción de tutela en Colombia) en contra de la sentencia que favorecía a su defendido, de modo que el caso llegó al Tribunal Constitucional quién recogió la determinación final en la sentencia STS 199/2013 que según Mardaras Aginako¹⁶ avaló la segunda postura y permitió en España la utilización de la muestra subrepticia.

En Colombia esta interpretación no podría ser aceptada. La muestra subrepticia constituye una prueba ilícita. El hecho que no ocurra una vulneración a la intimidad corporal para extraer la muestra no significa que la obtención de esta por otros medios sea válida porque la protege el aspecto objetivo de la intimidad genética que corresponde a la manera en que se accede al material biológico que contiene el ADN.

Para llegar a la conclusión que la muestra abandonada no puede ser usada bajo ninguna circunstancia como prueba lícita debe indagarse ¿Qué justifica su uso? Si se conoce la identidad de las personas que posiblemente han cometido la conducta lo primero es solicitarles que voluntariamente se sometan al examen, en caso que no se cuente con dicho consentimiento mediante motivos fundados se debe realizar la imputación y proceder acorde al artículo 249, es decir, que el fiscal solicite audiencia con el juez con función de control de garantías exprese porque considera debe practicarse y en caso que así lo estime el juez proceder a su ejecución.

En aquellas situaciones en que no se conoce la identidad de la persona que ha cometido una conducta punible la utilización de la muestra abandonada implica los testeos masivos de lo que las persona en su día a día dejan como rastro de

¹⁶ MARDARAS AGINAKO, Aintzane. La toma subrepticia de muestras de ADN por la policía comentario de la STC 199/2013, de 5 de diciembre. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid.año 35. n 105. pp. 285-313.

ADN como en vasos, botellas, cubiertos, colillas de cigarrillos, lapiceros, gasas. Estrategias que riñen con la visión de un Estado Social de Derecho, con el principio del derecho penal de acto y no autor.

De lo anterior también se puede comentar que la alternativa de aceptar la muestra de ADN abandonada mediante una autorización previa o posterior del juez con función de control de garantías de manera previa que así lo avale carece de sentido. Si el ordenamiento jurídico permite que aún en contra de la voluntad de una persona se tome de manera directa la muestra de ADN en unas condiciones específicas que garantizan la dignidad y el derecho de defensa ¿Por qué habría de autorizarse recolectarla cuándo la persona no es consciente de ello y no puede ejercer las prerrogativas reconocidas a su favor al realizar actos de investigación de esa naturaleza?

Ahora bien, si en un caso es utilizada la prueba subrepticia que se ha argumentado en líneas anteriores es una prueba ilícita ¿Cuáles serían las consecuencias procesales de dicha afirmación? Para responder a ello en primer lugar, es imperativo desarrollar el concepto de prueba ilícita. De manera simple su definición e implicaciones yace en el artículo 29 de la Constitución y 23 del Código de Procedimiento Penal: Es aquella prueba obtenida con violación de garantías fundamentales- debido proceso precisa la Constitución- que es nula de pleno derecho y en consecuencia excluida del proceso. En algunas ocasiones puede producir la nulidad de toda la actuación procesal:

(...) Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitir a un juez distinto.¹⁷

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-591-05. 9 de junio de 2005 M. P. Clara Ines Vargas Hernández.

¿Qué se puede extraer de esto? Que si el juez de conocimiento nota que dentro de los elementos materiales probatorios hay una muestra subrepticia debe excluirla, pero esto no obsta para que el proceso en su totalidad sea declarado nulo porque la Corte Constitucional la ha circunscrito a circunstancias muy específicas dentro de las cuáles no encaja la afectación a la intimidad genética. Algo que debería evaluarse, a propósito del apartado jurisprudencial expuesto, es lo relacionado con el cambio de juez dado que su imparcialidad dependiendo de en qué momento se de la exclusión se podría ver afectada. No es lo mismo excluir un elemento material probatorio solicitado por la fiscalía y en ejercicio de su derecho de contradicción la defensa aducido como ilícito en la audiencia preparatoria —concentrada si se tramita por procedimiento abreviado— cuándo el juez sólo conoce el elemento de nombre a cuándo en el momento de la práctica en sede de Juicio Oral el juez nota al escuchar por ejemplo los testimonios de quienes la recogieron o el perito que realizó el estudio correspondiente en qué circunstancias realmente se dió el cotejo de las muestras. Puede que el juez declare excluido el medio probatorio ¿Pero en su psiquis continúa siendo objetivo respecto a los hechos del caso?

Una aclaración pertinente es que no se protege únicamente al procesado, la cobertura se extiende a la víctima y toda persona que por una u otra razón está relacionada al proceso. Así, aunque la defensa también tiene la facultad de recolectar evidencia no tiene la potestad de vulnerar la intimidad genética de otros.

En síntesis de este apartado, uno de los límites del proceso penal colombiano en relación a la intimidad genética es la imposibilidad de utilizar la muestra de ADN abandonada o subrepticia como prueba y que en caso de ser utilizada debe ser excluida por el juez de conocimiento por constituir una prueba ilícita.

3. El artículo 245 del Código de Procedimiento Penal: El cotejo con otros bancos de información

Desde hace algún tiempo las pruebas de ADN caseras han permitido a las personas conocer de qué región del mundo provienen sus antepasados o les plantea la posibilidad de encontrar a sus familiares biológicos de los cuáles quizá no tienen razón.¹⁸ Una práctica que en principio parece alejada de un acto de investigación penal generó reflexiones en torno a cómo un pariente consanguíneo puede terminar incriminando a otro.

¹⁸ REDACCIÓN BBC NEWS MUNDO. Cómo funcionan las pruebas de ADN que prometen revelar quiénes fueron tus ancestros. [En línea]. 29 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46646980>

En las décadas de 1970 y 1980 el Estado de California en Estados Unidos se vió azotado por una serie de violaciones, asesinatos y hurtos. Por la evidencia recolectada en las escenas del crimen se pudo identificar que una sola persona había sido responsable de esos hechos “El asesino de Golden State” quién terminó siendo capturado en 2018 porque la muestra de la evidencia coincidía con la de un familiar suyo que había utilizado el servicio de genealogía de GEDmatch. Esto le permitió a la policía centrar sus investigaciones en un grupo concreto y ubicarlo casi 40 años después.

Al estudiar este caso Ram¹⁹ remarca la necesidad de evaluar la expectativa de privacidad que se genera cuándo una persona entrega voluntariamente sus datos genéticos a un tercero con un fin específico y esta información termina siendo requerida para una investigación de carácter penal en analogía a propósito de la decisión *Carpenter vs. Estados Unidos* en la que la Corte Suprema de ese país determinó que la información suministrada a un tercero- En ese asunto el historial de llamadas- estaba protegida por la cuarta enmienda de la Constitución Americana y por tal motivo requería orden judicial para requerir con fines judiciales.

En ese sentido, ¿Es posible utilizar información genética entregada voluntariamente a un tercero con determinados fines como prueba en el proceso penal colombiano? Quizá este punto es uno de los pocos analizados por las Altas Cortes que tiene relación directa con la intimidad genética mediante la ya mencionada sentencia C-344-2010. La decisión fue con ocasión a la acción pública de inconstitucionalidad incoada por un ciudadano en contra del artículo 245 del Código de Procedimiento Penal en su inciso segundo expresa:²⁰

Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal y material.

El actor reclamó la inconstitucionalidad del inciso por la vulneración de lo preceptuado en el numeral tercero del artículo 250 de la Carta Política que exige autorización judicial previa para las actuaciones que impliquen afectación de derechos fundamentales de la Carta Política. Esto dada la especial protección que

¹⁹ RAM, Natalie. Genetic Privacy after Carpenter. En: Virginia Law Review. Charlottesville. 2019. Vol. 105, No. 7. p. 1366.

²⁰ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2004. No.45.658 Artículo 245.

tiene la información sensible relacionada a la salud de las personas relacionado con el núcleo esencial del derecho a la intimidad conforme a la ley de Hábeas Data, la ética médica y la importancia de la custodia de las historias clínicas.

Al repasar la naturaleza y alcance de dicha disposición la Sala explica que dicho acceso:

Representa una injerencia inequívoca en la autodeterminación informativa de aquél como titular de los datos personales de carácter genético que se encuentran en la muestra, al ser por demás el único legitimado para autorizar su circulación o empleo. Y en línea con lo anterior, también trasluce potencialmente limitación de su libertad negocial y de derechos fundamentales que con su ejercicio se procure realizar. Otro tanto se puede manifestar, con relación a los miembros de la familia del indiciado o imputado, quienes a pesar de no tener poder de disposición *prima facie* de la información genética de aquél, en todo caso pueden sufrir las consecuencias del uso indebido que se dé a la muestra en cuanto tal y a los resultados del cotejo. Todo ello con afectación de su parte en el derecho de autodeterminación informativa, así como de otros derechos relacionados con la salud, la reproducción, etc., a los que atrás se ha aludido.²¹

Por lo que la autorización judicial previa es el control idóneo para garantizar las prerrogativas reconocidas de los sujetos involucrados en las muestras, además que por sí misma no se presenta como un obstáculo para la investigación en general pues no existe la posibilidad que esta desaparezca como si ocurriría si se mantiene en la escena del crimen dónde la urgencia de su recolección para asegurar la cadena de custodia dista del medio seguro dónde se encuentra la muestra biológica que hace referencia el inciso segundo del artículo 245. Pero esa actuación del juez con función de control de garantías no puede ser de mero trámite sino que debe estar según la Corte acorde a las exigencias de la C-822 de 2005 respecto al juicio de proporcionalidad que evalúa la finalidad de la solicitud, su pertinencia, idoneidad para lograr ponderar los derechos con la investigación.

De esta forma lo que se busca es un juez con función de control de garantías activo e indica la importancia de la intimidad genética como derecho humano que debe ser tenido en cuenta por los funcionarios judiciales. Si para obtener la muestra de ADN se requiere autorización judicial previa y para utilizar la información de un banco de datos externos también, que un juez no tenga presente el concepto, alcance, limitaciones traduce en que el control pierde efectividad y queda en una verificación de papel.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL.C-344-10. Op. cit.

En resumen, se reconoce que la Fiscalía General de la Nación tiene como limitante la autorización del juez con función de control de garantías para utilizar la información almacenada por parte de un tercero para determinado fin en aras de realizar el cotejo.

4. Un vistazo al futuro: La utilización de bancos de datos genéticos

Los bancos de datos genéticos con fines penales son herramientas en las cuáles se almacena el ADN obtenido en una investigación previa de una persona identificable con el fin de ser comparada con otra muestra obtenida en una investigación posterior para determinar si coinciden o no. Su uso está ampliamente extendido por el mundo, por ejemplo, puede destacarse la Recomendación (92) del Comité de Ministros del Consejo de Europa²² que instó a los Estados a implementar su uso y compartir con otros la información obtenida o la Convención de Prüm²³ que busca la cooperación de los Estados miembros de la Unión Europea que quieran adherirse a través del intercambio de información. También podemos citar los casos específicos Argentina, Brasil, Chile, Canadá, España, Francia, México, Perú, Puerto Rico, Reino Unido y Uruguay.²⁴

Colombia no ha sido ajena a esta institución y en razón de su creciente popularidad han existido varias iniciativas legislativas acerca de su creación. El primero fue el Proyecto de Ley Estatutaria 044 de 2017 que pretendía uno vinculado a la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, pero recibió concepto desfavorable del Consejo de Política Criminal porque para este era inconveniente la limitación de conductas punibles, consideraba que el tiempo del registro debía de ser de alrededor de 60 años, no 40, no estaban de acuerdo con la prohibición absoluta del uso de ADN para fines distintos a los establecidos en la norma, la política de reserva de datos frente a los servidores públicos y otros como la regulación técnica, la

²² COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA. Recomendación (92) 1. Sobre la utilización de los resultados de análisis ADN en el marco del sistema de justicia penal. 10 de febrero de 1992.

²³ CONVENCION DE PRÜM. Convención entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de Holanda y la República de Austria sobre la intensificación de cooperación transfronteriza, en particular en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. 27 de mayo de 2005.

²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE LA NACIÓN. Legislación Extranjera. Banco de Datos Genéticos. En: Dossier Legislativo. Buenos Aires. Año 1. n. 14.

acreditación de los laboratorios, el contenido de los registros, la logística del programa, el presupuesto, en consecuencia terminó archivado. Otro proyecto fue el 326/2020C radicado en la Cámara de Representantes de manera similar, pero con un enfoque más amplio al incluir los delitos de alto impacto, corriendo con la misma suerte de su antecesor.

Sin embargo, a efectos de una reflexión a futuro es posible afirmar que los Bancos de Datos Genéticos algún día se implementarán en Colombia por lo que su análisis resulta relevante. Los bancos causan polémica desde su efectividad, su naturaleza como herramienta populista, el hecho que perpetúa la noción del derecho penal de autor y de la tensión que va a producir con la intimidad surgen cuestionamientos acerca de ¿Quiénes estarán ingresados en dichos bancos? ¿Quién tendrá acceso a esos datos genéticos? ¿Cómo podrán usarse y bajo qué condiciones? ¿Ocurrirán situaciones de discriminación por estar allí o estar relacionado con alguien que esté allí? No obstante, esas discusiones desfasan el interrogante central que puede acaecer en un proceso penal ¿Es posible utilizar la información genética obtenida en un procedimiento para la investigación de otro como resultado de la existencia de los bancos de datos genéticos? En este punto entra en juego la autodeterminación informativa, la parte subjetiva de la intimidad genética.

En Estados Unidos se ha discutido ampliamente acerca de la colisión entre la cuarta enmienda de la constitución, derecho a la intimidad, con los perfiles genéticos creados en el Combined DNA Index System (CODIS) del gobierno. Sobre este tema Kimel ha concluido que las personas tienen una expectativa razonable de privacidad una vez que la investigación sobre ellos ha concluido y la policía no tiene la potestad de revisar nuevamente esos datos en futuras investigaciones, además que:

Las búsquedas en bases de datos de ADN no son razonables, ya que actualmente se llevan a cabo porque carecen de sospecha individualizada y autorización de garantía y porque se parecen mucho a las búsquedas informáticas de autorización general, tiene más argumentó que los procedimientos de búsqueda por computadora sugieren una alternativa constitucionalmente preferible porque esos procedimientos se desarrollaron para protegerse contra el mismo tipo de peligro que plantean las búsquedas de bases de datos de ADN sin restricciones y porque reconocen expectativas razonables continuas de privacidad después de una incautación del gobierno.²⁵

Se esté de acuerdo o en desacuerdo con el uso de las bases de datos de ADN no cambia el hecho que los derechos no son absolutos y los Estados en el

²⁵ KIMEL, Catherine W. DNA Profiles, Computer Searches, and the Fourth Amendment. En: Duke Law Journal. Durham. 2013. Vol. 62. n. 4. p. 972.

marco del proceso penal tienen la potestad de limitarlos. ¿Afecta el derecho a la intimidad genética la presencia del ADN de una persona en un banco de datos genéticos? En efecto, pero es una restricción en que la persona se subordina a la búsqueda de la verdad material, a los intereses y el bien común del resto de la sociedad como una herramienta de política criminal más. Es decir, sería admisible que el cotejo de muestras de ADN recolectadas en bancos de datos genéticos y la construcciones de perfiles derivadas de ellas se utilice como prueba en el proceso penal.

De este tema hay lugar a estudiar dos aspectos procesales. El primero está orientado a que si se implementan los bancos de datos genéticos debe plantearse el control judicial previo de la misma manera que en el caso de los bancos de datos administrados por terceros para fines distintos a la investigación penal que a su vez como se vió tiene su origen en el numeral tercero del artículo 250 de la Constitución. ¿Qué es lo que se busca? Que los perfiles genéticos incorporados tengan un uso ponderado que evite situaciones de discriminación genética, porque siempre debe reiterarse: La intimidad genética no solo protege a alguien individualmente considerado sino a toda persona que este vinculada consanguíneamente con ese alguien.

Ahora bien, esa utilización podría verse afectada si la muestra “base” que se encuentra en el banco de datos genéticos fue obtenida de forma ilícita o ilegal. Como se estableció en el párrafo anterior, el Estado limita en su uso el derecho a la intimidad genética y está facultado para ello pero si la prueba de la que proviene es nula de pleno derecho no puede ser usada en dicho análisis porque conlleva a que la actuación se extendiera en ilícita dentro del proceso. Es entonces necesario traer a colación el tema de la teoría de los frutos del árbol envenenado. Medina Rico evidencia que:

Cuando se habla de la teoría del árbol envenenado o de la teoría del fruto del árbol ponzoñoso se trae a colación la sentencia *Nardone vs. Estados Unidos*, que data de 1939. En ella se afirma no solo que debe excluirse la prueba obtenida de manera ilícita sino que esta permea de ilicitud las pruebas de ella derivadas. Tal teoría se construye haciendo un símil con un árbol envenenado cuyos contenidos contienen veneno o serán ponzoñosos frutos también.

Ahora bien, existirán supuestos donde la prueba derivada de la ilícita no se permee de ilicitud. Es el caso de aquellas pruebas sobre las que pesa el vínculo atenuado, la fuente independiente (ambas tratadas en la sentencia *Nardone* ya mencionada), el descubrimiento inevitable (que se esbozó en la sentencia *Nix vs. Williams*, de 1984)²⁶

²⁶ MEDINA RICO, Ricardo Hernán. Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico-práctico en derecho comparado. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2017. p. 39.

Esta postura ha sido acogida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que ha resaltado:

Así, no queda duda que la ilicitud de la prueba contamina a las que se deriven de ella, esto es, aquellas que tienen su fuente en una que constitucional o legalmente no es válida, sin embargo, conforme con criterios basados en la jurisprudencia anglosajona de la «Teoría de los frutos del árbol envenenado», (*fruit of the poisonous tree doctrine*), paulatinamente se han establecido excepciones al principio de excluir la prueba ilícita en sí misma a fin de admitir la validez de la que se deriva de ella.

La salvedad se funda al escindir un nexo fáctico y uno jurídico entre la prueba principal y la refleja o derivada para tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de: (i) una *fuentes independiente (independent source)*, es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o tiene un *vínculo atenuado (purged taint)* con la principal; o (iii) se trata de un *descubrimiento inevitable (inevitable discovery)*, en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho. También se habla de otros criterios como el de la *buenafé en la actuación policial* y el *acto de voluntad libre* cuando la persona asienta la práctica de la prueba.²⁷

Aunque es aceptable eventualmente la utilización de perfiles genéticos fruto de bases de datos hechas por el Estado para tal fin, estaría sometido a la reglas que todo elemento material probatorio debe seguir para ser incorporado válidamente en un proceso penal y este es otro límite se tendría en la actuación.

Por último, llega a ser lo relacionado con la permanencia de la muestra de ADN en el Banco de Datos Genéticos también llega a ser un factor problemático cuándo la persona de la que proviene la muestra ha sido declarada absuelta o quién ya haya cumplido su pena. La intimidad genética de quién no ha cometido una conducta punible o quién fungió cómo mero sospechoso en el desarrollo del programa metodológico del Fiscal que dirigió el caso no tiene razón de estar limitada en razón a un proceso que no prosperó en su contra. De hecho, Reveron²⁸ estudia a profundidad un caso de estos abortado por el Tribunal De Derechos Humanos de Europa (S. y Marper contra Estados Unidos) en que los demandantes, uno absuelto mientras que el otro con su caso archivado,

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 8473-2014. 2 de julio de 2014. MP: Eugenio Fernandez Carlier.

²⁸ REVERON PALENZUELA, Benito. El régimen jurídico de la conservación de datos sobre identificadores obtenidos a partir del análisis de ADN, a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (asunto S. y Marper c. Reino Unido). En: Revista de Derecho y Genoma Humano. Tenerife. 2009 n. 30.

solicitaron a la policía que borrara sus muestras de ADN lo que fue negado por autoridades de diversa índole en Reino Unido. En ese contexto, el Tribunal advierte que el gobierno tiene la capacidad de acceder a aspectos muy personales de un individuo mediante el ADN y la elaboración del perfil genético lo que constituye un atentado contra la vida privada que en principio está justificado por la necesidad de prevención de las infracciones penales y por la regulación interna existente, pero aún así resulta desequilibrado cuándo las personas que no trascienden de sospechosas debe afrontar esa carga. Por otro lado, quién ha cumplido la pena impuesta abre el debate de ¿Hasta cuándo es razonable mantener en los bancos de datos la información de las personas?

5. Conclusiones

La intimidad genética es un derecho humano que proviene del derecho a la intimidad y de la autodeterminación informativa (Habeas Data) además se puede extraer de instrumentos internacionales que tratan acerca del Genoma Humano. El proceso penal en su desarrollo como instrumento para garantizar la paz y la convivencia social está facultado para imponer unas restricciones a los derechos fundamentales, facultad que no es absoluta. La intimidad genética a pesar de su importancia al ligar al individuo, su familia y grupo consanguíneo no ha sido estudiada en suficiencia en Colombia con una mínima referencia en el tema a nivel doctrinal y jurisprudencial no sé han establecido suficientes parámetros.

Aún así es posible confrontar el ordenamiento jurídico colombiano a fin de determinar ciertos límites en actos de investigación que involucren la intimidad genética gracias a la cláusula de exclusión que se encuentra en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal. El primer límite se establece en la necesidad de autorización previa por el juez con función de control de garantías para extraer la muestra de ADN del imputado conforme al artículo 249 del código de Procedimiento Penal en presencia del defensor y en un ambiente digno. El segundo está orientado a la imposibilidad de utilizar la muestra de ADN abandonada, aquel rastro genético dejado voluntariamente por una persona en su diario vivir, por vulnerar el aspecto objetivo de la intimidad genética. El tercero hace referencia a la obligatoriedad de la autorización judicial previa para la utilización de las muestras de ADN que reposan en bases o bancos de terceros incorporados allí con fines distintos de la investigación penal. El cuarto, que aún en el futuro a la vista de la implementación de bancos de datos genéticos también debe tener el cotejo de perfiles genéticos no puede tener como base una muestra obtenida de manera ilícita porque viciaría la prueba obtenida de dicha comparación.

En general, lo que se puede observar es el papel fundamental de los jueces, ya sea en su función de control de garantías o de conocimiento en la protección de los derechos fundamentales. No se trata de restringir la investigación penal, de obstaculizar la labor que los fiscales realizan en Colombia o recaer en un garantismo sin fundamento. Se trata de un ejercicio analítico en que los derechos humanos son integrados a la práctica del proceso penal más allá de su concepto o la conciencia que existen.

Es indispensable que los organismos de cierre, bien sea la Corte Constitucional o la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia analicen estas y otras situaciones que sobrepasen los debates tradicionales de los Derechos Humanos en el proceso penal. Debe invitarse también a la academia para que continúe con la investigación de esta temática pues es en estos espacios de discusión donde nacen las líneas argumentativas que se pueden convertir en criterios orientadores para iniciativas legislativas o decisiones jurisprudenciales.

Bibliografía

- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos [en línea]. Resolución 217 A (III). 10 de diciembre de 1948 [Consultado: 16 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. [Consultado: 16 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>
- BERGEL. El vínculo de la genética con los derechos humanos. En: PENCHAS-ZADEH, Victor. Genética y Derechos humanos: encuentros y desencuentros. 1 ed. Buenos Aires Paidós, 2012. ISBN: 9789501245691.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE LA NACIÓN. Legislación Extranjera. Banco de Datos Genéticos. En: Dossier Legislativo. Junio, 2013. Buenos Aires. Año 1. n. 14. Disponible en: <https://bcn.gob.ar/la-biblioteca/publicaciones/dossiers>
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2004. No.45.658. Artículo 245. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA. Recomendación (92) 1. Sobre la utilización de los resultados de análisis ADN en el marco del sistema de justicia penal. 10 de febrero de 1992.

CONVENCIÓN DE PRÜM. Convención entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de Holanda y la República de Austria sobre la intensificación de cooperación transfronteriza, en particular en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. 27 de mayo de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-414/92. 16 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Baron. En: Relatoría de la Corte Constitucional. [Consultado: 9 de abril de 2022] Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-414-92.htm#_ftn3

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-363/03. 8 de mayo de 2003 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En: Relatoría de la Corte Constitucional. [Consultado: 20 de julio de 2022] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-363-03.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-552 /1997. 30 de Octubre de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En: Relatoría de la Corte Constitucional. [Consultado: 13 de abril de 2022] Disponible: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-552-97.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-591-05. 9 de junio de 2005 M. P. Clara Ines Vargas Hernández. En: Relatoría de la Corte Constitucional. [Consultado: 10 de agosto de 2022] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-591-05.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-344/ 2010. 12 de Mayo de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En: Relatoría de la Corte Constitucional. [Consultado: 28 de julio de 2022] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-334-10.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-822/ 2005. 10 de agosto de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En: Relatoría de la Corte Constitucional. [Consultado: 15 de julio de 2022] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-822-05.htm>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 8473-2014. 2 de julio de 2014. MP: Eugenio Fernandez Carlier.

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA OEA. Principios actualizados sobre la privacidad y la protección de datos personales. 2022. Washington DC: OEA. p. 97. ISBN 978-0-8270-7414-9

FREEMAN, Scott. Biología. 2 ed. Madrid: PEARSON EDUCACIÓN. 2009. p. 1392. ISBN: 9788478290987

- KIMEL, Catherine W. DNA Profiles, Computer Searches, and the Fourth Amendment. En: *Duke Law Journal*. Durham. 2013. Vol. 62. n. 4. pp. 933-973. Disponible en: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol62/iss4/2/>
- MARDARAS AGINAKO, Aintzane. La toma subrepticia de muestras de ADN por la policía comentario de la STC 199/2013, de 5 de diciembre. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Septiembre-diciembre, 2015. Año 35. no. 105. pp. 285-313. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/411438>
- RAM, Natalie. Genetic Privacy after Carpenter. En: *Virginia Law Review*. Noviembre, 2019. Vol. 105. No. 7. pp. 1357-1425
- REDACCIÓN BBC NEWS MUNDO. Cómo funcionan las pruebas de ADN que prometen revelar quiénes fueron tus ancestros. [En línea]. 29 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46646980>
- REVERON PALENZUELA, Benito. El régimen jurídico de la conservación de datos sobre identificadores obtenidos a partir del análisis de ADN, a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (asunto S. y Marper c. Reino Unido). En: *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Enero-Junio, 2009 no. 30. pp. 171-190.
- TYMOCZKO, John; BERG, Jeremy y STRYER Lubert. *Biochemistry. A short course*. 2 ed. New York: Reverté. 2014. Traducido por: Juan Manuel González Mañas. p. 727. ISBN: 97884291
- MEDINA RICO, Ricardo Hernán. Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. *Análisis teórico-práctico en derecho comparado*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2017. p. 99. ISBN: 9789587388831.
- UNESCO. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. 11 de Noviembre de 1997. [Consultado: 19 de abril de 2022] Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-human-genome-and-human-rights>
- UNESCO. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos. 16 de Octubre de 2003. [Consultado: 16 de abril de 2022]. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_spa
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. El derecho a la intimidad genética. De las escuchas telefónicas a la transparencia del gen. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima. 2002. Año 8.No.42, pp. 65-80.

SÍNDROME DE LA MUJER MALTRATADA, PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PROCESO PENAL EN COLOMBIA

*María Paula León Suárez,
Rosa Isabel Angarita Rodríguez, Marlen Dayana Santiago Martínez,
María Andrea Mora Duran, Andrés Felipe Ortegón Pino,
María Gabriela Cagua Celis y Mónica Vargas Ariza*

Tutora: *Cindy Charlotte Reyes Sinisterra*
Universidad Francisco de Paula Santander, Seccional Cúcuta

*El día que una mujer pueda no amar con su debilidad sino
con su fuerza, no escapar de si misma sino encontrarse, no
humillarse sino afirmarse, ese día el amor será para ella, como
para el hombre, fuente de vida y no un peligro mortal.*

Simone de Beauvoir

Resumen

El síndrome de la mujer maltratada es un trastorno patológico de adaptación que se da en mujeres que han sufrido exposición al maltrato y la violencia de forma repetida. En el ámbito jurídico, se entiende que este síndrome consiste en una forma de defensa que usan aquellas mujeres que fueron agredidas durante un largo y constante periodo de tiempo y que como consecuencia dan muerte a sus perpetradores, lo que resulta ser un eje polémico interesante en relación lo que pudiera ser la protección de los derechos fundamentales en el proceso penal en Colombia. Es por esto, que el presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar la viabilidad de establecer al síndrome de la mujer maltratada como una situación donde se deben tener en cuenta aspectos relacionados con la perspectiva de género, aspectos procesales y la opción de que se configure la exclusión de culpabilidad

dentro de los delitos de homicidio en el escenario procesal penal en Colombia; es decir, que en lugar de limitar el estudio y la investigación de este tipo de escenarios simplemente a los hechos ocurridos el día de la muerte del maltratador, se dará vuelta atrás en el tiempo para desmenuzar con detenimiento los ciclos de violencias recurrentes que sufren sus víctimas en los casos en que se configura el “síndrome de la mujer maltratada”.

Inicialmente se realizará un análisis socio jurídico en lo que respecta al síndrome de la mujer maltratada, con la finalidad de poder proporcionar un recuento de la importancia que reviste el entendimiento del padecimiento y su importancia al interior del proceso penal, analizando aspectos psicológicos y jurídicos desde una perspectiva de género que permitan evaluar soluciones procesales que integren alternativas procesales que garanticen los derechos fundamentales de quien ha realizado la conducta descrita para el tipo penal de homicidio como producto o en consecuencia al padecimiento de este síndrome, estudiando las particularidades del caso en concreto, con un impacto innegable frente a la situación de maltrato de la que pueden ser víctimas muchas mujeres en Colombia.

Palabras clave: Síndrome de la mujer maltratada, Violencia de género, Violencia en pareja, Miedo insuperable, Indefensión aprendida, Ausencia de responsabilidad penal.

Abstract

Battered woman syndrome is a pathological adjustment disorder that occurs in women who have been repeatedly exposed to abuse and violence. In the legal field, it is understood that this syndrome consists of a form of defense used by those women who were attacked for a long and constant period of time and who, as a consequence, kill their perpetrators, which turns out to be an interesting polemic axis in relationship what could be the protection of fundamental rights in the criminal process in Colombia. For this reason, this research work aims to analyze the feasibility of establishing the battered woman syndrome as a situation where aspects related to the gender perspective, procedural aspects and the option of setting it up should be taken into account. the exclusion of guilt within the crimes of homicide in the criminal procedural scenario in Colombia; In other words, instead of limiting the study and investigation of this type of scenario simply to the events that occurred on the day of the abuser's death, it will go back in time to carefully break down the cycles of recurrent violence suffered by their victims, victims in cases in which the “battered woman syndrome” is configured.

Initially, a socio-legal analysis will be carried out regarding the syndrome of battered women, in order to be able to provide an account of the importance of understanding the condition and its importance within the criminal process, analyzing psychological and legal aspects from a gender perspective that allows evaluating procedural solutions that integrate procedural alternatives that guarantee the fundamental rights of those who have carried out the conduct described for the criminal type of homicide as a product or as a consequence of suffering from this syndrome, studying the particularities of the case in particular, with an undeniable impact against the situation of abuse of which many women in Colombia can be victims.

Key words: Battered woman syndrome, Gender violence, Intimate partner violence, Insurmountable fear, Learned helplessness, Absence of criminal responsibility.

Introducción

Colombia es un país donde los índices de violencia han demarcado la historia de la sociedad tanto al interior de la familia como en las relaciones que desarrollan externamente cada uno de los que hace parte de esta institución. Como evidencia de la situación de violencia en género que vive el país y su directa relación con el Síndrome de la mujer maltratada, conduciendo la idea a un espacio de indagación, fueron presentadas entrevistas con solicitudes de frente al interrogante central que es la violencia derivada de la configuración del síndrome de la mujer maltratada ante diversas entidades, como la “Secretaría Equidad de Género” - Cúcuta; ONU MUJERES - Colombia; Mujer Denuncia Y Muévete, entre otras.

Pero con gran asombro se obtuvieron respuestas tales como “No se encuentra entre nuestros datos” y “Habría que ser más específicos porque ese término estaría englobado entre la violencia intrafamiliar”; permitiendo que la conclusión fuera el total desconocimiento del concepto y la asociación de este con el maltrato doméstico.

De igual forma, desde ONU MUJERES-Colombia se contó con el apoyo bibliográfico sobre una de sus investigaciones “Medición del estudio sobre tolerancia social e institucional de las Violencias Contra las Mujeres (VCM)”¹ donde profundizan el tema desde diferentes ámbitos influyentes en la norma-

¹ “Medición del estudio sobre tolerancia social e institucional de las Violencias Contra las Mujeres (VCM) 2021”

lización de la violencia de género, tales como “microsistema” que se refiere a las relaciones más inmediatas; “exosistema” aspectos socioeconómicos; “macro-sistemas” contextos culturales.

De los resultados obtenidos de dicha investigación se logran evidenciar ciertos factores que permiten entender el movimiento transitorio relacionado a los imaginarios con respecto a los roles de género tradicionales, que han regido la vida de hombres y mujeres a partir de la división de ámbitos públicos y privados, clasificando y sobrevalorando determinados comportamientos, aptitudes y actitudes vinculadas a lo masculino en perjuicio de lo femenino.

Sin embargo, existen otros precedentes que advierten que el síndrome de la mujer maltratada no debe ser simplemente vista como cualquier tipo de violencia intrafamiliar, lo que no se está teniendo en cuenta en el proceso en Colombia en donde no se evidencia que exista conocimiento sobre este padecimiento el cual se procederá a explicar para entender sus implicaciones constitucionales y procesales.

1. El síndrome de la mujer maltratada

1.1 Concepto

El concepto científico de síndrome refiere, en primer lugar, “A un grupo de señales o síntomas que, considerados en su conjunto, caracterizan una dolencia o lesión”². En otras palabras, refleja una alteración patológica; un conjunto de síntomas propios o característicos de una enfermedad; en la actualidad encontramos una cantidad significativa de síndromes ya reconocidos y definidos por la rama de la salud, por lo que, sin duda, son varias las enfermedades que se pueden catalogar dentro de esta definición, pero, aquella que nos interesa para esta investigación será “el síndrome de la mujer maltratada”³.

Como primer paso para ahondar en esta patología lo esencial será empezar por su definición; vemos entonces que, de acuerdo con Walker, el síndrome de la mujer maltratada (en adelante SIMAN) es un trastorno patológico de adaptación que se da en mujeres que han sufrido exposición al maltrato y la violencia de forma repetida.

² HOERR, Normand L.; OSOL, Arthur. Diccionario médico ilustrado Blakiston. En Diccionario medico ilustrado Blakiston. 1973. p. 875.

³ WALKER, Lenore E. El síndrome de la mujer maltratada. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2012.

1.2 Teorías relacionadas con el síndrome de la mujer maltratada

La investigación se basó en el análisis de dos teorías, en primer lugar, tenemos la teoría propuesta por el psicólogo Martin Seligman, llamada “la indefensión aprendida”⁴. Análogo a los seres humanos cuando afrontan eventos desagradables e incluso riesgosos en su vida, asemejan cognitivamente que son incapaces de presentar una conducta de escape frente a ese hecho.

En segundo lugar, encontramos la teoría “ciclo de violencia de género” propuesta por la misma Walker en el año 1979. Entre sus conclusiones, pudo resaltar que existe un ciclo de maltrato repetitivo y formado por tres fases distintas: 1. Fase de tensión acumulativa, 2. Fase de maltrato agudo y 3. Fase de luna de miel. Por lo pronto no entraremos a detalle sobre cada una de ellas, pues se describirán a fondo más adelante del presente escrito.

Por otra parte se ha sugerido que esta patología se enmarca como una subcategoría del TEPT (trastorno de estrés postraumático) o que simplemente se encuentran relacionadas; esta afirmación con base en que el síndrome de la mujer maltratada surge tras experimentar algún evento traumático, que haya puesto en riesgo su vida, como por ejemplo los repetitivos maltratos físicos y psicológicos ocasionados por parte de su pareja sentimental; como consecuencia de todo esto, la mujer maltratada comienza a manifestar una serie de características distintivas del propio síndrome, tales como: Recuerdos perturbadores, recurrentes y repetitivos sobre el suceso traumático, Hiperexcitación, y altos niveles de ansiedad, falta de concentración, irritabilidad, insomnio, sobresaltos y/o respuestas de alarma exageradas, conductas de evitación y entumecimiento emocional, que se manifiesta a través del desarrollo de un trastorno depresivo, alteraciones en las relaciones interpersonales, distorsión de la imagen corporal a causa de la baja autoestima derivada del maltrato; también hay presencia de enfermedades físicas o dolencias somáticas como dolor de cabeza o abdominal, cansancio crónico, alteraciones en la menstruación y/o problemas sexuales.

En síntesis, aquellas mujeres que han atravesado una situación traumática, como lo es una relación abusiva, maltrato doméstico y violencia de género tienden a desarrollar una serie de daños físicos, psicológicos y sociales incrementando la probabilidad de presentar en ellas el síndrome de la mujer maltratada.

Ahora bien, una vez conceptualizado el término a tratar y con el fin de lograr un mejor entendimiento de los capítulos posteriores, es menester hacer claridad acerca de algunos conceptos como el de violencia de género que será usado de manera reiterada en el desarrollo de la presente investigación, determinante

⁴ La cual hace alusión al fenómeno que refiere la falta de respuesta ante un estímulo aversivo que parece estar fuera del control del sujeto. 1965.

para analizar el tratamiento procesal de la conducta estudiada en relación al síndrome y la posible vulneración en tema de derechos humanos que con dicho procedimiento se pueda incurrir.

1.3 Algunos conceptos relacionados con el síndrome de la mujer maltratada

Se define como violencia de género “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la vida privada”⁵

Esta puede verse reflejada a través de las instituciones, los abusos de poder, desigualdad e incluso en las mismas normas cuando limitan sus derechos humanos.

A su vez, la violencia de género puede ser: de tipo sexual, físico, psicológico, y económico, y se puede materializar en acciones como amenazas, coacciones, y manipulaciones que ocurren tanto en la esfera privada como en la pública. Según lo establecido por la ONU “la violencia contra las mujeres y las niñas es una de las violaciones más generalizadas de los derechos humanos en el mundo”, y debido a esto, afectan su dignidad humana y la posibilidad de desarrollarse plenamente en la sociedad en condiciones de igualdad, violencia que puede producirse a través de violencia física, violencia sexual o psicológica dentro del mismo núcleo familiar, en sus relaciones de pareja, en la comunidad, e incluso, el mismo Estado puede perpetrarla y/o tolerarla.

1.4 El síndrome de la mujer maltratada: visión pública y privada de la institución

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la violencia basada en género se clasifica en dos ámbitos: el público y el privado.

En el ámbito privado, la violencia basada en género puede ocurrir a través de violencia económica, violencia psicológica, violencia emocional, violencia física, y violencia sexual. La primera hace referencia a la dependencia económica que busca crear el agresor para con su víctima, impidiéndole a esta tener sus recursos propios y limitándose actividades como el estudio o el trabajo; la psicológica y la emocional se llevan a cabo a través de acciones que buscan afectar la

⁵ ONU, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 1993; artículo 2.

autoestima de la víctima infravalorando sus capacidades, utilizando intimidaciones y amenazas, aislándola de su círculo social o familiar, y sometiéndola al abuso verbal.

Por otro lado, la violencia física y la violencia sexual no solo se limitan a la psiquis de la víctima, o a afectar su condición económica, sino que se realizan a través de acciones que causan un impacto en el mundo material y en el cuerpo de la víctima. La violencia física consiste en intentar o causar un daño en el cuerpo de la mujer producto de golpes, quemaduras, empujones, mordeduras, entre otras, impidiéndole atención médica e imponiéndole otros tipos de fuerza física contra ella o contra sus bienes cuando sea por razón de su género, mientras que la violencia sexual se basa en realizar actos sexuales como el acceso carnal, actos sexuales abusivos diferentes a la penetración e incluso realizar actos sexuales en su presencia sin su consentimiento.

De igual importancia, en el ámbito público la violencia de género ocurre de una manera más amplia, debido a la misma amplitud del espacio, y a que son lugares de socialización, pues puede ocurrir a través de actos que, debido a la normalización de la violencia en nuestra cultura, pueden parecer simples e inofensivos, como las miradas lascivas, los comentarios sobre el cuerpo y la vestimenta de la mujer, las ofensas por el hecho de ser mujer, el tomar fotos o videos sin su consentimiento, hasta incluso en amenazas, intentos de tocamientos, intentos de violación, y la violación misma.

1.5 Análisis de ciclo de violencia de patrones de comportamiento relacionados con las causas y consecuencias del síndrome de la mujer maltratada

Continuando con la temática, realizaremos un análisis al ciclo de violencia desarrollado por la psicóloga e investigadora Leonor Walker, el cual consta de 3 fases o etapas a conocer, esto para ahondar más en cuanto a las causas y consecuencias del síndrome.

Todo comienza con la violencia psicológica impartida por el victimario hacia la mujer, en el que los conflictos, los roces y las molestias de la convivencia en pareja aumentan paulatinamente con la finalidad de ejercer presión, haciéndola sentir culpable de la ocurrencia del conflicto, optando la víctima por dejar de hacer aquello que cause desagrado para su pareja, mentalizándose de que solo así dejará de surgir este tipo de enfrentamientos; a este periodo se le denomina “fase de tensión acumulativa”. Seguida a esta etapa, encontramos la “fase de agresión o maltrato agudo”, en la que el hombre para efectos de “corregir” o dominar el comportamiento de la mujer, desenvuelve su ira en castigos físicos y psicológicos, el cual se produce como una explosión violenta que la mujer termina por justificar.

Para este punto, la psiquis de la víctima se encuentra ante situaciones de ansiedad, pánico, baja autoestima y como tal de la pérdida de sus habilidades sociales, ya que el principal objetivo de todo agresor es mantener a su víctima en un aislamiento o incomunicación, de modo que no pueda buscar algún tipo de ayuda; ante esto cabe resaltar, que no significa que necesariamente ese aislamiento social corresponda a un encierro físico, sino que también se presenta como un apartamiento psicológico producido bajo amenazas de la ocurrencia de nuevos episodios violentos ante la negativa o la abstención de la víctima de ser obediente. En esta etapa se comienza a hablar del temor infundado y su relación con la indefensión aprendida, el cual desarrollaremos más adelante.

La tercera etapa es aquella calificada como la “fase de luna de miel”, en la que el victimario suele disculparse y mostrarse afectuoso, manipulando el estado mental de la víctima, haciéndola ceder, bajo la falsa promesa de un cambio. El hombre pide disculpas de su agresiva reacción, pero siempre basándose en una justificación de la misma a causa del mal comportamiento de la mujer, por lo que tal “cambio” es una falacia toda vez que no existe una causa real para la procedencia del maltrato, por lo que cualquier cosa, incluso mínima, pueda llevar a la comisión de conductas violentas en contra de la víctima. Otro escenario que se puede presentar ante la cotidianidad de este tipo de comportamientos, es que el hombre no pida disculpas ni demuestre arrepentimiento alguno por su actuar, sino que actúa de manera “pacífica” como si nada hubiese pasado, normalizando la situación. Una vez culminado este punto, el ciclo vuelve a empezar.

La presencia de cada una de las etapas del ciclo de violencia antes mencionadas, pueden variar conforme pase el tiempo, pueden ir y venir en lo corrido de un año, así como pueden presentarse todas en lo que va de un solo día, no obstante, la agresión se va tornando cada vez más severa; lo anterior refleja el peligro permanente en el que se encuentra la víctima como una manifestación del desequilibrio de poder en la relación, obteniendo obediencia, inferioridad y debilidad por parte de la mujer víctima de violencia doméstica, derivado de la violencia de género.

A propósito de lo mencionado, seguramente surja la interrogante de cómo romper con este ciclo, planteando imaginarios genéricos que ayuden a la víctima a salir de la situación en la que se encuentra, tales como denunciarlo, buscar ayuda o separarse, empero a tales postulados, en estos casos, la solución no es tan simple como las ya enunciadas, pues la mente de la mujer con el SIMAN, no responde a tal estado de concientización requerido para efectuar alguna de dichas acciones, dado a que el nivel de manipulación del maltratador es tan alto que inhibe a la víctima de sus capacidades sociales, las cuales comprenden la capacidad de pedir ayuda, más cuando la violencia ya ha sido naturalizada, razón por la que la mujer deja de ser consciente de la gravedad de su condición, ante

esto, cabe mencionar que “Los principales obstáculos que se presentan cuando se habla de este tipo de violencia son la culpa y la vergüenza, pues se tiene un imaginario cultural en el que se asume que la víctima es culpable de lo que pasó, bien sea porque lo provocó o porque no hizo nada para evitarlo, además que se les revictimiza toda vez que se les pide que pongan en palabras situaciones muy violentas y dolorosas en las cuales se les ha generado un gran daño. Adicionalmente, se presentan el miedo y la desconfianza como otros obstáculos permanentes cuando se enfrenta este tipo de casos”⁶.

En consecuencia de las expresiones de la violencia (miedo, culpa y vergüenza), se desata la impotencia aprendida y el miedo infundado, una mujer víctima de este tipo de violencia no solo no siente que su vida le pertenece, sino que se encuentra en una posición desfavorecedora que le impide detener la agresión, que la lleven a romper el silencio de su maltrato, por lo que comprender estas facetas de la violencia, nos permitirán analizar los requisitos para la ausencia de responsabilidad penal, desde una perspectiva de género, en la que la realidad práctica, supera las afirmaciones teóricas, específicamente en cuanto a alternativas o vías de defensa planteadas en el juicio de reproche, conducentes a demeritar la situación de violencia que vivía la mujer que la llevó (con base en el miedo infundado y en peligro permanente) a acabar con la vida de su maltratador, lo cual no surge como una etapa final del ciclo de violencia, sino por el contrario, como una situación secundaria, procedente del mismo.

1.6 Síndrome de la mujer maltratada versus Miedo Infundado en Colombia

De acuerdo con el concepto de miedo insuperable proporcionado por la Corte Suprema de Justicia “Un profundo e imponderable estado emocional ante el temor por el advenimiento de un mal, el cual conduce al agente a obrar”⁷. Sobre este aspecto, de acuerdo con dicha corporación, se hace indispensable establecer la salvedad de que actuar bajo una de las causales eximentes de responsabilidad como lo es el miedo insuperable no significa que haya ausencia de voluntariedad en la acción, sino que habiendo no se puede atribuir responsabilidad penal.

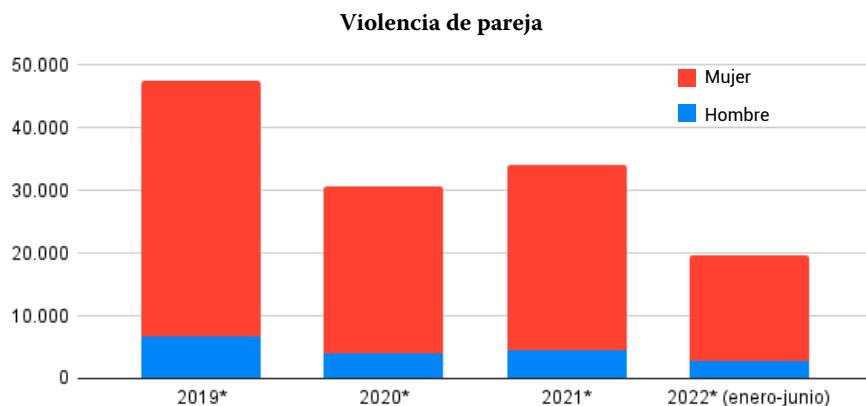
El “miedo” como componente subjetivo debe ser estudiado dentro del ámbito de la culpabilidad, que, de acuerdo con las vivencias violentas de la víctima, deberá serle inexigible la realización de otro comportamiento.

⁶ Wilches I. Conceptos en violencias de género. G. Bernal (comp.) Visibilizar la violencia de género, sistematización de la experiencia en género. Bogotá: ProFis-GIZ, 2011, pp. 41-50.

⁷ Corte suprema de justicia SP 2192-2015, M.P. Fernández Carlier, Eugenio.

En efecto, lo que para una mente no alterada representa un actuar indiscutiblemente viable, para la psiquis de la mujer maltratada, sus posibilidades y rango de actuación se encuentran limitadas, por lo tanto si respecto a la culpabilidad se genera la incógnita de si hay o no voluntad de la acción, la respuesta siempre será la misma; sí, sí la hay, la única salvedad es que si se le da el valor probatorio correspondiente a la prueba psicológica, se encontrará que aquella voluntad y motivación para la realización del injusto, aunque si bien está presente, estará abstraída en razón del miedo infundado, toda vez que este sea insuperable.

Ahora bien, invocar la causal de miedo insuperable en el juicio de reproche, es comprender que no puede ser validada la exigencia de la realización de otra conducta, dado a que, bajo este supuesto, la mujer no se encuentra en un estado de normalidad tanto física como mental, pues se encuentra sumida en un bucle de violencia que para ella no podría tener fin más que dando con la muerte de su agresor. De allí se desprende que, durante el juicio de reproche debe ser fundamental poner sobre una balanza, por un lado, un parámetro genérico normalizado de un hombre promedio en las “mismas circunstancias”, mientras que del otro lado se debe poner aquel parámetro abstracto cuya culpabilidad se estudia, entendiéndose por “mismas circunstancias” la vivencia en pareja con un maltratador, por lo tanto, con el propósito de visibilizar la magnitud de este fenómeno de violencia es pertinente reflejar la cantidad de víctimas de violencia en Colombia dentro del contexto de pareja mediante la siguiente gráfica:



Realizó semillero de Derechos Privado y de la empresa John F. Kennedy
Fuente: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Ante esta situación, se logra evidenciar, que está normalizado el suponer que las alternativas son denunciar o separarse, mientras que lo abstracto o anormal en estos casos es situarse en la verdadera posición de la mujer, en su doble calificación tanto de agresora y víctima y reconocer que el temor infundado no

es un simple miedo como el que se le pueda llegar a tener a una rata, se habla de una verdadera afectación en la capacidad de actuación de la mujer, por lo que, es menester preguntarse hasta qué punto puede llegar la justicia a considerar el miedo infundado en calidad de insuperable, como causal suficiente para la configuración de la ausencia de responsabilidad, en el sentido de no exigir la realización de otra conducta.

2. Reconocimiento del síndrome de la mujer maltratada en Colombia

En este apartado se desarrollarán tres aspectos procesales a tener en cuenta en relación con el Síndrome de la Mujer Maltratada dentro de los procesos judiciales, tales como: 1) Retos en la valoración individual del sujeto y su vinculación con la conducta dentro del juicio de reproche; 2) Los retos de la aplicación de la perspectiva de género en los distintos momentos de la actividad probatoria y 3) Las implicaciones de la inclusión en la perspectiva de género al interior del proceso.

1. Retos en la valoración individual del sujeto y su vinculación con la conducta dentro del juicio de reproche

Como se ha mencionado con anterioridad, la mujer que mata a su esposo bajo la afectación psicológica del Síndrome de la Mujer Maltratada, no desarrolla su comportamiento más que por el temor de una agresión que pueda incluso llevarla a su muerte, producto de la constante exposición al peligro, pues esta ha sido continuamente violentada por su pareja/agresor, lo que conlleva a que fundada en su alteración psicológica viva con el miedo insuperable de que su ciclo de violencia se va a repetir en cualquier instante.

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente señalar que en la realización del análisis de la conducta cometida y las circunstancias que rodearon al autor para cometer el acto, el juzgador establece la exigencia o no de un acto distinto al llevado a cabo, fijando aquellas alternativas que pudieron haber evitado la infracción incurrida por el autor de la conducta punible.

Ahora bien, si se traslada este concepto aplicándolo al Síndrome de la Mujer Maltratada, se deriva la exigibilidad de un actuar completamente diferente al realizado por la mujer, pues apartado de un análisis detenido sobre todos los aspectos que rodearon la acción, tales como el estado mental de la mujer/autora, la violencia de género ejercida en su contra previamente, y el perfil del maltratador, la justicia termina desarrollando un juicio errado, condenando a la principal víctima por el delito de homicidio agravado.

En tal sentido, se logra evidenciar diversos elementos presentes en la conducta que deberían ser tomados en cuenta por el defensor, por lo que resulta oportuno traer a colación al tratadista colombiano Jesús Orlando Gómez López, quien afirma qué “(..) la especificidad de la exigencia de que la acción defensiva sea la única alternativa posible implica casi de entrada la imposibilidad de la aplicación en el escenario de la violencia contra la mujer.”⁸

Frente a esto, se contempla una figura sobre la cual se prevé una ampliación al ámbito de aplicación por el cual se debe implementar una valoración de las circunstancias determinantes de la conducta, consistente en una afectación permanente del raciocinio de la víctima, por tanto, no puede caerse en el error de despreciar la situación puesta en juicio bajo la aplicación de parámetros genéricos que no se enfocan en el caso en concreto, toda vez que no considera tal generalidad las particularidades de dicha conducta punible.

De este modo, se evidencia no solo la obstaculización al acceso a la justicia a la hora de reunir los requisitos y pruebas necesarias para que sea avalada una causal de ausencia de responsabilidad bajo el rubro del estudio detallado del trastorno psicológico constituido en razón del peligro y miedo infundado con el que contaba la víctima con Síndrome de la Mujer Maltratada, evidenciándose el trato desigual que se le exige en este caso a la mujer en el juicio de reproche toda vez que se refuta su conducta bajo la exigencia de que está debía actuar de una manera distinta negando la realidad de su caso.

En consecuencia, al desconocer la realidad de aquella afectación en la psiquis como característica especial de la mujer la cual afecta su capacidad de reacción, se niega sin lugar a dudas, aquel ciclo de violencia a la que fue sometida, desconociendo a su vez los derechos y principios relativos a la igualdad, la seguridad, la libertad, la integridad y la dignidad humana de las cuales deberían gozar por el simple hecho de ser un ser humano.

Por tanto, se alude a la necesidad de un esfuerzo jurídico en cuanto al estudio de las posibilidades de defensa, en el que no se vean afectados los derechos humanos de estas mujeres, y en el que se establezca un verdadero escenario de protección, en igual medida, el restablecimiento de los derechos de las mismas, puesto que, cómo se recalcó en un primer momento son aquellas soluciones o medios alternos que genéricamente han sido preestablecidos los que conllevan al planteamiento de hipótesis de diferentes maneras de actuar que hubiesen evitado la realización del hecho punible.

⁸ LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *Culpabilidad e inculpabilidad Derecho penal y derechos humanos*. Librería Doctrina y Ley, 1996.

Dentro de este marco, se constituye el principal obstáculo para la eficacia en la configuración de la ausencia de responsabilidad penal, pues debe tenerse en cuenta la falta de un esfuerzo en la interpretación al caso en particular, sin que se evidencie justicia y lucha ante la situación a las cuales están expuestas las mujeres víctimas de violencia y sus actuaciones en un temor infundado, además, desconociendo el amplio campo de aplicación del derecho, la magnitud y dificultad que el caso presenta.

2. Los retos de la aplicación de la perspectiva de género en los distintos momentos de la actividad probatoria

La actividad probatoria, según Jordi Ferrer Beltrán consta de tres momentos: 1) La conformación de los elementos de juicio; 2) Valoración de la prueba y 3) El momento de la decisión probatoria, esta diferenciación sirve ampliamente como soporte en la indagación de las posibles vulneraciones a las que se pueda enfrentar la mujer que está siendo procesada por el delito de homicidio agravado realizado bajo la afectación producto del Síndrome de la Mujer Maltratada.

La conformación de los elementos del juicio, como primer momento de la actividad probatoria, consta a su vez, de la proposición de la prueba, y es allí en donde se inicia la construcción del acervo probatorio, de manera inicial con los elementos obtenidos a partir de las labores investigativas del ente acusatorio, en nuestro caso, la Fiscalía General de la Nación, al proponerse como prueba. Por consiguiente, la aplicación de la perspectiva de género en este momento procesal es fundamental, puesto que, el tener consciencia de las relaciones desiguales de poder por razones de género y saber reconocerlas, no sólo en abstracto, sino las del caso en concreto, permite a este órgano una mayor proactividad en las labores investigativas y de búsqueda de elementos materiales probatorios y/o evidencias físicas que permitan en la etapa del juicio, acreditar en mayor medida los hechos.

Ahora bien, aterrizando lo anterior al proceso en donde se juzga a la mujer que causó la muerte a su pareja sentimental producto de la afectación por el Síndrome de la Mujer Maltratada, es menester tener en cuenta que ella se encuentra en calidad de autora de la conducta punible de homicidio agravado, pero también de víctima, puesto que, previamente a la ocurrencia de los hechos objeto del proceso, se ejerció de manera sistemática violencia sobre esta, conduciéndola a actuar con el miedo insuperable de que su ciclo de violencia se repetiría causándole la muerte, y viendo como única alternativa el acabar con la vida de su agresor.

Dentro de este contexto, es pertinente resaltar la importancia que tiene la etapa de indagación e investigación de los hechos, y que dan inicio a la acción

penal en contra de la mujer, puesto que, desde allí puede en principio, ocasionar una vulneración de los derechos humanos de esta, al no tener en cuenta y excluir la violencia basada en género que previamente y de manera sistemática se ejerció sobre ella por su pareja sentimental. Sin embargo, no debe confundirse la etapa de proposición de la prueba, con la etapa de indagación e investigación del ente acusador, al ser momentos procesales completamente distintos, no obstante, se trata brevemente en este apartado, al existir una relación de causalidad entre el nivel de eficacia de la labor investigativa de la Fiscalía y lo obtenido, con lo que se propone que se tome como prueba durante el juicio, pudiendo conllevar a una proeza probatoria.

De la misma manera, a partir de la realización de entrevistas semiestructuradas por parte del Semillero de Derecho Privado y de la Empresa, John F. Kennedy de la Universidad Francisco de Paula Santander, a distintos abogados litigantes y docentes enfocados en el estudio del derecho penal en relación con la prueba, estos coincidieron en la importancia que tiene la etapa de indagación e investigación en la posterior proposición de pruebas al juez de conocimiento.

Así mismo, se permite inferir aquella relevancia que toma la defensa técnica de la acusada, por cuanto también depende de este y de su estudio del caso, las pruebas que pueda llegar a estimar indispensablemente óptimas, fundado en la pertinencia, conducencia y utilidad de las mismas para acreditar la situación jurídica de la mujer maltratada procesada por homicidio agravado, en pro de demostrar la procedencia de la ausencia de responsabilidad.

Por otra parte, en el momento de la actividad probatoria de conformación de los elementos del juicio, también se incluye la etapa de la admisión de la prueba, ciertamente, dentro del ordenamiento jurídico colombiano se cuenta con libertad probatoria, y en material penal, se establece que: “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”.⁹ En efecto, siendo inadmisibles dentro del proceso penal, la solicitud, decreto y práctica de las pruebas de oficio lo que se traduce en un menor campo de movimiento del juez dentro de esta etapa.

No obstante, Jordi Ferrer Beltrán realiza una observación valiosa frente a esto, al sugerir que quien está a cargo de la admisión de la prueba, debe aplicar la perspectiva de género con el objetivo de poder identificar las lagunas probatorias y dar oportunidad a las partes de que propongan nuevas pruebas para completar el acervo probatorio, afirma el mismo que: “No es prueba de oficio, porque el

⁹ Artículo 373 del Código de Procedimiento Penal Colombiano.

juez no ordena practicar pruebas que no han sido solicitadas por las partes, sino que el juez, en un momento inicial del procedimiento, en un momento de conformación de elementos del juicio, otorga a las partes una pista, una indicación de lo que hace falta”.¹⁰

Como tal, la importancia de la aplicación de la perspectiva de género radica en el poder reconocer y equilibrar las desigualdades por razones de género presentadas durante esta etapa procesal, y de la misma forma, subsanar la proeza en el acervo probatorio, derivada del esfuerzo de las labores investigativas y defensivas.

Como última etapa de la conformación de los elementos del juicio, se lleva a cabo la práctica de la prueba, aquí conviene enfatizar que es en esta etapa de la actividad probatoria, donde en mayor medida se da lugar a la revictimización de la mujer que ha sufrido violencias basadas en género. Si bien en un proceso penal donde se juzga a la mujer por la conducta de homicidio agravado en contra de su pareja, esta tiene la calidad de presunta autora, y el sistema penal Colombiano es de tendencia acusatoria, la adopción de la perspectiva de género en estos casos es sumamente importante, pues, al desconocer la violencia sistemática sufrida previamente por la mujer y al no tener conciencia de los perjuicios derivados de la misma, conlleva a que las formas adoptadas para la práctica de la prueba, como los interrogatorios, resulten vulnerando los derechos de la mujer, revictimizándola, y más allá de tener como objetivo el obtener información válida de los testimonios rendidos por ella, buscan es la destrucción de los mismos.

En los casos en donde la mujer que está siendo juzgada por el delito de homicidio agravado bajo la afectación ocasionada por el Síndrome de la Mujer Maltratada, debe tomarse muy en cuenta que aunque tiene la calidad de autora de la conducta punible, ha sufrido una situación altamente traumática y existen precedentes de violencia basada en género, sumada a la tensión ocasionada por el proceso penal, por tanto, la adopción de formas irracionales para la práctica de la prueba, más específicamente de técnicas de interrogación que ignoren estos antecedentes, resultan altamente dañinas.

Como segundo momento de la actividad probatoria, se encuentra la valoración de la prueba, en este punto, es necesario advertir que existe discrepancia doctrinal en cuanto a si existe o no una valoración de la prueba con perspectiva de género, o en otras palabras, si es posible aplicar la perspectiva de género durante la etapa de la valoración de la prueba y si dicha aplicación

¹⁰ CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA. Jordi Ferrer: La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género. [video]. YouTube. (8, enero, 2020). Disponible en Internet: <<https://www.youtube.com/watch?v=Slsol3WQLy4>>.

se traduciría en un cambio a cómo se realiza la valoración de la prueba en los procesos de violencia basada en género frente a otro tipo de procesos, sin embargo, no se ahondará de manera profunda al respecto.

Expuesto lo anterior, se coincide en que la valoración de la prueba independiente de si es un proceso que requiera o no la adopción de perspectiva de género, debe ser libre de prejuicios y sesgos. En este entendido, la valoración de la prueba en los casos en donde se juzgue a una mujer que padezca el Síndrome de la Mujer Maltratada, debe realizarse sin la presencia de prejuicios de género, de creencias desiguales de poder por razones de género, y reconociendo los precedentes históricos de las violencias que han sufrido las mujeres por el hecho de ser mujeres, evitando por consiguiente la vulneración de los derechos de la mujer en esta etapa probatoria.

Como tercer y último momento de la actividad probatoria, se encuentra el de la decisión probatoria, que involucra la adopción de reglas del derecho establecidas, como la regla sobre la carga probatoria, la regla sobre la presunción, y la regla de estándares de la prueba. Frente a esta última, se hará mayor énfasis por su relevancia dentro de los casos en donde lo que se busca es probar la violencia de género. El estándar de la prueba consiste en esa exigencia al acervo probatorio destinada a disminuir el riesgo de error entre las partes.

Naturalmente, en los procesos en donde los hechos objeto de prueba están fundados en violencias basadas en género, el acervo probatorio es mínimo, incluso aun cuando se realiza de manera eficaz la labor investigativa, debido a que en su gran mayoría, este tipo de conductas ya sea físicas o sexuales, son realizadas por el agresor a escondidas, sin presencia de testigos, buscando no dejar rastro alguno, es en esta poca presencia de elementos que puedan llevarse a juicio como prueba donde surge la problemática derivada del estándar de la misma, puesto que, si este es muy alto, se traducirá en un mayor nivel de impunidad y una menor protección a las víctimas de violencia por el sistema penal. Por tanto, en los procesos donde se busque probar las violencias basadas en género, debe ser tenida en cuenta tal dificultad en el aspecto probatorio, con el fin de ajustar los estándares de prueba.

Por consiguiente es esencial mencionar la relevancia que obtiene en estos procedimientos la prueba indiciaria, como garantía al debido proceso, con singular ponderación a los derechos de la víctima, al presentarse dentro del procedimiento todos aquellos hechos o circunstancias que se encuentren relacionadas con la conducta delictiva puesta en tela de juicio; procesos en los que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado fijado la pertinencia de este tipo de prueba cuando la discusión jurídica versa sobre violencia de género dada la dificultad probatoria que hemos mencionado con

antelación, correspondientes por ejemplo a pruebas físicas, periciales, técnicas, entre otras, que ponen en entredicho la situación de la procesada, por lo que se opta como alternativa para la construcción de una teoría del caso más acertada a la realidad, la reestructuración del mismo a través de los indicios, los cuales por medio de la aplicación de la lógica y de las reglas de la experiencia permitirán establecer aquel nexo causal entre las circunstancias que rodean el delito y su directa vinculación con la conducta cometida y la participación del sujeto activo dentro de la misma. Lo anterior puede evidenciarse en el caso de una mujer con SIMAN, pues si bien la tipificación de la conducta corresponde a homicidio agravado, aquellos indicios que deberían de ser tomados en cuenta serían aquellas circunstancias que conllevaron a la realización de la conducta tales como la violencia ejercida de manera sistemática, repetitiva, el aislamiento social y psicológico en el que se encontraba la víctima, recogidos a través de medios de prueba tales como la prueba documental a través de informes, fotografías, capturas de pantalla, denuncias, entre otros, así como la prueba testimonial que pueda llegar a obtenerse, trayendo a juicio una descripción fáctica y detallada paralela al caso a analizar.

Aquí es donde los silogismos jurídicos cobran especial importancia, pues dentro de la composición del argumento jurídico la relación entre el hecho base y el indicio, también denominado prueba conjetural, serán aquellos que permitan establecer una conclusión fundada en su cohesión, partiendo de la premisa de que la mujer mató a su agresor, donde el indicio es el maltrato continuo y el miedo insuperable presente en la víctima producto de quien era su agresor, obteniéndose como conclusión de la unión de estas dos premisas que la mujer con SIMAN, asesinó a su pareja dado a que dentro de su abstracción su único mecanismo de defensa de la violencia ejercida en su contra era la de culminar con la vida de su maltratador, por lo que cabe destacar que con fundamento en las entrevistas practicadas por el Semillero investigador, se hace hincapié en que el estudio del caso debe ser riguroso y detallado, pues el miedo deberá ser tal que la mujer en este caso sienta que su vida corre peligro y no tiene escapatoria alguna, resaltando en este procedimiento la labor del perito, especialista en psicología forense, para la acreditación de aquellos indicios presentados, trayendo a colación sobre este postulado lo decantado por la corte constitucional, en el año 2003, en el que bajo el entendimiento del entorno íntimo en donde se desenvuelve la violencia en pareja, el cual imposibilita en ciertas ocasiones la presencia y observancia de testigos, se establece el valor probatorio que en este caso como indicio presenta la declaración de mujer maltratada en su posición de víctima, de modo que el ente juzgador ante la carencia de pruebas directas, pueda fundar su concepto del caso desde las pruebas indirectas (indiciaria) como circunstancias desencadenantes de la conducta punible.

3. Las implicaciones de la inclusión en la perspectiva de género al interior del proceso

Para el desarrollo de este apartado, se parte del siguiente cuestionamiento: ¿De qué manera las instituciones jurídicas han normalizado la violencia contra la mujer? En cuanto al acceso a la administración de justicia del Estado colombiano la problemática histórica de la violencia basada en género no se encuentra excluida, más específicamente en el sistema de justicia penal, debido a que las mujeres, adolescentes y niñas también han sido objeto de discriminación, se han enfrentado a situaciones de revictimización y han encontrado impunidad como respuesta de los órganos encargados de impartir justicia.

Lo anterior se encuentra materializado en sentencias judiciales asimétricas por razones de género, en donde poco o nada se tiene en cuenta aquella violencia que han sufrido las mujeres, prolongando desde la misma institucionalidad los patrones socioculturales de carácter machista, con roles de desigualdad en contra de la mujer, ya sea que esta se encuentre como víctima dentro del proceso, como posible autora de la conducta punible, o como en el caso de la mujer con SIMAN, se encuentre con doble calificación, tanto como autora del delito y como víctima del caso a estudiar.

En tal sentido, la relevancia del enfoque de género dentro de la administración de justicia, en concreto dentro del proceso penal, radica en que el juzgar con perspectiva de género permite aplicar el derecho a casos con características especiales, igualando situaciones diferentes bajo unas bases razonables y objetivas, evitando las argumentaciones basadas en estereotipos y prejuicios sociales, buscando el resarcimiento de los perjuicios causados y la no revictimización.

No obstante, la perspectiva de género no debe ir enfocada a privilegiar los intereses de la víctima o de las mujeres con carácter de sujetos procesales, sino a observar las situaciones asimétricas de poder presentes dentro del proceso buscando un equilibrio y evitando los posibles perjuicios que puedan llegarse a causar por los órganos y los administradores de justicia, materializando el acceso a la justicia en condiciones iguales y la no discriminación en razón de su género.

Así mismo, la perspectiva de género dentro del marco procedimental, debe garantizarse en todas las etapas y actuaciones del proceso penal, desde la etapa de indagación e investigación, durante el juicio, y en la ejecución de la pena, concretándose en una adecuada interpretación de los hechos jurídicamente relevantes, en una obtención, producción, práctica y valoración probatoria libre de prejuicios y sesgos, en una interpretación adecuada de las normas aplicables al caso en concreto, y en la adopción de decisiones proporcionales.

De igual importancia, la Corte Constitucional en aplicación del enfoque de género dentro de los procesos judiciales, ha establecido como obligaciones de las autoridades judiciales:

“(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la re-victimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres”.¹¹

Es decir, el enfoque de género dentro del proceso penal, debe ser aplicado por todas las autoridades judiciales en un reconocimiento hacia las mujeres por la discriminación que tradicionalmente han sufrido, y por estar sobreexpuestas a los distintos tipos de violencia por su género, no solamente en la etapa del juicio, sino en todas las etapas que comprendan el proceso penal en el cual está inmersa, y en todas las actuaciones encaminadas a dar continuidad y trámite al mismo.

Reflexiones finales

Conclusiones

La violencia contra la mujer no es un invento de los últimos tiempos, es algo que tiene precedentes desde el comienzo de la humanidad, siempre la mujer ha sido representada como un ser delicado, que requiere de protección masculina, lo que la vuelve su inferior en una jerarquía inventada por mismos hombres, con el paso del tiempo, hemos crecido con la misma idea, lo suficientemente maquillada para tapar la realidad que viven las mujeres maltratadas, pues la sociedad e inclusive las instituciones jurídicas, han llegado a normalizar aquellas conductas machistas, manipuladoras, denigrantes que sin lugar a

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-184-17, M.P. Calle Correa, María Victoria.

dudas vulnera los derechos humanos de las mujeres. Si te preguntas ¿De qué manera las instituciones jurídicas han normalizado la violencia contra la mujer? la respuesta es clara, la justicia puede caer en esta situación toda vez que desconoce el estado real por el que atraviesan las mujeres colombianas víctimas de violencia en pareja. La sociedad impregna el pensamiento de la víctima responsabilizándola del daño que constantemente sufre por parte de su pareja, cuya única salida es la de complacer a su pareja porque al fin y al cabo ese es su rol en el hogar, pensamiento que su agresor fomenta, por medio de amenazas disfrazadas de alternativas para que el ciclo de violencia se detenga, por tan solo un momento; por su parte, la misma justicia pone en estado de desigualdad a la mujer que intenta probar la situación desfavorable en la que se encontraba, las razones por las cuales su única forma de salvar su vida era la de terminando con la de su agresor, su pareja, a sabiendas de que una de las influencias psicológicas perpetradas en la conciencia de la mujer con SIMAN, es que esta es la única culpable de su situación, es por esto, que el negar la presencia del miedo infundado en ella, es básicamente confirmarle lo mismo que el entorno, su agresor y producto de ellos, ella misma, es sostener su culpa, y con eso, el merecimiento del maltrato, por lo tanto, Sobre la violencia de género, es necesario tener presente que lastimosamente, TODAS las mujeres son potenciales víctimas, una sociedad machista y un sistema judicial poco garantista son la prueba irrefutable de ello, sin embargo, no cualquier víctima de violencia de género manifestada en violencia de pareja puede llegar a desarrollar el síndrome de la mujer maltratada, pues como en el comienzo de este escrito se debe evidenciado, requiere de la concurrencia de ciertos factores o elementos para que esta patología se presente en ella; es por tal motivo que, que cada caso debe ser analizado en concreto, partir de una generalidad, interpretar y juzgar con base en ella, no es propio de la finalidad de interpretación jurídica en el que claramente se está ante un caso difícil, que requiere el contraste entre la norma y el contexto individual. No se puede tratar la situación de la víctima como un escenario que dependía de ella para poder salir de él, con esto no se pretende revictimizar a la mujer, sino generar la conciencia necesaria para que la sociedad y el Estado puedan entender la importancia de conocer la realidad de estas mujeres, donde el miedo y la indefensión aprendida son parte de su vida diaria. Ante lo anterior nos encontramos en presencia de otra situación, y es frente a la vulneración de los derechos de las mujeres dentro del procedimiento judicial.

A su vez, es indispensable entender que la superación de la violencia de género contra las mujeres y niñas implica no solo que se redoblen los esfuerzos en el cambio de los imaginarios sociales y culturales que normalizan las violencias, sino que, impulsan y mantienen las acciones de información y sensibilización vinculadas con los derechos de las mujeres, especialmente con el derecho de

vivir libres de violencia, sin embargo, con relación a los canales de difusión para la concientización de esta problemática, nos encontramos con que el 67.8% de las personas indicó haberlas visto en televisión, pero es correcto mencionar la alerta que hace ONU MUJERES al respecto, pues si bien se puede connotar que la información llega, la apropiación del contenido de las campañas donde según el estudio el 46.5% de los encuestados no recordaba, ni siquiera por cual medio había recibido dicha información.

Finalmente, con respecto a la tolerancia institucional. La investigación en el exosistema representa la más alta tolerancia a la violencia contra la mujer, mientras que el microsistema y el macrosistema presentan la más baja tolerancia. Los resultados de estos estudios también nos lleva en vía de comprender la relación de la situación de la mujeres, que varias instituciones a pesar de su lucha por los derechos de las mismas desconocen varios de los padecimientos que pueden poseer ante situaciones de abuso, dificultando el apoyo correspondiente a la individualización de cada caso, por lo tanto, la pertinencia de la ampliación en la cobertura informativa para las instituciones tanto del gobierno como a los demás componentes sociales focalizan el emplazamiento de apoyo y el avance en defensa de los derechos de las mujeres.

De lo anterior se puede concluir de que a pesar de que Colombia es un país que cuenta con una diversidad normativa muy amplia, revistiendo de fuerza y soporte legislativo a las víctimas de violencias de género, no solo entregándoles herramientas de carácter nacional para poder hacer valer sus derechos, sino también a través de su bloque de constitucionalidad con los diferentes tratados, pactos y convenios internacionales ratificados que amparan además a las mujeres víctimas de toda clase de violencia. Sin duda alguna, es un país que en cuanto a la teoría se encuentra bien posicionado, sin embargo posee un contraste bastante abrupto cuando hablamos de la práctica, pues desde el momento en que las mujeres deciden iniciar las denuncias en contra de sus agresores las entidades son las primeras en convertirse en un camino lleno de baches que generan en la mayoría de los casos violaciones de derechos fundamentales de las víctimas durante este largo y agotador trámite que deben afrontar las mujeres.

En los procesos de violencia de género que se tramitan por parte de la Fiscalía general de la nación se evidencian dos cosas principalmente, la primera es una absurda tardanza en cuanto a la atención de los casos y la segunda una clara revictimización, debido a las largas esperas, las interminables diligencias, los recorridos por diferentes oficinas, los humillantes interrogatorios e incluso la carente atención médica y psicológica. Generando consecuencias negativas sobre las víctimas ya que se desmotivan para denunciar las agresiones sufridas ante la justicia. Desde este punto de vista, se requieren medidas y estrategias integrales en todos los contextos afectados por la violencia de género antes mencionada

y, por lo tanto, una alternativa detallada a las intervenciones dirigidas a mitigar el problema, debido a una omisión procesal, ya que en la mayoría de los casos hay una total demora, aun sabiendo que en estos casos es primordial el factor de la inmediatez, ante esta situación es imperativo recordar las obligaciones de los estados de adoptar medidas para impedir la violación de los derechos y crear las condiciones necesarias para que las mujeres puedan usar el sistema de administración de la justicia, así como proteger y garantizar a las personas los derechos de una vida libre de violencias comprometiéndose con el restablecimiento de aquellos que fueron víctimas de vulneración del mismo, por ende, las autoridades nacionales deben adoptar las medidas de prevención, protección y solución de aquellos conflictos que tengan que ver con la violencia de género, por medio de leyes, decretos, planes estratégicos, capacitaciones a los funcionarios para que estén familiarizados con el tratamiento de estas diligencias, etc. Todo esto gracias a una correcta designación de los recursos pertinentes para poder cumplir satisfactoriamente con dichas medidas establecidas, comprendiendo que la problemática parte de la normalización de las conductas violentas y la falta de confianza de las víctimas de violencia con respecto a las entidades públicas encargadas de salvaguardar sus derechos, en especial por supuesto con referencia a las rutas de atención las cuales se encuentran en manos de los operadores judiciales, pues muchas víctimas manifiestan que la respuesta a algunas de las denuncias que han enviado a las distintas autoridades encargadas tardan demasiado tiempo, y que trágicamente para la realidad de violencia contra las mujeres que se vive en el país, ese tiempo de espera puede incluso a llegar a culminar con la vida de la mujer.

Bibliografía

Artículo 373 del Código de Procedimiento Penal Colombiano.

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA. Jordi Ferrer: La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género. [video]. YouTube. (8, enero, 2020). Disponible en Internet: <<https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4>>.

Corte Constitucional, Sentencia T-184-17, M.P. Calle Correa, María Victoria.

Corte suprema de justicia SP 2192-2015, M.P. Fernandez Carlier, Eugenio.

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer; artículo 2. ONU, 1993.

HOERR, Normand L.; OSOL, Arthur. Dicionário médico ilustrado Blakiston. En Dicionario medico ilustrado Blakiston. 1973. p. 875.

LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. Culpabilidad e inculpabilidad Derecho penal y derechos humanos. Librería Doctrina y Ley, 1996.

Martin Seligman, llamada “la indefensión aprendida”, 1965.

ONU MUJERES. Medición del estudio sobre tolerancia social e institucional de las Violencias Contra las Mujeres (VCM), 2021.

WALKER, Lenore E. El síndrome de la mujer maltratada. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2012.

WILCHES, I. Conceptos en violencias de género. G. Bernal (comp.) Visibilizar la violencia de género, sistematización de la experiencia en género. Bogotá: ProFis-GIZ, 2011, pp. 41-50.

LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. Culpabilidad e inculpabilidad Derecho penal y derechos humanos. Librería Doctrina y Ley, 1996.

LA REVICTIMIZACIÓN PROCESAL EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL EN EL PROCESO PENAL EN COLOMBIA

*Diego Alexander Berbessi Fernández,
Alejandro José Salamanca Vergara, Natalia Sofía Téllez Gómez,
Juana Vanessa Velandia Rico y Angy Nikole Velandia Velásquez*

Tutores: *María Clara Galvis Patiño,
Fredy Hernando Toscano López y Jaime Augusto Correa Medina*
Universidad Externado

Resumen

Una de las violaciones más graves a los derechos humanos de las que desgraciadamente muchas mujeres siguen siendo víctimas en el mundo moderno es la violencia sexual. Esta es entendida como un conjunto de acciones como la penetración en el cuerpo, violación e intento de violación en el matrimonio, ser forzada a la masturbación, el acoso sexual, la esterilización forzada, entre otras, las cuales hieren y perpetran a la víctima tanto en su ámbito público como privado. Este tipo de problemática prende las alarmas de los Estados, cuya última ratio es el Derecho Penal, el cual se encarga de asegurar las diferentes garantías de los sujetos implicados, no dejando de lado la búsqueda de la verdad.

Muchas veces a la mujer víctima de estos sucesos le persiguen secuelas, no solo por la rememoración de lo sucedido, sino porque cuando la Fiscalía recoge material probatorio, con la mujer como testigo o partícipe de esa práctica de pruebas, ello le recuerda la agresión, lo que estaría revictimizándola so pretexto de querer ayudarla en búsqueda de justicia.

La revictimización como temática propuesta es relevante hoy en día, porque pese al estándar existente tanto a nivel nacional e internacional

para la investigación de los delitos de violencia sexual en Colombia, la práctica investigativa ha demostrado que la búsqueda de la verdad en el marco de un proceso penal con frecuencia viola los Derechos Humanos de los sujetos que intervienen en él, en especial la víctima, lo cual no es propio de un Estado Social de Derecho y es contradictorio en todo sentido.

Con este trabajo se pretende verificar la insuficiencia del estándar para la investigación de los delitos de violencia sexual en el proceso penal colombiano, habida cuenta el riesgo de revictimización, y, además, se aspira a armonizar el fin del proceso penal con la protección efectiva de los Derechos Humanos.

Palabras clave. Violencia de género, violencia sexual, proceso penal, revictimización.

Abstract

One of the most serious human rights violations of which unfortunately many women continue to be victims in the modern world is sexual violence. This is understood as a set of actions such as penetration of the body, rape and attempted rape in marriage, being forced to masturbate, sexual harassment, and forced sterilization, among others, which injure and perpetrate the victim both in both the public and private spheres. This type of problem sets off the alarms of the States, whose last relationship is Criminal Law, which is responsible for ensuring the different guarantees of the subjects involved, not neglecting the search for the truth.

Many times the woman who is the victim of these events is haunted by sequels, not only because of the recollection of what happened, but also because when the Prosecutor's Office collects evidence, with the woman as a witness or participant in that practice of evidence, it reminds her of the aggression, which would be re-victimizing her on the pretext of wanting to help her in her search for justice.

Revictimization as a thematic proposal is relevant today because, despite the existing standard both nationally and internationally for the investigation of crimes of sexual violence in Colombia, the investigative practice has shown that the search for the truth within the framework of a criminal process frequently violates the Human Rights of the subjects involved in it, especially the victim, which is not typical of a the Social State of Law and is contradictory in every sense.

This work aims to verify the insufficiency of the standard for the investigation of crimes of sexual violence in the Colombian criminal process, taking into account the risk of revictimization, and, in

addition, it aspires to harmonize the end of the criminal process with the effective protection of human rights.

Keywords. Gender violence, sexual violence, criminal process, revictimization

Introducción

Uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática son los Derechos Humanos¹, definidos como los derechos que pertenecen de manera inherente a toda persona en razón de su dignidad humana². Dado que Colombia es Estado parte de los principales tratados del sistema regional interamericano y del sistema de las naciones unidas, ello ha conducido a que el ordenamiento jurídico colombiano adecue sus instituciones procesales en las diferentes ramas del derecho para asegurar la protección de los derechos humanos. Esto se ve evidenciado en mayor magnitud en el proceso penal, que es un escenario donde existe una estrecha relación entre los derechos humanos y el proceso, que se genera por su propia naturaleza pues se compromete la libertad personal del imputado.

Sin embargo, en este contexto existe una paradoja: en el proceso penal que se inicia para la investigación y sanción de los delitos sexuales, existe siempre el riesgo de que en su investigación y en la recolección de pruebas, se incurra en prácticas revictimizantes para quienes acuden al proceso en calidad de víctimas. Dicho de otro modo, a la hora de esclarecer lo que pasó y hallar la verdad en los delitos de violencia sexual por medio de la recolección del material probatorio, eventualmente podría ocurrir la revictimización, en particular tratándose de mujeres. De esta manera, se contraria el pilar fundamental de los derechos humanos en el transcurso del juicio.

En el contexto planteado, en este escrito se buscará exponer por qué la investigación de los delitos de violencia sexual, a pesar de su amplia regulación, en la práctica puede tener un efecto revictimizante en las mujeres. Además, se busca analizar la que ha sido entendida como la clásica finalidad del proceso penal, es decir, la búsqueda de la verdad; para así verificar si este se compadece con el respeto de los derechos fundamentales y apego a la dignidad humana que debe irradiar el proceso penal.

¹ Ferrajoli, Luigi. 2005. "Los fundamentos de los derechos fundamentales" en *Estudio sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli*, Trotta. p. 19

² Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina Del Alto Comisionado México ¿Qué son los derechos humanos?

Así las cosas, en primer lugar, se harán algunas precisiones conceptuales sobre la violencia contra la mujer, la violencia sexual y la revictimización, haciendo un recuento necesario para entender el fenómeno desde sus antecedentes. Posteriormente, se hará una propuesta hacia un concepto de estándar que resulte verdaderamente armónico con la protección de los derechos humanos, en el marco de la investigación de los delitos de violencia sexual en mujeres, sino en general; para enseguida establecer un breve compendio de la normativa y jurisprudencia aplicable y profundizar en la forma en que la misma se ve reflejada en la práctica judicial con la finalidad de comprobar la suficiencia del estándar.

Finalmente, se traerá a colación el fin del proceso penal, cuestionándolo y replanteándolo hacia su convergencia con los derechos humanos, para así, en las conclusiones y proposiciones de esta investigación presentar algunas alternativas para armonizar la búsqueda de la verdad en el proceso y la protección de la dignidad humana, de manera que se evite la revictimización.

1. Violencia contra la mujer

Sea en el hogar, en la calle, en el trabajo, en los ámbitos cotidianos o en los conflictos armados, la violencia contra las mujeres y las niñas es una violación de los derechos humanos de proporciones pandémicas que ocurre en espacios públicos y privados³. La violencia contra las mujeres ha tenido un papel relevante dentro de la esfera jurídica⁴, pues es considerada una ofensa a la dignidad humana⁵ y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres⁶.

La violencia contra la mujer encuentra distintas definiciones en el ámbito que se estudie. Para la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, puede

³ ONU Mujeres. S.f. Violencia contra las mujeres Interactive UN Women. P.2.

⁴ Orjuela Ruiz, Astrid. 2012. El concepto de violencia de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos.

⁵ Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a partir del Sistema Universal, la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993 adoptó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, por su parte el Sistema Interamericano en 1994 adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, mejor conocida como Convención Belén do Pará. En el Sistema Africano, en 2003 se adoptó el Protocolo para la Carta Africana de Derechos Humanos en los Derechos de las Mujeres. Para el Sistema europeo, en 2011 se aprobó el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia hacia las Mujeres y la Violencia doméstica.

⁶ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Preámbulo.

ser definida como *“todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”*. O ya en el ámbito del derecho, en el sistema interamericano, la Convención de Belém do Pará define la violencia contra las mujeres como *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”*⁸ De igual forma, desde el Sistema Universal, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas ha dado una definición extensiva, donde afirma que *“la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”*.

1.2 Violencia sexual

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno¹⁰.

Para darle la magnitud que el tema se merece, valga resaltar que la violencia sexual como una manifestación de violencia contra la mujer, es la que más traumatismos causa y también la más común. Al respecto, un estudio actual de ONU mujeres, estima que a nivel global 1 de cada 3 mujeres — 30% de las mujeres de 15 años o más — han experimentado alguna vez en su vida violencia física o sexual por parte de una pareja íntima, o violencia sexual perpetrada por alguien que no era su pareja. Cifras alarmantes desde todo punto de vista¹¹.

⁷ Organización Mundial de la Salud (OMS). 2021. Violencia contra la mujer.

⁸ Convención Belém do Pará. Organización de Estados Americanos (OEA). 1994. Capítulo I, artículos 1 y 2. A su vez, el Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas, ha dejado en claro que la violencia no solo debe estar limitada a actos que causen daño físico, sino que también debe ser comprendidos los que causen padecimientos de índole mental y sexual, así como amenazas de cometer dichos actos, coacción y cualquier forma de privación de la libertad. Discriminación contra la Mujer. 25 de julio de 2011. Bulgaria v. Señora V.K.

⁹ ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 119 periodo de sesiones Recomendación general 19 “La violencia contra la mujer”. Doc. HRI/GEN/1/Rev. lat84 (1994), párr. 6.

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2019. Violencia Sexual contra Niñas y Adolescentes. p. 88.

¹¹ ONU mujeres. 2022. Hechos y cifras: Poner fin a la violencia contra las mujeres. pp. 3. 12

Esta conducta es además considerada como una expresión de discriminación producto de estereotipos y patrones socioculturales contra la mujer, resultado de una violencia estructural basada en su género¹².

Además de lo anterior, la violencia sexual se constituye como uno de los temas más sensibles y relevantes para el derecho, tan es así que el reproche de esta conducta ha sido desarrollado por diferentes disciplinas jurídicas, dándole el tratamiento a la vez de un delito y de una violación de los derechos humanos de las mujeres y niñas.

Como violación de los derechos humanos de las mujeres y niñas, su desarrollo es notable, pues desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se han adopta disintintos tratados en los que se define¹³ y se condenan las acciones u omisiones de los Estados y/o sus agentes que constituyen violencia sexual en los distintos instrumentos internacionales de Derechos Humanos¹⁴. De hecho, el Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW) ha desarrollado la protección internacional de las mujeres víctimas de violencia sexual, al tutelar directamente otros derechos reconocidos como el acceso a la justicia, la no discriminación y la libertad sexual¹⁵.

Como delito, la violencia sexual está desarrollada en el Título IV del Código Penal mediante la tipificación de distintas conductas que atentan contra el bien jurídico de la “Libertad, integridad y formación sexual”. La tipificación de

¹² CIDH. Cit. p.2.

¹³ Verbigracia, desde la Organización de Estados Americanos (OEA) en el marco de la Convención para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará) define la violencia sexual como la Imposición para tener relaciones sexuales o violación, abuso sexual o tocamientos sin consentimiento, entre otros. (Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. 2013. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.).

¹⁴ A título de ejemplo, se puede citar el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, supra, párr. 455. En lo que tiene que ver con el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) está el caso del 25 de abril de 2018 donde el Estado parte es Timor Oriental, aprobado por el Comité en su 69ª sesión del 19 de febrero a 9 de marzo de 2018. Por último, el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 4 de abril de 2001. Caso 11.565: Ana, Beatriz y Celia González vs México.

¹⁵ Comité para la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer (CEDAW). Comunicación número 18 de 2008. Vertido vs Filipinas. El comité CEDAW recomendó al Estado filipino que arbitre los medios para “asegurar que todas las actuaciones judiciales en casos que incluyen crímenes de violación y otros tipos de violencia sexual sean imparciales y justos, para que no se vean afectadas por prejuicios o nociones estereotipadas sobre la sexualidad femenina y masculina”.

la violencia sexual encuentra sustento en la debida tutela del derecho al libre desarrollo de la personalidad llevado al ámbito de la sexualidad individual.

Por su parte, en el marco del conflicto armado colombiano, la Corte Constitucional estableció que *“la violencia sexual contra la mujer es una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible, así como lo son la explotación y los abusos sexuales, por parte de todos los grupos armados ilegales enfrentados, y en algunos casos más excepcionales, también por parte de agentes individuales de la Fuerza Pública”*¹⁶.

Recientemente, en el Informe Final de la Comisión de la Verdad¹⁷, se hace referencia a las diversas situaciones de violencia sexual acontecidas en el marco del conflicto armado colombiano, esto como “una expresión del poder sobre la vida y el cuerpo de las mujeres”. En el que, ellas eran marcadas por la posesión y el sometimiento de sus cuerpos y mentes.

Además, se expone un listado completo de hallazgos y recomendaciones, para así evitar su repetición, donde se concluye que la violencia sexual no era un mero comportamiento hacia la persona sin su consentimiento, sino que era utilizado como una forma de castigo o estrategia de guerra. Tanto es así, que la Jurisdicción Especial para la Paz en el marco del acuerdo de paz entre las FARC y el Estado Colombiano ha decidido recientemente darle apertura a su décimo primer macro caso, este relacionado a la violencia sexual y otros crímenes motivados por el género, reflejando así el fenómeno e importancia que representa.

1.3 La revictimización en casos de violencia sexual en el marco del proceso penal colombiano

El concepto de revictimización

El concepto de revictimización que se va a manejar en el escrito se centra en la mujer víctima en los casos de violencia sexual dentro del marco de un proceso penal. Así, por revictimización se puede entender *“el acto de recrear o de reincorporar forzosamente los elementos del delito de agresión sexual u ofensa sexual de gravedad penal, a través de las etapas judiciales que afecten neurológica, psicológica o emocionalmente a la víctima del dolo sin importar el sexo, edad, raza, o condiciones sociodemográficas victimales”*¹⁸, deshumanizando así el proceso mediante el cual la víctima supone la obtención de justicia.

¹⁶ Corte Constitucional Auto 092 de 2018.

¹⁷ Informe Final Comisión de la Verdad. 2022. II tomo, capítulo II.

¹⁸ Mercado Justiniano, Gloriam Zaid. 2017. Criminología Víctima. La revictimización procesal de la agresión sexual y sus consecuencias neuro psicoemocionales: investi-

La revictimización, también conocida como victimización secundaria, es sobre todo un problema socio jurídico, pues es el resultado de la implementación de procedimientos de atención inadecuados que trazan una ruta llena de obstáculos producto de las formas y problemas prácticos en la investigación de los delitos¹⁹, y además debido a los prejuicios y estereotipos con los que se le tratan dentro de la sociedad.

1.4 Antecedentes históricos de la revictimización

Para poder hablar de revictimización en la actualidad colombiana, es menester hacer un recuento histórico de las prácticas revictimizantes que han acontecido bajo el amparo de diferentes normativas que han regido la Nación.

Cuando los territorios americanos todavía eran colonias del reino de Castilla, la materia estaba regulada por el Código de las XII Partidas de Alfonso X, más específicamente la Partida XII, donde estaba consagrado el delito de violación, el cual se castigaba e investigaba en razón de la fama de la víctima, de tal manera que, si la misma era una mujer casada de la nobleza, su escala social permitía que al agresor se le aplicara la pena de máxima dureza. Por el contrario, si se trataba de una mujer con “mala fama”, el juez decidía cuál sería el castigo para el delincuente debido a las circunstancias del delito, y en muchos otros casos donde, por ejemplo, la mujer “careciera totalmente de honra”, se dejaba al agresor impune. Siendo entonces ello así, el castigo dependía de quién era la víctima, dejando en total desprotección a quienes no clasificaran en la categoría protegida.

Desde entonces, las prácticas revictimizadoras han seguido siendo protagonistas: Prácticas como la imposición a las víctimas de contraer matrimonio con su agresor a finales del siglo XIX²⁰; o la consideración a la víctima como “culpable”, dándole más relevancia en el marco de la investigación a la tentación causada por la mujer que a la conducta misma del agresor²¹; o bien la poca importancia probatoria dada al relato de la víctima, por ser consideradas personas de “dudosa

gación preliminar y reacción a los medios sociales. Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico. pp. 96.

¹⁹ Un Ejemplo a cuando la víctima entra en contacto con las autoridades o instituciones del Estado, es receptora de tratos injustos e incluso puede ser criminalizada por el mismo acto del que fue objeto. Martorella, Ana María. Abuso sexual infantil intrafamiliar: Revictimización judicial.

²⁰ Patiño, María Teresa. 2012. Historia y Memoria. Delitos en torno al núcleo familiar, delitos contra las mujeres. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. p. 197.

²¹ Márquez Estrada, José Wilson. 2013. Delitos sexuales y práctica judicial en Colombia: Los casos de Bolívar, Antioquia y Santander. Universidad de Cartagena. p. 31.

reputación” a principios del siglo pasado²². Los anteriores son solo algunos ejemplos que dan cuenta de ello.

La revictimización entonces se muestra como un problema de antaño, estaba latente y se expresaba mediante prácticas que restaban gravedad e importancia al comportamiento del agresor y minimizaban el dolor y sufrimiento de la persona que sufre de violencia sexual.

2. Garantías para la no revictimización:

Los diferentes estándares

El estándar ha sido tradicionalmente entendido como un deber ser, pues por ejemplo, desde el sistema interamericano de derechos humanos, los estándares sirven de guía para los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre cómo cumplir con diversas obligaciones²³; por su parte, en materia probatoria, un estándar se entiende como un criterio de decisión racional del juez al momento de fallar sobre los hechos²⁴. Estas definiciones doctrinales de lo que es un estándar, son a veces insuficientes frente a la efectiva garantía de ese parámetro de conducta que determinan; como se verá más adelante, la aplicación a rajatabla, la inaplicación o incluso la aplicación sin enfoque diferencial de estándares internacionales y nacionales en casos de violencia sexual terminan desprotegiendo o transgrediendo derechos de la víctima.

De cara al ejercicio del derecho procesal en materia penal y de la óptima realización de este, los estándares cobran una gran importancia, cuando el juez toma una decisión, realizándolo sólo si ha superado el estándar para tener suficientemente claro la acreditación de un hecho, caso en el cual determinará si la presunción de inocencia será derrotada²⁵. Y aún más importancia adquieren en el proceso al tener una incidencia directa en la dignidad humana y los derechos del sujeto pasivo. Como se ejemplificará más adelante, en la recolección del material probatorio en casos de violencia sexual, existe el riesgo de ejercer

²² Del Valle Montoya, Piedad y Hernández Hernández Oscar Iván. 2010. Aborto y delitos sexuales en Antioquia a finales del siglo XIX y principios del siglo XX: una historia secreta. Universidad Cooperativa de Colombia. p. 232.

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2015. CIDH publica informe sobre estándares jurídicos sobre igualdad de género.

²⁴ Vallejo Montoya, Natalia y otros. S.f “Aplicación del Estándar de Prueba por los jueces promiscuos”. Universidad Eafit, p. 8.

²⁵ Reyes, Sebastián. 2012. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. Universidad Austral de Chile.

prácticas revictimizantes, como las que posteriormente se enunciarán, a pesar de la existencia de múltiples normativas y decisiones que regulan la materia. Se hace entonces evidente una disonancia entre la aplicación práctica de los estándares y su texto escrito.

Por lo anterior, es necesaria una corrección de la concepción de lo que es un estándar y cuáles son sus alcances, pues este no es un concepto estático en el sentido de limitarse a indicar un deber ser, sino que habrá que mirar su efectiva aplicación práctica para efectos de determinar su suficiencia y corregirle para que cumpla su mandato. El estándar es entonces un parámetro de conducta, que además de dar uniformidad en la aplicación del derecho, permite verificar el efectivo cumplimiento de esa determinada gestión, mecanismo o actividad.

En otras palabras, en clave de optimización, el estándar resultará suficiente si el parámetro de conducta, además de ser el indicado para la realización de una determinada actividad, se aplica efectivamente. De cualquier otra forma se tendrá que concluir que no es idóneo, bien porque no es el indicado o bien porque no se aplica en la práctica como debería.

Dejando claro lo anterior, se procederá a hacer una enunciación de algunos de los principales estándares que rigen en el marco de un proceso penal para la investigación en casos de violencia sexual en mujeres tendientes a prohibir su revictimización y, además, se les valorará en casos concretos en virtud de lo planteado en párrafos anteriores:

2.1 Estándares Nacionales

I. La enunciación de derechos en la CP y en los tratados de DDHH no debe entenderse como negación de otros que no figuren expresamente en esas normas

La Constitución Política de 1991 en su artículo 94 es el punto de partida en cuanto al estándar en materia investigativa de los delitos de violencia sexual en Colombia, puesto que menciona: *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”*²⁶. Conforme a lo anterior, la Carta respalda la organización política del país, es decir, un Estado Social de Derecho, pues pone de presente que el centro del ordenamiento es la persona humana, siendo esta destinataria de garantías y derechos a nivel nacional e internacional. En consecuencia, se puede afirmar que la dignidad humana, entendida como principio y como derecho fundamental autónomo, exige que la persona tenga un trato

²⁶ Art 94 Constitución Política de Colombia.

especial en relación con su condición²⁷, cuyo campo práctico para estos efectos es la intervención en el proceso penal.

II. Para realizar exámenes físicos a las víctimas la policía podrá pedir auxilio de perito, previo consentimiento y siempre que no haya peligro para la salud de ellas

El Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) en el artículo 250 establece que cuando resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o exámenes respectivos. Se deberá obtener el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz. Si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías. Por otro lado, el examen se realizará en un lugar adecuado, como el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o en un establecimiento de salud.

En análisis de este artículo, la Corte Constitucional²⁸ dispuso que, en caso de negativa, el juez de control de garantías podrá autorizar o negar la medida. Sin embargo, la negativa de la víctima prevalecerá salvo cuando el juez, después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada en las circunstancias del caso, concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida sea la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia.

III. Para la realización de exámenes médico legales se requiere el consentimiento libre e informado de la víctima y para la realización de entrevistas, se debe evitar las preguntas reiterativas o que se pueda obtener la respuesta por otros medios

El Manual Protocolo de investigación de la Fiscalía General de la Nación adoptado por la resolución 01774 de 2016 para el Recaudo de evidencia en casos de violencia sexual es considerado como el documento directriz para las actividades que realicen sus funcionarios en las labores investigativas. Establece una serie de requisitos especiales para la investigación y recolección probatoria en el marco de un proceso por delitos sexuales. Así, sobre los requisitos de

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-291-2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 822-2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

solicitud de los exámenes médicos y médico-legales, es deber de la entidad considerar:

1. Puede realizarse por iniciativa de los (las) funcionarios de policía judicial en el marco de los actos urgentes o por orden del (la) fiscal.
2. No requiere autorización del juez de control de garantías.
3. Requieren del consentimiento libre e informado de la víctima²⁹ para su realización³⁰.

Para la práctica de entrevista a las víctimas de violencia sexual, se establece realizar la entrevista en una sola sesión con un lenguaje apropiado por parte de los funcionarios hacia víctima, si esta se ha extendido por muchas horas y la víctima manifiesta cansancio o desea parar se debe programar una nueva cita. Igualmente, en entrevistas posteriores se debe evitar volver sobre temas ya abordados o que puedan ser revelados en otras instancias (médicas, legales, etc.).

IV. Las intervenciones corporales como medio de prueba deben ser adecuadas, necesarias, proporcionales y contar con el consentimiento de la víctima

La Corte Constitucional, en Sentencia C-822-2005, hace referencia a la práctica de intervenciones corporales, y establece que este medio probatorio es especialmente lesivo para con los derechos del afectado porque al recaer directamente sobre el cuerpo humano, y puede afectar derechos fundamentales como la dignidad humana, la intimidad, la integridad corporal o el libre desarrollo de la personalidad. Esto ha hecho que para la práctica de este medio probatorio se hayan creado una serie de requisitos formales y materiales orientados a impedir la excesiva vulneración los derechos en juego. En el caso de las intervenciones corporales sobre el cuerpo de la víctima, se establece un conjunto de requisitos, al margen del texto legal, para su práctica:

1. Adecuadas para lograr el fin buscado,

²⁹ Del mismo modo, se dispone que, si la víctima se niega a la práctica de la valoración médico legal, en ningún caso debe ser forzada a hacerlo, incluso después de ser autorizada por el Juez de Control de Garantías. Esto no indica la inexistencia del delito o de falsedad del relato de la víctima.

³⁰ Siguiendo la redacción del artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, que en caso de niños(as) o de personas en condición de discapacidad, el consentimiento debe ser otorgado por su representante legal o por el defensor de familia, en su defecto por el comisario de familia, el personero o el inspector de policía. El consentimiento debe ser diligenciado por el personal de salud o médico forense.

2. Necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin buscado y, por último,
3. “Proporcionales stricto sensu”, esto es, que no sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar.
4. El consentimiento de la víctima, que es determinante para decidir si se pueden o no practicar los exámenes y reconocimientos conducentes a esclarecer los hechos.

2.2 Estándares internacionales en normas de soft law

I. Las mujeres víctimas de violencia sexual deben ser tratadas con consideración y respeto por su dignidad para evitar su revictimización

La “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la mujer”³¹, dispone su artículo 4 una serie de compromisos para que los Estados garanticen a la mujer víctima de violencia su derecho a ser tratada con consideración y respeto por su dignidad. Igualmente, la obligación de adoptar medidas que eviten una segunda victimización y a proceder con la debida diligencia para prevenir, investigar y castigar los actos de violencia contra la mujer.

La Comisión sobre la Prevención de Delitos sobre la Justicia Penal de la ONU, hizo recomendaciones a los fiscales, con el objetivo de que pudieran cumplir con sus funciones con respeto por la dignidad humana de todos los intervinientes en el proceso, y con la debida consideración por las víctimas de delitos sexuales.

Esta misma Comisión³², concluyó que uno de los principales elementos para el desarrollo de programas de atención a las víctimas era la prestación de asistencia a las mismas *“teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de la victimización, la promoción y asesoramiento y las actividades de intervención y respuesta en situaciones de crisis, la participación en el sistema de justicia, y la indemnización y el resarcimiento de las víctimas”*.

³¹ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

³² Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Sexto período de sesiones, Viena, 28 de abril a 9 de mayo de 1997, “Utilización y Aplicación de las Reglas y Normas de las Naciones Unidas en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal,” Informe del secretario general, E/CN.15/1997/16, 28 de febrero de 1997.

II. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la asistencia inmediata y profesional médica, psicológica y psiquiátrica evita la revictimización

La Corte IDH en su jurisprudencia ha fijado estándares respecto al tratamiento a víctimas de violencia sexual, el caso V.R.P., V.P.C. y Otros Vs. Nicaragua la Corte hizo uso del denominado “deber de debida diligencia reforzada y de no revictimización en investigaciones y procesos penales por violencia sexual en perjuicio de una niña.” Recogiendo y reforzando los estándares ya expuestos en jurisprudencia anterior³³, la Corte Interamericana establece que en una investigación penal por violencia sexual es necesario que, una vez conocidos los hechos, brindar asistencia inmediata y profesional tanto médica como psicológica y/o psiquiátrica, a cargo de un profesional específicamente capacitado, en la atención de víctimas de este tipo de delitos y con perspectiva de género y niñez³⁴. Asimismo, realizar un registro que evite la revictimización de esta.

III. Estándar de la investigación de los delitos de violencia sexual en la práctica judicial

Enunciadas y explicadas las decisiones las recomendaciones establecidas por organismos nacionales e internacionales, se procederá al estudio de casos en concreto de investigación de delitos sexuales para verificar la suficiencia del estándar:

IV. Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia. Revictimización procesal por negligencia en la investigación y judicialización, discriminación basada en el género e inoperancia institucional de la justicia

Jineth Bedoya, una periodista colombiana, fue secuestrada, torturada y violada por paramilitares³⁵. Aquí, dada la negligencia judicial, discriminación basada en el género e inoperancia institucional de la justicia en la práctica probatoria y procesal el Estado colombiano fue declarado responsable de violaciones a derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Jineth Bedoya, tuvo realizar diligencias por su cuenta

³³ Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, supra, párrs. 194, 251 y 252; Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párrs. 242 y 252, y Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil.

³⁴ Ibid.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Jineth Bedoya Lima y Otra V Colombia. Párrafo 86.

para investigar los hechos de su caso durante los 12 en los en su caso quedaba en impunidad por la poca o nula labor de la fiscalía³⁶. Adicionalmente, la señora bedoya fue víctima de un trato discriminatorio basado género, la corte encontró que en el marco de la investigación hubo un trato indiferente frente a la víctima y la violencia sexual sufrida, además de actuaciones enmarcadas en concepciones sexistas y estereotipos discriminatorios contra la mujer³⁷. Finalmente, uno de los episodios dentro del caso de Jineth Bedoya donde la revictimización es más evidente es en la práctica de la prueba testimonial, pues tuvo que relatar los hechos de violencia sexual que sufrió, un total de 12 veces.³⁸

Ante la Corte IDH se demostró que a Jineth Bedoya se le violaron diferentes derechos humanos convencionalmente reconocidos como lo son las garantías judiciales, igualdad ante la ley, protección judicial, integridad personal y derecho a la libertad de pensamiento y expresión, a partir de la falta de debida diligencia, discriminación por razón de género y la carencia de plazo razonable .

V. Sentencia T-554-03. Revictimizadora la práctica reiterada de exámenes ginecológicos a una menor

En el presente caso, La fiscalía ordeno una orden que se le practicara un examen médico para determinar si una menor había sido víctima de violencia sexual, pues la menor aseguraba que había sido abusada sexualmente por su padre. A los dos meses se le sometió a una valoración psicológica, donde se le remitió a ginecología para realizar una nueva valoración. Al mes siguiente se dio cumplimiento de la recomendación, de manera que se le cometió por segunda vez al examen ginecológico³⁹. Gracias a una contradicción entre los exámenes, el fiscal solicitó una tercera prueba, a la cual la madre se negó y antes bien interpuso acción de tutela al ponerse de presente la vulneración del derecho fundamental a la integridad física de su hija, puso de presente que ello empeoraría las consecuencias del delito e incluso anotó que el fiscal contaba con otros medios de prueba idóneos para el asunto.

El fiscal archivó la investigación bajo el entendido de que no se realizó una valoración conjunta de las pruebas, no tomó los indicios a consideración, se presumió falsa la declaración de la menor y aplicó erradamente el principio in

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Jineth Bedoya Lima y Otra V Colombia. 2021. pp. 51-58, Pf.125-147.

³⁷ Ibid.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bedoya Lima vs Colombia. p.11, Pf.27. 2021

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-554-2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

dubio pro reo. La Corte Constitucional en sede de tutela ordenó que se practicara el tercer examen, no sin antes de brindarle total protección a la menor de edad. Con ello, pese a revictimizar a la menor con la tercera práctica del examen, se encubre la situación abogando una “tutela” especial a la misma, lo cual resulta opuesto entre sí.

VI. Revictimización procesal por prejuicios y estereotipos machistas

Es alarmante el nivel de revictimización al que están sometidas las mujeres víctimas de violencia sexual, no sólo producto de las formas y problemas prácticos en la investigación de los delitos, sino también debido a los prejuicios y estereotipos con los que se le tratan. No en vano el Informe Final de la Comisión de la Verdad⁴⁰ dispone en su parte de Hallazgos que uno de los problemas más grandes que encontrados en nuestro medio respecto de este tema está en el “*estigma por la violación*” a la que se ven sometidas.

En el litigio las víctimas se ven obligadas a soportar estereotipos, que son utilizados, incluso, como argumento por la defensa para minimizar la violencia sexual o para negar su existencia. Tanto es así, que, en decisión reciente, la Corte Suprema de Justicia⁴¹ ha puesto de presentes supuestas máximas de la experiencia frecuentemente utilizadas en la práctica judicial, como lo es un arraigado estereotipo machista, el cual menciona que casi siempre hay de por medio una relación sentimental, y que la mujer es consciente de la relación sexual.

Lo anterior, a pesar de que la Corte en su jurisprudencia ha dejado en claro la importancia de que en la investigación de este tipo de delitos exista la “obligación de examinar los elementos de juicio eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples prejuicios machistas”⁴².

Una aproximación comparada a la revictimización en el proceso penal, demuestra que la revictimización es una práctica recurrente en el comportamiento de distintos entes investigativos. Tales son diferentes casos en latinoamérica, como un hecho que se produjo México, otro en Perú y un caso de Argentina. En el primer caso, se sometió a tres mujeres a rendir reiterados interrogatorios y exámenes ginecológicos en el proceso⁴³. En el caso de Perú, se

⁴⁰ Informe Final Comisión de la verdad. Hallazgos y Recomendaciones. p. 175.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de junio de 2022 (SP 1795-2022). M.P. José Francisco Acuña.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 Julio de 2020 (SP 2136) M.P. José Francisco Acuña.

⁴³ Ana Beatriz y Celia González vs. México. Revictimización procesal por la práctica de

absolvió a un imputado de acceso carnal teniendo en consideración el color de la ropa interior de la víctima⁴⁴; finalmente en el caso de Argentina se desestimó la detención preventiva de un presunto violador ya que éste usó preservativo⁴⁵.

3. El fin del proceso penal y la investigación de los delitos de violencia sexual contra mujeres: ¿tensión aparente o tensión efectiva?

No cabe duda, la finalidad de todo proceso judicial es buscar la verdad, es el principio del que parte y es la razón misma de su existencia.

Afirma Jairo Parra Quijano⁴⁶: *“toda actuación judicial, sin distinción alguna, debe buscar la verdad de los hechos, para sobre ellos hacer descender el ordenamiento jurídico. Cuando no se reconstruyen los hechos como realmente ocurrieron, estamos juzgando otra cosa”*.

reiterados interrogatorios y exámenes ginecológicos. Tres mujeres fueron violentadas sexualmente por agentes estatales. Se cuestionó la necesidad de un segundo interrogatorio y examen ginecológico, esto teniendo en cuenta, según dijeron, que el primero no ofrecía ninguna duda sobre la ocurrencia de los hechos. En este caso, la Comisión dijo que no era necesario, porque ya se había dado declaración, y entonces prestar de nuevo a una tortura psicológica implicaría humillación y en general, una violación de los derechos de las ofendidas.

⁴⁴ Corte Superior de ICA. Sentencia del 8 de octubre de 2020. Revictimización procesal por prejuicios machistas. En el Perú, un juzgado penal absolvió a un imputado en un caso de acceso carnal vía vaginal, teniendo en consideración la ropa íntima de la víctima. El acusado se reunió con la víctima y luego de compartir un rato en su casa, ésta se levantó desnuda en la cama del presunto violador, quien estaba igualmente desnudo. El juzgado penal al momento del fallo mencionó que, según las máximas de la experiencia, el hecho de que ella estuviera vestida con ropa interior roja con encaje en la parte delantera hacía saber que la víctima estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el acusado, ya que, dicha prenda era usada en momentos íntimos especiales, además de que ese tipo de ropa no correspondía a una personalidad tímida y pasiva.

⁴⁵ Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Santa Fe. Sentencia del 30 de mayo de 2021. Revictimización procesal por prejuicios machistas. En Argentina, una mujer fue accedida carnalmente por un hombre que trabajaba cerca del lugar donde ella habitaba. Al denunciar los hechos, el juez penal de primera instancia desestimó la detención preventiva del acusado, pues consideró que el uso del preservativo indicaba que el acceso no había sido forzado. Sobre ello, el juez mencionó que no podía concebir cómo se avanzó sobre el cuerpo de la víctima al mismo tiempo en el que se colocaba la protección sin perder el control de ambas situaciones.

⁴⁶ Parra Quijano, Jairo. 2011. Manual de Derecho Probatorio, décima octava edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Lo anterior se hace aún más visible tratándose del proceso penal, pues se constituye como el espacio en el que con mayor intensidad el Estado, como monopolizador de la acción penal, priva o restringe derechos fundamentales de los ciudadanos. En efecto, la misma Corte Suprema de Justicia ha dicho que en este proceso los funcionarios judiciales *“con la debida observancia de las garantías debidas de todos los sujetos que en él intervienen, procuran mediante el método reconstructivo el establecimiento de la verdad acerca del hecho histórico que se reputa delictuoso”*⁴⁷.

La búsqueda de la verdad, entonces, es de mayúscula importancia en este proceso, pues no en vano nuestro ordenamiento jurídico consagra el estándar probatorio de “más allá de toda duda razonable” para emitir una decisión condenatoria⁴⁸. Para cumplir con él y la búsqueda de la verdad de los hechos que juzgan, en la praxis se da un debate probatorio entre la defensa y el ente acusador; el cual debe lograr, mediante un riguroso trabajo investigativo, que el juez adquiera lo que en doctrina se ha denominado una certeza objetiva, es decir, aquella certeza para tomar la decisión que se adquiere producto de externalidades (pruebas)⁴⁹.

De lo anterior, resulta diáfano que la verdad ha sido entendida como el eje axial sobre el cual se deben enfocar los esfuerzos de la investigación penal, que por ser una actividad mediante la cual es posible la afectación grave de derechos fundamentales debe estar rodeada de garantías para todos aquellos que intervienen⁵⁰, incluyendo a la víctima. Esto, en concordancia con la necesidad de que el Estado, en ejercicio de la acción penal, se someta a límites y no haga uso indiscriminado de la misma en merma de los intervinientes en el proceso.

Empero, en la investigación de los delitos de violencia sexual, la búsqueda de la verdad resulta más compleja, puesto que son varias las eventualidades que pueden ocurrir en su desarrollo pudiendo así coartar dicho objetivo:

Primeramente, es de resaltar el impacto emocional que sufre la víctima de este tipo de delitos, haciendo que la recolección de elementos probatorios que impliquen a la víctima se entorpezca, o bien la no realización de una denuncia inmediata, que dificultaría la recolección de elementos probatorios, máxime que

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. Sentencia del 25 de marzo de 1999. MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

⁴⁸ Artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, establece: “Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio...”

⁴⁹ Ibid. Cita 43.

⁵⁰ Bernal Cuellar y Montealegre Lynett. 2013. El proceso penal II, estructura y garantías procesales. Universidad Externado de Colombia. p. 50.

las señas y secuelas del acto reposan en su cuerpo, y que en muchas ocasiones constituyen una prueba valiosa dentro del proceso.

Por otro lado, si se acude ante las autoridades se tiene que comprobar con rigurosidad, dentro del sistema interno de control de la Fiscalía, quien recibe la denuncia y hacer un debido acompañamiento en todo el proceso, de lo contrario se correría el riesgo de una mala investigación por parte del ente acusador⁵¹.

Por último, las pruebas practicadas a la víctima, tales como intervenciones corporales o entrevistas resultan en muchos casos de vital importancia para la investigación. No obstante, su práctica reviste de una especial consideración, pues muchas veces pueden devenir en una revictimización, que es a todas luces incompatible con el fin de la justicia penal de protección de los derechos humanos, y otros bienes constitucionalmente garantizados, mediante la investigación y sanción de los atentados graves que se ocasionen contra el disfrute pleno de estos, además del resarcimiento pleno de las víctimas de perjuicios causados por el delito⁵².

Resulta entonces imperativo el especial cuidado que debe tener el ente investigador en el desarrollo de su labor, pues es de suyo reconocido la afectación de la que de ella se puede derivar en el aspecto más relevante del Estado Social de Derecho como lo es la consagración de los derechos humanos, tanto en los tratados internacionales como en las constituciones de cada país.

La intensidad que puede adquirir esa afectación en la práctica de cara a la víctima ha hecho que tanto en el DIDH como en el derecho comparado⁵³ se delimiten dichas medidas en el proceso penal con un conjunto de requisitos para evitarla, los cuales tendrán que buscar la manera de armonizarse con el objetivo mismo del proceso: la consecución de la verdad. Ahora bien, para lograr dicho cometido, está el camino de la eficacia procesal y probatoria y para ello es absolutamente necesario que se salvaguarden los derechos humanos y la dignidad humana. En efecto, el artículo 10 de nuestro Código de Procedimiento Penal establece que *“La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia.”*: ¿Es ello posible?

⁵¹ Patrón Pérez, María Angélica. 2020. Pruebas en delitos sexuales en el contexto del precedente judicial: una aproximación desde el estudio de casos. Editorial Ibáñez. p. 24.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia T-554 de 2003. M.P Clara Inés Vargas.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2005. M.P Manuel José Cepeda.

Como se ha venido demostrando, la verdad ha sido concebida como la finalidad tradicional del proceso penal, así lo ha reconocido la jurisprudencia⁵⁴ y no a otra conclusión puede llegarse teniendo en cuenta que desde nuestra legislación se establece también la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia, mediante la práctica de la prueba que tiene como fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable los diferentes hechos y circunstancias en materia del juicio⁵⁵.

Igualmente, la doctrina ha establecido que el problema de la verdad resulta ser hoy más apremiante que nunca, pues constituye un verdadero “tópico recurrente en la teoría del derecho”, tanto así, que es ampliamente aceptado no se concibe un proceso sin dicho fin⁵⁶.

Lo anterior no es un tema menor, pues en el marco del proceso penal, en la investigación en casos de violencia sexual contra las mujeres, se podría llegar a un paradójico resultado: en el afán de buscar la verdad en protección de los derechos de la víctima con miras a lograr su resarcimiento, se le termine perjudicando y revictimizando. Vale preguntarse entonces ¿Hasta qué punto estamos dispuestos a sacrificar la verdad para evitar la revictimización?

4. Conclusiones y proposiciones

Teniendo en cuenta que el concepto de estándar es dinámico, pues no se limita únicamente a la consagración de un deber ser, sino que, como ya se dijo, para verificar su suficiencia hay que entrar a analizar su aplicación práctica, se concluye que el estándar vigente en la investigación de delitos sexuales contra mujeres no es suficiente. Esto, sustentado en:

La normativa existente respecto del tratamiento que se debe seguir en el marco de la investigación en casos de violencia sexual da cuenta que son múltiples las directrices vinculantes que obligan a adoptar distintas conductas, desde el momento de la denuncia y a lo largo de todo el proceso, dirigidas evitarle a la persona víctima de agresión sexual recrear o reincorporar forzosamente los elementos del delito de agresión sexual a la que fue sometida; o en otras palabras, a evitar su revictimización. Lo anterior, con miras a lograr su efectiva protección, reivindicación de los derechos humanos y un resarcimiento pleno.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. Sentencia del 25 de marzo de 1999. MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

⁵⁵ Código de Procedimiento Penal Colombiano, artículo 372.

⁵⁶ Zamora-Acevedo, Miguel. 2014. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. p.148.

Dentro del gran catálogo de recomendaciones, se puede destacar: el tratamiento de la persona con especial consideración y sobre todo respeto por su dignidad humana; la asistencia inmediata y especial acompañamiento por parte de los entes del Estado en atención a las víctimas de este tipo de delitos; seguido de los especiales protocolos existentes para la práctica de medios probatorios tales como la realización de entrevistas, interrogatorios o intervenciones corporales.

Pese a los anteriores parámetros de conducta, en el marco de las actuaciones judiciales, se puso en evidencia que las mujeres víctimas de violencia sexual tienen que soportar prácticas que, además de resultar violatorias de sus derechos humanos, le generan revictimización. Identificamos las siguientes prácticas de revictimización:

- i. Inoperancia judicial e inoportunidad por parte de los encargados de la administración de justicia que en muchos casos deviene en impunidad.
- ii. Trato discriminatorio por medio del uso de prejuicios, estereotipos y concepciones sexistas plasmadas no sólo en las actuaciones de las mismas autoridades judiciales sino también en otros intervinientes del proceso penal como la defensa.
- iii. Justificación de la agresión sexual del victimario con estereotipos y prejuicios: Se ha encontrado que las respuestas institucionales, en algunas ocasiones, niegan los hechos que suponen un cuestionamiento de las víctimas o familiares, o incluso se hace una inversión de la culpa⁵¹.
- iv. Inversión de la carga de la prueba en cabeza de la víctima cuando le corresponde al Estado.
- v. No residualidad, repetición tortuosa y defectuosa realización de exámenes ginecológicos: En la praxis, aun existiendo medios menos onerosos que permiten llegar al mismo fin probatorio, se ordena la práctica de este tipo de prueba. Además, se encuentran casos en los que se se practican por personas no calificadas y otros tantos en los que someten a la víctima a tortuosas repeticiones.
- vi. Se equipará la negativa de la víctima a practicarse exámenes médicos con una presunta inexistencia de la violencia sexual, pues en algunos casos las autoridades judiciales parecen ignorar otras evidencias que estaban a su alcance para llegar a la verdad.
- vii. Repetición de entrevistas e interrogatorios.

En la misma línea se encuentra el informe final de la Comisión de la Verdad, que encontró un valioso hallazgo que da cuenta de lo que causa algunas conductas revictimizantes anteriormente enumeradas: *“En las violencias sexuales se presenta un gran subregistro por falta de mecanismos adecuados de las garantías para la denuncia, por el estigma asociado a la violación, por las implicaciones*

*subjetivas y familiares que acarrea, por la reiterada exposición a su intimidad y por la desprotección de las víctimas*⁵².

Siendo entonces evidente la violación de derechos humanos existente, lo cierto es que debemos entender que la revictimización se constituye como límite a la eficacia probatoria, y, por consiguiente, se debe eliminar cualquier tipo de acción que vaya en ese sentido. Para lo anterior, puede ser útil el establecimiento de parámetros claros por parte del ente investigador de cuáles son esas conductas que en cada etapa del proceso pueden llegar a causar revictimización, de tal manera que los funcionarios orienten en consecuencia su actuar en el marco de la investigación en delitos de violencia sexual a mujeres.

Igualmente, bien podría ayudar la especialización y capacitación efectivamente a los funcionarios que participan en la investigación de los delitos de violencia sexual en mujeres para tratar a las víctimas con enfoque diferencial de género. Lo anterior, en concordancia con la recomendación de la Comisión de la verdad, que establece la necesidad de: *“diseñar medidas especializadas en el marco de la política que permitan atender y reparar los daños específicos según el hecho victimizante, garantizando el fortalecimiento de los enfoques diferenciales de género, étnico, discapacidad y curso de vida”*⁵³.

Sin embargo, de poco servirían las anteriores propuestas para lograr la solución al problema si no se replantea la finalidad misma del proceso penal en un Estado Social de Derecho en el sentido de que no se debe enfocar en la búsqueda de la verdad a toda costa, que, aunque importante, no puede seguir constituyendo el eje sobre el cual todo el proceso gira. El replanteamiento entonces del proceso penal pasa por tomar como finalidad del mismo la protección de los derechos humanos de los implicados, abarcando en efecto a la víctima y haciéndose más latente, sin duda, en el marco de una investigación en casos de violencia sexual por el especial riesgo existente de socavamiento de sus derechos humanos producto de la revictimización.

Por último, no sobra indicar que no es intención de este trabajo dar todas las respuestas al problema que se ha esbozado, pero lo cierto es que no se puede continuar siendo conformista al tener un conjunto de normas y recomendaciones bien escritas. Para intentar dar con una verdadera solución a este tópico tan sensible y que desafortunadamente está presente en el día a día, se necesita más allá de lo anteriormente planteado, de empatía, humanización y apoyo a la afectada; no sólo desde su círculo más cercano, sino que es un trabajo que corresponde a todos como sociedad, y que se hace aún más relevante y urgente de adoptar en el marco de un proceso penal por medio de sus intervinientes: sólo así se logrará alcanzar una verdadera avenencia entre proceso y derechos humanos.

5. Bibliografía

Doctrina nacional y recursos investigativos

- Atracos, abuso sexual y hasta homicidios: los delitos que más se cometen en Colombia. 26 de enero de 2022. Disponible en internet: <https://www.rcnradio.com/recomendado-del-editor/atracos-abusosexual-y-hasta-homicidios-los-delitos-que-mas-se-cometen-en#:~:text=Atracos%2C%20abuso%20sexual%20y%20hasta,se%20cometen%20en%20el%20pa%C3%ADs>.
- Bernal Cuellar y Montealegre Lynett. 2013. El proceso penal II, estructura y garantías procesales. Universidad Externado de Colombia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2015. CIDH publica informe sobre estándares jurídicos sobre igualdad de género. Disponible en internet: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/132.asp>.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. 2013. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Disponible en internet: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/programas/mujer/Material_difusion/c_onvencion_BelemdoPara.pdf.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2019. Violencia Sexual contra Niñas y Adolescentes. Disponible en Internet: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf>.
- Del Valle Montoya, Piedad y Hernández Hernández Oscar Iván. 2010. Aborto y delitos sexuales en Antioquía a finales del siglo XIX y principios del siglo XX: una historia secreta. Universidad Cooperativa de Colombia.
- Dupret, Marie-Astrid y Unda, Nathalia. Revictimización de niños y adolescentes tras denuncia de abuso sexual | Universitas. Revistas Científicas UPS. Disponible en Internet: <<https://revistas.ups.edu.ec/index.php/universitas/article/view/19.2013.04>>.
- Ferrajoli, Luigi. 2005. “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en *Estudio sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli*, Trotta.
- Fuente Villalaín, Marta de la Fuente. 2012. Contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda al Derecho Internacional y a la protección de las mujeres en tiempos de conflicto. P. 13. Disponible en internet: <https://iecah.org/wp-content/uploads/2012/05/ruanda.pdf>.
- Gonzalo Castro, José Arnoldo. PROGRAMA DE FORMACIÓN INICIAL DE LA DEFENSA PÚBLICA TEORÍA DEL DELITO. Disponible en Internet: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/27646.pdf>>.
- Herramientas para la protección de Derechos Humanos. 2010. Centro por la Justicia y Derecho Internacional (CEJIL). Compilado por Liliana Tojo.

- Disponible en internet: https://cejil.org/wp-content/uploads/pdfs/sumarios_jurisprudencia_violencia_de_genero_1.pdf
- Instituto Colombiano de Bienes Familiar (ICBF). 2018. Abuso Sexual/ Violencia sexual. Disponible en Internet: <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/r_cor_cz_sah_presentacion.pdf>.
- La República. 2022. Los países con los índices más altos de criminalidad organizada en todo el mundo. Disponible en internet: <https://www.larepublica.co/globoeconomia/los-paises-con-los-indices-masaltos-de-criminalidad-organizada-en-todo-el-mundo-3351148>
- Márquez Estrada, José Wilson. 2013. Delitos sexuales y práctica judicial en Colombia: Los casos de Bolívar, Antioquía y Santander. Universidad de Cartagena.
- Martin, Beristain Carlos. 2005. Historias entre las manos, un testimonio de acompañamientos a las víctimas. Revista Centro por la Justicia y Derecho Internacional (CEJIL).
- Martorella, Ana Maria. Abuso sexual infantil intrafamiliar: revictimización judicial. Disponible en Internet: <<https://es.scribd.com/document/129145978/paper-Martorella-Revictimizacion-en-ASI-6m1conf449312>>.
- Mercado Justiniano, Gloriam Zaid. 2017. Criminología Victimal. La revictimización procesal de la agresión sexual y sus consecuencias neuropsicoemocionales: investigación preliminar y reacción a los medios sociales. Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico.
- Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina Del Alto Comisionado México ¿Qué son los derechos humanos?. Disponible en: <https://hchr.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos/>
- Ocaña Fernández, Sergio. 2017. Violencia, marginación, delitos sexuales y capacidad jurídica de la mujer en las partidas alfonseís. Universidad de Jaén.
- Onofre de Alencar, Emanuela Cardoso. 2011. La violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados: Un análisis de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc para la ex –Yugoslavia y Ruanda.
- ONU Mujeres. S.f. Violencia contra las mujeres. Disponible en internet: <https://interactive.unwomen.org/multimedia/infographic/violenceagainstwomen/es/index.html#home-2>.
- ONU Mujeres. Tipos de violencia contra las mujeres y las niñas. Disponible en internet: <<https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence>>.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). 2021. Violencia contra la mujer. Disponible en internet: <https://www.who.int/es/news-room/factsheets/detail/violence-against-women>.

Orjuela Ruiz, Astrid. 2012. El concepto de violencia de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*.

Parra Quijano, Jairo. 2011. *Manual de Derecho Probatorio*, décima octava edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Patiño, María Teresa. 2012. *Historia y Memoria. Delitos en torno al núcleo familiar, delitos contra las mujeres*. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Patrón Pérez, María Angélica. 2020. *Pruebas en delitos sexuales en el contexto del precedente judicial: una aproximación desde el estudio de casos*. Editorial Ibáñez.

Reyes, Sebastián. 2012. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. Universidad Austral de Chile. Disponible en internet: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art10.pdf>

Ríos, Jerónimo y Brocate, Roberto. 2016. Violencia sexual como crimen de lesa humanidad: los casos de Guatemala y Perú. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* Disponible en Internet: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37874.pdf>>.

Rodríguez Rescia, Victor. S.f. El debido proceso legal y la Convención Americana de Derechos Humanos. p. 1306.

Torres Tópaga, William. 2019. *Lecciones de Derecho Penal parte especial, Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*: Universidad Externado de Colombia.

Vallejo Montoya, Natalia y otros. S.f “Aplicación del Estándar de Prueba por los jueces promiscuos”. Universidad Eafit

Womens Worldwide. 2016. Rape as a war crime. Disponible en internet: <https://www.womenslinkworldwide.org/premios/casos/violacion-como-crimen-de-guerra>

Zamora-Acevedo, Miguel. 2014. La búsqueda de la verdad en el proceso penal.

Normatividad

Manual Protocolo de investigación de la Fiscalía General de la Nación adoptado por la resolución 01774 de 2016 para el Recaudo de evidencia en casos de violencia sexual. Disponible en internet: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Modulo-3.pdf>

Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

c. Tratados internacionales

Comité para la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer (CEDAW). Comunicación número 18 de 2008. Vertido vs Filipinas. Disponible en internet: <https://www.mpf.gob.ar/ebooks/genero/X.%20Informes%20y%20fallos%20internacionales/Sistema%20Universal/3.%20CEDAW%2C%20Vertido%20v.%20Fili%20pinas.pdf>

Convención Belem do Pará. Organización de Estados Americanos (OEA). 1994.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

ONU. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. 1995.

d. Jurisprudencia

Corte Superior de Justicia de ICA. Sentencia del 8 de octubre de 2020 (002822-2019-90-1401-JR-PE-03). MP. Ronald Nilton Anayhuamán Andía, Lucy Julliana Castro Chacaltana y Diana María Jurado Espino. Disponible en internet: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Exp.-002822-2019-LP.pdf>

Corte Constitucional. Sentencia (CUIJ 21-21551314-6). MP. Jorge Alberto Barraquirre.

Corte Constitucional. Sentencia T-554 de 2003. M.p Clara Inés Vargas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25 de noviembre de 2006. Caso del Penal Miguel Castro vs Perú. Párrafo 308.

Corte Constitucional. Sentencia T-291-2016. M.p. Alberto Rojas Ríos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bedoya Lima vs Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso V.R.P., V.P.C.** y Otros Vs. Nicaragua.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 4 de abril de 2001. Caso 11.565: Ana, Beatriz y Celia González vs México.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Violencia Sexual contra Niñas y Adolescentes. oas.org Disponible en Internet: <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/factsheets/03.pdf>>.

LOS JUICIOS PARALELOS Y EL DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO LEGAL: UNA MIRADA SUSTANTIVA

*Gabriel Ricardo García Martínez, María Camila Marín Restrepo,
Yuliana Hurtado Vélez, Juan Manuel Hernández Gaviria y
Juan Esteban Pacheco Pava*

Tutor: *Milton César Jiménez Ramírez*
Universidad de Caldas

Resumen

El ejercicio de la libertad de expresión, maximizada en una sociedad democrática y pluralista, bien sea por medios tradicionales y, más aún, por redes digitales, si se hace de manera indebida, podría llegar a vulnerar derechos humanos de otros. Esto puede ocurrir con los “juicios paralelos” que se realizan sobre procesos aún no culminados, generando el riesgo de crear injerencias en la autonomía del juez, por lo cual la libertad de expresión se vería enfrentada con derechos como el debido proceso, el buen nombre, la honra y la intimidad. El objetivo principal de este trabajo consiste en rastrear el control jurídico, sobre todo jurisprudencial, que tienen los juicios paralelos: cómo se previenen, regulan y permiten estas presiones.

Palabras clave: Juicios paralelos, libertad de expresión, Derechos Humanos, debido proceso legal, test de proporcionalidad, escrache.

Abstract

The exercise of freedom of speech either by traditional or digital means maximized in a plural and democratic society, if done incorrectly might infringe other people's Human Rights. This could happen

through “parallel trials” made on a case that hasn’t been settled and ultimately generating the risk of intruding the decision making and autonomy of the judge, and thus freedom of expression collides with the rights to a due process of law, privacy, honour and reputation. The main goal of this paper is to track the normative control -mainly judicial- that parallel trials are put under: how is this pressuring prevented, regulated and allowed.

Key words: Parallel trials, freedom of speech, Human Rights, due process of law, proportionality test, escache.

Introducción

La imparcialidad e independencia judicial son elementos esenciales para la correcta administración de justicia, tanto que sin ellos el proceso no podría cumplir su función principal de ser vehículo para la solución de conflictos que implican la disputa entre derechos humanos. Sin embargo, otro de los elementos indispensables es el principio de publicidad, prescrito como mecanismo de control para evitar excesos de poder y como herramienta para dar legitimidad a las decisiones judiciales.

Este último principio y el derecho a la libertad de expresión son inescindibles, y se justifican mutuamente, pero ante un uso desproporcionado que de este se haga, se podría crear una afectación inaceptable constitucionalmente a los dos primeros principios mencionados (independencia e imparcialidad) y a otros derechos humanos como el derecho a la honra, al buen nombre y a la intimidad, todos al final ligados a una debida marcha de la debida aplicación de justicia.

Los medios masivos de comunicación, sean tradicionales o digitales, a través de la creación de juicios paralelos, tienen la posibilidad de someter al juez a cargas de opinión pública sobre la forma en la que debe decidir sus casos. Como aproximación a esta problemática, en este artículo se expone el concepto de los juicios paralelos, para luego abordar el contenido de los principales derechos que entrarían en disputa. Seguidamente, se presentará una síntesis de las directrices especializadas que para cada conflicto ha creado la jurisprudencia con el fin de orientar a los jueces y a la ciudadanía, derivadas del debate judicial de casos emblemáticos que comprometieron esas tensiones. Se finalizará con algunas conclusiones y observaciones sobre estas directrices y sobre los desafíos que esta materia implica para realizar una adecuada administración de justicia.

1. Los juicios paralelos

1.1 Conceptos previos

Siguiendo a Gorini, los juicios paralelos no son otra cosa que “los juicios de valor emitidos por los medios de comunicación masiva frente a la información obtenida en el desarrollo de un proceso judicial”¹. Esto significa que, de acuerdo a esta información, la audiencia se convierte en una especie de instancia decisoria dentro del proceso, emitiendo juicios que pueden ser relevantes en materia de derechos y garantías de las cuales gozan las partes e intervinientes vinculados al proceso.

En ocasiones, durante el proceso, sin que el juez aún adopte una decisión, los medios y las redes sociales hacen uso desproporcionado de la información, incitándolo de manera indirecta a resolver de una forma en particular, o generando en la audiencia cierta motivación indebida hacia algunos puntos de vista. Atendido a lo afirmado por Harbottle, se perturbaría “su imparcialidad e independencia con un discurso populista acudiendo a mecanismos como la entrevista de abogados parcializados o de testigos del caso, o dando a conocer el contenido de otro tipo de pruebas, sin respetar derechos y garantías constitucionales y legales”². Según Barragán et al³, buscan que su decisión concuerde con el “juicio paralelo” al condicionarlo a los efectos mediáticos que tendrá su resolución.

Según Angela Martialay⁴, la presión mediática no solamente se podría presentar en la decisión de fondo, sino también en otras situaciones tales como la ralentización o aligeramiento de los términos de notificación de las providencias, lo cual podría generar más diligencia en ciertos procesos con mayor atención mediática, desencadenando desigualdad que afecta la correcta administración de justicia.

¹ GORINI J. L. La publicidad de la etapa de prueba de los juicios penales y el fortalecimiento institucional del Poder Judicial. En Bourdin, M. & Méndez, P. (Comp.), Justicia Argentina online. El nuevo modelo comunicacional. Buenos Aires. (2016)

² HARBOTTLE F. Independencia Judicial y Juicios Penales Paralelos. ACADEMO Revista De Investigación En Ciencias Sociales Y Humanidades, 4(1). (2017)

³ BARRAGAN P. et al. Las decisiones judiciales: un dilema entre la legitimidad y la influencia de los medios de comunicación.” Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política; Vol. 12, no. 2 (2018)

⁴ Martialay A. Periodista jefa de tribunales del diario “El Mundo” de España. Estudio Creativo. Webinar Juicios Paralelos. [Archivo de video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=VV-d132stPw>

La contemporaneidad y lo que esta conlleva, ha permitido que hoy sean más quienes informan, opinan y comparten. Las redes sociales han permitido el nacimiento de “periodistas sin título” o “periodistas ciudadanos”⁵, que suelen desconocer los límites de la función comunicativa y lesionar otros derechos, especialmente de los involucrados en un proceso. Las redes sociales podrían hacer más peligrosos los juicios paralelos cuando quien informa lo hace desde el anonimato, cuando es alguien con una posición “dominante” como los llamados *influencers* que generan tendencias de opinión, o cuando se generan “estados de opinión confrontados” sobre un mismo caso judicial.⁶

En efecto, las redes sociales brindan la posibilidad de interactuar y de opinar de manera inmediata sobre un acontecimiento en específico sin mayor responsabilidad, y es por ello que es tan agradable para el público pero a la vez tan peligroso. En muchos casos la información que se publica se valida por la cantidad de interacciones que tiene y no por su contenido y verificación. Con lo cual es relevante analizar un poco la comunicación por este medio que ha sido denominado el “quinto poder”⁷.

1.2 El quinto poder

La prensa o los medios de comunicación masiva han sido considerados como el “cuarto poder”⁸ por la gran influencia que tienen sobre las personas y la facilidad para hacer llegar los mensajes. Con el paso del tiempo, el fin, los principios y estándares con los cuales se justificaba el periodismo, se empezaron a socavar; por ejemplo, la objetividad se ha visto menguada, debido a una íntima relación con los gobiernos de turno o poderes tradicionales.

Tenían una gran facilidad para tergiversar las noticias e informar parcialmente, ya fuera para alimentar una narrativa o por inercia apoyar a determinado actor político o social, por conveniencia o interés económico.⁹ “Desde hace un tiempo se ha perdido esa mirada virginal que se tenía del periodismo y que lo presentaba como un médium entre la sociedad civil y los gobiernos, médium que servía, al mismo tiempo, para amplificar las demandas de la comunidad y para controlar a los representantes populares obligados a hacer

⁵ Términos usados por: FOWKS. J. Mecanismos de la posverdad. Fondo de cultura económica, 2018. p. 21

⁶ GUZMÁN V. Juicios paralelos en las redes sociales y proceso penal. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, 2018, n.º 27, pp. 52-66.

⁷ PALMA D. Quinto poder: el ocaso del periodismo. Planeta, 2014.

⁸ Ibid.

⁹ FOWKS. Op. cit., p. 11.

públicos sus actos”¹⁰ Así muchos dejaron de verse reflejados en los intereses de este cuarto poder y así se emprendió la búsqueda o creación de uno nuevo.

La información a través de las redes sociales, surgió entonces por la decadencia que tuvo el periodismo y la forma de manejar la información por parte de los medios de comunicación. Por ese motivo, según Fowks¹¹, se convirtieron en una alternativa para la sociedad, tanto porque tienen mayor alcance como porque se puede obtener información de manera más accesible, en cualquier momento y lugar, situación que llevó a las empresas periodísticas a adaptarse a los cambios de las redes sociales, para no perder la influencia que tenían.

Como consecuencia de la emergente regulación de las redes sociales, su uso y la información que se maneja a través de las mismas se confunde y no se cuestiona, no existe diferenciación entre opinión e información, por lo cual se dificulta el determinar su veracidad y objetividad. Las redes sociales son tan poderosas, que permiten que la audiencia crea que la información obtenida no tiene campo para ser falsa. Fuera de ello, este medio permite que cualquier ciudadano comparta información para beneficiar o atacar a un grupo de personas en específico, con el agravante que por la desconfianza a los otros medios este resulta poco cuestionado.

1.3 Planteamiento del problema

Según Pedro del Rosal¹², los juicios paralelos serían en principio legales en concordancia con la garantía de la libertad de expresión y la publicidad judicial, pero de la misma manera, el uso desmedido e irresponsable de la información relacionada con algún proceso judicial podría poner en riesgo otros derechos humanos (la intimidad, la honra, el buen nombre y la presunción de inocencia) pues con la divulgación de información, ya no se trataría solo de la percepción jurídica, sino también social.

Ahora bien, la jurisprudencia nacional no se ha enfrentado con recurrencia a la tensión que eventualmente se puede generar entre los derechos mencionados. Sin embargo, debido a que la revisión de este conflicto depende de las circunstancias especiales de cada caso, aún no existe uniformidad en la manera en que esta tensión debe ser desatada.

¹⁰ PALMA. Op. cit. p.194

¹¹ FOWKS. Op. cit.

¹² DEL ROSAL P. Redactor jurídico del diario “El Confidencial” de España. Estudio Creativo. Webinar Juicios Paralelos. [Archivo de video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=VV-d132stPw>

Con apoyo de jurisprudencia interamericana (CIDH) y extranjera, la Corte Constitucional colombiana ha establecido algunas reglas y esquemas que deberían direccionar el discernimiento del juez a la hora de enfrentarse a estos conflictos. En este texto se trata de responder la siguiente pregunta: ¿Cuál es el control jurídico que tienen los juicios paralelos en caso de que se presenten?

Para dar respuesta a dicho problema jurídico, se abordará esta temática así: (i) primero, una conceptualización de los principales derechos que entrarían en el conflicto; (ii) después, se realizará un compendio de las directrices que la jurisprudencia nacional de la Corte Constitucional recomienda seguir para una adecuada valoración del conflicto; y (iii) por último, se expondrán unas conclusiones sobre la materia.

2. Conceptualización de derechos humanos en conflicto

2.1. Garantías Procesales

2.1.1 El debido proceso legal: un derecho humano

Al mundo y a sus dinámicas sociales les es inherente una serie de desigualdades que han exigido a la humanidad la creación de mecanismos para superarlas. Uno de estos ha sido la solución mediante el proceso jurisdiccional. En este se busca tratar a las partes en contienda bajo parámetros de igualdad, ante un juez imparcial e independiente. En el proceso judicial contemporáneo, la decisión que pondrá fin jurídico al conflicto estará determinada por la valoración que del acervo probatorio allegado por las partes haga el juez. Según Carofiglio¹³, en este proceso se trata de alcanzar una verdad judicial.

El debido proceso legal es la evolución, es la forma que se considera más adecuada, equilibrada y ante todo, es la manera de conducir el conflicto con base al derecho, para garantizar la igualdad de las partes y los derechos de los actores internos y externos. Este es un derecho humano¹⁴ que tiene recono-

¹³ Durante el proceso casi que inductivo se infiere una conclusión con casi nula probabilidad de ser falsa, por lo que la verdad en el proceso es referido a la nula o poca posibilidad de que lo contrario sea cierto y no tenga posibilidad de ser aceptado como verdad. Tomado de: Carofiglio, Gianrico. *El arte de la duda*. Madrid: Marcial Pons, 2010. Citando a E.Fassone, "la valutazione della prova" en *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, Milano, 1986, p. 111.

¹⁴ Los derechos humanos en su dimensión de categoría jurídica refieren a los valores que han sido positivizados por diversos instrumentos internacionales generando obligaciones para los Estados. Aun así la doctrina dice que los derechos fundamentales "son, en el plano constitucional, el equivalente jurídico de los derechos humanos, a nivel del

cimiento nacional e internacional¹⁵ y exige del respeto de, entre otras, las siguientes garantías: (i) el derecho a la presunción de inocencia; (ii) el derecho a un proceso público; y (iii) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas¹⁶. Siguiendo a Rodríguez Rescia, al ser garantía de los derechos de los ciudadanos y de las partes, es consagrado como un derecho humano que “busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana”¹⁷.

2.1.2 La independencia judicial: garantía de los derechos humanos

La independencia judicial implica que nadie podrá inmiscuirse de manera ilícita en las actuaciones del juez dentro del proceso; el juez debe tener la protección y garantías para no permitir que sea usurpada su función. Es por ello que en el proceso se garantizan ciertas protecciones que no pueden ser transgredidas por factores internos (las partes) o externos (ajenos al proceso). Todo lo anterior, con el fin de garantizar la correcta administración de justicia y asegurar el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos dentro de un Estado Social de Derecho.

Es así como a esta garantía procesal se le ha dividido en tres facetas¹⁸: (i) autonomía judicial funcional; (ii) autonomía judicial como imparcialidad; y (iii) la autonomía orgánica o insularidad política. En términos similares, para la jurisprudencia interamericana en reiteración de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), “la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una

derecho internacional público” (Uprimny R, Uprimny M. & Vera, O (2017). Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Módulo de Formación Autodirigida. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura; páginas 36- 38)

¹⁵ Entre otras, artículo 10 de DUDH; artículo XVIII, XXVI DADDH; artículo 8 CADH, artículo 14 del PIDCP; y artículo 29 CP.

¹⁶ Fundamento 33 de Corte constitucional .Sentencia.SU-274 de 2019 en reiteración de Sentencias.C-980 de 2010, C-341 de 2014 y C-163 de 2019; Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12: Debido Proceso)

¹⁷ RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel. “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”H.Fix-Zamudio,LiberAmicorum, Vol II (1998):1295-1328. p. 1296.

¹⁸ Corte constitucional. Sentencia C-285 de 1 de junio de 2016. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas”¹⁹. En últimas, es en la tercera de estas en la que se hará énfasis, ya que en ellas se encuentran las intervenciones o injerencias mediáticas y refiere al control democrático de las decisiones judiciales, que se encuentran cargadas de poder y ante el riesgo de un uso desproporcionado de los derechos de expresión, por lo que, siguiendo a Harbottle²⁰, podrían constituirse en una forma eficiente de influir en el ánimo de los juzgadores y en consecuencia de restarles independencia.

En el mismo sentido, siguiendo lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la independencia judicial, se trata en realidad de un derecho que exige que el juez no se constituya en parte del proceso. Su función es tutelar los derechos de los involucrados en el conflicto y no intentar quedar bien, o proteger los intereses de la mayoría, pues también debe ser el garante de los derechos e intereses de las minorías.²¹

Para que las decisiones tomadas estén permeadas de validez y legitimidad, no pueden estar mediadas por “intereses preconstituidos distintos a la aplicación del derecho positivo al caso particular”²² y así, que el juez debe estar separado tanto personal como institucionalmente de las partes involucradas, de las demás instancias en la organización judicial y de todo sistema de poderes. “De este modo, la exterioridad del juez frente al sistema de poderes se convierte en una condición de objetividad, neutralidad, imparcialidad y justicia material de las decisiones judiciales.”²³ Es pues, un principio esencial del sistema jurídico que irradia todo el ordenamiento. Incluso en el ámbito internacional se reconoce su papel en el acceso a la administración de justicia y materialización de los derechos humanos como “vehículo para la concreción de los derechos y libertades individuales.”²⁴

2.1.3 La imparcialidad judicial

Como se advirtió arriba, este principio forma parte esencial del debido proceso entendido, como la falta de prevención ante el caso en concreto, en la que

¹⁹ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, Referenciado en Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12: Debido Proceso.

²⁰ HARBOTTLE. Op. cit.

²¹ Ibidem.

²² Corte constitucional. Sentencia C- 285 de 1 de junio de 2016. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

el juez debe decidir basado en los hechos y no en juicios *a priori*, presiones, prevenciones o influencias que desvíen la verdadera finalidad del proceso judicial; permite que el juez decida de manera equilibrada, con objetividad, neutralidad y ecuanimidad haciendo prevalecer el derecho sustancial, la Constitución Política y los derechos de los que gozan las partes. En síntesis, la imparcialidad es no estar comprometido con alguna de las partes, pues sólo de esa forma puede reconocer el derecho que a cada una le corresponde.²⁵

La Corte Constitucional²⁶ ha dividido el principio de imparcialidad en dos dimensiones, una de carácter subjetivo relativo a la relación del juez y las partes evitando que exista un contacto previo y otra objetiva referida al objeto del proceso, pretende evitar que el juez tenga un contacto anterior con el caso y así lograr el objetivo de la resolución más correcta, viable y razonable del conflicto sin prevenciones, por lo que se recuerda que “la imparcialidad requiere independencia. Sin independencia real y buscada hay parcialidad; sin imparcialidad para juzgar los casos conforme a la ley ante la que todos somos supuestamente iguales no hay justicia”²⁷. La imparcialidad se podría ver vulnerada, por ejemplo, con la intervención mediática y la presión social propiciada por los medios de comunicación y las redes sociales.

2.1.4 El principio de publicidad

El principio de publicidad cumple un papel fundamental dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que surge como una garantía para evitar que se vulneren otros derechos, tales como el derecho al debido proceso, la igualdad, la presunción de inocencia, entre otros. Antiguamente, los juicios eran privados y existía cierta arbitrariedad en los métodos que se utilizaban, tales como la tortura, situaciones que incidieron en la concepción de la publicidad como principio indispensable para controlar el correcto accionar de los órganos judiciales.

Dicho principio cuenta con dos fases: (i) la fase interna, que se enfoca en los sujetos procesales e intervinientes. Tiene que ver con los actos de publicidad previos (citaciones), concomitantes (realización de las audiencias) y posteriores (notificaciones) y está ligada al derecho de defensa y a los derechos de las víctimas; y (ii) la fase externa, que se enfoca en personas ajenas al proceso y que estén interesadas

²⁵ BARRAGAN P. et al. Op. cit., pp. 189-200.

²⁶ Corte Constitucional C-450 de 16 de julio de 2015. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

²⁷ HORTAL A. La Independencia del Juez y la Esfera de la Justicia. En M. Grande Yáñez (Coord.). Independencia Judicial: Problemática Ética. (pp. 39-54). Madrid: Dykinson. (2009).

en él²⁸. Se sustenta en tres pilares esenciales: i) proteger a las partes de una justicia sustraída del control público; ii) mantener la confianza de la comunidad en los jueces; iii) evitar que el acusado vea limitado su derecho a la defensa²⁹.

Este principio también cuenta con unas limitaciones al acceso al público y a la prensa, entre ellas: i) cuando se vea en riesgo el orden público; ii) cuando la víctima que vaya a declarar sea menor de edad; y por último, iii) cuando los intereses de la justicia se vean amenazados por la publicidad del juicio, sobre todo cuando la imparcialidad del juez se pueda ver comprometida³⁰. La relevancia de este principio se manifiesta al tenerse en la Constitución como uno de los presupuestos de la democracia participativa y como uno de los principios de la administración pública.³¹

2.1.5. El derecho a la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un derecho fundamental amparado por la Constitución (inciso 4, artículo 29) y la ley penal (art 7, CPP). Según la jurisprudencia, este “es el presupuesto básico de todas las garantías judiciales que integran el ámbito de protección al debido proceso.”³² Limita al Estado en su facultad punitiva y sancionatoria hasta que se pruebe más allá de toda duda razonable la responsabilidad de una persona. Este derecho está compuesto por tres mandatos: i) nadie puede considerarse responsable sin haberse demostrado la acusación en un proceso con plenas garantías; ii) La obligación de probar la responsabilidad recae sobre quien realiza la acusación; y iii) la persona investigada, hasta que no se desvirtúe su inocencia, deberá considerarse que no cometió el hecho ilícito³³.

Así, quien comunique sobre el curso de un proceso debe respetar dicha garantía, y al vincular al individuo con la comisión de hechos delictivos aún no probados en el proceso, deberán “adoptar formas lingüísticas condicionales o dubitativas, que denoten falta de seguridad sobre la culpabilidad.”³⁴

²⁸ Corte Suprema de justicia. S. entencia. STP- 4408 de 16 de junio de 2020. MP. Hugo Quintero Bernate.

²⁹ Ibidem.

³⁰ La publicidad procesal y sus límites encuentra regulación entre otras, en las siguientes normas: artículos 3, 12, 107 del CGP; 18, 149 -152A CPP; artículo 115 CGD; artículo 39 L. 1448; Ordinal 5 del artículo 8 de CADH; y el ordinal 1 del artículo 14 del PIDCP

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 106 de 6 de marzo de 2013. MP. Alexei Julio Estrada.

³² Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 18 de agosto de 2021. MP. Paola Andrea Meneses Mosquera.

³³ Corte Constitucional. Sentencia SU-274 de 19 de junio de 2019. MP. José Fernando Reyes Cuartas.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-525 de 1992. MP. Ciro Angarita Baron.

2.2 Derechos humanos a la libertad de expresión, a la honra, al buen nombre y a la intimidad

2.2.1 Libertad de Expresión

La Corte Constitucional en la sentencia T-155 de 2019, entiende a la libertad de expresión como un pilar fundamental del Estado Social de Derecho, es un principio y derecho para los regímenes democráticos. Este contiene distintas garantías, entre ellas el derecho a la opinión y el derecho a la información, el primero abarca la expresión en que predomina la subjetividad del emisor, es decir, la expresión del pensamiento, ideas, creencias, en suma es una valoración del mundo³⁵; mientras que la libertad de información es una descripción del mundo, es el derecho a *“enterar o dar noticias sobre un determinado suceso”*³⁶.

La diferencia adquiere importancia en cuanto a la determinación de los límites de la expresión. Cuando se trata del ejercicio de la libertad de información se está sujeto a los principios de veracidad e imparcialidad, el primero de estos se vulnera si³⁷: (i) contraría a la realidad “por negligencia o imprudencia”³⁸, (ii) corresponde a un juicio de valor u opinión y, sin embargo, se presenta como un hecho cierto y definitivo y (iii) se sustenta en rumores, invenciones o malas intenciones e “induce a error o confusión al receptor”³⁹; aún así, la jurisprudencia no exige que la información sea “indudablemente verdadera”⁴⁰; por su parte, el principio de imparcialidad se vería vulnerado si presenta una versión unilateral, acrítica y prevalorada de los hechos que se informan, impidiendo que sus receptores puedan realizar sus propias deliberaciones siendo este un derecho de doble vía⁴¹. Por otro lado, el derecho de opinión está sujeto a los límites generales de libertad de expresión que son la prohibición de discursos

³⁵ Corte Constitucional en reiteración de sentencia T-015 de 2015, reiterada en sentencia T- 155 de 2019 y T-277 de 2015. y T-050 de 2016.

³⁶ Corte Constitucional.Sentencia T-391 de 2007, reiterada en sentencia T- 155 de 2019.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencias T- 275 de 2021 y T-289 de 2021.

³⁸ Corte Constitucional.Sentencia T-117 de 6 de abril de 2018. MP. Cristina Pardo Schlesinger

³⁹ Corte constitucional. Sentencia T-040 de 28 de enero de 2013. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-695 de 2017 y SU-420 de 2019; T-283 de 2021.

⁴¹ Corte Constitucional.Sentencia T-275 de 2021 en reiteración de sentencias T-263 de 201, T-593 de 2017 y T-080 de 1993; Dejusticia, 2017. El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas. Guía curricular y materiales de estudio. Bogotá D.C.

de odio⁴², el hostigamiento y la necesidad de diferenciar cuándo se informa y cuándo se opina⁴³.

El derecho a la libertad de expresión, por su importancia, goza de una primacía constitucional que solo se restringe si, en medio de un ejercicio de ponderación, otros derechos, principios o valores adquieren mayor peso a la luz de los hechos del caso concreto; además, “toda limitación a la libertad de expresión se presume sospechosa por lo que debe estar sometida a un juicio estricto de constitucionalidad”⁴⁴.

Por último, no se desconoce que internet tiene hoy un papel determinante en el ejercicio y alcance de este derecho. Lo que ha llevado desde el plano internacional⁴⁵ se entienda que el ejercicio de derecho por medios cibernéticos o virtuales es equivalente a la que se ejerce en la presencialidad y a través de medios físicos por lo cual goza de la misma protección y a su vez, de los mismos límites⁴⁶.

2.2.2 Derechos al buen nombre y a la honra

El derecho al buen nombre es el valor, mérito o reputación que en una sociedad se le atribuye a una persona. Así pues, es “el derecho de los individuos a exigir al Estado y particulares el respeto y garantía a su reputación adquirida como consecuencia de su trayectoria”⁴⁷ y manejo en ámbitos públicos.

La Corte mantiene que es un factor de la dignidad humana y parte importante del patrimonio moral de la persona. Si bien es un derecho fundamental y a la postre humano⁴⁸, dicha reputación y estima se adquieren como reconocimiento

⁴² La CADH prohíbe en absoluto la propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas (art 13).

⁴³ Corte Constitucional.Sentencia T-242 de 1 de julio de 2022. MP. Paola Andrea Meneses Mosquera.

⁴⁴ Corte Constitucional.Sentencia T-155 de 2019 reiterando sentencia C-650 de 2003; T-391 de 2007 reiterada en T-275 de 2021.

⁴⁵ La OEA aplicó al entorno digital el contenido de los principios consagrados en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet, adoptó los mismos límites para este medio que el que tiene la libertad de expresión en los medios tradicionales.

⁴⁶ Corte Constitucional.Sentencia.T- 155 de 2019 y T-289 de 2021.

⁴⁷ Corte Constitucional.Sentencia T-275 de 18 de agosto de 2021. M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

⁴⁸ Supra pie de página 3. Reconocido en el art. 21 CP; art. 11 CADH; art. 17 PIDCP.

y su protección implica primeramente el mérito y la comisión de conductas correctas y no se puede reclamar el derecho al buen nombre si se incurre en hechos u omisiones reprochables. La vulneración a este derecho se configura “por la divulgación injustificada⁴⁹ de información falsa⁵⁰, errónea⁵¹ y tergiversada⁵² sobre un individuo que no tiene fundamento en su propia conducta pública”⁵³, así daña su reputación e imagen frente a la colectividad.

Por su parte, el derecho a la honra “ha sido comprendido como la estimación o deferencia con que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad, en razón a su dignidad humana”⁵⁴. Su protección tiene una dicotomía, en tanto una primera parte entiende la estimación de sí mismo y la otra es el reconocimiento de la dignidad de cada persona. En otras palabras, “protege el reconocimiento o prestigio social que los individuos adquieren a partir de su personalidad y comportamientos privados directamente ligados con ella”.⁵⁵

La diferencia entre estos derechos, está en los ámbitos de aplicación, mientras que la honra yace en los ámbitos de valoración privados; el buen nombre depende de la estimación de los individuos en ámbitos públicos. Sin embargo, estos mantienen una relación de interdependencia: la vulneración de uno por lo general implica la del otro⁵⁶. En la valoración de la afectación a estos derechos debe tenerse en cuenta que aunque la libertad de expresión no protege el derecho al insulto⁵⁷, no toda expresión ofensiva los afecta, la expresión debe tener la entidad para generar una afectación objetivamente grave, que ponga en riesgo “el núcleo esencial del derecho”⁵⁸.

⁴⁹ Corte Constitucional.Sentencias T-228 de 1994 y C-417 de 2009.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-050 de 10 de febrero de 2016. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵¹ Corte Constitucional.Sentencia C-489 de 2002. Reiterada en las sentencias T-546 de 2016, T-578 de 2019 y SU-355 de 2019, entre muchas otras.

⁵² id.

⁵³ Corte Constitucional.Sentencia T - 275 de 2021. Ver también T- 289 de 2021.

⁵⁴ Corte Constitucional.Sentencia T-289 de 27 de agosto de 2021. M.P. Alberto Rojas Rios.

⁵⁵ Corte Constitucional.T - 275 de 2021 reiterando sentencia C-442 de 2011, sentencias C-489 de 2002, T-949 de 2011 y T-578 de 2019.

⁵⁶ Corte Constitucional.Sentencia T-289 de 27 de agosto de 2021. M. P. Alberto Rojas Rios.

⁵⁷ Corte Constitucional.Sentencia T-275 de 18 de agosto de 2021. M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

⁵⁸ Corte Constitucional.Sentencia T-289 de 27 de agosto de 2021. M. P. Alberto Rojas Rios.

2.2.3 Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad es una manifestación del derecho a la libertad⁵⁹ e implica el deber del Estado y la Sociedad a no interferir de manera arbitraria en los espacios de vida privada de las personas, que son “el espacio personal ontológico”⁶⁰ reservado para cada persona y le permite desarrollarse de manera libre y autónoma⁶¹, además dicho espacio encuadra múltiples aspectos de la vida como pensamientos, creencias y gustos.

Este derecho cuenta con dos dimensiones, una dimensión negativa que prohíbe (i) cualquier injerencia que se haga de manera arbitraria en la vida de las personas, (ii) la restricción irrazonable en la libertad de escogencia de las personas y (iii) la divulgación de información privada cuando no se cuente con la autorización del titular; la dimensión positiva, garantiza que toda persona pueda tomar las decisiones que a su vida privada le conciernen libremente y desarrolle su personalidad de manera autónoma.

3. Directrices jurisprudenciales para desatar la tensión

Inevitablemente, estos derechos humanos y principios entrarán en colisión, lo relevante es determinar la manera en que esta debe absolverse. La importancia de cada uno de estos derechos exige que la salida que se tome no suprima o limite en exceso a ninguno de ellos, así entonces no puede aceptarse ni que se “silencie el proceso” ni que se “silencie a las personas”. Desde ya debe advertirse que estos no se repelen, sino que son interdependientes para las actuaciones judiciales, así, la existencia de uno, en parte, es la razón de existencia del otro.

En efecto, la publicidad no tendría sentido sin la libertad de expresión si se tiene en cuenta que la razón de ser de aquel derecho está en evitar abusos de poder por parte del Estado⁶² a través no solo de un control funcional sino, y sobre todo, un control social que haga la ciudadanía de las motivaciones -elemento vinculado también a la publicidad⁶³-; la legitimidad de las decisiones de este órgano de democracia derivada está en la adecuada presentación (motivada,

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia T- 155 de 4 de abril de 2019. M. P. Diana Fajardo Rivera.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencias C-640 de 2010, T-407 de 2012 y T-517 de 1998.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 18 de agosto de 2021. MP. Paola Andrea Meneses Mosquera.

⁶² Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP-4408 de 2020. (M. P. Hugo Quintero Bernate, 16 de junio de 2020).

⁶³ Ibidem.

imparcial e independiente) y aceptación que esta tenga en la sociedad⁶⁴. Así mismo la honra y buen nombre están determinados en parte por lo que el sujeto quiera expresar y por lo que este no quiera que se exprese.

Siendo así, se pasa a revisar las directrices que la jurisprudencia nacional de la Corte Constitucional recomienda seguir para una adecuada valoración del conflicto. Se dividirán los estándares en tres casos:

3.1. De tratarse de un choque entre la libertad de expresión y la honra y el buen nombre deben seguirse tres pasos: (i) valorar el grado de afectación que la publicación y divulgación de la información causa a la honra y buen nombre del afectado, orientado por las preguntas: a. ¿Cuál es el contenido del mensaje?, b. ¿Cuál es el grado de controversia que este genera?, y c. ¿Cuál es el impacto de la divulgación? determinando ¿quién comunica?, ¿de quién se comunica?, ¿cómo se comunica –el medio-? y ¿cuál es la periodicidad de la comunicación?; (ii) En segundo lugar el grado de protección que la libertad de expresión le otorga a lo comunicado, revisando: a. la calidad del sujeto titular de la libertad de expresión, b. la faceta de la libertad de expresión ejercida en el caso concreto -si se trata de una opinión o de una información-, c. el contenido del discurso, y d. La *exceptio veritatis*; y como último paso (iii) La relación de precedencia condicionada y el remedio judicial, esto refiere a una valoración de las particularidades del caso para determinar cuál de los derechos debe ser mayormente protegido⁶⁵.

La dificultad que se menciona, para distinguir entre el ejercicio de la opinión o de la información es de suma importancia a la hora de poder decidir un caso, siendo una razón basilar de la necesidad de aplicar una adecuada proporcionalidad en la condena. En sentencia STL 3274 de 2021⁶⁶, la Sala de Casación Laboral (SCL) de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) mantuvo en firme la condena de responsabilidad extracontractual impuesta a la periodista Vicky Dávila y al medio de comunicación RCN por una entrevista en la que se comunicaba un posible acto de corrupción de un funcionario público y frente al cual, para la periodista este debía ser separado del cargo.

El *quid* se encontraba en establecer si la expresión hecha era una opinión o una información. La SCL aprobó dar la naturaleza de información a la expresión aplicando las cargas de veracidad e imparcialidad, elementos que llevaron a la condena, pese a la advertencia de la decisión de primera instancia de que, entre

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ T-155 de 2019, T-275 de 2021 y T-242 de 2022.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia STL 3274 de 2021. (M. P. Gerardo Botero Zuluaga, 24 de marzo de 2021).

otras, se estaba desconociendo el precedente de sentencia SU-274 de 2019, T-155 de 2019 y de los estándares de la Corte IDH a la hora de aplicar sanciones como la aplicación del *test tripartito*⁶⁷.

Revisando la transcripción de la entrevista, sin esfuerzo puede advertirse que la petición de que el funcionario sea relevado de su cargo era una opinión de la periodista fundada en una grabación que ella misma presentaba en el programa; esto lo advierten los magistrados que salvaron el voto en dicha decisión.

Todo esto llevó a que se mantuviera una condena económica en contra de la periodista. Frente a esta solución, hay que recordar que las penas civiles pueden tener el mismo o mayor efecto inhibitorio en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por lo cual la doctrina internacional (de la OEA, ONU y OSCE) ha recomendado que se priorice el uso de reparaciones no pecuniarias y penales⁶⁸ y además que según la jurisprudencia nacional deben buscarse medios alternativos como solicitar a quien emite la expresión la aclaración de si se trata de una opinión o una información como se realizó en la sentencia T-155 de 2019⁶⁹, cuidando así el derecho a una información imparcial y veraz de la ciudadanía y el derecho de todos, incluidos los periodistas, de formarse y emitir un juicio personal.

En la sentencia T-066 de 1998 donde La Revista Semana realizó una publicación afirmando, con una supuesta información suministrada por el ejército,

⁶⁷ En el caso Tristán Donoso vs. Panamá (2017) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se evidencia un exceso por parte del Estado sobre el derecho a la privacidad de la víctima. La Corte realizó la aplicación del test mencionado compuesto por las siguientes reglas: si la medida de responsabilidad ulterior cumplió con los requisitos de estar “en ley, perseguir un fin legítimo, ser idónea, necesaria y proporcional.”

⁶⁸ Véase también Corte IDH, caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C núm. 193, párr. 129. Dejusticia, 2017. El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas. Guía curricular y materiales de estudio. Bogotá D.C.

⁶⁹ En esta sentencia la Corte analizó en revisión la tutela interpuesta por un ciudadano que consideraba vulnerados sus derechos fundamentales al buen nombre, a la honra y a la intimidad, ya que la accionada compartió una publicación en la que aparecía relacionado su nombre y fotografía como parte de un cartel de la corrupción de la entidad pública en la que laboraba. El problema jurídico era determinar si dicha expresión sobrepasaba sus límites generando una afectación grave a los derechos argüidos por el accionante. La Sala determinó como solución más proporcional solicitar a la accionada que aclare la naturaleza de su expresión y se haga pública la aclaración. Esta aclaración se consideró satisfecha por las respuestas dadas a lo largo del trámite procesal, se trataba en efecto de una opinión impulsada por la insatisfacción e irritabilidad que le generaba lo que estaba ocurriendo.

que un alcalde estaba aliado con la guerrilla. Por estas publicaciones este presentó acción de tutela considerando vulnerados sus derechos a la honra, el buen nombre, la vida, la intimidad y el debido proceso; solicitando la rectificación y protección a sus derechos. El documento en el que se basó la revista provenía del ejército, sin embargo, el Ministerio a su cargo explicó que este carecía de validez, ya que no se publicó de manera oficial. Al llegar a la Corte Constitucional, se determinó que la Revista desempeñó una actuación crítica e independiente frente al caso, toda vez que se aseveró que el ejército evaluaba la influencia de grupos armados en los territorios, específicamente las municipalidades. Todo esta protección en razón de que se trataba de una información de interés público, al tratarse de actuaciones de agencias de inteligencia. Asimismo, recordó que una vez infringida la condición de reserva de un documento dentro de la institución, los medios no tienen obligación de mantener la confidencialidad, de otra forma se incurriría en censura.

Por último, en sentencia muy reciente T-242 de 2022 la Corte Constitucional tuvo que realizar una extensa valoración de ciertas manifestaciones hechas por un ciudadano en medios masivos de comunicación que obligaban revisar diferentes criterios señalados en este punto. El ciudadano realizó una serie de videos y publicaciones en las que calificaba al ex funcionario público de gran impacto social Álvaro Uribe Velez como “genocida”, “paramilitar” y “narco-trafficante” y le endilgaba “ser dueño de un aparato organizado de poder, por medio del cual supuestamente lleva más de 30 años ejecutando múltiples crímenes y graves violaciones de derechos humanos”, por lo cual este alegaba como vulnerados sus derechos a la honra, al buen nombre y a la presunción de inocencia.

Lo importante en este caso es que la Corte reitera que en una sociedad democrática no puede ser requisito *sine qua non* la existencia de un fallo penal condenatorio para poder realizar expresiones acusatorias, pues estas también se encuentran cubiertas por la presunción de constitucionalidad y su revisión debe ser siempre casuística. No obstante, también se reconoce que no se ha emitido “sentencia de unificación en la cual haya definido de forma precisa cuál es el nivel de certeza y el tipo de fuente o prueba con el que deben contar los particulares, medios de comunicación y periodistas al publicar y divulgar estas denuncias”⁷⁰ así como también que “la jurisprudencia en vigor en esta materia no es uniforme”⁷¹ advirtiendo claramente que eso no implica la exigencia de la máxima diligencia a la hora de difundir información.

⁷⁰ Fundamento 129 y 158 de la Corte Constitucional. Sentencia. T-242 de 2022. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

⁷¹ Ibid.

La Corte también reconoce que este tipo de acusaciones tiene la potencialidad de afectar la presunción de inocencia y generar “escenarios de culpabilización social”⁷² en contra del afectado. Con todo, reiteró la necesidad de acudir a las medidas correctivas más proporcionales que permitan una convivencia entre los derechos confrontados⁷³. Aunque se protegieron algunas manifestaciones, en su decisión, la Sala condenó la rectificación y no el retiro de muchas otras realizadas a lo largo de sus publicaciones y ordenó al ciudadano que en lo sucesivo realice el ejercicio de su derecho de informar cumpliendo las cargas de veracidad e imparcialidad en pro de proteger la esfera social de este derecho y los derechos de los directamente implicados.

3.1.1 Un caso especial: el escrache

Frente al contenido del discurso que debe ser evaluado por el juez, la jurisprudencia nacional e internacional ha reconocido la existencia de discursos especialmente protegidos. Por ejemplo los que versan sobre discursos políticos, sobre funcionarios públicos y los que tratan un elemento esencial de la identidad o dignidad personal⁷⁴. Es pertinente resaltar que hay un caso especial a la hora de las personas denunciar en los medios y redes sociales los delitos o actos de los que fueron víctimas directas, en estos se reconoce un ámbito más amplio de protección pues de no hacerlo se limitaría su voz ante un injusto que perciben como propio o real, desconociendo la buena fé, provocando una censura y una posible revictimización. Sin embargo, advertimos que los estándares sobre esta materia aún se encuentran en construcción; por el momento las decisiones más ligadas a este tema son la sentencia T-289 de 2021, T-275 de 2021 y la T-061 de 2022.

En la primera de ellas, la Corte Constitucional conoció en revisión la acción de tutela interpuesta por un ciudadano que consideraba vulnerados sus derechos al buen nombre, a la honra y a la presunción de inocencia por la publicación en Facebook de una mujer en la que aseguraba ser víctima de violencia sexual por parte del accionante y lo vinculaba al acoso de otras seis mujeres; por lo cual solicitaba el retiro y disculpas públicas. La Corte no acogió sus pretensiones al considerar que, debido a las especialidades del caso (la naturaleza del contenido del mensaje y el sujeto especial que lo emite) aunque existe una afectación a los

⁷² Entre sus argumentos dijo “La Sala encuentra que en una sociedad democrática el precio de la verdad y la imparcialidad no puede ser el silencio de los comunicadores y la consecuente inhibición de la deliberación y el disenso político”.

⁷³ Entre sus argumentos dijo “La Sala encuentra que en una sociedad democrática el precio de la verdad y la imparcialidad no puede ser el silencio de los comunicadores y la consecuente inhibición de la deliberación y el disenso político”.

⁷⁴ Corte Constitucional.Sentencias.T-061 de 2022 y T-155 de 2019

derechos alegados, sería desproporcional ordenar el retiro de la publicación⁷⁵. La mujer, presunta víctima de violencia sexual era un sujeto especialmente protegido, al igual que el mensaje por tratarse de un discurso político y de interés general. La Corte en su sentencia, dejó sentadas dos posturas, la primera que la libertad de expresión para las mujeres es un mecanismo de denuncia y defensa contra actos que atentan contra su dignidad; y la segunda, la de reconocer a las víctimas de un delito un alcance más amplio en el ejercicio de la facultad de informar, flexibilizando las cargas de imparcialidad y veracidad.

Frente a esto último, se trata de permitir a la víctima expresar su vivencia personal y, en caso de excesos, la Sala consideró suficientes las sanciones penales y civiles a las que se vería expuesta por el inadecuado ejercicio de sus derechos. En este punto es de resaltar que para la Corte reconocer esta prerrogativa a la víctima “no tiene la capacidad de desdibujar la presunción de inocencia del actor, pues éste (i) seguirá presumiéndose inocente a la luz del ordenamiento jurídico y (ii) siempre que esta situación sea referida por un tercero, deberá ajustar a los principios de veracidad e imparcialidad”⁷⁶.

Por su parte, en la sentencia T-061 de 2022 se reitera la importancia del mecanismo del escrache como herramienta frente a la desconfianza de las mujeres al no contar históricamente con garantías para el acceso a la administración de justicia; esta es una manera de denunciar públicamente agresores y activar las instancias pertinentes. En el caso particular, se publicaron denuncias recopiladas por un colectivo feminista y se incluyeron en estos a varias personas destacadas de la comunidad académica. Se definió que era “el ejercicio de la libertad de expresión en sentido genérico”; sin embargo, siguiendo la aclaración de voto de la Magistrada Diana Fajardo, tenemos que es un tanto impreciso y confuso atribuir a dicha publicación un uso genérico de la libertad de expresión cuando esta figura jurídica cubre muchas otras garantías que no necesariamente juegan un papel importante en la valoración de la expresión del caso (libertad de prensa, prohibición de censura, etc.). Esto invita a que en las próximas decisiones de casos similares, se tenga muy presente, por las partes y el juez, la naturaleza del discurso y su contexto, para entender las dificultades que le permea, pues no se ignora que este tipo de discursos por una parte refieren a una información que denuncian las víctimas de acoso y por otra parte, se califican dichos actos con ciertos valores, tratándose así de una opinión.

⁷⁵ La Sala advirtió que ordenar el retiro sometería al silencio que, en concordancia con lo dicho por la Comisión IDH, “es el mejor aliado para perpetuar los abusos y las desigualdades a los que se encuentra sujeta la mujer en todo el hemisferio” (Corte Constitucional. Sentencia. T-289 de 27 de agosto de 2021. MP. Alberto Rojas Ríos)

⁷⁶ ejusdem.

3.2. De tratarse de una tensión entre la libertad de expresión y la intimidad debe tenerse en cuenta que este derecho está protegido legal y jurisprudencialmente por cinco principios, estos son: (i) Principio de libertad: para el registro o divulgación de la información del titular debe existir consentimiento libre de este o mediar mandato constitucional; (ii) Principio de finalidad, el registro o divulgación debe responder a una finalidad constitucionalmente legítima; (iii) Principio de necesidad: la información que se divulgue debe tener conexión con dicha finalidad; (iv) Principio de veracidad: Lo que sea divulgado debe ser cierto; (v) Principio de integridad: exige que la información sea divulgada de forma completa y prohíbe el registro y publicación de datos parciales, incompletos o fraccionados. Así pues, la tensión no puede ignorar dichos principios y debe atender las siguientes pautas: (i) ¿Cuál ha sido la voluntad del titular?; (ii) ¿De qué tipo de información se trata? (Se clasifica en la esfera personalísima, privada en sentido amplio, la social, y la general); (iii) ¿En qué espacio físico se proyectó la información?; y por último, (iv) ¿Cuál es la naturaleza de la información registrada o divulgada? (la información se clasifica en información pública, semiprivada, privada y reservada)⁷⁷.

En cuanto al derecho a la intimidad, la Corte Constitucional en la sentencia T-275 de 2021 en medio de un caso análogo al revisado en las sentencias mencionadas en el punto anterior (T-061 de 2022 y T-289 de 2021), realiza un análisis del derecho a la intimidad en cuanto a su dimensión y alcance. Allí la Sala recuerda las dos dimensiones ya mencionadas de este derecho, la positiva y negativa. En el caso bajo exámen la Corte determinó que los ciudadanos y ciudadanas que realizaron la publicación de la presunta comisión de un acto delictivo al contener información privada y semiprivada⁷⁸ del presunto victimario como una fotografía de él y su madre y datos como la dirección y la cédula, violaron principios constitucionales de la divulgación de información privada en lo relativo a los principios de libertad y de finalidad. La Corte entonces ordenó el retiro de la fotografía y de esos datos y conminó a abstenerse de publicar este tipo de datos de los individuos que denuncian en sus redes sociales “cuando la divulgación de dicha información causa

⁷⁷ Corte Constitucional.Sentencias. T-155 de 2019 y T-275 de 2021, reiterando sentencias T-787 de 2004, C-850 de 2013 y Ley 1581 de 2012.

⁷⁸ Entiéndase información privada como aquella que se encuentra en ámbito propio del sujeto y que revela dimensiones importantes de aspectos de la vida personal, social y económica de las personas, como datos personales privados y documentos privados; por otra parte, la información semiprivada es aquella que no se relaciona de manera directa con datos sensibles de la persona y no solamente le interesa a su titular. (Corte Constitucional, sentencias C-1011 de 2008, C-602 de 2016, C-951 de 2014, T-091 de 2020 y ley 1266 del 2008).

afectaciones desproporcionadas a los derechos a la intimidad e imagen de los acusados y no cumple ningún propósito constitucional legítimo”.

Esta sentencia también recordó que no constituye un discurso protegido las expresiones que constituyan “persecución”⁷⁹, “hostigamiento”⁸⁰ y “cyberacoso”⁸¹.

3.3. Ahora bien, cuando se trata de revisar la tensión existente entre la imparcialidad y la libertad de expresión, la Corte ha sido cuidadosa al revisar jurisprudencia extranjera (sobre todo de Estados Unidos y Europa) y doctrina en lo relativo a la demarcación de un camino para mantener un equilibrio entre estos derechos. Reconociendo la importancia de ambos derechos y partiendo de la prevalencia *prima facie* del derecho a la libertad de expresión, la Corte Constitucional sugiere tener presente los siguientes siete pasos para restringir este derecho. Deben estar cumplidos dos requisitos⁸²: (i) Existencia de un riesgo de afectación del derecho a un juicio imparcial o a la presunción de inocencia, que no pueda justificarse en la importancia de divulgar información relativa al proceso; y (ii) el riesgo de afectación deberá ser grave (que incida directamente en la autonomía de análisis y discernimiento que del caso haga el juez), actual (que la información esté próxima o es contemporánea a la decisión judicial) y cierto (que es **probable** que por la forma en que se comunica incida directamente en el sentido final del proceso)⁸³.

Además de esto: (iii) Deben valorarse el riesgo de afectación de la imparcialidad o presunción de inocencia según las variables que presente cada caso, así, pueden ser relevantes el detalle y profundidad de la reserva legal establecida, la naturaleza de la etapa procesal y la clase de sujetos procesales, entre otras; (iv) No es posible establecer reglas absolutas, aunque se pueden tener como pauta que existe mayor posibilidad de afectación de imparcialidad cuando se divulga información judicial sometida a reserva y menos en caso de que no se trata de esta; (v) La eventual restricción puede consistir en imposición de medidas

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia. SU-420 de 12 de septiembre de 2019. MP. José Fernando Reyes Cuartas.

⁸⁰ Ibidem y Corte Constitucional. Sentencia. T-281A de 27 de mayo de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia. T-293 de 2018. Complementando con lo dicho en la sentencia T-242 de 2022, su configuración necesita una intención dañina y ofensiva que dañe la dignidad humana en cuanto al derecho a vivir sin humillaciones.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia SU-274 de 2019. Fundamento 45.

⁸³ Se puede encontrar que la exigencias de una sola probabilidad, que responde a la dificultad probatoria que regularmente generan los juicios paralelos, también ha sido tomada por tribunales extranjeros como el TEDH que ha exigido una “probabilidad fundada” (TEDH, Caso Worm contra Austria).

inhibitorias o de responsabilidades ulteriores; (vi) La petición de restricción debe ser alegada por quien tenga interés directo en ello demostrando los puntos i) y ii) y “la efectiva conducencia para salvaguardar la imparcialidad y la presunción de inocencia, así como la inexistencia de medidas alternativas menos restrictivas”⁸⁴.

En dos recientes sentencias, la Corte tuvo que revisar esta tensión. En la sentencia SU-274 de 2019 un entonces Senador presentó acción de tutela por considerar violados sus derechos al buen nombre, la honra y la presunción de inocencia, debido a la filtración del proyecto de sentencia que le condenaba y por la transmisión que de este hizo un medio de comunicación. Revisadas las directrices antes descritas, la Corte consideró que el ejercicio de la libertad de expresión realizado por el medio de comunicación no fue abusivo, ya que utilizó términos dubitativos al referirse a su culpabilidad y fue claro al exponer que se trataba una proyección que debería ser decidida en ulteriores etapas procesales. Sin embargo, en cuanto a la presunción de inocencia la Corporación encontró que se vio vulnerada de manera grave y actual por los hechos que tuvo que soportar el accionante.

Esta determinación se basó principalmente en tres criterios, estos son: la naturaleza penal del proceso, la naturaleza del documento que no era definitivo en el establecimiento de la responsabilidad del procesado y el estado próximo a sentencia del proceso, lo que supuso también para la Corte que se presentó “un muy probable impacto en la imparcialidad y en la independencia del tribunal colegiado que finalmente debería proferir una sentencia de absolución o condena”.

Siguiendo este precedente en la sentencia SU-174 de 2022, la Corte Constitucional analizó un caso con una situación fáctica similar a la de la sentencia anterior: se filtró el proyecto de sentencia en un proceso penal y fue divulgado por un medio de comunicación; pero guarda su particularidad en tanto la pretensión en este tenía un enfoque procesal. Se solicitó que se separe al juez accionado en la tutela por ser quien proyectó la sentencia del caso, aunque sin existir prueba de que fue por su causa sino sustentada en que este es el “guardián del proceso”, y se vuelva a presentar un nuevo proyecto por un juez diferente. El problema jurídico está en establecer el alcance que se le puede dar a la difusión de documentos sujetos a reserva en cuanto a la imparcialidad e independencia judicial.

Por un lado, la Corte determinó que no podía declararse la vulneración a la imparcialidad e independencia judicial en tanto no existía prueba que adjudique

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-274 de 2019.

la responsabilidad de la filtración en el funcionario judicial accionado y porque, en una vista práctica, prohibir las pretensiones del tutelante podría crear una herramienta que sirva para amañar la elección del juez y de la decisión (al permitir un nuevo reparto con un nuevo proyecto). Por otro lado, valorando los mismos tres criterios de la sentencia SU-274 de 2019 mencionados anteriormente, reiteró su postura según la cual la filtración del proyecto de sentencia generaba la violación de la presunción de inocencia con una muy probable afectación a la imparcialidad e independencia del juez. Sin embargo, y esto es lo que se quiere resaltar del caso, estableció que esta violación se daba como regla⁸⁵, desconociendo el llamado al análisis casuístico que realizó su precedente SU-274 de 2019, en la que soportaba su fallo.

4. Conclusiones

- El debido proceso legal es un derecho humano que busca una solución pacífica de los problemas que pueden suscitarse en una sociedad, protege la dignidad de las personas y busca garantizar el derecho a la igualdad de las partes. Este derecho exige el cumplimiento de garantías esenciales como la imparcialidad, la independencia, la presunción de inocencia y la publicidad, sin embargo este último provoca que se vea enfrentado a otros derechos humanos como la libertad de expresión, la honra, el buen nombre y la intimidad.
- Este asunto toma relevancia con los juicios paralelos que buscan influir de manera indebida en las garantías procesales mencionadas. Aunque apenas se encuentran en construcción los estándares para afrontar la tensión que se puede generar en estos casos, se observa que realmente lo que ha realizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional es expandir los límites a los que la libertad de expresión se encuentra sometida y la necesidad de una revisión casuística.
- Así mismo, debido a esta extensión de criterios, la valoración de los juicios paralelos no puede desatender que la sociedad democrática y preocupada por las minorías ha exigido el reconocimiento de discursos especialmente protegidos como los referidos a funcionarios públicos quienes tienen una esfera de protección disminuida como también aquellos que permiten que las víctimas directas de delitos puedan realizar denuncias concretas públicamente.
- Todos estos criterios, sin embargo, se enfrentan a la dificultad probatoria de demostrar que un juez ha faltado al deber de ser imparcial e independiente al dejarse llevar por presiones mediáticas. Con esto la consideración de la

⁸⁵ Corte Constitucional.Sentencia.T-174 de 2022. Fundamento 126.

Corte de establecer que es suficiente demostrar la probabilidad es acertada y necesaria pero no podrá ignorar en ningún caso la primacía de los derechos de expresión y la presunción de imparcialidad reconocida a los jueces. Además no puede dejarse de lado que en una sociedad democrática y multicultural no puede exigirse una visión unilateral de lo que ocurre en la sociedad. No existe un monopolio de la verdad y la ciudadanía puede incluso, después de que en procesos judiciales sea absuelta cierta conducta, continuar expresando su desagrado a la luz de valores sociales por la conducta de, por ejemplo un funcionario público⁸⁶.

- Esta dificultad exige una postura que no deje campos de indeterminación o de contradicción. Lamentablemente en la revisión realizada en este trabajo se encontró que pese a la advertencia de que esta problemática no permite establecer reglas absolutas, por ejemplo en la sentencia SU-174 de 2022 se tomó como regla que la filtración de un proyecto de sentencia provocaba la vulneración de la presunción de inocencia.
- Por último, se encuentra que se requiere mayor claridad ante la contradicción que puede suponer aseverar, por un lado, que la denuncia de una víctima directa no afecta la presunción de inocencia del presunto victimario y que la presión que puede ejercer se salva con los mecanismos ya existentes (impedimento, recusación y la responsabilidad penal y civil); pero, por otro lado, que la denuncia que hagan terceros debe someterse a usar un lenguaje dubitativo, indeterminado y no definitivo, pues de lo contrario genera una violación de dicho derecho.

Referencias bibliográficas

Jurisprudencia

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-525 de 1992. (M.P. Ciro Angarita Baron, s. f.).

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-040 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28 de enero de 2013).

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-450 de 2015. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, de 16 de julio de 2015).

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-050 de 2016. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 10 de febrero de 2016).

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-281A de 2016. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 27 de mayo de 2016).

⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia T- 155 de 2019 reiterando Sentencia T-213 de 2004.

- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-285 de 2016. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Perez, 1 de junio de 2016).
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-117 de 2018. (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 6 de abril de 2018).
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-293 de 2018. (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 24 de julio de 2018).
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-274 de 2019. (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, 19 de junio de 2019).
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-420 de 2019. (M.P. Jose Fernando Reyes Cuartas, 12 de septiembre de 2019).
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-275 de 2021. (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, 18 de agosto de 2021).
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-289 de 2021. (M.P. Alberto Rojas Rios, 27 de agosto de 2021).
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-061 de 2022. (M.P. Alberto Rojas Rios, 23 de febrero de 2022).
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-242 de 2022. (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, 1 de julio de 2022).
- COLOMBIA. Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP-4408 de 2020. (M.P. Hugo Quintero Bernate, 16 de junio de 2020).
- COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia STL 3274 de 2021. (M.P. Gerardo Botero Zuluaga, 24 de marzo de 2021).
- CORTE IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá (2009). Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009.

Doctrina

- BARRAGAN, P. et al. Las decisiones judiciales: un dilema entre la legitimidad y la influencia de los medios de comunicación." *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*; Vol. 12, no. 2 (2018)
- CAROFIGLIO, G. *El arte de la duda*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- CORTE IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12: Debido Proceso. (2020).
- DEJUSTICIA. El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas. Guía curricular y materiales de estudio. Bogotá D.C (2017).
- ESTUDIO CREATIVO. *Webinar Juicios Paralelos*. [Archivo de video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=VV-d132stPw>

- FOWKS, J. *Mecanismos de la post verdad*. Fondo de cultura económica, 2018.
- GORINI J. L. La publicidad de la etapa de prueba de los juicios penales y el fortalecimiento institucional del Poder Judicial. En Bourdin, M. & Méndez, P. (Comp.), *Justicia Argentina online. El nuevo modelo comunicacional*. Buenos Aires. (2016).
- GUZMÁN, V. Juicios paralelos en las redes sociales y proceso penal. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. (2018).
- HARBOTTLE, F. Independencia Judicial y Juicios Penales Paralelos. *ACADEMO Revista De Investigación En Ciencias Sociales Y Humanidades*, 4(1). (2017)
- HORTAL, A. La Independencia del Juez y la Esfera de la Justicia. En M. Grande Yáñez (Coord.). *Independencia Judicial: Problemática Ética*. Madrid: Dykinson. (2009).
- PALMA, D. Quinto poder: el ocaso del periodismo. Planeta, 2014.
- RODRÍGUEZ, V. El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos". *H.Fix-Zamudio, LiberAmicorum, Vol II* (1998).
- UPRIMNY, R. et al. *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Módulo de Formación Autodirigida*. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura. (2017).

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD INGA DE APONTE - NARIÑO

*Santiago Benavides Ortega, Samuel Felipe Guerrero Almeida,
Leydi Fernanda Malpud Tapia, Leidy Yomar Santander Cerón y
Lizette Jeraldine Zambrano Ordoñez*

Tutor: *Cástulo Fernando Cisneros Trujillo*
Universidad Cooperativa, Seccional Pasto

Resumen

En el presente escrito, nos proponemos realizar un análisis relacionado con los derechos humanos en uno de los resguardos indígenas del Departamento de Nariño, ubicados en el Municipio de Tablón de Gómez, correspondiente a la Comunidad Inga de Aponte, fundamentalmente lo que tiene que ver con los derechos de los victimarios y las víctimas al interior de los procesos que se desarrollan en su jurisdicción indígena.

La problemática que encontramos es que debido al pluralismo jurídico y ante la inexistencia de una ley que determine la forma en que se deben adelantar los procesos judiciales en la justicia indígena en Colombia, cada Comunidad adopta sus propias reglas, lo que en cierto modo permite una multiplicidad de factores y condiciones que no siempre propenden por la protección de los derechos humanos, fundamentalmente en lo que tiene que ver con el debido proceso y el principio de legalidad.

No obstante, lo anterior, analizando la coordinación que debe existir entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, se puede lograr unos buenos resultados y la protección de los derechos humanos de quienes participan en los procesos judiciales que se adelantan en

las Comunidades Indígenas. Por ello nos permitimos analizar como aspecto de estudio la Comunidad Inga de Aponte, como un caso donde se evidencia el cumplimiento del debido proceso y el cumplimiento estricto de los derechos humanos en su colectividad.

Palabras clave: Jurisdicción Indígena, Derechos Humanos, Derechos de las víctimas, derecho al debido proceso.

Abstract

In this essay, we tried to carry out an analysis related to human rights in one of the indigenous reservations of the Department of Nariño, located in the Municipality of Tablón de Gómez, corresponding to the Inga de Aponte Community, fundamentally what has to do with the rights of the perpetrators and victims within the processes that take place in their indigenous jurisdiction. The problem that we found is that due to legal pluralism and in the absence of a law that determines the way in which judicial processes should be carried out in indigenous justice in Colombia, each Community adopts its own rules, which in a certain way allows a multiplicity of factors and conditions that are not always conducive to the protection of human rights, fundamentally in what has to do with due process and the principle of legality. Despite the foregoing, by analyzing the coordination that must exist between ordinary justice and indigenous justice, good results can be achieved and the protection of the human rights of those who participate in the judicial processes that are carried out in the Indigenous Communities. For this reason, we allow ourselves to analyze the Inga de Aponte Community as an aspect of study, as a case where compliance with due process and strict compliance with human rights in its community is evidenced.

Keywords: Indigenous jurisdiction, human rights rights, victims rights, right to a fair trial.

1. Jurisdicción indígena en el origen de los Derechos Humanos

Durante muchos años era imposible hablar de derechos para comunidades indígenas, la diferencia de clases sociales siempre generó una gran discordia social, muchas veces desembocando guerras. En Colombia con la constitución de 1991 surge una evolución en el derecho, por primera vez en la legislación colombiana se habla de una legislación garantista en cuanto a derechos humanos, derechos fundamentales y principios se habla, basta con interpretar el artículo 1º de la carta magna, donde se define a Colombia como un “Estado social de derecho

organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”¹. A su vez, el artículo 7 afirma que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”², un acontecimiento innovador para la época, creando así, la jurisdicción Especial Indígena, dando un claro ejemplo de un verdadero humanismo ético, donde la libertad de expresión, de pensamiento, de culto, en realidad sería garantizado, surge en 1991 un verdadero Estado Social de Derecho, donde las comunidades indígenas además de tener garantías para proteger su estilo de vida, se le otorga poder especial para respetar sus leyes y costumbres, siendo de gran argumentación jurídica el derecho internacional.

Tomando como referencia histórica al autor TRAVIESO³, para el año de 1989, la conferencia convocada en Ginebra por la Organización Tradicional de Trabajo – OIT, llegó a observar las Normas Internacionales que se anunciaron y se recomendaron en el Convenio Sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957, dando lugar a la evolución de los Derechos Internacionales, resaltando los derechos humanos fundamentales, contribuyendo a la diversidad cultural, leyes, valores, costumbres, entre otros; donde el sistema principal de protección de derechos humanos, a partir de leyes, mecanismos y políticas, se da por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuestiones relacionadas con la Jurisdicción Especial Indígena ; por consiguiente, en el año 2007 surge la aprobación de los derechos para pueblos indígenas y para el 2010 no hay oposición alguna de los miembros de los Estados de las Naciones Unidas; Actividades internacionales que permitieron la extensión de los Órganos Regionales de Derechos Humanos, como lo es, el Sistema Africano e Interamericano, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio y Declaración No 169 de la OIT, el cual establece como derechos fundamentales, la educación, salud, empleo, vivienda, seguridad social, vida digna, entre otros.

Por otro lado, teniendo en cuenta que las bases programáticas del Siglo XXI, resaltan los compromisos de la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, que reconoce y afirma que el origen de los derechos se basan en la dignidad y el valor de la persona humana, siendo la principal beneficiaria de esos derechos y libertades, participando activamente en su realización, reafirmandose este compromiso en

¹ Artículo 1 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

² Artículo 7 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

³ TRAVIESO, Juan Antonio. Derechos humanos: fuentes e instrumentos internacionales. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 1996.

el artículo 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, los cuales establecen el carácter universal de los derechos en hombres y mujeres, en Naciones grandes y pequeñas, prohibiendo la exclusión y garantizando la observancia de los derechos humanos, libertades e igualdad de todos, recordando la necesidad de practicar la tolerancia para una convivencia pacífica, para promover el progreso social y económico de todos los pueblos⁴.

La Carta de las Naciones Unidas promociona la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, en condición de paz, democracia, justicia, pluralismo, igualdad, etc.; de allí, gracias a las declaraciones aprobadas en las reuniones celebradas en Túnez, San José y Bangkok y a los estudios de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, que, con aprobación, en la celebración en 1993 —el Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo— se establece el compromiso con la Comunidad Internacional, de proteger y garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales de la población indígena, de la misma manera, respetar y hacer respetar el valor y diversidad de sus culturas e identidades. Eliminando los obstáculos que impiden la realización de estos, donde, para lograr un objetivo se debe estar renovando con esfuerzos en cooperación y solidaridad internacional, aprobando solemnemente la Declaración y Programa de Acción de Viena⁵.

Así pues, la discriminación étnica ha obligado al derecho colombiano a vivir una evolución significativa, generando nuevas visiones de suma importancia para garantizar los derechos de los pueblos indígenas como la visión multicultural y multiétnica, que reconoce las diferencias sin necesidad de discriminar u ofender la dignidad humana, buscando dignificar dichas comunidades y que sus derechos no queden solo en el derecho positivo. La “Jurisdicción Especial Indígena”⁶ busca hacer eficaz el valor, el derecho y el principio de su comunidad, que se respeten sus costumbres y evitar todo tipo de discriminación y todo por supuesto, bajo el amparo constitucional.

En relación con lo anterior, se puede ver expreso en el artículo 10 de la Carta Magna, donde “(...) Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que parte de las comunidades

⁴ Cfr. Ibid.

⁵ Cfr. Ibid.

⁶ La Jurisdicción Especial no sólo se restringe a hechos en los que por diferentes circunstancias miembros de pueblos indígenas se involucren en situaciones de carácter punible. La jurisdicción especial indígena aplica también a otros asuntos de carácter administrativo, ambiental, educativo y de salud, por ejemplo. En general, este derecho tiene un alcance amplio que faculta a sus autoridades para actuar en otros ámbitos de la vida política, administrativa y jurídica relacionados con sus asuntos internos, frente a la comunidad y su territorio.

con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”⁷, con el fin de conservar lenguas y dialectos de cada pueblo indígena. Así mismo, “el artículo 68 protege la diversidad en los procesos educativos; los artículos 286, 329 y 330, a la definición de los territorios indígenas como entidades territoriales; y el artículo 246 Reconocimiento de la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República”⁸.

Nacionalmente, la Constitución Política de Colombia de 1991, la Ley 21 de 1991 y La ley 270 de 1996⁹, establecen garantías en pro de la defensa y subsistencia de la cultura indígena en Colombia; punto de partida para que la Jurisdicción Especial Indígena cuente con soberanía, desarrollo socioeconómico, libertad de condición política, legislativa y judicial siempre y cuando sus acciones, usos y costumbres no vayan en contra de la Ley Nacional Ordinaria. Cabe destacar, que las personas que hacen parte de esta jurisdicción, a partir de 1991 son reconocidas como parte de la sociedad colombiana, adquiriendo igualdad de derechos según SANCHEZ¹⁰ en cuanto a:

- **Nacionalidad:** considerado como un vínculo jurídico entre un individuo y el Estado, que conlleva a ser titular de derechos y obligaciones y se adquiere con nacimiento y adopción¹¹.
- **Educación respetuosa de las tradiciones:** quienes hagan parte de los grupos indígenas, recibirán una educación respetuosa respecto a sus usos y costumbres dentro de la comunidad, con el fin de conservar las tradiciones de los pueblos¹².
- **Elegir y ser elegido en Circunscripción Especial:** hace énfasis a la representación política; donde el Senado de la República, pese a que la representación

⁷ Artículo 10 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

⁸ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. Los derechos indígenas en las constituciones de Colombia y Ecuador. En: constitución y derechos indígenas. México: Lirio. S. A, 2002.

⁹ La Corte Constitucional define a las “comunidades indígenas” como sujetos de derechos (fundamentales) colectivos. En general, el tribunal utiliza el concepto de comunidad indígena para asegurar los derechos colectivos de los indígenas como grupo, sin recurrir al concepto más amplio e internacionalmente vinculante de pueblo indígena. El concepto de comunidad indígena tiene en Colombia una larga tradición y es habitual tanto entre los indígenas como en la política y la administración estatales.

¹⁰ SEMPER, Frank. Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia de la corte constitucional. 2006.

¹¹ SANCHEZ BOTERO, Esther. Los derechos indígenas en las constituciones de Colombia y Ecuador. En: constitución y derechos indígenas. México: Lirio. S. A, 2002.

¹² Cfr. Ibid.

es minoría, son dos miembros los elegidos y deben cumplir con el siguiente requisito: haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el ministro de Gobierno¹³.

- **Derecho de grupo a la autonomía política en Colombia:** los territorios indígenas tienen una organización estructural respecto a la constitución y las leyes, están gobernados por Consejos, los cuales se basan en usos y costumbres de cada comunidad, quienes tienen como función: 1. velar por el cumplimiento de las normas en cuanto a los usos de los suelos y ocupación territorial. 2. estructurar políticas de desarrollo económico y social. 3. velar por la preservación de los recursos naturales, representar a los territorios ante el Gobierno y demás entes¹⁴.

Por ello, la función de la jurisdicción indígena será la de proteger la diversidad en materia cultural dentro del territorio nacional, además, esta será de carácter optativo y dispositivo, adaptándose siempre a la comunidad en particular de acuerdo con sus costumbres; en su forma de actuar, se pueden encontrar cinco principios:

1. **Componente orgánico:** que habla sobre la existencia de autoridades al interior de las comunidades indígenas, que ejercen función social¹⁵;
2. **Componente de congruencia:** establece que las normas que se tengan en la comunidad no pueden ir en contra de la Constitución¹⁶;
3. **Componente humano:** que reconoce la existencia de un grupo diferenciable por su etnia e identidad cultural¹⁷;
4. **Componente normativo:** cada comandad podrá tener sus propias leyes las cuales se adecuan a las necesidades de cada una, de acuerdo sus prácticas tradicionales¹⁸; y
5. **Componente geográfico,** el cual responde a lo que establece el artículo 329 de la Constitución Política de Colombia¹⁹.

¹³ Cfr. Ibid.

¹⁴ Cfr. Ibid.

¹⁵ Cfr. Ibid.

¹⁶ Cfr. Ibid.

¹⁷ Cfr. Ibid.

¹⁸ Cfr. Ibid.

¹⁹ Cfr. Ibid.

Respecto con la Jurisdicción Especial Indígena, ésta se rige bajo varios preceptos Constitucionales, donde el artículo 246 enuncia “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república”²⁰. Por su parte, el Artículo 329 establece que “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos”²¹. A su vez, el Artículo 330 manifiesta que “(...) de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerá distintas funciones”²².

Dicho lo anterior, para el desarrollo en su totalidad de un proyecto que logre generar espacios propicios para la actividad de la jurisdicción indígena dentro del ámbito jurídico colombiano, se consideró de vital importancia conocer el origen y funcionamiento de la Normatividad Nacional e Internacional con respecto a los Derechos Humanos, por consiguiente, corresponde al funcionamiento interno de la Jurisdicción Especial Indígena en relación con la administración de justicia, garantizando la protección de los derechos humanos de la víctima y del victimario.

2. Los derechos humanos en la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena

Los derechos humanos y los derechos fundamentales son universales, desde el año 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y abusos del poder, instaurando un primer marco de referencia para la disputa tanto para los derechos de las víctimas del delito como las del victimario.

²⁰ Artículo 246 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

²¹ Cfr. Ibid.

²² Cfr. Ibid.

Refiriéndose, al debate de los derechos de las víctimas del delito, se obtuvo memorables aportaciones por parte de los órganos del SIDH (Sistema Interamericano de Derechos Humanos), la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y la Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) con referencia a violaciones de derechos humanos, así mismo, los derechos al acceso a la justicia, al debido proceso y las obligaciones estatales correlativas que son determinantes para el reconocimiento de los derechos de las víctimas del delito, en el marco de los procedimientos nacionales²³.

En el transcurso de la historia colombiana, el Estado ha procurado garantizar una reparación y una debida protección a quienes han sido víctimas de un bien jurídico tutelado, por medio de convenios ratificados por el Estado, donde la persona procesada sea juzgada por la acción punible que cometió, respetándose el derecho al debido proceso y que a la víctima se le garantice sus derechos a través del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, que van de la mano con los derechos de rango constitucional, como el debido proceso, el acceso a la justicia, la igualdad, el enfoque diferencial, la dignidad, etc.

2.1 El debido proceso en el victimario

En efecto, toda persona tiene derechos que son inherentes, en razón a su dignidad humana, cuentan con una protección judicial, los cuales son reconocidos por la Constitución Política de Colombia de 1991 y por Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, donde el Estado tiene la obligación de garantizar la protección de los derechos fundamentales a todas las personas sin distinción alguna, así mismo, los derechos que han sido reconocidos por la interpretación constitucional, tales como, la vida digna, habeas data, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección, etc., y el mecanismo principal es la Acción de Tutela en pro de proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

Menciona NISIMBLAT “(...) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. por consiguiente, el DEBIDO PROCESO es un derecho fundamental de carácter sustancial, de rango constitucional, de aplicación inmediata y se rige por el principio de legalidad; Internacionalmente, el Debido Proceso se encuentra establecido en “el art. 11 de la Declaración

²³ Corte suprema de justicia, libro de justicia y pueblos indígenas: jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos. Bogotá D.C., 2017.

Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el art. 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 7.º de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (...)”²⁴ e internamente se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el cual establece que, “(...) el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”²⁵.

La Corte Constitucional ha definido el debido proceso como “(...) la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley”²⁶.

Con respecto a lo anterior, es necesario resaltar la Sentencia C-383 de 2005, la cual describe unos elementos que constituyen el derecho al debido proceso y que han sido establecidos por la Jurisprudencia Constitucional, entre ellos se encuentra: (i) el derecho a tener un juez natural, de ahí, el juez es competente para adelantar trámite y tomar decisión, independiente e imparcial y es sometido al imperio de la ley; (ii) Ser juzgado de acuerdo con las reglas preexistentes para el caso que se analiza dentro del proceso, protegiéndose el principio de legalidad y juridicidad; (iii) garantizar el derecho a la defensa y a controvertir las pruebas que sean presentadas en su contra; donde el procesado tiene la potestad de solicitar y reunir pruebas, controvertir aquellas que vayan en su contra, formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten, finalmente, la publicación de las decisiones adoptadas que pueden ser de carácter particular o general (iv) tener el derecho de que las decisiones adoptadas se ajustan al principio de legalidad de la función pública y de independencia funcional del juez; y (v) que las decisiones sean adoptadas dentro de un término razonable, evitando las demoras injustificadas.²⁷

²⁴ Cfr. Ibid.

²⁵ Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

²⁶ NISIMBLAT, Nattan. Derecho probatorio: técnicas del juicio oral. Bogotá: Ediciones doctrina y Ley, 2022.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sala plena. Sentencia C-383 de 2005. (M.P. Álvaro

Ahora bien, el derecho al debido proceso con respecto al victimario y la jurisdicción Especial indígena, la Corte Constitucional²⁸ ha establecido, que el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate; límite que no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico.

Lo que se requiere es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social. Entonces, debe haber una precedencia de normas y procedimientos aplicados para cada caso particular, de forma tal que se garanticen los derechos del sancionado, pese a que el mismo, debía conocer previamente las implicaciones de su conducta, como también el procedimiento que deriva la sanción, que se ha venido llevando a cabo, lo que implica que las autoridades indígenas deben aplicar los procedimientos basados en los lineamientos de los reglamentos internos, cumpliendo estándares sociales, políticos y jurídicos de comunidad, para ello, la corte constitucional ha establecido que, una vez cumplido ese requisito, el acusado puede ser sancionado de acuerdo a sus usos y costumbres, entre ellas se encuentra. “1. Expulsión de la comunidad, 2. Despojo de parcelas de cultivo, 3. El cepo, 4. El Juete”²⁹.

Por último, cabe recalcar que en Colombia ninguna autoridad podrá desconocer, violentar o transgredir, los derechos humanos del victimario. Todas las autoridades nacionales sin excepción tienen el deber de garantizar la protección y promulgación de dichos derechos; mismos que se encuentran consagrados en la Constitución Política de Colombia, Tratados y Convenios Internacionales, como lo son, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los Pactos Internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos.

Tafur Galvis, 12 de abril del 2005). También al respecto se encuentra la Sentencia T-389 de 2019. (M.P. Alberto Rojas Ríos, 26 de agosto del 2019).

²⁸ Al respecto se pueden consultar las Sentencias T – 496 de 2013 y T – 405 de 2019.

²⁹ Al respecto se puede consultar también las sentencias de la Corte Constitucional, donde habla de las sanciones en las comunidades indígenas: T-254-94 y T-048 de 2002, concluyendo que no se inscribía dentro de la prohibición constitucional del destierro de que trata el artículo 34 de la Constitución Política. Lo anterior porque no se está realizando la expulsión del territorio, sino solamente de la comunidad indígena, que no contraría lo dispuesto en la norma constitucional y por ende está permitido. En cuanto al despojo se puede consultar la sentencia T-254 de 1994; frente al cepo la Sentencia T-349 de 1996 y la sentencia T-523 de 1997.

2.2 Sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición en la víctima

Es importante mencionar que para el autor CISNEROS³⁰, en cuanto al Sistema Integral por un lado parte del principio de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido; del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario; del principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Y por otro, está compuesto por los siguientes mecanismos y medidas: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición³¹.

Teniendo en cuenta la **Sentencia SU 599 de 2019**, la Corte Constitucional considera que las víctimas con graves violaciones a los derechos humanos “(...) tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación y a la garantía de no repetición ‘con el fin de restablecer su situación al estado anterior de la afectación y permitirles retornar a una vida en condiciones de dignidad’; dichas prerrogativas se encuentran reconocidas en diversos instrumentos internacionales y, en correspondencia, en el ordenamiento interno³²”,

Considerando el **derecho a la verdad** “(...) como aquel atributo de naturaleza individual o colectivo que tienen las víctimas y la sociedad de conocer las circunstancias en las cuales acaecieron las vulneraciones, así como al no olvido de las situaciones fácticas que generaron las transgresiones”³³.

Cabe mencionar que, el derecho a la verdad cuenta con dos dimensiones, por una parte, el individual, el cual implica que las víctimas de graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, así como sus

³⁰ Cfr. CISNEROS TRUJILLO, Cástulo. La responsabilidad de los actores del conflicto por crímenes internacionales: en los procesos de justicia transicional en Colombia. Bogotá D.C., Editorial Ibáñez, 2021. pp. 134 - 139

³¹ Jurisdicción especial para la paz. Cartilla del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. (SIVJNR).

³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 599 de 2019. (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 11 de diciembre del 2019).

³³ CISNEROS TRUJILLO, Cástulo. Op. cit, p. 135

familiares, tienen el derecho a un recurso efectivo que debe garantizar el Estado, como es el derecho a saber la verdad acerca del abuso que han sufrido, incluyendo la posibilidad de identificar a los perpetradores, las causas que originaron tales violaciones y, de ser el caso, la suerte final o el paradero de las personas desaparecidas de manera forzada³⁴, por otra parte, el colectivo, cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva” como lo ha dicho la Corte Constitucional, una dimensión individual, cuya efectividad se realiza, fundamentalmente, en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte.

En cuanto al derecho de **Justicia**, consiste en “(...) la posibilidad que tiene el perjudicado para acceder a la administración de justicia y exigir a través de diversos medios procesales o administrativos el cumplimiento de obligaciones del Estado o del victimario, de esta manera se establece como un interviniente dentro del proceso que se constituya para el efecto. Esta es la forma como se busca evitar la venganza”³⁵

De lo anterior, se puede ver desde dos enfoques, el primero se refiere al deber del Estado para investigar, Juzgar a quienes cometan delitos, y más aún si son en contra de la humanidad, y condenar a penas adecuadas a los responsables de las conductas criminales y evitar la impunidad; por el contrario, al incumplir uno de estos requisitos, se estaría vulnerando el derecho al debido proceso de la víctima; el segundo constituido como referente para la víctima a la hora de buscar justicia, evitando el uso de las vías de hecho o venganza, por ello, es tomado como la posibilidad de las víctimas para hacer valer sus derechos, lograr su reparación por medio de un recurso objetivo y efectivo y finalmente el victimario sea juzgado. Hernández³⁶.

Ahora bien, **el derecho a la Reparación** Podría definirse como “(...) aquella facultad que tiene el perjudicado de una conducta punible para hacer exigible a través de mecanismos judiciales establecidos expresamente en la ley, una indemnización de carácter económico por parte del sujeto activo del ilícito”³⁷.

Es decir, es un conjunto de elementos, que procura reconocer y compensar económicamente o por reconocimiento público; el daño material o inmaterial causado a las víctimas de violaciones a sus Derechos Humanos, igualmente, es deber del Estado garantizar que se realice de manera integral; cuyo objetivo

³⁴ Cfr. Narváez, B., Torres, A., Úrzola, H. Prevalencia de la jurisdicción especial para la paz sobre la cosa juzgada en Colombia. En: el derecho a la paz, justicia, reparación y garantías de la no repetición en Colombia, CECAR, 2021.

³⁵ CISNEROS TRUJILLO, Cástulo. Óp. cit. p. 139

³⁶ Óp. Cit. Narváez, B., Torres, A., Úrzola, H.

³⁷ CISNEROS TRUJILLO, Cástulo. Óp. cit. p. 145.

es devolver a la víctima al estado en el que se encontraba antes del hecho que ocasionó tal condición. Por consiguiente, es de mencionar las formas de reparación según la Corte Constitucional, puede darse a través de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición consagradas en el Derecho Internacional, que se desprenden de la condición de víctimas y que deben ser salvaguardados por el Estado independientemente de la identificación, aprehensión, enjuiciamiento o condena de los victimarios.

Finalmente, **la garantía de no repetición**, considerada como “(...) aquellas medidas dirigidas a imposibilitar que las circunstancias que provocaron las vulneraciones de los derechos se vuelvan a presentar”³⁸ por lo mismo, esta debe ser vista hacia el futuro, para las generaciones siguientes, con el fin de evitar situaciones similares. De acuerdo con la Corte Constitucional, la garantía de no repetición está compuesta por “(...) todas las acciones dirigidas a impedir que vuelvan a realizarse conductas con las cuales se afectaron los derechos de las víctimas, las cuales deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa”, donde el deber del Estado es prevenir las graves violaciones de los Derechos Humanos, que comprende la adopción de medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural.

Con respecto al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición en la Jurisdicción Especial Indígena, el ordenamiento jurídico interno, los proyectos legislativos enfocados en crear una ley de coordinación con motivos políticos, sociales y económicos, no se han llegado a materializar en su totalidad; sin embargo, esta Jurisdicción se rige bajo la siguiente Normativa: la Constitución Política de 1991 art. 1, 7, 10, 68, 246, 286, 329, 330, los Decretos, 927 y 1926 de 1990 y jurisprudencialmente la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 01 abril de 2009, rad. 25794, misma normativa que, reconoce y protege los derechos de las comunidades indígenas, su autonomía, su pluralismo y su diversidad étnica y cultural dentro de un Estado.

No obstante, coexiste dos concepciones por parte de la Jurisdicción Indígena frente a la ley, en primer lugar, el conocimiento suficiente y necesario de la existencia de la ley, pero sus libertades son limitadas gracias a sus propias leyes, creencias, usos y costumbres, más allá de lo que determina la Norma Superior; en segundo lugar, la oposición a la primera, donde busca que sus derechos y libertades sociales, políticos y culturales sean reconocidos y establecidos en el Marco de Legalidad.

Ahora bien, la Corte Constitucional, con la sentencia T-617 de 2010 ha indicado que: “El derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena es de

³⁸ Ibid., pp. 152 a 154.

carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad. Sin embargo, cuando una comunidad asume el conocimiento de un caso determinado, no puede renunciar a tramitar casos similares sin ofrecer una razón legítima para ello, pues esa decisión sería contraria al principio de igualdad”³⁹.

Por ende, para el desarrollo en su totalidad de un proyecto que logre generar espacios propicios para la actividad de la jurisdicción indígena dentro del ámbito jurídico colombiano, se considera de vital importancia entender la manera cómo funciona la administración de justicia al interior de las comunidades indígenas.

Inicialmente, el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia de 1991, positiviza la figura de la Jurisdicción Especial Indígena, aparte de ello, con la sentencia C 139 de 1996, la Corte Constitucional por primera vez, aborda este tema y pone en disposición lo siguiente: “(i) la facultad de la comunidad de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de conservar y/o proferir normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación ínter jurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (v) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la ley mencionada”. Posteriormente, en sentencia T-728 de 2002, la Corte Constitucional establece: “El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa (...)”⁴⁰.

En relación a lo anterior, es importante dejar en claro que la jurisdicción Especial indígena se complementa con el fuero indígena, donde este parte de un derecho subjetivo dedicado, por una parte, a proteger la conciencia étnica del individuo y garantizarla vigencia del derecho penal culpabilista; por otro lado, a proteger la garantía institucional, que incluye la diversidad cultural y valorativa, así mismo, al ejercicio de su autonomía jurisdiccional, mismo que reconoce dos pilares elementales los cuales son:

³⁹ Corte constitucional de Colombia. Sentencia T-617 de 2010. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 5 de agosto del 2010).

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-139 de 1996. (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 9 de abril del 1996).

- **ELEMENTO PERSONAL;** que se basa en que cada comunidad podrá adecuar sus usos y costumbres de acuerdo con sus necesidades y su situación particular.
- **ELEMENTO TERRITORIAL;** está a favor de la protección de la autonomía, donde las diferentes comunidades podrán disponer de manera total y como consideren oportuno las herramientas que la Constitución les ha otorgado, para solucionar un conflicto que se presente al interior de dichas comunidades; en cuanto a la Jurisdicción Especial Indígena, siendo un derecho autónomo y fundamental de estas comunidades, cuentan con sus propios criterios y elementos para solucionar un conflicto, los cuales determinan si es viable dejar un caso concreto en manos de la justicia indígena.

Cabe destacar, que los elementos del fuero indígena no son suficientes para definir si la Jurisdicción Indígena es competente para administrar justicia, de aquí, la Corte Constitucional, frente a los elementos que sirven de sustento a la jurisdicción indígena, ha precisado: “(...)— Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. — Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades. — Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental. — Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual, según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades. — Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley”.

Así mismo, Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012 infiere que “La satisfacción de los derechos de las víctimas: La búsqueda de un marco institucional mínimo para la satisfacción de los derechos de las víctimas al interior de sus comunidades debe propender por la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la determinación de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados”⁴¹; donde el juez de control de garantías o de conocimiento, como verdadero intérprete constitucional, le corresponde sopesar conductas que dejan huellas imborrables y afectan hondamente la vida de la comunidad. Al respecto Valencia Restrepo se refiere a los principios generales del derecho que le imponen al operador judicial,

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia-T-002-2012 . (M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 11 de enero del 2012).

como, - El deber de proteger a la parte sensible y vulnerada, sobre todo para la verdad, la justicia y reparación de los derechos de la víctima. - Dar trámite a la Audiencia Especial para ser consecuente con la fiel interpretación de las partes y el cumplimiento de los fines constitucionales.

Sin embargo, en ocasiones las autoridades y las comunidades indígenas, prefieren dejar que el proceso se lleve a cabo por medio de la jurisdicción ordinaria, evitando agravar los conflictos entre comunidades y familias, ya sea por la falta a algún elemento del fuero indígena o de la Jurisdicción Especial Indígena, así mismo, cuando se trate de delitos graves como lo son, el narco-tráfico y las graves violaciones a los Derechos Humanos constitucionales y del Derecho Internacional.

3. Referencia especial al caso del reguardo indígena Inga de Aponte

La Jurisdicción Especial Indígena recuerda constantemente la necesidad de velar por sus costumbres y formas de aplicar justicia. Sin embargo, los derechos humanos, los derechos fundamentales son universales y por ningún motivo, razón, creencia o cultura, deben ser quebrantados, pues son aplicables para todos lo que son considerados persona, y una comunidad indígena indiscutiblemente respeta los derechos fundamentales como la dignidad, integridad humana, confidencialidad relacionado al debido proceso y al sistema integral de reparación.

En el presente acápite del escrito, nos permitiremos explicar la forma en que la Comunidad Inga de Aponte desarrolla los derechos humanos previamente enunciados.

Colombia es un País multicultural que cuenta con 102 pueblos indígenas, representando el 6% de la población colombiana, estadísticas tomadas del DANE⁴², publicado en el presente año, es importante destacar, que en el transcurso de los años, se evidencia grandes logros y un notorio progreso de la Jurisdicción Especial Indígena dentro del estatuto jurídico colombiano, logrando ser parte de la organización jurídica de este país, ya que la mayor parte de la población eran discriminados, utilizando el calificativo de salvajes e igualándolos con personas que sufrían de trastorno mental, lo cual implicaba que eran inimputables.

A partir de 1991 con la Constitución Política de Colombia se evidencia un gran avance en cuanto a la justicia y la no discriminación hacia los pueblos indígenas o también conocidos como grupos minoritarios, cabe resaltar que las

⁴² Al respecto se puede consultar https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf.

comunidades indígenas son reconocidas como sujetos colectivos, es decir que no solo se protege a un individuo sino a toda la comunidad, en caso de violación de derechos, estas comunidades pueden acudir a acciones constitucionales como la acción de grupo o popular, pero en caso de violación de derechos fundamentales, pueden acceder a la acción de tutela de manera individual, además de esto, se reconoce y protege la diversidad étnica, la identidad de cada comunidad, el patrimonio cultural, además de conceder el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables a las tierras comunales de grupos étnicos.

La comunidad INGA, está ubicada en los siguientes Departamentos: Caquetá, Putumayo, la Bota Caucana y en Nariño. Esta comunidad es fundada el 15 de marzo de 1700 por el cacique Carlos Tamavioy, reconocido por la comunidad como el “taita de taitas” que siempre está al cuidado de todos; en el año 2003 fueron titulados 22.283 hectáreas de territorio perteneciente a esta comunidad, situada en el Departamento de Nariño municipio Tablón de Gómez a 85 km de la ciudad de Pasto.⁴³

El resguardo indígena Ingas de Aponte reconoce como su máxima autoridad al Cabildo Menor de Justicia, quienes lo conforman nueve comunidades como lo son: la vereda el Pedregal, Paramo Bajo, Paramo Alto, la Loma, Tajumbina, San Francisco, Las Moras y Granadillo, cada una cuenta con dos representantes, a quienes se le ha designado el nombre de consejeros. La organización sociopolítica está regida por dos cabildos; por una parte, el cabildo mayor, siendo la autoridad principal, constituido por el Gobernador, Gobernador suplente, secretaria, alcalde, Fiscal, Alguacil Mayor y Menor, Regidor mayor y menor, tesorero y Guardias; por otra parte, el cabildo menor; el cual se conforman por el cabildo menor de cultura, cabildo menor de salud, cabildo menor de justicia, cabildo menor de servicios públicos, cabildo menor de educación, cabildo menor de deportes, cabildo menor de economía, cabildo menor de comunicación y cabildo menor de mujer y de familia⁴⁴.

Culturalmente, son reconocidos como médicos tradicionales por el alto nivel de conocimiento en botánica, empleando el lenguaje inga, proveniente del quechua, teniendo en claro sus principios que rigen la vida unidad y dignidad del pueblo inga, siendo sus mandamientos el no robar, no mentir, no ser perezoso, ser digno, unidad, territorio, cultura, participación y autonomía.

En la actualidad, Ingas de Aponte hace parte de una Organización Étnica, lo que evita la discriminación y exclusión, llevándola a convertirse como parte de

⁴³ Colombia. Wuasikamas, el Modelo del pueblo Inga en aponte, Estudios de Caso de la Iniciativa Ecuatorial: Soluciones de desarrollo sostenible locales para las personas, la naturaleza y las comunidades resilientes.

⁴⁴ Cfr. Ibid.

la sociedad colombiana, reconociendo su autonomía a la hora de determinarse, de acuerdo con su cultura y tradición, lo que faculta a la Jurisdicción Especial Indígena a administrar su propia justicia; siguiendo sus propias leyes, donde su sistema normativo es de gran importancia para llevar un orden social, regulando los deberes y garantizando los derechos de las personas que hacen parte de este resguardo, ya que pertenecen a un ámbito costumbrista, manejando con gran respeto su cultura, sus usos y creencias; manejan estrictamente las reglas de buenas conductas donde al verse atentadas por la transgresión o incumplimiento, se les realiza un llamado de atención por parte de la Minga de Consejeros, sin embargo, al hacer caso omiso a este llamado, será la persona que comete el error sancionado de acuerdo a la Organización Especial Indígena.

Cabe resaltar que, para que esta comunidad administre justicia, conoce el mandato Nacional e Internacional, motivo por el cual, en ningún momento transgreden o vulneran los derechos humanos de aquella persona que se encuentra ya sea como víctima o victimario.

Con respecto al victimario, en el momento que pasa a ser judicializado por Ingas de Aponte, esta comunidad se rige con base en reglamentos y protocolos internos; especificados de la siguiente manera:

1. **El reconocimiento del acto punible o mala conducta:** donde el victimario acepta ante la Minga su culpa, mostrando arrepentimiento para así proseguir a la purificación.
2. **La purificación espiritual:** la cual se realiza mediante el yagé con relación al mundo terrenal y espiritual de los Ingas, donde el chamán hace contacto con los creadores del universo y sus derivados, llevando a cabo rituales como el Ambi Wasca, lo que le permite la entrada espiritual a la persona para poder orientar, curar o sanar su mente, su cuerpo, y su espíritu, encaminándolos a tener un equilibrio físico y mental con la madre tierra.
3. **La reflexión:** con el uso de herramientas como el juete y los espacios carcelarios. Punto esencial que cabe resaltar, debido a que la comunidad Ingas de Aponte se relaciona con la jurisdicción ordinaria mediante convenios con el INPEC de la Ciudad de Popayán (N), para hacer uso de las infraestructuras carcelarias, tratándose de un pabellón especial conservando sus usos y costumbres acompañado de una autoridad tradicional; trámite Normativo que se lleva a cabo con la Fiscalía.
4. **Trabajo comunitario:** la jurisdicción Especial faculta a Ingas de Aponte para que el procesado, por cualquier tipo de delito cometido pague parte de su condena por medio de trabajo en el suelo, también llamada la chagra, siendo esto, reconocido como símbolo de fertilidad para sus tierras, produciendo alimento sagrado para toda la comunidad; por otro lado, se encuentra el

trabajo en construcción y mantenimiento de vías, drenajes y canales, trabajos que tiene como objetivo mantener la estructura social y mejoramiento diario de las comunidades indígenas; enseñando y recordando que los valores colectivos son de conocimiento y aceptación para todos.

Reglas aplicadas al victimario, que son propias de la comunidad Ingas de Aponte, limitadas por de la Constitución Política y la Ley, mismo que garantiza al individuo el derecho el debido proceso, pilar fundamental de la materialización de los derechos humanos.

Por otra parte, dicha Jurisdicción no abandona a la víctima y a su familia, vela por el cumplimiento del derecho a la verdad al momento de actuar y aplicar la justicia, pues solo la verdad absoluta crea una verdadera justicia. Sin verdad no puede haber justicia. Pero ¿Que es una justicia sin reparación?

Es necesario que ante un daño ocasionado se repare a la víctima directa e indirecta, siendo éste el fin de la justicia para Ingas de Aponte; pero, para que la misma sea aplicada y completa, no se desconoce el principio que garantiza a la víctima su tranquilidad y la no repetición del acto que le vulnera sus derechos fundamentales, llamada garantías de no repetición.

La Comunidad de los Ingas de Aponte provee medidas de reparación de derechos, valiéndose en un ámbito tanto colectivo como individual, con el propósito de acompañar tanto a la víctima como a sus familiares, por una parte, por medio de ayuda psicológica y ritos espirituales de sanación como lo es el yagé, por otra, garantiza y protege los derechos a la dignidad, integridad y confidencialidad, evitando la revictimización, motivo por el cual el acceso a la información debe contar con autorización.

Conclusiones

1. De acuerdo con el estudio previo, cabe resaltar el trabajo conjunto entre los Organismos Internacionales como lo son la OIT, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás tratados de ámbitos internacionales adheridos al bloque de constitucionalidad, para resarcir los conflictos internos que presenta cada comunidad en el territorio colombiano, partiendo de los conceptos de autonomía, y demostrando con el uso de normas, hechos y valores, la eficacia de los procesos.
2. Se resalta la importancia de entender que para las comunidades indígenas la Constitución Política de Colombia ha logrado crear fueros y disposiciones especiales para su correcto funcionamiento aplicando estatutos legales; el ordenamiento legal logró integrar a las disposiciones legales en las comunidades indígenas y si bien, se reconoce que la ley ha querido darles

mayor visibilidad y protección a dichas comunidades, también es evidente que es mucho el trabajo por hacer para que esta intención se vuelva una realidad.

3. Uno de los mayores logros por los cuales se ha llegado a reconocer a la jurisdicción indígena, es la protección de los derechos humanos de las personas que formen parte de estas comunidades. Si se hace una comparación de las garantías que tenían las comunidades indígenas antes y después de la creación de su jurisdicción, será notorio que las garantías en materia de derechos humanos han ido en aumento, puesto que ahora son reconocidos como sujetos como colectivos de derecho siendo accionantes de garantías constitucionales.
4. Es menester reconocer que dichas garantías no serán solo para quien sea víctima de una transgresión de derechos, también darán garantías mínimas para el transgresor de los mismo, ya que, independientemente de sus acciones, éste, siempre será un sujeto de derechos y por ende, deberá recibir toda la atención de las autoridades competentes para la protección de sus derechos humanos como lo es el debido proceso.
5. Para el caso de la Comunidad Inga de Aponte, los procesos judiciales se tornan muy escasos y se logró evidenciar que superan sus conflictos sin necesidad de acudir a dichas instancias. Se realizan mecanismos previos y educativos, situación que bajo nuestro entender es una forma de proteger los derechos de sus miembros, toda vez que se presentan circunstancias de prevención a los conflictos que pueden activar la Jurisdicción Indígena. En ese sentido, se logró comprobar que el debido proceso se materializa de forma correcta tanto para víctimas como para victimarios.

Referencias

- CISNEROS TRUJILLO, Cástulo. La responsabilidad de los actores del conflicto por crímenes internacionales: en los procesos de justicia transicional en Colombia. Bogotá D.C., Editorial Ibáñez, 2021.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- CORPORACION UNIVERSITARIA DEL CARIBE. El derecho a la paz: retos del sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantías de la no repetición en Colombia. Sincelejo: editorial Cekar. 2020.
- Corte Suprema de Justicia, libro de justicia y pueblos indígenas: jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos. Bogotá D.C., 2017.
- Narváez, B., Torres, A., Úrzola, H. Prevalencia de la jurisdicción especial para la paz sobre la cosa juzgada en Colombia. En: el derecho a la paz, justicia, reparación y garantías de la no repetición en Colombia, CECAR, 2021.

NISIMBLAT, Nattan. Derecho probatorio: técnicas del juicio oral. Bogotá: Ediciones doctrina y Ley, 2022.

SANCHEZ BOTERO, Esther. Los derechos indígenas en las constituciones de Colombia y Ecuador. En: constitución y derechos indígenas. México: Lirio.S. A, 2002.

SEMPER, Frank. Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia de la corte constitucional. 2006.

TRAVIESO, Juan Antonio. Derechos humanos: fuentes e instrumentos internacionales. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 1996.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 254 de 1994.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 139 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 349 de 1996. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 523 de 1997. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 048 de 2002. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 383 de 2005.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 617 de 2010. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 002 de 2012. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 496 de 2013. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 389 de 2019. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 405 de 2019. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU – 599 de 2019.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS DE CUARTA GENERACIÓN EN LA JUSTICIA DIGITAL COLOMBIANA

*David Steven Grajales Chico, Luisa Fernanda Jacome Navarrete,
Liyei Mairena Quiñónez Misas, Mabelle Lorena Palacio Castiblanco,
Angie Paola España Toro, Sergio David Ríos Torres,
Juan Sebastian Cespedes Suárez y Leidy Katherine González Bernate*

Tutor: *Eduardo Andres Calderon Marengo*
Universidad Cooperativa de Colombia - Sede Bogotá

Resumen

Es una investigación teórica con enfoque cualitativo que tiene como propósito destacar los derechos humanos de cuarta generación en el marco de la justicia digital colombiana. El artículo se divide en dos partes: en la primera, se resalta la fundamentación conceptual de los derechos fundamentales y humanos, en suma, se abarca concisamente sobre lo esencial de la justicia digital. La segunda parte está destinada a identificar los derechos humanos pertenecientes a la generación objeto de estudio y como de manera indirecta están inmersos con la justicia y el proceso digital. El artículo expone algunas consideraciones sobre la pertinencia de un mecanismo para garantizar la protección de la cuarta generación de derechos humanos y finaliza expresando una recomendación para la protección de los referidos derechos en sede jurisdiccional y administrativa.

Palabras clave: Cuarta generación, derechos humanos, digital, internet, justicia, protección, tecnologías.

Abstract

It is a theoretical research with a qualitative approach that aims to highlight the fourth generation of human rights in the framework of Colombian digital justice. The article is divided into two parts: in the first, it highlights the conceptual basis of fundamental and human rights, in short, it covers concisely the essentials of digital justice. The second part is intended to identify the human rights belonging to the generation under study and how indirectly they are immersed with the justice and the digital process. The article sets out some considerations on the relevance of a mechanism to ensure the protection of the fourth generation of human rights and concludes by expressing a recommendation for the protection of those rights in jurisdictional and administrative headquarters.

Keywords: Fourth generation, human rights, digital, internet, justice, protection, technologies.

Introducción

La administración de justicia no es indiferente a la adaptación de sus funciones respecto a los grandes avances tecnológicos y a la era digital, por lo que, desde finales del siglo pasado, de manera gradual, el poder legislativo y el órgano de administración de la Rama Judicial han adoptado medidas para modernizar el sistema judicial, haciendo que resulte viable la implementación de nuevas tecnologías en los procesos judiciales, como aceptación de ello, el derecho procesal contemporáneo se adecúa a la disrupción tecnológica siendo posible afirmar que existe una justicia como un proceso digital en constante progreso.

En las últimas dos décadas, de manera sistemática las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), las nuevas tecnologías y, en general, cualquier medio técnico predominan en diversas actividades sociales, sin que el servicio de justicia sea la excepción, de tal manera que, en la actualidad, los avances científicos y la innovación tecnológica es lo que posibilita referirse a una justicia digital en funcionamiento y por otra parte, es lo que permite enfatizar sobre una cuarta generación de derechos humanos, generación por medio de la surgen nuevos derechos en consideración del dinamismo propio de la invención del ser humano. Como efecto de lo anterior, se ha pasado por alto aspectos que requieren de análisis y discusión, tal como lo es la evolución y pertinencia de esta generación de derechos, la ausencia de taxatividad normativa, el alcance de aplicación y reconocimiento, la forma en la se involucran en el marco de un proceso digital, la existencia de mecanismos para la salvaguarda y restablecimiento de los derechos humanos de cuarta generación, entre otros, de ahí que la investigación formule como pregunta problema: ¿Cómo en el ordenamiento

jurídico colombiano se protegen los derechos humanos de cuarta generación que tienen incidencia con la justicia digital?

Para efectos de desarrollar lo anterior, la presente investigación plantea como objetivo general establecer el alcance de protección de los derechos humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana. Por su parte, son cuatro los objetivos específicos: el primero, desarrollar la fundamentación teórica sobre derechos fundamentales y derechos humanos de cuarta generación; el segundo, identificar la reciprocidad entre derechos humanos de cuarta generación y justicia digital; el tercero, distinguir los derechos humanos de la cuarta generación que se encuentran inmersos en la justicia digital y, cuarto, determinar cuáles son los mecanismos idóneos para garantizar la protección de estos derechos.

El contenido desarrollado en el artículo es de relevancia porque destaca la trascendencia de comprender los derechos fundamentales y de los derechos humanos desde la óptica teórica y procedimental; demuestra que actualmente la inmersión de la cuarta generación de derechos humanos no debe entenderse como algo venidero o en etapa de proyección, sino, más bien, en etapa de desenvolvimiento y progresión; abarca consideraciones históricas sobre la justicia digital en Colombia; especifica cuales son los derechos humanos de cuarta generación que de manera indirecta se involucran en el escenario de una justicia digital y del proceso digital; discute y hace una racionalización con relación al mecanismo idóneo para la protección de esta generación de derechos.

La metodología implementada consistió en la adaptación de las características propias de una investigación teórica con enfoque cualitativo. Se empleó el método histórico-lógico a fin de profundizar en los antecedentes jurídicos e inmediatos de la justicia digital colombiana y en los aspectos generales de su desarrollo; se utilizó el método inductivo con el propósito de llevar la investigación de lo particular a lo abstracto para obtener una conclusión generalizada a partir de la derivación inductiva. En últimas, se dispuso del método de derecho comparado para destacar el tratamiento que distintos Estados le han dado al internet como derecho humano, siendo este el pilar fundamental para hacer posible el afianzamiento de los derechos humanos de cuarta generación y lo que permite, entre otros, el funcionamiento de una justicia digital. La ley, la jurisprudencia y la doctrina fueron las fuentes de información de consulta para realizar el artículo.

1. Alcances y fundamentación conceptual

Con el contenido de este apartado se pretende esbozar sobre las bases teóricas de los mencionados derechos y hacer énfasis en lo fundamental. Lo anterior, con el propósito de llevar al lector a una comprensión completa sobre el tema central

de la investigación: los derechos humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana. Bien es conocido que los derechos más allá de su denominación de carácter humano, fundamental o constitucional son inherentes al ser humano por la simple condición de la existencia de una persona, es así como la estipulación expresa de cualquier derecho es necesaria por qué se requiere para la convivencia social y para la paz mundial, más aún cuando “el oxígeno de la paz es la justicia judicial con justicia social”¹.

Los derechos se pueden diferenciar según su jerarquía, propósito, alcance de reconocimiento y aplicación efectiva. En ese sentido, es posible afirmar, a modo de ejemplo, que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”²; según el aludido ejemplo, por disposición de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se entiende que es un derecho propiamente humano y que tiene una garantía de reconocimiento, aplicación y protección a nivel universal. No sucede lo mismo con un derecho de carácter constitucional, muy específico, cuya estipulación normativa no tiene efectos de vinculación a nivel universal, más bien, aplicable en un lugar específico y para determinados individuos, como lo puede ser el derecho a la objeción de conciencia, cuya regulación depende del constituyente y tiene una limitación territorial.

Los derechos fundamentales son innatos a la persona; al no tener ningún tipo de limitación, no puede haber una aplicación parcial, ni tampoco dependen del reconocimiento por parte del Estado; por su naturaleza, propenden a garantizar el pluralismo, la dignidad humana, la igualdad y la libertad del individuo. En otras palabras, “los derechos fundamentales son aquellos de los que cualquier persona es titular, con lo que se estructuran como una noción antropológica, relacionada con la condición de la persona de ser en sí misma”³. Siendo derechos que, como explica Delgado⁴, se conciben, históricamente, como reivindicaciones que posibilitan la protección de las personas frente al poder del Estado, como una barrera

¹ OSPINA, William. Dónde está la franja amarilla. Citado por PARRA, Jairo. El Porqué de los Semilleros. En: *Revista Semilleros de Derecho procesal*, núm. 4, 2016. [Citado el 16 de mayo de 2022], p.24.

² FRANCIA. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. (10, diciembre, 1948). Resolución 217ª III. Paris, 1948. Artículo 95. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

³ HUERTA GUTIÉRREZ, Leonardo. La falta de unidad significativa de los derechos fundamentales como posible causa de su desprotección. En: *Revista Vera Iuris.*, núm. 14, 2019. [Citado el 10 de junio de 2022], p. 73. Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4648>.

⁴ DELGADO MOTOA, Beatriz. Aproximación a una conceptualización de los derechos fundamentales. En: *Revista Dixi.*, núm. 29, 2019. [Citado el 10 de junio de 2022], p. 12. Disponible en: <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/3063/2792>.

contra la arbitrariedad y contra su conducta extralimitada, lo cual hace que el concepto indeterminado se establezca según su circunstancia de aplicabilidad. En Colombia, la Corte Constitucional en una sentencia interpretó el postulado del jurista y doctrinante Luigi Ferrajoli respecto a lo que debe entenderse por el concepto de derechos fundamentales, para lo cual explicó que son aquellos “adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto a ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables”. Por su parte, según la teoría del positivismo, son fundamentales todos aquellos que estén explícitamente consagrados en el ordenamiento jurídico⁵.

Por su parte, esta investigación define los derechos humanos como aquellos que se caracterizan por tener un grado de aplicación y de protección universal dirigido a garantizar unas calidades de vida en condición de igualdad hacia todo individuo sin distinción de su género, raza, religión, nacionalidad, entre otros. Por demás, desde un punto de vista sociopolítico, los derechos humanos son determinantes a la hora de valorar y cuestionar la legitimidad de un Estado y de su ordenamiento jurídico. A partir del prisma estructural sobre la teoría de los derechos del hombre expuesta por el filósofo y escritor Norberto Bobbio, la explicación sobre la formación de los derechos humanos:

ha de buscarse en su génesis histórica, que se articula en tres fases. En la primera, los derechos de libertad atribuyen a los ciudadanos algunas esferas de actividad, en las que el Estado no puede inmiscuirse sino parcialmente (por ejemplo, libertad de movimiento, de empresa, etc.). En la segunda fase, los derechos políticos atribuyen a los ciudadanos una esfera de autonomía respecto al Estado (por ejemplo, libertad de asociación, de voto, etc.). En la tercera fase, en fin, los ciudadanos obtienen mayor igualdad y bienestar a través de los derechos sociales garantizados por el Estado. Bobbio habla de libertad del Estado, en el Estado y mediante el Estado⁶.

En armonía con Bobbio, la permanente evolución de los derechos humanos ha obedecido a que la humanidad se encuentra cambiando constantemente, siendo las generaciones un factor históricamente importante. En ese orden de ideas, la cuarta generación de derechos humanos surge finalizando el siglo XX y contrae la protección del ser humano frente a la disrupción tecnológica y científica.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Teoría del neoconstitucionalismo. Citado por COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 095 de 25 de febrero de 2016. M.P. Alejandro Lineares Cantillo. Expediente T- 5.193.939.

⁶ LOSANO, Mario. Un análisis de los derechos humanos en el contexto biográfico de Norberto Bobbio. En: *Revista Derechos y libertades*, núm. 30, 2014. [Citado el 10 de junio de 2022], p. 39. Disponible en: <https://vlex.es/vid/lisis-humanos-fico-norberto-bobbio-487201654>.

2. El porqué de una cuarta generación y su relación con la justicia digital

Siendo que, específicamente los derechos humanos de cuarta generación son el tema central de la investigación, en las líneas siguientes se dilucidan sobre esta generación más allá de su concepción. No es posible desarrollar ideas sobre la referida generación con base a lo reglado por la ley o con los mandatos constitucionales dispuestos en la Carta Política, toda vez que, es inexistente una taxatividad sobre esta generación de derechos humanos en alguna declaración universal, en consecuencia, no existe disposición legal en el ámbito estatal o supranacional que sea susceptible de ser ratificado por los Estados, tampoco hay fuerza vinculante o disposición legal alguna que reconozca, aplique y proteja los derechos que trae consigo la aludida generación. Sin embargo, teniendo en cuenta que una de las fuentes auxiliares del derecho internacional público es la doctrina resulta pertinente abordar el tema desde este campo.

Los derechos humanos de cuarta generación resultan importantes para la sociedad actual denominada de la información, cuando el internet manifiesta la interacción de todas las acciones humanas desde lo privado hasta lo público. La agencia de Naciones Unidas para la Tecnología y la comunicación⁷ ya especificaba que para empoderar el pueblo y cerrar una brecha digital que desprende desigualdades pasadas en un entorno diferente deberían reconocerse, proteger y respetar los derechos de cuarta generación ya manifestados. Además, con la creación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible surgidos a partir del Acuerdo de París⁸ donde se establece diferentes metas como es el objetivo 10 de reducción de desigualdades que a raíz de la pandemia se intensifico es implementar garantías de protección frente a estas situaciones que impide la efectividad de cumplimiento de estos estándares.

Pese a que los derechos humanos teóricamente se han clasificado en tres generaciones por los postulados de Karel Vašák en 1977⁹, cuatro décadas

⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ONU llama a superar brechas en el uso de las TIC [Recurso en línea]. 15 de diciembre de 2015. [Consultado en 10 de agosto del 2022]. Disponible en <https://www.un.org/development/desa/es/news/administration/wsis10.html>

⁸ FRANCIA. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. ACUERDO DE PARÍS. (12, diciembre, 2015).

⁹ DOMARADZKI, SPASIMIR., KHVOSTOVA, MARGARYTA. Y PUPOVAC. David. Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse. [Artículo en línea]. *Hum Rights Rev* 20, 423–443 (2019) [Citado el día 10 de agosto de 2022]. Disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007/s12142-019-00565-x#citeas>

después se hace el cuestionamiento sobre que una nueva generación en 1997 cuando Robert B. Gelman realiza una propuesta sobre los derechos humanos en el ciberespacio con fundamento y base en la Declaración universal de los derechos humanos de 1948¹⁰, texto de donde Bustamante Donas¹¹ genera uno de los primeros conceptos de la cuarta generación de derechos, siendo para él una nueva interpretación de los derechos humanos de generaciones anteriores en el ciberespacio; además de una evolución consecuente con la ciudadanía digital¹². Definición que actualmente convive con la consideración de la cuarta generación de derechos humanos como nuevas garantías independientes y redefinidas por las circunstancias de la sociedad, la tecnología y la globalización¹³.

A partir de estos postulados, la doctrina internacional ha nombrado esta generación en diferentes pronunciamientos, como por ejemplo la resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos (2021)¹⁴ que indica los derechos humanos que se deberían proteger en el entorno informático; que aunque dependen del carácter de aceptación universal para positivizar estos derechos y considerarlo como humanos, constituyen una forma de “soft law positivo” universal que en un futuro cercano pueden convertirse en vinculantes.

Por su parte, en el ordenamiento colombiano la Corte Constitucional colombiana en sede de tutela, a finales del siglo XX, por medio de la ponencia del honorable magistrado Ciro Angarita Barón, hizo un notable pronunciamiento

¹⁰ SUÑE, Emilio. Los Derechos Humanos en el Ciberespacio: La Declaración de Derechos del Ciberespacio. [Artículo en línea]. Derecho informático, electrónico y de las comunicaciones: actas de la II Convención Internacional de Derecho Informático (2009) [Citado el día 10 de agosto de 2022]. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4768363>

¹¹ BUSTAMANTE, Javier. Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. [Artículo en línea] Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación N°. 1, 2001 [Citado el día 10 de agosto de 2022]. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=741542>

¹² BUSTAMANTE, Javier. La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales. [Artículo en línea] Revista TELOS-Fundación telefónica Citado el día 10 de agosto de 2022]. Disponible en <https://telos.fundaciontelefonica.com/archivo/numero085/la-cuarta-generacion-de-derechos-humanos-en-las-redes-digitales/>

¹³ BAILÓN CORRES, Moisés. Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales. En: Revista Humanos México, núm. 12, 2009 [Citado el 30 de abril de 2020], p. 114. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/frcn/v60n169/0120-1468-frcn-60-169-39.pdf>.

¹⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, 2021. Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/RES/47/16>

sobre esta generación de derechos, afirmando que “dentro de la perspectiva de crear y definir permanentemente nuevos derechos humanos que respondan a las exigencias de las diversas coyunturas históricas, se habla hoy de una cuarta generación de tales derechos que tendría como finalidad específica dar respuesta tanto a los desafíos científicos y del progreso tecnológico(...)”¹⁵.

A causa del funcionamiento de la administración de justicia en la actualidad, es posible inferir que la relación entre cuarta generación de derechos y justicia digital es que ambas dependen de un ecosistema digital y del empleo de las herramientas tecnológicas y nuevas tecnologías para cumplir su propósito funcional, esto implica, por supuesto, la preexistencia de innovación disruptiva, porque de lo contrario, el escenario sería limitado, a tal punto que, la doctrina, la jurisprudencia y la norma sustancial solo harían alusión a una tercera generación de derechos, sin ni siquiera plantearse a largo plazo la existencia de la cuarta generación; y lo mismo sucedería con la justicia tradicional y arcaica, donde la regla general sería la prevalencia de la presencialidad. [Adicionalmente, téngase en cuenta que], la cuarta generación de derechos humanos está intrínsecamente relacionada con la capacitación de los ciudadanos para disfrutar de las posibilidades de realización personal que aportan las TIC. “Hoy en día, estar digitalmente excluido significa estar socialmente excluido (...)”¹⁶

3. Concisos antecedentes de la justicia digital en Colombia

Con la premisa de que la justicia digital o también conocida como justicia virtual “es el uso de las tecnologías de las TIC en la función jurisdiccional, mediante dos componentes: expediente electrónico y litigio en línea”¹⁷. La distinta normatividad que históricamente permitió reglamentar el uso de tecnologías en la administración de justicia sin perjuicio de que ha variado para los procesos judiciales según la especialidad, es decir, el contenido y el ámbito de aplicación no siempre fue igual para asuntos en materia civil, familia, comercial,

¹⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 414 de 16 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Expediente T-534.

¹⁶ BUSTAMANTE DONAS, Javier. Los nuevos derechos humanos: gobierno electrónico e informática comunitaria. En: Revista *Enlace*, núm. 2, 2007. Citado por AGUIRRE, Alix y MANASIA, Nelly. [Citado el 05 de mayo de 2022], p.10. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/784/78435427002.pdf>.

¹⁷ QUIROZ, Aroldo. Justicia digital: bases para planear por escenarios a partir del CGP. Citado por Duarte, María, Manrique, Yeimy. La administración de justicia digital en Colombia. Monografía de grado para pregrado en Derecho. Bogotá, D.C. Universidad Libre, Facultad de Derecho.2021. *Revista Semilleros de Derecho procesal*, núm. 4, 2016. [Citado el 16 de mayo de 2022], p. 6.

laboral, penal, administrativo, constitucional, disciplinario, entre otros, motivo por el cual la investigación trae a colación como antecedentes de gran relevancia la normatividad que por su contenido y viabilidad de aplicación en la actividad procesal hizo permisivo el empleo de tecnologías para distintos procesos a modo general.

La ley 270 de 1996 conminó al Consejo Superior de la Judicatura para: “propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia [enfocada] 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”¹⁸. Así mismo, se facultó a las sedes judiciales para usar medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos. Posteriormente, con la expedición de la ley 527 de 1999¹⁹, el legislador reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos, generó los criterios para la valoración probatoria de dichos mensajes (art. 11), preceptuó los criterios para conservar mensajes de datos (art. 12), referenció el acuse de recibo (art. 20) y sus efectos jurídicos (art. 22), pero también hizo énfasis sobre los atributos jurídicos que debería tener una firma digital (art. 28).

Lo anterior fue fundamental para el comienzo de la edificación de una justicia digital en Colombia debido a que el legislador puso a disposición herramientas digitales para realizar actos de comunicación procesal entre el director del proceso y las partes, así como la incorporación de documentos con su respectiva validez y eficacia probatoria. El acuerdo número 1591 de 2002²⁰, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, permitió la consulta y el seguimiento de las actuaciones procesales, el acuerdo creó y adoptó el funcionamiento del sistema de información de gestión de procesos y manejo documental, el cual también es conocido como el sitio web para consulta de procesos siglo XXI.

Con la expedición del Código General del Proceso²¹, era posible según la voluntad del juez y de las partes procesales usar las TIC en el proceso, puesto que,

¹⁸ COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 270 del 15 de marzo de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia.

¹⁹ COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 527 del 21 de agosto de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

²⁰ Por el cual se establece el sistema de información de gestión de procesos y manejo documental (Justicia XXI).

²¹ Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

el artículo 103 del mencionado estatuto procesal lo autorizaba, aunado a que era un deber del juez siempre y cuando la sede judicial tuviera implementado el plan de justicia digital (art. 42.14); se permitió la radicación de demandas vía mensaje de datos (art. 82, párr2); se abrió la posibilidad de que partes e intervinientes participaran en audiencias por videoconferencias o cualquier medio técnico (art. 107, párr1); la práctica de pruebas por distintas causas también se podía realizar por teleconferencia o cualquier otro medio siempre y cuando se garantizaran tres principios del estatuto procesal, a saber: la inmediación, concentración y contradicción (art. 171). Lo anterior, es parte de algunas de las novedades que trajo la expedición del Código General del Proceso con la implementación de las TIC como herramienta para llevar a cabo determinadas actuaciones procesales.

Con la conveniente expedición del decreto legislativo 806 de 2020²², cuya vigencia era temporal, el uso de las TIC en la gestión y trámite de los procesos judiciales tendría un empleo de carácter obligatorio con el fin de facilitar el acceso a la justicia. La regla general sería la prevalencia de la virtualidad por encima de la presencialidad, inclusive para las audiencias donde se realizará práctica de pruebas. La norma en mención produjo como novedad y acierto a favor del proceso digital: expediente híbrido o digital (art. 4), poderes conferidos vía mensaje de datos (art. 5), demanda radicada por medio del uso del internet a través del aplicativo web de demanda en línea o simplemente radicación por mensaje de datos (art. 6); envió de notificación personal por correo electrónico (art. 8), etc.

La circular PCSJC20-27 emitida por el órgano administrador de justicia estableció el protocolo para la gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación del expediente²³. Posteriormente, el Consejo Superior de la Judicatura encaminó sus labores a diseñar el Plan Estratégico de Transformación Digital de la Rama Judicial (PETD) aplicables para los años 2021 a 2025, fue así como en el acuerdo PCSJA20-11631 quedó estipulado, entre otros aspectos que:

el nuevo Sistema Integrado de la Gestión Judicial de la Rama Judicial, cuyo despliegue se hará por fases y de manera gradual en los despachos de la Rama Judicial, servirá de arquitectura tecnológica de soporte que integre finalmente

²² 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.

²³ COLOMBIA, presidencia del Consejo Superior de la Judicatura. Circular núm PCSJC20-27 del 21 de julio de 2020. Protocolo para la gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación del expediente, plan de digitalización de expedientes.

los servicios digitales, el expediente electrónico, la gestión de procesos, con condiciones de autenticidad, integridad, conservación, consulta y disponibilidad de la información, seguridad, apertura e interoperabilidad, y que permita estandarizar la diversidad de sistemas institucionales²⁴.

El artículo 6 del acuerdo PCSJA22-11930, con fecha de febrero de 2022, estableció la prestación del servicio de justicia por medios digitales “priorizará en el tiempo la puesta en marcha a nivel nacional de la sede judicial electrónica para la atención de trámites y servicios, la consolidación del expediente judicial electrónico y el reparto web, los cuales serán de uso institucional preferente, unificado y obligatorio por parte de los servidores judiciales”²⁵.

La ley ordinaria 2213 de 2022 adopto como legislación permanente el ya mencionado decreto 806 de 2020 y trajo consigo algunas adiciones tales como: “posibilidad de que las personas con discapacidad y las demás personas que tengan alguna dificultad para hacer uso de los medios digitales, podrán acudir directamente a los despachos judiciales y gozarán de atención presencial en el horario ordinario de atención al público”²⁶ (art. 2); “para el caso de la jurisdicción penal, de manera oficiosa el juez de conocimiento podrá disponer la práctica presencial de la prueba cuando lo considere necesario, y deberá disponerlo así cuando alguna de las partes se lo solicite, sin que las mismas deban motivar tal petición”²⁷ (art 7) y, la Rama Judicial tendría la responsabilidad de presentar al Congreso de la República de Colombia un informe de manera anual en el que deberá poner en conocimiento, entre otras cosas, el estado de avance que se tiene sobre la transformación digital (art. 14).

Por último, el acuerdo PCSJA22-11972, cuya vigencia se daría desde julio 5 de 2022, dispuso que la prestación del servicio de administración de justicia se hará preferentemente por medios digitales y virtuales, se daría continuidad de la

²⁴ COLOMBIA, Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo núm. PCSJA20-11631 del 22 de septiembre de 2020. Por el que se adopta el Plan Estratégico de Transformación Digital de la Rama Judicial - PETD 2021- 2025.

²⁵ COLOMBIA, Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022. Por el cual se adoptan unas medidas para la prestación del servicio de justicia en los despachos judiciales y dependencias administrativas del territorio nacional.

²⁶ COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 2213 del 13 de junio de 2022. Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones.

²⁷ COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 2213 del 13 de junio de 2022. Op. cit., p. 4.

virtualidad en las actuaciones judiciales (art. 1) aunque “los consejos seccionales de la judicatura y las direcciones seccionales de administración judicial garantizaran los medios virtuales en las sedes judiciales a las personas que no tengan acceso a ellos”²⁸ (art. 2, parr1).

4. Derecho humanos de cuarta generación inmersos en la justicia digital

El presuroso avance de la ciencia implica que, en el caso de la administración de justicia, se destine cualquier infraestructura técnica y humana disponible para garantizar la tutela judicial efectiva a través de la ya abordada justicia digital. Siendo el proceso digital lo específico de la también denominada justicia digital, los derechos humanos recobran envergadura en el marco de un litigio, implica, como efecto, que varios derechos de aplicabilidad universal transfiguren en el sistema judicial. Los siguientes apartados están destinados a identificar, concretamente, los derechos humanos de la cuarta generación que, en la actualidad, tienen relación con el proceso digital.

4.1 Derecho humano de acceso a la informática y a formarse en nuevas tecnologías

Como bien se mencionó anteriormente, de los derechos humanos de cuarta generación surgen nuevos derechos, dos de ellos es el acceso a la informática y a formarse en las nuevas tecnologías, los cuales tienen concordancia con el derecho a la democracia solidaria de conformidad a lo preceptuado en el artículo 8.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes²⁹, el cual comprende “el derecho a la ciencia, la tecnología y el saber científico, que garantiza el acceso a los conocimientos científicos, tecnológicos y humanísticos y a beneficiarse de los resultados de dichos conocimientos”³⁰. Es posible considerarlos como

²⁸ COLOMBIA, Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022. Por el cual se adoptan unas medidas para la prestación del servicio de justicia en los despachos judiciales y dependencias administrativas del territorio nacional.

²⁹ Es una declaración que surge a partir de un proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes, fue elaborado por miembros y comités de organizaciones internacionales. Se hace la aclaración de que, al tratarse de un proyecto, la Declaración no ha sido aprobada ni adoptada por la Organización de las Naciones Unidas ni ninguna organización internacional, motivo por el cual no es posible que algún Estado ratifique la referida declaración.

³⁰ MÉXICO. FÓRUM UNIVERSAL DE LAS CULTURAS. Declaración Universal De Derechos Humanos Emergentes. (4, noviembre,2007). Artículo 8. Derecho a la demo-

derechos humanos en virtud de que el trasfondo de estos comprende lo inherente a los derechos humanos de igualdad y dignidad humana, su reconocimiento y protección debería ser entonces de carácter universal.

La alfabetización en formación sobre tecnologías innovadoras y disruptivas es necesaria porque permite la efectividad del derecho humano de acceso a la informática y garantiza el consolidado y universal derecho humano al desarrollo, más aún cuando, según expresa García & Reyes, [en] los derechos humanos se ha incluido a la tecnología como un derecho humano adicional, como un recurso fundamental que sirva como medio para favorecer el desarrollo humano y la superación de las desigualdades sociales³¹. Sobre el desarrollo como derecho humano, la Asamblea General de las Naciones mediante la resolución 41/128 declaró en el artículo primero 1 que: “El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él”³².

El derecho humano al desarrollo, en el contexto de una justicia digital, es de relevancia porque permite la materialización del derecho a la tecnología en su perspectiva formativa y de acceso; evita que acontezca regresión de derechos y desigualdades; permite que los derechos de contenido económico, social y cultural tengan alto grado de trascendencia en el servicio de la justicia, de modo que, las herramientas tecnológicas que permiten el acceso y funcionamiento de un proceso digital, tales como una red de conexión, aplicativos web, y, en general, lo que traen consigo las tecnologías de la información y las comunicación, se encuentren óptimamente desarrolladas, a fin de que su adaptación sea acorde a las funciones básicas del proceso digital y cuyo empleo sea viable según las condiciones territoriales de Colombia.

Se hace necesario que el Estado colombiano, en cabeza del poder ejecutivo y del poder judicial, ejecuten las medidas necesarias para otorgar a la ciudadanía facilidades para hacerse parte en la instrucción y enseñanza sobre las nuevas tecnologías, lo que generaría un acceso real y eficaz a la justicia digital, garan-

cracia solidaria. Todos los seres humanos y comunidades tienen derecho al desarrollo y a la salvaguarda de los derechos de las generaciones futuras.

³¹ GARCÍA, María y REYES, Joaquín. Desafíos de las tecnologías de la información y derechos humanos. En: *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, núm. 5, 2014. [Citado el 12 de junio de 2022], p. 8. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5055996>.

³² ESTADOS UNIDOS. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración sobre el derecho al desarrollo. (4, diciembre, 1986). Resolución 41/128. New York. 1986. Artículo 1. Derecho al desarrollo.

tizando el reconocimiento y protección del Derecho humano de acceso a la informática, toda vez que, conforme dice Ramos, et al ³³, es eso lo que permite construir una de las capacidades y competencias esenciales para participar activamente en la sociedad del conocimiento y en la nueva cultura mediática.

4.2 Acceso y uso del internet como derecho humano

El internet es un fenómeno que desarrolló la individualidad del ser humano, convirtiéndose en una necesidad social, cultural, económica que trae consigo como exigencia para el legislador la efectiva protección en la innovación de amplitud de nuevos derechos humanos. En una sociedad digital cambia el modo de existir, cuestionando las estructuras tradicionales, pero sin perder el amparo de la dignidad humana. Por lo tanto, “renunciar a los beneficios derivados del uso y del acceso a internet es incurrir en un retroceso innecesario, pues es signo de progreso en nuestra era”³⁴, negar el acceso al internet es implementar nuevas formas de desigualdad social; el acceso al internet, más allá de su función como servicio público, es posible considerarlo como otro de los derechos humanos que surgen de una cuarta generación, puesto que, está inmerso en el entorno digital y en las tecnologías.

Aunque la aplicación de las TIC en la justicia digital tenga como objeto el dinamismo y utilidad de mecanismos como el expediente electrónico para generar así la transformación digital³⁵, no hay que dejar de lado aspectos como la cobertura energética y de internet en las ubicaciones de despachos judiciales en el país³⁶, así como también la cantidad de personas que pueden acceder a las TIC

³³ RAMOS Roció, et al. Alfabetización digital: una herramienta de inclusión necesaria del siglo XXI. En: Las Ciencias Sociales en Transición. México, Comesco, 2020. P. 103-117.

³⁴ TAMAYO, Jhon y GÓMEZ, Dany. La conectividad digital como derecho fundamental en Colombia. En: *Revista de Direito, Estado e Telecomunicação*, núm 12, 2020. Disponible en: <https://go.gale.com/ps/i.do?id=GALE%7CA636551182&sid=googleScholar&v=2.1&it=r&linkaccess=abs&issn=19849729&p=IFME&sw=w&userGroupName=anon%7E5cf9faf3>.

³⁵ RAMA JUDICIAL. Expediente electrónico y dimensionamiento para la transformación digital judicial [recurso en línea]. 2020. [consultado el 23 de mayo de 2022]. Disponible en: <<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/35666503/INFORME+TRANSFORMACI%C3%92N+DIGITAL+RAMA+JUDICIAL..PDF/53701101-e30c-466b-841a-98faf9fce8e9>>.

³⁶ BLOG DEPARTAMENTO DE DERECHO LABORAL. La digitalización de la justicia en Colombia: avances y retos [recurso en línea]. 2021. [consultado el 23 de mayo de 2022]. Disponible en: <<https://derlaboral.uxternado.edu.co/noticias-relevantes/la-digitalizacion-de-la-justicia-en-colombia-avances-y-retos/>>.

en sus hogares³⁷, ya que éstos dependen y son evidencia de la gran brecha digital que afronta Colombia, coyuntura que se encuentra en contradicción directa con la cultura virtual que plantea la actualidad social.

La naturaleza del internet confiere una obligación exigible a los Estados, pero reviste de complejidad que, como indica la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, entra en colisión con los derechos de la iniciativa privada por la dificultad en materia de despliegue de infraestructura, calidad en la prestación de servicios, así como la disponibilidad de los aparatos tecnológicos. En el año 2011, El Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) declaró el internet como un derecho humano argumentando que su naturaleza permite a los individuos ejercer el derecho a la libertad de expresión consagrada en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En distintos Estados se ha reconocido el derecho del acceso al internet en el escenario de la formación y desarrollo de una sociedad de la información. Por ejemplo, en Centroamérica, Costa Rica es de los primeros Estados del continente americano que, mediante la vía jurisprudencial reconoce el acceso a Internet como un derecho fundamental, así lo declaró la Sala Constitucional por medio de la sentencia N°10627 de 18 de junio de 2010 por tratarse de un vehículo indispensable y necesario para transitar en la sociedad de la información.

En Latinoamérica, México, a partir de la reforma en telecomunicaciones promulgada en 2013, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículo seis (6) reconoce como constitucional el derecho de acceso al internet; Brasil fue el segundo, siendo pionero en derechos digitales, cuando aprobó el Marco de Derechos Civiles para Internet en 2014, creando una amplia garantía de libertad de expresión online, estableciendo, por demás, principios sobre el acceso y la neutralidad de la red. Por su parte, la legislación argentina en el año 2019 presentó un proyecto legislativo para agregar a la ley 27.078 de 2014 (Argentina Digital) el internet como un derecho fundamental y no humano. En Perú, un grupo parlamentario presentó el proyecto de ley 1736 de 2021, el cual fue aprobado en marzo de 2021 y se reconoció la importancia del Internet como derecho habilitador para otros derechos. En el caso de Colombia, actualmente el acceso al internet se encuentra sometido bajo el principio de sostenibilidad fiscal y su tratamiento es el propio de un servicio público esencial, aunque mediante el proyecto de acto legislativo núm. 032 de 2020 el legislador pretende

³⁷ UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. Los retos de digitalizar la justicia colombiana. [recurso en línea]. 2020. [consultado el 25 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://uniandes.edu.co/es/noticias/gobierno-y-politica/los-retos-de-digitalizar-la-justicia-colombiana>.

modificar el artículo 20 de la Constitución Política para establecer el Internet como derecho fundamental y garantizar su acceso y conectividad en todo el país.

No obstante, a lo anterior, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en el fallo de tutela con radicado STC3586 de 2020, otorgo el calificativo al acceso al internet como derecho humano digno de protección para el acceso masivo. Es así que, independientemente de la categorización, el acceso al internet es un habilitador de resguardar los derechos fundamentales y es de vital importancia y más “en las sociedades democráticas modernas que se hace indispensable garantizar la libertad de expresión y el derecho a la información”³⁸.

Es así como el somero estudio comparado en los Estados donde el internet fue objeto de análisis demuestra que mayoritariamente lo han acogido y reconocido como un derecho fundamental y esto ha sido vía legislativa, apartándose transitoriamente del criterio de que es un servicio público adicional al cual todo ciudadano debería tener acceso.

4.3 Del Derecho humano a la autodeterminación informativa

Dentro de las garantías que, por excelencia hacen parte de la misma condición humana, se encuentra la llamada Intimidad, razón de ser de su consagración en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde la vida privada resulta indispensable para el desarrollo de la condición humana, y las alteraciones arbitrarias resultan un objeto de protección tanto legal como estatal³⁹. Siguiendo ese orden de ideas, la intimidad, como la representación de lo más personal de cada persona que únicamente se compara con el consentimiento⁴⁰, se convierte en un aspecto relevante y fundamental para legitimar cualquier sistema democrático, porque la esfera privada de ciudadanos y su protección definen el papel que desempeñan en el Estado y cómo contribuyen a este.

Las características del contexto digital sugieren una nueva interpretación. La autodeterminación informativa, siendo a juicio de esta investigación un derecho humano de la cuarta generación, se define como:

³⁸ VALDERRAMA CASTELLANOS, Diego. El acceso a internet como derecho fundamental: caso costarricense y su viabilidad en Colombia. En: *Revista Novum Jus*, núm. 12, 2018. [Citado el 28 de mayo de 2022], p. 165. Disponible en: <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/16341?locale=es>.

³⁹ FRANCIA. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. (10, diciembre, 1948). Resolución 217ª III. Paris, 1948.

⁴⁰ IRABURU, M. Confidencialidad e intimidad. En: *Revista Anales Sis San Navarra*, núm. 29, 2006. [Citado el 29 de mayo de 2022], p.170. Disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1137-66272006000600006.

el derecho que tiene toda persona de acceder y controlar la información personal registrada en bancos de datos públicos o privados, la autodeterminación informativa incluye las facultades de: a) Solicitar la corrección, rectificación, actualización o modificación de datos inexactos. b) Solicitar la cancelación de datos obsoletos, inapropiados o irrelevantes. c) Facultad de solicitar la cancelación de datos personales obtenidos por procedimientos ilegales. d) Facultad de exigir que se adopten medidas suficientes para evitar la transmisión de datos a personas o entidades no autorizadas⁴¹.

Álvarez⁴² sugiere que el derecho a la autodeterminación informativa es resultado de un doble proceso de transformación social y jurídica debido a la creciente utilización de tecnologías informáticas y digitales por parte de órganos del Estado, del sector privado y de la propia ciudadanía para la captura, procesamiento y transmisión de información personal, y, en razón al impacto que este tipo de herramientas puede tener en la protección de los derechos fundamentales de las personas, la autodeterminación informativa garantiza la no afectación de esos derechos. Sobre la autodeterminación informativa, el legislador en Colombia ha desarrollado como máxima aproximación normativa la ley de protección de datos (hábeas data) que tiene por objeto la protección de datos personales del individuo. Con todo que la justicia digital por medio de la implementación del expediente electrónico ha buscado proteger este derecho, no se puede dejar lado el hecho de que se vulnera de forma constante en los contextos digitales la garantía de controlar el cómo se usan los datos suministrados en estos entornos, y la capacidad de oponerse a usos diferentes⁴³.

Con relación al derecho humano de autodeterminación informativa, la ciberseguridad, como evolución del concepto de seguridad informática, según afirma Avenía⁴⁴, sirve para minimizar los riesgos asociados con el acceso y el

⁴¹ QUIROZ GARCÍA, Rosalía. El Hábeas Data, protección al derecho a la información y a la autodeterminación informativa. En: *Revista Letras*, núm. 126, 2016. [Citado el 28 de julio de 2022], p.30. Disponible en: <http://www.scielo.org.pe/pdf/letras/v87n126/a02v87n126.pdf>.

⁴² ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. La protección de datos personales en contextos de pandemia y la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa. En: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, núm. 1, 2020. [Citado el 12 de junio de 2022], p.30. Disponible en: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/57777>.

⁴³ UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Blockchain para la implementación del expediente electrónico en el proceso judicial: Una necesidad imperante y actual [recurso en línea]. 2020. [consultado el 07 de junio de 2022]. Disponible en: <<https://derinformatico.uexternado.edu.co/blockchain-para-la-implementacion-del-expediente-electronico-en-el-proceso-judicial-una-necesidad-imperante-y-actual/>>.

⁴⁴ AVENÍA DELGADO, Carlos. Fundamentos de seguridad informática. En: Ciencias Básicas e Ingeniería [Documento en línea]. [Citado el 26 de junio de 2022]. Disponible en

uso de cierta información del sistema de forma no autorizada y, en general, maliciosamente. Un concepto nada despreciable sobre la ciberseguridad lo otorgó El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea por medio del Reglamento sobre la Ciberseguridad, en el artículo 2, numeral 1, definieron la ciberseguridad como: “todas las actividades necesarias para la protección de las redes y sistemas de información, de los usuarios de tales sistemas y de otras personas afectadas por las ciber amenazas”⁴⁵.

Ciberseguridad en el contexto de un proceso digital cobra importancia para asegurar una protección alta y eficaz la información contenida en mensajes de datos y en portales web, gestión documental de las actuaciones procesales y, sobre todo, la información visible en un expediente electrónico, a saber:

datos confidenciales de los litigantes tales como: números de identificación de personas naturales y jurídicas, números de cuentas bancarias, informes médicos y psicológicos; testimonios dentro de transcripciones y grabaciones selladas; propiedad intelectual y secretos comerciales; registros de deliberación judicial; datos de los servidores judiciales, datos financieros del sistema judicial, entre otros, que se constituyen en información sensible, puede contener información confidencial del Gobierno relacionada con la seguridad nacional⁴⁶.

5. De la protección de los derechos humanos de cuarta generación

La protección de los derechos no depende únicamente de medidas administrativas o del acogimiento de políticas públicas, se requiere el uso de mecanismos que permitan cumplir la garantía de amparo. Los mecanismos procesales de carácter civil o administrativo aspiran por preservar o restablecer derechos en concreto, se limitan a hacerlo con los derechos fundamentales y no humanos, además, estos mecanismos no son viables para la protección de derechos humanos de cuarta generación si se tiene en cuenta que, la observancia de las normas procesales no son pertinentes, hay una inconveniencia entre la

<<https://digitk.areandina.edu.co/bitstream/handle/areandina/1367/Fundamentos%20de%20seguridad%20inform%C3%A1tica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

⁴⁵ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2019/881. (19, abril, 2019). Artículo 2. Definiciones.

⁴⁶ RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Maribel. Ciberseguridad en la justicia digital: recomendaciones para el caso colombiano. En: *Revista UIS Ingenierías*, núm. 3, 2021. [Citado el 13 de junio de 2022], p.24. Disponible en: <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistauisingenierias/article/view/11485/11338>.

naturaleza del asunto y el trámite procedimental, habría una limitación para los jueces constitucionales en asuntos de jurisdicción y competencia territorial (esta última cuestionable en el marco de la justicia digital), habría formalismos procesales en exceso, no habría razonabilidad en el tiempo de duración para el amparo, entre otros factores.

No es posible la protección de los derechos humanos de cuarta generación desde la perspectiva de acciones constitucionales como las de grupo, populares o de cumplimiento, por cuanto las acciones de grupo tienen fines propiamente indemnizatorios y de reparación dirigidos hacia una cantidad mínima y máxima de agrupación de personas, las acciones populares, si bien buscan prevenir, terminar o restablecer la afectación de derechos o intereses colectivos, son inoperantes para proteger derechos humanos de cuarta generación en consecuencia de que “los derechos colectivos propenden por la satisfacción de necesidades de tipo colectivo y social, y se diseminan entre los miembros de grupos humanos determinados, quienes los ejercen de manera idéntica, uniforme y compartida”⁴⁷.

Conclusiones

Los derechos fundamentales y humanos son determinantes para valorar y cuestionar la legitimidad de un Estado de su ordenamiento jurídico, por lo que, la investigación determinó que el alcance de protección de los derechos humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana es reducido, débil y abstruso. Las razones tienen que ver con: carencia de una declaración universal de la cuarta generación de derechos que permita tener una taxatividad sustancial de la referida generación; llevar a cabo el uso inadecuado de las herramientas tecnológicas para el correcto funcionamiento de la justicia y del proceso digital; implementación repentina y presurosa de la normatividad que puso en marcha el asentamiento responsable de la denominada justicia digital y, (IV) el incumplimiento del legislador para desarrollar a cabalidad su principal función constitucional que incumbe a su vez, en la imposibilidad de tomar iniciativas para garantizar de manera condescendiente, sólida y eficaz la protección de los derechos humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana.

La fundamentación teórica sobre los derechos fundamentales y los derechos humanos permite inferir que su divergencia radica en la jerarquía, el propósito, la garantía de cumplimiento y el ámbito de aplicación efectiva, por cuanto los

⁴⁷ BAUTISTA Beatriz, et al. Las acciones populares como herramienta de participación ciudadana en la salvaguarda de los derechos colectivo. En: *Revista Iux Praxis*, núm. 1, 2018. [Citado el 4 de julio de 2022], p.52. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/lux_praxis/article/view/6962/6137.

derechos constitucionales se conciben, principalmente, de los derechos fundamentales, siendo estos asimilados como reivindicaciones que posibilitan la protección de las personas frente al poder del Estado. Por su parte, los derechos humanos por su constante evolución se caracterizan por tener un grado de aplicación y de protección universal dirigido a garantizar unas calidades de vida en condición de igualdad hacia todo individuo. La reciprocidad entre derechos humanos de cuarta generación y justicia digital radica en el sometimiento mutuo sobre una esfera digital de sobreponer la disrupción tecnológica para cumplir su propósito funcional.

En el criterio de la investigación, los derechos humanos de la cuarta generación que se encuentran inmersos en la justicia digital son: el acceso a la informática y a formarse en las nuevas tecnologías, los cuales, de manera conjunta, garantizan la formación y acceso a las tecnologías un saber científico en aras de una superación de las desigualdades sociales; el acceso y uso del internet, como un habilitador que resguarda los derechos fundamentales asegurando la inclusión digital, de tal forma que Estados como Colombia lo categorización como un servicio público esencial; por último, la autodeterminación informativa garantiza la no afectación de derechos como la intimidad y la protección de datos en el espacio digital. La investigación los considera derechos humanos pertenecientes a la cuarta generación porque la doctrina internacional ha resaltado su importancia y relevancia, lo que posiblemente en un futuro contribuirá a su vinculación en el derecho internacional público.

En el ordenamiento jurídico colombiano los derechos humanos de cuarta generación que tienen incidencia con la justicia digital se protegen a través del uso oportuno y adecuado de mecanismos como: recursos (Derecho de petición), y acciones constitucionales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano (Acción de tutela, de cumplimiento) que, por sus características y funciones, permitirían realizar la protección de la referida generación de derechos. Analizado desde otra óptica, no es posible la protección de los derechos humanos de cuarta generación por medio de acciones constitucionales como las de grupo o populares. Lo esencialmente importante es que los mecanismos cumplan con la garantía máxima de amparo.

La cuarta generación de derechos humanos es parte del presente de la sociedad, más aún para la administración de justicia, por ello la investigación formula una propuesta sugestiva con la intención de garantizar la protección de los derechos humanos de cuarta generación que son propensos a ser vulnerados en el marco de la justicia digital; fundamentada en el hecho de que las acciones constitucionales que protegen los derechos humanos de las anteriores generaciones cumplen una función preventiva como primera medida y de reparación en caso de vulneración, aunque la tutela resulta procedente para la protección

de estos derechos es el último mecanismo al que debería acudir cualquier ciudadano para solicitar protección de sus derechos (Principio de inmediatez y subsidiariedad). Así las cosas, se propone la creación de un mecanismo procesal para la prevención, vigilancia y restablecimiento de los derechos humanos de cuarta generación cuando estos hayan sido transgredidos en sede jurisdiccional o administrativa.

Por su naturaleza y trámite, el mecanismo debe velar por un bienestar e interés general en la medida de que este garantice la promoción, prevención, interrupción o restablecimiento de todo aquel derecho humano emergente, que sea susceptible de vulneración y ruptura en el contexto de la justicia digital. El mecanismo debe ser eficaz, sumario, expedito, desprovisto de cualquier formalidad, incoado a solicitud de parte y supeditado a un procedimiento especial. La competencia y el ejercicio de las funciones del mecanismo debe ser asumida por la Procuraduría General de la Nación (PGN) mientras ostente la condición de órgano de control externo y máximo organismo del Ministerio Público. Para que sea posible concebir el mecanismo procesal se requiere de la creación dentro de la PGN de una sala o dependencia de derechos humanos cuyas funciones deberán ser asumidas por un procurador delegado para esta clase de asuntos. La Regulación que determine la creación y funcionamiento del mecanismo procesal, así como también la delegación de competencia, organización, entre otros, debe hacerse preferentemente mediante la expedición de un acto administrativo por parte del Procurador (a) General de la Nación, en ejercicio pleno de sus atribuciones constitucionales y legales.

Lo anterior es viable si se tiene en cuenta que, la Procuraduría desempeña funciones preventivas y de intervención imperativa, aunado a que, sería acorde con dos de las funciones de este órgano de control, esto es: primero, el interés público para la defensa del orden jurídico o de los derechos y garantías fundamentales, inclusive en la intervención de procesos y ante autoridades judiciales, tal como lo sugiere el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, la segunda función, siendo esta la más importante pero la menos ejecutada por omisión, promover la defensa de los derechos humanos, realizar labores preventivas para evitar graves vulneraciones de los derechos humanos e investigar vulneraciones a estos derechos cuando ya se ha incurrido en el hecho generador de violación a un determinado derecho humano, así como lo insinúa el numeral 2 del mismo artículo constitucional.

La investigación considera que la creación del mecanismo es realizable porque la Procuraduría tiene autonomía administrativa, financiera y presupuestal, aunque la factibilidad se mantendría mientras este organismo no se encuentre adscrito o vinculado a alguna de las tres Ramas del poder público, de lo contrario, la competencia de ejecutar las funciones del mecanismo propuesto

debería estar al frente de la Defensoría del Pueblo como órgano constitucional autónomo perteneciente al Ministerio Público, que tiene como objetivo, según la Carta Política y la ley 24 de 1992, velar por la promoción, el ejercicio, la divulgación de los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza. Con lo propuesto se aspira a que uno de los organismos creados dentro del ordenamiento constitucional haga uso de manera completa y adecuada de sus poderosas facultades.

Referencias

- ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, 2021. Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/RES/47/16>
- AVENÍA DELGADO, Carlo. Fundamentos de seguridad informática. En: Ciencias Básicas e Ingeniería [Documento en línea]. [Citado el 26 de junio de 2022]. Disponible en <<https://digitk.areandina.edu.co/bitstream/handle/areandina/1367/Fundamentos%20de%20seguridad%20inform%c3%a1tica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
- ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. La protección de datos personales en contextos de pandemia y la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa. En: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, núm. 1, 2020. [Citado el 12 de junio de 2022], p. 30. Disponible en: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/57777>
- BAUTISTA Beatriz, et al. Las acciones populares como herramienta de participación ciudadana en la salvaguarda de los derechos colectivo. En: *Revista Iux Praxis*, núm. 1, 2018. [Citado el 4 de julio de 2022], p. 52. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/lux_praxis/article/view/6962/6137
- BAILÓN CORRES, Moisés. Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales. En: *Revista Humanos México*, núm. 12, 2009 [Citado el 30 de abril de 2020], p. 114. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/frcn/v60n169/0120-1468-frcn-60-169-39.pdf>
- BLOG DEPARTAMENTO DE DERECHO LABORAL. La digitalización de la justicia en Colombia: avances y retos [recurso en línea]. 2021. [consultado el 23 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://derlaboral.uexternado.edu.co/noticias-relevantes/la-digitalizacion-de-la-justicia-en-colombia-avances-y-retos/>
- BUSTAMANTE, Javier. Los nuevos derechos humanos: gobierno electrónico e informática comunitaria. En: *Revista Enlace*, núm. 2, 2007. Citado por

- AGUIRRE, Alix y MANASIA, Nelly. [Citado el 05 de mayo de 2022], p.10. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/784/78435427002.pdf>
- BUSTAMANTE, Javier. Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. [Artículo en línea] Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación N°. 1, 2001 [Citado el día 10 de agosto de 2022]. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=741542>
- BUSTAMANTE, Javier. La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales. [Artículo en línea] Revista TELOS-Fundación telefónica Citado el día 10 de agosto de 2022]. Disponible en <https://telos.fundaciontelefonica.com/archivo/numero085/la-cuarta-generacion-de-derechos-humanos-en-las-redes-digitales/>
- COSTA RICA. CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22, noviembre,1969). – Registro ONU N° 17955. San José, 1969
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 414 de 16 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Expediente T-534
- COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC3586 de 4 de junio de 2020. M.P. Luis Armando Villabona. Expediente 110010 20300020200103000
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Providencia de 17 de febrero de 2022. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Expediente radicado 11001032500020180110300 (3976-2018)
- COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 270 del 15 de marzo de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia
- COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 2213 del 13 de junio de 2022. Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones
- COLOMBIA, Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022. Por el cual se adoptan unas medidas para la prestación del servicio de justicia en los despachos judiciales y dependencias administrativas del territorio nacional
- COLOMBIA, Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022. Por el cual se adoptan unas medidas para la prestación del servicio de justicia en los despachos judiciales y dependencias administrativas del territorio nacional

- COLOMBIA, Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo núm. PCSJA20-11631 del 22 de septiembre de 2020. Por el que se adopta el Plan Estratégico de Transformación Digital de la Rama Judicial - PETD 2021-2025
- DELGADO MOTOA, Beatriz. Aproximación a una conceptualización de los derechos fundamentales. En: *Revista Dixi.*, núm. 29, 2019. [Citado el 10 de junio de 2022], p. 12. Disponible en: <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/3063/2792>
- DOMARADZKI, SPASIMIR., KHVOSTOVA, MARGARYTA. Y PUPOVAC. David. Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse. [Artículo en línea]. *Hum Rights Rev* 20, 423–443 (2019) [Citado el día 10 de agosto de 2022]. Disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007/s12142-019-00565-x#citeas>
- ESTADOS UNIDOS. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16, diciembre, 1966). Resolución 2200ª XXI. New York, 1966
- FRANCIA. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. (10, diciembre, 1948). Resolución 217ª III. Paris, 1948
- FRANCIA. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. ACUERDO DE PARÍS. (12, diciembre, 2015).
- FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Teoría del neoconstitucionalismo. Citado por COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 095 de 25 de febrero de 2016. M.P. Alejandro Lineares Cantillo. Expediente T- 5.193.939
- GARCÍA, María y REYES, Joaquín. Desafíos de las tecnologías de la información y derechos humanos. En: *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, núm. 5, 2014. [Citado el 12 de junio de 2022], p. 8. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5055996>
- GUERRERO, Rodolfo. Derechos humanos de cuarta generación y las tecnologías de la información y de la comunicación. En: *Revista Derechos fundamentales a debate*, núm. 12, 2020. [Citado el 30 de abril de 2022], p. 1
- HUERTA GUTIÉRREZ, Leonardo. La falta de unidad significativa de los derechos fundamentales como posible causa de su desprotección. En: *Revista Vera Iuris.*, núm. 14, 2019. [Citado el 10 de junio de 2022], p. 73. Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4648>
- IRABURU, M. Confidencialidad e intimidad. En: *Revista Anales Sis San Navarra*, núm. 29, 2006. [Citado el 29 de mayo de 2022], p. 170. Disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1137-66272006000600006

- LOSANO, Mario. Un análisis de los derechos humanos en el contexto biográfico de Norberto Bobbio. En: *Revista Derechos y libertades.*, núm. 30, 2014. [Citado el 10 de junio de 2022], p. 39. Disponible en: <https://vlex.es/vid/lisis-humanos-fico-norberto-bobbio-487201654>
- MÉXICO. FÓRUM UNIVERSAL DE LAS CULTURAS. Declaración Universal De Derechos Humanos Emergentes. (4, noviembre,2007). Artículo 8. Derecho a la democracia solidaria. Todos los seres humanos y comunidades tienen derecho al desarrollo y a la salvaguarda de los derechos de las generaciones futuras
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ONU llama a superar brechas en el uso de las TIC [Recurso en línea]. 15 de diciembre de 2015. [Consultado en 10 de agosto del 2022]. Disponible en <https://www.un.org/development/desa/es/news/administration/wsis10.html>
- OSPINA, William. Dónde está la franja amarilla. Citado por PARRA, Jairo. El Porqué de los Semilleros. En: *Revista Semilleros de Derecho procesal*, núm. 4, 2016. [Citado el 16 de mayo de 2022], p. 24.
- PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2019/881. (19, abril,2019). Artículo 2. Definiciones
- QUIROZ, Aroldo. Justicia digital: bases para planear por escenarios a partir del CGP. Citado por Duarte, María, Manrique, Yeimy. La administración de justicia digital en Colombia. Monografía de grado para pregrado en Derecho. Bogotá, D.C. Universidad Libre, Facultad de Derecho. 2021. *Revista Semilleros de Derecho procesal*, núm. 4, 2016. [Citado el 16 de mayo de 2022], p.6.
- QUIROZ GARCÍA, Rosalía. El Hábeas Data, protección al derecho a la información y a la autodeterminación informativa. En: *Revista Letras*, núm. 126, 2016. [Citado el 28 de julio de 2022], p.30. Disponible en: <http://www.scielo.org.pe/pdf/letras/v87n126/a02v87n126.pdf>.
- RAMOS Roció, et al. Alfabetización digital: una herramienta de inclusión necesaria del siglo XXI. En: *Las Ciencias Sociales en Transición*. México, Comeco,2020. pp. 103-117
- RAMA JUDICIAL. Expediente electrónico y dimensionamiento para la transformación digital judicial [recurso en línea].2020. [consultado el 23 de mayo de 2022]. Disponible en: <<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/35666503/INFORME+TRANSFORMACI%C3%92N+DIGITAL+RAMA+JUDICIAL..PDF/53701101-e30c-466b-841a-98faf9fce8e9>>
- RAMÍREZ ROA, Luis. Debido proceso: derecho fundamental. En: *El debido proceso como un derecho humano*. Nicaragua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018. pp.11-42

- REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la República de Colombia. (20, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá, D.C., 1991
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Maribel. Ciberseguridad en la justicia digital: recomendaciones para el caso colombiano. En: *Revista UIS Ingenierías*, núm. 3, 2021. [Citado el 13 de junio de 2022], p.24. Disponible en: <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistausingenierias/article/view/11485/11338>
- SÁNCHEZ VALLEJO, Juliana, et al. El derecho de acceso a la administración de justicia: una perspectiva desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En: *Revista Inciso*, núm. 2, 2020 [Citado el 28 de mayo de 2022], p. 208. Disponible en: <https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/1086/1594>
- SUÑE, Emilio. Los Derechos Humanos en el Ciberespacio: La Declaración de Derechos del Ciberespacio. [Artículo en línea]. Derecho informático, electrónico y de las comunicaciones: actas de la II Convención Internacional de Derecho Informático (2009) [Citado el día 10 de agosto de 2022]. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4768363>
- TAMAYO, Jhon y GÓMEZ, Dany. La conectividad digital como derecho fundamental en Colombia. En: *Revista de Direito, Estado de Telecomunicação*, núm. 12, 2020. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11407/5941>
- UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. Los retos de digitalizar la justicia colombiana. [recurso en línea]. 2020. [consultado el 25 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://uniandes.edu.co/es/noticias/gobierno-y-politica/los-retos-de-digitalizar-la-justicia-colombiana>
- UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. *Blockchain* para la implementación del expediente electrónico en el proceso judicial: Una necesidad imperante y actual [recurso en línea]. 2020. [consultado el 07 de junio de 2022]. Disponible en: <https://derinformatico.uexternado.edu.co/blockchain-para-la-implementacion-del-expediente-electronico-en-el-proceso-judicial-una-necesidad-imperante-y-actual/>
- VALDERRAMA CASTELLANOS, Diego. El acceso a internet como derecho fundamental: caso costarricense y su viabilidad en Colombia. En: *Revista Novum Jus*, núm. 12, 2018. [Citado el 28 de mayo de 2022], p. 165. Disponible en: <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/16341?locale=es>

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, 2026-2
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.

