



# CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA DIGITAL

Universidad  
Libre Seccional  
Cúcuta

Grupo de  
Investigación en  
Derecho Procesal

2021

Pág.  
208

Centro  
Seccional de  
Investigaciones

Facultad de  
Derecho, Ciencia  
Política y Sociales

Libro de  
Investigación

DÉBORA GUERRA MORENO  
Coordinadora



Universidad Libre  
[www.unilibrecucuta.edu.co](http://www.unilibrecucuta.edu.co)



# **Constitución y justicia digital**

# Constitución y justicia digital

DÉBORA GUERRA MORENO

Coordinadora



Universidad Libre  
[www.unilibrecucuta.edu.co](http://www.unilibrecucuta.edu.co)



## DIRECTIVAS NACIONALES

JORGE ALARCÓN NIÑO  
PRESIDENTE NACIONAL

FERNANDO DEJANÓN RODRÍGUEZ  
RECTOR NACIONAL

## DIRECTIVAS SECCIONAL CÚCUTA

HOLGER ANDRÉS CÁCERES MEDINA  
PRESIDENTE SECCIONAL

DÉBORA GUERRA MORENO  
RECTOR SECCIONAL

DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA  
DIRECTOR CENTRO SECCIONAL DE INVESTIGACIONES

SANDRO JOSÉ JÁCOME SÁNCHEZ  
SECRETARIO SECCIONAL

Constitución y justicia digital / coordinadora, Débora Guerra Moreno. -- Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez ; Cúcuta: Universidad Libre, 2021.

204 paginas; 17x24 cm

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 978-958-791-461-0

1. Administración de justicia - Innovaciones tecnológicas 2. Administración de justicia - Automatización 3. Administración de justicia - Procesamiento de datos I. Guerra Moreno, Débora, coordinadora coord.

CDD: 347.013 ed. 23

CO-BoBN- a1077812

© CARLOS ALBERTO COLMENARES URIBE

© NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

© OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

© LORENZO MATEO BUJOSA VADELL

© LILIANA DAMARIS PABÓN GIRALDO

© LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

© JORDI NIEVA FENOLL

© DIANA MARÍA RAMÍREZ CARVAJAL

© UNIVERSIDAD LIBRE

Entidad editora: Universidad Libre -Cúcuta-

Proceso editorial: Revista Academia & Derecho.  
revista.academiayderecho.cuc@unilibre.edu.co

Avenida 4 N° 12N-81. Barrio El Bosque  
Teléfono: 5 82 98 10. Extensión 104

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ  
IMPRENTA: Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur  
Tels.: 2300731-2386035  
LIBRERÍA: Calle 12 B No. 7-12. L. 1  
Tels: 2847524 – 2835194  
LIBRERÍA TEUSAQUILLO: Calle 37 No. 19-07  
Tels: 7025760 – 7025835  
Bogotá, D.C. – Colombia  
www.grupoeditorialibanez.com

© 2021

Libro de investigación  
producto del proyecto:

“Constitución  
y justicia digital”  
adscrito al

Grupo de Investigación en Derecho  
Procesal  
de la Universidad Libre - Cúcuta -

GrupLAC Colciencias: COL005448

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN: 978-958-791-461-0

Diseño de Portada: Lady Vanessa Peña A.  
Diagramación electrónica: Luisa Barrera A.

Impreso en Colombia – Printed in Colombia

## PRESENTACIÓN

Hemos tenido que convivir, aprender y adaptarnos a muchas situaciones que fueron generadas por la pandemia COVID-19, incluso implementar procesos y procedimientos tan solo pensados en otrora, rezagados en el olvido por los prejuicios, los miedos infundados o los apegos a la forma como se han hecho las cosas siempre, como lo es la incorporación de las TIC en el proceso judicial para proveer el fácil acceso a la impartición de justicia y así garantizar en muchos eventos la protección de los derechos.

A comienzos del siglo XXI, los Estados latinoamericanos, en su mayoría, se preocuparon por redefinir sus sistemas procesales con el objetivo de asegurar a sus pueblos una tutela judicial efectiva que como derecho constitucional promete brindar acceso eficiente a la justicia, celeridad, publicidad, transparencia en la solución de los conflictos y sobre todo cercanía a las personas.

Las transformaciones planteadas exigieron reacciones inmediatas, no obstante a pesar del paso de los años pocos fueron los que implementaron el cambio, toda vez que implicaba que lo cotidiano quedara atrás, ante las incertidumbres del cambio fortuito de las situaciones globales y locales, la propuesta de la implementación de las tecnologías en el proceso quedó suspendida en el tiempo. A todo esto debe sumarse el significativo impacto en términos económico para los Estados a fin de materializar este propósito.

Fue entonces la exigencia que trajo consigo la pandemia, la que llevó a que se implementara un sistema judicial que asegurara la solución de controversias llevadas en procesos judiciales y la protección de los derechos. Necesariamente algunas de las instituciones jurídicas debieron mutar en la incorporación de las herramientas tecnológicas para asegurar una adecuada y oportuna administración de justicia, con esta, se produjeron transformaciones sustanciales y procesales en tiempos apremiantes, nuevos diseños, formas,

estrategias, métodos y metodologías, desafíos que se adecuaron o por lo menos, se están adecuando para garantizar una verdadera tutela judicial efectiva y con plazos razonables por parte del Estado.

En este contexto hoy se escriben y se compilan en esta obra los resultados de las investigaciones de académicos y juristas nacionales e internacionales, que analizan el derecho constitucional del proceso judicial y la justicia digital. En sus resultados de investigación, explican las problemáticas y preocupaciones que afronta el derecho procesal contemporáneo para resguardar la protección de las garantías constitucionales a través de uno de los ambientes en los que debe tramitarse el proceso con la mediación de las TIC y de la justicia medida por las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Así como se ha realizado desde hace diecisiete años, los resultados que se presentan en esta obra atienden las exigencias y los retos actuales que impone el derecho procesal y por supuesto la justicia digital, algunos incorporan desarrollos incluso respecto de la inteligencia artificial, que hoy avizoramos como propiciadora de aplicaciones eficientes que deben supervisarse con sumo cuidado y sobre las cuales no se agotan las discusiones.

La Universidad Libre Seccional Cúcuta y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal –ICDP–, atendiendo hoy el escenario virtual del proceso y preocupada por las nuevas formas de resolución de disputas que surgen a partir de las relaciones digitales, redes sociales, entre otras, entregan a la comunidad académica y jurídica esta obra para ser presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal, evento académico que abre sus puertas cada año, este, en su versión XVII, congregando a estudiantes, académicos, profesionales de las ciencias jurídicas, comisarios, defensores, personeros, agentes de control fiscal y disciplinario, jueces, fiscales y comunidad general, que nutren sus conocimientos para aplicarlos en su desempeño profesional a las realidades sociales, proponiendo soluciones pacíficas a las controversias y asegurando a través de los medios digitales y las herramientas tecnológicas los principios procesales y por supuesto la tutela judicial efectiva contenida en la Constitución y la jurisprudencia que la interpreta con autoridad.

Esta obra se presenta hoy a la comunidad jurídica nacional e internacional, titulándose *Constitución y justicia digital*, pretendiendo que sea un instrumento que actualiza y diserta el conocimiento, toda vez que, compila los resultados de las

investigaciones desarrolladas por nuestros expositores vanguardistas, rindiendo cuenta de la especial importancia que reviste para esta época los sistemas procesales que transitan hacia la virtualidad, para garantizar el acceso a la justicia bajo los principios de oportunidad, celeridad, transparencia y objetividad que aseguren una prestación del servicio esencial de la administración de justicia.

El aporte que se hace a la comunidad jurídica se corresponde con rigurosos estudios que datan sobre los siguientes temas: 1) El proceso civil en la justicia digital, emergencia sanitaria y la necesidad de la virtualidad en el proceso judicial; 2) Justicia digital y derechos fundamentales; 3) La intrépida propuesta del *oversight board* de Facebook: análisis de las primeras decisiones de un ODR controversial; 4) Juicios virtuales y garantías procesales; 5) La prueba en la era de la justicia digital: hacia el respeto de las garantías constitucionales; 6) Justicia digital, equilibrio de poderes y mecanismos alternativos de resolución de controversias; 7) Un cambio generacional en el proceso judicial: la inteligencia artificial; 8) El debido proceso de cara a las cajas negras.

Esta obra titulada como se ha expuesto contiene resultados relacionados con las investigaciones de profesores y juristas que presentan aspectos para asegurar la justicia, el proceso y su digitalización. Abren un gran abanico de temáticas que propician la formulación de soluciones a los problemas que se presentan en la administración de justicia para asegurar la tutela judicial efectiva tan prometida por el sistema de justicia en Colombia.

Es responsabilidad ineludible de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, presentar el libro de investigación *Constitución y justicia digital*, que será socializado en el seno del XVII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL, organizado por la Universidad Libre Seccional Cúcuta y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo Norte de Santander, estoy segura que será una herramienta e instrumento bibliográfico que les permitirá enriquecer sus estudios e investigaciones y por supuesto su desempeño profesional.

Débora GUERRA MORENO  
Rectora Seccional Universidad Libre Cúcuta  
Docente Investigadora de la Universidad Libre  
Grupo de Investigación en Derecho Público



# CONTENIDO

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	9
---------------------------	---

## EL PROCESO CIVIL EN LA JUSTICIA DIGITAL

CARLOS ALBERTO COLMENARES URIBE

<b>RESUMEN</b> .....	21
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	22
1. EMERGENCIA SANITARIA Y LA NECESIDAD DE LA VIRTUALIDAD EN EL PROCESO JUDICIAL .....	24
2. LA VIRTUALIDAD, ÚTIL INSTRUMENTO PARA EL PROCESO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA .....	34
<b>REFERENCIAS</b> .....	43

## JUSTICIA DIGITAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

<b>RESUMEN</b> .....	47
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	48
1. SENTIDOS DE LA JUSTICIA DIGITAL .....	48
2. JUSTICIA DIGITAL Y DEFENSA EN JUICIO .....	49
3. DIGITALIZACIÓN JUDICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. PERSPECTIVA LIMINAR .....	50

4. NOTAS PROCESALES INDULGENTES PARA LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES TUITIVOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	51
<b>EVALUACIÓN Y CONCLUSIONES</b> .....	54
<b>REFERENCIAS</b> .....	57

**LA INTRÉPIDA PROPUESTA DEL *OVERSIGHT BOARD* DE FACEBOOK: ANÁLISIS DE LAS PRIMERAS DECISIONES DE UN ODR CONTROVERSIAL**

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

<b>RESUMEN</b> .....	60
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	60
1. EL <i>OVERSIGHT BOARD</i> DE FACEBOOK: LÍNEAS GENERALES ....	62
2. FUNCIONAMIENTO DEL <i>OVERSIGHT BOARD</i> DE FACEBOOK .....	65
3. PRINCIPIOS DEL <i>OVERSIGHT BOARD</i> DE FACEBOOK .....	68
3.1. INDEPENDENCIA .....	68
3.2. ACCESIBLE .....	70
3.3. EFICACIA .....	71
3.4. TRANSPARENCIA .....	72
4. LAS DECISIONES <i>OVERSIGHT BOARD</i> DE FACEBOOK HASTA JUNIO DE 2021 .....	72
4.1. EL PRIMER CASO: EL <i>OVERSIGHT BOARD</i> NO PUEDE PRONUNCIARSE (INFORME 2020-001-FB-UA) .....	72

4.2. EL SEGUNDO CASO: EL LENGUAJE QUE INCITA AL ODIO Y EL MUNDO MUSULMÁN (DECISIÓN 2020-002-FB-UA) .....	73
4.3. TERCER CASO: LENGUAJE DE ODIO CONTRA LOS AZERBAIYANOS (DECISIÓN 2020-003-FB-UA) .....	75
4.4. CUARTO CASO: EL <i>OVERSIGHT BOARD</i> ABORDA TEMAS DE GÉNERO (DECISIÓN DEL CASO 2020-004-IG-UA) .....	77
4.5. QUINTO CASO: LA CITA INCORRECTA DE GOEBBELS Y EL <i>OVERSIGHT BOARD</i> (DECISIÓN 2020-005-FB-UA) .....	78
4.6. SEXTO CASO: FALSAS NOTICIAS ( <i>FAKE NEWS</i> ) SOBRE LA COVID-19 Y EL <i>OVERSIGHT BOARD</i> (DECISIÓN 2020-006-FB-FBR) .....	79
4.7. SÉPTIMO CASO: CONFLICTOS DE ORIGEN RELIGIOSO Y EL <i>OVERSIGHT BOARD</i> (DECISIÓN 2020-007-FB-FBR) .....	80
4.8. OCTAVO CASO: ROSTROS PINTADOS DE NEGRO, RACISMO Y EL <i>OVERSIGHT BOARD</i> (DECISIÓN 2021-002-FB-UA) .....	81
4.9. NOVENO CASO: LA POLÍTICA EN INDIA Y EL <i>OVERSIGHT BOARD</i> (DECISIÓN 2021-003-FB-UA) .....	82
4.10. DÉCIMO CASO: EL PRESIDENTE DONALD TRUMP Y SUS CUENTAS EN FACEBOOK E INSTAGRAM (DECISIÓN 2021-001-FB-FBR) ...	83
4.11. UNDÉCIMO CASO: MEME DE LOS «DOS BOTONES» (DECISIÓN 2021-005-FB-UA, 2021) .....	83
4.12. DUODÉCIMO CASO: LA EXPRESIÓN «COBARDE» Y <i>OVERSIGHT BOARD</i> (DECISIÓN 2021-004-FB-UA, 2021) .....	84
<b>CONCLUSIONES</b> .....	85
<b>REFERENCIAS</b> .....	89

## JUICIOS VIRTUALES Y GARANTÍAS PROCESALES

LORENZO MATEO BUJOSA VADELL

<b>RESUMEN</b> .....	93
----------------------	----

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	94
1. LA DIGITALIZACIÓN DEL PROCESO .....	95
2. EL RETO DE COMBINAR LA ORALIDAD CON LAS LIMITACIONES DE LA PANDEMIA .....	101
3. LAS GARANTÍAS PROCESALES EN CUESTIÓN .....	106
3.1. ORALIDAD .....	107
3.2. IDENTIFICACIÓN Y AUTENTICIDAD .....	107
3.3. SEGURIDAD .....	109
3.4. AUDIENCIA Y CONTRADICCIÓN .....	109
3.5. CONCENTRACIÓN .....	110
3.6. INMEDIACIÓN .....	111
3.7. PUBLICIDAD .....	111
4. LA HUMANIZACIÓN DEL PROCESO Y LA DIGNIDAD DE LOS JUSTICIABLES .....	112
<b>CONCLUSIONES</b> .....	113
<b>REFERENCIAS</b> .....	115

**LA PRUEBA EN LA ERA DE LA JUSTICIA DIGITAL: HACIA EL RESPETO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**

LILIANA DAMARIS PABÓN GIRALDO

<b>RESUMEN</b> .....	120
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	120

1. UNA NUEVA TENDENCIA A LA HORA DE PROBAR Y UNA NUEVA VISIÓN DEL JUEZ Y LAS PARTES EN EL DERECHO PROBATORIO .....	122
2. ACERCA DE LA PRUEBA DIGITAL Y SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES. HACIA EL RESPECTO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES .....	123
2.1. SOBRE LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y/O DIGITAL .....	125
2.2. SOBRE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y/O DIGITAL .....	125
2.3. SOBRE ALGUNAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: EL ACCESO A LA JUSTICIA, LA INMEDIACIÓN Y EL DEBIDO PROCESO CON LA PRUEBA DIGITAL .....	126
<b>CONCLUSIONES</b> .....	130
<b>REFERENCIAS</b> .....	133

**JUSTICIA DIGITAL, EQUILIBRIO DE PODERES Y MECANISMOS  
ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

<b>RESUMEN</b> .....	137
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	138
1. DESEQUILIBRIO DE PODERES Y JUSTICIA .....	138
2. ACTUACIONES PROCESALES Y PRESENCIA TELEMÁTICA DE LOS INTERVINIENTES .....	141
3. DELIBERACIONES VIRTUALES .....	143
4. JUSTICIA DIGITAL ALTERNATIVA: LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA .....	143

5.	MEDIACIÓN Y OTRAS FÓRMULAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: CONSIDERACIONES GENERALES .....	144
5.1.	AUTOTUTELA .....	144
5.2.	AUTOCOMPOSICIÓN .....	145
5.3.	HETEROCOMPOSICIÓN .....	146
6.	REGULACIÓN NORMATIVA BÁSICA DE LA MEDIACIÓN Y SU CARÁCTER DIGITAL .....	147
	<b>REFERENCIAS</b> .....	149

**UN CAMBIO GENERACIONAL EN EL PROCESO JUDICIAL:  
LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL**

JORDI NIEVA FENOLL

	<b>RESUMEN</b> .....	154
	<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	154
1.	UNA JUSTICIA DEL SIGLO XXI .....	155
2.	LA NUEVA EVALUACIÓN DEL RIESGO (EL <i>PERICULUM</i> ) .....	157
3.	UNA RENOVADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA .....	161
4.	LA PROGRESIVA –AUNQUE LIMITADA– AUTOMATIZACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO .....	163
5.	EL “FACTOR HUMANO” DE LA JUSTICIA Y SU REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL .....	166
6.	LOS PELIGROS DE LA IA PARA ALGUNOS DERECHOS HUMANOS .	167
	<b>REFERENCIAS</b> .....	169

## EL DEBIDO PROCESO DE CARA A LAS CAJAS NEGRAS

DIANA MARÍA RAMÍREZ CARVAJAL

<b>RESUMEN</b> .....	173
1. LAS TRANSFORMACIONES DEL MUNDO—¿UNA NUEVA VERSIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS? .....	174
2. REGULACIONES JURÍDICAS Y LAS NUEVAS DINÁMICAS SOCIALES .....	177
3. QUÉ SE DEBE “SABER” PARA ATENDER LAS REGULACIONES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL .....	182
4. ALGUNAS NOCIONES SOBRE LAS CAJAS NEGRAS .....	185
5. EL DEBIDO PROCESO .....	189
<b>CONCLUSIONES</b> .....	195
<b>REFERENCIAS</b> .....	197





# EL PROCESO CIVIL EN LA JUSTICIA DIGITAL\*

## The civil process in digital justice

CARLOS ALBERTO COLMENARES URIBE\*\*

SUMARIO: Introducción.–1. Emergencia sanitaria y la necesidad de la virtualidad en el proceso judicial. –2. La virtualidad, útil instrumento para el proceso y la tutela judicial efectiva.–Conclusiones.–Referencias.

### RESUMEN

En vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1970 (Decreto 1400, 1970), la utilización del telegrama, el télex o el telefax se utilizaban sin saber que estábamos frente al mensaje de datos. La manera de convocar a los testigos era con el telegrama por intermedio de la Empresa Colombiana de Telecomunicaciones –TELECOM– (conocida en el extranjero como TELECOM COLOMBIA) la cual fue creada en 1947 como consecuencia de la nacionalización de las telecomunicaciones. Esa empresa era conocida en

---

\* Capítulo inédito. El presente capítulo de investigación e innovación hace parte de proyecto de investigación “Constitución y justicia digital”, adscrito al Grupo de Investigación en Derecho Procesal –GIDPRO– y al Grupo de Investigación en Derecho Público –GIDPU– de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

\*\* Doctor en Derecho *Cum Laudem* de la Universidad de Salamanca, España. *Magister* en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. *Abogado* egresado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta *Suman Cum Laudem*. Profesor investigador en pregrado y posgrado, líder del Grupo de Investigación de Derecho Procesal -GIDPRO- de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.  
Correo electrónico: carlosa.colmenaresu@unilibre.edu.co; colmenaco@yahoo.com  
CvLAC: [http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0001025910](http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001025910)  
Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=zsb1XJAAAAAJ&hl=es>ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2972-2117>

nuestro medio con el eslogan: “TELECOM une a los colombianos y a Colombia con el mundo entero vía satélite”.

El ordenamiento procesal colombiano desde antaño contempla para el proceso judicial la aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones, pues ya desde la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270, 1996) se contemplaba a la tecnología al servicio de la administración de justicia, lo que se ha reiterado en las sucesivas normas procesales, terminando con el Código General del Proceso (Ley 1564, 2012) en la que con detalle se dispone la aplicación de estos sistemas al trámite procesal. No obstante, la realidad jurídica demuestra que en la práctica la aplicación de las TIC en el proceso no ha sido la constante y sólo hasta la llegada de una situación extraordinaria de emergencia sanitaria originada por el Covid-19 se ha visto la necesidad imperiosa de aplicar las TIC al proceso. En el presente escrito se pretende analizar esta situación desde una perspectiva práctica, a partir de la experiencia judicial.

*Palabras Clave:* Proceso, tecnologías de la información y las comunicaciones, administración de justicia.

## INTRODUCCIÓN

Desde la promulgación de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270, 1996), se dispuso expresamente el uso de la tecnología al servicio de la administración de justicia, debiendo el Consejo Superior de la Judicatura proponer la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia.

Los ejes recomendados fueron: (i) mejorar la práctica de las pruebas; (ii) la formación, conservación y reproducción de los expedientes; (iii) la comunicación entre los despachos y (iv) a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

El Artículo 95 dispuso expresamente: “Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”.

Igualmente determinó que en todos los procesos judiciales que se ventilen con soporte informático deben garantizar la identificación y el ejercicio de la

función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley.

La Corte Constitucional declaró exequible esta norma, señalando expresamente que:

...esta disposición busca que la administración de justicia cuente con la infraestructura técnica y la logística informática necesaria para el recto cumplimiento de las atribuciones y responsabilidades que la Constitución le asigna. Naturalmente, el uso de los medios que se encuentran a disposición de juzgados, tribunales y corporaciones judiciales exige una utilización adecuada tanto de parte del funcionario como de los particulares que los requieran. Para ello, será indispensable entonces que el reglamento interno de cada corporación o el que expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para los demás casos, regule el acceso y uso de los medios en mención y garantice, como lo impone la norma que se revisa, el ejercicio del derecho a la intimidad y a la reserva de los datos personales y confidenciales que por una u otra razón pudiesen ser de conocimiento público (Art. 15 C.P.). Adicionalmente conviene advertir que el valor probatorio de los documentos a que se refiere la norma bajo examen deberá ser determinado por cada código de procedimiento, es decir, por las respectivas disposiciones de carácter ordinario que expida el legislador (Sentencia C-037, 1996).

Puede verse entonces que desde la promulgación de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270, 1996), el legislador incorporó los lineamientos generales para que las tecnologías de la información y las comunicaciones –TIC– fueran apropiadas y utilizadas en las actuaciones judiciales. Lineamientos que fueron ratificados posteriormente por la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, al afirmar que el contenido del artículo 95 de dicha ley busca que la administración de justicia cuente con la infraestructura técnica y la logística informática necesarias para garantizar el cumplimiento de las atribuciones y responsabilidades que la Constitución le asigna (Sentencia C-037, 1996).

Luego de la Ley Estatutaria, en el año 2011 con la expedición de la Ley 1437 (Ley 1437, 2011) se incluyen las tecnologías de la información para agilizar los procesos y contenciosos administrativos posibilitando en ellos la actuación sin

papel, al permitir que los procedimientos y trámites administrativos se puedan hacer a través de medios electrónicos, de acuerdo con la Ley 527 de 1999 (Ley 527, 1999)<sup>2</sup>. Para estos efectos las personas interesadas en este tipo de interacción deberán registrar su correo electrónico en donde las autoridades determinen.

Un año más tarde, en el año 2012 con la expedición de la Ley 1564 (Ley 1564, 2012) se dispone expresamente que en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura.

Pese a que el Código General del Proceso (Ley 1564, 2012) consagró expresamente de la justicia digital y el litigio en línea, la cultura del papel no lo permitió, pero a partir del año 2020 la única manera de tener acceso parcial a la administración de justicia solo ha sido posible de manera digital. Judicialmente nacieron dos nuevos términos: presencial y virtual lo cual ha permitido la bifurcación que debe existir entre derecho y tecnología, en aras de permitir la dinamización de la justicia y ampliar su cobertura.

#### 1. EMERGENCIA SANITARIA Y LA NECESIDAD DE LA VIRTUALIDAD EN EL PROCESO JUDICIAL

El trece (13) de marzo de dos mil veinte (2020) cuando ya se escuchaban los rumores de que se iban a suspender las clases en las Universidades, la asistencia presencial a los centros de trabajo e incluso la actividad presencial de la administración de justicia, con ocasión de la emergencia sanitaria que se avecinaba a causa del virus Sars-Cov2 más conocido como COVID-19<sup>3</sup>, enfermedad que ha afectado la vida de las personas y correlativamente el desarrollo de muchos escenarios sociales, dentro de los que se ubica el derecho.

<sup>2</sup> En esta norma, en su artículo 6 se dispone que “Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito” (Ley 527, 1999). En el mismo sentido se dispone en otras de las normas contenidas en dicha ley como el artículo 7° relativo a la firma digital, la originalidad de los mensajes de datos (artículo 8°), entre otros.

<sup>3</sup> Esta sigla corresponde a: “CO” corresponde a “corona”, “VI” a “virus” y “D” a “disease” (“enfermedad”).

En atención al anterior contexto, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PCSJA20-11517 “Por el cual se adoptan medidas transitorias por motivos de salubridad pública” (Acuerdo PCSJA20-11517, 2020), suspendiendo los términos judiciales desde el 16 de marzo hasta el 20 de marzo, inclusive. Posteriormente se expedieron trece (13) Acuerdos en los que de igual forma se disponía la suspensión de los términos judiciales como se pasa a describir:

<b>Acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura en 2020 sobre la suspensión de términos y otras medidas transitorias por motivos de salubridad pública</b>
Acuerdo PCSJA20-11517 “Por el cual se adoptan medidas transitorias por motivos de salubridad pública” (Acuerdo PCSJA20-11517, 2020).
Acuerdo PCSJA20-11518 “Por el cual se complementan las medidas transitorias de salubridad pública adoptadas mediante el Acuerdo 11517 de 2020” (Acuerdo PCSJA20-11518, 2020).
Acuerdo PCSJA20-11519 “Por el cual se suspenden los términos de la revisión de tutelas en la Corte Constitucional” (Acuerdo PCSJA20-11519, 2020).
Acuerdo PCSJA20-11521 “Por medio del cual se proroga la medida de suspensión de términos adoptada mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518 y PCSJA20-11519 del mes de marzo del año 2020 y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública” (Acuerdo PCSJA20-11521, 2020).
Acuerdo PCSJA20-11526 “Por medio del cual se proroga la medida de suspensión de términos adoptada mediante el Acuerdo PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020 y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública” (Acuerdo PCSJA20-11526, 2020).
Acuerdo PCSJA20-11527 “Por el cual se establece una excepción a la suspensión de términos en la Corte Constitucional” (Acuerdo PCSJA20-11527, 2020).
Acuerdo PCSJA20-11528 “Por medio del cual se suspenden términos de actuaciones administrativas en la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y direcciones seccionales de administración judicial” (Acuerdo PCSJA20-11528, 2020).
Acuerdo PCSJA20-11529 “Por el cual se establece una excepción a la suspensión de términos en el Consejo de Estado y en los tribunales administrativos” (Acuerdo PCSJA20-11529, 2020).
Acuerdo PCSJA20-11532 “Por medio del cual se prorrogan las medidas de suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública” (Acuerdo PCSJA20-11532, 2020).
Acuerdo PCSJA20-11546 “Por medio del cual se prorrogan las medidas de suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor” (Acuerdo PCSJA20-11546, 2020).

Acuerdo PCSJA20-11549 “Por medio del cual se prorroga la suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor” (Acuerdo PCSJA20-11549, 2020).
Acuerdo PCSJA20-11556 “Por medio del cual se prorroga la suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor” (Acuerdo PCSJA20-11556, 2020).
Acuerdo PCSJA20-11567 “Por medio del cual se adoptan medidas para el levantamiento de los términos judiciales y se dictan otras disposiciones por motivos de salubridad pública y fuerza mayor” (Acuerdo PCSJA20-11567, 2020).

*Tabla 1. Acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura en 2020 sobre la suspensión de términos y otras medidas transitorias por motivos de salubridad pública. Autor: Elaboración propia.*

Los anteriores actos administrativos prorrogaron la medida de suspensión de términos judiciales hasta que fue expedido el Decreto 806 de 2020 (Decreto Legislativo 806, 2020) que permitió a partir del 1 de julio del mismo año, retornar los términos judiciales a través de una nueva forma de acceder a la administración de justicia mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC)<sup>4</sup>, a través de las cuales se tramitaran las actuaciones judiciales y se pretende generar mayor agilidad en el curso de los mismos así como flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica expedida por el Gobierno Nacional y prorrogada a la fecha<sup>5</sup>.

Es decir, como consecuencia de la emergencia sanitaria originada por la pandemia del COVID-19, Colombia, al igual que casi la mayoría de los países de Latinoamérica, suspendió sus actividades judiciales durante algunos meses, ante la carencia de protocolos que permitieran implementar un sistema de justicia digital, pues si bien el Código General del Proceso contemplaba disposiciones sobre uso de la tecnología en el marco de la justicia digital, esta era una práctica ajena a la realidad de la mayoría de los despachos judiciales.

<sup>4</sup> Tecnologías que utilizan la informática, la microelectrónica y las telecomunicaciones para crear nuevas formas de comunicación a través de herramientas de carácter tecnológico y comunicacional, esto con el fin de facilitar la emisión, acceso y tratamiento de la información.

<sup>5</sup> Con el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional empezó a tomar medidas de orden sanitario en el marco de la declaratoria de emergencia por el Covid-19 (Decreto 417, 2020).

De manera expresa en el Código General del Proceso (Ley 1564, 2012), se dispuso que:

El Plan de Justicia Digital estará integrado por todos los procesos y herramientas de gestión de la actividad jurisdiccional por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones, que permitan formar y gestionar expedientes digitales y el litigio en línea. El plan dispondrá el uso obligatorio de dichas tecnologías de manera gradual, por despachos judiciales o zonas geográficas del país, de acuerdo con la disponibilidad de condiciones técnicas para ello<sup>6</sup>.

Además, se contempló como un deber del juez usar el Plan de Justicia Digital cuando se encuentre implementado en su despacho judicial<sup>7</sup>.

Sin embargo, desde el año 2012 en que se expidió esta norma procesal hasta el año 2020, todas las normas relacionadas con la digitalización del proceso y en general, con la justicia digital eran en la práctica “letra muerta”, pues se encontraba en desuso en la mayoría de los despachos judiciales, salvo algunos en los que tímidamente se acercaban a mecanismos o instrumentos como Skype o teléfono celular para llevar a cabo actuaciones judiciales.

Para sustentar lo anterior, es importante destacar todas las apuestas del Código General del Proceso por la dinamización y eficacia del proceso a través de medios que no exigen la presencialidad del juzgador:

- a) Es una verdad averiguada que la mayoría de las medidas cautelares y la entrega de bienes lo hacen los jueces por intermedio del comisionado, estableciendo en el artículo 37 inciso final que cuando el despacho judicial comitente y el comisionado tengan habilitado el Plan de Justicia Digital, no será necesaria la remisión física de dichos documentos por parte del comitente<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Artículo 103 parágrafo 1, inciso 2º del Código General del Proceso.

<sup>7</sup> Art. 42 numeral 14 del Código General del Proceso.

<sup>8</sup> “ARTÍCULO 37. REGLAS GENERALES. (...) Cuando el despacho judicial comitente y el comisionado tengan habilitado el Plan de Justicia Digital, no será necesaria la remisión física de dichos documentos por parte del comitente” (Ley 1564, 2012).

- b) En el mismo sentido y para el mismo trámite procesal (el comisionado para la realización de actos procesales) se dispone en el artículo 39 inciso 2° del Código General del proceso, particularmente respecto del auto a través del cual se le comunica al juez comisionado la providencia que confiere la comisión sin necesidad de librar despacho comisorio<sup>9</sup>.
- c) Se autorizó conferir poder especial por mensaje de datos con firma digital, la cual se encuentra definida en la Ley 527 de 1999 (Ley 527, 1999)<sup>10</sup> como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.

Esta firma digital implica la existencia de un certificado oficial emitido por un organismo acreditado por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia, que válida la firma y la identidad de la persona que la realiza, de conformidad con el Decreto 19 de 2012 (Decreto 9, 2012).

- d) Las demandas que se presenten en mensaje de datos no requerirán de la firma digital definida por la Ley 527 de 1999<sup>11</sup>. En estos casos,

<sup>9</sup> “ARTÍCULO 39. OTORGAMIENTO Y PRÁCTICA DE LA COMISIÓN. (...) Cuando el despacho judicial comitente y el comisionado tengan habilitado el Plan de Justicia Digital, se le comunicará al juez comisionado la providencia que confiere la comisión sin necesidad de librar despacho comisorio y se le dará acceso a la totalidad del expediente” (Ley 1564, 2012).

<sup>10</sup> “ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley se entenderá por: a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (Ley 527, 1999), lo que se extiende, dadas las circunstancias actuales, a mensaje enviados a través de redes sociales y otros similares.

<sup>11</sup> “ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley se entenderá por: (...) e) Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación” (Ley 527, 1999).



bastará que el suscriptor se identifique con su nombre y documento de identificación en el mensaje de datos<sup>12</sup>.

- e) Con la demanda deberá acompañarse copia para el archivo del juzgado, y tantas copias de ella y de sus anexos cuantas sean las personas a quienes deba correrse traslado. Además, deberá adjuntarse la demanda como mensaje de datos para el archivo del juzgado y el traslado de los demandados. Donde se haya habilitado en Plan de Justicia Digital, no será necesario presentar copia física de la demanda<sup>13</sup>.
- f) En aquellos juzgados en los que se encuentre implementado el Plan de Justicia Digital, el expediente estará conformado íntegramente por mensajes de datos<sup>14</sup>.
- g) En los despachos en los que se encuentre habilitado el Plan de Justicia Digital, las remisiones se realizarán a través de la habilitación para acceder al expediente digital<sup>15</sup>.
- h) Si se tiene implementado el Plan de Justicia Digital para el juez de primera instancia, el conocimiento del asunto en segunda instancia sólo se puede asignar a un despacho que cuenta con el mismo sistema, sin que pueda ordenarse la impresión del expediente<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> “ARTÍCULO 82. REQUISITOS DE LA DEMANDA. (...) PARÁGRAFO SEGUNDO. Las demandas que se presenten en mensaje de datos no requerirán de la firma digital definida por la Ley 527 de 1999. En estos casos, bastará que el suscriptor se identifique con su nombre y documento de identificación en el mensaje de datos”(Ley 1564, 2012).

<sup>13</sup> “ARTÍCULO 89. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA. (...) Con la demanda deberá acompañarse copia para el archivo del juzgado, y tantas copias de ella y de sus anexos cuantas sean las personas a quienes deba correrse traslado. Además, deberá adjuntarse la demanda como mensaje de datos para el archivo del juzgado y el traslado de los demandados. Donde se haya habilitado en Plan de Justicia Digital, no será necesario presentar copia física de la demanda” (Ley 1564, 2012).

<sup>14</sup> “ARTÍCULO 122. FORMACIÓN Y ARCHIVO DE LOS EXPEDIENTES. (...) En aquellos juzgados en los que se encuentre implementado el Plan de Justicia Digital, el expediente estará conformado íntegramente por mensajes de datos” (Ley 1564, 2012).

<sup>15</sup> “ARTÍCULO 125. REMISIÓN DE EXPEDIENTES, OFICIOS Y DESPACHOS. (...) En los despachos en los que se encuentre habilitado el Plan de Justicia Digital, las remisiones se realizarán a través de la habilitación para acceder al expediente digital” (Ley 1564, 2012).

<sup>16</sup> “ARTÍCULO 324. REMISIÓN DEL EXPEDIENTE O DE SUS COPIAS. (...) PARÁGRAFO. Cuando el juez de primera instancia tenga habilitado el Plan de Justicia Digital, el conocimiento del asunto en segunda instancia sólo podrá ser asignado a un despacho que haga parte del mismo sistema. En ningún caso podrá ordenarse la impresión del expediente digital” (Ley 1564, 2012).

La obra del maestro Jairo PARRA QUIJANO representada en el Código General del Proceso, le apostó a la Justicia Digital como oposición a la Justicia de papel, pero desafortunadamente el Consejo Superior de la Judicatura fue lento en su implementación, pero lo positivo de la Pandemia es la implementación de esa justicia digital la cual llegó para quedarse, pues hasta ahora en su etapa primigenia, por ejemplo, el desarrollo de un expediente digital finalmente fue regulado el 17 de junio de 2020 mediante el Acuerdo No. PCSJA20-11567 (Acuerdo PCSJA20-11567, 2020). Sin embargo, su implementación se ha visto claramente truncada debido a las medidas de cierre temporal de las sedes judiciales, pues no se requiere ningún esfuerzo para concluir que los procesos en trámite deben ser escaneados, lo cual no sucede con los nuevos que se presentarán en la forma y términos señalados en el Decreto 806 de 2020 (Decreto Legislativo 806, 2020). Pero también haciendo claridad de que no se trata de la digitalización sólo por el hecho de la digitalización, porque ello requiere la capacitación de los jueces, empleados, abogados y en general de todos los que intervenimos en la actividad jurisdiccional.

Antes del Decreto 806 mencionado es importante saber que mediante el Decreto 749 del 28 de mayo de 2020 (Decreto 749, 2020), el Gobierno Nacional, ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (0:00 a. m) del 1 de junio de 2020, hasta las cero horas (0:00 a. m) del 1 de julio de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por el coronavirus COVID-19. Esa circunstancia obligó al Consejo Superior de la Judicatura a mantener la regla de que los servidores judiciales laboren bajo el esquema de trabajo no presencial, en casa o a distancia, alternado con el presencial, progresivo y organizado por turnos; privilegiando la virtualidad, y de manera excepcional y si las circunstancias lo demandan, este se adelantará de manera presencial, con las restricciones de acceso que establezca el director del proceso y bajo las condiciones específicas establecidas a partir de las reglas de normalización.

Entre las medidas para hacer posible la justicia digital a partir del primero de julio de 2020, se adoptaron entre otras, las siguientes medidas: 1. Suspensión, excepciones y levantamiento de los términos judiciales; 2. Condiciones de trabajo en la Rama Judicial; 3. Ingreso y permanencia en las sedes de la Rama Judicial; 4. Condiciones de bioseguridad; 5. Condiciones de trabajo virtual; 6. Condiciones de trabajo en casa.

El Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, en su Art.16 (Acuerdo PCSJA20-11567, 2020), dispone que, antes del 17 de junio de 2020, los Consejos Seccionales de la Judicatura, en coordinación con los correspondientes directores Seccionales de Administración Judicial, expedirán los actos administrativos en los que se definan los horarios, turnos de trabajo y atención al público en cada uno de los Distritos Judiciales durante la emergencia. Se dispone, además, que éstos podrán ser diferenciados según las características de las ciudades o regiones, así como la definición y expedición de un protocolo local, en el que se establezcan las acciones y responsabilidades concretas en las sedes a su cargo, para asegurar el cumplimiento de la circular DEAJC20-35 del 05 de mayo de 2020 (Circular DEAJC20-35, 2020), proferida por la Dirección Ejecutiva y los lineamientos establecidos en el Acuerdo antes citado.

Precisamente en desarrollo de lo anterior, los memoriales, incluidos los mensajes de datos, conforme al inciso 4º del artículo 109 del Código General del Proceso<sup>17</sup>, se entiende presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término, y conforme las disposiciones implementadas por el Consejo Seccional de la Judicatura.

La rama judicial en su web “<https://www.ramajudicial.gov.co>” estableció para todos los usuarios una plataforma que permite conocer de manera directa el correo electrónico de cada despacho judicial en todo territorio nacional, creando a cada órgano judicial micro sitio web, por ejemplo, si el abogado se encuentra en la Ciudad de Ocaña que pertenece al distrito judicial de Cúcuta, cuyo traslado por vía terrestre implica un desplazamiento mínimo de cinco horas y siempre y cuando no encuentre obstáculos bien de la naturaleza o de grupos armados, hoy lo puede hacer desde su oficina o desde cualquier lugar del mundo, haciendo clic en la siguiente dirección <https://www.ramajudicial.gov.co/web/10228/1262>, luego el usuario elige la sala: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cucuta-sala-civil-familia>, consultado su proceso y allegando cualquier memorial, inclusive los alegatos o la sustentación del recurso , es decir, que a través del portal web de la rama judicial [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co), cada despacho judicial del territorio nacional cuenta con

<sup>17</sup> “ARTÍCULO 109. PRESENTACIÓN Y TRÁMITE DE MEMORIALES E INCORPORACIÓN DE ESCRITOS Y COMUNICACIONES. (...) Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término” (Ley 1564, 2012).

micro sitio web para su consulta, donde podrá encontrar los estados y acceso a las providencias escaneadas que se notifican de manera directa, traslados, avisos, cronograma de audiencias, listado de procesos al despacho para sentencia, actas de las audiencias practicadas, entre otros servicios. Todas las actuaciones judiciales allí publicadas cuentan con plena validez procesal, a la luz de lo estipulado en el artículo 2° del Decreto 806 de 2020<sup>18</sup>, todo esto, se llama en buen lenguaje digitalización.

Esa digitalización resulta útil, entre otros, para el otorgamiento del poder, presentación de la demanda, contestación de la demanda, memoriales, se preligió el uso del correo electrónico institucional del despacho, haciendo claridad que todos los documentos deben ser allegado utilizando el formato PDF.

El artículo 5° del Decreto 806 de 2020 (Decreto Legislativo 806, 2020)<sup>19</sup>, autorizó conferir los poderes especiales para cualquier actuación judicial mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, amparados con la presunción de autenticidad, lo cual significa que requieren de ninguna presentación personal o reconocimiento, siempre y cuando provengan de los correos electrónicos de los apoderados registrados el Registro Nacional de Abogados y de las personas jurídicas sujetas a registro mercantil de los correos electrónicos registrados ante la Cámara de Comercio.

El único documento que había quedado excluido de la presunción de autenticidad era el poder y estoy convencido que era norma pasará a ser permanente, pues no podemos olvidar que ningún abogado se atrevería

<sup>18</sup> En lo pertinente: “ARTÍCULO 2o. USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Se deberán utilizar las tecnologías de la información y de las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales y asuntos en curso, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, como también proteger a los servidores judiciales, como a los usuarios de este servicio público... Las autoridades judiciales darán a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán” (Decreto Legislativo 806, 2020).

<sup>19</sup> “ARTÍCULO 5o. PODERES. Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento. En el poder se indicará expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados. Los poderes otorgados por personas inscritas en el registro mercantil deberán ser remitidos desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales”(Decreto Legislativo 806, 2020).

a inventar la calidad de apoderado a sabiendas que se trata de un acto de temeridad y mala fe, expresamente consagrado en el artículo 79 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012).

En este momento hago un alto para hablar de las maravillas de la justicia digital que arrancó el primero (1) de julio de 2020, aprovechando la tecnología sin tener que trasladarse desde su oficina hasta las edificaciones donde funcionan los órganos judiciales para llevar a cabo entre otros actos la presentación de la demanda, debiendo de manera simultáneamente enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación.

Es una ventaja para todos los justiciables que antes que el juez se pronuncie sobre la admisibilidad de la demanda que ellas conozcan los hechos afirmados y las pruebas que se pretenden hacer valer, lo cual puede lograr que las partes logren una conciliación o transacción o tengan el tiempo más que necesario para preparar su defensa.

Igualmente, puede contestar la demanda, solicitar al despacho judicial el vínculo del expediente digital, consultar el proceso, los estados electrónicos, las providencias notificadas sin moverse desde su oficina. Esto no merece otro nombre que las maravillas de la tecnología.

Todo lo anterior es posible en el mundo de la tecnología siempre y cuando se cuente con cobertura porque no podemos desconocer que gran parte de nuestro territorio nacional no lleva la señal telefónica y menos la internet. Es posible dar fe, desde la experiencia judicial en los dos escenarios tanto al interior de la administración de justicia como apoderado de quienes pretenden acceder a la misma, además, del recorrido que por años se ha realizado en los treinta y dos (32) departamentos del país donde se ha establecido contacto directo con jueces y abogados litigantes con antelación al hecho de la pandemia, evidenciando que para poder un abogado trasladarse desde su oficina al lugar donde se ubica el despacho judicial, es necesario un desplazamiento terrestre cuando es posible, pero existen muchos casos en los que la presencialidad sólo es posible con un previo traslado por vía aérea o incluso, a través de zonas fluviales en embarcaciones, otras veces a través de caminos de herradura en zonas rurales andinas y amazónicas. Se reitera, no es lo mismo estar en

Bogotá que estar en la Amazonía colombiana conformada una espesa selva y condiciones de comunicación que en muchos casos no son óptimos, haciéndose más complejo el acceso a la justicia.

Por ello, es posible afirmar que en Colombia la justicia ha de ser principalmente virtual, pero este mecanismo debe conjugarse con las condiciones de acceso a los medios digitales, pues tal como lo dispone el Decreto 806 de 2020, en aquellos eventos en que los sujetos procesales o la autoridad judicial no cuenten con los medios tecnológicos para cumplir con las medidas establecidas en el Decreto o no sea necesario acudir a aquellas, se deberá prestar el servicio de forma presencial, siempre que sea posible y se ajuste a las disposiciones que sobre el particular dicten el Ministerio de Salud y Protección Social, el Consejo Superior de la Judicatura, los Centros de Arbitraje y las entidades con funciones jurisdiccionales.

## 2. LA VIRTUALIDAD, ÚTIL INSTRUMENTO PARA EL PROCESO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La incorporación de la digitalización como herramienta de apoyo a la presencialidad, es percibida por los jueces y justiciables como una herramienta útil, necesaria, dinámica, moderna, participativa e innovadora, que permite la interacción entre todos los sujetos del proceso, con reuniones en línea, chats, llamadas, compartir pantalla, compartir archivo, es decir, se trata de plataformas en la nube para video, conferencia, audio a través de Skype, Microsoft Teams, Cisco Webex, Google Meet, Google Duo, Zoom, entre otras, explicándose que la virtualidad para los fines de la justicia digital se encuentra incorporada, por ello, en el Código General del Proceso se indicó que si las pruebas no las puede practicar personalmente el juez por razón del territorio o por otras causas podrá hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediatez, concentración y contradicción.

Como abogado es posible desde la práctica y la experiencia vivida explicar la diferencia entre la digitalización y la virtualidad: la primera se realiza con el otorgamiento del poder vía correo electrónico, la cristalización de la demanda en formato transformado a PDF, remisión de la demanda vía correo electrónico o a través de los mecanismos digitales dispuestos en algunos circuitos judiciales para el correspondiente reparto, acuse de recibo,

constancia del reparto, providencia sobre la admisibilidad de la demanda, notificada mediante estado electrónico, enteramiento a la parte demandada de la formulación de la demanda, notificación del auto admisorio o mandamiento ejecutivo, contestación de la demanda vía correo electrónico, providencia que señala fecha y hora para la audiencia inicial prevista en el artículo 372 del Código general del Proceso, correo electrónico del juzgado del conocimiento compartiendo en link para la audiencia, todo esto es digitalización o sencillamente mensaje de datos, pero luego de ingresar a las plataformas de videoconferencia “Microsoft TEAMS” o “LIFESIZE” para el desarrollo de la audiencia en la que se participa virtualmente, interviniendo cada uno de los sujetos desde los distintos lugares, permitiendo esta interacción compartir imágenes, audio, documentos de forma simultanea e inmediata, en otras palabras, el despacho judicial ahora es virtual.

Además de las ventajas ya mencionadas de otorgar el poder por mensaje de datos, presentar y contestar la demanda, allegar memoriales, existen dos asuntos frente a los que se propone su inclusión permanente en la legislación procesal y aplicación en el proceso, el primero de ellos, relativo al emplazamiento que desde la implementación del Decreto 806 de 2020 elimina la publicación del edicto en medio escrito o cualquier medio masivo de comunicación, siendo ahora suficiente con el reporte de la información del proceso en el Registro Nacional de Personas Emplazadas –RNPE–, esto con el fin de agilizar los trámites de notificación por emplazamiento e impedir las diligencias presenciales derivadas de la publicación en medios escritos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Legislativo 806 de 2020 (Decreto Legislativo 806, 2020).

El segundo, relativo a la notificación al demandado en el proceso monitorio el cual había sufrido catastróficas consecuencias a partir de la Sentencia C-031 de 2019 (Sentencia C-031, 2019), en la cual la Corte Constitucional proscribió la notificación por aviso y dejó como única posibilidad de notificación, en el proceso monitorio, la personal, entendida que si la persona no se presentaba al despacho judicial el proceso sufriría la paralización y muy seguramente su muerte, pero gracias al Decreto 806 de 2020, se ocupa de las notificaciones que deban hacerse personalmente, permitiendo asimismo que podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación,



sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio.

La norma impuso que el interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar. Señaló también que la notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

Para los fines de esta norma se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos. Por último, en el párrafo 1° dispuso: “Lo previsto en este artículo se aplicará cualquiera sea la naturaleza de la actuación, incluidas las pruebas extraprocesales o del proceso, sea este declarativo, declarativo especial, monitorio, ejecutivo o cualquiera otro” (Decreto Legislativo 806, 2020).

La Corte Constitucional dispuso “declarar EXEQUIBLE de manera condicionada el inciso 3 del artículo 8 y el párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en el entendido de que el término allí dispuesto empezará a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje” (Sentencia C-031, 2019).

De acuerdo con las estadísticas de la situación digital de Colombia en el 2020-2021 Colombia está conformada por las siguientes razones: Amazonia, Andina, Caribe, Insular, Orinoquía y Pacífico, conformada por 51,07 millones de personas, de las cuales el 81.6% vive en zonas urbanizadas<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Lo que ocurre actualmente con la virtualidad no es otra cosa que lo que ha ocurrido a lo largo de la historia con todas las tecnologías, con los inventos del ser humano, por ejemplo, para Platón en el año 370 a.C., la escritura era externa, ajena, una tecnología, al igual que ahora lo es el internet, las redes sociales, las plataformas digitales de ocio, educación o comercio electrónico, la inteligencia artificial, entre otros. El uso de las diferentes tecnologías a lo largo de la historia no ha sido pacífico, se ha requerido de diversos esfuerzos para incorporarla en la vida de las personas, así por ejemplo, el autor Walter ONG citando a PLATÓN señalaba que en ese momento se consideraba que “la escritura destruye la memoria”, “la escritura debilita el pensamiento”, “un texto escrito no produce respuestas”, “la palabra escrita no puede defenderse”, “la escritura es pasiva” son algunas de las afirmaciones que se argumentan y se discuten”(Ong, 2011, p. 11),



Con respecto a las conexiones móviles, el número de dispositivos móviles conectados en el país es de 60.83 millones. Eso quiere decir que la cantidad de conexiones a través de celulares, tabletas y portátiles superan a la población total (119%). Los usuarios de Internet activos en el país representan el 68% de la población total. De ese 68%, 76.4% es activo en diversas redes sociales, entre ellas: Facebook, Tik Tok, Instagram, YouTube.

El crecimiento digital: enero 2020 vs enero 2021, fue de un 0.9%. Representando unas 463 mil nuevas personas. Desde el año 2020 las conexiones telefónicas móviles también aumentaron, específicamente en un 1.9%. Por lo tanto, existen 1.1 millones de nuevos dispositivos móviles conectados. El porcentaje de usuarios de Internet aumentó en un 4.0%, a lo largo de un año, sumando a 1.3 millones de nuevos internautas.

Al mismo tiempo, el número de usuarios conectados a redes sociales tuvo un aumento significativo de un 11.4%, lo que representa un total de 4.0 millones de perfiles nuevos. Los períodos de cuarentena y aislamiento, por motivos del COVID-19, elevaron la necesidad de estar conectados a Internet y a las redes sociales, para conversar con amigos y familiares, entretenernos desde casa y cumplir con nuestras<sup>21</sup>.

---

lo que ha ocurrido en los últimos años, en los que los padres temen que las nuevas tecnologías proporcionen un recurso externo para lo que debiera ser un recurso interno propio de la memoria. Lo propio ocurrió con la escritura y la llegada de nuevas ideas en el proceso, desde el siglo XII el papa Inocencio Tercero decretó que todo acto procesal debía constar por escrito y que el juez no podía juzgar sino sobre esa base (de allí que surgiera la famosa frase de que “lo que no está escrito no existe en el mundo”), pero pese a que esa tecnología podría resultar muy útil en un momento, lo cierto es que, con el paso del tiempo, empezó a convertirse en obsoleta y en un obstáculo especialmente para la celeridad del proceso, empezando entonces a plantearse la necesidad de la oralidad en el mismo con autores como Chiovenda. Lo fundamental entonces es entender que, así como la oralidad y la escritura como tecnologías del ser humano, son instrumentos, lo mismo ocurre con los actuales medios tecnológicos y particularmente con la virtualidad.

<sup>21</sup> De acuerdo con el “Estudio Digital 2020 Global Digital Overview” realizado por las empresas We are Social y Hootsuite, los usuarios de internet alcanzaban los 4.66 billones (que corresponde al 60% de la población mundial), pasando en promedio, seis horas y cincuenta y cinco minutos (6:55:00) al día navegando en la red (We are Social & Hootsuite, 2020, p. 11) y dedicando alrededor de dos horas y 29 minutos (2:29:00) a las redes sociales, que en el universo digital de internet ocupan cada vez más la atención de los navegantes, registrándose en el referido informe 4.14 mil millones de usuarios, lo que representa el 88% del total de usuarios de internet y el 53% de la población mundial; tan sólo desde octubre de 2019 al mismo mes en 2020 se presentó un aumento en el uso de las redes sociales del 12% que corresponde a 450 millones de personas (We are Social & Hootsuite, 2020, pp. 7-8,49).

Desde la realización práctica y cierta de la intervención en audiencias judiciales es posible sostener que la virtualidad en sentido estricto no tiene nada que ver con algunas aseveraciones de que es simulado o imaginario. Por el contrario, la virtualización es la participación en vivo y directo donde todos los sujetos procesales intervenimos de acuerdo con las directrices del director del proceso con amparo de los principios de publicidad y contradicción, es decir es la propia dinámica del mundo común, compartiendo una realidad. Si la decisión es contraria, solicito el uso de la palabra y formulo el recurso que considere.

La virtualidad desarrollada en la actividad judicial en lo que concretamente se conoce como audiencia, en especial en el proceso civil, conforme a las reglas del artículo 372 y 373 del Código general del Proceso, permite la realización del rol de cada sujeto, sin que por motivo alguno se pueda sostener que lo virtual es la representación de lo inexistente, de la falsedad con personajes escondidos con máscaras y caretas momentáneos, tras lo que pretenden ser en abominable mentira; esa afirmación es común en todos los artículos que encontramos para diferencia entre lo digital y lo virtual.

La virtualidad es la representación de la realidad en la actividad judicial cuando las partes, sus apoderados, los auxiliares de la justicia y el juez nos encontramos en alguna plataforma de videoconferencia “Microsoft TEAMS” “LIFESIZE”, Skype, Google Meet, Google Duo, Zoom, etc., guardándose el respeto, permitiéndose la intervención de todos, con herramientas tan maravillosas, que además de permitir video y audiencia, se permite compartir pantalla, documentos, chat.

La virtualidad para los procesos judiciales para llevar a cabo audiencias y diligencias y la virtualidad para desarrollar la actividad académica en las universidades no es la representación de lo inexistente ni la falsedad, es la presencia de todos los sujetos que intervienen en tiempo real, es un lugar fácil de definir, sencillamente en la nube digital. La virtualidad llegó para quedarse y modernizar la prestación del servicio esencial de justicia, en las condiciones y lugares en que el avance y la cobertura de las nuevas tecnologías lo hagan posible, alternándose la misma con la presencialidad, útil y necesaria en algunos casos, especialmente ante contextos en los que aún hoy en el país impiden o limitan el acceso a internet.

Así las cosas, la virtualidad resulta sumamente útil para el trámite procesal, destacándose entre otras, para lo actos de: (i) otorgamiento de poder

mediante mensaje de datos, lo que incluso, en el futuro debería eliminarse, bastando para ello sólo la afirmación del abogado de tal carácter; (ii) en todos los procesos de estructura monitoria, por ejemplo, los ejecutivos, restitución de bien inmueble arrendado, entrega del tradente al adquirente, entre otros, se iniciarán, tramitaran y terminaran digitalmente, donde brille por su ausencia el papel, pues hasta el despacho comisorio será digital; (iii) la presentación de la demanda, la notificación del auto admisorio o mandamiento ejecutivo, la contestación de la demanda será de manera digital; (iv) la audiencia de remate será virtual; (v) la presencialidad será la excepción.

Un avance extraordinario y que ofrece bondades a todos los justiciables y sus apoderados es el relacionado con las notificaciones de los autos y la sentencias lo cual se logra por estado, pero a partir del año 2012, paulatinamente se inició con algunos despachos judiciales la notificación por estados electrónico, pasando a ser una realidad para todos como consecuencia de la paralización de la justicia y de la presencialidad, pues a partir del 2020.

Se debe calificar de gran avance y maravilloso el paso del papel a la era digital con la notificación electrónica la cual algunos despachos judiciales lo iniciaron desde el año 2012, lo cual puede ser evidencia en la propia web de la rama judicial la cual permite consultar el histórico de los Estados Electrónicos, pero en el año 2020, ya impuso obligatoriamente para todos los despachos judiciales sin excepción alguna.

Se trata de una verdadera notificación donde no solo basta con mencionar la providencia, sino que se debe incluir la misma. Por ello, para los abogados el gran avance no solamente desde su oficina presentar la demanda o contestarla, sino que tiene la herramienta digital de consultar permanente todos los estados judiciales, conocido como, los estados electrónicos, los cuales logran materializar la verdadera justicia digitalizada.

Sobre esta notificación y la importancia es imperioso traer a colación la sentencia de tutela del 20 de Mayo de 2020 de la Corte Suprema de Justicia que, sobre los estados electrónicos, manifestó que no se puede entender surtido de manera eficaz “*el enteramiento electrónico*” si no se hace mención del contenido central de la providencia, ya que no es posible acceder de manera inmediata a la providencia que se notifica, como sí sucede cuando se consultan los estados físicos y que esa inclusión del contenido principal de la providencia en los estados virtuales garantizan la publicidad que acompaña ese acto de

comunicación. De forma que, si no se incluye dicho contenido de la providencia, no se cumple en estricto sentido con el artículo 289 del Código General del Proceso, que dispone “*las providencias judiciales se harán saber a las partes (...)*”, pues según esta corporación para que haya notificación se debe garantizar el conocimiento real de la decisión judicial (Sentencia 00023-01, 2020). Dicho de otra manera, si estamos hablando de notificación deben operar el principio de publicidad y ello solo es posible si se conoce el contenido de la providencia.

La Corte con contundente al precisar que lo debe incluirse en el estado virtual debe coincidir, es decir, debe tener identidad y coherencia con lo indicado en la resolución de la providencia y la información que se publica de manera virtual, ya que sólo así, los justiciables pueden confiar en los datos que registran en los sistemas de información sobre las providencias que son las que logran el impulso y la terminación de los procesos.

Estamos de acuerdo con la Corte que en la era digital y ante la imposibilidad de la presencialidad en caso de no haberse incluido el contenido central y veraz de la providencia que se notifica, puede ventilarse este asunto por conducto de la nulidad procesal si se cumplen los presupuestos de esa institución. La nulidad por indebida notificación y de contera por violación al debido proceso, pues las providencias juegan un papel importante en el proceso.

La sentencia referenciada de la Corte fue robustecida con el Decreto 806 de 2020 (Decreto Legislativo 806, 2020), que establece adición el artículo 103 del Código General del Proceso, con disposiciones entorno a la implementación de la tecnología de la información y las comunicaciones en los procesos judiciales, la agilización de estos y la flexibilización de la atención de los usuarios de la justicia. Dentro de estas disposiciones, en el artículo 9° del mencionado Decreto<sup>22</sup>, se establece que las notificaciones por estado serán fijadas de manera virtual, con inserción de la providencia, y no será necesario

<sup>22</sup> “Artículo 9. Notificación por estado y traslados. Las notificaciones por estado se fijarán virtualmente, con inserción de la providencia, y no será necesario imprimirlos, ni firmarlos por el secretario, ni dejar constancia con firma al pie de la providencia respectiva.

No obstante, no se insertarán en el estado electrónico las providencias que decretan medidas cautelares o hagan mención a menores, o cuando la autoridad judicial así lo disponga por estar sujetas a reserva legal.

De la misma forma podrán surtirse los traslados que deban hacerse por fuera de audiencia.

Los ejemplares de los estados y traslados virtuales se conservarán en línea para consulta permanente por cualquier interesado.

imprimirlos, ni firmarlos por el secretario, ni dejar la constancia con firma al pie de la providencia respectiva.

Debe tenerse presente que frente a la generalidad de insertar las providencias existe la excepción cuando se trata de providencias que decretan medidas cautelares o hagan mención a menores, o cuando la autoridad judicial así lo disponga por estar sujetas a reserva legal.

Desde el año de 1970 hasta el 13 de marzo de 2020, la manera de mantener el papel donde se insertaban los estados era dejar un duplicado autorizado por el Secretario. Ambos ejemplares se coleccionarán por separado en orden riguroso de fechas para su conservación en el archivo, y uno de ellos podrá ser examinado por las partes o sus apoderados bajo la vigilancia de aquel. Pero por costumbre cada despacho judicial mensualmente archivada los estados, es decir, no estaban visibles a quienes deseaban consultarlos, era necesario solicitar el desarchivo.

No obstante, es necesario dejar en claro que el Código general del Proceso, en la notificación por estado dispuso expresamente en el artículo 295 párrafo, lo siguiente:

Quando se cuente con los recursos técnicos los estados se publicarán por mensaje de datos, caso en el cual no deberán imprimirse ni firmarse por el Secretario. Cuando se habiliten sistemas de información de la gestión judicial, la notificación por estado solo podrá hacerse con posterioridad a la incorporación de la información en dicho sistema (Ley 1564, 2012).

Frente a la anterior norma, el artículo 9 del Decreto 806 de 2020, en cuanto a los estados electrónicos, dispone que sus ejemplares deben conservarse en línea para consulta permanente por cualquier interesado. Entonces, la gran diferencia es el principio de permanencia con la publicidad.

No cabe duda que el Decreto 806 de 2020 (Decreto Legislativo 806, 2020), se inspiró en la sentencia ya mencionada, pero va más allá, pues este obliga a

---

Parágrafo. Cuando una parte acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del traslado por secretaria, el cual se entenderá realizado a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente”(Decreto Legislativo 806, 2020).

que se inserte la providencia, esto quiere decir que la persona interesada debe poder tener acceso inmediato y de manera virtual a la providencia notificada.

Por último, no basta con insertar las providencias en los estados, sino que es necesario que todos los sujetos que intervengan en el proceso tengan el link para consultar permanente el expediente judicial y acabar para siempre con ese cuento que el expediente se encuentra al despacho o en el despacho, eso ya será cosa del pasado, pues la digitalización hace que todos los actos procesales, diligencias y audiencias puedan consultarse en línea, sin excusa alguna.

## REFERENCIAS

- Acuerdo PCSJA20-11526. (22 de marzo de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11526.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11526.pdf)
- Acuerdo PCSJA20-11517. (15 de marzo de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. *P. Diana Alexandra Remolina Botía*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11517.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11517.pdf)
- Acuerdo PCSJA20-11518. (16 de marzo de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. *P. Diana Alexandra Remolina Botía*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11518.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11518.pdf)
- Acuerdo PCSJA20-11519. (16 de marzo de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. *P. Diana Alexandra Remolina Botía*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11519.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11519.pdf)
- Acuerdo PCSJA20-11521. (19 de marzo de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11521.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11521.pdf)
- Acuerdo PCSJA20-11527. (22 de marzo de 2020). Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11527.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11527.pdf)
- Acuerdo PCSJA20-11528. (22 de marzo de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11528.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11528.pdf)

- Acuerdo PCSJA20-11529. (25 de marzo de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. *P. Diana Alexandra Remolina Botía*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11529.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11529.pdf)
- Acuerdo PCSJA20-11532. (11 de abril de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11532.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11532.pdf)
- Acuerdo PCSJA20-11546. (25 de abril de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11546.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11546.pdf)
- Acuerdo PCSJA20-11549. (07 de mayo de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11549.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11549.pdf)
- Acuerdo PCSJA20-11556. (22 de mayo de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11556.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11556.pdf)
- Acuerdo PCSJA20-11567. (05 de junio de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp\\_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11567.pdf](https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11567.pdf)
- Circular DEAJC20-35. (5 de mayo de 2020). Consejo Superior de la Judicatura. Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. *Protocolo de acceso a sedes–Medidas complementarias para prevención del contagio del COVID-19 en los servidores judiciales, contratistas de prestación de servicios y judicantes*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/34644201/35777437/DEAJC20-35+URH+Protocolo+de+acceso+a+sedes+-+Medidas+complementarias+para+prevenci%C3%B3n+del+contagio+del+COVID-19+en+los+servidores+judiciales%2C%20contratistas+de+prestaci%C3%B3n+de+servicios+>



- Decreto 1400. (6 de agosto de 1970). Presidencia de la República. *Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_procedimiento\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html)
- Decreto 417. (17 de marzo de 2020). Presidencia de la República. *Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20417%20DEL%2017%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>
- Decreto 749. (28 de mayo de 2020). Ministerio del Interior. *Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20749%20DEL%2028%20DE%20MAYO%20DE%202020.pdf>
- Decreto 9. (10 de enero de 2012). Departamento Administrativo de la Función Pública. *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_0019\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012.html)
- Decreto Legislativo 806. (4 de junio de 2020). Ministerio de Justicia y del Derecho. *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..* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 51.335 de 4 de junio de 2020. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_0806\\_2020.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0806_2020.html)
- Ley 1437. (18 de enero de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)

- Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República de Colombia. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#1)
- Ley 270. (7 de marzo de 1996). Congreso de la República. *Estatutaria de la administración de justicia*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html)
- Ley 527. (18 de agosto de 1999). Congreso de la República. *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*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 43.673, de 21 de agosto de 1999. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0527\\_1999.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html)
- Ong, W. (2011). Oralidad y escritura. Tecnologías de la palabra. *Revista Razón y palabra*(75), 1-16. Obtenido de [http://www.razonypalabra.org.mx/N/N75/monotematico\\_75/14\\_Dominguez\\_M75.pdf](http://www.razonypalabra.org.mx/N/N75/monotematico_75/14_Dominguez_M75.pdf)
- Sentencia 00023-01. (20 de mayo de 2020). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado No. 52001-22-13-000-2020-00023-01. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/05/Tutela-Civil-Rad-00023-01.pdf>
- Sentencia C-031. (30 de enero de 2019). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-12337. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-031-19.htm>
- Sentencia C-037. (5 de febrero de 1996). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.: P.E.-008. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>
- We are Social, & Hootsuite. (2020). Estudio Digital 2020 Global Digital Overview. Obtenido de <https://wearesocial.com/blog/2020/10/social-media-users-pass-the-4-billion-mark-as-global-adoption-soars>

# JUSTICIA DIGITAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES\*

## Digital justice and fundamental rights

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS\*\*

*En memoria a Sebastián Rodríguez Robles.*

SUMARIO: Introducción.–1. Sentidos de la justicia digital.–2. Justicia digital y defensa en juicio.–3. Digitalización judicial y derechos fundamentales. Perspectiva liminar.–4. Notas procesales indulgentes para los procesos constitucionales relativos a derechos fundamentales.–Evaluación y Conclusiones.–Bibliografía.

### RESUMEN

La digitalización en la justicia se ha ido fortaleciendo cada vez más, su aceleramiento depende del desarrollo del Estado en donde son aplicadas las herramientas tecnológicas que permiten que se continúe garantizando el respeto

---

\* Capítulo inédito.

\*\* Abogado de la Universidad Nacional del Rosario. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional del Litoral (Argentina) y en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Doctor *Honoris Causa* por la Pontificia Universidad Católica del Perú, por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), por la Universidad San Martín de Porres de Lima, por la Real y Pontificia Universidad Nacional San Francisco Javier de Charcas. Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica de Argentina y de la Universidad Panamericana de México. Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica de Argentina y de la Universidad Panamericana, entre otras universidades de Latinoamérica. Autor de varias obras, derecho procesal constitucional, Teoría de la Constitución Manual de Derechos Constitucional, entre otros. Correo electrónico: nestorsagues@arnet.com.ar npsagues@gmail.com

por los derechos fundamentales de quienes participan en un proceso judicial. En el escrito se busca se escribirá sobre el sentido de la justicia desde el mundo digital y la importancia de los derechos fundamentales primen.

*Palabras Clave:* Justicia, derechos fundamentales, justicia digital, juicio.

## INTRODUCCIÓN

La digitalización del mundo judicial es un proceso que en Latinoamérica solamente tiene pocas décadas de lanzamiento y desarrollo. Desde ya, en términos generales, cabe señalar que es solamente parcial y cuenta con una instrumentación muy diferente según los estados, regiones y fueros donde se la práctica. No obstante, parece incontenible y en vías de continuo desarrollo, con pretensiones de totalidad e irreversibilidad. Una vez puesta en marcha, no tiene boleto de retorno. Como bien se ha dicho, más que una conveniencia parece –actualmente– una necesidad.

La presente colaboración intenta primero explicar algunos aspectos significativos de dicho fenómeno. Después, conectarlo con la satisfacción de ciertos principios que hacen al debido proceso y, en particular, con la defensa de determinados derechos fundamentales. Ellos operan como condicionantes y topes a la digitalización.

### 1. SENTIDOS DE LA JUSTICIA DIGITAL

Generalmente se concibe a la justicia digital como una empresa técnica, orientada hacia la “desmaterialización del proceso” (ÁLVAREZ CASELLAS, 2010, págs. 43-56) (SANTIAGO, 2014, p. 3), que otros, más simplemente, llaman la “despapelización del Poder Judicial”, mediante la adopción de nuevas tecnologías (CORDELLA & CONTINI, 2020, p. 63). Sus metas estriban en agilizar y simplificar la administración de justicia, optimizando sus recursos, y descongestionándola, con el consiguiente ahorro de tiempo y esfuerzos (SANTIAGO, 2014). Sustancialmente, la justicia digital es innovadora, al incorporar nuevos elementos transformadores del trámite de las causas

tribunales, empleando modernas tecnologías en materia de comunicación e información<sup>2</sup>. En tal sentido, pretende ser un elemento actualizador y mejorador de una idea clave en materia de derechos constitucionales y humanos, como es, en concreto, el “debido proceso”, incluyendo, entre sus vertientes, claro está, el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y la justicia pronta y cumplida.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo señalado, hay quienes detectan en la justicia digital otra dimensión más honda: una “mística de cambio y compromiso” (SANTIAGO, 2014). Ello importa descubrir una suerte de faceta espiritual en el asunto; o al menos, una vocación de superación y de *animus* reformista que sublimaría la transformación que apuntamos. Una especie, en síntesis, de razón de división de la administración de justicia en dos épocas, antes y después de la digitalización. La tesis parece maximalista y quizá algo sobreactuada. No obstante, la revolución tecnológica que implica esa digitalización puede efectivamente resultar muy profunda y revulsiva acerca del modo de pensar el proceso, de los deberes de sus protagonistas y hasta de la forma de adjudicar justicia. La forma, por cierto, influye de vez en cuando en el contenido del derecho.

## 2. JUSTICIA DIGITAL Y DEFENSA EN JUICIO

Generalmente se destacan las virtudes de la digitalización judicial, pero no siempre se contemplan sus costos, que también son inevitables. En materia de defensa en juicio, emerge laminarmente uno, de gran significación práctica: la capacitación técnica para el operador judicial sometido, por reglamentación legal, a comportarse digitalmente.

Eso importa una exigencia que muchos no saben, no quieren o no pueden superar. En particular, cabe anotar que numerosos letrados y jueces, fiscales y defensores públicos y privados, no fueron entrenados en la educación primaria, secundaria o terciaria, en esas lides. A ello se suma el rechazo, por razón etaria o simplemente cultural, a potenciarse y a actuar de aquel modo. En varios supuestos personales, el problema es prácticamente insoluble.

En tal encrucijada, exigir ahora un comportamiento novedoso como el que mencionamos, podría quizá plantearse como opuesto al derecho de defensa

<sup>2</sup> Véase (Ministerio de Justicia, 2019) y (GIL BOTERO, 2019).

en juicio. Al revés, y desde otra perspectiva, es posible alegar que, si el requisito resulta aceptable y beneficioso para una mejor gestión judicial, esa legitimidad de fines autoriza a imponerlo, y obliga al afectado a asumir su capacitación o a contratar a alguien que cumplimente tales funciones. Algo similar a quien, lustros atrás, no sabía dactilografía y sin embargo, debía presentar sus demandas, respondes y demás actuaciones forenses escritos a máquina.

De hecho, se ha impuesto normativa y sociológicamente esta última alternativa de admisión. Sin embargo, cabe señalar que, si el grado exigido de suficiencia en la capacitación digital respecto de los instrumentos judiciales es desproporcionado, absurdo, arbitrario, contrario al recto sentido común, o si incurre en excentricidades y desmesuras, estos defectos pueden lesionar un ejercicio normal y sensato del derecho de defensa, y, por ende, pecar de inconstitucionalidad. Como en cualquier hipótesis de restricción de derechos, la decisión reglamentaria sobre la digitalización judicial está sometida al *test* de razonabilidad, por más que pueda gozar de la presunción de constitucionalidad.

Un remedio preventivo consistiría en incluir en el currículo universitario de la licenciatura en derecho, una asignatura obligatoria (y no simplemente optativa), concerniente al manejo de computación y, en general, de digitalización, con más su aplicación en el ámbito forense. Cierta elemental pericia informática asume hoy, en efecto, la condición de elemento indispensable para el ejercicio de la profesión de abogado, configurándose como una suerte de requisito *sine qua non*.

### 3. DIGITALIZACIÓN JUDICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. PERSPECTIVA LIMINAR

*Prima facie*, los derechos fundamentales y la digitalización forense se llevarían muy bien. En cuanto esta última facilite una tramitación “en línea” más rápida, fluida, expeditiva y transparente de los procesos y recursos constitucionales destinados concretamente a tutelar tales derechos (en particular, amparo, hábeas corpus, hábeas data, acciones declarativas de inconstitucionalidad, mandamientos de ejecución y de prohibición, medidas cautelares. etc.) (SAGÜES, 2004), la novedad merece la más calurosa bienvenida.

No obstante, la digitalización tiene sus recaudos y exigencias, en particular técnicos y operativos. Paradojalmente, para alcanzar sus objetivos de celeridad y funcionalidad, demanda saberes y apoyos materiales que

pueden dificultar en mucho, para quienes no los manejan, su funcionamiento regular. Tales costos, en determinadas situaciones conflictivas, eventualmente bloquean su funcionalidad.

#### 4. NOTAS PROCESALES INDULGENTES PARA LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES TUITIVOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Conviene recordar, antes de proseguir con el asunto, algunos matices peculiares de los procesos constitucionales a los que hacemos referencia. Ellos parten de lo siguiente: como tutelan derechos básicos en los que, aparte de sus titulares, está interesada en su aplicación y vigencia toda la comunidad, los procesos específicos respectivos gozan de algunas prerrogativas puntuales, destinadas a facilitar tanto su articulación como su desarrollo y efectos.

- a) *Ampliación de la legitimación procesal.* Un caso testigo e icónico puede ser el auto de hábeas corpus, inicialmente postulable por el arrestado o amenazado en su libertad de locomoción, pero después ampliado, en cuanto esa legitimación activa, para alguien que invocare mandato del lesionado (incluso sin necesidad de acreditar poder), o para algún pariente, o en su caso amigo, y finalmente para cualquier persona en beneficio del afectado (acción popular *concreta*). El momento culmine de tal situación ocurre cuando según el orden jurídico vigente se puede interponer el hábeas corpus por acción popular *en abstracto*, esto es, con independencia de si hubiere o no una persona perturbada –o en vías de serlo– en su *jus movendi et ambulandi*, v. gr. ante la mera sanción de una norma ilegítimamente restrictiva de dicho derecho. Otra manifestación de tal generosidad procedimental es el “hábeas corpus de oficio”, donde es el propio juez quien está autorizado para iniciar el trámite del caso, y también para continuarlo y dictar la sentencia pertinente (caso extremo, por cierto, raro pero vigente en algunos estados, que configura al *juez-parte*, hoy de dudosa constitucionalidad a la luz de los recaudos de independencia e imparcialidad, objetiva y subjetiva, que debe ostentar el magistrado)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Respecto de los sujetos habilitados para promover el hábeas corpus en general y el hábeas corpus “de oficio” en especial, nos remitimos a (SAGÜÉS, 2020, pp. 349-353). Con relación al cuestionamiento

Tal ampliación de la legitimación activa se postula (y de vez en cuando, se admite por vía legislativa, incluso como acción popular), respecto del amparo de ciertos derechos colectivos, o de incidencia colectiva, como, por ejemplo –y especialmente– los concernientes al ambiente, además con sentencias con resultados expansivos *erga omnes*<sup>4</sup>. Pero también hay estados que consagran la acción popular (vía amparo), aunque solamente estuvieren en juego derechos que afectaren individualmente a sujetos determinados.

- b) *Informalismo, funcionalidad y rapidez*. La nota de facilitación de los procesos constitucionales (repetimos: debido a que los derechos fundamentales de fondo en ellos en juego interesan no sólo al agraviado que inicia el trámite, sino también a la sociedad), impacta, y en mucho, en su diligenciamiento procesal.

Por ejemplo, el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), determina en su art. 25 que el llamado coloquialmente “amparo interamericano” debe ser “sencillo y rápido”, a más de “eficaz”. El art. 7-6, relativo al hábeas corpus, indica que tiene que ser decidido “sin demora”. Ejemplificando estos postulados, y con relación al último de estos procesos, la jurisprudencia argentina ha explicado que no está sometido a las formas dilatorias del juicio ordinario vigentes en los procesos comunes. Tiene que excluir las incidencias previas, deben reducirse al mínimo el planeamiento de cuestiones de competencia, su tramitación es rápida, no admite los ritualismos que enerven su tramitación o que impidan la posibilidad de que el tribunal se pronuncie sobre la violación de los derechos fundamentales que la acción debe amparar.

Por añadidura, la apreciación de los errores de procedimiento merece mayor indulgencia por parte del juzgador (SANGÜES, 2015,

---

del “juez parte” en el hábeas corpus de oficio (previsto por el art. 11 de la Ley 23.098 de Argentina y en varias otras normas provinciales de ese país), desde el ángulo del Garantismo, véase (SAGÜES, 2016, p. 258).

<sup>4</sup> Respecto del amparo ambiental en Argentina, precisamente concebido por la Ley general del ambiente 25.675 como acción popular con resultados *erga omnes* (art. 30), véase a (SAGÜES, 2015, p. 655 y ss.).



pp. 398-400). Algunas veces la norma reglamentaria subraya estas directrices, admitiendo especialmente la interposición oral de esta acción, o agrega que no podrá ser rechazada una denuncia de hábeas corpus, por defectos formales, “proveyendo de inmediato (el juez) las medidas necesarias para su subsanación”<sup>5</sup>. En otros supuestos, la norma constitucional habilita enfáticamente la presentación del instituto de referencia “sin ninguna formalidad procesal” (Ver art. 125 de la Constitución de Bolivia).

Un ejemplo emblemático de esta informalidad lo constituye el caso de Reynaldo PETERS ARZABE, autor de *Habeas Corpus en papel higiénico*, estudio autobiográfico concerniente a un proceso interpuesto físicamente de tal manera, en 1972, ante un tribunal de La Paz, Bolivia<sup>6</sup>.

Resulta provechoso mencionar, dentro de la informalidad a que aludimos, y especialmente por su tratamiento oral, a la novedosa “acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”, tratada por el art. 65 y ss. de la “Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional” de Ecuador, de conformidad con el art. 172 de la Constitución, que prevé que las decisiones de la jurisdicción indígena “estarán sujetas al control de constitucionalidad”. El art. 65 de aquella ley determina que dicho proceso constitucional, “por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer”, puede promoverse respecto de decisiones de la autoridad indígena y se articula ante la Corte Constitucional, verbalmente o por escrito. La solicitud será “reducida a escrito” por el personal de la Corte dentro del término de veinte días (art. 66-7). Se prevé una audiencia, que será grabada (art. 66-10) y una sentencia, emitida por la Corte Constitucional, que “deberá ser transmitida de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena”, aunque también “deberá ser reducida a escrito” (art. 66-13).

<sup>5</sup> Arts. 9° in fine y 10 in fine (Ley 23098, 1984).

<sup>6</sup> Véase (PETERS, 2015).

## EVALUACIÓN Y CONCLUSIONES

De lo expuesto se infiere que un programa intenso de digitalización de procesos y recursos constitucionales destinados a proteger ciertos derechos fundamentales (ya de fuente nacional, ya internacional), maguer sus ventajas, debe practicarse prudente y no robóticamente.

En concreto, el operador del caso debe tener presente que ciertos tramos (algunos de ellos, muy relevantes) de tales procesos y recursos constitucionales pueden tener, por ejemplo, una realización oral presencial, y que algunos quizá no serán –sin más– automáticamente digitalizables. En otras situaciones, se requerirán mecanismos singulares de digitalización, con personal debidamente capacitado (tanto técnica como jurídicamente) para ello. La “reducción por escrito” de demandas o de sentencias, prevista v. gr. por la ley de garantías jurisdiccionales del Ecuador, en cuanto recursos contra la jurisdicción indígena, importa una significativa muestra del traspaso de lo oral a lo –eventualmente– digitalizable, y demanda una pericia no usual en quien realice tal tarea, tanto por razones de honestidad jurídica y de seguridad como de eficacia procedimental.

Asimismo, si un dispositivo procesal constitucional está contemplado constitucionalmente bajo la posibilidad de ser articulado en forma oral presencial (como lo hace, v. gr., el art. 125 de la actual constitución de Bolivia respecto de la “acción de libertad”, que corresponde a lo corrientemente llamado en el derecho comparado *hábeas corpus*), una norma reglamentaria no podría demandar que se interpusiera, forzosamente, mediante una presentación de tipo digital o de oralidad remota. Y si la oralidad presencial derivara de una disposición legal, una norma reglamentaria de rango inferior no debería afectar tal situación, aunque tal vez, en beneficio del propio interesado, podría sumarle una eventual posibilidad de articulación digital virtual.

También cabe tener presente que, por exigencias técnicas de digitalización, no debe perjudicarse la prontitud en el planteamiento o la recepción de reclamos vinculados con la vigencia de derechos fundamentales de primera línea. Sería contrario a los principios de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva retrasar o suspender el trámite de un amparo o de un *hábeas corpus*, por ejemplo, so pretexto de dificultades técnicas que impidan su rápida expeditividad (al estilo, v. gr., de “caídas de sistema” o episodios análogos). Cabe subrayar que nunca

la digitalización debe ser excusa para perturbar el curso de tales instrumentos procesal-constitucionales. Y cabe prever cuidadosamente que, en caso de que realmente existieren inconvenientes de esa índole, la acción legal tenga un trámite alternativo útil de procesamiento. Jamás podría justificarse, entonces, la negativa o la postergación a tramitar aquellos procesos, con el argumento de fallas cibernéticas o similares.

Concomitantemente, las reglas instrumentativas de la digitalización judicial deben auspiciar sistemas simples de aplicación, y no dispositivos abstrusos, complejos, sofisticados o reservados a la jerga y a la sabiduría de expertos, con manejo de idiomas distintos al nacional y términos o expresiones rebuscados o confusos, que de vez en cuando, además, concluyen incoherentes y poco funcionales, o de ambigua y difícil intelección. De presentarse algunos de estos defectos, el programa del caso incurriría en inconstitucionalidad por lesionar a los principios de acceso a la justicia y de defensa en juicio, ya que debe siempre facilitar, y no entorpecer, la actuación de los justiciables.



## REFERENCIAS

- ÁLVAREZ CASELLAS, L. (2010). Justicia electrónica. *Revista Digital de Derecho Administrativo*(4), 43-56.
- CORDELLA, A., & CONTINI, F. (2020). *Tecnologías digitales para mejorar los sistemas de justicia*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- GIL BOTERO, E. (2019). Las TIC como medios para el logro de una justicia moderna. En A. SOSA ABASCAL; C. E. CORREA JARAMILLO; J. H. PELÁEZ PUEDEHITA; L. D. PRIETO MARTÍNEZ; L. G. SARASA GALLEGO; L. M. RENJIFO MARTÍNEZ, y J. H. CIFUENTES MADRID. Bogotá, D.C., Colombia: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas. Obtenido de <https://www.javeriana.edu.co/escuela-gobierno-etica-publica/wp-content/uploads/2019/11/Tecnolog%C3%ADas-al-servicio-de-la-Justicia.pdf>
- Ley 23098. (28 de septiembre de 1984). El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina Reunidos en Congreso. *Procedimiento de Habeas Corpus. Disposiciones Generales. Procedimiento. Reglas de Aplicacion*. Buenos Aires, Argentina. Obtenido de <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2017/12/Ley-23098-Habeas-Corpus-2.pdf>
- Ministerio de Justicia. (2019). Tramitación electrónica en los órganos judiciales y fiscalías. En *Justicia Digital: la visión 360° de la Seguridad* (pág. 9 y ss.). Madrid, España. Obtenido de [https://publicadministration.un.org/unpsa/Portals/0/UNPSA\\_Submitted\\_Docs/2019/1c1229f9-0097-48ef-8ef3-c0e05a2f4e10/2020%20UNPSA\\_Justicia%20Digital\\_Document%20Memory\\_27112019\\_014713\\_7b5aa8fb-95b0-4d66-a0c5-0d8457d6f95f.pdf?ver=2019-11-27-134713-233](https://publicadministration.un.org/unpsa/Portals/0/UNPSA_Submitted_Docs/2019/1c1229f9-0097-48ef-8ef3-c0e05a2f4e10/2020%20UNPSA_Justicia%20Digital_Document%20Memory_27112019_014713_7b5aa8fb-95b0-4d66-a0c5-0d8457d6f95f.pdf?ver=2019-11-27-134713-233)
- PETERS, R. (2015). Habeas Corpus en papel higiénico. Quito: Academia de Derecho Internacional y Comparado y Unión Iberoamericana de agrupaciones y colegios de Abogados.

SAGÜÉS , N. P. (2015). *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo* (5 ed. ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

SAGÜÉS , N. P. (2020). *Derecho Procesal Constitucional* (5 ed. ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

SAGÜÉS, N. P. (2004). *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México D.C.: Porrúa.

SAGÜÉS, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Querétaro, México: Instituto de Estudios Constitucionales.

SANGÜES , N. P. (2015). *Derecho Procesal Constitucional*.

SANTIAGO, S. C. (2014). *Hacia la digitalización judicial*. 3(3), 3.

# LA INTRÉPIDA PROPUESTA DEL *OVERSIGHT BOARD* DE FACEBOOK: ANÁLISIS DE LAS PRIMERAS DECISIONES DE UN ODR CONTROVERSIAL\*

The intrepid proposal of the Facebook oversight board:  
Analysis of the first decisions of a controversial ODR

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO\*\*

SUMARIO: Introducción.–1. El *Oversight Board* de Facebook: líneas generales.–2. Funcionamiento del *Oversight Board* de Facebook. – 3. Principios del *Oversight Board* de Facebook. 3.1. Independencia.–3.2. Accesible.–3.3. Eficacia.–3.4. Transparencia.–4. Las decisiones *Oversight Board* de Facebook hasta junio de 2021.–4.1. El primer caso: el *Oversight Board* no puede pronunciarse (Informe 2020-001-FB-UA).–4.2. El segundo caso: el lenguaje que incita al odio y el mundo musulmán (Decisión 2020-002-FB-UA, 2021).–4.3. Tercer caso: lenguaje de odio contra los azerbaiyanos (Decisión 2020-003-FB-UA).–4.4. Cuarto caso: El *Oversight Board* aborda temas de género (Decisión del caso 2020-004-OG-UA).–4.5. Quinto caso: La cita

---

\* Capítulo inédito. El presente capítulo de investigación e innovación es resultado de la investigación Observatorio de Comercio Electrónico Fase II financiado por la VIIS de la Universidad de Nariño.

\*\* Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, *Magíster* en derecho comercial de la Universidad Externado de Colombia. Profesor e investigador en la Universidad de Nariño, Universidad Mariana, Universidad Cooperativa de Colombia, Universidad de Nariño, coordinador de Especialización en Derecho Comercial y Derecho Procesal Civil. Miembro y Presidente del Capítulo Nariño del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Autor de diferentes obras.

Correo electrónico: omalca-udenaar@hotmail.com

CvLAC: [https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0001371022](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001371022)

Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=sdS5-8gAAAAJ&hl=es> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7987-8785>

incorrecta de Goebbels y el *Oversight Board* (Decisión 2020-005-FB-UA).—4.6. Sexto caso: Falsas noticias (*fake news*) sobre el COVID-19 y el *Oversight Board* (Decisión 2020-006-FB-FBR).—4.7. Séptimo caso: conflictos de origen religioso y el *Oversight Board* (Decisión 2020-007-FB-FBR).—4.8. Octavo caso: rostros pintados de negro, racismo y el *Oversight Board* (Decisión 2021-002 FFB-UA).—4.9. Noveno caso: la política en India y el *Oversight Board* (Decisión 2021-003-FB-UA).—4.10. Décimo caso: el presidente Donald Trump y sus cuentas en Facebook e Instagram (Decisión 2021-001-FB-FBR).—4.11. Undécimo caso: meme de los «dos botones» (Decisión 2021-005-FB-UA, 2021). 4.12. Duodécimo caso: la expresión «cobarde» y Oversight Board (Decisión 2021-004-FB-UA, 2021).—Conclusiones.—Referencias.

## RESUMEN

La compañía Facebook Inc constituyó el *Oversight Board* —o junta de supervisión— como un organismo encargado de la solución de disputas sobre la publicación de contenido en las redes sociales Facebook e Instagram de propiedad del gigante tecnológico; constituyendo una propuesta altamente innovadora que impone grandes retos desde lo jurídico, político, social y tecnológico. Las discusiones desde el derecho procesal y constitucional no deben limitarse a analizar el encuentro de la justicia tradicional con las TIC, sino que deben abordarse nuevas formas de solución de controversias adoptadas en entornos digitales, que no responden a la formulación típica del proceso. En este sentido, en el presente trabajo se abordan las características generales del *Oversight Board* de Facebook y se presentan sus primeras decisiones desde una perspectiva jurídico-procesal.

*Palabras Clave:* Controversias, Redes Sociales, Tribunal No Judicial, Decisiones, Protección de Derechos.

## INTRODUCCIÓN

El medio de comunicación BBC presenta una noticia hablando del «Tribunal Supremo de Facebook» (CELLAN-JONES, 2021). El diario El País de España presenta un titular provocador: «El “Tribunal Supremo” de Facebook empieza a revisar casos» (PÉREZ COLOMÉ, 2020). ¿A qué se refieren los



prestigiosos medios? ¿se trata de una exageración periodística? ¿un tribunal sin estado y administrado por una red social?

La cuestión resulta, cuando menos, interesante: Facebook Inc la empresa propietaria de las populares redes sociales Facebook e Instagram, decidió dar un paso adelante en lo que se podría denominar, según algunos autores, la justicia sin estado (SÁNCHEZ FRÍAS, 2020). La idea parte de una estructura en la cual las redes sociales tienen sus propias reglas (políticas o normas comunitarias), una dinámica internacional que hace difícil la aplicación de reglas y jurisdicciones domésticas, y, por supuesto, la creatividad de sus directivos; bajo este entendido, surgió la propuesta de dar un paso más y crear una suerte de «tribunal» interno, una instancia de decisión para la solución de conflictos internos.

Fue así como nació el *Oversight Board* (en español: junta o consejo asesor de contenido), una instancia al interior de la red social que en muchas aristas emula a las cortes o tribunales tradicionales, pero que, naturalmente, no tiene semejante característica ni puede conceptualizarse como tal. Se trata de un organismo del más alto nivel, independiente, con una normatividad fijada bajo los términos y condiciones de la respectiva red social, ante la cual se puede presentar apelaciones a las decisiones sobre la permanencia del contenido. El *Oversight Board* adopta la decisión final la cual es obligatoria para Facebook.

El funcionamiento es relativamente sencillo: (i) un usuario realiza una publicación en la red social Facebook o Instagram; (ii) la plataforma identifica que el contenido vulnera las normas o políticas comunitarias de la red; (iii) la plataforma excluye el contenido de la red; (iii) el usuario cuenta con 15 días para formular una apelación ante el *Oversight Board*; (iv) el caso entra a un panel de selección que escoge determinados casos –no se tramita todos– siguiendo unos criterios públicos; (iv) si el caso es seleccionado entra a decisión del *Oversight Board*, específicamente a un panel de cinco miembros que proyectan la decisión y la presentan al pleno, de ser aceptada se torna en definitiva; (v) la decisión es cumplida por *Facebook* –toda vez que le resulta obligatoria– y es publicada en el sitio oficial del *Oversight Board*.

En el presente capítulo resultado de investigación se pretende: (i) auscultar el funcionamiento general del *Oversight Board*; (ii) analizar las decisiones ya emitidas por el organismo.

## 1. EL *OVERSIGHT BOARD* DE FACEBOOK: LÍNEAS GENERALES

Facebook cuenta con más de 2000 millones de usuarios activos, superando –como es evidente– la población de cualquier país. Los participantes pueden publicar fotografías, vídeos, compartir enlaces de otras páginas web y hacer comentarios con palabras e incluso con «emojis» que –dicho sea de paso– autores como Jairo PARRA CUADROS han demostrado su relevancia jurídica en determinados casos (PARRA CUADROS, 2020). Normalmente, las publicaciones en redes sociales se cobijan por la libertad de expresión, no obstante, surgen eventos en los cuales los usuarios publican contenido sensible que afecta derechos de terceros (mensajes ofensivos, potencialmente peligroso, que incite al odio, a la xenofobia, *bullying*, desnudos, etc.), frente a lo cual se hace necesario restringir la publicación, a través de las denominadas políticas o normas comunitarias.

Dado el inmenso volumen de datos que se manejan en las redes sociales mencionadas (Facebook e Instagram) se usa un equipo de trabajo y complejos sistemas y algoritmos para identificar el contenido infractor de las políticas o normas comunitarias y restringir su publicación. BRENT HARRIS, director de asuntos internacionales y gobernanza de Facebook, lo explica claramente:

Cada día, los equipos de Facebook toman decisiones difíciles respecto de qué contenido debe seguir publicado y cuál debe eliminarse de acuerdo con nuestras Normas comunitarias. Sin embargo, dado el tamaño de nuestra comunidad y el alcance que tiene la plataforma, creemos que no debemos tomar todas estas decisiones por nuestra cuenta. En noviembre, Mark Zuckerberg presentó un plan que propone una nueva forma para que las personas apelen decisiones sobre contenido ante un organismo independiente. Además, a principios de este año, publicamos un documento inicial con más detalles sobre su posible composición (HARRIS, 2019).

El problema desde el punto de vista constitucional<sup>2</sup> se da en que las redes sociales se han convertido en un medio de comunicación global y de primera línea, de ahí que el restringir una publicación en tal contexto puede implicar una lesión al derecho de expresión en uno de los medios más eficaces

---

<sup>2</sup> La relación entre derecho privado, empresas y derechos humanos o derecho constitucional es de bastante estudio en la doctrina nacional (MOLINA PORTILLA, 2016) (MUÑOZ AGREDO, 2014).

para expresarse y difundir la opinión, jamás creados por el ser humano. El interrogante surge respecto de quién debe tomar la decisión para restringir el contenido en una red social: ¿la misma red? ¿los jueces tradicionales?

De responder que debe ser la misma red social la encargada de limitar el contenido publicado por los usuarios se enfrenta una dificultad: una concentración de poderes en la compañía, siendo esta la que administra la plataforma, crea y modifica las políticas o normas comunitarias, e impone vetos o incluso censuras a cierto contenido. Es evidente que en ese caso la transparencia e independencia de la decisión queda en entredicho.

La segunda opción, esto es que sean los jueces tradicionales los encargados de determinar cuándo un contenido debe eliminarse de una red social, ha ocurrido en algunos países como Colombia en donde los jueces han tenido que hacer control de publicaciones, vía acción de tutela<sup>3</sup>. Esta modalidad de solución parece adecuada pero presenta los siguientes problemas: (i) la justicia tradicional u ordinaria está configurada para un contexto nacional o doméstico, luego su capacidad para adoptar decisiones vinculantes para partes ubicadas en otros países es bastante limitada en términos prácticos; (ii) los trámites judiciales están atados a limitaciones idiomáticas y de husos horarios cuando se piensa en conflictos con participantes de diferentes países; (iii) los procesos judiciales son altamente complejos, atados a legislaciones locales, y requieren conocimiento técnico para activarlos, que no todos los usuarios de las redes sociales tienen; (iv) el proceso judicial siempre lleva costes implícitos que se convierten en barreras para los usuarios; (v) muchos países requieren que la actuación se tramite de manera física o presencial, cuando el hecho surgió en el contexto digital, lo ideal sería que aquellas relaciones digitales se puedan debatir de la misma manera, sin migrar al contexto real o físico; (vi) los procesos judiciales están atados al respeto de términos que pueden hacer demorado el trámite; (vii) finalmente, los jueces aplican la legislación local y rara vez acuden a las normas o políticas comunitarias de la red social.

¿Es posible pensar en una tercera posibilidad? Justamente, eso, fue lo que planteó Facebook Inc. La tercera vía propuesta corresponde a la creación de una suerte de «tribunal», o –para evitar discusiones sobre el uso del término– una

<sup>3</sup> Ver: (Sentencia T-260, 2012), (Sentencia T-050, 2016).

instancia interna capaz de tomar decisiones respecto del contenido que debe publicarse o no, cuando exista una tensión entre la libertad de expresión y otros derechos en juego. La idea, es que esta instancia realmente sea independiente de la compañía que opera la red social, es decir, que no quede duda alguna sobre la motivación de las decisiones y que no se genere la idea de que se trata de un apéndice u oficina más de la compañía que toma decisiones por sus accionistas, CEO o junta directiva.

El planteamiento de Facebook consistió en constituir un encargo fiduciario (*trust*) para financiar la instancia de decisión, con ello se garantiza independencia económica y administrativa. Los administradores fiduciarios, en conjunto con una prestigiosa firma de abogados internacional (*Baker & McKenzie*) escogieron a los primeros miembros del panel, el denominado *Oversight Board*: académicos, ex jueces, activistas de derechos humanos, etc. Luego el mismo *Oversight Board*, de manera independiente, escogerá a los siguientes miembros.

El funcionamiento, en resumidas cuentas, consiste en el si un contenido es bloqueado por la red, el usuario tendrá la posibilidad de apelar la decisión ante el *Oversight Board*; éste organismo no revisará todas las apelaciones, sino que realizará una labor de selección a través de un panel o comité con ciertos criterios, escogiendo las apelaciones más relevantes y que ameriten un pronunciamiento. Luego, el *Oversight Board* adopta, sobre los casos seleccionados, una decisión definitiva determinando si la decisión de la red social se anula o se confirma; ésta es obligatoria para la compañía, la cual debe implementarla. Lo interesante de la figura es que: (i) las decisiones se toman de manera argumentada y razonada, de manera muy similar a una decisión judicial, con considerandos que tienen en cuenta las normas y políticas comunitarias de la red social, normas internacionales de derechos humanos e incluso las mismas decisiones anteriores del *Oversight Board*; (ii) el trámite está abierto a todos los usuarios de la red sin importar su ubicación, lengua o huso horario; (iii) el trámite es gratuito y no requiere de abogados; (iv) la decisión se cumple sin necesidad de exequatur u homologación; (v) el *Oversight Board* puede además adoptar recomendaciones a la compañía para que esta mejore sus políticas o normas comunitarias y (vi) la decisión se adopta en un tiempo máximo.

El acta constitutiva del *Oversight Board* pone de presente algo que, a los ojos de algunos puede resultar llamativo, y es que se trata de un ente privado que adoptará decisiones sobre temas de derechos humanos, principalmente

libertad de expresión, con capacidad de influir a millones de usuarios en todo el mundo. En el acta se puede leer:

La libertad de expresión es un derecho humano fundamental. Facebook quiere brindar a las personas la posibilidad de expresarse a fin de que puedan conectarse, compartir ideas y experiencias, y comprender a los demás. (...) Si bien la libertad de expresión es de suma importancia, en ocasiones puede entrar en conflicto con la autenticidad, la seguridad, la privacidad y la dignidad. Ciertas expresiones pueden poner en peligro la capacidad de las personas de decir libremente lo que piensan. Por este motivo, se debe alcanzar un equilibrio entre estas consideraciones. (...) En vista de este equilibrio, los servicios de internet tienen la responsabilidad de establecer normas sobre lo que se puede o no se puede compartir en sus plataformas. Dichas normas deben proteger a las personas y su capacidad de expresión, y los límites impuestos se deben basar en valores específicos que las empresas tienen la obligación de formular. Para garantizar una toma de decisiones justa en función de normas y valores, los servicios de internet pueden establecer organismos que se dediquen a supervisar asuntos importantes de expresión y tomar decisiones definitivas independientes (Oversight Board/Facebook, 2019).

## 2. FUNCIONAMIENTO DEL *OVERSIGHT BOARD* DE FACEBOOK

El *Oversight Board* cuenta con unas «fuentes normativas» que rigen su funcionamiento y estructura: (i) Los estatutos (*Bylaws*) (Oversight Board/Facebook, 2021); (ii) el acta constitutiva (Oversight Board/Facebook, 2021), y (iii) los criterios de selección de casos (*Overarching Criteria for Case selection*) (Oversight Board/ Facebook, 2021).

Las tres normas mencionadas explican el funcionamiento, procedimiento, gobernanza, principios, entre otras vicisitudes de la figura. Respecto de las normas aplicables al fondo de los asuntos, se utiliza: (i) valores de *Facebook*; (ii) normas y políticas comunitarias; (iii) instrumentos de derechos humanos.

El *Oversight Board* soluciona controversias de dos redes sociales: Facebook ([www.facebook.com](http://www.facebook.com)) e Instagram ([Instagram.com](http://Instagram.com)). Tiene la potestad estatutaria de decidir sobre la permanencia o no del contenido (fotografías, videos, comentario, texto plano, etc.) de las citadas redes sociales, salvo los siguientes contenidos: publicado a través del mercado, temas de recaudos de fondos, citas Facebook, mensajes y spam, tampoco aquellas disputas sobre

propiedad intelectual y, finalmente, no se incluye otros servicios del gigante tecnológico como *WhatsApp*, *Messenger*, *Instagram Direct* y *Oculus* (Oversight Board/Facebook, 2019).

El trámite habitual surge cuando una publicación es revisada por el equipo –humano y digital– de las respectivas redes sociales y es eliminado de la red por vulnerar las normas comunitarias. Piénsese, por ejemplo, en la publicación de una fotografía que incluye una frase con contenido político, que es identificada como discurso de odio y es bloqueada. El usuario afectado –el autor del contenido– contará con el término de quince días para formular una apelación ante el *Oversight Board*.

Una vez realizada la apelación, el *Oversight Board* no revisa todos los casos, puesto que sería una tarea imposible para un equipo humano, toda vez que Facebook puede tener más de 2.700 millones de usuarios e Instagram más de 1.000 millones. El sistema se estructura bajo la idea de selección de casos: un panel del *Oversight Board* identifica los casos más relevantes y son éstos los que pasan a decisión del organismo. Para ello existe un Comité de Selección de Casos que se contempla en el artículo 1 sección 1.2.1 de los Estatutos del *Oversight Board* en los siguientes términos:

Members of the case selection committee will serve three month terms on a rotating basis. Cochairs will rotate leadership of this committee every three months. The case selection committee will set criteria (e.g. importance and precedential impact) for the cases that the board will prioritize and select for review, which may change over time. Decisions of the committee will be by majority vote, subject to override by a majority vote of the full board. The case selection committee will document its selection criteria, as well as the volume and types of cases that: Facebook has submitted; people have submitted; and the board has selected for review (Oversight Board/Facebook, 2021).

El Comité de Selección de Casos utiliza los siguientes criterios de escogencia (*Overarching Criteria for Case Selection*):

The overarching criteria are set by the Board annually. (...) The Oversight Board will select cases for review that raise important issues pertaining to respect for freedom of expression and other human rights and/or the implementation of Facebook’s Community

Standards and Values. (...) These cases will be of critical importance to public discourse, directly or indirectly affect a substantial number of individuals, and/or raise questions about Facebook's policies. (...) These cases will reflect the user base of Facebook and ensure regional and linguistic diversity (Oversight Board/Facebook, 2021).

Una vez el Comité escoge un caso –que, se repite, hace parte del mismo *Oversight Board*– es trasladado a un panel de decisión de cinco miembros, de los cuales cuatro son seleccionados al azar y uno se escoge de miembros que pertenezcan a la región del lugar de la publicación –ver artículo 1 sección 3.1.3 de los Estatutos– (Oversight Board/Facebook, 2019). El panel permite a las partes involucradas presentar sus consideraciones, e incluso escuchar opiniones a nivel global, para finalmente adoptar una decisión la cual es presentada al pleno del *Oversight Board*, pudiendo ésta aceptarla –frente a lo cual se torna, en definitiva– o bien rechazarla –caso en el cual se nombra otro panel de cinco miembros para proyectar nuevamente la decisión. Las deliberaciones son secretas y se adoptan decisiones por mayoría de votos –ver artículo 1 sección 3.1.2 y 3.1.6 de los estatutos– (Oversight Board/Facebook, 2019).

Todo el trámite de apelación no debe durar más de noventa días –ver artículo 1 sección 3.1 de los estatutos– (Oversight Board/Facebook, 2019) y la decisión es vinculante para *Facebook*, debiendo incorporarla a la red social respectiva en el término de siete días, salvo que ésta implique la violación de una ley estatal. La decisión se publica en el sitio web del *Oversight Board* para darle publicidad y transparencia a toda la actuación.

Se preguntará el lector: ¿cuál es el sentido de crear un mecanismo de acción general –la apelación– pero cuya decisión está restringida a ciertos casos seleccionados? La respuesta se avizora en los tipos de decisiones que emite el *Oversight Board*: (i) por un lado, resuelve el caso concreto, pero dicha respuesta se convierte en una suerte de precedente al interior de la red social, tanto para el mismo *Oversight Board* como para el control de contenido inicial que tienen las redes sociales implicadas; y (ii) por el otro, puede presentar recomendaciones –estas si de carácter optativo– a fin de que Facebook las incorpore en las políticas comunitarias respectivas. De este modo se pretende que, sin tener que conocer la totalidad de apelaciones, el *Oversight Board* si



influya en el uso de Facebook e Instagram a nivel global. Sin embargo, algunos autores han dejado claro que el mecanismo es, cuando menos, controversial:

Many commenters expressed concern that whether or not the Board was a good idea, it simply would not work in practice. Their chief concern was scale. In the second and third quarters of 2019, 30.8 million pieces of content remained down even after appeal. This equates to approximately 170,000 pieces of content per day that would be potentially eligible for Board review.<sup>405</sup> Even if just one percent of those cases were appealed, that would still amount to around 1,700 cases a day. This is a daunting number of cases to process by a Selection Committee that forms a subset of an eleven-to-forty-person Board, even with staff support. Meaningfully processing the volume of cases submitted will be challenging—especially given the timeline of ninety days from filing to decision on appeal (KLONICK, 2020).

El artículo 2º sección 2 de los Estatutos (Oversight Board/Facebook, 2019) contempla un mecanismo especial de actuación del *Oversight Board*, a través del cual la empresa –Facebook Inc– puede presentar una solicitud especial al *Oversight Board* para que dé trámite a un caso en específico por considerarlo de especial relevancia, en este evento, la petición no se somete a la revisión del Comité de Selección de Casos, sino que ingresa directamente al panel de decisión.

### 3. PRINCIPIOS DEL *OVERSIGHT BOARD* DE FACEBOOK

El sistema del *Oversight Board* de Facebook se rige bajo cuatro principios que consagra el acta constitutiva del comité asesor de contenido y que se proceden a explicar así:

#### 3.1. INDEPENDENCIA

Con el fin de garantizar que el *Oversight Board* tome decisiones imparciales basadas estrictamente en las normas y principios establecidos, tanto éste como el órgano administrativo están financiados por un fideicomiso independiente, respaldado por una empresa diferente a la de Facebook. En otras palabras, el consejo es una entidad separada a la empresa de Facebook



que emite un juicio independiente en casos individuales y recomendación en cuestión de políticas.

El propósito del fideicomiso es mantener la supervisión administrativa, ello significa que los fideicomisarios serán responsables de la salvaguardia de los activos, así como supervisar la revisión anual y aprobar el presupuesto del *Oversight Board*. Mientras que el propósito de este último es ejercer un juicio independiente sobre cuestiones de contenido sustantivo.

¿Cómo funciona? Facebook como sociedad mercantil entregó una fiducia mercantil a una LLC (*Limited Liability Company* o sociedad de responsabilidad limitada) de carácter irrevocable, con el fin de que se encargue de administrar los recursos y nombrar al *Oversight Board*. De esta manera la independencia financiera está garantizada, toda vez que Facebook no puede nombrar ni remover a ninguno de los miembros.

Según los estatutos del *Oversight Board*, en su artículo 1.3: “Facebook se comprometerá a proporcionar fondos para apoyar las operaciones de la junta. Además, asignará recursos internos para garantizar que se respondan las preguntas de la junta, se implementen las decisiones de manera adecuada y se consideren las recomendaciones” (Oversight Board/Facebook, 2019).

En igual sentido, el artículo 1.3.1 señala:

Facebook financiará el fideicomiso por adelantado durante al menos seis (6) años. Revisará los informes anuales preparados por el fideicomiso para determinar la efectividad operativa y procedimental del directorio. Facebook utilizará los informes preparados por el fideicomiso para determinar las futuras asignaciones de fondos a la junta. La concesión de dinero de Facebook al fideicomiso será irrevocable (Oversight Board/Facebook, 2019).

El fideicomiso está compuesto por mínimo tres y máximo once fideicomisarios individuales y un fideicomisario corporativo que son seleccionados directamente por Facebook. Estos fideicomisarios deben realizar la selección y el nombramiento de miembros iniciales del *Oversight Board* y son garantes de que éste cumpla con las reglamentaciones establecidas. Es muy importante aclarar que los fideicomisarios no interfieren ni participan en la toma de decisiones del *Oversight Board*, a fin de garantizar la independencia de esta.

### 3.2. ACCESIBLE

El proceso ante el *Oversight Board* es accesible en la medida que está disponible para su activación por todos los usuarios de la red, además que el avance en el trámite, así como las decisiones, son adoptadas de cara a los usuarios. Ejemplos de la accesibilidad pueden verse en los siguientes apartados:

1. La persona que presentó una reclamación recibirá un aviso de la decisión de Facebook y un número de identificación de referencia –artículo 3, sección 1, 1.1– (Oversight Board/Facebook, 2019).
2. Si esa persona no está satisfecha con el resultado de su reclamación a Facebook puede optar por enviar su caso al *Oversight Board* dentro de los quince días posteriores a la decisión final de Facebook; no obstante, una persona no puede volver a enviar una solicitud de revisión de contenido que haya sido rechazada o revisada por el *Oversight Board* previamente –artículo 3, sección 1, 1.1– (Oversight Board/Facebook, 2019).
3. Al enviar un caso al *Oversight Board*, las personas podrán brindar explicaciones y manifestaciones respecto de por qué creen que Facebook pudo haber tomado una decisión incorrecta sobre el contenido en cuestión; por qué creen que la junta debería escuchar su caso; por qué publicaron originalmente el contenido; y cómo la decisión de Facebook podría afectar a otros. También tendrán la oportunidad de identificar los idiomas involucrados y el país o países a los que se refiere el contenido. –artículo 3, sección 1, 1.2.1– (Oversight Board/Facebook, 2019).
4. Si el *Oversight Board* selecciona el caso para su revisión, se notificará a la persona que lo presentó, también le enviará un aviso si no ha sido seleccionado –artículo 3, sección 1, 1.2.2.– (Oversight Board/Facebook, 2019).
5. Una vez aprobada, se publica la decisión final en el sitio web del *Oversight Board* –artículo 1, sección 3, 3.2–(Oversight Board/Facebook, 2019).

6. Igualmente, la parte administrativa se encarga de notificar a las personas involucradas y a Facebook, dentro de los tres días hábiles –artículo 1, sección 3, 3.2– (Oversight Board/Facebook, 2019).
7. Se debe traducir cada decisión a los idiomas oficiales dentro de veintiún días y permitir que esté disponible en el sitio web del *Oversight Board* para su revisión por el público –artículo 1, sección 3.3.2.– (Oversight Board/Facebook, 2019).
8. Facebook debe implementar las decisiones del *Oversight Board* para permitir o eliminar el contenido debidamente presentado para su revisión dentro de los 7 días posteriores a la publicación de la decisión –artículo 2, sección 2, 2.3.1.– (Oversight Board/Facebook, 2019).
9. Independientemente de cualquier caso pendiente, Facebook puede requerir asesoramiento normativo al Consejo. Este asesoramiento puede solicitarse para obtener una aclaración sobre una decisión anterior que haya tomado el Consejo o para recibir sugerencias sobre posibles cambios en las Políticas de contenido de Facebook. Todo asesoramiento tendrá un fin consultivo.

### 3.3. EFICACIA

Las decisiones de cada caso que toma el *Oversight Board* son vinculantes y Facebook las debe implementar de inmediato, a menos que implique la infracción de la ley. Para la toma de una decisión, si los hechos, las políticas aplicables u otros factores son sustancialmente similares a decisiones anteriores tomadas por el *Oversight Board*, se considerará que estas sientan precedentes y constituyen argumentos de peso. Es innegable la similitud existente entre el *Oversight Board* y el funcionamiento de algunas cortes nacionales e internacionales.

La decisión definitiva debe incluir una resolución sobre el contenido –si se permite su publicación o no–, así como una explicación en lenguaje sencillo que indique el razonamiento del panel. Si el *Oversight Board* lo considera oportuno, la decisión final puede incluir un dictamen consultivo o recomendación sobre políticas o normas comunitarias, que *Facebook* puede tener en cuenta.

### 3.4. TRANSPARENCIA

Las declaraciones escritas sobre las decisiones y sus fundamentos se deben publicar y archivar en el sitio web del *Oversight Board*: [oversightboard.com](https://oversightboard.com), naturalmente, sujeto a restricciones de datos y privacidad. Además, debe emitir informes anuales de su trabajo que también serán publicados. Lo que el *Oversight Board* pretende es que estas decisiones sean conocidas por todas las personas y se garantice ese principio de publicidad que hace parte del debido proceso.

#### 4. LAS DECISIONES *OVERSIGHT BOARD* DE FACEBOOK HASTA JUNIO DE 2021

A corte junio de 2021 el *Oversight Board* ha emitido un total de doce decisiones, aplicables no solo a Facebook sino también a Instagram, en casos ubicados en diferentes regiones del mundo, e incluso ha tenido la oportunidad de citar sus propias decisiones y de hacer recomendaciones en la mejora de las políticas y normas comunitarias. En este aparte se presenta un análisis de las doce decisiones:

##### 4.1. EL PRIMER CASO: EL *OVERSIGHT BOARD* NO PUEDE PRONUNCIARSE (INFORME 2020-001-FB-UA)

Un usuario comenta una publicación con las capturas de pantalla (*screen shots*) de unos tuits del primer ministro de Malasia, en la cual el funcionario afirmaba:

Los musulmanes tienen derecho a estar enfadados y matar millones de ciudadanos franceses por las masacres cometidas en el pasado y en general, los musulmanes no aplicaron la ley del ‘ojo por ojo’. Los musulmanes no lo hacen. Los franceses tampoco deberían. En su lugar, deberían enseñar a sus ciudadanos a respetar los sentimientos de otros pueblos» (Informe del caso 2020-001-FB-UA, 2021).

La empresa Facebook eliminó el contenido por implicar lenguaje que incita al odio (Facebook, 2021)<sup>4</sup>. El usuario afirmó, cuando tuvo la oportunidad

---

<sup>4</sup> Respecto del lenguaje que incita al odio, las políticas comunitarias de Facebook son claras en determinar que no es un comportamiento permitido en la red social: “Creemos que las personas

de pronunciarse, que la publicación tenía como objetivo poner en evidencia las terribles declaraciones del primer ministro. Finalmente, el *Oversight Board* no pudo pronunciarse debido a que el usuario libremente eliminó la publicación.

#### 4.2. EL SEGUNDO CASO: EL LENGUAJE QUE INCITA AL ODIOS Y EL MUNDO MUSULMÁN (DECISIÓN 2020-002-FB-UA)

Un usuario birmano publica en octubre de 2020 una fotografía, muy famosa, de un pequeño niño sirio de etnia kurda que se ahogó mientras intentaba llegar a Europa, una fotografía que dio la vuelta al mundo al poner de presente la crisis del pueblo sirio y su sufrimiento para llegar a Europa. La publicación incluía un comentario en el que el usuario cuestionaba a los musulmanes por no reaccionar ante los atropellos recibidos, al decir que «tenían problemas psicológicos», lo que fue identificado como lenguaje que incita al odio (Decisión 2020-002-FB-UA, 2021).

En las normas analizadas se incluyeron: (i) normas comunitarias de Facebook sobre el lenguaje que incita al odio, al pretender la inferioridad mental de los musulmanes; (ii) los valores de Facebook, incluyendo «expresión» y «seguridad» como los valores a tener en cuenta en el presente caso; (iii) normas de derechos humanos, tales como Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, observación general no. 34 Comité de Derechos

---

se expresan y se conectan entre sí con mayor libertad cuando no se sienten atacadas por quiénes son. Es por eso que no permitimos el lenguaje que incita al odio en Facebook, ya que crea un entorno intimidatorio y excluyente que, en algunos casos, puede incitar a la violencia en la vida real. Definimos el lenguaje que incita al odio como un ataque directo a las personas por lo que denominamos “características protegidas”: raza, etnia, nacionalidad, discapacidad, religión, clase, orientación sexual, sexo, identidad de género y enfermedad grave. Definimos un ataque como lenguaje violento o deshumanizante, estereotipos dañinos, afirmaciones de inferioridad, expresiones de desprecio, repulsión o rechazo, insultos, o incitaciones de exclusión o segregación. Consideramos que la edad es una característica protegida cuando se menciona junto con otra característica protegida. También protegemos a los refugiados, migrantes, inmigrantes y solicitantes de asilo de ataques graves, aunque sí permitimos los comentarios y las críticas relacionadas con las políticas de inmigración. De manera similar, somos conscientes de que, a veces, las personas comparten contenido que incluye lenguaje que incita al odio emitido por otra persona con la intención de reprobarlo o conscientizar a los demás. En otros casos, el lenguaje que, de otra manera, infringiría nuestras normas se puede usar de forma autorreferencial o motivadora. Nuestras políticas están diseñadas para dar espacio a estos tipos de lenguaje, pero exigimos que la intención quede clara. Si no es el caso, el contenido podría eliminarse” (Facebook, 2021).

Humanos, plan de acción de Rabat, Informe del Relator Especial de la ONU sobre la libertad de expresión en el lenguaje que incita al odio online (Decisión 2020-002-FB-UA, 2021).

El *Oversight Board* realizó un análisis del contexto de la publicación, determinando que la misma no se enmarca en estereotipos en contra de la población musulmana en Birmania. El organismo advirtió:

Las organizaciones de derechos humanos y otros expertos indicaron que el lenguaje que incita al odio contra grupos minoritarios musulmanes en Birmania es común y, en algunos casos, grave. Especialmente, en el contexto de las elecciones generales del 8 de noviembre de 2020 (documento informativo de FORUM-ASIA sobre la difusión del lenguaje que incita al odio y el rol de Facebook en Birmania, páginas 5-8; informe de la misión de investigación internacional independiente de las Naciones Unidas en Birmania, A/HRC/42/50, párrafos 1303, 1312, 1315 y 1317). Sin embargo, no se apreciaron indicios de que las afirmaciones sobre los problemas psicológicos o mentales de la población musulmana constituyeran un eje sólido de la retórica islamófoba en Birmania. Asimismo, Facebook tradujo la frase como “obviamente, los musulmanes tienen problemas psicológicos”, pero los traductores del Consejo sugirieron la alternativa: “[esos] hombres musulmanes tienen problemas mentales”. También sugirieron que, aunque los términos utilizados podían expresar un mensaje intolerante, no eran despectivos ni violentos.

Considerada en contexto, la publicación debería interpretarse como un comentario sobre la aparente incoherencia de las reacciones de la población musulmana ante los eventos de Francia y China. Las Normas comunitarias protegen la expresión de este tipo de opiniones y, en este caso concreto, no se aprecia la gravedad suficiente en el discurso para clasificarlo como lenguaje que incita al odio, lo que justificaría su eliminación (Decisión 2020-002-FB-UA, 2021).

El análisis del *Oversight Board* va más allá, y entró a realizar un análisis en materia de derechos humanos, para concluir que la publicación no resultaba ofensiva ni cáustica con éstos:

El Consejo también debatió acerca de si el contenido en cuestión podría restringirse conforme al Artículo 19 del ICCPR, párrafo 3. Esta disposición de la legislación internacional de derechos humanos estipula que las restricciones a la libertad de expresión deben definirse de manera



que resulten fácilmente comprensibles (requisito de legalidad), tener el propósito de progresar en uno de los distintos objetivos previstos (requisito de fin legítimo) y delimitarse estrictamente y en la medida necesaria al objetivo específico (requisito de necesidad y proporcionalidad).

El Consejo reconoce que Facebook perseguía un fin legítimo al restringir el contenido: proteger los derechos de terceros a la vida, a la seguridad ante agresiones personales, físicas o mentales, y al amparo frente a la discriminación. También acredita que el lenguaje que incita al odio online en Birmania ha estado vinculado con daños graves fuera de la red, incluidas acusaciones de posibles crímenes contra la humanidad y genocidio. En consecuencia, reconoce la importancia de proteger los derechos de quienes pueden ser objeto de acciones de discriminación y violencia, y de aquellos que pueden estar en riesgo de sufrir atrocidades.

Sin embargo, el Consejo concluye que, aunque habrá personas que puedan encontrar la publicación ofensiva e insultante para la población musulmana, no considera necesaria su eliminación para proteger los derechos de terceros (Decisión 2020-002-FB-UA, 2021).

Las consideraciones mencionadas, sumadas a análisis del contexto de Birmania y la situación de los musulmanes en dicho país, llevó al *Oversight Board* a considerar que la decisión de Facebook de eliminar la publicación fue equivocada, por lo que resolvió anularla, ordenando que el contenido se mantenga en la red social. La decisión también es relevante por cuanto el *Oversight Board* usó una facultad otorgada en los estatutos, consistente en consultar a instituciones expertas<sup>5</sup>.

#### 4.3. TERCER CASO: LENGUAJE DE ODIO CONTRA LOS AZERBAIYANOS (DECISIÓN 2020-003-FB-UA)

Se trata de la ratificación de una decisión tomada por *Facebook* de eliminar una publicación en la cual un usuario cargó fotografías de iglesias en Bakú,

<sup>5</sup> En la decisión se reseña dicha consulta así: “En cuanto a la decisión del caso, se encargó una investigación independiente a nombre del Consejo. Un instituto de investigación independiente con sede en la Universidad de Gotemburgo y un equipo conformado por más de 50 científicos sociales de seis continentes, así como 3.200 expertos de diferentes países del mundo, ofrecen sus conocimientos sobre contextos culturales y sociopolíticos. La empresa Lionbridge Technologies, LLC, con especialistas en más de 350 idiomas que trabajan en 5.000 ciudades diferentes, se encargó de las competencias en materia lingüística” (Decisión, 2020-002-FB-UA, 2021).

capital de Azerbaiyán, junto con un texto en ruso calificado a los azerbaiyanos con el término «taziki» que se refiere a un juego de palabras para descalificar a la población de Azerbaiyán. La publicación incluía otra serie de manifestaciones tratando de resaltar al pueblo de Armenia sobre el de Azerbaiyán. La publicación tuvo gran repercusión (45.000 visualizaciones) tras el conflicto entre los dos países por Nagorno Karabaj (Decisión 2020-003-FB-UA, 2021).

El *Oversight Board* citó: (i) las normas comunitarias de Facebook sobre lenguaje de odio y prohibición de insultos; (ii) los valores de Facebook citados son expresión, seguridad y dignidad; (iii) normas de derechos humanos: Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, observación general número 34, 35 y 36 del Comité de Derechos Humanos, Informes del Relator Especial de la ONU sobre la libertad de opinión y expresión, Plan de Acción de Rabat, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, observación general No. 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Decisión 2020-003-FB-UA, 2021).

El *Oversight Board* analizó la libertad de expresión como un derecho, lo que lo llevará a plantear un test, así: (i) legalidad: “cualquier regla que establezca una restricción en cuanto a la libertad de expresión debe ser clara y accesible. Las personas deben contar con suficiente información para saber en qué casos es posible que se apliquen restricciones a su discurso y de qué forma” (Decisión, 2020-003-FB-UA, 2021); (ii) Legitimidad: entendiendo que toda restricción a la libertad de expresión debe tener un fin legítimo; (iii) necesidad y proporcionalidad, según este criterio la medida de restringir una publicación debe ser necesaria para afrontar la amenaza o riesgo que conlleva, y debe ser proporcional es decir, no debe ser demasiado general (Decisión 2020-003-FB-UA, 2021).

En este caso el *Oversight Board* confirmó la decisión inicial de Facebook de eliminar la publicación, y por primera vez hizo uso de la facultad de hacer recomendaciones a la compañía, en el siguiente sentido:

Garantice que siempre se notifique a los usuarios los motivos por los que se aplican las Normas comunitarias en su contra, incluida la regla específica que aplica Facebook. De este modo, en lugar de adoptar una postura antagónica, Facebook animaría a los usuarios a expresarse de formas que no infrinjan sus Normas comunitarias.



En este caso, se informó al usuario que la publicación infringía las Normas comunitarias sobre lenguaje que incita al odio, pero no se le comunicó que era debido al insulto dirigido a las personas de una nacionalidad determinada. Facebook cumplió con el principio de legalidad en esta instancia. Sin embargo, su falta de transparencia dejó su decisión expuesta a interpretaciones erróneas, por ejemplo, que la empresa había eliminado la publicación porque el usuario trataba un tema controvertido o expresaba un punto de vista con el que no estaba de acuerdo (Decisión 2020-003-FB-UA, 2021).

#### 4.4. CUARTO CASO: EL *OVERSIGHT BOARD* ABORDA TEMAS DE GÉNERO (DECISIÓN DEL CASO 2020-004-IG-UA)

Se trata del primer caso del *Oversight Board* sobre la red social Instagram, los hechos se resumen en que un usuario brasileño publicó una imagen relativa a la prevención del cáncer de mama, con indicaciones de síntomas de alerta, la fotografía dejaba a la vista los pezones femeninos. El clasificador de la red social, que usa aprendizaje automático, identificó las fotos como desnudos o actividad de adultos y restringió la publicación. El usuario apeló la decisión ante el *Oversight Board*, y antes de que este organismo se pronuncie, la empresa restauró la publicación indicando que la primera restricción fue automatizada (Decisión 2020-004-IG-UA, 2021).

El *Oversight Board* citó, como ya es tendencia en este punto del relato, las políticas de contenido de Facebook e Instagram, los valores de la compañía, y las normas de derechos humanos, con la particularidad que incluyó algunas referidas a temas de género: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), Convención sobre los Derechos del Niño, observación general No. 13, Comité de los Derechos del Niño (Decisión 2020-004-IG-UA, 2021).

Sobre libertad de expresión se acogió el test ya referido en decisiones anteriores: legalidad, fin legítimo, necesidad y proporcionalidad. Por otro lado, y en tratándose del derecho a la igualdad, el *Oversight Board* analizó la diferencia de trato entre los pezones masculinos y femeninos por parte del análisis automatizado de fotografías:

Dado que las reglas de Facebook tratan los pezones femeninos y los masculinos de forma distinta, el hecho de basarse en sistemas

automatizados imprecisos para hacer cumplir estas normas probablemente tenga una repercusión desmedida en las mujeres, lo que genera preocupación en cuanto a la discriminación (Artículo 1 de la CEDAW y Artículo 2 del ICCPR). En Brasil y en muchos otros países, la concientización sobre los síntomas del cáncer de mama es un tema de suma importancia. Por lo tanto, las acciones de Facebook no solo hacen peligrar el derecho de las mujeres a la libertad de expresión, sino también su derecho a la salud (Decisión 2020-004-IG-UA, 2021).

Estas consideraciones permitieron al *Oversight Board* anular la decisión original de Facebook de eliminar el contenido. Adicionalmente, realizó recomendaciones relativas a la detección automatizada que usan las redes sociales: mejoramiento de la detección, auditoría, claridad sobre la apelación al *Oversight Board* de decisiones de restricción de contenido automatizadas, información a los usuarios sobre las disposiciones exactas de las normas comunitarias infringidas, entre otras.

#### 4.5. QUINTO CASO: LA CITA INCORRECTA DE GOEBBELS Y EL *OVERSIGHT BOARD* (DECISIÓN 2020-005-FB-UA)

En 2020 un usuario publicó una cita incorrectamente atribuida al líder nazi Joseph Goebbels, la plataforma bloqueó el contenido por vulnerar normas comunitarias sobre personas y organizaciones peligrosas. El usuario informa que no quería realizar apología al régimen o ideario nazi, sino que su intención era la de comparar la frase con la presidencia de Donald Trump (Decisión 2020-005-FB-UA, 2021).

Como en las anteriores decisiones, se citó las normas comunitarias de Facebook, los valores y normas relativas a derechos humanos tales como: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación general n.º 34 y 35 Comité de Derechos Humanos, Informes del Relator Especial de la ONU sobre la libertad de opinión y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Declaración conjunta sobre la libertad de expresión y las elecciones en la era digital, Plan de Acción de Rabat., Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD), Recomendación general n.º 35, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y Informe del Relator Especial de la ONU sobre racismo (Decisión 2020-005-FB-UA, 2021).

La decisión analizó el problema relativo al listado de personas potencialmente peligrosas para Facebook, entre los que se encuentran el partido nazi y Joseph Goebbels, y la información que tienen los usuarios sobre ese listado, por un lado, y el contexto de las publicaciones y las reacciones, por el otro; puesto que no puede eliminarse un contenido por realizar una mención a un grupo o persona sin una reflexión sobre el contexto que acompaña el mensaje o imagen. El *Oversight* anuló la decisión de Facebook y solicitó su restauración; además, realizó recomendaciones respecto del tratamiento de las publicaciones sobre personas y organizaciones peligrosas (Decisión 2020-005-FB-UA, 2021).

#### 4.6. SEXTO CASO: FALSAS NOTICIAS (*FAKE NEWS*) SOBRE LA COVID-19 Y EL *OVERSIGHT BOARD* (DECISIÓN 2020-006-FB-FBR)

Un usuario francés realizó una publicación consistente en un vídeo sobre un supuesto escándalo de la *Agence Nationale de Sécurité du Médicament* respecto de la decisión de no permitir el uso de los medicamentos hidrocloroquina y azitromizina para tratar la COVID-19, y que por el contrario sí había autorizado el remdesivir. La publicación fue restringida por *Facebook* por infracción de la norma comunitaria sobre violencia e incitación (Decisión 2020-006-FB-FBR, 2021).

El *Oversight Board* anuló la decisión de Facebook, toda vez que el contexto del vídeo no buscaba que las personas consuman tal o cual medicamento, sino abrir el debate sobre la política pública en materia de salud; por lo cual no se configuró el concepto de daño inminente, máxime cuando los productos mencionados requerían fórmula médica para poder adquirirse, lo que reducía el potencial dañino de la publicación (Decisión 2020-006-FB-FBR, 2021).

La decisión realizó el juicio o test sobre la libertad de expresión analizando: legalidad, fin legítimo, necesidad y proporcionalidad. En el punto de la legalidad se determinó que las reglas sobre información errónea y daño inminente eran confusas, encontró disparidad en lo publicado a través de *Newsroom* respecto de las normas comunitarias:

Dado el entramado de reglas y políticas que figuran en distintas partes del sitio web de Facebook, la falta de definición de términos clave, como “información errónea”, y las diversas normas relativas a si una publicación “podría contribuir” o realmente contribuye a daño

inminente, a los usuarios les resulta difícil comprender qué contenido está prohibido. El Consejo determinó que la aplicación de esta regla en este caso es confusa e inapropiada. Por lo tanto, no cumple con la prueba de legalidad (Decisión 2020-006-FB-FBR, 2021).

Respecto del criterio de necesidad y proporcionalidad, dentro del test, se desarrolló aún más la idea, advirtiendo que Facebook debe acreditar tres cosas para dar por satisfecho aquél: (i) el objetivo no puede alcanzarse con medidas que no afecten la libertad de expresión; (ii) entre aquellas medidas que agreden la libertad de expresión, se tomó la menos invasiva; (iii) la medida escogida permite llegar al objetivo y no se torna ni en ineficaz ni contraproducente (Decisión 2020-006-FB-FBR, 2021).

El *Oversight Board* anuló la decisión de Facebook –con lo cual la publicación debe mantenerse en línea– y realizó recomendaciones a la compañía para que: (i) clarifique sus normas comunitarias sobre información errónea relativa a la salud; (ii) adopte medidas menos invasivas en casos de información errónea referente a temas de salud; (iii) incremento de la transparencia en la moderación de contenido.

#### 4.7. SÉPTIMO CASO: CONFLICTOS DE ORIGEN RELIGIOSO Y EL *OVERSIGHT BOARD* (DECISIÓN 2020-007-FB-FBR)

Un usuario de Facebook publica un meme con una nota en la cual hace un llamado a desenvainar la espada frente a personas infieles al islam, se agregaron etiquetas (*hashtags*) mencionando al presidente francés equiparándolo al demonio y solicitando que no se adquieran más productos franceses. Facebook eliminó la publicación al considerar que trasgrede la política sobre violencia e incitación. La compañía remitió el caso directamente al *Oversight Board*, luego éste no pasó por el Comité de selección (Decisión 2020-007-FB-FBR, 2021).

El *Oversight Board* consideró, de manera similar a todos sus pronunciamientos, las normas y valores comunitarios, así como normas de derechos humanos. El organismo concluyó que la publicación no debía restringirse puesto que la llamada a no adquirir productos franceses puede entenderse como una forma de protesta pacífica, tampoco se observa del contexto de la publicación y la imagen que la acompaña la intención de hacer llamados a la violencia (Decisión 2020-007-FB-FBR, 2021).

El *Oversight Board* realizó el análisis de legalidad, fin legítimo, necesidad y proporcionalidad, arribando a la conclusión de que suspender la publicación no era necesario máxime cuando el usuario no es una figura pública que tenga la capacidad de incidir en la vida o comportamientos de otros usuarios.

La decisión adoptada fue la de restaurar el contenido siempre y cuando el usuario así lo desee, para lo cual debe ser notificado. Igualmente, se hicieron recomendaciones respecto de los criterios para determinar la vulneración de las normas comunitarias: intención, identidad del usuario y del público, el contexto.

#### 4.8. OCTAVO CASO: ROSTROS PINTADOS DE NEGRO, RACISMO Y EL *OVERSIGHT BOARD* (DECISIÓN 2021-002-FB-UA)

La publicación consiste en un vídeo en Países Bajos donde personas blancas salen con el rostro pintado de negro, representando a *Zwarte Piet* –un personaje tradicional de esa región, consistente en un ayudante de *Sinterklaas* en el reparto de regalos de navidad–. El personaje es visto por algunos como un estereotipo de racismo y recordatorio de la esclavitud (Decisión 2021-002-FB-UA, 2021).

En esta decisión el *Oversight Board* realizó un extenso análisis sobre la figura del *Zwarte Piet* (Pedro, el negro) en la tradición de la navidad de Países Bajos, frente al posible estereotipo de que se trata de un sirviente y que se representa con personas con la cara pintada de negro –lo cual se considera ofensivo–. Las conclusiones, que no fueron unánimes, son que la publicación resultaba vulneratoria de las normas comunitarias sobre lenguaje de odio y las reglas de prohibición de publicaciones sobre caras pintadas en la red social (Decisión 2021-002-FB-UA, 2021).

Un aspecto relevante de esta decisión es que en ella el *Oversight Board* empieza a citar sus decisiones anteriores, a manera de precedentes:

Como el Consejo también lo indicó en la decisión del caso 2020-003-FB-UA, moderar el contenido con el objetivo de abordar los daños acumulativos que ocasiona el lenguaje que incita al odio, incluso cuando la expresión no incita a la violencia o la discriminación directamente, puede ser coherente con las responsabilidades de Facebook con los derechos humanos en determinadas circunstancias.

Para la mayoría, la acumulación de caricaturas degradantes de personas negras en Facebook crea un entorno en el que hay más probabilidades de tolerar actos de violencia y de que se replique la discriminación en la sociedad. Como es el caso de los insultos degradantes, siempre es importante el contexto, incluso para la aplicación de una regla general. En este caso, la experiencia de discriminación contra las personas negras en los Países Bajos, y la conexión de *Zwarte Pie* y las caras pintadas de negro con dicha experiencia, fueron fundamentales (Decisión 2021-002-FB-UA, 2021).

La decisión final fue la ratificar la exclusión de la publicación por parte de Facebook, además de generar recomendaciones sobre las políticas comunitarias respecto de las caras pintadas de negro.

#### 4.9. NOVENO CASO: LA POLÍTICA EN INDIA Y EL *OVERSIGHT BOARD* (DECISIÓN 2021-003-FB-UA)

Se trata de una publicación realizada en Facebook en noviembre de 2020 en la que se realizan afirmaciones en contra de una organización política de India. La red social restringió la publicación y bloqueó el perfil del usuario. Una vez el caso llegó al *Oversight Board*, la red social reconoció que la decisión se debió a un error y restauró la publicación; no obstante, el *Oversight Board* entró a estudiar el caso (Decisión 2021-003-FB-UA, 2021).

La decisión giró sobre las normas de personas y organizaciones peligrosas para Facebook, para lo cual el organismo citó varias decisiones anteriores (2020-005-FB-UA, 2020-004-IG-UA, y la 2020-006-FB-FBR). El *Oversight Board* recalca la necesidad de que el usuario tenga claro, y en un solo sitio, las normas comunitarias que debe seguir para evitar que el contenido sea eliminado o que su cuenta sea suspendida. Igualmente instó a Facebook para que se haga la traducción al idioma punyabí –hablado por treinta millones de personas en India– (Decisión 2021-003-FB-UA, 2021).

La decisión consistió en reintegrar el contenido y emitir recomendaciones a Facebook sobre traducción de sus normas comunitarias, mantener un sistema de apelación previo al trámite ante el *Oversight Board*, y mejorar informes de transparencia (Decisión 2021-003-FB-UA, 2021).

#### 4.10. DÉCIMO CASO: EL PRESIDENTE DONALD TRUMP Y SUS CUENTAS EN FACEBOOK E INSTAGRAM (DECISIÓN 2021-001-FB-FBR)

Dado el usuario involucrado (un expresidente de EE.UU. que en el momento de los hechos ejercía el cargo) y la repercusión mundial del tema (suspensión de su cuenta por manifestaciones de apoyo a la toma del Capitolio del 6 de enero de 2021), es, sin duda, una de las decisiones más interesantes del *Oversight Board*. La empresa Facebook consideró suspender las cuentas del entonces presidente Donald Trump ante sus publicaciones insitando a los manifestantes (Decisión 2021-001-FB-FBR, 2021).

El *Oversight Board* concluyó que las publicaciones del ex mandatario sí constituyen una infracción a las normas comunitarias de Facebook e Instagram; lo anterior, teniendo en cuenta que dada su posición y las afirmaciones de fraude electoral, generaron un ambiente de incitación a la violencia que podía traducirse en acciones concretas y reales que causen daño. El público alcanzó treinta y cinco millones en Facebook y veinticuatro millones en Instagram, de ahí el alto potencial de producir actos más allá del escenario virtual (Decisión 2021-001-FB-FBR, 2021).

El *Oversight Board* respaldó la decisión de Facebook de suspender las cuentas del ex mandatario, pero con una aclaración: no podía ser indefinida, brindando seis meses a la compañía para que reexamine la sanción y determine una adecuada. Adicionalmente, estableció recomendaciones sobre el tratamiento de usuarios influyentes –lo cual incluye a los políticos– (Decisión 2021-001-FB-FBR, 2021).

#### 4.11. UNDÉCIMO CASO: MEME DE LOS «DOS BOTONES» (DECISIÓN 2021-005-FB-UA, 2021)

Se trata de una publicación de un usuario sobre el meme de los «dos botones»: un personaje animado es muestra nervioso porque no sabe cual de dos botones en rojo debe apretar. La publicación hace referencia a que el personaje sería el estado Turco y las dos opciones tienen que ver con el reconocimiento o negación del genocidio del pueblo armenio.

El personaje de dibujo animado tenía la mano derecha sobre la cabeza y parecía estar sudando. Encima del personaje, en la otra mitad de la pantalla dividida, había dos botones rojos con las afirmaciones correspondientes en inglés: “The Armenian Genocide is a lie” (El

genocidio armenio es una mentira) y “The Armenians were terrorists that deserved it” (Los armenios eran terroristas que se lo merecían) (Decisión 2021-005-FB-UA, 2021).

Facebook eliminó el comentario por vulnerar las normas comunitarias sobre contenido cruel e insensible. No obstante, existe una excepción cuando se trata de una publicación que busca repudio o generar conciencia. *El Oversight Board* consideró que el contenido bajo estudio cae en la excepción mencionada, puesto que la publicación no trata de menospreciar al pueblo armenio sino, por el contrario, poner de presente la actitud de Turquía frente al reconocimiento del genocidio (Decisión 2021-005-FB-UA, 2021).

El *Oversight Board* además de sus consideraciones tradicionales sobre norma comunitaria, valores y derechos humanos; resolvió anular la decisión de *Facebook* y en su lugar restaurar el contenido eliminado. Igualmente, realizó recomendaciones: (i) el deber de la empresa de informar a los usuarios la norma que infringen de manera específica; (ii) incluir la excepción de sátira sobre la prohibición de publicaciones con lenguaje que incite al odio; (iii) adopte criterios para moderar el lenguaje satírico y se tenga en cuenta lo que se denomina como «contexto relevante»; (iv) se permita a los usuarios manifestar en las apelaciones si consideran estar cubiertos por alguna excepción; (v) que se priorice la revisión de apelaciones previas al *Oversight* de manera manual, cuando se aduzca una excepción a las prohibiciones.

#### 4.12. DUODÉCIMO CASO: LA EXPRESIÓN «COBARDE» Y *OVERSIGHT BOARD* (DECISIÓN 2021-004-FB-UA, 2021)

Un usuario ruso llama a otro, en el contexto de un debate político, «cowardly bot» (bot cobarde) en la red Facebook; ésta eliminó el contenido por considerar propio de bullying y acoso. El *Oversight Board* realizó el análisis, reiterativo en sus decisiones, de normas comunitarias, valores y derechos humanos implicados en el caso; lo que permitió concluir que calificar la publicación como infractora de las normas comunitarias no tenía en cuenta el contexto de la discusión política y del cruce de comentarios entre los usuarios.

El contexto es fundamental para evaluar la necesidad y la proporcionalidad.  
El Relator Especial de la ONU sobre temas de libertad de expresión



expresó en relación con el lenguaje que incita al odio que “la evaluación del contexto puede llevar a que se decida hacer una excepción en algunos casos, cuando el contenido debe protegerse, como es el caso del discurso político” (A/74/486, párrafo 47[d]). Este enfoque puede ampliarse a evaluaciones de bullying y acoso. En este caso, Facebook debió tener en cuenta el estado de la libertad de expresión en Rusia en general y, específicamente, las campañas de desinformación del Gobierno contra sus opositores y sus simpatizantes, incluido en el contexto de las protestas de enero. La interacción del Crítico de la protesta con el Manifestante en este caso repitió la falsa afirmación de que los manifestantes a favor de Navalny eran niños manipulados. Era poco probable que la acusación de “cowardly bot” (bot cobarde) en el contexto de una discusión acalorada sobre estos temas causara daños, en especial dadas las alegaciones y acusaciones igual de hostiles del Crítico de la protesta (Decisión 2021-004-FB-UA, 2021).

El *Oversight Board* decidió anular las medidas de Facebook y en su lugar reestablecer la publicación; adicionalmente, emitió recomendaciones a la compañía sobre el mejoramiento de sus normas y políticas comunitarias en materia de bullying y acoso.

## CONCLUSIONES

La perspectiva procesal moderna se abre a nuevos retos y dificultades, sin duda uno de ellos es el advenimiento de los ODR –Online Dispute Resolution–, formas alternativas de resolver conflictos que se desarrollan entera o mayoritariamente en escenarios en línea y alejada de jueces o instituciones gubernamentales tradicionales. Los ODR responden a la necesidad de tramitar conflictos en cada plataforma con un contexto global, de manera económica o gratuita, con respeto por los diferentes husos horarios e idiomas, con agilidad y eficiencia, y, finalmente, con un trámite enteramente digital para conflictos surgidos en dicho entorno.

Es en ese contexto en el cual la empresa Facebook lanzó la provocadora idea del *Oversight Board*, un ODR que supera en muchos aspectos las ya tradicionales formas de resolver litigios propias de otras plataformas en línea como eBay o PayPal, para presentar un mecanismo mucho más sofisticado, complejo y, por supuesto, complejo.

El *Oversight Board* es un mecanismo de resolución de disputas alterno, alejado de las concepciones tradicionales de juez o institución estatal, para

constituir un organismo privado escogido con los más altos estándares, a fin de que adopte las decisiones finales sobre el contenido publicado en las redes sociales Facebook e Instagram, contrastando la publicación con las normas comunitarias, los valores de la compañía y la normativa internacional sobre derechos humanos.

Las decisiones del *Oversight Board* son vinculantes para la compañía en lo referente a si el contenido se debe mantener o no publicado, adicionalmente el organismo puede emitir recomendaciones dirigidas al mejoramiento de las políticas o normas comunitarias de la empresa.

Hasta el momento el *Oversight Board* ha emitido un total de doce decisiones, las cuales fueron estudiadas en este documento, en las cuales se observa ya una suerte de tendencia clara en los siguientes sentidos:

- a) Se analiza siempre las normas comunitarias, los valores de la compañía y las normas de derechos humanos involucradas.
- b) En lo referente a la libertad de expresión el *Oversight Board* cuenta con un test en el que incluye los siguientes ítems: legalidad, fin legítimo, necesidad y proporcionalidad.
- c) El *Oversight Board*, hasta el momento, tiende a proteger el contexto de las publicaciones como un criterio fundamental en el análisis y confrontación de estas con las políticas o normas comunitarias.
- d) La mayor parte de casos (11) se refieren a Facebook frente a un solo caso referido a Instagram.
- e) En la mayor parte de las decisiones el *Oversight Board* ha realizado recomendaciones a la compañía para el mejoramiento de las políticas y normas comunitarias.
- f) Las decisiones dejan entrever que los usuarios implicados tienen la oportunidad de realizar sus manifestaciones ante el organismo, así como la compañía y los terceros que son convocados públicamente a presentar opiniones ante el *Oversight Board*.
- g) El *Oversight Board* maneja un sistema de precedente en el que puede –y ya lo ha hecho en algunos casos– citar decisiones anteriores para reafirmar sus argumentos.



El *Oversight Board* sin duda es un experimento social, jurídico y digital formidable, que debe ser objeto de estudio desde la perspectiva procesal y de los derechos humanos. Al margen de las bondades o críticas que la figura pueda tener, se trata de una propuesta novedosa que lleva a replantear, o quizá, ampliar, las nociones de justicia, métodos alternativos de solución de conflictos, proceso, acción y demás.



## REFERENCIAS

- ACOSTA LÓPEZ, M. A., & ESPINOSA SALAZAR, L. S. (2015). UBER Una alternativa necesaria para el transporte de pasajeros. *Revista Científica CODEX*, 1(1), 163-176. Recuperado el 21 de octubre de 2018, de <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/2553>
- CÁRDENAS CAYCEDO, O. A. (2016). Aplicación de los principios de la contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Academia & Derecho*, 7(13), 265-308. Recuperado el 21 de 10 de 2018, de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/130/187>
- CELLAN-JONES, R. (5 de mayo de 2021). Facebook's Trump ban upheld by Oversight Board for nos. *BBC News*, p. 33. Obtenido de <https://www.bbc.com/news/technology-56985583>
- Decisión 2020-002-FB-UA, FB-I2T6526K (Oversight Board 28 de enero de 2021). Obtenido de <https://www.oversightboard.com/decision/FB-I2T6526K/>
- Decisión 2020-003-FB-UA, FB-QBJDASCV (Oversight Board 28 de enero de 2021). Obtenido de <https://www.oversightboard.com/decision/FB-QBJDASCV/>
- Decisión 2020-004-IG-UA, IG-7THR3SI1 (Oversight Board 28 de enero de 2021). Obtenido de <https://www.oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/>
- Decisión 2020-005-FB-UA, FB-2RDRCVQ (Overight Board 28 de enero de 2021). Obtenido de <https://www.oversightboard.com/decision/FB-2RDRCVQ/>
- Decisión 2020-006-FB-FBR, FB-XWJQBU9A (Oversight Board 28 de enero de 2021). Obtenido de <https://www.oversightboard.com/decision/FB-XWJQBU9A/>
- Decisión 2020-007-FB-FBR, FB-R9K87402 (Oversight Board 12 de febrero de 2021). Obtenido de <https://www.oversightboard.com/decision/FB-R9K87402/>
- Decisión 2021-001-FB-FBR, FB-691QAMHJ (Oversight Board 5 de mayo de 2021). Obtenido de <https://oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/>

- Decisión 2021-002-FB-UA, FB-S6NRTDAJ (Oversight Board 13 de abril de 2021). Obtenido de <https://oversightboard.com/decision/FB-S6NRTDAJ/>
- Decisión 2021-003-FB-UA, FB-H6OZKDS3 (Oversight Board 29 de abril de 2021). Obtenido de <https://oversightboard.com/decision/FB-H6OZKDS3/>
- Decisión 2021-004-FB-UA, FB-6YHRXHZR (Oversight Board 26 de mayo de 2021). Obtenido de <https://oversightboard.com/decision/FB-6YHRXHZR/>
- Decisión 2021-005-FB-UA, FB-RZL57QHJ (Oversight Board 20 de mayo de 2021). Obtenido de <https://oversightboard.com/decision/FB-RZL57QHJ/>
- Facebook. (06 de junio de 2021). *Normas Comunitarias*. Obtenido de [https://www.facebook.com/communitystandards/hate\\_speech](https://www.facebook.com/communitystandards/hate_speech)
- HARRIS, B. (1 de abril de 2019). Consulta pública sobre el Consejo Asesor de Contenido. *about facebok*. Obtenido de <https://about.fb.com/ltam/news/2019/04/consulta-publica-sobre-el-consejo-de-supervision/>
- Informe del caso 2020-001-FB-UA, FB-KBHZS8BL (Oversight Board 28 de enero de 2021). Obtenido de <https://www.oversightboard.com/decision/FB-KBHZS8BL/>
- KLONICK, K. (2020). The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression. *Yale Law Journal*, 8(129), 2418-2499.
- MARTÍNEZ TOVAR, F., ORTIZ MONTOYA, L., & TORRES, K. (2015). Los medios electrónicos en la administración de justicia en Colombia. *Revista Científica Codex*, 1(1), 177-194. Obtenido de <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/2554>
- MOLINA PORTILLA, D. M. (2016). Sistema interamericano, empresas transnacionales mineras y estados de origen: improcedencia de la excepción de falta de jurisdicción entre estados miembros. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*(29), 57-92. doi: <http://dx.doi.org/10.11144/>
- MUÑOZ AGREDO, M. F. (2014). *La constitucionalización del derecho de los contratos privados en Colombia*. Pasto: Universidad de Nariño.
- Oversight Board/ Facebook. (1 de enero de 2021). *Oversightboard.com*. Obtenido de Overarching Criteria for Case Selection: <https://www.oversightboard.com/sr/overarching-criteria-for-case-selection>

- Oversight Board/Facebook. (01 de septiembre de 2019). *Oversight Board.com*. Obtenido de Acta constitutiva del consejo asesor de contenido; [https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/09/oversight\\_board\\_charter.pdf](https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/09/oversight_board_charter.pdf)
- Oversight Board/Facebook. (01 de enero de 2021). *Oversightboard.com*. Obtenido de Estatutos (Oversight Board Bylaws): <https://oversightboard.com/sr/governance/bylaws>.
- PARRA CUADROS, J. (2020). Retos del Derecho Probatorio frente a las nuevas tecnologías. En I. C. Procesal, *Derecho procesal #nuevastendencias XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 1063-1080). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal–Universidad Libre .
- PÉREZ COLOMÉ, J. (22 de octubre de 2020). El ‘tribunal supremo’ de Facebook empieza a revisar casos. *El País*, p. 1. Obtenido de <https://elpais.com/tecnologia/2020-10-22/el-tribunal-supremo-de-facebook-empieza-a-revisar-casos.html>
- SÁNCHEZ FRÍAS, A. (2020). El “Tribunal Supremo” de Facebook: ¿un nuevo paso hacia la justicia sin estado? *Cuadernos de derecho transnacional*, 12(2), 1386-1405. Obtenido de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5676/4086>
- Sentencia T-050. (10 de febrero de 2016). Corte Constitucional. *M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello*. Bogotá D.C., Colombia: Expediente T-5.145.787. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-050-16.htm>
- Sentencia T-260. (29 de marzo de 2012). Corte Constitucional. *M.P. Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C., Colombia: Expediente T-3.273.762. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-260-12.htm>





# JUICIOS VIRTUALES Y GARANTÍAS PROCESALES

## Virtual trials and procedural guarantees

LORENZO MATEO BUJOSA VADELL

SUMARIO: Introducción.–1. La digitalización del proceso.–2. El reto de combinar la oralidad con las limitaciones de la pandemia.–3. Las garantías procesales en cuestión.–3.1. Oralidad.–3.2. Identificación y autenticidad.–3.3. Seguridad.–3.4. Audiencia y contradicción.–3.5. Concentración.–3.6. Inmediación.–3.7. Publicidad.–4. La humanización del proceso y la dignidad de los justiciables.–Conclusiones.–Referencias.

### RESUMEN

Los procesos judiciales han tenido que continuar con ayuda de herramientas virtuales y ha sido uso tan importante el uso de estas herramientas que se ha tenido que estudiar cómo fortalecer en las normas su implementación en las actividades jurisdiccionales, se debe establecer el alcance de su aplicación, pero también su limitación. Se busca exponer cómo se ha implementado la digitalización del proceso, la utilidad de las herramientas tecnológicas para que la oralidad y otros aspectos importantes en los procesos sigan respetándose a pesar de las muchas limitaciones surgidas por la pandemia. Por último, se manifestará cómo se puede lograr la humanización de un proceso y cómo podría asegurarse la dignidad de los justiciables.

*Palabras Clave:* Digitalización, Oralidad, garantías procesales, juicio virtual, proceso.

## INTRODUCCIÓN

La aplicación de vías virtuales para el enjuiciamiento no es nueva en nuestras leyes procesales, pero es indiscutible que las circunstancias críticas de confinamientos, aforos y otras limitaciones físicas con las que hemos tenido que convivir en los muchos meses que llevamos de pandemia las han convertido en protagonistas y suscitan la reflexión y el debate en torno a sus posibilidades y sus límites.

En efecto, hace ya lustros en que el legislador no se ha mostrado indiferente a los avances de las tecnologías de la información y la comunicación. Se han dado paulatinas reformas normativas en las que la oportunidad de utilizar medios técnicos, electrónicos e informáticos para los distintos aspectos de la función jurisdiccional ha sido considerada de manera genérica o incluso de un modo mucho más preciso y detallado, tratando de adaptar las formas procesales a las ventajas que las novedades digitales presentan para la actividad jurisdiccional.

Esta evolución, desigual sin duda según ordenamientos e incluso entre órganos jurisdiccionales de un mismo país, ha dependido no solo de la voluntad política directa de los gobernantes de reformar textos legales, sino también de la disponibilidad de los medios tecnológicos, es decir, de una manera más indirecta, de la opción por políticas públicas dirigidas a una inversión decidida en favor de los medios informáticos. No es de extrañar que aún hoy las referencias normativas a la aplicación de la virtualidad en los juicios se hagan depender de esa circunstancia realista<sup>1</sup>.

No puede obviarse tampoco la concurrencia de limitaciones personales: los juristas prácticos, acostumbrados a una forma de ejercer su profesión, con todo ello se ven abocados a posiciones más incómodas. Por un lado, por una cierta actitud de embelesamiento ante las novedades que nos coloca en actitudes frecuentemente acríicas, dando por bueno todo lo que viene de las nuevas tecnologías, sin atrevernos a considerar sus eventuales riesgos. Pero

---

<sup>1</sup> Incluso leyes que pretenden acomodar la configuración del proceso a la situación de grave crisis sanitaria no pueden por menos de condicionar su eficacia a esas indudables limitaciones prácticas. Así, la Ley española núm. 3, en su artículo 14.1, referido a la “Celebración de actos procesales mediante presencia telemática” expresa la ineludible condición: “... siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello” (Ley 3, 2020).

por otro, de manera paradójica, tenemos también la indudable resistencia al cambio, o incluso las dificultades de adaptación para los que siempre se han visto inmersos en un contexto analógico, por lo que la aplicación de instrumentos informáticos puede convertirse en un gigantesco desafío que no están dispuestos a asumir. Me refiero, por supuesto, a la fascinación por lo informático y su circunstancia paradójica: la brecha digital. Ambas son circunstancias que hay que tener en cuenta al valorar la implementación de los juicios virtuales en nuestra realidad procesal.

La pandemia nos ha situado en una tesitura dramática también en lo procesal. Estas novedades que desde hace tiempo han sido consideradas por la doctrina especializada y que se fueron abriendo paso en preceptos de sentido más bien programático<sup>2</sup> –pero también en otros con fuerza de obligar más evidente– mostraron prácticamente de un día para otro su lejanía respecto a las necesidades de la realidad. Por mucho que algunos países contaran con minuciosas regulaciones<sup>3</sup>, el test de estrés a que fueron sometidas nuestras instituciones, en particular nuestros órganos jurisdiccionales, por el COVID-19, nos ha plantado nuevas urgencias: la necesidad de superar injustificadas demoras y de abandonar actitudes acomodaticias. El debate está, pues, en tratar de aprovechar las ventajas de los nuevos medios, pero también de prevenir problemas e insuficiencias, que se convierten desde este punto de vista en retos que es imprescindible afrontar, sin perder de vista la necesaria armonización con las garantías procesales.

## 1. LA DIGITALIZACIÓN DEL PROCESO

Son diversos los aspectos del proceso que han demostrado ser susceptibles de una incorporación de las tecnologías digitales de manera transversal. Los

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 16/1994 de 8 de noviembre, introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial una referencia clara en ese sentido: “Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación” (nueva redacción del artículo 230.1 LOPJ)”.

<sup>3</sup> Un ejemplo puede ser la Ley española núm. 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (BOE núm. 160, de 6 de julio de 2011).

efectos beneficiosos de la revolución tecnológica se extienden de manera amplia propiciando, particularmente, una mayor eficiencia en la gestión de recursos y una mayor eficacia en la obtención de efectos cualitativamente mejores. No es nuestro propósito examinar con detalle estos avances, pero sí recordar panorámicamente los diversos cambios que han transformado la actividad jurisdiccional en los últimos años por la aplicación amplia de nuevas tecnologías de información y comunicación.

Con diferente velocidad de aplicación, es llamativa la introducción de tramitaciones electrónicas en nuestros ordenamientos. Los procedimientos electrónicos, más conocidos en ciertos contextos como expedientes judiciales electrónicos, se han incorporado a la realidad procesal, como también lo hicieron en la empresa privada o en el modo de actuar en las diversas Administraciones públicas, como formas de perfeccionar la gestión y de facilitar las relaciones entre los sujetos procesales y de estos con el fondo de los asuntos tramitados. Todo ello conlleva un verdadero cambio de dimensión en las oficinas judiciales, encaminadas con mayor o menor éxito hacia la situación de “papel cero” e incorporando una diversidad de elementos nuevos, que en absoluto son indiferentes para el procesalista (DELGADO MARTÍN, 2020, págs. 20-21)<sup>4</sup>.

Para empezar, hay una transformación del régimen jurídico de quien se relaciona con la administración de la justicia: se configuran una serie de derechos de los ciudadanos en la utilización de medios electrónicos respecto a los órganos jurisdiccionales; unos derechos, pero también unos deberes respecto a los profesionales del ámbito de la justicia; unas exigencias de utilización obligatoria de estos instrumentos<sup>5</sup>. Pero estos cambios significativos

<sup>4</sup> Señala cinco fases en la incorporación de las soluciones tecnológicas al proceso: 1. Ofimática; 2. Gestión del procedimiento; 3. Interoperabilidad; 4. Expediente Judicial Electrónico (EJE) y 5. Inteligencia Artificial (IA).

<sup>5</sup> De nuevo, una muestra bastante completa de esta transformación, por lo menos sobre el papel, es la ya citada Ley española núm. 18/2011, de 5 de julio, que además de configurar unos principios generales, regula el “uso de los medios electrónicos en la Administración de Justicia”, el “régimen jurídico de la Administración judicial electrónica”, “de la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales”, la “cooperación entre las Administraciones con competencias en materia de Administración de Justicia. El esquema de interoperabilidad y seguridad”, ... así como el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET. Todo lo cual debe complementarse con la disposición adicional

nada tuvieron que ver con la pandemia, sino que solo que la situación de confinamientos y limitaciones actuaron como la prueba del nueve sobre la solidez de ese conjunto normativo, con éxito muy dudoso cuando recordamos la generalizada paralización de los plazos procesales no urgentes por la regulación excepcional aprobada por los distintos gobiernos<sup>6</sup>. Parece obvio que, si hubiera estado en funcionamiento un verdadero proceso jurisdiccional electrónico con todas las garantías, no hubiera sido necesario suspender ningún plazo procesal. De este modo, la COVID-19 ha servido como razón última de peso para obligarnos a ponernos al día en la incorporación de las TICS al proceso y situarnos en la posición de aprovechar las ventajas de estos medios electrónicos, así como de estar en guardia frente a los eventuales riesgos<sup>7</sup>, entre los cuales no es el menor la protección de los datos personales obtenidos por estas vías<sup>8</sup>.

Pero son muchos más los aspectos de la realidad procesal que se ven afectados por esta revolución tecnológica. Así, en contraste con un contexto normativo necesitado de urgente reforma, en el proceso penal español la Ley

---

primera de la Ley 42/201, de reforma de la legislación procesal civil, por la que se pone fecha a la aplicación obligatoria de esas disposiciones: “1. A partir del 1 de enero de 2016, todos los profesionales de la justicia y órganos y oficinas judiciales y fiscales, que aún no lo hicieran, estarán obligados al empleo de los sistemas telemáticos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos y documentos y la realización de actos de comunicación procesal, respecto de los procedimientos que se inicien a partir de esta fecha, en los términos de los artículos 6.3 y 8 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Para garantizar la efectividad de esta disposición, las Administraciones con competencia en materia de Administración de Justicia deberán dotar, con anterioridad a dicha fecha, a las oficinas judiciales y fiscales con funciones de registro, de los medios electrónicos adecuados en los términos establecidos en el artículo 30 de la Ley 18/2011”.

<sup>6</sup> En España, *ex* Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (disposición adicional segunda).

<sup>7</sup> Esta es la importante función que ha tenido en Colombia el Decreto Legislativo 806, de 4 de junio de 2020, por el cual se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, no sin algunos sustanciosos debates sobre la incolumidad de los derechos de los justiciables que habrá de ser considerados brevemente en un apartado posterior.

<sup>8</sup> Esta es la justificación de la promulgación en España –ciertamente con retraso, respecto a las exigencias de la Unión Europea–, de la reciente Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

Orgánica 13/2015 procedió al fortalecimiento de las garantías procesales y, en particular, a la regulación de las medidas de investigación tecnológica, con unas interesantes disposiciones comunes en las que el legislador articula criterios de proporcionalidad y con abundantes normas específicas relativas a la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, así como registros remotos sobre equipos informáticos. Como puede observarse fácilmente, se contemplan vías para actualizar y conseguir una mayor eficacia en la investigación de los delitos, por un lado por el aumento considerable de la cibercriminalidad en el sentido de delitos propios del ámbito específico en que se producen, pero por otro también por la utilización de las vías digitales para la comisión de infracciones criminales de estructura más tradicional (CORONADO CONTRERAS, 2021)<sup>9</sup>.

A su vez, la obtención de fuentes de prueba por estas vías, así como por otras que se encauzan a través de otros órdenes jurisdiccionales distintos al penal (pantallazos, mensajes de WhatsApp, Smart contracts, etc.) nos sitúa ante otra problemática actual en torno a la incorporación de medios electrónicos en los distintos ámbitos del proceso. Me refiero a la rica problemática actual sobre los retos del Derecho probatorio. Aquí también la prueba electrónica puede considerarse en varios sentidos: pruebas tradicionales que pueden adaptarse a los nuevos medios (por ejemplo, la declaración testifical a través de videoconferencia) o pruebas que específicamente se refieren a elementos digitales (aquí se inscribe la novedosa previsión entre los medios de prueba de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 384: “los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase”) (BUENO DE MATA, 2014).

Una nueva dimensión adquiere todo ello si se tienen en cuenta las propias características de la red de redes, con sus abundantes elementos transnacionales y, por consiguiente, con sus inevitables consecuencias procesales. Ello hace

<sup>9</sup> Distingue entre ciberdelitos contra la identidad digital, ciberdelitos contra la privacidad, intimidad, información y demás datos personales, ciberdelitos contra el patrimonio, ciberdelitos contra la propiedad intelectual y ciberdelitos contra la seguridad (crímenes de odio, uso terrorista de Internet y ciberterrorismo).

que adquiera una importancia particular la cooperación internacional en esta materia, en cuyo campo está trabajando la Unión Europea desde hace unos años María Angela BIASIOTTI, Jeanne Pia MIFSUD BONNICI, Joe CANNATACI y Fabrizio TURCHI (BIASIOTTI, MIFSUD BONNICI, TURCHI, & CANNATACI, 2018), Victor MORENO CATENA y María Isabel ROMERO PRADAS (MORENO CATENA & ROMERO PRADAS, 2021) y María de las Nieves JIMÉNEZ LÓPEZ y Leticia FONTESTAD PORTALES (JIMÉNEZ LÓPEZ & FONTESTAD PORTALES, 2021, págs. 19-48). Ello plantea dudas acerca del alcance de la jurisdicción respecto a un determinado país y principalmente respecto a la necesidad de colaboración entre jurisdicciones, por la dispersión de elementos probatorios en este tipo de medios.

Es de gran importancia el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, mucho más allá del ámbito donde se elaboró, que fue el Consejo de Europa<sup>10</sup>. Por su parte, en el ámbito de la Unión Europea el *European Cybercrime Center* (EC3) fue creado en 2013 con el fin de reforzar la aplicación de la ley en estos ámbitos y de proteger frente a la amenaza del cibercrimen<sup>11</sup>. Pero es fundamental destacar las discusiones que tienen lugar en el seno de esta organización internacional de espacial integración en torno a la obtención y conservación de pruebas electrónicas obtenidas en otros Estados miembros del Espacio Judicial Europeo. En abril de 2018 fueron presentadas varias iniciativas: una propuesta de creación de órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal y el establecimiento de normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales (FUENTES SORIANO, 2020, pp. 281-320) (BUENO DE MATA, 2021, pp. 19-48)<sup>12</sup>, que siguen en una discusión compleja que no puede obviar la necesidad de su pronta aprobación.

<sup>10</sup> Ratificado por España el 20 de mayo de 2010 y al que se adhirió Colombia el 16 de marzo de 2020, por considerar que es el estándar mundial de la lucha contra la delincuencia.

<sup>11</sup> En este sentido consultar <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3>.

Además, sobre esta materia, revisar GONZÁLEZ PULIDO, I. (2016). *European Cybercrime Centre (EC3): investigación de los delitos de alta tecnología*, *FODERTICS 5.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*. Granada: Comares. 223-233. De plena actualidad es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021-2025 [Bruselas, 14 de abril de 2021 COM (2021) 170 final]. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8085-2021-INIT/es/pdf>.

<sup>12</sup> <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/e-evidence/>.

Yendo un paso aún más allá, se nos plantea el acceso al proceso, con múltiples posibilidades y con no pocos recelos, de la inteligencia artificial, aún más como instrumentos auxiliares que como vías de sustitución de las decisiones jurisdiccionales. De manera expresiva ARMENTA DÉU habla de “Tecnología disruptiva y proceso” (ARMENTA DÉU, 2021, pp. 217-336), respecto a las “tecnologías que no suponen una simple mejora de la informática de gestión, sino que pueden cambiar sustancialmente el entorno o sector en el que se aplican” (ARMENTA DÉU, 2021, pp. 220-222)<sup>13</sup>, lo cual implica sin duda enfrentarnos a una nueva dimensión de problemas que oportunamente se ha dado en llamar la “algoritmización de la justicia” (BARONA VILAR, 2021). No estamos hablando del futuro sino de los retos de la realidad de la actividad procesal, desde la aplicación de estas tecnologías a la investigación policial, a su auxilio para elegir las mejores argumentaciones para elaborar las demandas, a la predicción de los distintos riesgos relevantes para la adopción de variadas decisiones procesales, la previsión del sentido de las resoluciones jurisdiccionales, ejecución penal computacional, entre tantos otros, como la robotización judicial.

Todo lo cual nos confronta con sugerentes novedades, en especial relativas, por un lado a la eficacia en la actividad privada o pública relacionada con la administración de la justicia, con una mucho mayor rapidez y un menor costo global, pero también con retos difícilmente asumibles, como la compleja gestión de los datos masivos que ello implica, el riesgo para los derechos fundamentales implicados o la incierta desconsideración de la dignidad humana, pues en todo ello hay importantes cuestiones éticas que no deben olvidarse (COECKELBERGH, 2020)<sup>14</sup>.

Las numerosas cuestiones que se acaban de apuntar se refieren directamente a la actividad procesal en sentido estricto, al acceso a la actividad jurisdiccional ejercitada por unos determinados órganos que ejercen con las

<sup>13</sup> Se refiere a diversas experiencias basadas en uno o varios de los siguientes elementos: *a)* Automatización simple mediante algoritmos informáticos; *b)* Procesamiento del lenguaje natural; *c)* Inteligencia artificial en sentido amplio; *d)* “Big Data” o tecnologías para la gestión de datos masivos; *e)* otros conceptos como “Internet de las cosas”, “realidad aumentada” y “realidad virtual” y *f)* el tan repetido “algoritmo”.

<sup>14</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”. [Bruselas, 8 de abril de 2019 COM (2019) 168 final]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0168&from=ES>.



debidas garantías una potestad configurada en las respectivas constituciones. Pero la influencia de la digitalización no se limita al proceso jurisdiccional, sino también afecta desde hace tiempo a esos otros mecanismos complementarios que pretenden cumplir fines similares a los del proceso. Así, de la consideración de las vías alternativas o complementarias para resolución de los conflictos (ADR) se ha pasado a los ODR, es decir, a la previsión de medios de resolución directa o indirecta de controversias aplicando tecnologías digitales, e incluso instrumentos de inteligencia artificial, como un grado más en lo que se ha dado en llamar “las derivas de la justicia” (ARMENTA DÉU, 2021, págs. 94-135)<sup>15</sup>.

Con ello nos encontramos de nuevo en una situación paradójica, pues puede haber ciertos ámbitos de conflictividad que pueden ser reconducidos con ventajas por vías autocompositivas, pero por este camino corremos el riesgo de echar a un lado muchas de las garantías fundamentales de naturaleza procesal que fueron de ardua consecución y que objetivamente suponían avances para la posición del justiciable. En cualquier caso, las mediaciones electrónicas o los arbitrajes electrónicos se han asentado en nuestra realidad jurídica, también con sus dudas y sus desafíos<sup>16</sup>.

## 2. EL RETO DE COMBINAR LA ORALIDAD CON LAS LIMITACIONES DE LA PANDEMIA

Una de las transformaciones que han tenido que afrontar los países de nuestro entorno en los últimos decenios, con mayor o menos éxito, ha sido la implementación de la oralidad. En esta tendencia generalizada también aparecieron maximalismos que parecían dar a entender que se había encontrado el antídoto contra todos los males de la justicia y, a la vez, resistencias al cambio, porque con ello se estaba exigiendo un notable cambio de actitud tanto en los profesionales de la justicia como en los justiciables, que no todos estaban igualmente dispuestos a acometer<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Alude a la “desjudicialización de lo procesal”.

<sup>16</sup> (ALZATE SÁEZ DE HEREIDA & VÁZQUEZ DE CASTRO, 2013) (VILALTA NICUESA, 2013) (BUJOSA VADELL, 2016) (HODGES, 2019), entre otros.

<sup>17</sup> Probablemente uno de los esfuerzos más significativos para nuestros jueces fue la necesidad de un minucioso estudio previo del caso, para poder ejercer de manera efectiva las facultades de dirección del proceso que cada ordenamiento le permitiera: frente al proceso escrito en que el juzgador

El caso es que se abrió paso a la oralidad como forma de la mayoría de los procedimientos, sin perjuicio del éxito de otras vías escritas que también supusieron notables innovaciones procesales. El caso de los procedimientos monitorios es un ejemplo significativo frente al maximalismo: no todas las pretensiones precisan de una tramitación oral; en algunas de ellas optar incondicionalmente por la oralidad puede llevar a innecesarios trámites que lleven a un desproporcionado derroche de esfuerzos y de tiempo<sup>18</sup>.

Las actuaciones orales han sido sometidas de manera a las restricciones derivadas de la pandemia. Las limitaciones en cuanto a la libertad de movimientos, al aforo de multitud de locales, a la distancia social e incluso la implantación en la medida de lo posible del teletrabajo también en la administración de la justicia, nos confronta con dificultades particulares respecto a esos actos procesales que según la ley vigente en el inicio de la pandemia debían realizarse de manera oral y con presencia física de los diversos sujetos procesales. Con ello han pasado a primer plano las evidentes cuestiones relativas a aprovechar las ventajas de la digitalización, pero tratando de conjurar los principales riesgos que con ello se nos plantean.

Pero tampoco en este contexto estamos hablando de radicales novedades. Lo nuevo ha sido la preteritoriedad del planteamiento de los problemas. En diversos ordenamientos ya estaban vigentes previsiones de realización de actos procesales orales con aplicación de medios virtuales. Una vez más,

---

prácticamente tomaba contacto con la pretensión y la resistencia en el momento de dictar sentencia, la implementación del proceso por audiencias implicó que tanto jueces y magistrados como los abogados de las partes debían conocer los pormenores de la demanda y de la contestación a efectos de poder dar respuestas adecuadas en el debate de la audiencia saneadora y de la vista probatoria.

<sup>18</sup> Sobre los procesos monitorios sigue siendo importante la consulta, (COLMENARES URIBE, 2015). Las estadísticas muestran en España un innegable éxito, que debe ser citado para colocar la oralidad procesal en su justo punto. Como aparece en la última Memoria del Poder Judicial (Panorámica de la Justicia: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2020—correspondiente-al-ejercicio-2019->), pp. 372-373: “Los monitorios han vuelto a representar más del 50% del total de procesos contenciosos ingresados en los juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción, alcanzándose el 58,1% en Murcia, y el 55,2% en Canarias. También han superado el 50%, Extremadura, 54,8%, Aragón, 54,6%, Castilla la Mancha, 53,7%, Andalucía, 53,2%, C. Valenciana, 52,2%, Madrid, 51,6%, Galicia, 51%, La Rioja, 50,9%, e Illes Balears, 50,6%. El menor porcentaje se ha alcanzado en el País Vasco, 40,6%”.

Por otra parte, parece que este tipo de procedimientos, por sus específicas características pueden ser adecuados para la aplicación de instrumentos automatizados de gestión.

permítasenos referirnos al ejemplo español, a sus adelantos, pero también a sus insuficiencias. Fue la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, la que introdujo algunas normas de gran interés a este respecto. Por un lado, en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), junto a la regulación de las actuaciones orales se introdujo una referencia a la posibilidad de utilizar vías de conexión virtual, de este modo el apartado tercero del artículo 229 LOPJ desde entonces dispone:

Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo (Ley Orgánica 6, 1985).

Pero, por otro lado, se introdujeron reformas más específicas tanto en la investigación penal<sup>19</sup>, como en el juicio oral<sup>20</sup> del mismo orden<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Se estableció que, en la medida que se dispusiera de medios técnicos precisos, el fiscal pudiera intervenir en las actuaciones penales mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido (art. 306. IV LECrim). También el juez, de instrucción alegando razones de utilidad, seguridad u orden público, así como en los supuestos en que la comparecencia del imputado, testigo, perito o en otra condición resulte especialmente gravosa, a partir de la entrada en vigor de esta reforma, puede acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permitiera la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido (art. 325 LECrim).

<sup>20</sup> Por lo que se refiere a la fase plenaria del proceso penal, esta reforma introdujo un artículo 731 bis en la LECrim con el siguiente tenor: “El tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

<sup>21</sup> Como afirmaba hace ya tiempo MONTESINOS GARCÍA, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009: “Son tales los avances producidos que

Estos avances normativos dispersos estuvieron acompañados de diversos planes, nacionales y europeos, dirigidos a fomentar la aplicación de las nuevas tecnologías de manera más generalizada en la administración de justicia<sup>22</sup>, mientras en otros sectores del poder público también se extendía el aprovechamiento de las ventajas de estas nuevas formas de proceder. De este modo, se fijaron las bases para una aplicación posibilista de las videoconferencias en nuestro proceso penal, para actuaciones probatorias concretas, por supuesto, referidas a la práctica de pruebas personales.

Unos pocos años antes, un convenio intergubernamental entre los Estados miembros de la Unión Europea quiso perfeccionar la asistencia judicial entre las autoridades judiciales del Espacio judicial europeo, cuya creación se estaba iniciando justamente en ese tiempo. Me refiero al Convenio celebrado de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (Acto C-197, 2001), y en concreto a su artículo 10, que regula, para la cooperación procesal penal, lo que denomina la “audición por videoconferencia”, con una detallada regulación.

También para el ámbito civil, el Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía<sup>23</sup>, prevé que en la vista oral de estos procesos con características transfronterizas el órgano jurisdiccional pueda optar por la aplicación de los medios tecnológicos disponibles para permitir actuaciones procesales por videoconferencia u otros sistemas similares (art. 8). Asimismo, la versión refundida del Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, prevé la obtención de pruebas

---

ya podemos afirmar que las nuevas tecnologías de la comunicación y la información han eliminado la necesidad de los encuentros personales de las partes del proceso y entre éstas y los jueces, las audiencias y reuniones podrán llevarse a cabo a través de videoconferencia en un foro electrónico donde cada una de ellas actuará como si en presencia del resto de las partes se encontrara”.

<sup>22</sup> Véase las valoraciones realizadas por (BUENO DE MATA, E-justicia: Hacia una nueva forma de entender la justicia, 2010, pp. 1-10).

<sup>23</sup> DOUE L. 199, de 31 de julio de 2007.

la prueba por videoconferencia u otra tecnología de telecomunicaciones<sup>24</sup>. Obviamente, las distancias y las complicaciones inherentes de estos procesos con elementos probatorios que se encuentran en un territorio distinto de aquél en el que se está sustanciando el proceso, hicieron especialmente propicia la aplicación de estos medios tecnológicos, lo cual supuso un paso importante respecto a las desventajas tradicionales de las cartas rogatorias.

En el ordenamiento español, fue la disposición final tercera de la Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia la que contiene un mandato dirigido al Gobierno para la presentación ante el Parlamento de un proyecto de ley dirigido a una regulación integral del uso de los sistemas de videoconferencia en el proceso. Este encargo, sin embargo, fue negligentemente desatendido durante largo tiempo. En concreto, hasta que se manifestaron las necesidades de la reactivación de las actuaciones procesales, en la bajada de la primera ola de la pandemia, es decir, en lo que se denominó “la desescalada”, que, con la ingenuidad generalizada del momento, nos debía llevar a la superación definitiva de las dificultades y a lo que, con un notorio oxímoron, se conoció como “la nueva normalidad”.

Así pues, fue el (Real Decreto-Ley 16, 2020), de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia acogió diversas propuestas, principalmente, del Consejo General del Poder Judicial y promulgó unas medidas procesales urgentes, unas medidas concursales y societarias, unas medidas organizativas y tecnológicas, además de disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales (CABEZUDO BAJO & BONET NAVARRO, 2020, pp. 389-420). La medida tecnológica que se prevé es justamente “la celebración de actos procesales mediante presencia telemática” (BANACLOCHE PALAO, págs. 341-360) –otro oxímoron, por cierto– (art. 19).

<sup>24</sup> DOUE L 405, de 2 de diciembre de 2020: Artículo 20. Obtención directa de pruebas por videoconferencia u otra tecnología de telecomunicaciones: “1. Cuando la práctica de la prueba consista en la toma de declaración o en el interrogatorio de una persona presente en otro Estado miembro, y el órgano jurisdiccional solicite obtener las pruebas directamente de conformidad con el artículo 19, ese órgano jurisdiccional obtendrá la prueba por videoconferencia u otra tecnología de telecomunicaciones, siempre que dicha tecnología esté disponible para el órgano jurisdiccional y, habida cuenta de las circunstancias específicas del caso, el órgano jurisdiccional estima adecuada la utilización de dicha tecnología”.

Además, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre (Ley 3, 2020), dirigida asimismo a una progresiva reactivación del normal funcionamiento de los Juzgados y Tribunales (ARMENTA DÉU, 2021, pp. 239-241), también con una sorprendente limitación temporal (hasta el 20 de junio de 2021 inclusive<sup>25</sup>), procedió a reiterar la posibilidad de que las actuaciones orales se desarrollaran a través de videoconferencias, y además aprovechó para ampliar las excepciones, es decir, los supuestos del proceso penal en que debe asegurarse la presencia física (art. 14.2)<sup>26</sup>.

### 3. LAS GARANTÍAS PROCESALES EN CUESTIÓN

Sea provisional o no la regulación vigente en cada ordenamiento, en todo caso plantea una serie de cuestiones que deben ser afrontadas desde la perspectiva de las garantías procesales. Como decíamos al principio, la introducción de instrumentos que faciliten la realización de las actuaciones procesales, especialmente las que tengan relevancia probatoria, debe acometerse sin disminuir un ápice la incolumidad de los derechos procesales implicados<sup>27</sup>. Es conveniente, por tanto, examinar brevemente los principales aspectos en

<sup>25</sup> No obstante, si a dicha fecha se mantuviera la situación de crisis sanitaria, continuarán siendo de aplicación en todo el territorio nacional hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Es claro, pues, que esta no pretende ser la regulación definitiva sobre la celebración de las videoconferencias en las actuaciones procesales, lo cual es explicable además por lo escueto de la regulación, que deja un excesivo ámbito de discrecionalidad al juez con la consiguiente –e indeseable– inseguridad jurídica.

<sup>26</sup> “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave. También se requerirá la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional o en los juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan ...”.

<sup>27</sup> La Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas, aprobada por el Consejo General del Poder Judicial español, en su apartado cuarto dispone: “El principio de publicidad de las actuaciones judiciales –art. 120 CE, 229 LOPJ y 138 LEC–; la confidencialidad cuando esta exigencia viene impuesta por las normas procesales y de protección de datos; la mayor amplitud de los derechos de defensa; la validez, integridad y calidad epistémica de la prueba de las que dependen la convicción del juez o tribunal; o la garantía que aporta la inmediatez

los que pueden observarse eventuales riesgos para tratar de avanzar en una regulación más completa y minuciosa de la aplicación de estos instrumentos tecnológicos en el proceso jurisdiccional.

### 3.1. ORALIDAD

Por lo que se refiere a la oralidad, es imprescindible partir de las razonables limitaciones a la que me refería antes: la oralidad puede ser una forma adecuada para las actuaciones procesales, pero no debe entenderse como un dogma indiscutible y aplicable de manera absoluta para todos los procesos. Por mucho que la Constitución establezca que “el procedimiento será predominantemente oral”, como hace la española en el artículo 120.2, ello no puede implicar una generalización en todos los actos procesales. Justamente porque en bastante de ellos la oralidad no añade nada a la cognición; no es necesaria, y por tanto, si se aplica sin distinción, se convertiría en superflua (TARUFFO, 2008, pp. 185-204). En definitiva, la oralidad no puede ser considerada una garantía absoluta e imprescindible para asegurar la validez y la eficacia de las actuaciones procesales.

Si en determinados procesos la oralidad puede considerarse innecesaria, por la misma razón lo sería la aplicación de medios tecnológicos. Sin embargo, podría considerarse que no es idéntica la situación respecto a una u otra circunstancia. Tal vez pueda apreciarse mejor lo que se acaba de afirmar, en el ámbito de la cooperación procesal, pues la aplicación de instrumentos tecnológicos, con la debida aplicación de consideraciones de proporcionalidad, puede servirnos para mantener una oralidad “pese a la distancia”, de modo que, de no contar con la posibilidad de aplicar estos medios, la alternativa podría ser epistémicamente de peor calidad, pues no habría otra opción que la escritura.

### 3.2. IDENTIFICACIÓN Y AUTENTICIDAD

En los supuestos en que, conforme a la legislación aplicable, la opción sea la aplicación de medios tecnológicos que permitan la virtualidad, una

---

son logros sobre los que no se puede retroceder como una posible consecuencia paradójica de los avances en tecnología” (Comunicación Poder Judicial, 2020).

primera cuestión fundamental es la necesidad de asegurar que quien dice ser es realidad es el sujeto que se identifica. La cuestión puede ser sencilla cuando quien declara lo hace desde un palacio de justicia y con el acompañamiento de funcionarios encargados de dar fe de las actuaciones procesales, en España los letrados de la Administración de Justicia. En tal caso la identificación se produce por presentación del documento correspondiente ante el funcionario que va a controlar la transmisión de la práctica del medio probatorio y responsable de la fe pública judicial<sup>28</sup>.

La cuestión parece más problemática en los casos en que la legislación procesal aplicable permita la conexión no desde una oficina judicial a otra, sino desde un computador particular a la sala de vistas. En ese caso no se plantea la presencia del declarante junto a un funcionario habilitado para constatar fehacientemente que es quien dice ser. Pero en tales supuestos podría entenderse que procede la identificación a través de medios digitales avanzados<sup>29</sup>.

Algunas dudas suscitan, sin embargo, la conexión desde centros en los que se aplicación determinadas relaciones de sujeción, como los centros penitenciarios, precisamente porque no se trata de lugares inocuos y cuyas circunstancias específicas pueden ser muy distintas a las de una sala de vistas, contando además con que quien tome la declaración tiene una visibilidad limitada del lugar en que se encuentra el declarante.

<sup>28</sup> Conforme al artículo 453 LOPJ, el ejercicio de la fe pública judicial corresponde, con exclusividad y plenitud a los antiguos Secretarios Judiciales, en la actualidad denominados “Letrados de la Administración de Justicia”. Se establece que “en el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias”. Se añade, sin embargo, respecto a las actuaciones que nos interesan que “cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, las vistas se podrán desarrollar sin la intervención del Secretario Judicial, en los términos previsto en la Ley. En todo caso, el Secretario Judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido”. Entiendo que, precisamente, en estos casos en que se producen actuaciones procesales virtuales puede ser importante la comprobación de la identidad por parte del Secretario, no obstante, lo que se dirá seguidamente en el texto (Ley Órganica 6, 1985).

<sup>29</sup> Véase la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, complementaria del Reglamento (UE) –de aplicación directa– núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. La mencionada Ley española deroga a su vez la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.



### 3.3. SEGURIDAD

La aplicación de cualquier instrumento tecnológico nos sitúa ante problemas específicos de seguridad. Y con ello es preciso referirse tanto a incidencias ocasionadas de mala fe a través de los medios electrónicos que puedan incidir en la transmisión, como a intimidaciones o coacciones que pueden darse de modo presencial en el lugar desde donde se transmite la declaración, pero que permanecen imperceptibles por parte de quienes siguen la práctica virtual del medio de prueba desde la sala de vistas del palacio de justicia.

Respecto a las primeras, son necesarias las prevenciones propias de las tecnologías de información y comunicación. Es necesario pues asegurar las razonables cautelas técnicas, por lo menos para imposibilitar incursiones indebidas, alteraciones o deformaciones de la transmisión. Por lo que se refiere a las segundas, me parece más complicado asegurar que no se dan circunstancias anómalas que pueden influir negativamente en el carácter genuino de la declaración<sup>30</sup>. Por supuesto, me refiero a los casos en que la transmisión se produce desde un terminal privado, porque desde un terminal de un órgano jurisdiccional en principio tales problemas no tendrían por qué darse.

### 3.4. AUDIENCIA Y CONTRADICCIÓN

Caben pocas dudas acerca de que la oportunidad de ser oído y de contradecir lo que se ha dicho son garantías centrales en las actuaciones procesales, sin las cuales no pueden tener validez, ni eficacia. Como es sabido, no es imprescindible que la audiencia se realice en todos los casos antes de la adopción de la decisión judicial, siempre que el legislador prevea en ciertos supuestos la posibilidad de defenderse *a posteriori*. Sin embargo, en relación con las declaraciones a través de medios virtuales, las circunstancias son más específicas por tratarse de una comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido con interacción visual. Así pues, las partes procesales deben

<sup>30</sup> Puede ser complicado en estos casos asegurar sin asomo de duda que el declarante no se está siendo objeto de coacciones o intimidaciones que no se darían si la práctica probatoria se diera en la sala de vistas.

poder percibir completamente la declaración que se emite –o la contraparte, si es una de ellas la que declara–, para poder defenderse respecto a ella, o para poder discutir su credibilidad. Lo mismo, por tanto, que en las declaraciones personales realizadas de manera presencial, solo que en los juicios virtuales ello implica una suficiente calidad de la conexión y la necesidad de poder recibir correctamente la imagen y el sonido para poder poner en cuestión lo que se haya manifestado o transmitir las dudas que haya propiciado<sup>31</sup>.

### 3.5. CONCENTRACIÓN

La concentración tiene varias dimensiones, una de las cuales inevitablemente se rompe cuando hablamos de la práctica de pruebas por medio de videoconferencias o medios similares. No afecta al aspecto temporal de este principio procedimental, puesto que la audiencia podrá desarrollarse de manera seguida en unidad de acto, o en varios lo más próximos entre sí. Pero sí que viene alterada notablemente la concentración espacial. Ello, sin embargo, no parece que sea suficientemente significativo, mientras no haya problemas respecto a las otras garantías. Lo importante es que pueda realizarse el diálogo procesal entre las partes y el órgano jurisdiccional y entre estos sujetos procesales y los medios probatorios que deban practicarse. No es significativo a estos efectos que no todos ellos se encuentren en el mismo lugar.

<sup>31</sup> Es muy pertinente en este sentido el tenor del artículo 2.IV del Decreto Legislativo colombiano 806 de 2020, cuando prevé que, “En aplicación de los convenios y tratados internacionales se prestará especial atención a las poblaciones rurales y remotas, así como a los grupos étnicos y personas con discapacidad que enfrentan barreras para el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, para asegurar que se apliquen criterios de accesibilidad y se establezca si se requiere algún ajuste razonable que garantice el derecho a la administración de justicia en igualdad de condiciones con las demás personas” (Decreto Legislativo 806, 2020). Solo que la brecha digital no afecta solo a grupos étnicos diversos o a personas con discapacidades, salvo que se entienda esta última expresión de manera amplia, que incluso a personas en plenitud de facultades mentales, pero no acostumbradas en absoluto al uso de las tecnologías de la información y la comunicación. A reforzar esa interpretación contribuye lo establecido en el párrafo de ese mismo artículo: “Se adoptarán todas las medidas para garantizar el debido proceso, la publicidad y el derecho de contradicción en la aplicación de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Para el efecto, las autoridades judiciales procurarán la efectiva comunicación virtual con los usuarios de la administración de justicia y adoptarán las medidas pertinentes para que puedan conocer las decisiones y ejercer sus derechos (Decreto Legislativo 806, 2020).

### 3.6. INMEDIACIÓN

Aunque se ha afirmado que los juicios virtuales no suponen afección alguna a la inmediación y que debe equipararse la presencia física a la intervención telemática<sup>32</sup>, me parece obvio que no es así. Cuando interponemos una pantalla—y un computador completo, así como toda la instalación necesaria—interponemos un elemento intermedio entre el declarante y quienes aprecian su declaración. Otra cuestión es si esa intermediación está justificada o no, lo cual habrá que considerar según las circunstancias concretas del caso y si obstaculiza de algún modo la plenitud de la contradicción. En mi criterio, la inmediación no debe entenderse como una vía epistémica, como se ha entendido tantas veces, sino de una manera de propiciar en la medida de lo posible la plena aplicación de otras garantías procesales, básicamente el derecho de defensa y la oportunidad de conocer y contradecir, así como la posibilidad de que el juzgador pueda ejercer una función activa en los debates, aunque por supuesto respetuosa de la imprescindible imparcialidad.

### 3.7. PUBLICIDAD

En un principio, el aplicar medios virtuales a las audiencias orales podría afectar a la aplicación del derecho fundamental a un proceso público si la comunidad jurídica que eventualmente puede seguir la práctica de la prueba no puede apreciar convenientemente la imagen y/o el sonido del declarante. Pero hay medios tecnológicos para evitarlo, que además pueden permitir una mayor difusión de lo que ocurra en las salas de vista de los palacios de justicia. Las páginas web de la rama judicial pueden favorecer el acceso a tales actuaciones procesales desde los lugares en que puedan encontrarse los que quieran conocerlo. Pero ello exige una cierta organización de los medios disponibles, que si se hace bien puede ampliar el contenido efectivo de esta garantía<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Así la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 27 de junio de 2019, con ponencia del magistrado Vicente Magro Servet: “En realidad, se produce una equiparación jurídica de la presencia física con la presencia virtual”, con lo que contradice otras resoluciones de la misma Sala, que abogaban por la consideración de criterios de proporcionalidad que relacionen el sacrificio de derechos con la relevancia de las causas que aconsejen la medida interpuesta.

<sup>33</sup> En este sentido, la mencionada *Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas*, en su apartado 41 dispone que “De no ser posible la asistencia de público en la sede del órgano en

#### 4. LA HUMANIZACIÓN DEL PROCESO Y LA DIGNIDAD DE LOS JUSTICIABLES

Es importante tener claro dónde situar el centro de la administración de la justicia, entendida como función jurisdiccional fundamental en un Estado social y democrático de Derecho. Por mucho que nos sorprendan las capacidades de los instrumentos digitales se mantienen inamovibles los fines esenciales del proceso, en el sentido de estar al servicio del ser humano.

Podemos discutir y matizar cuáles son tales objetivos constitucionales para la actividad de investigación y para el enjuiciamiento en los diversos órdenes jurisdiccionales, pero erraríamos tanto el diagnóstico como las recomendaciones para un válido y eficaz funcionamiento si no resaltamos que en la base se encuentran los derechos fundamentales y, en último término la dignidad humana.

No es posible perder de vista, por mucho que nos deslumbren las sorprendentes posibilidades de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, las limitaciones y vulnerabilidades del ser humano, sometido a la administración de la justicia muchas veces a su pesar. No podemos olvidarnos de la ineludible tendencia hacia la humanización del proceso<sup>34</sup>, de modo que es preciso recordar que las formas procesales están al servicio del ser humano y de sus garantías. La configuración del proceso debe permanecer fiel al punto neurálgico de estar al servicio del justiciable. Así que las ventajas que se derivan de la aplicación de tecnologías digitales deben ser respetuosas

---

que se celebre el acto o en otra sede judicial desde el que pueda ser seguido, en la sede electrónica correspondiente se ubicará un “tablón de anuncios virtual” en el que constará la información indicada en el art. 232.2 LOPJ relativa a la fecha y hora de celebración, tipo de actuación y número de procedimiento. En tales casos, el programa que se utilice para la sesión telemática deberá permitir el acceso de terceros mediante clave o invitación, que se facilitará una vez que la persona interesada se acredite, física o virtualmente, ante el juzgado o tribunal. Estas personas serán informadas de la prohibición de obtener copias de la sesión o de realizar grabaciones con dispositivos externos de la pantalla en la que visualicen la sesión telemática, y el programa informático correspondiente incorporará, hasta donde sea técnicamente posible, las medidas para impedir la grabación por los usuarios invitados o que puedan compartir video, audio o cualquier otro tipo de archivo. Cuando la asistencia de pública pueda producirse de manera telemática, se considera aconsejable informar a las partes de los hechos de si efectivamente existe público asistiendo a la sesión”.

<sup>34</sup> Véase *Towards a justice with human face. The first international congress on the Law of Civil Procedure* (1978) (Ed. M. Storme et al.), Antwerpen.

con el núcleo duro de la dignidad humana y de los derechos fundamentales (OLIVEIRA, 2017). Más aún cuando se piensa en todos los avances que se están haciendo respecto a la inteligencia artificial, a partir de la gestión de datos masivos, de condicionamientos posiblemente sesgados, de objetivación de los razonamientos jurisdiccionalmente relevantes, etc.

Es necesario resaltar, en definitiva, que la humanización del proceso sigue siendo un objetivo legítimo y deseable, y ello tiene que condicionar nuestras tomas de posición. De lo contrario el precio a pagar sería demasiado caro.

## CONCLUSIONES

Con o sin pandemia, es indiscutible la imparable aplicación de tecnologías electrónicas y digitales en la administración de la justicia. Son indudables las ventajas que ello implica en términos de eficiencia, rapidez, eficacia, entre otros, pero para la obtención de todos estos beneficios corremos numerosos riesgos. Los conceptos, instituciones y principios que definían nuestra forma de entender el Derecho Procesal están sometidos a inevitables transformaciones.

Por un lado, por la necesidad de adaptarlos a un procedimiento que tiende a ser sustancialmente electrónico, pero por otro por un verdadero cambio de paradigma que altera hasta los fundamentos de nuestra disciplina procesalista, sobre todo si nos fijamos en la irrupción de la inteligencia artificial en la actividad procesal. El reto al que nos enfrentamos consiste, en términos sintéticos, en aprovechar todas las ventajas que de ello se derivan, sin que las garantías procesales se vean mermadas.

En efecto, como ya ha sido apuntado por la doctrina más avanzada, la jurisdicción, la acción y el proceso no pueden ser consideradas del mismo modo si tenemos en cuenta los cambios a los que se están viendo sometidos. Los ingenieros, los técnicos, los matemáticos que configuran los algoritmos, adquieren una posición de ventaja por encima de quienes tienen encomendada la función jurisdiccional; el ejercicio de esta potestad constitucional se ve rodeado de posibles interferencias que pueden producir mutaciones peligrosas; el acceso a la justicia puede verse contaminado por el espejismo de unos mejores resultados, pero al precio de desconocer elementos fundamentales de la dimensión del individuo: en fin, el proceso tiende a ser configurado de un modo que ni el más avanzado de los juristas liberales pudiera haber previsto.

En suma, el panorama difícilmente puede ser más sugestivo para el procesalista juicioso que, preocupado por dar soluciones a estos arduos problemas, no quiere distanciarse de la realidad práctica, y se esfuerza por evitar en la medida de todas sus posibilidades que el resultado de toda esta vorágine sea que nos trague la selva.

## REFERENCIAS

- Acto C 197. (29 de mayo de 2001). Consejo de la Unión Europea. *Actos adoptados en aplicación del título VI del Tratado de la Unión Europea*. Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:197:0001:0023:ES:PDF>
- ALZATE SÁEZ DE HEREIDA, R., & VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2013). *Resolución de disputas en línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*. Madrid, España: Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos.
- ARMENTA DÉU, T. (2021). *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*. Madrid, España: Marcial Pons.
- BANACLOCHE PALAO, J. (s.f.). La pandemia y su influencia en la impartición de justicia ¿Hacia un proceso desarrollado íntegramente on line?”, en *Pandemia y Derecho. Una visión multidisciplinar*. (LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, & M. MARTÍNEZ-GIJÓN, Edits.) Mercia: Labotum Ediciones.
- BARONA VILAR, S. (2021). *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BIASIOTTI, M. A., MIFSUD BONNICI, J. P., TURCHI, F., & CANNATA CI, J. (2018). Handling and Exchanging Electronic Evidence Across Europe. *Law, Governance and Technology Series*(39). Obtenido de <https://doi.org/10.1007/978-3-319-74872-6>
- BUENO DE MATA, F. (2010). E-justicia: Hacia una nueva forma de entender la justicia. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*(1).
- BUENO DE MATA, F. (2014). *Prueba electrónica y proceso*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- BUENO DE MATA, F. (2021). *Análisis de las medidas de cooperación judicial internacional para la obtención transfronteriza de pruebas en materia de cibercrimen, en La transformación digital de la cooperación jurídica penal internacional*. Aranzadi.

- BUJOSA VADELL, L. M. (2016). *Electronic Mediation. A comparative perspective*. Granada: Comares.
- CABEZUDO BAJO, M. J., & BONET NAVARRO, J. (2020). Reforma procesal civil y penal en tiempos de la pandemia originada por la Covid-19. Retos jurídicos ante la crisis del Covid-19 . Madrid, España: La Ley–Wolters Kluwer.
- COECKELBERGH, M. (2020). *AI Ethics*, The MIT Press. London: Cambridge.
- COLMENARES URIBE, C. A. (2015). *El proceso monitorio en el Código General del Proceso*. Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Comunicación Poder Judicial. (27 de mayo de 2020). *La Comisión Permanente aprueba una Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas*. Obtenido de <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-aprueba-una-Guia-para-la-celebracion-de-actuaciones-judiciales-telematicas>
- CORONADO CONTRERAS, J. E. (2021). *Ciberterrorismo, ciberdelincuencia y cooperación internacional*. Madrid, España: Bosh–Wolters Kluwer.
- Decreto Legislativo 806. (04 de junio de 2020). Ministerio de Justicia y del Derecho. *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...* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 51.335 de 4 de junio de 2020. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_0806\\_2020.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0806_2020.html)
- DELGADO MARTÍN, J. (2020). *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia. Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia*. Madrid, España: La Ley Wolters Kluwer.
- FUENTES SORIANO, O. (2020). *Europa ante el reto de la prueba digital. El establecimiento de instrumentos probatorios comunes: las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas. Era digital, sociedad y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HODGES, C. (2019). *Delivering Dispute Resolution. A Holistic Review of Models in England and Wales*. England: Hart/Beck.
- JIMÉNEZ LÓPEZ, M., & FONTESTAD PORTALES, L. (2021). *La transformación digital de la cooperación jurídica penal internacional*. Pamplona, España: Arazandi.



- Ley 3. (18 de septiembre de 2020). Congreso de Diputados. *De medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*. Madrid, España: Referencia: BOE-A-2020-10923. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-10923>
- Ley Órgánica 6. (01 de julio de 1985). Congreso de Diputados. *Del Poder Judicial*. Madrid, España: Referencia: BOE-A-1985-12666. Obtenido de <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>
- MORENO CATENA, V., & ROMERO PRADAS, M. I. (2021). *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- OLIVEIRA, A. (2017). *The Digital Mind. How Science is Redefining Humanity*. London, England: The MIT Press, Cambridge.
- Real Decreto-Ley 16. (28 de abril de 2020). Presidente de Gobierno. Convalidado por Congreso de los Diputados. *De medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*. Madrid, España: Referencia: BOE-A-2020-4705.
- TARUFFO, M. (2008). Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. En F. CARPI, & M. ORTELLS RAMOS. *Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal (Ponencias generales e informes nacionales. General reports and national reports)* (Vol. 1).
- VILALTA NICUESA, A. E. (2013). *Mediación y Arbitraje Electrónicos*. Cizu Menor: Aranzadi.



# LA PRUEBA EN LA ERA DE LA JUSTICIA DIGITAL: HACIA EL RESPETO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES<sup>1\*</sup>

The test in the age of digital justice: Towards respect  
for constitutional guarantees

LILIANA DAMARIS PABÓN GIRALDO<sup>\*\*</sup>

*“Algunas personas quieren que algo ocurra, otras sueñan  
con que pasará y otras hacen que suceda”. Michael Jordan*

SUMARIO: Introducción.–1. Una nueva tendencia a la hora de probar  
y una nueva visión del juez y las partes en el derecho probatorio.–2.

---

\* Capítulo inédito. El presente capítulo de investigación capítulo hace parte del proyecto de Investigación institucional denominado: “Argumentación de la regla de juicio o valoración de la prueba en los sistemas orales”, financiado por la Universidad de Medellín.

\*\* Abogada y *Magíster* en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. *Magíster* en Derecho Procesal y Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Jefe de Maestrías de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Investigadora Senior de Colciencias. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Docente de Posgrados en diversas Universidades en temas relacionados con la teoría de la argumentación jurídica, la prueba científica, las reformas procesales, entre otros. Conferenciante nacional e internacional y autora de textos académicos y de investigación en temas relacionados con el Derecho Procesal, la argumentación jurídica y la prueba. Correo electrónico: [ldpabon@udem.edu.co](mailto:ldpabon@udem.edu.co)  
CvLAC: [https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0001055569](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001055569)  
Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=jFQrnZEAAAAJ&hl=es>ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8561-7357>

Acerca de la prueba digital y sus elementos estructurales. Hacia el respecto de garantías constitucionales. – 2.1. Sobre la prueba electrónica y/o digital.–2.2. Sobre los elementos estructurales de la prueba electrónica y/o digital.–2.3. Sobre algunas garantías constitucionales: el acceso a la justicia, la intermediación y el debido proceso con la prueba digital.–Conclusiones.–Referencias.

## RESUMEN

La actual concepción del rol de juez en el proceso como director del mismo incide en la actividad probatoria que, como piedra angular del proceso, en el escenario de la digitalización de la administración de justicia y particularmente desde los cambios estructurales que se han demandado a partir de las medidas sanitarias adoptadas con ocasión de la pandemia del Covid-19, ha generado enormes retos frente a la producción de los diversos medios de prueba que pretenden llevar al proceso la información sobre los hechos en litigio, por lo que corresponde al juez director del proceso el ejercicio de un rol que en la virtualidad permita garantizar a los sujetos procesales el respeto por sus garantías constitucionales.

*Palabras Clave:* Prueba, justicia digital, tecnologías de la información y las comunicaciones, garantías constitucionales.

## INTRODUCCIÓN

Es indudable el cambio que se ha presentado en el derecho producto de los diversos cambios sociales. Hoy existen diversas culturas y lineamientos a la hora de administrar justicia que inciden en la forma como cada Estado resuelve sus conflictos y establece su sistema procesal, como lineamiento político a través del cual edificará sus reformas procesales. Como consecuencia de ello, se han venido implementando nuevas tendencias procesales, destinadas a una mayor celeridad en el proceso, mayor eficiencia, el uso de la oralidad en las actuaciones jurisdiccionales; y con mayor arraigo producto de la pandemia Covid-2019, la implementación, aunque aún incipiente de una justicia digital, que ya se comenzaba a implementar en algunos países, y en otros ya se encontraba regulada normativamente.

Así como avanza el derecho y el derecho procesal, varía el derecho probatorio y dentro de éste, la forma de probar al interior del proceso. Al respecto, el máximo tribunal de lo constitucional en Colombia ha indicado que:

Es evidente el avance tecnológico en las últimas décadas, situación que ha influido en la vida de los individuos, desde sus relaciones interpersonales hasta su rutina diaria. Esta circunstancia no es ajena al derecho, que debe hacer frente a los distintos retos que presentan las exigencias de la vida en sociedad, por ejemplo, a través de regulaciones que atiendan los fenómenos actuales o desde la propia administración de justicia (Sentencia T-043, 2020).

Muestra de lo anterior, ha impactado como se ha dicho, tanto el derecho procesal como el derecho probatorio. Específicamente en Colombia y en otros países, la prueba ha tenido una nueva silueta, puesto que al implementarse la justicia digital, esto es, el trámite del procedimiento a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, el derecho probatorio ha asumido nuevas problemáticas y retos; debido a que con las nuevas formas de practicar la prueba a través de las plataformas digitales y las nuevas formas de probar, se han presentado diversos interrogantes con relación a la garantía de los derechos de los ciudadanos, y por ende el respeto de los principios procesales como son: el acceso a la justicia, la intermediación, la publicidad, la buena fé procesal, y por ende el debido proceso.

Es así, como por medio de este escrito, se efectúa un acercamiento de la prueba como parte integrante del derecho procesal y sin la cual el juez no puede adoptar una decisión (PABÓN GIRALDO, Imparcialidad y prueba de oficio ¿Entre la búsqueda de la verdad o la suplantación de las partes?, 2019). La prueba es la columna vertebral de toda decisión, de ella depende la misma. Al respecto el artículo 164 del Código General del Proceso –en adelante CGP– indica “Toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso” (Ley 1564, 2012).

Se prueba a través de medios de prueba, que evocando lo previsto en el artículo 165 CGP, son “entendidos como “fuentes de información encargadas de presentarnos los datos idóneos que permitan la verificación de nuestra hipótesis” (PABÓN GIRALDO & VARGAS VÉLEZ, 2016, p. 163).

Así las cosas, la prueba:

... es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa, que, no puede ser visto como un mero instrumento retórico, sino epistémico, porque es el medio a través del cual se adquiere en el proceso la información necesaria para determinar la verdad de los hechos afirmados, pues es ésta la que aporta al juez elementos de conocimiento y permite la confirmación de los hechos (PABÓN GIRALDO, 2019).

Es entonces con la prueba como se reconstruyen y acreditan los hechos afirmados, pues aportan al juez elementos de conocimiento y permite la confirmación de los hechos. La prueba “identifica los trámites o actividades que se tiendan a acreditar o a determinar (en definitiva, a probar) la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión” (GASCÓN ABELLAN, 2005). Por tanto, es con las pruebas que se busca reconstruir los hechos en el proceso, pues sobre estos, es que se edifica la decisión final, para poder llegar al convencimiento del juez y a la verdad sobre los mismos, ya que son ellos el objeto del proceso” (PABÓN GIRALDO, 2019).

Para tal efecto, este escrito se divide en 2 acápite, así: (i) Se parte de la nueva tendencia del derecho procesal y su incidencia en la nueva visión del juez y las partes en el derecho probatorio; (ii) Se aborda la prueba digital, sus elementos estructurales y el respecto que debe tener de las garantías constitucionales.

#### 1. UNA NUEVA TENDENCIA A LA HORA DE PROBAR Y UNA NUEVA VISIÓN DEL JUEZ Y LAS PARTES EN EL DERECHO PROBATORIO

Es a través del derecho procesal como se garantizan los derechos sustanciales de las personas, cuando estos son vulnerados. Es así como el derecho procesal más que un instrumento es precisamente una garantía para los ciudadanos, cuando estos una vez presentado el conflicto acuden ante el mismo Estado a fin de que les sea prestado su servicio público y de esa forma tratar de superar la disputa presentada. Por medio del derecho procesal se mantiene el orden público, la armonía y la paz social. Pero además es un derecho que busca el respeto de las garantías de las partes, y que se relaciona con los valores que se estructuran desde el estado (RAMÍREZ CARVAJAL, 2009, p. 101).

Por tanto, si bien a nivel mundial y en Latinoamérica ha cobrado vida una nueva tendencia del derecho procesal, denominada Publicización del proceso, socialización y humanización de este, consistente en que entre juez y partes desarrollan de forma colaborativa el proceso. Es precisamente bajo esta dinámica en donde el mayor control del proceso lo tienen las partes en conjunto con el juez. Éste tiene una dirección más activa, mayor control del proceso y se constituye en un gerente de este, esto es, como funcionario investido de una potestad estatal, debe asumir una posición más proactiva en el proceso.

Por tanto, es el juez hoy un *case management*, esto es, un gerente del proceso, que debe velar por un proceso social y bienestar para quienes a él acuden, sin ser un mero espectador y sujeto pasivo, sino buscar una mayor eficiencia en el proceso (PABÓN GIRALDO, 2019).

Y precisamente frente a la parte probatoria, éste no puede ser ajeno, porque inexcusablemente quienes participan en todas las actividades probatorias son las partes y el funcionario jurisdiccional, para a partir de allí de forma democrática adoptar una decisión basada en el respeto de los principios procesales.

De otro lado, es claro que la justicia digital en Colombia cobró auge con la pandemia Covid-19, sin que por ello no deba afirmarse que es un tema ya propuesto e incluso reglamentado en varias oportunidades, pero lastimosamente no implementado. Esta es la razón por la cual en la actualidad el tema procedimental se encuentra reglamentado por el Decreto 806 de 2020 (Decreto Legislativo 806, 2020), expedido por la necesidad de garantizar el acceso a la administración de justicia a los ciudadanos. A su vez el Plan Decenal de Justicia 2017-2027 (Plan Decenal de Justicia 2017-2027, 2017) indicó que la finalidad es fortalecer la infraestructura técnica y tecnológica para actuaciones procesales, y una de ellas lo constituye precisamente la parte probatoria, aspecto que ha permitido la modernización de la justicia en Colombia.

## 2. ACERCA DE LA PRUEBA DIGITAL Y SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES. HACIA EL RESPETO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Desde el Artículo 103 del Código General del Proceso –CGP– se establece el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones para todas las actuaciones judiciales, a fin de garantizar el acceso a la administración de

justicia (Ley 1564, 2012), entendido este principio procesal por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental, que “no se entiende agotado con el mero diseño normativo de las condiciones de operatividad, sino que debe ser efectivo, es decir, auténtico y real” (Sentencia C-420, 2020).

Por su parte el Decreto 806 de 2020, establece de igual forma en el artículo 2° lo relacionado con el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión de los procesos judiciales, a fin de agilizar el acceso a la administración de justicia (Decreto Legislativo 806, 2020). Tema abordado en la Sentencia C-420 de 2020 por la Corte Constitucional, en donde el máximo tribunal indica que para tal efecto se debe dotar a la administración de:

... recursos y las herramientas necesarias para que la población acuda a ella en condiciones de igualdad, con independencia de factores como su situación económica, su ubicación geográfica, su nivel educativo o sus condiciones de desarrollo social o tecnológico. Asimismo, “*se trata de una garantía que se extiende a dotar de infraestructura a las juezas y jueces para que puedan acceder al ejercicio de administrar justicia y de esta forma garantizar la eficiente prestación de este servicio público*. Para la Corte es claro que la garantía de efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución es posible únicamente si existe una estructura tendiente a garantizar su satisfacción (Sentencia C-420, 2020).

Es así, como incluso se ha recurrido para probar a una nueva dinámica probatoria, de forma digital tanto para aportar la prueba, como practicar la misma, a través de diversas plataformas virtuales, que han facilitado el avance del proceso. Al respecto, es recurrente que las tecnologías de la información y la comunicación cuenten con herramientas para probar diversos hechos, como por ejemplo la vulneración de un derecho fundamental (intimidad), delitos en red, incumplimientos de contratos en línea (OLIVA LEÓN, VALERO BARCELÓ, & DOLADO PÉREZ, 2016), entre otros. De allí que se plantee un reto al interior de cualquier proceso, en lo relacionado específicamente con la fiabilidad de la prueba, la integridad, autenticidad y preservación; ya que en la medida en que se garanticen estos elementos estructurales de la prueba, se respetarán las garantías procesales ya mencionadas.



## 2.1. SOBRE LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y/O DIGITAL

La justicia digital implica el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la función jurisdiccional, la cual se da mediante dos componentes: Un expediente electrónico, entendido este como el “conjunto documental de todas las actuaciones procesales de las partes, sus apoderados, los auxiliares de la justicia y los administradores de justicia” (QUIROZ MONSALVO, 2020) y el litigio en línea, entendido como aquella “posibilidad de realizar y presentar demandas, contestaciones, audiencias, diligencias y demás actuaciones por medios electrónicos” (QUIROZ MONSALVO, 2020).

Así las cosas, cuando se hace referencia a prueba electrónica y/o digital, se está haciendo uso de la justicia digital y se alude a la presentación de la prueba por medios digitales (OLIVA LEÓN, VALERO BARCELÓ, & DOLADO PÉREZ, 2016). La misma es conocida también como prueba informática, prueba digital, prueba tecnológica o como e-prueba, en ella se hace uso de las tecnologías de información y comunicaciones, es aquella prueba que puede ser presentada a través de la informática, compuesta por dos elementos: uno material que es el hardware, lo físico y lo visible, y otro elemento intangible, el software, que son los metadatos o archivos que están en su interior (Editorial Legis S.A., 2020). Ejemplo de ello son el correo electrónico, mensajes de texto enviados por teléfonos celulares, sistemas de videoconferencia para practicar pruebas testimoniales, entre otros.

Carina GÓMEZ FRÖDE frente al tema afirma que esta prueba “... es un elemento cuya información se encuentra codificada en forma digital sobre un soporte lógico o físico en el cual se usan métodos electrónicos, fotolitográficos, ópticos o similares que se constituyen en la representación de actos, hechos o datos” (GÓMEZ FRÖDE, 2018, pág. 371). Convirtiéndose de esta manera esta clase de prueba o forma de practicarla en uno de los mayores desafíos hoy para el derecho probatorio contemporáneo.

## 2.2. SOBRE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y/O DIGITAL

A la hora de practicar este tipo de prueba en el proceso, es importante tener en cuenta los elementos estructurales de la prueba, así:

- Su credibilidad, cuyo principal atributo es la autenticidad, esto es, que se trate de una prueba real, que es “cuando éste es exactamente lo que parece o se afirma que es” (SCHUM, 2016, p. 151).
- Su pertinencia, es decir, que es adecuada para el hecho a probar.
- Su veracidad, ajustada a la realidad.
- Su objetividad, basada en los hechos.
- Su sensibilidad observacional.
- Su autenticidad.
- Su fiabilidad, esto es, la calidad de la prueba.
- Su precisión.
- Y su Integridad, es decir, su no alteración. Que refiere a la preservación de la prueba a fin de garantizar su contradicción.

### 2.3. SOBRE ALGUNAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: EL ACCESO A LA JUSTICIA, LA INMEDIACIÓN Y EL DEBIDO PROCESO CON LA PRUEBA DIGITAL

Garantizar es “Afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo” (GASCÓN ABELLAN, 2005, p. 21). En la cultura jurídica garantismo es tutelar derechos o bienes individuales.

La teoría del garantismo procesal es una tendencia del derecho procesal que surge con los precursores del garantismo procesal, quienes conceptúan que el proceso judicial se argumenta desde la Constitución, de modo que a nadie se le puede privar del debido proceso, lo que supone entablar un conflicto entre dos partes en igualdad de condiciones y de oportunidades al interior del proceso frente a un tercero imparcial.

El garantismo implica un Estado Constitucional de derecho, unas técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente (PRIETO SANCHIS, 2005, p. 41), implica el respeto por las reglas de la democracia.

En el ámbito constitucional y en el específico del derecho procesal, pudiéramos identificar como principios constitucionales de este

derecho las normas encargadas de sentar las bases o fundamentos de la administración de justicia. Postulados político-jurídicos con un contenido axiológico que implican definición por una categoría ordenadora de la función judicial y del proceso como instrumento para el ejercicio de tal función (RAMÍREZ GÓMEZ, 1999, p. 33).

Las garantías equivalen a los principios procesales, como aquellas bases del proceso. Dentro de ellos se puede mencionar el acceso a la justicia, la inmediación y el debido proceso, entre otros.

Con relación al acceso a la justicia, es este el fundamento de la justicia digital. Se entiende como aquella tutela judicial efectiva a la cual tienen derecho todos los ciudadanos (Constitución Política de la República de Colombia, 1991, pág. art. 229). Al respecto y con relación a la digitalización del proceso y de la prueba, el máximo tribunal de lo constitucional ha expresado que precisamente este tipo de prueba garantiza una justicia ágil y pronta.

Para la Corte Constitucional el acceso a la justicia implica:

Facilitar el derecho a la administración de justicia conlleva la adopción de normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones (Sentencia T-283, 2012).

La garantía de la inmediación por su parte implica en esta nueva era, la realización de las audiencias de manera virtual o telefónica. Como principio procesal, implica un contacto directo entre el juez con las partes y la prueba. Frente al tema, la Corte Constitucional en Sentencia C-420 de 2020 expresó que es aquél que “versa sobre la constatación personal del juez y las partes del material probatorio y las acciones procedimentales en sí mismas consideradas” (Sentencia C-420, 2020) y corresponde a un fin estatal para lograr una justicia pronta y cumplida. No obstante, se detiene en el análisis de la digitalización, indicando que la inmediación no necesariamente es una proximidad física entre juez, partes y pruebas, ya que, en las tecnologías de información y las comunicaciones –TIC–, así no exista contacto físico, si garantiza la inmediación, por cuanto el juez de igual forma conoce de viva voz las razones de las partes, igual el juez puede participar en las audiencias, es decir, existe inmediación sensorial.

Y frente a la prueba, si se piensa siempre que se parte de la mala fe, esto solo se sabe en cada caso particular y será el juez como director del proceso quien debe mirar la forma de prevenir y mitigar esta situación:

... es el Juez, como director del proceso, quien está investido de poderes para precaver o mitigar, en cada caso los riesgos que advierta para la validez y utilidad de la prueba practicada mediante el uso de las TIC, para lo cual deberá ejecutar las medidas conducentes que permitan lograr una correcta identificación e interacción de los sujetos procesales que se contactan por vía virtual o telefónica (Sentencia C-420, 2020).

Finalmente, el debido proceso, como máxima garantía constitucional, se encuentra regulado en el artículo 29 de la Constitución política de Colombia de 1991, que consagra: “... Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...” (Constitución Política de la República de Colombia, 1991), frente al que como lo ha señalado el profesor Fernando VELÁSQUEZ:

Por tal se entiende no solo el conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa referida a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo), sino también el contenido que debe plasmarse en ella, de tal manera que se constituya en garantía del orden, la justicia, sin lesionar de manera indebida la seguridad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado liberal (aspecto sustantivo) (VELÁSQUEZ, 2004, pp. 69-70).

El debido proceso se analiza entonces como sinónimo de garantía, más que como un instrumento. Su génesis se encuentra en los derechos fundamentales constitucionales y se hace necesario en cualquier proceso para llegar al fin de la secuencia, cual es la construcción de una sentencia de mérito que presente resultados racionales y válidos.

El debido proceso es un pilar fundamental del proceso, se convierte en derecho fundamental y se constituye en beneficio de las personas consideradas como partes dentro de la relación procesal (Sentencia T-419, 1992). El debido proceso debe estar presente en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y su fin es adecuar los trámites, de tal forma que obedezcan a principios y a garantías

universalmente reconocidas, de tal forma que el juicio sea eficiente, idóneo y el fallo se produzca en derecho (RAMÍREZ GÓMEZ, 1999, p. 145).

En efecto, se puede afirmar que el proceso es un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos, es el medio jurídico para que las partes debatan en condición de igualdad y contradicción sus conflictos, de tal forma que se abandone el proceso que tenga como eje principal el autoritarismo y se erija como una garantía de los sujetos procesales en él intervinientes. El proceso debe convertirse en un método de debate dialógico, en donde se erradique la fuerza, se asegure la paz y la convivencia (ALVARADO VELLOSO, 2005, pág. 14). Debe propenderse por un proceso que sirva de tutela de los derechos y garantías constitucionales y controle además el poder.

Conforme a lo expuesto, es claro que es el juez quien debe en la nueva tendencia controlar la prueba digital como muestra de lo afirmado, tema al cual se ha referido la Corte Constitucional colombiana, cuando expresa:

El Estado a través de la administración de justicia busca o tiene como finalidad primordial no solo el esclarecimiento de la verdad, sino también lograr la efectividad de los derechos de las personas, para lo cual ha dotado al juez de mecanismos y herramientas procesales para que la verdad procesal coincida con la verdad real... (Sentencia C-807, 2002).

En ese sentido, es importante realizar algunas precisiones de cara a la nueva silueta que viene teniendo la prueba en la era de la justicia digital, así:

1. Se le aplican las mismas reglas de los medios probatorios ya existentes.
2. Su proposición y aportación tiene una dinámica diferente, en la cual los sujetos procesales deben aportarle.
3. Su preservación y conservación, es un punto fundamental a fin de materializar el derecho de contradicción al interior del proceso.
4. La prueba electrónica se analiza bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediatez (OLIVA LEÓN, VALERO BARCELÓ, & DOLADO PÉREZ, 2016).
5. La valoración de la prueba en la era digital se hace con base al sistema de libre apreciación de la prueba, esto es, con base a las reglas de la

sana crítica. Indica al respecto la Ley 527 de 1999 (Ley 527, 1999) que, frente a los mensajes de datos, estos tendrán la fuerza probatoria prevista en las normas procesales (artículo 10) y para ello se seguirán las reglas de la sana crítica (artículo 11).

6. En caso de no contar con las herramientas para ello, si bien la prueba electrónica hace que el proceso sea ágil y eficaz, se puede realizar de forma presencial.

Finalmente, la Corte Suprema De Justicia indica que incorporar las tecnologías de información y comunicación a la actividad judicial “facilita el ejercicio de las funciones de quienes administran justicia y asegura que los usuarios satisfagan con iguales oportunidades, sus derechos fundamentales al debido proceso ... la tutela judicial efectiva ... y ser oídos en los procesos de los que hacen parte...” (Sentencia SC2420-2019, 2019). De allí que no se puede perder de vista que, si bien existe una nueva silueta de la prueba, esta siempre debe estar de cara a las garantías constitucionales, y en pro de su respeto debe actuar el juez y los demás sujetos procesales.

## CONCLUSIONES

Conforme a lo desarrollado, puede concluirse lo siguiente:

Hoy se ha implementado una nueva tendencia en la dirección del proceso, se busca un juez activo y director del proceso, que incida de igual forma en la actividad probatoria, pero con una finalidad específica, jamás para suplir la inactividad de las partes.

Es claro que en la actualidad se está rumbo hacia la digitalización de la administración de la justicia, debido a la multiplicidad de reformas procesales, a la implementación de una nueva tendencia procesal y a la crisis vivida con el Covid-19, tema por tanto que se hace necesario y urgente.

Una de las instituciones principales del derecho procesal y que ayuda a la hora de resolver un conflicto entre dos o más personas es la prueba, entendida como la columna vertebral de la decisión y la que permite corroborar la veracidad o falsedad de las afirmaciones de los hechos existentes en el proceso.

En la actualidad esta nueva forma de probar tiene gran impacto en el proceso. Es deber del juez ejercer control en el proceso dada la nueva dinámica de este, velar por identificar las ventajas y riesgos de estas nuevas tecnologías aplicada a la prueba y con base a ello proceder, ya que jamás puede perder de vista que su fin último es resolver el conflicto que se le ha puesto a conocimiento, y siempre salvaguardando las garantías procesales de los sujetos procesales en el intervienen.





## REFERENCIAS

- ALVARADO VELLOSO, A. (2005). *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.
- Constitución Política de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Decreto Legislativo 806. (4 de junio de 2020). Ministerio de Justicia y del Derecho. *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..* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 51.335 de 4 de junio de 2020. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_0806\\_2020.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0806_2020.html)
- Editorial Legis S.A. (25 de febrero de 2020). *Precisiones de la Corte sobre el valor probatorio de los “pantallazos” de WhatsApp*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/tecnologia/constitucional-y-derechos-humanos/precisiones-de-la-corte-sobre-el-valor>
- GASCÓN ABELLAN, M. F. (2005). ¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria. *Revista Jueces para la democracia*(52), 74-86. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1125322>
- GÓMEZ FRÖDE, C. (2018). La prueba electrónica. Problemas del presente y retos del futuro el uso de recursos tecnológicos y electrónicos durante la tramitación de procesos jurisdiccionales. *La prueba en el proceso: II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, 367-390. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6766079>

- Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República de Colombia. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#1)
- Ley 527. (18 de agosto de 1999). Congreso de la República. *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*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 43.673, de 21 de agosto de 1999. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0527\\_1999.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html)
- OLIVA LEÓN, R.; VALERO BARCELÓ, S., & DOLADO PÉREZ, Á. (2016). *La prueba electrónica validéz y eficacia procesal*. Madrid: Editorial Juristas con Futuro.
- PABÓN GIRALDO, L. D. (2019). Imparcialidad y prueba de oficio ¿Entre la búsqueda de la verdad o la suplantación de las partes? En R. CAVANI. *Garantías procesales y poderes del juez* (págs. 222–245). Puna: Zela Grupo Editorial.
- PABÓN GIRALDO, L. D., & VARGAS VÉLEZ, O. (2016). La prueba pericial en el Proceso civil en Colombia. Regulación, dudas, incertidumbres y desafíos. En A. F. ARANGO GIRALDO, *El derecho probatorio y la decisión judicial*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Plan Decenal de Justicia 2017-2027. (7 de junio de 2017). Ministerio de Justicia y del Derecho, Departamento Nacional de Planeación, Consejo Superior de la Judicatura & otros. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Plan+Decenal+de+Justicia+-+Documento.pdf/80e6164a-e659-44dd-89ab-c90730405973>
- PRIETO SANCHIS, L. (2005). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta.
- QUIROZ MONSALVO, A. W. (2020). Justicia digital: bases para planear por escenarios a partir del CGP. *Corte Suprema de Justicia*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/04/Justicia-digital-I-P-AQM-27-abr\\_compressed.pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/04/Justicia-digital-I-P-AQM-27-abr_compressed.pdf)

- RAMÍREZ CARVAJAL, D. M. (2009). La oralidad y su relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el proceso. En D. M. RAMÍREZ CARVAJAL, & M. TARUFFO. *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*. Lima: Ara Editores.
- RAMÍREZ GÓMEZ, J. F. (1999). *Principios constitucionales del derecho procesal: Investigación entorno a la Constitución Política de 1991* (Vol. Primera Edición). Bogotá D.C.: Señal Editora.
- SCHUM, D. A. (2016). *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*. (O. VARGAS VÉLEZ, Trad.) Medellín: Xpress Estudio Gráfico y Digital.
- Sentencia C-420. (24 de septiembre de 2020). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Richard Ramírez Grisales*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente RE-333. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-420-20.htm>
- Sentencia C-807. (3 de octubre de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Jaime Araujo Rentería*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-3979. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-807-02.htm>
- Sentencia SC2420-2019. (4 de julio de 2019). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado No. 11001-02-03-000-2017-01497-00. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/04/SC-2420-2019.pdf>
- Sentencia T-043. (10 de febrero de 2020). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. *M.P. José Fernando Reyes Cuartas*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-7.461.559. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-043-20.htm>
- Sentencia T-283. (abril de 2012). Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. *M.P. Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-3.269.504. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-283-12.htm>
- Sentencia T-419. (17 de junio de 1992). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *M.P. Simón Rodríguez Rodríguez*. Bogotá D.C., Colombia:

Referencia: Tutela No. 355. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-419-92.htm>

VELÁSQUEZ, F. (2004). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Vol. Segunda Edición). Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.

# JUSTICIA DIGITAL, EQUILIBRIO DE PODERES Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS\*

Digital justice, balance of powers and alternative dispute resolution mechanisms

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA\*\*

SUMARIO: Introducción.–1. Desequilibrio de poderes y justicia. – 2. Actuaciones procesales y presencia telemática de los intervinientes.–3. Deliberaciones virtuales.–4. Justicia digital alternativa: la mediación electrónica.–5. Mediación y otras fórmulas de resolución de controversias: consideraciones generales.–6. Regulación normativa básica de la mediación y su carácter digital.–Conclusiones.–Referencias.

## RESUMEN

La crisis sanitaria y social generada en los diferentes países con ocasión de la pandemia de Covid-19, ha revelado un no muy alentador panorama en el Poder Judicial, ameritando ello un análisis en torno al equilibrio de poderes

---

\* Capítulo inédito de investigación.

\*\* Abogado, Doctor en derecho por la *Università degli Studi di Bologna* (Italia) y por la Universidad de Valencia. Profesor e investigador de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Valencia, y en otras Universidades de Latinoamérica. Miembro del Consejo Editorial de Revistas Jurídicas publicadas en España, México, Colombia y Brasil, entre otros. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Presidente de la Asociación Española de Derecho Procesal Constitucional y Justicia Constitucional. Autor de numerosos libros y artículos científicos en revistas especializadas. Correo electrónico: [luis.a.cucarella@uv.es](mailto:luis.a.cucarella@uv.es)

en que se divide el Estado desde el que puede verse la intromisión de órganos administrativos en la administración de justicia que, en principio, ha sido encomendada exclusivamente al poder judicial. Así mismo, esta crisis hace merecer una reflexión en torno a la implementación de la justicia digital, así como a la implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el trámite de los mecanismos de solución alternativa de conflictos.

*Palabras Clave:* Mecanismos alternativos de solución de controversias, justicia digital, poder judicial.

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende prestar atención a la situación generada en el funcionamiento de la Justicia a causa de la Covid-19. No queremos olvidar la grave crisis sanitaria, social y económica que ha generado. Pero en estas páginas, queremos prestar atención a la triste realidad que ha aflorado en el Poder Judicial de los diferentes países y sobre la que consideramos preciso hacer una breve reflexión.

### 1. DESEQUILIBRIO DE PODERES Y JUSTICIA

La configuración de los Estados como democráticos de Derecho ha implicado que en todos ellos se hable de división de poderes, encomendando a jueces y magistrados una función constitucional que les es propia: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sin embargo, que el poder se haya dividido, no significa que siempre se haya realizado garantizando un equilibrio entre los diferentes poderes del Estado, en el tema que nos ocupa, entre el poder judicial y el ejecutivo. Ese desequilibrio, desde nuestro punto de vista, puede apreciarse teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

Por un lado, en primer lugar, existen órganos administrativos que desempeñan funciones judiciales asumiendo, desde nuestro punto de vista, funciones que no les deberían corresponder, provocando un claro desequilibrio entre poderes.

En el caso español, por ejemplo, el artículo 117.3 de la Constitución vigente atribuye a jueces y magistrados “en exclusiva” el ejercicio de la

potestad jurisdiccional. Sin embargo, a pesar de esa reserva constitucional, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Ley 2, 2011), permite que un órgano de naturaleza administrativa, la Comisión de Propiedad Intelectual, pueda “juzgar” en casos de violaciones del derecho de propiedad intelectual.

En el caso de Colombia, por ejemplo, el artículo 116 de su Constitución Política (Constitución Política de la República de Colombia, 1991) habilita para que se puedan atribuir legislativamente funciones jurisdiccionales a órganos de naturaleza administrativa. De esta manera, por ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio asume la competencia de conocer las violaciones de los derechos de los consumidores<sup>2</sup>.

Si prestamos atención a la realidad normativa de la República del Perú se permite, por ejemplo, que las violaciones de los derechos de exclusiva generados por el registro de una invención puedan tutelarse en caso de violación, por órganos administrativos.

Desde nuestro punto de vista, todos estos ejemplos que hemos referido y otros más que podrían indicarse, evidencian una clara voluntad del Poder Ejecutivo de asumir funciones que no le deberían ser propias.

Somos conscientes de que los que sostienen que estas previsiones normativas son acertadas, argumentan que esa “justicia administrativa” ofrece más garantías de celeridad y tutela efectiva de los derechos que la “justicia jurisdiccional”. Es evidente que esa afirmación no la podemos desconocer, pero quizás deberíamos preguntarnos el motivo por el que la Administración está en mejores condiciones que la Justicia, para poder dar respuesta a las necesidades de protección de los derechos de los ciudadanos.

Desde nuestro punto de vista, esa inquietud que nos hemos planteado puede resolverse teniendo en cuenta que el Poder Ejecutivo ha sido capaz de dotarse de medios adecuados para poder actuar, de hecho, es posible obtener citas previas electrónicas, hacer gestiones telemáticas desde un punto de vista administrativo, etcétera.

<sup>2</sup> En el Estatuto del Consumidor colombiano en su artículo 59, entre otros, se disponen las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- en relación con la protección a los consumidores (Ley 1480, 2011).

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, no se ha hecho un esfuerzo inversor y presupuestario por parte de los poderes públicos, para dotar de medios e instrumentos digitales efectivos a la Justicia. Los poderes públicos han invertido y han hecho esfuerzo para agilizar el funcionamiento de la Administración de Justicia, lo que le permite actuar de manera más eficaz en los ejemplos que hemos puesto. Sin embargo, la justicia, por esa falta de apuesta de inversión y dotación presupuestaria, sigue funcionando en la mayoría de los casos, en soporte papel, con presencia física necesaria para las gestiones de carácter procedimental.

Teniendo presentes estas consideraciones, nos encontramos que al llegar a la situación de emergencia sanitaria generada por la propagación de la Covid-19, en un gran número de países se ha adoptado la medida de confinamiento de las personas. En cada país se ha recurrido al instrumento legal que ha permitido ordenar dicho confinamiento. En el caso español, el 14 de marzo de 2020, en virtud del Real Decreto 463/2020 (Real Decreto 463, 2020), se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Entre las medidas adoptadas, se previó la suspensión, como regla, de los plazos y de las actuaciones procesales (salvo en actuaciones con detenido, por ejemplo). Pues bien, al no estar la Justicia en condiciones materiales de poder dar respuesta a la situación generada, de facto, el confinamiento de las personas ha supuesto también en la mayoría de los países, el confinamiento de la Justicia<sup>3</sup>.

Todos estos supuestos de anormalidad constitucional por los que han atravesado los diferentes países, como no podía ser de otra manera, han permitido que, para combatir la pandemia, las Administraciones hayan tenido potestades más efectivas y potentes de actuación. Sin embargo, el Poder Judicial no ha estado en condiciones de poder cumplir, entre otras, con la función de control de la actuación administrativa y garantía de sometimiento al ordenamiento jurídico. De igual manera, se ha comprometido la función constitucional de tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Consideramos que de esta crisis sanitaria, social y económica que ha generado la Covid-19, tenemos que salir con varias lecciones aprendidas. En

<sup>3</sup> En el caso español, la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020 dispuso la suspensión de plazos procesales como regla general (Real Decreto 463, 2020).



lo referente a la Justicia y la actuación jurisdiccional, es preciso que se dote de más medios materiales y humanos que permitan que el Poder Judicial sea efectivamente el garante de los derechos de los ciudadanos y que pueda controlar de manera efectiva, el sometimiento de la Administración pública a Derecho. A su vez, no podemos seguir anclados en una forma de actuación procedimental propia del siglo XIX. No obstante, la apuesta por la digitalización en la Justicia no puede hacerse a toda costa. En todo momento es preciso que se respeten las garantías del proceso, y las exigencias derivadas de principios tan esenciales como los de intermediación y contradicción.

## 2. ACTUACIONES PROCESALES Y PRESENCIA TELEMÁTICA DE LOS INTERVINIENTES

En el presente apartado queremos compartir con el lector, algunas de las medidas de carácter procesal y organizativo que se han aprobado en España para hacer frente a la Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Dichas medidas se prevén en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 250, de 19 de septiembre de 2020 (Ley 3, 2020).

El legislador, en el preámbulo de la Ley reconoce que “la Administración de Justicia sufrió una ralentización significativa como consecuencia de la crisis del COVID-19”, y para hacer frente a esta situación, se adoptan diferentes medidas, algunas de las cuales, vamos a exponer a continuación.

Creemos que es importante señalar que en dicha Ley se ha optado por establecer, como regla, que la celebración de los actos procesales se lleve a cabo preferentemente mediante la presencia telemática de los intervinientes. El legislador justifica esta opción normativa en la necesidad de garantizar la protección de la salud de las personas y minimizar el riesgo de contagio. Si acudimos a la regulación normativa propiamente dicha, el artículo 14.1 dispone que “hasta el 20 de junio de 2021 inclusive, constituido el juzgado o tribunal en su sede, los actos del juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios” (Ley 3, 2020).

Es evidente que el riesgo de infección va a existir mientras no se tenga controlada la pandemia. Sin embargo, creemos que esta norma debe interpretarse en el sentido que se logre un equilibrio entre la protección del derecho a la salud de los jueces y demás personal auxiliar y colaborador, así como de las partes y del público en general, pero sin afectación de principios por los que se ha tenido que trabajar mucho como el de intermediación judicial o el derecho de defensa.

Al respecto, no podemos pasar por alto la previsión que se contiene en el artículo 14.5 en el que se señala que se deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos se garanticen los derechos de todas las partes en el proceso. En especial, debe garantizarse en derecho de defensa de los acusados e investigados, y en particular, el derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción y a la información y acceso a los expedientes judiciales.

Teniendo en cuenta estas consideraciones generales sobre el respeto a los derechos de las partes y las necesarias garantías procesales, no vemos problema en que unas alegaciones del proceso civil, por ejemplo, de carácter aclaratorio, complementario, o conclusivo, puedan hacerse de manera telemática. Por otro lado, tampoco vemos obstáculos de respeto a las garantías del proceso si nos referimos a una proposición oral telemática de medios probatorios.

Sin embargo, las dudas nos surgen en relación con las vistas telemáticas para la práctica de pruebas. Consideramos que, en estos casos, la tendencia debe ser la de garantizar la intermediación judicial, para que no haya elementos interpuestos en el juez y las fuentes de prueba y, por lo tanto, que dichas vistas sean físicas. Obviamente, en este caso, será necesario que las medidas de salud higiene en las instalaciones judiciales estén garantizadas. Por este motivo de protección del derecho a la salud de los intervinientes en dichas vistas, estaría justificada una decisión judicial (siempre motivada) de exclusión de la publicidad hacia terceros, si es que la presencia física de público no pudiera hacerse con garantías.

La regla que se desprende del artículo 14.1 al que nos hemos referido, presenta excepciones relevantes en el caso de los procedimientos penales (Ley 3, 2020). De hecho, ya hemos recogido algunas previsiones legislativas al respecto. No obstante, es preciso tener en cuenta otras. En este sentido, en los procesos por delito grave es necesaria la presencia física del acusado (Ley 3, 2020, págs. Art. 14,2 parágrafo 1). De igual manera, se establece

necesaria la presencia del investigado o acusado cuando cualquiera de las acusaciones interese la medida cautelar de prisión preventiva, o cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan (Ley 3, 2020, pp. art. 14.2, parágrafo 2). Para una adecuada protección del derecho de defensa, cuando se disponga la presencia física del investigado o acusado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada.

### 3. DELIBERACIONES VIRTUALES

El artículo 14.3 de la Ley que analizamos dispone que “las deliberaciones de los tribunales tendrán lugar en régimen de presencia telemática cuando se cuente con los medios técnicos necesarios para ello” (Ley 3, 2020). Compartimos y vemos acertado que el ordenamiento jurídico habilite que los jueces y magistrados puedan llevar a cabo sus deliberaciones de manera telemática. Obviamente, es necesario que esos medios estén debidamente protegidos en su funcionamiento. No obstante, creemos que es preciso que tengamos en cuenta algunas cuestiones.

Por un lado, por ejemplo, si para llevar a cabo la deliberación es preciso que los jueces tengan un contacto directo con determinadas fuentes de prueba introducidas en el proceso, creemos que estaría justificada una deliberación física de manera que el tribunal pueda llevar a cabo una correcta valoración, y motivación de la decisión que adopte.

Por otro lado, en segundo lugar, somos conscientes de que, en ocasiones, en los órganos jurisdiccionales colegiados, la deliberación física hace más enriquecedor el debate y la búsqueda de los consensos o las mayorías.

Por los motivos expuestos, consideramos que la previsión normativa referente a la deliberación telemática debe ser entendida siempre como una opción, de manera que no quede afectado el buen hacer jurisdiccional.

### 4. JUSTICIA DIGITAL ALTERNATIVA: LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

Otro ámbito de actuación normativa que se vislumbra en el horizonte es el de la potenciación de los medios alternativos de resolución de controversias,

como vía para descongestionar los órganos jurisdiccionales. A la tradicional carga de trabajo, hay que sumar la acumulación de litigios generada con ocasión de la crisis motivada por la Covid-19.

Nosotros entendemos que es oportuno y razonable potenciar estos mecanismos alternativos de resolución de controversias. Ahora bien, sin que cierren el acceso al proceso, pues ello podría comprometer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Teniendo esto claro, no vemos obstáculo alguno para potenciar mediaciones electrónicas.

Con el objeto de sistematizar esta segunda parte de la ponencia, en primer lugar, haremos algunas aclaraciones conceptuales en torno a los mecanismos alternativos de resolución de controversias. Posteriormente, señalaremos el contexto normativa o básica de la mediación en la Unión Europea y, en tercer lugar, expondremos cómo se contempla en la actualidad en el ordenamiento jurídico español, la posibilidad de realización de mediaciones electrónicas.

## 5. MEDIACIÓN Y OTRAS FÓRMULAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: CONSIDERACIONES GENERALES

En abstracto, las fórmulas de resolución de las controversias son esencialmente tres: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición<sup>4</sup>.

### 5.1. AUTOTUTELA

Entendemos como fórmula autotutela aquella en la que una de las partes en conflicto impone a la otra la solución a la controversia. En las sociedades modernas, los ordenamientos jurídicos no permiten que las partes puedan tomarse la justicia por su mano<sup>5</sup>. De este modo, a salvo la existencia de alguna manifestación residual en el Derecho privado español, debemos subrayar que si bien ésta es una fórmula que puede darse en teoría, en la práctica no es

<sup>4</sup> Al respecto puede consultarse: (ORTELLS RAMOS, CUCARELLA GALIANA, BELLIDO PENADÉS, & SÁNCHEZ, 2020, pp. 63-64).

<sup>5</sup> Al respecto puede consultarse: (ALVARADO VELLOSO, 1989, p. 3).

posible<sup>6</sup>. No obstante, es importante volver a destacar que la autotutela es el modo normal de actuación administrativa<sup>7</sup>.

## 5.2. AUTOCOMPOSICIÓN

Ésta se caracteriza porque las partes, en pie de igualdad, resuelven la controversia que tienen entre sí. Es decir, ninguna impone a la otra la solución de la controversia, sino que las partes son capaces de llegar a un acuerdo para resolverla<sup>8</sup>. Las partes son las protagonistas del conflicto y también las protagonistas de su solución.

Las fórmulas autocompositivas se pueden dividir, a su vez, en otras dos formas distintas. Por un lado, aquélla en la que las partes por sí solas, sin la ayuda de nadie, resuelven la controversia que tienen entre sí. En este sentido, por ejemplo, las partes en un conflicto de intereses pueden intentar resolver sus diferencias celebrando un contrato de transacción<sup>9</sup>.

Pero además de la autocomposición sin intervención de terceros, debemos referirnos a aquella en la que las partes recurren a un tercero para que les

<sup>6</sup> Una manifestación residual de la autotutela puede verse en los arts. 592 y 612 del Código Civil (Código Civil, 1889).

<sup>7</sup> Al respecto puede consultarse: (ORTELLS RAMOS, CUCARELLA GALIANA, BELLIDO PENADÉS, & SÁNCHEZ, 2020, pp. 130-131).

<sup>8</sup> Sobre las mismas, puede consultarse: (GIMENO SENDRA, 1981, págs. 21-25); (ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, 1987, pp. 55-57); (GHIRGA, 2009, p. 367).

En este contexto debe ubicarse lo dispuesto en el art. 87, apartado 5º de la Ley Orgánica 1/1985 del Poder Judicial (Ley Orgánica 1, 1985), en el que se prohíbe la mediación en los casos de violencia de género. La concepción legal de la que se parte es la de que entre la víctima de la violencia y el agresor no se dan las condiciones de igualdad necesarias para que pueda desarrollarse esta fórmula autocompositiva. En este sentido puede consultarse el escrito titulado “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología” desde el que se señala que “en España está prohibida la mediación en los casos de violencia de género, precisamente porque se considera que existe un gran desequilibrio entre las partes: el *maltratador* ostenta una posición superior a su víctima”. (GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, 2010, pág. 13).

En general sobre violencia de género y mediación puede consultarse: (CASTILLEJO MANZANARES, 2010); (CUCARELLA GALIANA, 2013); (CUCARELLA GALIANA, Proceso civil, desviación judicial a mediación familiar y violencia de género, 2004).

<sup>9</sup> De acuerdo con lo previsto en el artículo 1809 CC “la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado” (Código Civil, 1889).

ayude a llegar a un acuerdo. En este caso, podemos hablar de conciliación y de mediación.

Las diferencias entre una y otra modalidad están en la posición jurídica que ocupa el tercero. En concreto, en el caso de la conciliación, el tercero se limita a intentar aproximar las posiciones enfrentadas de las partes, mientras que, en la mediación, el tercero puede llegar a realizar propuestas de resolución de controversias que las partes son libres de aceptar o rechazar<sup>10</sup>. Nótese, por lo tanto, que lo relevante para hablar de mediación o de conciliación, no es la calidad del tercero que interviene ayudando a las partes, sino la posición que éste ocupa. En la mediación, a diferencia de la conciliación, el tercero puede realizar propuestas de resolución del conflicto a las partes, que pueden ser rechazadas (ALVARADO VELLOSO, 1989, p. 5).

El dato de que las partes puedan rechazar libremente las eventuales propuestas realizadas por el mediador, diferencia claramente la función de esta persona, del papel del tercero que interviene en las instituciones heterocompositivas como vamos a ver a continuación (ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, 1987, pp. 55-57).

### 5.3. HETEROCOMPOSICIÓN

Estas fórmulas son el proceso y el arbitraje. Ambos tienen en común que en ellas interviene un tercero que se coloca jurídicamente *supra partes*, estando estas obligadas a cumplir la decisión que aquél adopte<sup>11</sup>. La diferencia entre estas fórmulas se encuentra en el hecho de que, en el caso del proceso, el tercero es un juez, titular de una potestad pública que le legitima para imponer su decisión<sup>12</sup> (art. 117.3 CE en relación con el art. 118 CE). Sin embargo, en el

<sup>10</sup> Véase: (Alcalá-Zamora y Castillo, 1987, pp. 55-57); (Montes Reyes, 1986, pág. 266).

<sup>11</sup> Sobre la regulación del arbitraje en el ordenamiento jurídico español, CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés. *El procedimiento arbitral*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2004.

<sup>12</sup> En este sentido, Vicente HERCE QUEMADA, Vicente afirma que “la conciliación implica una solución persuasiva. El arbitraje, lo mismo que el proceso, una solución coactiva. En la conciliación, los particulares acuden para solucionar la discrepancia a la mediación de un tercero, reservándose su ulterior libertad de acción. En el arbitraje, acuden a la decisión de un tercero (particular), comprometiéndose a aceptar su resolución” (HERCE QUEMADA, 1968, p. 52).

caso del arbitraje, las partes en conflicto han asumido previamente la obligación de cumplimiento de la decisión arbitral en el denominado convenio arbitral.

## 6. REGULACIÓN NORMATIVA BÁSICA DE LA MEDIACIÓN Y SU CARÁCTER DIGITAL

Para analizar esta cuestión, creemos interesante, en este momento, identificar la regulación general sobre mediación existente en el ordenamiento jurídico español. Para ello, debemos prestar atención a la Ley 5/2012, 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en adelante –LMACM– (Ley 5, 2012). Esta ley supuso la trasposición al ordenamiento interno de la Directiva 2008/52/CE de 21 mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva 2008/52/CE, 2008).

El artículo 1º de la Directiva 2008/52/CE delimita la finalidad y ámbito de aquélla. Así, en el párrafo 1º dispone que “el objetivo de la presente Directiva es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial”. Sin embargo, en el apartado 2 claramente se excluye del ámbito de esta la mediación con la administración pública. En concreto, se dispone que “la presente Directiva se aplicará, en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (acta iure imperio)”.

En la línea fijada por la Directiva, el artículo 2 LMACM establece cuál es el ámbito de aplicación de esta ley. En concreto, el apartado 1 señala que “esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable” (Directiva 2008/52/CE, 2008). El apartado 2 dispone que “quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal; b) La mediación con las Administraciones públicas; c) La mediación laboral” (Directiva 2008/52/CE, 2008).

Sobre mediación electrónica, debemos tener presente el artículo 24.1 de la Ley en que se dispone que “las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley” (Ley 5, 2012). El apartado 2º añade que “la mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes” (Ley 5, 2012).

Este tipo de mediación se ha desarrollado normativamente en el Real Decreto 980/2013 (Real Decreto 980, 2013). Nosotros consideramos que podría ser una buena ocasión para ampliar el ámbito de este tipo de mediación, a la par que se potencia la digitalización de la Justicia.



## REFERENCIAS

- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N. (1987). *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. México D.F.: Editorial Bosch. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/41/13.pdf>
- ALVARADO VELLOSO, A. (1989). La conciliación. *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje = Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, 1(1), 1-19.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (2010). Mediación en violencia de género: una solución o un problema. En N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, A. SANZ HERMIDA, & J. C. ORTIZ PRADILLO, *Mediación un método de ? conflictos: estudio interdisciplinar* (págs. 193-205). Madrid: Editorial Constitución y Leyes, COLEX.
- Código Civil. (24 de julio de 1889). Ministerio de Gracia y Justicia. *Real Decreto por el que se publica el Código Civil*. Madrid, España: Gaceta de Madrid No. 206, de 25 de julio de 1889. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>
- Constitución Política de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- CUCARELLA GALIANA, L. A. (2004). Proceso civil, desviación judicial a mediación familiar y violencia de género. En R. CASTILLEJO MANZANARES, *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica* (pp. 457-472). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- CUCARELLA GALIANA, L. A. (2013). La víctima de violencia de género ante el sistema judicial (art. 44.5 Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, de medidas para la protección integral contra la violencia de género). En C. ALONSO

SALGADO, & R. CASTILLEJO MANZANARES. *Violencia de género y justicia* (págs. 429-447). Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico.

Directiva 2008/52/CE. (21 de mayo de 2008). Parlamento Europeo y del Consejo. *Sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Madrid, España. Obtenido de <https://www.boe.es/doue/2008/136/L00003-00008.pdf>

GHIRGA, M. F. (2009). Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal proceso o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE). *Rivista di diritto processuale*, 64(2), 357-380. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2992505>

GIMENO SENDRA, J. V. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal (jurisdicción, acción y proceso)*. Madrid: Editorial Civitas. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=234993>

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (2010). Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología. En N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, A. SANZ HERMIDA, & J. C. ORTIZ PRADILLO, *Mediación: un método de ? de conflictos. Estudio interdisciplinar* (págs. 7-20). Madrid: Editorial Constitución y Leyes, COLEX.

HERCE QUEMADA, V. (1968). La conciliación como medio de evitar el proceso civil. *Revista de Derecho Procesal*(1).

Ley 1480. (12 de octubre de 2011). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1480\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html)

Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República de Colombia. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#1)

- Ley 2. (22 de marzo de 2011). Cortes Generales. *Del deporte y de la actividad física*. Valencia, España. Obtenido de <https://www.boe.es/eli/es-vc/1/2011/03/22/2>
- Ley 270. (7 de marzo de 1996). Congreso de la República. *Estatutaria de la administración de justicia*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html)
- Ley 3. (18 de septiembre de 2020). Jefatura de Estado. *De medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*. Madrid, España. Obtenido de <https://www.boe.es/eli/es/1/2020/09/18/3/con>
- Ley 5. (6 de julio de 2012). Jefatura de Estado. *De mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Madrid, España: No. 162, de 7 de julio de 2012. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf>
- Ley Orgánica 1. (1 de julio de 1985). Jefatura del Estado. *Del Poder Judicial*. Madrid, España. Obtenido de <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>
- MONTES REYES, A. (1986). Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 263-278. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1271996>
- ORTELLS RAMOS, M., CUCARELLA GALIANA, L. A., BELLIDO PENADÉS, R., & SÁNCHEZ, R. J. (2020). *Derecho procesal civil* (19 ed.). Madrid: Editorial Aranzadi Thomson Reuters.
- Real Decreto 463. (14 de marzo de 2020). Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. *Por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*. Madrid, España. Obtenido de <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3692>
- Real Decreto 980. (13 de diciembre de 2013). Ministerio de Justicia. *Por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Madrid, España. Obtenido de <https://www.boe.es/eli/es/rd/2013/12/13/980>



# UN CAMBIO GENERACIONAL EN EL PROCESO JUDICIAL: LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL\*

A generational change in the judicial  
process: artificial intelligence

JORDI NIEVA FENOLL\*\*

SUMARIO: Introducción.–1. Una justicia del siglo XXI. – 2. La nueva evaluación del riesgo (el *periculum*). – 3. Una renovada valoración de la prueba. – 4. La progresiva -aunque limitada- automatización del enjuiciamiento. – 5. El “factor humano” de la justicia y su reproducción artificial. – 6. Los peligros de la IA para algunos derechos humanos.– Conclusiones.–Referencias.

---

\* Capítulo inédito.

\*\* Abogado, Doctor Honoris Causa por las Universidades Nacional de Ucayali, Universidad José Carlos Mariátegui, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión y Universidad Nacional de Piura. Profesor de la Universidad de Barcelona. Profesor visitante de Universidades en Múnster, Würzburg, Bolonia, Lyon, Libre de Colombia, Pontificia Valparaíso, Pontificia de Perú, Central de Venezuela, Antofagasta, entre otras. Miembro de la *Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile*. Miembro de la *International Association of Procedural Law*. Miembro del Instituto Iberoamericano del Derecho Procesal. Autor de 16 libros y más de 90 artículos científicos. Fundador junto a Michele Taruffo de la Colección “Proceso y Derecho” de la Editorial Marcial Pons, codirigida con Eduardo Oteiza y Daniel Mitidiero.  
Correo electrónico: nievafenoll@gmail.com  
CvLAC: [https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0000086588](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000086588)  
Google Scholar: [https://scholar.google.es/citations?user=h5pAGnAAAAAJ&hl=esORCID:  
https://orcid.org/0000-0002-3052-1267](https://scholar.google.es/citations?user=h5pAGnAAAAAJ&hl=esORCID:https://orcid.org/0000-0002-3052-1267)

## RESUMEN

El presente artículo pretende analizar la aplicación de la inteligencia artificial en el proceso judicial, aún cuando los sujetos que interactúan en este escenario no se percaten de su uso en los tribunales, pero cuyo modo de funcionamiento hace que se abran grandes posibilidades para estos sistemas en el proceso judicial, pero que al mismo tiempo representa nuevos retos para su aplicación en el proceso, implicando la necesidad de verificar y controlar a quienes elaboran los algoritmos.

*Palabras Clave:* Inteligencia artificial, proceso judicial, justicia del siglo XXI.

## INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial (en adelante, IA) no es sólo una cuestión de futuro, sino de presente e incluso de pasado. Vivimos y viviremos cada día más rodeados de ella, pese a que se haya introducido en nuestras vidas en su mayoría de un modo tan innegablemente amable que ya no somos conscientes de la misma. Ignoramos que muchas de las gestiones que realizamos cada día sólo son posibles gracias a la IA.

No hay que pensar únicamente en las redes sociales, que “adivinan” nuestros gustos y querencias a veces como si nos conocieran más que nuestra familia, sino pararse por un momento a pensar en la adquisición de productos a través de internet, desde un billete de avión a un vestido o a un producto de alimentación. Toda la tramitación electrónica ha sustituido a los antiguos vendedores y comerciales no ya en la gestión de la compra, sino en la propuesta de opciones y alternativas. Por poner sólo un ejemplo más –hay decenas– cada vez hay más edificios inteligentes, cuyas luces y calefacción se acomodan a las necesidades de cada momento, o reguladores artificiales de tráfico, desde los que adaptan los semáforos de una ciudad al volumen de vehículos hasta los que imponen multas automáticamente por diversas infracciones.

También ha llegado la IA a los tribunales, aunque nuevamente los usuarios del servicio no se percaten de ello, ni siquiera los que trabajan en los mismos. Las herramientas, a veces muy rudimentarias, que proponen plantillas

o formularios de escrito para una gran variedad de trámites son testimonio de ello, sin dejar de lado a los buscadores de jurisprudencia, quizás los más antiguos programas jurídicos que utilizan IA de un modo quizás muy básico, pero que se va afinando cada vez más con el paso de los años.

Sin embargo, en estos momentos es preciso ir mucho más allá. Las herramientas existentes actualmente no se aplican en su enorme mayoría en los tribunales, o bien sí se utilizan, pero con una nula reflexión jurídica acerca de su impacto, lo que es muy peligroso en materia de derechos fundamentales.

En este trabajo me ocuparé de todo ello en sus puntos clave, de manera que el lector pueda hacerse una idea no solamente de lo que ya tenemos aquí, sino de lo que está por venir, y reflexione sobre su uso. En el futuro, a diferencia de lo que pueda pensarse, va a ser muy importante el estudio filosófico al respecto. El establecimiento de orientaciones humanistas y límites éticos a las novedades tecnológicas será imprescindible. Lo veremos a continuación.

## 1. UNA JUSTICIA DEL SIGLO XXI

Hace ya tiempo que la justicia dejó de ser la que fue, aunque siendo así, parece incomprensible que se mantenga una estructura tremendamente burocratizada que tenía sentido cuando no existían ordenadores, ni cámaras ni internet, pero que actualmente resulta simplemente ridícula observada con frialdad.

Hoy en día han dejado de tener sentido en muchos casos las complejas normas en materia de competencia territorial (BONET NAVARRO, 2018). Dado que nos podemos comunicar a distancia y que el juez no suele salir de su juzgado para resolver un proceso, lo lógico sería que se dejara de seguir el antiguo criterio, de origen feudal, de que cada juez se encargue de lo que suceda en su territorio. Tendría mucho más sentido que la mayoría de los juzgados se concentraran en unas pocas sedes bien comunicadas, distribuyendo equitativamente los asuntos en razón simplemente de la carga de trabajo.

Pero además de ello, los procedimientos podrían ser ya mucho más rápidos. Actualmente han dejado de tener lógica alguna los extensos –tantas veces artificiales, previsibles y reiterativos– escritos judiciales iniciales<sup>2</sup>,

<sup>2</sup> KAFKA los criticó irónicamente en *El proceso* (KAFKA, 2016).

cuando lo que se pretende es una tutela muy simple y con gran frecuencia no discutida, como las clásicas deudas que se resuelven a través de un procedimiento monitorio, o los procesos de tutela de la posesión, especialmente el desahucio por falta de pago. En todos esos casos existe un índice estadístico muy alto de falta de oposición del demandado, siendo siempre la motivación de la sentencia la misma. En estos supuestos, la respuesta de la jurisdicción debiera ser rápida y automática.

Del mismo modo tendría que ser automatizada la ejecución (KHOURY CHAUMAR, 2015). Si de lo que se trata es de la localización de un patrimonio y su realización con el máximo provecho para el acreedor ejecutante y el mínimo perjuicio para el deudor, siempre y cuando los bienes de una persona estén debidamente inventariados a nivel oficial –cuentas bancarias, inmuebles y vehículos–, no debería haber dificultad para que una herramienta de IA realizara automáticamente la selección de los bienes siguiendo esos criterios de manera bastante más perfeccionada que un ser humano.

Y es que la IA consiste básicamente en una tremenda base de datos que cruza los mismos siguiendo un esquema llamado “algoritmo” que ofrece diversas perspectivas de solución, basándose, sobre todo, aunque no siempre, en criterios estadísticos<sup>3</sup>. Por tanto, cada vez que una decisión se pueda fundamentar en una recopilación suficiente de datos previos que la herramienta pueda almacenar para obtener la solución más correcta en función de los parámetros que el programador le haya dispuesto, tomará esa decisión exactamente igual que lo haría un ser humano, incluso con bastante más automatismo, de manera que las personas que interactúen con la aplicación pueden no saber que se están comunicando con una máquina, teniendo entonces pleno resultado exitoso el llamado test de Turing (TURING, 1950), que justamente mide la eficiencia de la IA en función de que el ser humano no sea capaz de saber que no se está relacionando con una persona.

Ese modo de funcionamiento hace que las posibilidades que se le abren a la IA en materia judicial sean verdaderamente enormes. Y no sólo en los temas ya indicados, que de por sí ya son numéricamente relevantes, sino también en asuntos como la elección de recursos en los países cuyos tribunales supremos

<sup>3</sup> Verse: (LÓPEZ DE MÁNTARAS BADIA & MESEGUER GONZÁLEZ, 2017); (KAPLAN, 2017).



dispongan del llamado *certiorari*, y que es una selección de asuntos en función de criterios de relevancia de la decisión, fundamentalmente para la formación de jurisprudencia. Sin duda, una herramienta de IA haría que la decisión del tribunal dejara de ser discrecional –como suele ser ahora– y acabara siendo mucho más previsible, como merecen los justiciables y desean sobre todo los abogados que interponen los recursos.

Pero también se abren posibilidades inmensas en materia de admisión de las pruebas, sobre todo en el proceso civil, donde los asuntos muchas veces hacen previsible que las únicas pruebas relevantes sean la pericial y la documental, en función de que los hechos juzgados no precisen la verificación de los acontecimientos a través de los testigos presenciales o de referencia, dando por hecho que las partes ya hablan a través de sus letrados, y siendo solamente un arrastre del antiguo sistema legal de valoración de la prueba el que lleva a practicar la declaración de las partes, normalmente sin resultado alguno. Una herramienta de IA podría establecer las posibilidades estadísticas de éxito en materia de resultancia probatoria de los medios de prueba solicitados. Lo veremos después.

Con todo ello, el funcionamiento de la Justicia operaría modificaciones relevantes. Sin embargo, los cambios más impactantes se van a producir en otras materias, que serán analizadas a continuación. Lo que se ha dicho hasta aquí debería ser lo que ya tendría que estar funcionando, dado que existe hoy en día sobrada tecnología para ello. Sólo hay que implementarlo y ver como el volumen de trabajo de los tribunales se reduce de una manera muy considerable con lo indicado hasta aquí, obteniendo respuestas los litigantes en cuestión de días cuando actualmente se tardan años en conseguirse.

## 2. LA NUEVA EVALUACIÓN DEL RIESGO (EL *PERICULUM*)

Un ámbito realmente relevante de los procesos es la tutela cautelar, especialmente en los países en que, dados los tremendos retrasos que acumulan sus jurisdicciones, han optado precisamente por acudir a esta solución para conseguir provisionalmente una tutela que tardaría años si se sustanciara todo el procedimiento declarativo ordinario. En los países en que no se acumulan tan increíbles retrasos, el uso de las medidas cautelares no supera el 10% de los asuntos.

En todo caso, existe un problema común a toda la tutela cautelar. La misma precisa la concurrencia de dos presupuestos conocidos como *fumus boni iuris* y *periculum, in mora* o *libertatis*, dependiendo de si nos hallamos en el proceso civil o en el penal. El primero, como es sabido, requiere una demostración, al menos *prima facie*, de que el demandante tiene razón y obtendrá previsiblemente la victoria en la sentencia a fin de que sea concedida la medida cautelar. Con todas las dificultades, es el presupuesto más sencillo de acreditar dado que su justificación acostumbra a confundirse con la de la propia demanda.

El presupuesto más problemático es, sin duda, el *periculum*. El mismo suele ser razonado con una serie de alegaciones que intentan infundir temor al juez con el fin de que se percate del riesgo que existe para el buen fin del proceso si no concede la medida cautelar. Pero este *periculum*, en realidad, por mucho que se intente objetivar, difícilmente sale del ámbito de la elucubración. Al principio de un proceso es muy difícil afirmar sin contratiempos que un demandado se va a quedar en la insolvencia<sup>4</sup>, o bien que un investigado por un delito va a fugarse<sup>5</sup> o que va a destruir pruebas<sup>6</sup>.

También es muy complicado establecer lo que más suele importar a la población: si existe riesgo de que un reo vuelva a delinquir. Con el resto de los

<sup>4</sup> Se suele tener en cuenta la existencia objetiva del impago, la cuantía de la deuda, la situación patrimonial del deudor, en función de que tenga otros procesos pendientes por impago de deudas, o bien que su empresa esté en situación de pérdidas, o que existan retrasos habituales en el pago de las deudas o haya empezado a protagonizar conductas sospechosas tales como la desaparición del deudor, la disgregación patrimonial, o la constitución de nuevas sociedades para eludir responsabilidades o bien el pago selectivo de algunas deudas al ya saberse el demandado en situación concursal.

<sup>5</sup> Se toma en consideración la inminencia de una pena alta, la existencia de fugas anteriores, la resistencia a la autoridad en la detención, la pertenencia del reo a una banda organizada que podría favorecer su fuga, los medios económicos de que disponga el reo –de forma contradictoria–, a la tenencia de un domicilio fijo o las declaraciones del reo en los medios de comunicación acerca de su voluntad de permanecer localizable.

<sup>6</sup> Se toman en consideración las actuaciones constatadas del reo dirigidas a preparar coartadas o a eliminar o manipular vestigios del delito, o bien la elusión de entregar vestigios de los que fácilmente dispone el reo, o la peligrosidad de la conducta delictiva en su conjunto –es el indicio más frecuente–, la posición de poder que ejerza el reo en una estructura organizativa, la posibilidad de colaboración en la destrucción por parte de personas afines al reo, o el carácter reciente de los hechos.

riesgos, los tribunales suelen tener en cuenta jurisprudencialmente una serie de parámetros limitados bastante objetivos –aunque también bastante ingenuos en ocasiones– para tratar de adivinar si los peligros existen, y que ya han sido reseñados a pie de página y que muchas veces son aplicados de manera tan automática que podrían ser objeto de una herramienta de IA, aunque para ello habría que avanzar mucho en esta materia. Esos parámetros son demasiadas veces simples resabios del pasado sin un fundamento estadístico más allá de meras intuiciones, lo que es inaceptable para construir con los mismos una herramienta de IA.

Algo parecido, en el fondo, puede acabar pasando con la evaluación del riesgo de reiteración delictiva si no van mejorando los estudios psicológicos acerca de la detección de este factor, aunque han avanzado bastante de manera sectorial. Actualmente, la estrella en este ámbito es una herramienta llamada COMPAS (Sample-COMPAS-Risk-Assessment-COMPAS-”CORE”, s.f.)<sup>7</sup>, que considera el delito investigado y la peligrosidad del sujeto en función de los siguientes factores, entre otros:

- Si el reo pertenece a una banda organizada.
- Número de detenciones previas de la persona y sus razones.
- Antecedentes de condenas.
- Infracciones disciplinarias durante las estancias en prisión.
- Vulneración de medidas cautelares.
- Antecedentes penales en la familia y en su entorno de amigos.
- Consumo de drogas y alcohol.
- Situación domiciliaria, es decir, si vive en casa propia, con familia, amigos, o cuántas veces se ha mudado, por poner algunos ejemplos.
- Criminalidad en la zona de residencia.

<sup>7</sup> Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions. Vid. el cuestionario en que se basa en (Sample-COMPAS-Risk-Assessment-COMPAS-”CORE”, s.f.) así como su manual de uso en NORTHPOINTE, *Practitioners Guide to COMPAS*, 17-8-2012.

- Nivel de estudios.
- Situación laboral y financiera.
- Situación emocional y atencional, en el sentido de si está triste, se aburre o le cuesta fijar su atención en lo que hace.
- Relación de proximidad con amigos.
- Capacidad de compromiso y honestidad o franqueza en la vida cotidiana.
- Carácter agresivo o pacífico.
- Propensión ideológica al delito.

Todo lo anterior se evalúa en función de 137 ítems (BORNSTEIN, 2017) que, finalmente, son combinados por la aplicación citada de un modo desconocido, dado que su empresa creadora se ha negado a desclasificar su funcionamiento alegando derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, tal conducta empresarial es inaceptable en un proceso penal, dado que para poder ejercer plenamente el derecho de defensa, el reo debe poder conocer el funcionamiento interno de la herramienta que lo evalúa, a fin de poder criticar sus resultados. De lo contrario dejamos que la IA domine completamente la decisión de una manera que, además, no conocemos.

Pese a este riesgo absolutamente real y de enorme consideración, los tribunales estadounidenses están aceptando el uso de COMPAS –vid. *State v. Loomis*<sup>8</sup>– si se utiliza de manera complementaria a otras pruebas, lo que equivale a decir, en la práctica y a la larga, que la herramienta toma la decisión ante las dificultades de los jueces para decidir de manera distinta a lo que proponga la máquina, sin descartar asimismo la comodidad.

Lo anterior sería peligroso incluso si COMPAS funcionara correctamente, pero no lo hace. Recientemente se descubrió que COMPAS posee un evidente sesgo racista (LARSON, MATTU, KIRCHNER, & ANGWIN, 2016) fruto de un uso absolutamente inadecuado de los datos estadísticos de criminalidad, y que además

<sup>8</sup> Sobre el caso ver: (TASHEA, 2017); (THADANEY ISRANI, 2017).

sus resultados no diferían de las conclusiones de un observador sin experiencia, siendo que este último, además, solía ser más acertado (67%) que la máquina (65%), lo que ya resulta escandaloso para mantener sin matices el uso de la herramienta (FARREL, 2018)<sup>9</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha negado a revisar hasta el momento este delicadísimo asunto.

Este es justamente el riesgo de la IA: que se utilice de manera indiscriminada cayendo en la falacia *ad modernitatem*, que llama la atención del juez incauto con pocas ganas de trabajar. La IA simplifica nuestras vidas y puede ayudar además a que tomemos las decisiones de una forma incluso más ética y objetiva de lo que lo haría un ser humano, como veremos después. Pero utilizada indebidamente se convierte en un simple instrumento lombrosiano (LOMBROSO, 1876) de evaluación de los delitos.

### 3. UNA RENOVADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Actualmente, está científicamente descartado que los declarantes en un proceso –partes y testigos, sobre todo, aunque también peritos– se evalúen en función de la impresión que le causen al juez utilizando la inmediatez. La psicología del testimonio<sup>10</sup> ha realizado un impagable trabajo empírico en esta materia, destacando que no sólo es que el juez no pueda adivinar si alguien le miente observando la cara y gestos del declarante, al contrario de lo que es creencia común prácticamente milenaria. Es más, esa observación puede ser altamente perturbadora, al poder infundir en el juez prejuicios de los que se derive una muy probablemente errónea valoración de la prueba.

Ello no significa que el juez no deba estar presente en la práctica de estas pruebas para dirigir, moderar e incluso intervenir activamente en los interrogatorios, pero no se debe dejar engañar por sus creencias atávicas acerca de la gestualidad, sino atender a los parámetros de la psicología del testimonio en cuanto a la valoración, no de la persona del declarante, sino de lo que dice esa persona. En una frase lapidaria: no se debe valorar tanto al testigo como a su testimonio.

<sup>9</sup> También puede verse: (FUSSELL, 2018); (PEARSON, 2018); (YONG, 2018).

<sup>10</sup> Ver: (MANZANERO, 2008); (MASIP & GARRIDO, 2008).

Esos parámetros sí pueden ser objeto de un algoritmo de IA. Por descontado, los memorísticos y situacionales, porque están respaldados por una suficiente cantidad de metaanálisis que, efectivamente, arrojan datos estadísticos. Pero también en parte los que valoran el contenido de la declaración en cuanto a su coherencia, su capacidad de contextualización y su corroboración, puesto que todos esos factores se basan en la comparación de lo declarado, bien con la propia declaración –coherencia–, bien con los datos resultantes de otras pruebas que obran en el proceso, y que pueden ser también almacenadas de manera que puedan ser utilizadas por la IA. Sólo los comentarios oportunistas lo tendrían más difícil para ser evaluados por la aplicación, ya que se basan en parámetros sociológicos más difícilmente compilables y, por tanto, evaluables por la IA, aunque no resulta imposible. Existen ya aplicaciones en este sentido, como por ejemplo la que valoró la existencia de hurto de teléfonos celulares a través de las declaraciones de las personas (PÉREZ COLOMÉ, 2018).

En cuanto a la prueba pericial, existe ya un listado de criterios que si bien concebidos para la admisión de dicha prueba, también pueden ser usados para su valoración. Se trata de los criterios *Daubert*<sup>11</sup>, que son la serie de puntos que el juez BLACKMUN expuso en la sentencia que lleva ese nombre, y que fueron confirmados y matizados en dos resoluciones posteriores del mismo Tribunal Supremo de los EEUU<sup>12</sup>. Además, los criterios fueron recogidos en parte por el art. 702 de las *Federal Rules of Evidence* en 2011<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Sobre los mismos existe amplia bibliografía. Últimamente: (VÁSQUEZ, 2015); (NIEVA FENOLL, 2017) y antes: (DONDI, 1996); (AULETTA, 2002); (ANSANELLI, 2011); (TARUFFO, 2017); (FAIGMAN, 2013); (FOURNIER, 2016, p. 308).

<sup>12</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993), *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997) y *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

<sup>13</sup> *Rule 702. Testimony by Expert Witnesses. A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:*

- (a) *the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;*
- (b) *the testimony is based on sufficient facts or data;*
- (c) *the testimony is the product of reliable principles and methods; and*
- (d) *the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.*

Esos criterios son cuatro (FAIGMAN, 2013, p. 104) (FOURNIER, 2016, p. 308) o cinco (GARRIE, 2014, p. 122) (VÁSQUEZ, 2015, p. 125) según qué autor los compile, y son los siguientes:

1. Que la técnica haya sido elaborada siguiendo el método científico, en el sentido de que haya sido verificada empíricamente con intentos de falsificación y refutación.
2. Que la técnica empleada haya sido objeto de revisión por parte de otros expertos y haya sido publicada.
3. Indicación del grado de error de la técnica.
4. Existencia del mantenimiento de estándares y controles sobre la fiabilidad de la técnica.
5. Consenso en la comunidad científica sobre la técnica empleada (estándar *Frye*).

Pues bien, todos los datos anteriores, de difícil conocimiento para un juez, sí pueden ser recopilados por una aplicación que almacena los datos estadísticos con los que trabajan precisamente la mayoría de esos criterios. De ese modo, es mucho más sencillo que un juez los tenga en cuenta, precisamente porque la disponibilidad de los mismos le será muy fácil. Y de esa manera, podrá evaluar al menos la calidad externa del parecer del perito en su formación. Diferente por completo es la inteligencia del razonamiento del perito y de sus conclusiones. En ello no ayuda, por el momento, la IA. Sigue siendo el principal tema pendiente en la doctrina con respecto a esta prueba. En realidad es un problema enorme. Se llama a no expertos en una materia científica –los jueces– a pronunciarse sobre la misma, lo que es poco más o menos lo mismo que pedirle a un biólogo o a un topógrafo que evalúen una sentencia en cuanto a su razonamiento jurídico. Sin embargo, esta importante cuestión desborda los límites de este trabajo.

#### 4. LA PROGRESIVA –AUNQUE LIMITADA– AUTOMATIZACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO

Además de lo anterior, otra de las materias en las que el uso de la IA será más espectacular se situará en la propia operación intelectual que supone

el enjuiciamiento, es decir, en el trabajo que hasta el momento era el principal del juez y le era conferido en exclusiva.

Y es que el enjuiciamiento es una operación epistémica compleja que ha intentado ser descrita, con desigual éxito, en muchas ocasiones. En todo caso, las aportaciones que han venido en las últimas décadas de la epistemología son las que más han precisado cómo se formulan los juicios sobre la prueba y sobre la argumentación jurídica, describiendo su inescindible engarce.

En cuanto a los primeros, la versión aparentemente más útil de los mismos aprovecha las enseñanzas de la probabilidad inductiva, de manera que propone que el juez debe formular diversas hipótesis posibles de lo ocurrido, a fin de confirmarlas o descartarlas, siendo así que una vez realizada esta labor, la hipótesis que quede subsistente estará más confirmada en función del número de hipótesis alternativas descartadas, siempre y cuando, obviamente, la hipótesis vencedora, resulte regular en la formación de sus inferencias.

En ese camino puede ayudar bastante la IA, precisamente porque ya existen aplicaciones (MATZNER & HIZLER, 2007, p. 95) que consideran los escenarios de indicios de unos hechos y formulan automáticamente hipótesis, condenatorias o absolutorias de lo sucedido. De manera que el juez ya no debe hacer el esfuerzo de imaginar hipótesis, sino que las mismas le vienen dadas por la máquina, siendo así incluso más fácil que el juez, inspirado por lo dicho por la herramienta de IA, pueda formular hipótesis alternativas o matizadas a las propuestas por la aplicación. Son evidentes las posibilidades de obtener de todo ello un mejor resultado que el actual.

No obstante, hay que prevenir expresamente de los peligros que encierra la utilización de herramientas como COMPAS en el terreno del enjuiciamiento. Para juzgar es imprescindible reconstruir un relato, y COMPAS no lo hace, sino que sólo evalúa supuestos factores de riesgo. Salvo que se desee juzgar a las personas en función de patrones de seres humanos modélicos –como han intentado tantas religiones–, la averiguación de los hechos siempre es fundamental. Lo contrario son simples prejuicios cuyo uso, por cierto, a veces aparece, de manera inopinada e inapropiada, en los enjuiciamientos ante la falta de indicios de responsabilidad.

También aquellos que intentan ayudar al juez a objetivar los niveles de convicción que pueden exigirse a un enjuiciamiento en los llamados “estándares de prueba”, como FERRER BELTRÁN (FERRER BELTRÁN, 2018, p. 19), podrían



encontrar una ayuda decisiva en la IA, dado que la exposición de los parámetros de evaluación que suponen dichos estándares se ven claramente simplificados con las descritas herramientas de IA. Si se toman como ejemplo los estándares últimamente fijados por el citado autor, se comprenderá hasta qué punto un algoritmo puede simplificar la labor de su configuración. De mayor a menor exigencia de verosimilitud, esos parámetros son los siguientes:

1. Hipótesis que explique todos los datos probatorios existentes –y potenciales– debidamente confirmados, siendo refutada cualquier otra hipótesis plausible.
2. Hipótesis que explique todos los datos probatorios existentes –y potenciales– debidamente confirmados, siendo refutada una hipótesis alternativa plausible.
3. Hipótesis que parezca la mejor explicación con los datos existentes, siendo los mismos suficientes.
4. Hipótesis que parezca más plausible que una hipótesis contraria, con los datos existentes, siendo los mismos suficientes.
5. Hipótesis que parezca la mejor explicación con los datos existentes.
6. Hipótesis que parezca una mejor explicación que la contraria con los datos existentes.

Obviamente, la labor judicial de evaluación de los resultados del algoritmo es imprescindible, pero debe pensarse que los mismos también vendrán expuestos con un posible grado de acierto de la hipótesis que encajará como un guante en tales estándares. Lástima que incluso con la ayuda de la IA, la subjetividad en su formulación no es evitable, e incluso amenaza con “bayesizar” (FINKELSTEIN & FAIRLEY, 1970, p. 489)<sup>14</sup> la valoración probatoria en función de las opiniones y querencias del programador de la herramienta que alteren los resultados estadísticos. En consecuencia, no parece la mejor opción, pero es obvio que la máquina va a ayudar relevantemente a los jueces en este terreno.

<sup>14</sup> También puede verse: (FINKELSTEIN, Basic concepts of probability and statistics in the law, 2008).

Igual que sucederá con la argumentación jurídica. Ya existen herramientas (ALEVEN & ASHLEY, 1997, p. 170) que en un tiempo récord y con lenguaje natural escogen las principales líneas legales y sobre todo jurisprudenciales de un asunto, lo que va a ahorrar mucho tiempo de trabajo no solamente a los jueces, sino también a los abogados en la elaboración de sus escritos. De ahí a que la máquina los sustituya media un larguísimo trecho, aunque no hay que olvidar que haciéndose el trabajo más sencillo, el número de abogados necesario en una sociedad probablemente disminuirá. De hecho, en algunos procedimientos muy frecuentes y reiterativos, desaparecerá la motivación en beneficio del uso de una app que puede resolver el proceso en cuestión de días. Y es que siendo obvia esa motivación –hoy día ya lo es y resulta sobreabundante– la misma será sustituida por el algoritmo, siempre que su contenido sea conocido, claro está.

##### 5. EL “FACTOR HUMANO” DE LA JUSTICIA Y SU REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL

Tras leer todo lo anterior, muchos pensarán que la “justicia” de una máquina nunca podrá alcanzar a la humana, fundamentalmente porque existe un factor humano –que pocas veces se concreta– que de algún modo hace que los jueces lleguen a un fallo justo que nunca podrá copiar una máquina, que actúa sin emociones.

Sin embargo, en absoluto es así, aunque pueda resultar sorprendente. Hace tiempo que la psicología del pensamiento tiene descritos nuestros procesos de toma de decisiones a través de los llamados heurísticos (KAHNEMAN, SLOVIC, & TVERSKY, 1982), que son cálculos precisamente estadísticos que los seres humanos hacemos de forma muy aproximada, y que a pesar de que muchas veces nos llevan a decisiones correctas, con frecuencia se producen sesgos que causan errores. Lo que resulta inquietante es que esos heurísticos no son demasiado complejos, resultando que nuestros mecanismos de toma de decisiones son esencialmente básicos.

Todo ello es obvio que puede ser imitado por una máquina, que además use esa estadística barruntada de una forma que pueda evitar más sesgos que un ser humano. De hecho, se puede programar el algoritmo para que utilice uno u otro heurístico con o sin sesgos. Lo lógico será que no se desee imitar el factor

humano y se prefiera en su lugar un uso de la estadística mucho más depurado, pero sobrecoje pensar que el factor humano se concreta, fundamentalmente, en una serie de errores.

Pero siempre se podrá decir que las emociones forman parte de los juicios, y que las mismas no pueden ser imitadas por una máquina. Pues bien, aún siendo cierto que la etiología de las emociones obedece a una serie de parámetros fundamentalmente biológicos cuya comprensión no es fácil (HÜLSHOFF, 2006), la verdad es que existen una serie de factores desencadenantes de estas emociones que suelen funcionar con la mayoría de los seres humanos. La máquina, sin duda, podría imitarlos reproduciendo sorprendentes dotes de persuasión. Sorprendentes porque muchas veces se trata de algo tan básico como una sonrisa o una imagen truculenta que infundan respectivamente afecto u odio. Lo sabe muy bien cualquier director de cine.

Trasladado al ámbito judicial, una herramienta de IA lo tiene muy fácil para evaluar estadísticamente el grado de aceptación social de una posible sentencia, pudiendo incluso sugerir los puntos más delicados que pueden activar esas emociones, obrando el juez en consecuencia en función de lo que quiera exponer a la sociedad a través de su motivación.

Como se habrá deducido, en muchos casos parecerá que la IA dicta sentencia, pero no es así. Siempre lo hará el ser humano, sea a través de la elección de la alternativa propuesta por la herramienta, sea con la elaboración de una alternativa distinta o sea a través de la configuración del algoritmo para que la máquina “decida”. Pero siempre habrá un ser humano en la escena, que obviamente no debe desaparecer por pereza o comodidad, por muy altas que sean las capacidades de “aprendizaje” de la máquina, que sin duda existen, como saben los técnicos de la materia.

## 6. LOS PELIGROS DE LA IA PARA ALGUNOS DERECHOS HUMANOS

Con todo lo expuesto, naturalmente se abren frentes de riesgo para algunos derechos humanos en el ámbito procesal, fundamentalmente en materia de imparcialidad, derecho de defensa y presunción de inocencia.

En lo que respecta a la imparcialidad, con la IA cambia el sujeto de la imparcialidad, dado que tendremos que estar probablemente más pendientes de las personas que elaborarán los algoritmos que no del juez que escogerá la

opción final, sin descuidar naturalmente a este último. Por ello, la selección del personal informático que estará encargado de la *black box* es algo que deberá cuidarse legislativamente con enorme cautela, controlando que personas muy ideologizadas, por ejemplo, estén alejadas de la configuración del funcionamiento de la herramienta.

En lo que atañe al derecho de defensa, será fundamental el conocimiento del funcionamiento de los algoritmos. Las excusas de propiedad intelectual para no desclasificarlos serán inaceptables, dado que las partes deben tener perfecto conocimiento de los mismos para poder, en su caso, combatirlos. No será aceptable entrar en un oscurantismo de nuevo cuño que dejaría a la Justicia en un ámbito misterioso que es incompatible con la elaboración de las estrategias procesales por parte de los litigantes.

Finalmente, la presunción de inocencia también corre riesgos relevantes con el uso de la IA. Las herramientas que calculan el riesgo de reincidencia no pueden ser utilizadas para la elaboración de relatos condenatorios, puesto que ello significaría que se calcularía la responsabilidad de las personas en función de sus características externas, ajenas al exacto devenir concreto de los hechos. Por tanto, no se puede elaborar la autoría en función de la peligrosidad de un individuo, sino en razón de su precisa participación en los hechos enjuiciados.

## REFERENCIAS

- ALEVEN, V., & ASHLEY, K. D. (1997). *Evaluating a Learning Environment for Case-Based Argumentation Skills*. Editorial Icail.
- ANSANELLI, V. (2011). *La consulenza tecnica nel processo civile*. Editorial Milano.
- AULETTA, F. (2002). *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*. Roma: Editorial Padova.
- BONET NAVARRO, J. (2018). La tutela judicial de los derechos no humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos. *Revista CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*(208), 55-92. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6491733>
- BORNSTEIN, A. (21 de diciembre de 2017). *Are algorithms building the new infrastructure of racism? How we use big data can reinforce our worst biases—or help fix them*. Obtenido de <https://nautil.us/issue/55/trust/are-algorithms-building-the-new-infrastructure-of-racism>
- DONDI, A. (1996). Paradigmi processuali ed ‘expert witness testimony’ nel diritto statunitense”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, 261-185. Obtenido de <http://hdl.handle.net/11567/194534>
- FAIGMAN, D. (2013). *The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Maniging Scientific Evidence in the Age of Science*. University of California at Davis Law Review. Obtenido de [https://repository.uchastings.edu/faculty\\_scholarship/1035](https://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1035)
- FARREL, J. (17 de enero de 2018). Humans beat popular algorithm for spotting potential re-offenders. *SiliconAngle*. Obtenido de <https://siliconangle.com/2018/01/17/popular-algorithm-used-spot-potential-reoffenders-sometimes-extend-prison-sentence-doesnt-work-according-researchers/>

- FERRER BELTRÁN, J. (2018). *Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case for State liability for wrongful pre-trial detention*. Inédito.
- FINKELSTEIN, M. (2008). *Basic concepts of probability and statistics in the law*. New York: Editorial Springer.
- FINKELSTEIN, M., & FAIRLEY, W. (1970). Bayesian Approach to identification evidence. *Harvard Law Review*, 83.
- FOURNIER, L. (2016). The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control. Fournier, Lisa R., "The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Sugg" *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*(46).
- FUSSELL, S. (18 de enero de 2018). Study Finds Crime-Predicting Algorithm Is No Smarter Than Online Poll Takers. Obtenido de <https://gizmodo.com/study-finds-crime-predicting-algorithm-is-no-smarter-th-1822173965>
- GARRIE, D. (2014). Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 12(2).
- HÜLSHOFF, T. (2006). *Emotionen*. München.
- KAFKA, F. (2016). *El proceso*. Madrid: Editorial Valdemar.
- KAHNEMAN, D.; SLOVIC, P., & TVERSKY, A. (1982). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge.
- KAPLAN, J. (2017). *Inteligencia artificial. Lo que todo el mundo debe saber*. Zaragoza: Teell Editorial.
- KHOURY CHAUMAR, M. (2015). *Der Einsatz von künstlicher Intelligenz in Berliner Justiz am Beispiel von Erzwingungsverfahren*. Berlin: Bibliotheca universitaria HWR Berlin.
- LARSON, J., MATTU, S., KIRCHNER, L., & ANGWIN, J. (23 de mayo de 2016). How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm. *Pro Pública*. Obtenido de <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>
- LOMBROSO, C. (1876). *L'uomo delinquente*. Torino: Bompiani.

- LÓPEZ DE MÁNTARAS BADIA, R., & MESEGUER GONZÁLEZ, P. (2017). *Inteligencia artificial*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas; Los Libros de la Catarata.
- MANZANERO, A. (2008). *Psicología del testimonio*. Madrid: Pirámide Editorial.
- MASIP, J., & GARRIDO, E. (2008). La obtención de información mediante el interrogatorio del sospechoso. En J. MASIP, & E. GARRIDO. *Psicología jurídica* (pp. 339-380). Pearson/Prentice Hall.
- MATZNER, T., & HIZLER, P. (2007). Any-World Access to OWL from Prolog. En A. Hertzberg, *Advances in Artificial Intelligence*. Berlin.
- NIEVA FENOLL, J. (2017). Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial. En C. MIRANDA VÁSQUEZ. *Peritaje y prueba pericial* (págs. 85-101). Barcelona: Editorial Bosch.
- PEARSON, J. (17 de enero de 2018). *Bail Algorithms Are As Accurate As Random People Doing an Online Survey*. Obtenido de Motherboard: <https://www.vice.com/en/article/paqwmv/bail-algorithms-compas-recidivism-are-as-accurate-as-people-doing-online-survey>
- PÉREZ COLOMÉ, J. (17 de septiembre de 2018). *Así sabe la policía si tu denuncia es falsa (y acierta un 91% de veces)*. Obtenido de [https://elpais.com/tecnologia/2018/09/16/actualidad/1537135174\\_883514.html](https://elpais.com/tecnologia/2018/09/16/actualidad/1537135174_883514.html)
- Sample-COMPAS-Risk-Assessment-COMPAS-"CORE"*. (s.f.). Obtenido de <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html>
- TARUFFO, M. (2017). *Prova scientifica e giustizia civile*. En: *AAVV Giurisprudenza e scienza*. Roma: Bardi Edizioni.
- TASHEA, J. (1 de marzo de 2017). *Risk-assessment algorithms challenged in bail, sentencing and parole decisions*. Obtenido de Aba Journal: [https://www.abajournal.com/Magazine/Article/Algorithm\\_Bail\\_Sentencing\\_Parole](https://www.abajournal.com/Magazine/Article/Algorithm_Bail_Sentencing_Parole)
- THADANEY ISRANI, E. (26 de octubre de 2017). When An Algorithm Helps Send You To Prison. *The New York Times*. Obtenido de <https://www.nytimes.com/2017/10/26/opinion/algorithm-compas-sentencing-bias.html>
- TURING, A. M. (1950). Computing machinery and intelligence. *Revista Mind*(236), 433–460. Obtenido de <https://academic.oup.com/mind/article/LIX/236/433/986238>

VÁSQUEZ, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons. Obtenido de <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788416402762.pdf>

YONG, E. (17 de enero de 2018). A Popular Algorithm Is No Better At Predicting Crimes Than Random People. *The Atlantic*. Obtenido de YONG, Ed, A Popular Algorithm Is No Better At Predicting Crimes Than Random People.



# EL DEBIDO PROCESO DE CARA A LAS CAJAS NEGRAS\*

Due process in the face black boxes

DIANA MARÍA RAMÍREZ CARVAJAL\*\*

SUMARIO: Resumen.–1. Transformaciones del mundo- ¿una nueva versión del derecho de daños?–2. Regulaciones jurídicas y las nuevas dinámicas sociales. – 3. Qué se debe “saber” para atender las regulaciones de la inteligencia artificial.–4. Algunas nociones sobre las cajas negras. 5. El debido Proceso.–Conclusiones.–Referencias.

## RESUMEN

La ciencia ficción ha sido considerada un género literario del cual se ha aprovechado el cine y la televisión. Son fantásticas las obras producidas desde Julio Verne con viaje al centro de la tierra, pasando por viaje a las estrellas y

---

\* Capítulo inédito.

\*\* Abogada de la Universidad de Medellín -Medellín-, Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Doctora de la Universidad Externado de Colombia (Tesis *Cum Laude* “La prueba de oficio”). Profesora e investigadora en la Universidad de Medellín y de otras universidades del país, directora del programa de Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo y de la Maestría en Derecho Procesal en la Universidad de Medellín. Profesora invitada de la Universidad de San Marcos de Perú, Pontificia Universidad Católica de Perú, Universidad de Salamanca en España, Universidad de Rosario de Argentina, entre otras. Consejera en el Consejo Nacional de Acreditación.  
Correo electrónico: [radiana2113@gmail.com](mailto:radiana2113@gmail.com)  
CvLAC: [https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0000187658](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000187658)  
Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=oXxZdTgAAAAJ&hl=es>ORCID:  
<https://orcid.org/0000-0001-7833-1393>

los inolvidables supersónicos. Sin embargo, es hora de replantear la ciencia ficción porque el futuro está aquí y la supera.

La sociedad asiste hoy a un cambio a gran escala en la forma en que se relaciona, interactúa y se comunica. De todo ello surgen múltiples cuestionamientos de sesgos, discriminación, inequidad de género, racismo, y violencia. Y más allá de las múltiples posibilidades de uso de la tecnología, se encuentra una deficiencia total en la ley sustantiva, incapaz de abarcar estos fenómenos. Sin embargo, las más importantes conquistas de la humanidad, como el debido proceso y la tutela judicial efectiva deben protegerse. Sus principios no serán negociados y aún no serán parte de la inteligencia artificial.

*Palabras Clave:* Debido Proceso, tutela judicial efectiva, inteligencia artificial, cajas negras.

#### 1. LAS TRANSFORMACIONES DEL MUNDO—¿UNA NUEVA VERSIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS?

La Pandemia que ha sufrido la humanidad desde el año 2020, sin duda ha revelado la necesidad de acelerar las dinámicas digitales en las actividades de la sociedad, especialmente en aquellas que son inherentes y necesarias para la construcción de tejido social, como la administración de justicia. A su vez la emergencia sanitaria desnudó las enormes brechas digitales que conviven en sociedades como la colombiana, pero también mostró los innumerables avances tecnológicos que evolucionan aceleradamente. La tecnología avanza en la transformación de la sociedad, podría decirse que estamos protagonizando los “efectos del futuro”. Casos como los siguientes dan cuenta de ello:

- Existen empresas que trabajan en la implantación de micro chip de diversos usos. Ya se conocen experimentos con monos (PÉREZ , 2021), que han logrado aprender a jugar con este agregado neuronal. Estos aparatos diminutos permiten al sujeto que los incorpora a su cerebro, interactuar más eficientemente con el entorno.
- Lo impensable sobre la muerte, que es la mayor angustia de la vida, ya está en discusión, existen propuestas de cómo mantener “conectados” a los seres queridos (JAIMOVICH D., 2021). Es una idea que se desarrolla

a través de inteligencia artificial, un sistema, conserva las facciones, los gestos, los movimientos y el dialogo de una persona.

- Las modificaciones corporales, bien por mejorar defectos o capacidades<sup>2</sup> (HARBISSON, 2012) disminuidas, o porque sencillamente es voluntad de un sujeto tener otro tipo de cuerpo, son hoy una realidad. A esta tendencia se le llama transhumanismo<sup>3</sup> (GALLIEANO, 2019), personas que cambian partes biológicas corporales, por partes tecnológicas como cámaras, antenas y chips para desafiar los límites de la vida (JAIMOVICH D. , 2019).
- Pero más allá de las modificaciones corporales o adecuación de los sentidos, el ser humano se aventura a superar sus propios límites a través de la inteligencia artificial, algo que hoy se está trabajando en una gran diversidad de tecnologías:
  - GPT-3 (DW, 2020) es un modelo basado en el lenguaje. Es capaz de crear oraciones naturales, de escribir libros, o un artículo periodístico solo con darle la orden. Incluso puede elegir el tema.
  - AIVA, el primer robot en ser reconocido oficialmente como compositor (JAIMOVICH D., 2018).
  - La legendaria robotina del clásico los supersónicos (decine21, 2014), ya está a la venta. Samsung (LÓPEZ J. C., 2021) ha creado un asistente personal para la casa, a través de unas máquinas que llama los Bot Care y Bot Handy, en poco tiempo serán indispensable en los hogares.
  - Pero por supuesto, los usos positivos vienen precedidos del uso negativo de la tecnología, así que ya están en evidencia los robots asesinos (DREIFUS, 2019), armas diseñadas para matar o dañar personas en serie, pueden ser drones o equipos de guerra.

<sup>2</sup> El artista Neil Harbisson nació con una ceguera a los colores, pero actualmente un dispositivo conectado a su cabeza transforma los colores en frecuencias audibles.

<sup>3</sup> El transhumanismo es un movimiento intelectual que propone superar los límites naturales de la humanidad mediante el mejoramiento tecnológico y, eventualmente, la separación de la mente del cuerpo humano.

Sin duda la ciencia ficción se ha convertido en la antesala de la vida cotidiana, pero estas perspectivas novedosas, traen consigo la transformación a gran escala de la forma como nos hemos relacionado como humanos, y también queda en discusión la forma en que hemos aprendido a responsabilizarnos de nuestros actos y el cómo entendemos el daño y el resarcimiento.

Dado que la evolución tecnológica es producto de la inteligencia humana, esta se acompaña de los fenómenos sociales y psicológicos que son parte esencial de las personas. Cuando la ciencia comparte nuestras capacidades, pero también nuestros defectos, refleja muchos de nuestros errores y es así como hoy se ciernen muchos cuestionamientos y sesgos sobre el uso, la creación y la reproducción en serie de estas y otras máquinas. Por ejemplo, se han encontrado errores de mala programación, que producen un aprendizaje errático.

Es el caso del Tay<sup>4</sup> (METZ, 2018) un modelo que aprendió a segregar una conversación de manera racista. Y también el caso de los computadores que inventaron su propio idioma, aunque habían sido programados para comunicarse en inglés al parecer lo encontraron muy poco eficiente y “los responsables del proyecto han tenido que apagar el proceso porque la inteligencia artificial había desarrollado su propio lenguaje, casi imposible de descifrar para los investigadores pero mucho más apto y lógico para la tarea que debían desempeñar” (JIMÉNEZ DE LUIS, 2017).

También se debe reflexionar en los riesgos que surgen a través de inventos como los autos autónomos, bien por mal funcionamiento o por la intervención de un hacker mal intencionado. Fue así el extraño caso de la muerte de dos personas por el accidente del *testla model*,

... que se estrelló contra un árbol y se incendió. En su interior la policía no encontró a nadie sentado en el asiento del conductor: una de las víctimas estaba en el asiento del pasajero y otra en el asiento trasero. Ahora, el CEO de Tesla, ha añadido más dudas al asunto afirmando que los datos obtenidos del coche indican que ni siquiera el Autopiloto estaba activado (GARCÍA, 2021).

---

<sup>4</sup> Tay, el bot parlante de Microsoft que aprendía de sus conversaciones con la gente, no tardó en convertirse en una pesadilla. Ahora, el jefe de inteligencia de máquinas de Yandex afirma que Tay ofrece unas cuantas grandes lecciones de lo que no hay que hacer con una inteligencia artificial.

Y ni que decir de las responsabilidades sociales y los daños que ocasionarán de forma directa y colateral los drones kamikaze (FERNÁNDEZ M. , 2019), una poderosa y letal arma inteligente del futuro, que será utilizada muy pronto por los ejércitos de los países más poderosos.

Se afirma que los más pequeños, caben en la mano y pueden llevar varios gramos de explosivos y que su destino puede ser programado según las necesidades del atacante, interceptar otras armas letales y explotarlas o detectar personas de determinadas características y explotar en ellas. A estas máquinas del futuro, no se les puede detener cuando la misión para la cual fueron programas conlleve un riesgo adicional no deseado, esto porque las máquinas cumplen eficientemente órdenes y no las vencen emociones, como la ética y el daño colateral.

Estas nuevas perspectivas de interacción humana, hiper amplifican el riesgo de la sociedad y acrecientan la brecha de indefensión de las comunidades más vulnerables, aquellas signadas por la pobreza extrema, la migración o la discapacidad. Ellos no estarán en igualdad de condiciones para interactuar con una sociedad tan sofisticada tecnológicamente. Asistiremos acaso a ¿un fracaso moral en serie para la humanidad?

Inclusive más allá de estas poblaciones, que estamos obligados a proteger, cabría preguntarse si las personas, en general, están preparadas para estas nuevas visiones del mundo y mejor aún si el derecho ha recorrido un camino suficientemente consistente y seguro para reglarlas.

## 2. REGULACIONES JURÍDICAS Y LAS NUEVAS DINÁMICAS SOCIALES

Al parecer los nuevos espacios de interacción tecnológica en la sociedad, no han tenido un eco adecuado en las normas sustantivas. Una razón más para sostener que el mundo contemporáneo se aleja de la mal llamada seguridad de la ley para recomponer con mayor fluidez, sus conflictos intersubjetivos, en las dinámicas del “debido proceso”<sup>5</sup> (Constitución Política de la República de Colombia, 1991), a través del cual se pueda argumentar, discutir y lo más

<sup>5</sup> Constitución Política de Colombia. Art. 29. El debido proceso es un conjunto de garantías constitucionales, que imperativamente se deben respetar en los litigios judiciales. Son parte de ellas,

importante probar. Probar el daño, probar el abuso, probar el exceso, probar la condición de vulnerabilidad y probar la incapacidad de resistir.

Nuestro trabajo ha sido bastante escéptico de la función social que hoy cumple el derecho sustantivo, y las nuevas tecnologías fortalecen esta postura. Un código civil del siglo dieciocho o un código penal ajustado a presiones internacionales, no parecen responder a la sociedad contemporánea. La norma sustantiva ha sido incapaz de seguir el paso de la evolución de la sociedad y es por este motivo que la función social de regulación del daño y la responsabilidad, se trasladan al juez, un juez capacitado, dispuesto a entender esas nuevas relaciones e impactos.

Emulando la inundación de las aguas que refiere el código civil colombiano, la sociedad hoy experimenta “una avanzada lenta, imperceptible pero imposible de resistir”, de la tecnología, que ha modificado no solo la forma de vivir, sino que empuja a las personas a depender cada vez más de estos elementos tecnológicos, abandonando las habilidades humanas y peor aun desdibujando el límite de los derechos más importantes para el hombre, como son la libertad y la vida.

Las siguientes reflexiones explican lo que se ha afirmado:

Actualmente la privacidad, parece convertirse en un artículo de lujo, no solo porque conscientemente las personas interactúen de manera desmedida en las redes sociales, sin percatarse siquiera de los riesgos que esto genera; sino porque quienes no hacemos uso de ellas, también estamos expuestos. Independientemente de que “usted” no haga parte de Facebook, sus fotos, reuniones o cenas de trabajo estarán flotando en la nube por cuenta de las personas que le acompañan. Y esta es la parte menos sensible del tema. A ninguno de nosotros se le ha tomado opinión sobre la necesidad de tener a SIRI<sup>6</sup> en sus computadores o teléfonos, pero ahí está, para recibir órdenes verbales, cumplir sus deseos o contarle chistes. Y es cierto SIRI puede ser

---

el derecho al juez natural, el derecho a probar, a controvertir, a la defensa técnica y a la legalidad de las formas entre otros (Constitución Política de la República de Colombia, 1991, p. art. 29).

<sup>6</sup> “Siri hace llamadas y manda mensajes cuando estás al volante, vas con las manos ocupadas o simplemente tienes prisa. Además, va un paso por delante y te sugiere cosas como enviar un mensaje para decir que has pillado un atasco y llegarás tarde” (Apple, 2021).

un apoyo en algunos casos, pero ¿hasta dónde compromete la privacidad de cada uno de nosotros?

Son varios los problemas, con alcance jurídico, que se obvian. Todo lo que le digas a SIRI se almacena en un gran computador, diseñado con inteligencia artificial, que aprende y contrasta esta información para poder ayudar y responder de manera diferente y completa. Eso significa que el asistente personal que gentilmente han puesto en nuestros teléfonos es muy eficiente para perfilar<sup>7</sup> (ARBOLEDA HOYOS, 2021) a sus usuarios. Pero tal vez uno de los problemas más grande de estos asistentes es que, mediante trucos y engaños, “los hackers pueden convertir los micrófonos en dispositivos de escucha y así registrar todos los sonidos, datos personales y contraseñas que una persona indica al asistente. Esa información luego puede ser empleada para cometer delitos” (Uniersia, 2018).

En el mismo sentido, la popular Alexa, hace parte de muchos hogares donde a través de comando de voces el sistema inteligente realiza múltiples actividades como prender la luz o prender y apagar el televisor. “Empiezas invocándolo, diciendo su nombre, momento en el que el altavoz o dispositivo en el que esté integrado se pondrá a escuchar. Entonces debes decirle un comando con tu voz, y el asistente reconocerá lo que le preguntas y te dirá una respuesta” (FERNÁNDEZ Y., 2021).

Alexa habla, analiza órdenes y por tanto puede escuchar conversaciones e interpretarlas. Pero además toda esta información que escucha Alexa, en tu hogar, al igual que SIRI la almacena en la nube y la comparte con miles de Alexas en el mundo, con el objetivo de mejorar el sistema. La pregunta es ¿qué tan segura (BRENNER, 2017) es la información de tu hogar en estos momentos o que riesgos estás corriendo por hablar con tus familiares delante de Alexa? Acaso Alexa ¿puede convertirse en prueba judicial, o en un asistente de investigación policial? Esa fue la pretensión de la policía de Arkansas:

espera que un Amazon Echo encontrado en la escena de un crimen en Bentonville los ayude con su investigación sobre la muerte de un hombre estrangulado en un jacuzzi. Si bien el asistente inteligente de Amazon solo registra lo que se le dice después de que alguien lo activa diciendo

<sup>7</sup> Perfilar a los usuarios significa desarrollar un “gemelo digital” a partir de todos los datos que se encuentran flotando en la nube, al respecto puede leerse sobre la legalidad de los perfilados.

“Alexa”, la policía espera que el hábito de los dispositivos de activarse en respuesta a una radio o TV pueda significar que, inadvertidamente, grabó algo que podría ser útil para ellos (BEVAN, 2016).

Y más allá de estos dispositivos inteligentes, hoy se discute si es relevante jurídicamente la intervención a gran escala de las redes sociales, en la vida y en las decisiones humanas. Uno de los casos más preocupantes –pues se pone en juego el sistema democrático de una nación– se corresponde con las redes sociales y la forma de influir en las elecciones de un país. Se presume en algunos estudios, que la información que transita por las redes sociales, tiene la posibilidad de influir con frases cortas en sus usuarios o haciendo uso de los muy populares influencer (¿Qué es un influencer? Definición y uso en tu estrategia de marketing, 2021):

Por ejemplo, cuando se analizó el caso Trump en Estados Unidos, se estableció que:

... unos 156 millones de estadounidenses tienen cuentas en Facebook y, según un estudio reciente, dos tercios de ellos obtienen sus noticias allí. Aunque muchas de esas noticias pueden proceder con frecuencia de los grandes medios –quizá de los mismos que apoyaron a Clinton–, lo que los usuarios ven en Facebook está determinado por quienes son sus amigos y qué es lo que ellos comparten. Es entonces cuando entra en juego la idea de una burbuja que filtra la información: quienes se inclinan por Trump solo verán noticias que reflejan su visión del mundo y lo mismo le ocurrirá a quienes tienen un pensamiento liberal (CELLAN-JONES, 2016).

Y aunque esta estrategia de influencia parece realmente afectar los derechos del libre desarrollo de la personalidad, de la libertad y de la individualidad, el control social a gran escala, que hoy se empieza a implantar en otras partes del mundo, hace parecer a las redes sociales como un juego de adolescentes.

El control social, es una práctica poco conocida por los ciudadanos y de fácil implementación. Los celulares son un buen ejemplo de ello,

... en todos los países desarrollados, los móviles se han convertido casi en un apéndice del ser humano a pesar de los problemas de salud que puede comportar su uso, algo ampliamente denunciado. Pues bien, un



nuevo peligro acecha: son instrumentos de vigilancia y control social. Gracias a ellos las autoridades pueden saber en todo momento dónde está su dueño, qué hace, qué dice, qué transmite, qué controla, qué amigos tiene, cuáles son sus teléfonos y direcciones, qué webs visita, qué aficiones tiene, qué temas le interesan. Aunque lo más grave, es que todo apunta a que pueden hacer lo mismo las empresas privadas que desarrollan aplicaciones (GARCÍA BLANCA, 2016).

En China, por ejemplo, el control social sirve para calificar las personas como un buen o mal ciudadano<sup>8</sup>, todo puede ser tomado en cuenta para la calificación social, que te da beneficios o que genera castigos sociales. Estas prácticas en la sociedad china se fortalecen, con el beneplácito de los ciudadanos, en parte por las ventajas y descuentos que reciben de todo tipo, pero también por los argumentos retóricos que las preceden, como fortalecer la ética y las buenas costumbres, o controlar la pandemia del coronavirus.

El gobierno chino ha llenado las ciudades y las aldeas de batallones de vecinos entrometidos, voluntarios uniformados y representantes del Partido Comunista para llevar a cabo una de las campañas de control social más grandes de la historia. El objetivo es mantener a cientos de millones de personas apartadas de toda la gente, excepto de sus familiares más cercanos (ZHONG & MOZUR, 2020).

Es bastante evidente, que estas prácticas producen una intervención a gran escala en los derechos humanos, incluso en los más básicos derechos ciudadanos defendidos y reconocidos en múltiples tratados. Sobran motivos para prender las alarmas sobre las normas que se producen o se dejan de producir, alrededor de estas prácticas.

Como expone Rico (RICO CARILLO), son enormes los desafíos a los que nos enfrentamos, pues “los verdaderos protagonistas de la red son los usuarios y es aquí donde se concentra la mayor parte de los problemas” para proteger los derechos humanos (Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2016) que se impactan negativamente.

<sup>8</sup> Habrá buenos y malos ciudadanos gracias a la gran cantidad de datos que recogerán de todas las instituciones, será según dice un aporte a la reconstrucción moral de la sociedad; véase (France 24 Español, 2019).

Un buen ejemplo lo pone Chile con los neuro-derechos, que intenta agregar a su Constitución Política. Sería así el primer país en legislar para

... preparar y proteger a la sociedad de los peligros en los que pueden derivar ciertas tecnologías. Así como hay muchos caminos buenos que se pueden tomar con ellas, otros podrían poner en peligro derechos fundamentales como la privacidad o el libre albedrío. Específicamente las neurotecnologías, es decir, tecnologías que intervienen directamente cerebro humano, las cuales están en la mira de la comisión chilena, que intenta regularlas a través de neuroderechos o derechos humanos asociados a la tecnología (MARÍN, 2021).

Y es que así, en general, es que deberían estar actuando los legisladores de los países de América Latina, como países que requieren más protección en relación con los países más tecnificados, pues no en vano se ha dicho que los datos son el petróleo del siglo XXI. Como expone RAJAL en un artículo de la BBC

... una nueva materia prima genera una industria lucrativa y de rápido crecimiento. Los Big Data o macrodatos es hoy lo que el petróleo era hace un siglo, pero hay diferencias tan importantes entre la industria de los datos de hoy y el petróleo de hace un siglo que la comparación, aunque es atractiva, corre el riesgo de difundir un malentendido sobre cómo funcionan estas super compañías de nuevas tecnologías y qué hacer con su poder. Por ejemplo hay una cantidad finita de petróleo en cambio los datos son infinitos y hay temores por el uso y el abuso de los datos personales en línea, pero eso ni siquiera significa que debemos regularlas, ya que el modelo de regulación anterior, no necesariamente funciona para estas compañías que se redefinen constantemente (RAJAN, 2017).

En conclusión, con lo expuesto se evidencia, los enormes vacíos legislativos que hoy circulan en la sociedad del siglo XXI y cuán importante es encontrar un balance entre las múltiples probabilidades tecnológicas, sus usos y la ética social.

### 3. QUÉ SE DEBE “SABER” PARA ATENDER LAS REGULACIONES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La forma de pensar de los seres humanos, es muy compleja, por eso frases como “el sentido común es el menos común de los sentidos”, son tan

populares. Nuestro lenguaje utiliza reglas gramaticales, la semántica y las reglas ortográficas, pero se entrelaza libremente en la sátira, el humor, la cultura y los usos vecinales, haciendo de la excepción permanente, una regla.

Por ello la filosofía ha intentado conceptualizar aspectos centrales de la comunicación humana a través de la lógica y el pensamiento racional. Pero en realidad las personas no utilizamos de manera permanente estructuras de lógica formal, como las formas de silogismos. Esto dado que un silogismo es una estructura que se forma con resultados correctos, siempre que sus enunciados sean también correctos. Obviamente no es parte de lo cotidiano. Las personas nos comunicamos integrando múltiples sentidos, pero también la imaginación.

En otra perspectiva, los diseños de inteligencia artificial han sido desarrollados emulando, por supuesto, la lógica formal humana, pues es una forma precisa de comunicación.

Para que la IA, pueda pensar como un ser humano, primero se necesita saber cómo piensa un ser humano (LLINAS, 2012). Este intento de enseñanza-aprendizaje de lo humano a la máquina, ha necesitado un gran desarrollo interdisciplinario de retroalimentación, entre la neurociencia, la psicología, la informática, la ciencia computacional, la ingeniería y ahora también, el derecho.

En principio los sistemas de IA –inteligencia artificial– son máquinas programadas a través del relacionamiento de datos, como los que surgen del uso de las redes sociales sobre gustos y tendencias. Pero aún existen demasiadas cosas que no abarca la IA, por ejemplo, no comprenden las implicancias –como los tonos usados cuando se está furioso–, tampoco entiende la causalidad, el contexto o la cultura. Por estas especificidades, es que aún la IA no se utiliza de manera eficiente para resolver casos jurídicos complejos o para valorar pruebas jurídicas, porque estas funciones requieren una exposición profunda de interpretación sobre la excepción, todo lo cual el juez lo recoge de la cultura, el contexto y la creatividad humana.

Y es a este punto que se comprende cómo programar sistemas IA, es una actividad de alto riesgo para la sociedad, porque no solo se necesita un equipo interdisciplinario, sino generar la mayor apertura posible de conocimiento sobre la programación. Esto significa que un universo amplio de personas debe entender la ruta de programación, los lenguajes técnicos utilizados y las contrastaciones, sólo así la máquina generará suficiente confianza en sus determinaciones.

Hoy estos sistemas son extraordinariamente útiles para revisar similitudes o diferencias en millones de datos que tome de sentencias o fallos, sobre un mismo tema, pero la gran dificultad para el proceso jurídico es realizar una actividad cognitiva de inteligencia, donde los datos son superados por el valor subyacente cultural.

Como afirman la ciencia neuronal (LLINAS, 2012), los humanos tenemos una compleja programación biológica de millones de años, ya tenemos muchos datos en la memoria que provienen de la genética, de la cultura, de las relaciones, la familia y la educación. Las personas utilizamos esa gran cantidad de datos, alrededor de los deseos, los sentimientos, la cultura y el contexto, para resolver cualquier situación o problema que se presente.

Esto significa que, aunque los programadores logren insertar en las máquinas inteligentes o sistemas jurídicos inteligentes, normas, reglas, principios y precedentes, falta mucho camino por recorrer. La norma sustantiva no es la que resuelve el conflicto o el problema humano que se lleva al proceso judicial. Son los jueces, los que contrastan una cantidad enorme de información diseminada en los hechos, la prueba, los comportamientos y las conductas procesales, las leyes son un sucedáneo, un complemento de la decisión. En el derecho no existen normas autoejecutables, por eso la importancia que hoy se da al juez.

Los algoritmos pueden auto ejecutar lo que tienen como regla frente a una hipótesis, porque en definitiva los programas suelen ir a la regla para ver si se configura y la ejecutan, sin preguntar si están posiblemente frente a una excepción. En derecho no se puede realizar esta función, porque se aleja de los parámetros constitucionales de la justicia.

En algún momento de la historia, este fue el problema del legislador, que al ser considerado “sabio”, parecía ser el que pronunciaba las decisiones en el proceso a través de “la boca del juez”. Se llegó a considerar que la ley respondía plenamente a la realidad social, que captaba las necesidades y que por tanto era completa, clara y coherente. Era la época del positivismo radical, en el Estado Liberal de Derecho.

Hoy se entiende que la realidad y el conflicto son tan vastos, y tan complejos, que no caben en la actividad legislativa. La excepcionalidad no cabe en la ley y tampoco en la imaginación del legislador, y aunque cupiera, tendría que producir tal cantidad de normas al año, que el sistema jurídico sería inviable.

De la misma forma, hoy los programadores enfrentan el gran desafío de llevar la excepcionalidad del conflicto humano a la programación de la máquina. La enunciación jurídica cubre un gran universo, pero, el derecho sustantivo por sí mismo no logra abarcar ni comprender los matices del mundo y sus complejidades. Es así que a la ley la acompañan las fuentes materiales como los usos, las costumbres, las interpretaciones jurisprudenciales, la doctrina y los principios. Y es por eso, que el proceso judicial es un gran método de reconstrucción de los hechos a través de la prueba, para solucionar el conflicto conforme al principio de legalidad formal y material.

La actividad que realizan los jueces está plena de imprecisiones y vacíos, porque en derecho el 2+2 no existe, y porque la ambigüedad de la norma es mínima frente a la excepcionalidad del conflicto y su multiplicidad de interpretaciones.

#### 4. ALGUNAS NOCIONES SOBRE LAS CAJAS NEGRAS

El significado común de la caja negra, es referido al elemento de seguridad que contienen los aviones. En realidad, es un instrumento de vuelo, de gran resistencia, “Los actuales dispositivos soportan 1.100 grados centígrados en un tiempo máximo de 30 minutos, con un impacto de 3,400 Gm, además de poder permanecer 36 horas de inmersión en cualquier elemento líquido sin sufrir desperfectos. Pero lo difícil es encontrarlos en caso de accidente” (BERNAUS, 2020). Este elemento ha sido muy útil para el derecho como mecanismo de prueba, pero la caja negra que trataremos en este apartado es un concepto de la ingeniería de sistemas.

En temas de computación la caja negra se relaciona con los algoritmos usados por los ingenieros en la programación de los sistemas, los cuales se desarrollan con el uso de datos o a través de redes neuronales. Si estos algoritmos son suficientemente conocidos será una caja blanca, si son poco o nada conocidos, serán una caja negra.

La caja negra<sup>9</sup> se refiere a un algoritmo del cual no se conoce el contenido de la función, no es claro cómo el algoritmo fue estructurado, cómo fue programado o

<sup>9</sup> “Caja negra es un término técnico que se aplica a la forma en que se estudia un sistema principalmente en términos de sus características de entrada y salida. Un algoritmo de caja negra

en general cómo internamente funciona para lograr el resultado final que emite. Es algo similar a los créditos pre-aprobados de los bancos, para los cuales se solicitan unos datos, pero no sabemos que hacen con esos datos o como los contrastan, aunque finalmente nos confirmen que “su crédito fue aprobado”.

A contracara se encuentra la caja blanca (UDERROBA, 2019), un sistema diseñado con pleno conocimiento de la estructura interna del algoritmo y del programa, así que se conoce el sistema interno, su forma de procesar y por tanto, es más fácil entender las decisiones que toma el algoritmo a partir de la caja blanca que de la caja negra. En la caja blanca, la función del sistema es verificable a través del seguimiento que se puede hacer en su programación.

Gerardo SIMARI<sup>10</sup>, explica con toda claridad que por ejemplo un auto, generalmente es visto por su propietario como una caja negra, pues es un instrumento que requiere elementos para funcionar, los cuales provee su dueño –gasolina, aceite–. Este automóvil también tiene una estructura de manejo como asientos, pedales y palanca, perillas de luces, radio, aire acondicionado y motor, pero lo paradójico es que a pesar de que lo utilizamos diariamente, no se sabe cómo funciona al interior. Cuando hay un accidente, por ejemplo, no sabemos qué falló ni mucho menos como repararlo.

En la perspectiva contraria, la caja blanca permite el acceso total a su funcionamiento, es así que, para el mecánico, el auto es una caja blanca porque le puede diagnosticar problemas, arreglar desperfectos y hacerle mantenimiento, aunque no comprenda totalmente como fue ensamblado, sabe de qué partes se compone y donde buscar los daños. En el mismo sentido, el profesor SIMARI explica que también existen las cajas grises, y que nuevamente con el ejemplo del auto es algo de lo que se tiene algún conocimiento, algún aspecto de su mantenimiento. De esta manera la caja gris es un intermedio entre la opacidad total de la caja negra y el acceso total de la caja blanca.

Llevados estos conceptos al ámbito jurídico, genera reflexiones, especialmente con las garantías constitucionales procesales.

---

es aquel en el que el usuario no puede ver la forma interna de funcionamiento del algoritmo” (VICENTE, 2021).

<sup>10</sup> Profesor de la Universidad del Sur, ha dirigido trabajos múltiples en este tema. Por ejemplo, la tesis doctoral de Nicolás ROTSTEIN, véase (RORSTEIN, 2010).

Utilizar sistemas inteligentes, es una gran oportunidad para mejorar la eficiencia de la administración de justicia o de las actividades de los abogados. Es el caso de la aplicación de Prometea<sup>11</sup> (RIVADENEIRA, 2019) en la versión para la corte constitucional colombiana, que ayudará a seleccionar las tutelas más representativas. También es el caso ROSS WATSON (LP Pasión por el derecho, 2020), que trabaja en una firma de abogados modelando soluciones a casos concretos, que posteriormente aplicarán los profesionales del derecho en juicio.

Para el derecho, la caja negra representa un sistema que tiene solamente funciones de entradas y salidas. No se conoce la forma de operar internamente, no se conoce el trasfondo de la salida, por tanto, no se puede argumentar, motivar o explicar el producto final. Sin embargo, aunque esto provoque una disociación con los principios del debido proceso, la caja negra y la caja gris, en sistemas automatizados que sirven de apoyo a la labor judicial, es tolerable.

En tanto estos sistemas inteligentes sean utilizados para apoyar la labor cotidiana de los juristas, puede admitirse la programación en dimensión caja negra o caja gris, porque el juez, el magistrado o el abogado, estarán ahí para corregir y decidir si la propuesta de la máquina es viable o no es viable.

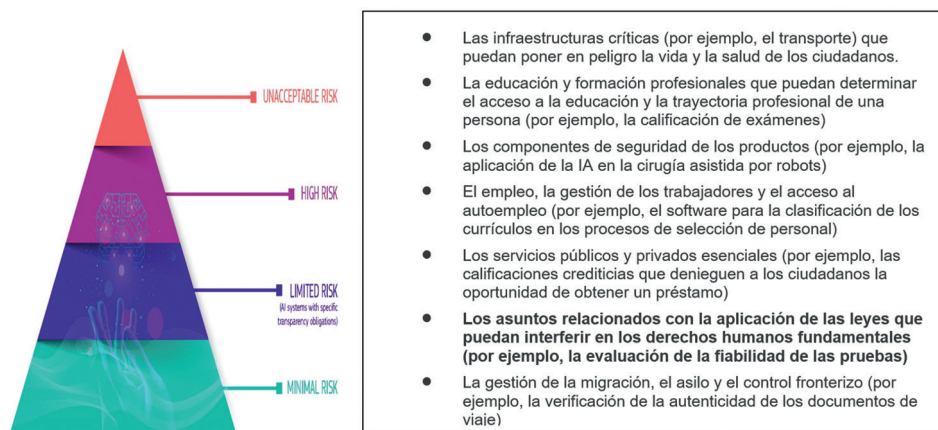
La segunda inquietud se refiere, al uso de los sistemas inteligentes de justicia con la intención de que decidan el conflicto de las partes o de que valoren las pruebas aportadas al proceso. Sobre esta perspectiva de uso ya se han realizado algunos avances, como el caso de Split-up en Australia, un sistema experto, basado en redes neuronales que predice el resultado de las disputas de propiedad en el ámbito del derecho de familia australiano:

Split-up fue creado por Andrew STRANIERI en la Universidad de Melbourne, en Australia, su dominio es el derecho familiar y el subdominio es la partición de bienes, y está proyectado para dar asesoría jurídica sobre la forma en que se deben distribuir los bienes de las partes después de disuelto el vínculo matrimonial, así como quién de los progenitores tendrá a su cargo la guarda y custodia del o los menores (MARTÍNEZ BAHENA, 2012).

<sup>11</sup> Prometea es un sistema inteligente, con programación jurídica.

Este tipo de sistemas autosuficientes, que interactúan con la prueba y que generan resultados probabilísticos requieren una programación de caja blanca. En esta perspectiva, la Unión Europea expidió el reglamento sobre inteligencia artificial (Comisión Europea, 2019), donde se ajustan niveles de riesgo, así:

## ALTO RIESGO



El riesgo inaceptable (Comisión Europea, 2019), implica que se prohibirá todo lo que se considere una amenaza clara para los ciudadanos desde la clasificación social por parte de los Gobiernos a los juguetes que utilicen un asistente de voz que incentive comportamientos peligrosos en los niños.

Es por ello que cuando se trata de la decisión del juez y de la valoración de la prueba, las personas deben saber exactamente cómo funciona el algoritmo para que el consentimiento sea legítimo. En esta perspectiva se interpreta que

... el Art 22.1 reconoce un tratamiento específico, no obstante, también hemos indicado que, dada la redacción y el encuadre legal de este precepto, es imposible negar que este artículo también está reconociendo a los particulares un derecho a no verse sometidos a decisiones individuales automatizadas. Es turno por tanto de analizar la virtualidad de este derecho (PALMA ORTIGOSA, 2019).



## CARLONI afirma que cuando

... los algoritmos que no funcionan por deducción, sino que efectúan predicciones probabilísticas y, por lo tanto, «generan predicciones mediante [un] sistema de aprendizaje propio» (MARTÍN DELGADO, 2019), se plantea en nuevos términos el problema de la compatibilidad con los principios (tradicionales) del derecho administrativo” (CARLONI, 2020, p. 2). Una reflexión aplicable al derecho en general.

Según lo expuesto, y de cara a los nuevos riesgos y daños sociales, se necesita al Estado avalando los sistemas de IA como los sistemas inteligentes de justicia, regulando lo pertinente para que estos sistemas no solamente sirvan para producir dinero o eficiencia, sino para asegurarle a los ciudadanos que el sistema funcionará para la sociedad. Será esta la mejor manera de proteger las garantías constitucionales.

El derecho contemporáneo requiere hacer hincapié en la facultad superior de entender y en la aplicabilidad explícita de la norma a través de la prueba de los hechos, por eso existen el debido proceso y la motivación de la decisión judicial.

### 5. EL DEBIDO PROCESO

El debido proceso es la determinación más correcta, de enfrentamiento entre las partes a través de los principios constitucionales. Por ello, los jueces en cada sentencia deben anteponer a la ley, el derecho fundamental al debido proceso<sup>12</sup> y sus principios integradores de legalidad y legitimidad.

Como afirma (BERNAL PULIDO, 2004, p. 12), el debido proceso es un derecho fundamental en el sentido de que es el correlato subjetivo institucional del principio del discurso, por ello el respeto al debido proceso garantiza en la democracia el respeto a la libertad, la igualdad, los derechos políticos o de participación y los derechos sociales.

El proceso propicia fronteras flexibles para la composición de la tutela judicial efectiva, la cual además es reconocida como garantía en la

<sup>12</sup> Estos cambios hacia las garantías del Estado Constitucional y de Derecho son para Colombia una realidad con la Constitución de 1991 (Constitución Política de la República de Colombia, 1991).

Convención Americana de los Derechos Humanos, al adoptar las siguientes garantías judiciales:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...] (Convención Americana Sobre Derechos Humanos–Pacto de San José, 1969).

De lo expuesto se deduce que: la tutela judicial efectiva está integrada por un conjunto de principios que se comportan como mandatos de optimización, para que se propicie la eficacia de las reclamaciones ciudadanas ante el poder jurisdiccional.

Entre ellos pueden mencionarse, en relación directa con el debido proceso judicial: la prevalencia constitucional, el libre acceso a la justicia, la igualdad material entre las partes y la buena fe procesal, entre otros (Constitución Política de la República de Colombia, 1991)<sup>13</sup>.

Por ello se crean ideales de justicia judicial a través de la tutela judicial efectiva, por lo cual el derecho gira y empieza a centrar su atención en la decisión del Juez. El ideal de justicia social en el proceso promueve unos entornos que se vinculan directamente con los principios de la tutela Judicial efectiva, los cuales prevén, por lo menos, tres elementos estructurales: un acceso real del ciudadano al juez, un proceso eficiente en tiempos y utilización de recursos, y una decisión eficaz.

Conforme a lo expuesto en este artículo, es evidente que vivimos en la sociedad del algoritmo. Muchas de las decisiones, que afectan a nuestras

---

<sup>13</sup> Entre artículos de 1 al 44 (Constitución Política de la República de Colombia, 1991).

vidas, como las que toma el sistema bancario, por ejemplo, no están hechas por humanos, sino por modelos matemáticos. No así el modelo de justicia.

Del proceso judicial se espera, haya cabida plena para las clases menos favorecidas, aquellas clases ignoradas sistemáticamente por los códigos burgueses (TARUFFO, Justicia civil, opción residual o alternativa posible, 1996), compuestas por numerosos humanos que utilizan un gran porcentaje de su tiempo a obtener los recursos necesarios, para sobrevivir.

En reflejo de la responsabilidad social, el ideal de justicia social en el proceso promueve unos entornos que se vinculan directamente con promover una tutela judicial efectiva –real–, a partir del mandato constitucional de lograr un equilibrio justo en la sociedad, desde la propuesta constitucional colombiana, son dos los principios que se relacionan permanentemente con la tutela judicial efectiva: la razonabilidad de la decisión y el principio de publicidad.

El principio de razonabilidad, motivación y valoración racional, poco a poco ha tomado fuerza en la tutela judicial efectiva, como lo ha interpretado la Corte Constitucional en varias de sus sentencias<sup>14</sup>.

Y, es que, en la eficacia de la decisión influyen la razonabilidad de la misma y la capacidad argumentativa del Juez, la cual imprime validez y universalidad de comprensión. Este acto procesal para la terminación del proceso, se deriva de que la Administración de Justicia, como función pública, debe hacer gala de una decisión independiente, por medio de la que se razone con el ordenamiento jurídico, en sentido complejo. Estos son los presupuestos estructurales del deber que tienen los jueces en la motivación de sus decisiones.

Esta obligación –de marco constitucional– está debidamente regulada en el proceso civil colombiano (TARUFFO, Justicia civil, opción residual o alternativa posible, 1996, p. 138), pues allí se afirma que la motivación de la sentencia y de las demás providencias es un deber del juez, y se indica que la motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas, con explicación (Ley 1564, 12 de julio de 2012)<sup>15</sup> razonada de las conclusiones

<sup>14</sup> Véase (Sentencia C-622, 1998); (Sentencia T-442, 1994); (Sentencia T-187, 1993); (Sentencia T-101, 2009), entre otras.

<sup>15</sup> Véase artículo 280 (Ley 1564, 12 de julio de 2012).

sobre ellas y sobre los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios. Estos razonamientos son necesarios para fundamentar las conclusiones, por lo que deben ser expuestos con brevedad, precisión y con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

El principio de publicidad, como segundo eje nodal de la tutela judicial efectiva, tiene una importante vertiente, la cual se relaciona directamente con el derecho democrático que tienen las partes en el proceso. Se reflexiona aquí sobre el diálogo fluido entre juez y las partes en la avanzada del proceso, y, en especial, se trata de la claridad de la decisión que implica que esta pueda ser entendida por cualquier ciudadano, independientemente de su nivel intelectual o social.

Toda esta apropiación, de los principios y garantías constitucionales al proceso, lleva a la superación de la naturaleza del sistema que ha sido configurado o programado a partir de las lógicas de cajas negras o cajas grises, pues se adopta una función finalista compleja: la justa solución del conflicto a partir de la demostración verídica de los hechos, aplicando la Ley y la Constitución.

Así, el proceso, como un conjunto de garantías constitucionales, es un fin en sí mismo y, en este sentido “nada hay más sustancial en la vida del Derecho que el proceso, nada más sustancial que una sentencia” (SENTIS, 1978, p. 67).

A partir de esta afirmación se comprende el valor justicia en el proceso, el cual está dirigido al servicio de la sociedad, lo que aspira a una mayor o mejor comprensión del poder judicial, en el marco de los poderes del Estado Social de Derecho.

Algunos ejemplos de la universalidad de estos componentes garantistas son: Argentina (OTEIZA, 2018) con la Constitución de 1994, la cual permite la recuperación del Estado de Derecho y, por expansión jurisprudencial, el alcance de la garantía de acceder a un proceso justo. Bolivia<sup>16</sup> con la Constitución de 2009, la cual consolida un Estado Unitario Social de Derecho, soberano y democrático. Brasil<sup>17</sup> que, en su Constitución, indica expresamente que “nadie

---

<sup>16</sup> Véase: (Constitución Política del Estado, 2009).

<sup>17</sup> Véase: (Constitución Política, 1988).

será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal” con lo que instituye el derecho fundamental al proceso justo. Y, también Colombia<sup>18</sup> que, en la Constitución de 1991, ordena que el debido proceso protege la defensa, la contradicción, el juez natural, la doble instancia, la legalidad de las formas y la nulidad constitucional en la prueba recogida por medio de alguna violación a los derechos fundamentales.

Estas garantías constitucionales son un límite para posturas radicales de la utilización de sistemas inteligentes incomprensibles, dado que en ellas se promueve la justicia de la decisión como una conquista de los derechos humanos<sup>19</sup>. Así exponen DE OLIVERA y MITIDIERO “el proceso justo se constituye en un principio fundamental para la organización del proceso ya que es el modelo mínimo de actuación en el Estado constitucional” (DE OLIVEIRA & MITIDIERO, 2010, pp. 27-28).

En consecuencia, el juez es el responsable directo de la efectividad de la justicia, para lo que el legislador debe asegurar la protección de las garantías constitucionales y de los derechos fundamentales. En efecto, en Bolivia<sup>20</sup>, “en sintonía con la doctrina procesal moderna<sup>21</sup> se instala al juez como un verdadero director del proceso y se le instituye un generoso y amplio abanico de poderes de autoridad judicial, especialmente la averiguación de la verdad de los hechos y derechos invocados por las partes”. De igual manera, en Colombia los poderes

<sup>18</sup> Véase: artículo 29 de la Constitución Política (Constitución Política de la República de Colombia, 1991).

<sup>19</sup> El debido proceso se ha institucionalizado en diversos instrumentos internacionales que forman parte del derecho internacional de los derechos humanos. Así, encontramos los artículos 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; los artículos 7, 8 y 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; los artículos 18 y 26 de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito el 16 de diciembre de 1966; los artículos 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Pacto de San José de Costa Rica” del 22 de noviembre de 1969, ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, entre muchos otros. Al respecto ver a (CHINCHILLA HERRERA, 1999, p. 58). Según sus enseñanzas se ha concertado llamar derechos fundamentales a los derechos humanos que han adquirido la positivización necesaria en el ordenamiento jurídico nacional, preferentemente en el orden constitucional y que, por lo tanto, logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva.

<sup>20</sup> Véase: (MOSTAJO, 2018).

<sup>21</sup> Véase: (TARUFFO, 2009).

del juez –en la justicia civil– son muy amplios, ya que la Constitución se erige a sí misma como “norma de normas”<sup>22</sup> y en ella se promueve un proceso que se concentre más en la verdad y la justicia<sup>23</sup>.

En Ecuador “cobra gran importancia el juez como director del proceso, su actuación directa va a descubrir la verdad material del proceso y la actuación deficiente o errada de los sujetos procesales, con la finalidad de dictar una sentencia justa en lo posible” (LÓPEZ E., 2018). En el mismo sentido, Honduras determina que “los poderes del juez en la dirección del proceso están ligados con sus obligaciones y responsabilidades, así como con una justicia pronta y eficaz, a efecto de brindar una tutela judicial efectiva” (MARTÍNEZ, 2018).

A su vez, Paraguay “ha posicionado la seguridad jurídica enfrentada con el valor justicia, que expresamente consagra el Código Procesal Civil el cual otorga facultades al juez tanto para dirigir el proceso, como para producir prueba por iniciativa oficiosa” (VILLALBA, 2018). Y, para Uruguay, Pereira sostiene que “el aumento de los poderes-deberes del juez ha demostrado ser un instrumento muy eficaz para la búsqueda de la verdad material de los hechos de la causa y la concreción de una solución de justicia en la sentencia” (PEREIRA, 2018).

Por último, en República Dominicana “se produjo una transformación respecto al papel del juez que pasó de ser un juez pasivo a jugar un rol activo en el proceso civil, en búsqueda de la verdad y de asegurar una buena administración de justicia” (CRECETA, 2018).

Algunos de los sistemas iberoamericanos tienen aún una concepción más tradicional, sin embargo, actualmente están avanzando las reformas a la justicia civil. Como en el caso de Panamá, en el que “las facultades de instrucción concedidas al juez, se encuentran dispersas en la ley de carrera judicial y en el Código Judicial, donde se faculta al juez para que en materia de pruebas y siempre que lo considere conveniente, incorpore pruebas de oficio” (CHEN, 2018).

En el de Chile, cuyo “proceso civil está ad portas de una reforma integral, sin embargo, el juez hoy tiene unos poderes residuales o complementarios”

<sup>22</sup> Véase: artículo 4 de la Constitución Política de Colombia (Constitución Política de la República de Colombia, 1991).

<sup>23</sup> Véase: (Ley 1564, 12 de julio de 2012).

(BORDALI, 2018). En Cuba, donde “el juez puede, en determinados casos, introducir medios de prueba de oficio” (MENDOZA, 2018). En Perú, donde se “reconoce de modo excepcional la prueba de oficio, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes” (PRIORI, 2018). Y, por último, en el Salvador, donde “los poderes con que cuenta el juez para determinar la verdad de los hechos son limitados, pero si puede el juez controlar que las partes actúen con veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal” (MONTESINOS, 2018).

De modo similar, en España “La ley de enjuiciamiento dispone que una vez concluido el proceso y justamente antes de dictar sentencia, el juez “excepcionalmente” pueda acordar de oficio la práctica de prueba en supuestos de insuficiencia probatoria sobrevenida” (NIEVA FENOLL, 2018).

Con lo expuesto, se da cuenta de que en los sistemas procesales iberoamericanos consultados es de nomenclatura constitucional la protección de la justicia y de la verdad a través de un juez que se comporta como director del proceso y como instructor de la prueba. Esto significa que, en respeto de la garantía del debido proceso, no se puede delegar la decisión del juez y la valoración de la prueba a sistemas inteligentes anclados en programaciones de cajas negras, y tampoco de cajas grises.

## CONCLUSIONES

Es una realidad que la sociedad contemporánea avanza aceleradamente hacia la utilización de los sistemas inteligentes en todas las relaciones sociales. De hecho, las actividades más rutinarias se complementan de una manera eficiente con estas propuestas.

El uso indiscriminado de los datos, genera importantes eficiencias en el negocio del Marketing personalizado, donde motores de búsqueda como Google, Apple o Facebook dirigen la información de anuncios publicitarios, según análisis de la personalidad de los usuarios.

Sin embargo, aunque se contabilizan múltiples experiencias de personas “mejoradas” a través de la tecnología, el uso de máquinas para actividades humanas y de sistemas operativos utilizados como asistentes personales, no hay un desarrollo profundo desde el derecho sustantivo, que permita

establecer límites reales a las vulneraciones individuales o colectivas que se están provocando.

De todo ello surgen múltiples cuestionamientos por los sesgos, la discriminación, la inequidad de género, el racismo, y la violencia extrema que se puedan producir. Y más allá de la ley regulatoria de conducta, es un imperativo proteger las más importantes conquistas de la humanidad, definidas como garantías constitucionales, en el debido proceso y la tutela judicial efectiva.



## REFERENCIAS

- ¿Qué es un influencer? *Definición y uso en tu estrategia de marketing*. (2021). Obtenido de Inboundcycle: <https://www.inboundcycle.com/diccionario-marketing-online/que-es-un-influencer>
- Apple. (2021). *Llamadas y mensajes*. Obtenido de Apple.com: <https://www.apple.com/es/siri/>
- ARBOLEDA HOYOS, A. (04 de marzo de 2021). *¿Es ilegal hacer perfilamiento de usuarios de redes sociales?* Obtenido de Elcolombiano: <https://www.elcolombiano.com/colombia/lo-que-dijo-la-corte-suprema-sobre-el-perfilamiento-de-usuario-de-redes-sociales-KE14765285>
- BERNAL PULIDO, C. (2004). *El derecho fundamental al debido proceso*. Medellín: Señal Editora.
- BERNAUS, L. (16 de enero de 2020). *¿Las cajas negras de los aviones son realmente negras?* *La Vanguardia*. Obtenido de <https://www.lavanguardia.com/ocio/viajes/20200116/472905131083/caja-negra-avion-origen-nombre-color-naranja.html>
- BEVAN, K. (28 de diciembre de 2016). *News in brief: Amazon asked for Echo data; Facebook in new fake news row; airline systems 'insecure'*. Obtenido de Nakedsecurity: <https://nakedsecurity.sophos.com/2016/12/28/news-in-brief-amazon-asked-for-echo-data-facebook-in-new-fake-news-row-airline-systems-insecure/>
- BORDALI, A. (2018). Informe de Chile. En M. TARUFFO, D. MITIDIERO, J. NIEVA FENOLL, E. OTEIZA, G. F. PRIORI POSADA, & D. M. RAMÍREZ CARVAJAL. *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- BRENNER, B. (27 de enero de 2017). *Día de privacidad de datos: conocer los riesgos de Amazon de Alexa y Google Inicio*. Obtenido de Nakedsecurity: <https://nakedsecurity.sophos.com/es/2017/01/27/data-privacy-day-know-the-risks-of-amazon-alexa-and-google-home/>

- CARLONI, E. (marzo de 2020). IA, algoritmos y Administración pública en Italia. *Revista de Estudios de Derecho y Ciencia Política*, 30. Obtenido de [https://www.researchgate.net/publication/339633312\\_IA\\_algoritmos\\_y\\_Administracion\\_publica\\_en\\_Italia/fulltext/5e5da84a92851cefa1d6a6c5/IA-algoritmos-y-Administracion-publica-en-Italia.pdf](https://www.researchgate.net/publication/339633312_IA_algoritmos_y_Administracion_publica_en_Italia/fulltext/5e5da84a92851cefa1d6a6c5/IA-algoritmos-y-Administracion-publica-en-Italia.pdf)
- CELLAN-JONES, R. (11 de noviembre de 2016). *Elecciones en Estados Unidos: ¿fue Facebook la clave para el triunfo de Donald Trump?* Obtenido de BBC: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-37946548>
- CHEN, M. C. (2018). Informe de Panamá. En M. Taruffo, D. Mitidiero, J. Nieva Fenoll, E. Oteiza, G. E. Priori Posada , & D. M. Ramírez Carvajal, *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- CHINCHILLA HERRERA, T. E. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá, D.C.: Temis S.A.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. (junio de 2016). El uso de las nuevas tecnologías y los derechos humanos. *Revista mensual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, 6(14). Obtenido de [https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2016/09/dfensor\\_06\\_2016.pdf](https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2016/09/dfensor_06_2016.pdf)
- Comisión Europea. (2019). *Excelencia y confianza en la inteligencia artificial*. Obtenido de EC.Europa: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence\\_es](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_es)
- Constitución Política. (1988). Asamblea Nacional Constituyente. Río de Janeiro, Brasil. Obtenido de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br117es.pdf>
- Constitución Política de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Constitución Política del Estado. (07 de febrero de 2009). Asamblea Constituyente y el poder originario de pueblo. La paz, Bolivia. Obtenido de [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos–Pacto de San José. (7 a 22 de noviembre de 1969). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José. San José, Costa Rica: Gaceta Oficial

- No. 9460 del 11 de febrero de 1978. Obtenido de [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- CRECETA, J. (2018). Informe de República Dominicana. En M. TARUFFO, D. MIRIDIERO, J. NIEVA FENOLL, E. OTEIZA, G. F. PRIORI POSADA, & D. M. RAMÍREZ CARVAJAL. *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- DE OLIVEIRA, Á., & MITIDIERO, D. (2010). *Cursos de Processo Civil* (Vol. I). Sao Pablo: Atlas.
- Decine21. (06 de octubre de 2014). “Los supersónicos, La película” (Jetsons: The Movie)–Trailer VO. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=DNzg5fIpKLw>
- DREIFUS, C. (02 de agosto de 2019). *Un experto en inteligencia artificial quiere detener a los robots asesinos*. Obtenido de <https://www.infobae.com/america/the-new-york-times/2019/08/02/un-experto-en-inteligencia-artificial-quiere-detener-a-los-robots-asesinos/>
- DW. (08 de septiembre de 2020). *Educado pero amoral: GPT-3, inteligencia artificial capaz de escribir libros*. Obtenido de <https://www.dw.com/es/educado-pero-amoral-gpt-3-inteligencia-artificial-capaz-de-escribir-libros/a-54858316>
- FERNÁNDEZ, M. (04 de octubre de 2019). *Drones kamikaze que destrazan a otros drones. Esta empresa se adelanta al futuro*. Obtenido de El Español–Omicrono: [https://www.lespanol.com/omicrono/hardware/20191004/drones-kamikaze-destrozan-drones-empresa-adelanta-futuro/434206959\\_0.html](https://www.lespanol.com/omicrono/hardware/20191004/drones-kamikaze-destrozan-drones-empresa-adelanta-futuro/434206959_0.html)
- FERNÁNDEZ, Y. (15 de febrero de 2021). *Qué es Alexa, qué puedes hacer con él y qué dispositivos son compatibles*. Obtenido de Xataka: <https://www.xataka.com/basics/que-alexa-que-puedes-hacer-que-dispositivos-compatibles>
- France 24 Español. (08 de mayo de 2019). *China clasifica a los buenos y malos ciudadanos a través del crédito social*. Obtenido de [https://www.youtube.com/watch?v=pZu9N-3yn\\_M](https://www.youtube.com/watch?v=pZu9N-3yn_M)
- GALLIEANO, A. (septiembre-octubre de 2019). *¿Hacia un futuro transhumano?* Obtenido de Nuso N°283: <https://www.nuso.org/articulo/hacia-un-futuro-transhumano/>

- GARCÍA BLANCA, J. (septiembre de 2016). ¿Se usan los móviles como método de control social? *Revista mensual de Salud y Medicina* (196). Obtenido de Dsalud: <https://www.dsalud.com/reportaje/reportajese-usan-los-moviles-metodo-control-social/>
- GARCÍA, G. (20 de abril de 2021). *El extraño accidente mortal de un Tesla Model S sin conductor y sin Autopilot*. Obtenido de Híbridosyelectricos: <https://www.hibridosyelectricos.com/articulo/actualidad/extrano-accidente-mortal-tesla-model-s-conductor-autopilot/20210420120205044410.html>
- HARBISSON, N. (2012). *Neil Harbisson: Escucha el color*. Obtenido de [https://www.ted.com/talks/neil\\_harbisson\\_i\\_listen\\_to\\_color/up-next?language=es](https://www.ted.com/talks/neil_harbisson_i_listen_to_color/up-next?language=es)
- JAIMOVICH, D. (23 de marzo de 2018). *El cerebro humano detrás de Aiva, el primer robot en ser reconocido oficialmente como compositor*. Obtenido de <https://www.infobae.com/tecnologia/2018/03/23/el-cerebro-humano-detras-de-aiva-el-primer-robot-en-ser-reconocido-oficialmente-como-compositor/>
- JAIMOVICH, D. (01 de diciembre de 2019). *Transhumanistas y cyborgs: chips, antenas y cámaras en el cuerpo para desafiar los límites de la vida*. Obtenido de <https://www.infobae.com/america/2019/12/01/transhumanistas-y-cyborgs-chips-antenas-y-cameras-en-el-cuerpo-para-desafiar-los-limites-de-la-vida/>
- JAIMOVICH, D. (05 de enero de 2021). *La propuesta de Microsoft para “hablar” con seres queridos que ya están muertos*. Obtenido de <https://www.infobae.com/america/tecnologia/2021/01/05/la-propuesta-de-microsoft-para-hablar-con-seres-queridos-que-ya-estan-muertos/>
- JIMÉNEZ DE LUIS, Á. (28 de julio de 2017). Facebook apaga una inteligencia artificial que había inventado su propio idioma. Obtenido de <https://www.elmundo.es/tecnologia/2017/07/28/5979e60646163f5f688b4664.html>
- Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República. *or medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#1)
- LLINAS, R. (2012). *El cerebro y el miro del yo*. Bogotá, D.C., Colombia: 2002.

- LÓPEZ , E. (2018). Informe de Ecuador. En M. TARUFFO , D. METIDIERO , J. NIEVA FENOLL, E. OTEIZA, G. F. PRIORI POSADA, & D. RAMÍREZ CARVAJAL. *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- LÓPEZ, J. C. (12 de enero de 2021). *Samsung Bot Care y Bot Handy: estos robots para el hogar quieren ser nuestro asistente personal y encargarse de las tareas domésticas*. Obtenido de Xataka: <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/samsung-bot-care-bot-handy-caracteristicas-precio-ficha-tecnica>
- LP Pasión por el derecho. (08 de enero de 2020). Ross, el primer abogado robot que litiga usando inteligencia artificial. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=Ood98aNXpLc>
- MARÍN, N. (25 de marzo de 2021). *La Comisión en Chile que busca una sociedad protegida de la tecnología*. Obtenido de El Espectador: <https://www.elespectador.com/mundo/america/la-comision-en-chile-que-busca-una-sociedad-protegida-de-la-tecnologia-article/>
- MARTÍNEZ BAHENA, G. C. (05 de septiembre/diciembre de 2012). La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho. *Revistas ALEGATOS*(82), 827-846. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf>
- MARTÍNEZ, M. E. (2018). Informe de Honduras. En M. TARUFFO, D. MITIDIERO, J. NIEVA FENOLL, E. OTEIZA, G. F. PRIORI POSADA, & D. M. RAMÍREZ CARVAJAL. *Los principios procesales de la jsuticia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- MENDOZA, J. (2018). Informe de Cuba. En M. TARUFFO, D. MITIDIERO, E. OTEIZA, G. F. PRIORI POSADA, D. M. RAMÍREZ CARVAJAL, & J. NIEVA FENOLL, *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- METZ, R. (10 de abril de 2018). El chatbot racista de Microsoft, el mejor ejemplo a evitar para la IA. (M. Díaz, Trad.) Obtenido de <https://www.technologyreview.es/s/10110/el-chatbot-racista-de-microsoft-el-mejor-ejemplo-evitar-para-la-ia>
- MONTESINOS, M. (2018). Informe de El Salvador. En M. Taruffo, D. Mitidiero, J. Nieva Fenoll, E. Oteiza, G. F. Priori Posada, & D. M. Ramírez Carvajal. *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- MOSTAJO, J. (2018). Principios procesales en iberoamérica. En M. Taruffo, *Los principios procesales de la justicia civil en Iberomérica*. Lima: Palestra.

- NIEVA FENOLL, J. (2018). Informe de España. En M. TARUFFO, D. MITIDIERO, J. NIEVA FENOLL, E. OTEIZA, G. F. PRIORI POSADA, & D. M. RAMÍREZ CARVAJAL. *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- OTEIZA, E. (2018). Informe de Argentina en Taruffo. En M. TARUFFO. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- PALMA ORTIGOSA, A. (30 de mayo de 2019). *Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos*. Obtenido de Laadministracionaldia: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509629>
- PEREIRA, S. (2018). Informe de Uruguay. En M. TARUFFO, D. MITIDIERO, J. NIEVA FENOLL, E. OTEIZA, G. F. PRIORI POSADA, & D. M. RAMÍREZ CARVAJAL. *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- PÉREZ, E. (09 de abril de 2021). *El mono jugando al Pong es la primera demostración de Neuralink, el proyecto de Elon Musk para conectar el cerebro con los ordenadores*. Obtenido de <https://www.xataka.com/investigacion/mono-jugando-al-pong-primera-demostracion-neuralink-proyecto-para-conectar-cerebro-ordenadores-elon-musk>
- PRIORI, G. (2018). Informe de Perú. En M. TARUFFO, D. MIRIDIERO, J. NIEVA FENOLL, E. OTEIZA, G. F. PRIORI POSADA, & D. M. RAMÍREZ CARVAJAL. *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- RAJAN, A. (14 de octubre de 2017). *¿Es la acumulación de datos el petróleo del siglo XXI?... Piénsalo de nuevo*. Obtenido de BBC: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-41600755>
- RICO CARILLO, M. (s.f.). El impacto de internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión. *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 19(03), 331-349. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32923.pdf>
- RIVADENEIRA, J. C. (22 de marzo de 2019). Prometea, inteligencia artificial para la revisión de tutelas en la Corte Constitucional. *Ambito Jurídico*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/prometea-inteligencia-artificial-para-la>
- RORSTEIN, N. D. (2010). Un marco argumentativo abstracto Dinámico. Bahía Blanca, Argentina: Universidad Nacional de Sur.

- Sentencia C-622. (04 de noviembre de 1998). Corte Constitucional. *M.P.: Fabio Morón Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Expediente D-2046. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-622-98.htm>
- Sentencia T-101. (19 de febrero de 2009). Corte Constitucional. *M.P.: Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-2014726. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-101-09.htm>
- Sentencia T-187. (12 de mayo de 1993). Corte Constitucional. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia: Ref: Expediente T-8669. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-187-93.htm>
- Sentencia T-442. (11 de octubre de 1994). Corte Constitucional. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C., Colombia: Expediente T- 39775. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-442-94.htm>
- SENTIS, S. (1978). *La prueba, los grandes temas del dercho probatorio*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa América.
- TARUFFO, M. (1996). Justicia civil, opción residual o alternativa posible. *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, 135-150. Obtenido de ISBN 84-8164-095-6
- TARUFFO, M. (2009). *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Uderroba. (29 de julio de 2019). Informática I: U6–Pruebas de caja blanca. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=mTv9joLLxBg>
- Universia. (19 de febrero de 2018). *Los posibles riesgos de los asistentes virtuales como Siri*. Obtenido de Universia.net: <https://www.universia.net/es/actualidad/habilidades/posibles-riesgos-asistentes-virtuales-como-siri-1158254.html>
- VICENTE, J. (2021). *¿Qué es un algoritmo de caja negra?* Obtenido de Human Level: <https://www.humanlevel.com/diccionario-marketing-online/algoritmos-caja-negra>
- VILLALBA, P. (2018). Informe de Paraguay. En M. TARUFFO, D. MITIDIERO, J. NIEVA FENOLL, E. OTEIZA, G. F. PRIORI POSADA, & D. M. RAMÍREZ CARVAJAL. *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.

ZHONG, R., & MOZUR, P. (17 de febrero de 2020). China recurre a un control social al estilo de Mao para frenar el coronavirus. *Nytimes.com*. Obtenido de <https://www.nytimes.com/es/2020/02/17/espanol/mundo/coronavirus-vigilancia-china.html>





Esta obra se terminó de imprimir  
el 28 de julio de 2021  
en los talleres gráficos de  
Grupo Editorial Ibáñez  
con un tiraje de 1 a 500 ejemplares  
Cra. 69 Bis No. 36-20 Sur  
Tels: 2300731 - 2386035  
Bogotá D.C. - Colombia



