



DISPUTATIO

Diálogos entre derecho procesal y
derecho sustantivo



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

Facultad de Derecho
Instituto de Posgrados
Centro de Investigaciones
Socio jurídicas
Grupo de Investigación en
Derecho Privado y del Proceso
"Gustavo Vanegas Torres"

**Jenner Alonso
Tobar Torres**

**Eduardo Andrés
Velandia Canosa**

Editores científicos

LOS AUTORES

Christian Camilo Ayala Morales

Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada (2018). Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá.

Giannella Andrea Correa Barón

Abogada egresada de la Universidad Antonio Nariño, Sede Duitama. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá.

Fredy Alexander Chávez Novoa

Abogado de la Corporación Universitaria del Meta – Unimeta (2018). Diplomado en Derecho Administrativo (2019). Técnico por Competencia Laboral en Avalúos de Bienes Muebles, Inmuebles y Especiales del Instituto Tecnológico de Armenia (2019). Diplomado en Fundamentos de Derechos Humanos (2020). Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá (2021).

Luisa Maria Gutiérrez Ramírez

Abogada Egresada de la Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Escribiente del Juzgado Promiscuo Municipal de Útica Cundinamarca.

Sergio Leonardo Pedraza Severo

Abogado de la Universidad Libre. Magíster en Democracia y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca (España). Especializado en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Actualmente se desempeña como juez segundo promiscuo municipal de Villeta (Cundinamarca, Colombia).

Deccy Liliana Rico Parra

Abogada de la Universidad Santo Tomás. Secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Albán, Cundinamarca. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá.

Wagner Rivas Ramírez

Abogado egresado de la Universidad Tecnológica del Chocó, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Oficial Mayor del Juzgado Segundo Civil Municipal de Quibdó.



DISPUTATIO

**Diálogos entre derecho procesal y
derecho sustantivo**

Investigaciones del Programa de Especialización
en Derecho Procesal de la Universidad Libre



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

**Facultad de Derecho
Instituto de Posgrados
Centro de Investigaciones
Socio jurídicas
Grupo de Investigación en
Derecho Privado y del Proceso
"Gustavo Vanegas Torres"**

**Jenner Alonso
Tobar Torres**

**Eduardo Andrés
Velandia Canosa**

Editores científicos

Disputatio: diálogos entre derecho procesal y derecho sustantivo / Jenner Alonso Tobar Torres, Eduardo Andrés Velandia Canosa, editores científicos. -- Bogotá : Universidad Libre, 2022.

175 p. ; il.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN digital: 978-628-7580-06-0

ISBN impreso: 978-628-7580-05-3

1. Procedimiento penal 2. Procesos (Derecho) 3. Derecho procesal
I. Tobar Torres, Jenner Alonso, ed. II. Velandia Canosa, Eduardo Andrés, ed.

347.05

SCDD 23

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

ISBN digital: 978-628-7580-06-0

ISBN impreso: 978-628-7580-05-3

Disputatio. Diálogos entre derecho procesal y derecho sustantivo

© *Autores:* Christian Camilo Ayala Morales, Giannella Andrea Correa Barón, Fredy Alexander Chávez Novoa, Luisa María Gutiérrez Ramírez, Sergio Leonardo Pedraza Severo, Deccy Liliana Rico Parra, Wagner Rivas Ramírez, Diana Rocío Rojas Sosa, Devid Alberto Rosso Mora, Johanna Marcela Sánchez Parra, Margarita Rosa Sandoval Gómez, Anderson Vergara Bustos, Angie Carolina Vivas Castiblanco

© Universidad Libre

Bogotá D.C. Colombia

Primera edición: julio de 2022

Queda hecho el depósito que ordena la ley

Editorial: Universidad Libre

Editores científicos: Jenner Alonso Tobar Torres, Eduardo Andrés Velandia Canosa

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 n.º 5-80, Tel: 3821000, Bogotá D.C.

Diseño y diagramación: Diana Guayara V. - eykon.graffein@gmail.com

Producción: AF&M Producción Gráfica S.A.S. - afmproducciongrafica@gmail.com



«Atribución-No comercial-Sin derivar»



BY – Otros pueden copiar, distribuir y mostrar la obra, pero deben otorgar crédito al autor.



NC – Otros pueden copiar, distribuir y mostrar la obra, pero solo con propósitos no comerciales.



ND – Otros pueden copiar, distribuir y mostrar la obra, pero no modificarla.

creative commons



UNIVERSIDAD LIBRE®
Vigilada Mineducación

DIRECTIVAS

Jorge Alarcón Niño
Presidente Nacional

Jorge Gaviria Liévano
Vicepresidente

Édgar Sandoval Romero
Rector Nacional

Floro Hermes Gómez Pineda
Secretario General

Ricardo Zopó Méndez
Censor Nacional

María Elizabeth García González
Presidenta Sede Principal

Fernando Arturo Salinas Suárez
Rector Sede Principal

Ciro Nolberto Güecha Medina
Decano Facultad de Derecho Sede Principal

Ana Rocío Niño Pérez
Secretaria Académica Facultad de Derecho

Gustavo José Rojas Páez
Director Centro de Investigaciones Facultad de Derecho

Nohora Elena Pardo Posada
Directora Instituto de Posgrados Facultad de Derecho

Contenido

<i>Presentación</i>	9
<i>Contraste en la obtención e incorporación de la prueba digital con lo reglado en España</i>	11
FREDY ALEXANDER CHÁVEZ NOVOA CHRISTIAN CAMILO AYALA MORALES	
<i>El juramento estimatorio como medio de prueba en los procesos verbales sumarios de protección al consumidor</i>	27
GIANNELLA ANDREA CORREA BARÓN MARGARITA ROSA SANDOVAL GÓMEZ	
<i>El dilema de la plena identificación de extranjeros indocumentados en el proceso penal colombiano</i>	45
SERGIO LEONARDO PEDRAZA SEVERO	
<i>El estándar de la prueba electrónica documental en el proceso ejecutivo</i>	65
DECCY LILIANA RICO PARRA	
<i>La mujer transgénero y el reconocimiento de los derechos pensionales en el régimen de prima media. Aproximaciones del impacto económico de su implementación en Colombia</i>	93
DIANA ROCÍO ROJAS SOSA	
<i>Justicia digital. Un análisis de la transformación digital del sector judicial en Colombia</i>	105
DEVID ALBERTO ROSSO MORA LUISA MARÍA GUTIÉRREZ RAMÍREZ	



*La minería de subsistencia, desafíos reglamentarios y regulatorios
para su control ambiental* 127
ANDERSON VERGARA BUSTOS

*Terminación del contrato de trabajo frente al fuero de salud.
Una aproximación desde la perspectiva del empleador en Colombia* 145
ANGIE CAROLINA VIVAS CASTIBLANCO

*Disyuntivas y formalidades absurdas derivadas de la anacronía de recurso
extraordinario de casación ante la interpretación quimérica del ad quem* 161
WAGNER RIVAS RAMÍREZ
JOHANNA MARCELA SÁNCHEZ PARRA



Presentación

Uno de los pilares académicos de la Universidad Libre es el desarrollo y fortalecimiento de la investigación científica y formativa para buscar soluciones teóricas y prácticas que contribuyan al desarrollo y al progreso de los sectores educativo, económico, social y político de los colombianos.

Comprometida con este objetivo, la Facultad de Derecho, a través de su Centro de Investigaciones Socio jurídicas, y del Instituto de Posgrados, fomenta continuamente entre los estudiantes de todos sus programas el tratamiento analítico e investigativo de las diferentes problemáticas sociales y jurídicas.

Por este motivo, dentro del programa de Especialización en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho, se busca la formación de profesionales integrales que, al mismo tiempo que dominan los conocimientos disciplinares propios del saber legal, cuentan con la capacidad para analizar e investigar en diversas problemáticas sociojurídicas donde se evidencian encuentros y tensiones entre las normas de derecho procesal y las normas sustantivas en las diferentes áreas del derecho.

El presente trabajo recoge las más sobresalientes investigaciones elaboradas por los estudiantes del programa de Especialización en Derecho Procesal en 2020. Estas investigaciones resultan valiosas no sólo por los rigurosos análisis, reflexiones y resultados que cada una de ellas expone, sino porque reflejan plenamente el compromiso, sacrificio y dedicación de cada uno de los autores, quienes lograron alcanzar excelentes resultados de investigación durante un muy difícil año en el que todos debimos asumir ingentes desafíos a nivel personal, familiar y social.

De la misma forma, este libro de investigación surge como evidencia del amplio compromiso de los docentes del programa de Especialización en Derecho Procesal; en especial de aquellos docentes de metodología de la investigación que se encargaron de orientar a los autores para alcanzar los resultados que hoy se presentan.

Se deja, entonces, a disposición de la comunidad académica y jurídica este producto de investigación, que pretende suscitar reflexiones que terminen materializando las acciones de cambio y transformación necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento de los postulados constitucionales, en favor de toda la ciudadanía.

EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA
JENNER ALONSO TOBAR TORRES



Contraste en la obtención e incorporación de la prueba digital con lo reglado en España

Comparison between the obtaining and incorporation of the digital proof according to the regulation in Spain

Fredy Alexander Chávez Novoa*
Christian Camilo Ayala Morales**

Resumen

De acuerdo con el desarrollo tecnológico y social que se ha venido produciendo con el paso del tiempo, la prueba digital ha sido abordada de forma diferente con el fin de regularla e implementarla dentro de trámites legales. Por ello, el presente artículo pretende comparar la obtención e incorporación de la prueba digital, a partir de sus diferentes fuentes en Colombia y España. Por consiguiente, se desarrolló el tema de manera descriptiva con metodología cualitativa para, finalmente, elaborar un paralelo entre estos países con evolución legal totalmente diferente, teniendo en cuenta información de fuentes primarias (leyes y jurisprudencia) y secundarias (artículos y trabajos investigativos). Además, se utilizó la técnica de revisión y análisis documental, así como la observación directa para concluir que, en los dos países, dicho medio probatorio es tratado como una prueba documental; lo cual deja entrever que, a pesar de que el desarrollo legal de la prueba digital en Colombia y España no se dio a la par, guardan gran similitud.

Palabras clave: prueba digital, obtención, incorporación, fuentes de prueba digital

Abstract

According to the technological and social development that has been occurring over time, digital evidence has been approached differently to regulate and implement it in legal proceedings. Therefore, this article aims to compare the obtaining and incorporation of digital evidence, from its different sources in Colombia and Spain. Consequently, the topic was developed in a descriptive manner with qualitative methodology to finally elaborate a parallel between these countries with totally different legal evolution, considering information from primary sources (laws and jurisprudence) and secondary sources (articles and research papers). In addition, the technique of documentary review and analysis was used, as well as direct observation to conclude that, in both countries, this evidentiary means is treated as documentary evidence, which suggests that, although the legal development of digital evidence in Colombia and Spain did not occur at the same time, they are very similar.

Keywords: digital proof, obtaining, incorporation, source of digital proof

* Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada (2018). Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Correo: camiloayala2493@gmail.com.

** Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada (2018). Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Correo: camiloayala2493@gmail.com.



1. Introducción

La prueba digital ha cobrado una gran importancia en los sistemas judiciales del mundo entero, gracias al avance tecnológico que ha ido desarrollándose en diversas áreas; por tanto, se hace necesario ahondar en la forma como ha sido estudiada y regulada para abordarla así mismo y tenerla en cuenta dentro de un trámite procesal en que se deba utilizarla para demostrar sustentos fácticos alegados por las partes.

En Colombia, la *prueba digital* es un recurso probatorio, válido desde la expedición de la Ley 527 de 1999; además, en el Código General del Proceso, se hace alusión a la referenciada Ley mediante los artículos 103 y 243. Ahora, la dicotomía se encuentra en la manera como los elementos probatorios deben ser recolectados e incorporados, sin que en esta haya ilegalidad, pues, como se mencionaba, existen dos normas vigentes y, en ellas, dos criterios de valoración diferentes, lo cual hace que tanto abogados como peritos, al querer usar dicho material, no tengan claros los requisitos para su recolección; lo que conduce a la ilicitud en el momento de su obtención.

En España, para obtener esta prueba, se otorgan ciertas facultades a autoridades y personas, pero, normalmente, estas potestades son extralimitadas y hacen que la validez de esta se vea afectada, concibiendo que sea inútil tal material probatorio dentro del trámite procesal; sin embargo, como no todos los elementos digitales son recolectados de forma ilegal, aquellas que fueron copiadas sin vulnerar derechos fundamentales a los sujetos, se debe salvaguardar que su cadena de custodia o la validez de esta subsista para que, en el momento de ser aportada al proceso, se pueda realizar la valoración y alcanzar el fin pretendido.

Por consiguiente, es necesario establecer y analizar las diferencias y similitudes con respecto a la obtención e incorporación de la prueba digital (chats y material audiovisual de redes sociales, páginas web), en paralelo entre Colombia y España, lo cual servirá para dilucidar las falencias o causas por las cuales se presenta la violación de derechos en la adquisición de aquellos medios probatorios.

1.1 Problema de investigación y metodología

¿Cómo se encuentra Colombia frente a España con respecto a la regulación y métodos para obtener e incorporar la prueba digital con el fin de no vulnerar derechos fundamentales y preservar su validez?

Ante la situación planteada, el presente texto descriptivo con metodología cualitativa pretende desarrollar el tema para, luego, elaborar un paralelo entre dos legislaciones de países con evolución legal totalmente diferente con el fin de observar similitudes y diferencias respecto de la obtención e incorporación de la prueba digital en el trámite

procesal; teniendo información de fuentes primarias (leyes, jurisprudencia y diversas normas) y secundarias (artículos, revistas de investigación, trabajos investigativos), y utilizando la técnica de revisión y análisis documental, así como la observación directa.

2. Prueba y medios de prueba

2.1 Definición de prueba

Son diversas las definiciones que se han planteado al respecto, pero se hará alusión a algunas de ellas para abordar distintos puntos de vista en el intento de conceptualizar la *prueba*.

En la tesis doctoral titulada *Tratamiento procesal de la prueba tecnológica* (Arrabal Platero, 2019, p. 35), se menciona un aparte del libro *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* de Albaladejón García (1991) en donde se indica que “la prueba es la actividad que compara la afirmación sobre unos hechos y la realidad de estos mismos con la finalidad de convencer al juez”.

Según Castro (1989, p. 143), “la prueba constituye el procedimiento de probar o acreditar los hechos afirmados”, una definición que no se aleja de la realidad ni de la intención de diversos estudiosos de establecer qué es la prueba.

Una última definición sobre prueba que se menciona aquí es la de Taruffo, quien señala lo siguiente:

La prueba judicial desarrolla una función demostrativa, en cuanto provee un fundamento cognoscitivo y racional para la selección que el juez realiza individualizando una versión atendible y verídica de los hechos relevantes de la causa, y justificando racionalmente tal elección. (1997, p. 573)

Como puede verse en las anteriores definiciones, estas llegan a un punto en común, en el cual *probar* es demostrar, acreditar, eliminar una duda sobre algo que se aduce, de conformidad con la prueba que se emplee para tal fin.

Vale la pena, entonces, identificar cada uno de los medios de prueba existentes en Colombia y España para, finalmente, desarrollar el medio probatorio objeto de esta investigación, es decir, la prueba digital.

2.2 Medios de prueba en Colombia

Para referirse a ellos, es necesario remitirse a la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso (C.G.P), específicamente al artículo 165, que reglamenta lo siguiente:

Medios de prueba: Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes, o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales. (Congreso de la República de Colombia, 2012)

A continuación, se presenta cada uno de los medios mencionados en el artículo 165:

- **Declaración de parte:** Es la que rinde u ofrece alguna de las partes dentro del proceso judicial en el que se encuentra inmersa; en el artículo 191 y siguientes del C.G.P., se puede encontrar el desarrollo normativo de este medio.
- **Confesión:** Es la que realiza alguna de las partes dentro el proceso judicial, en la que acepta un hecho como cierto y, como consecuencia de ello, le acarrearán efectos jurídicos adversos o beneficiosos. También se encuentra desarrollado dentro del C.G.P., a partir del artículo 191 y siguientes.
- **Juramento:** Será el que realice la parte demandante para sustentar sus pretensiones. Se puede encontrar en el artículo 206 del C.G.P.
- **Testimonio de terceros:** Es un acto procesal que realiza una persona ajena al proceso judicial, sobre hechos de los cuales tiene conocimiento. Tiene sustento normativo en el artículo 221 del C.G.P.
- **Dictamen pericial:** Es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos; sobre un sustento fáctico o materia objeto de controversia, cada sujeto podrá presentar un solo dictamen pericial. Se fundamenta en el artículo 226 del C.G.P.
- **Inspección judicial:** Es la que el operador judicial realiza en el lugar de los hechos materia de litigio para poder percibir un mejor panorama a través de los sentidos y la experiencia técnica. Se fundamenta en el artículo 236 del C.G.P.
- **Documentos:** Se consideran documentos todos aquellos elementos u objetos que puedan expresar la voluntad o declaración de una persona en un texto. El sustento y desarrollo de estos se encuentra en los artículos 243 a 274 del C.G.P.
- **Indicios:** Son hechos que se presumen ciertos, con los cuales se pretende reconstruir un hecho que es materia de litigio. Estos se pueden observar en los artículos 240 a 242 del C.G.P.
- **Informes:** Son los que realizan personas de entidades privadas o públicas sobre un hecho, o personas expertas y técnicas en una materia científica o cultural, para obtener una mejor percepción de un hecho. Estos se fundamentan en los artículos 275 a 277 del C.G.P.

Prosiguiendo con el desarrollo de los medios de prueba, concierne ahora hacer referencia a estos medios en España y su legislación.

2.3 Medios de prueba en España

Para referirse a ellos, es necesario remitirse a la Ley de Enjuiciamiento Civil, específicamente al artículo 299, que establece lo siguiente:

Medios de prueba: 1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial, interrogatorio de testigos. 2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. 3. Cuando, por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que, en cada caso, resulten necesarias. (Cortes Generales de España, 2000)

A continuación, se presentan cada uno de los medios mencionados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.):

- **Interrogatorio de las partes:** Es aquella manifestación hecha por una persona denominada “interrogada” con el fin de que se refiera a hechos del proceso para controvertir así estos mismos; al respecto, se puede encontrar desarrollo de este medio en los artículos 301 a 316 de la L.E.C.
- **Documentos públicos:** Con respecto a estos, es posible observar que, tanto en el Código Civil como en la L.E.C, se hace mención de ellos; en la primera norma, en el artículo 1216, que señala que son “los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley” (Ministerio de Gracia y Justicia, 1889), sin dar mayor indicación de estos; en la segunda norma, se mencionan las clases de cada uno, dependiendo de quién los emita o el acto por el que se crean. En relación con este medio probatorio, se puede encontrar desarrollo en los artículos 317 a 323 de la L.E.C.
- **Documentos privados:** Como ocurre con los documentos públicos, se hallan dos normas que hablan sobre estos. El artículo 1225 del Código Civil indica que “el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieran suscrito y sus causahabientes” (Ministerio de Gracia y Justicia, 1889), mientras que el artículo 324 de la L.E.C. señala: “Clases de documentos privados. Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317” (Cortes Generales de España, 2000). Los artículos 324 a 327 de la L.E.C. hablan sobre este tipo de medio probatorio.

- **Dictamen de peritos:** Son aquellos informes elaborados por una persona experta en un arte, oficio o ciencia para ser rendidos o servir de apoyo dentro de un trámite procesal con el fin de esclarecer un hecho en controversia. Respecto de este medio probatorio, su regulación se encuentra en los artículos 335 a 352 de la L.E.C.
- **Reconocimiento judicial:** Es el realizado por el juez, cuando se requiere el esclarecimiento o apreciación de un hecho a través de la verificación de un lugar u objeto, o, incluso, de una persona para esclarecer una duda en relación con esta. En cuanto a este medio probatorio, se puede encontrar en la L.E.C. el trámite, en los artículos 353 a 359.
- **Interrogatorio de testigos:** Son las manifestaciones hechas por personas que tengan conocimiento con respecto a un hecho controvertido en el debate procesal en desarrollo, y sirve para dilucidar alguna duda en la litis. Se encuentra contenido en los artículos 360 a 381 de la L.E.C.
- **Medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo:** Son los CD, DVD, disquetes, discos duros, memorias USB y demás elementos electrónicos que sirvan para el almacenamiento de información, ejecutables o capaces de ser reproducidos a través de un dispositivo magnetofónico. El tratamiento de estos medios probatorios se encuentra en los artículos 382 a 384 de la L.E.C.

Habiendo descrito cada uno de los diferentes medios probatorios contenidos en las legislaciones, y teniendo en cuenta el último medio probatorio que señala la norma española, se abordará ahora un nuevo medio probatorio; que realmente no es tan nuevo, sino que, por el contrario, no tenía mayor desarrollo o empleo dentro de los trámites judiciales, pero ha venido cobrando importancia y fuerza dentro de los procesos para ayudar a esclarecer dudas o vicisitudes que se presentan entre distintos sujetos procesales.

3. Prueba digital

3.1 Definición

En ninguna de las dos legislaciones se encuentra una definición propia de este medio probatorio, pero se hace una breve mención de medios de reproducción o almacenamiento que puedan ser ejecutados en el mismo formato en el que se crean; por ello, cualquier información que resulte relevante dentro de un proceso judicial, y que se encuentre en un formato electrónico o magnetofónico, deberá ser considerada como prueba digital.

La obtención, ejecución o incorporación de este material probatorio, de un CD, DVD, USB, correo electrónico, red social, chat, discos duros, discos flexibles, almacena-

mientos en nubes, páginas web, entre otros, no debe ser imposible de apreciar para ser tenida en cuenta en un proceso judicial, puesto que, a medida que la sociedad progresa, también lo hacen los medios utilizados para desvirtuar o confirmar un hecho que se debate ante los estrados judiciales.

Han pasado más de 20 años y, en las dos legislaciones, se hacía alusión, de cierta manera, a este material probatorio, pero sólo hasta hace poco se empezó a desarrollar en la jurisprudencia y la Ley, que le otorgaron la suficiente importancia para dar solución a litis en las que este elemento no era considerado anteriormente como suficiente o relevante, por su poca regulación normativa e implementación. Hoy en día, el material audiovisual creado u obtenido por conversaciones de redes sociales o de aplicaciones de mensajería es fundamental para dirimir los conflictos, por cuanto la tecnología ha cobrado una gran importancia dentro de la sociedad; lo cual hace necesario que los jueces u operadores judiciales se vean en la obligación de transformar los medios probatorios con los que resuelven las controversias que se suscitan en sus despachos judiciales.

3.2 Fuentes de prueba digital en Colombia

Desde la expedición de la Ley 527 (Congreso de la República, 1999), se ha intentado incluir este medio probatorio en el ordenamiento y litigio, aunque se puede decir que, desde el Decreto 1400 (Presidencia de la República de Colombia, 1970), se admitían las evidencias digitales como pruebas para persuadir al operador judicial. Con el paso de los años, y con la expedición de la Ley 1564 (Congreso de la República de Colombia, 2012), se incorporaron las evidencias digitales como una clase de prueba documental y es el mismo C.G.P. el que hace referencia a que estas pruebas, así como los mensajes de datos, tienen las mismas reglas que los documentos escritos.

Tomando en consideración que las evidencias digitales serán tenidas en cuenta con las mismas reglas que los documentos escritos, es pertinente enunciar diferentes fuentes de evidencias digitales, como las siguientes:

- **Documento electrónico:** Será todo aquel acto que represente la voluntad del ser humano mediante un elemento electrónico.
- **Mensaje de datos:** Será cualquier tipo de información que se transmita a través de un medio electrónico o se almacene en este.

A partir de estas definiciones, queda claro que, al tratarse de las grandes fuentes de la evidencia digital, se cuenta con una base medianamente sólida para diferenciar e identificar estas fuentes.

Por otro lado, el Ministerio de las Tecnologías y Comunicaciones de Colombia señala como posibles fuentes de datos, en su *Cartilla sobre seguridad y privacidad de la información*, las siguientes:

- Computadoras de escritorio y portátiles.
- Servidores (web, DHCP, email, mensajería instantánea, VoIP Servers, FTP o cualquier servicio de *filesharing*).
- Almacenamiento en red.
- Medios, tanto internos como externos, que contemplan dispositivos USB, *firewire*, CD/DVD, PCMCIA, discos ópticos y magnéticos, discos duros extraíbles, memorias SD y MicroSD, etc.
- Dispositivos celulares, PDAs, cámaras digitales, grabadoras de video y audio. (MinTic, 2016, p. 17)

De acuerdo con lo anterior, es posible identificar una gran variedad de fuentes que componen una prueba digital en Colombia, que se pueden usar y tener a disposición para un trámite procesal.

3.3 Fuentes de prueba digital en España

Aunque gran parte de la doctrina y jurisprudencia española que se ha pronunciado con respecto a la prueba digital la considera como una prueba documental, ya que el papel es el medio probatorio tradicional, se ha dado cabida a que, mediante las nuevas tecnologías y medios tecnológicos, como CD, DVD, USB, material audiovisual, discos duros, discos flexibles, mensajes de textos, correos electrónicos, conversaciones de redes sociales o aplicaciones de mensajería, se incorpore información para dirimir conflictos. La L.E.C., en su artículo 299, numeral segundo, hace alusión a los “medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo” (Cortes Generales de España, 2000); lo cual abre la posibilidad de valerse de cualquier material contenido en algún dispositivo electrónico.

Entre las fuentes o medios de prueba digital se hallan los correos electrónicos, SMS, páginas web, redes sociales, WhatsApp, material audiovisual creado u obtenido con dispositivos móviles, entre otros, pero se hará referencia ahora a los que actualmente se han ido teniendo en cuenta por su novedad, ya que el contenido audiovisual de tiempo atrás se ha venido considerando en los trámites procesales.

- **Correo electrónico:** Aunque por medio de esta fuente se pueden remitir textos, documentos, imágenes, videos o audios, ella misma ha tenido una gran evolución en los procesos, puesto que son admitidos, sin traumatismo alguno, a través

de los diferentes medios de almacenamiento o reproducción tratados en los artículos 382 a 384 de la L.E.C. (Cortes Generales de España, 2000).

- **Páginas web:** Son documentos informáticos a los que se accede a través de internet, con un enlace que identifica a cada una de ellas; este tipo de fuente no funciona para el intercambio de contenido audiovisual, documentos u otra información, sino que, simplemente, la difunde, dado que se encuentra registrada para estar a disposición de quienes accedan al sitio web. Para su incorporación al proceso, debe cumplir con los lineamientos establecidos en la L.E.C., en sus artículos 382 a 384 (Cortes Generales de España, 2000).
- **SMS (mensajes de telefonía móvil):** A pesar de operar a través de un servicio cerrado útil para el envío y recepción de textos entre dos o más equipos celulares, tiene el inconveniente de ser manipulado fácilmente, y de que no se pueda corroborar el autor del contenido del texto. Según la L.E.C., se les puede dar la categoría de archivos de datos o contenido audiovisual, ya que, al igual que las anteriores fuentes de prueba digital, se encuentran regulados en los artículos 382 a 384 (Cortes Generales de España, 2000).
- **WhatsApp y otros medios de mensajería instantánea:** Es una aplicación de mensajería instantánea, como *Line*, *Telegram*, *WeChat*, entre otras, que sirven como medios de comunicación entre celulares, sin importar el fabricante del dispositivo móvil. La información transmitida o recibida por estas plataformas de mensajería se almacena directamente en el dispositivo móvil, y no en un servidor aparte, por cuanto las mismas aplicaciones manejan una capa de protección o cifrado en las conversaciones. La veracidad del contenido de estas aplicaciones de mensajería instantánea es muy poco fiable, puesto que se facilita la manipulación de la información por parte de cada usuario, lo cual lleva a que no sea confiable este tipo de fuente en la mayoría de los casos en los que se pretende aportar; independientemente de que se aporte de forma impresa y con las reglas para la autenticidad de los documentos.
- **Redes sociales:** Son aplicaciones o plataformas utilizadas para la difusión o transferencia de contenido audiovisual o textual; por ello, al igual que a cada una de las diferentes fuentes mencionadas, se les da la aplicación de los preceptos establecidos en los artículos 382 a 384 de la L.E.C. (Cortes Generales de España, 2000), porque al proceso se puede aportar de forma impresa la información que se pretende hacer valer.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta la normativa que aplica a cada una de las fuentes, se puede decir que, en España, la regulación de la prueba digital es la misma de la prueba documental, dado que el aporte de cada una de las diferentes fuentes se puede hacer de forma impresa tanto en documento público como privado, con requisitos adicionales o no adicionales para que tenga validez dentro de la litis.

4. Marco jurídico/legal de la prueba digital en Colombia y en España

4.1 Marco legal

Colombia: En el país, se avizoraba la aplicación de la digitalidad, mediante la Ley 98 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), que estableció que se consideraban libros, publicaciones científicas o culturales, los que se hallaran en medios electromagnéticos. Esto insinuaba con claridad que algún cambio venía; la Ley 270 de 1996 (Congreso de la República de Colombia, 1996), y más precisamente su artículo 95, en el que se determinaba que, dentro del ordenamiento jurídico, se incluiría cualquier medio técnico, electrónico, informático y telemático para el cumplimiento de sus funciones, por lo cual ya se tenía al servicio de la sociedad la tecnología y, para el tema en cuestión, la digitalidad.

Una muestra más clara, aunque ya se contaba con una opción diferente, es la Ley 223 del 20 de diciembre de 1995 (Congreso de la República de Colombia, 1995), con la cual se considera la factura electrónica como un documento equivalente para sustentar operaciones que se realicen. Sin embargo, el pilar fundamental del cambio fue la expedición de la Ley 527 de 1999 (Congreso de la República de Colombia, 1999), pues con ella se da un paso muy grande para el manejo de los documentos o mensajes en cualquier ámbito judicial, ya que ofrece unas bases sólidas para la valoración de mensajes de datos que se quieran introducir en los litigios; como se entenderá su validez y su admisibilidad.

Finalmente, la Ley 1564 de 2012 (Congreso de la República de Colombia, 2012) establece qué se puede interpretar como documento, pues abre el espectro a medios como los mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y, además, cómo serán valorados los mensajes de datos que se quieran introducir, y la manera como se puede realizar.

España: A pesar de que, en un comienzo, en la Ley 1/2000 (Cortes Generales de España, 2000), se señaló un leve inicio para la prueba digital, posteriormente se fue dando regulación o tratamiento a diferentes aspectos que van de la mano con la prueba digital; como en el artículo 24 de la Ley 34/2002 (Jefatura de Estado, 2003), ya que permite como prueba documental el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica. Luego, a través de la Ley 59/2003 (Jefatura de Estado, 2003), se hizo referencia a la firma electrónica, y su artículo 3, numeral 5, ofrece una definición de *documento electrónico*, en la cual “se considera documento electrónico

la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”. Finalmente, con la promulgación de la Ley 25/2007 (Jefatura de Estado, 2007), se reguló la conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y redes de comunicación, y se precisaron, en su artículo 3, los datos necesarios para identificar el origen y destino de una comunicación.

4.2 Marco jurisprudencial

Colombia: Al respecto, la Corte Constitucional ha realizado algunos pronunciamientos que han servido para desarrollar un poco la prueba digital y sus fuentes con el fin de modernizar los medios probatorios que pueden ser empleados dentro de una litis, de la siguiente manera:

- **Corte Constitucional (2001):** Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para el cumplimiento de sus funciones, y los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera 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. Es decir, bajo el presupuesto del cumplimiento de los requisitos aludidos, un mensaje de datos goza de validez y eficacia.
- **Corte Constitucional (2016):** La confiabilidad en el contenido de los mensajes de datos (...) depende de mecanismos técnicos que garanticen su integridad, inalterabilidad, rastreabilidad, recuperabilidad y conservación.

España: Diversos pronunciamientos de las diferentes salas y tribunales de España han tenido lugar en el transcurso de los años; a continuación, se presenta un recuento de algunos de los más importantes que han abordado temas relacionados con fuentes de prueba digital:

- **Tribunal Constitucional (1992):** Trata la admisibilidad de las cintas magnetofónicas.
- **Tribunal Supremo (1999):** Se refiere a la admisibilidad de las cintas magnetofónicas y su tratamiento.
- **Tribunal Supremo (2015a):** Desarrolla el tema de la validez de los mensajes de las redes sociales y la necesidad de una prueba pericial para verificar la idoneidad de esta.
- **Tribunal Supremo (2015b):** Trata acerca de la aportación de las capturas de pantalla como prueba obtenida de un teléfono celular y su acreditación para ser tenidas en cuenta.

4.3 Procedimiento para la obtención e incorporación de la prueba digital en Colombia y en España

Colombia: Para tener claro el procedimiento de la obtención e incorporación de la prueba digital en Colombia, es necesario hacer hincapié en que esta prueba no dista de la tradicional; incluso, cuando se requiera la recolección, no deberá transgredir los derechos de las personas que se vean inmersas en esta, es decir, no violar el derecho a la intimidad. Parafraseando la idea de la *Guía n. ° 13 sobre seguridad y privacidad de la información* (Ministerio de Tecnologías y Comunicaciones (MinTic, 2016), pero concretamente respecto de la obtención de las fuentes de prueba digital, se puede indicar el siguiente paso a paso:

- **Aislamiento de la escena:** Por el cual se debe apartar de todo agente externo el lugar y cuidar así de que no se modifique la evidencia que se quiere.
- **Identificación de fuentes de información:** Los elementos que se relacionen con un hecho se deben identificar y evaluar.
- **Examen y recolección de información:** Se deberán realizar todas las técnicas especiales para recolectar los datos necesarios, sin afectar la integridad de los datos.
- **Análisis de datos:** Evaluar toda la información que se considere importante, depurar lo que realmente servirá para dar solución al caso materia de controversia.
- **Reporte:** Dar un reporte de todas las actuaciones realizadas, la evaluación de estas y las conclusiones de cada uno de los procedimientos.
- Por otra parte, la incorporación de la información digital al proceso se deberá realizar cuando esta sea importante para el caso en controversia y deberá cumplir con los siguientes criterios:
 - **Pertinente o útil:** La prueba debe hacer referencia a una cosa cierta.
 - **Idoneidad:** La prueba debe ser lo suficientemente precisa para lo que se pretende establecer.
 - **Lícita:** La prueba no puede ser contraria a la Ley.
 - **Auténtica:** Que los medios por los cuales se recolectó la prueba demuestren su veracidad y su integridad, sin que ningún medio la haya alterado.
 - **Necesidad de prueba:** La prueba debe ser necesaria porque con esta se confirma o desestima la teoría del caso de cualquier parte dentro del litigio.
 - **Efectiva:** La prueba no vulnera los derechos fundamentales de las personas a quienes involucra.

Teniendo en cuenta el análisis anterior, la prueba digital se deberá allegar mediante un medio electrónico, esto es, CD, DVD, USB o disco duro, y se deberá demostrar su autenticidad, tal como lo indica la Ley 527 de 1999.

España: Dependiendo del tipo de fuente, así mismo será la obtención e incorporación de la prueba digital, pero no se puede desconocer que a la prueba digital se le da el mismo tratamiento para la obtención e incorporación que a los documentos textuales; por ello, algunos deberán cumplir con ciertas rigurosidades adicionales para preservar así la validez y autenticidad de esta, sin vulnerar derechos fundamentales de personas que se vean involucradas con dicha fuente.

Para la obtención e incorporación de los correos electrónicos, páginas web, mensajes de texto (SMS), WhatsApp y demás medios de mensajería instantánea, así como de las redes sociales, a estas fuentes de prueba digital se les debe aplicar los lineamientos para la obtención e incorporación de los documentos textuales, como se dijo, ya que pueden ser aportados de forma impresa (como documento público o privado) o contenidos en un dispositivo electrónico, como USB, discos duros, discos flexibles, CD, DVD, micro SD, entre otros dispositivos de almacenamiento, para su posterior reproducción o incorporación; puesto que, en el numeral 2 del artículo 299 de la L.E.C. (Cortes Generales de España, 2000), se hace alusión a los medios de reproducción de palabra, sonido e imagen, así como a los instrumentos para archivarlos o reproducirlos, lo que hace accesible y poco traumática la implementación de estos elementos.

Ahora bien, no todo puede implementarse fácilmente; es posible observar que, en algunas de estas fuentes de prueba digital, hay inconvenientes para su recolección y práctica, dado que la autenticidad, autoría y fácil manipulación hacen que estas pierdan validez o vulneren derechos fundamentales. Por ello, al emplearlas, se debe obrar con extrema cautela, y siguiendo cada uno de los lineamientos establecidos en la L.E.C. y en las normas que sirvan de sustento para la prueba digital.

Finalmente, se deben tener en cuenta los requisitos de cualquier medio probatorio, ya que, si no se demuestran la necesidad, idoneidad, pertinencia, licitud, entre otros, la obtención e incorporación de la prueba digital al trámite procesal van a fracasar, y ello puede llevar, incluso, a que el proceso tenga un desenlace no deseado para la parte que intentó practicar la prueba.

4.4 Comparativo de similitudes y diferencias en el marco legal de la prueba digital entre Colombia y España

A continuación, en la Tabla 1, se establecen las similitudes y diferencias legales de la prueba digital entre los dos países.

TABLA 1

Similitudes y diferencias en el marco legal de la prueba digital entre Colombia y España

Item	Colombia	España
Normas que contienen regulación respecto de los medios probatorios	<ul style="list-style-type: none"> - Decreto 1400 de 1970 - Ley 1564/2012 - Ley 84 de 1873 	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 1/2000 - Real Decreto del 24 de Julio de 1889
Normas que tratan sobre prueba digital	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 18/1993 - Ley 223/1995 - Ley 270/1996 - Ley 527/1999 - Ley 1564/2012 	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 1/2000 - Ley 34/2002 - Ley 59/2003 - Ley 25/2007
Medios probatorios estipulados en la norma procesal civil	<ul style="list-style-type: none"> - Declaración de parte - Confesión - Juramento - Testimonio de terceros - Dictamen pericial - Inspección judicial - Documentos - Los indicios - Los informes 	<ul style="list-style-type: none"> - Interrogatorio de las partes - Documentos públicos - Documentos privados - Dictamen de peritos - Reconocimiento judicial - Interrogatorio de testigos - Los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. - Cuando, por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores, pueda obtenerse certeza sobre hechos relevantes.
Fuentes o medios probatorios digitales	<ul style="list-style-type: none"> - Documento electrónico - Mensaje de datos - Almacenamiento en red - Computadoras de escritorio y portátiles - Servidores (web, DHCP, correo electrónico, mensajería instantánea, VoIP Servers, FTP o cualquier servicio de <i>filesharing</i>) - Discos duros, USB, <i>firewire</i>, CD/DVD, PCMCIA, discos ópticos, memorias SD y microSD - Dispositivos celulares, PDAs, cámaras digitales, grabadoras de video y audio 	<ul style="list-style-type: none"> - Correo electrónico - Páginas web - SMS - mensajes de teléfono móvil - WhatsApp y otros medios de mensajería instantánea - Redes sociales

Fuente: Elaboración propia

5. Conclusiones

- Se pudo evidenciar que, tanto en Colombia como en España, a la prueba digital se le da el mismo tratamiento que a una prueba documental, toda vez que la visión para la implementación de este medio probatorio ha sido muy similar; con miras a modernizar y ayudar a demostrar sustentos fácticos en controversias que se suscitan ante estrados judiciales, de formas menos tradicionalistas como se ejecutaban tiempo atrás.
- Se ha podido dejar expuesto que el avance tecnológico implementado en los procesos en los que se pretende usar medios probatorios digitales no ha tenido mayor evolución; por lo cual se ha evidenciado que falta bastante desarrollo legal y jurisprudencial al respecto. Por ello, se debería actualizar la regulación existente e incorporar la prueba digital de forma independiente para darle relevancia de acuerdo con el avance social y tecnológico, y no sólo enunciarla ni tratarla simplemente como un documento.
- Se estableció que la finalidad de la prueba digital en los diferentes trámites procesales es convergente, dado que, en los dos países, con la prueba digital se pretende dilucidar hechos, omisiones, entre otros, que, por cualquier otro medio no pueden ser demostrados; teniendo en cuenta las diferencias tanto en la creación como en la implementación de la normativa, así como el desarrollo jurisprudencial realizado respecto de este medio probatorio en los dos países.

Referencias

- Arrabal Platero, P. (2019). Tratamiento procesal de la prueba tecnológica. Universidad Miguel Hernández. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=221623>
- Castro, P. (1989). *Derecho procesal civil* (5.ª ed.). Tecnos.
- Código Civil Español. (1889, 24 de julio). Ministerio de Gracia y Justicia. [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1))
- Código de Procedimiento Civil. (1970, 21 de septiembre). Presidencia de la República de Colombia. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html
- García, M. O. (2017). La prueba digital en el proceso civil. Verificación y Régimen General, 68. Universidad Pontificia Comillas. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/88302/retrieve>
- Ley 98/1993. (1993, 22 de diciembre). Congreso de la República de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=27901>
- Ley 223/1995. (1995, 20 de diciembre). Congreso de la República de Colombia. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0223_1995.html

- Ley 270/1996. (1996, 7 de marzo). Congreso de la República de Colombia. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html
- Ley 527/1999. (1999, 18 de agosto). Congreso de la República de Colombia. http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html
- Ley de Enjuiciamiento Civil. (2000, 7 de enero). Cortes Generales de España. <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>
- Ley de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de la Legislación de Seguros Privados. (2003, 4 de noviembre). Jefatura de Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-20330>
- Ley sobre la Firma Electrónica. (2003, 19 de diciembre). Jefatura de Estado. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l59-2003.t1.html#a3
- Ley sobre Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones. (2007, 18 de octubre). Jefatura de Estado. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l25-2007.html
- Ley 1564 de 2012. (2012, 12 de julio). Congreso de la República de Colombia. Código General del Proceso. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr004.html#:~:text=ART%C3%8DCULO%20165.,formaci%C3%B3n%20del%20convencimiento%20del%20juez.
- Ministerio de Tecnologías y Comunicaciones (MinTic). (2016). *Seguridad y Privacidad de la Información*. https://www.mintic.gov.co/gestionti/615/articles-5482_G13_Evidencia_Digital.pdf
- Sentencia 190/1992. (1992, 16 de noviembre). Tribunal Constitucional de España, Sala Primera. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2077>
- Sentencia 4735/1999. (1999, 12 de julio). Tribunal Supremo, Sala De Lo Civil.
- Sentencia C-831/2001. (2001, 8 de agosto). Corte Constitucional, Sala Plena. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-831-01.htm>
- Sentencia 300/2015. (2015a, 19 de mayo). Tribunal Supremo, Sala De Lo Penal. <http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOTAS%20DE%20PRENSA/TS%20Penal%2019-05-2015.pdf>
- Sentencia 754/2015. (2015b, 27 de noviembre). Tribunal Supremo, Sala De Lo Penal. [http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOTAS%20DE%20PRENSA/TS%20Penal%2027.11.15%20\(10333-15\).pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOTAS%20DE%20PRENSA/TS%20Penal%2027.11.15%20(10333-15).pdf)
- Sentencia C-604/2016. (2016, 2 de noviembre). Corte Constitucional, Sala Plena. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-604-16.htm>
- Sentencia del 15 de diciembre de 2017. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Consulta de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. <https://vlex.com.co/vid/699381845>
- Taruffo, M. (1997). *Funzione de la prova: la funzione dimostrativa*, (3), 573. Giuffrè.

El juramento estimatorio como medio de prueba en los procesos verbales sumarios de protección al consumidor

The estimatory oath as judicial evidence in summary verbal process of consumer protection

Giannella Andrea Correa Barón*
Margarita Rosa Sandoval Gómez**

Resumen

El presente artículo presenta un estudio del juramento estimatorio, a partir de un análisis documental respecto de su trayectoria legislativa en Colombia y los significativos cambios que ha tenido hasta la actualidad, con base en el artículo 206 del Código General del Proceso, al ser considerado un medio de prueba que evidencia una flexibilización con respecto a las pretensiones de carácter dinerario; aspecto relevante en las acciones de protección al consumidor. Así mismo, se analiza la acción de protección desde su naturaleza y la favorabilidad procesal y sustancial que representa para el consumidor demandante; así como algunas sentencias proferidas frente al tema, particularmente en los eventos en que la Ley le permite solicitar indemnizaciones donde el juramento estimatorio, como medio de prueba, ha tenido un papel relevante frente a las compensaciones o indemnizaciones perseguidas.

Palabras clave: juramento estimatorio, acción de protección al consumidor, perjuicios, Código General del Proceso, medios de prueba, proceso verbal sumario

Abstract

This article presents a study of the estimatory oath, based on a documentary analysis of its legislative trajectory in Colombia and the significant changes it has undergone until today, based on Article 206 of the General Code of Procedure, being considered a means of proof that evidences a flexibility with respect to monetary claims, a relevant aspect in consumer protection actions. Likewise, the protection action is analyzed from its nature and the procedural and substantial favorability that it represents for the plaintiff consumer; as well as some sentences issued on the subject, particularly in the events in which the Law allows requesting indemnities where the estimatory oath, as a means of proof, has had a relevant role with respect to the compensations or indemnities pursued.

Keywords: estimatory oath, consumer protection action, damages, General Process Law, judicial evidence, summary verbal process

* Abogada egresada de la Universidad Antonio Nariño, Sede Duitama. EEspecialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Correo: giannellaa-correab@unilibre.edu.co.

** Abogada de la Universidad Simón Bolívar, de Barranquilla. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Correo: margaritar-sandovalg@unilibre.edu.co.



1. Introducción

El juramento, como acto solemne de la parte que lo alega, ha tenido un importante desarrollo, a la luz de la Ley y de la jurisprudencia, que lo ha llevado, más allá de una manifestación jurada, a ocupar el lugar de un medio de convicción respecto de las cuantías que se pretenden. Así, en las legislaciones anteriores al Código General del Proceso, el juramento fue un elemento probatorio auxiliar para el juzgador restringido por la taxatividad de la norma que permitía su aplicación (Corte Suprema de Justicia, 2017); sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 1564, el actual artículo 206 fija una condición que releva a la libertad de probar por el sencillo dicho de “estimarlos razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos” (2012, art. 206, inc. 1).

De este modo, la flexibilización del juramento estimatorio trajo considerables beneficios, sobre todo para aquellas demandas de *petitum* monetario a título de perjuicios en las que el actor se encuentra en una posición menguada de cara al proceso; tal como ocurre en las acciones de protección al consumidor, donde se parte de la premisa de que el consumidor, tanto en la relación sustancial como en la relación procesal, es la parte débil (Chamie, 2013).

No obstante, no en todos los casos la entrada en vigor de una provechosa norma procesal le ha permitido al consumidor, en el papel de demandante, hacer uso de su calidad para consonar sus intereses de la mano de principios como la favorabilidad (Ley 1480, 2011, art. 4, inc. 3). Luego, en aquellos eventos específicos en que la ley sustancial permite solicitar perjuicios, para el consumidor demandante el juramento estimatorio es el medio de prueba idóneo para convencer al juez de la vulneración de sus derechos y de la legítima reparación por los daños causados; siempre y cuando su cuantía no sea objetada o no se encuentre debidamente sustentada.

Por tanto, el presente artículo tiene como objetivo determinar cuál es el alcance del juramento estimatorio en los procesos verbales sumarios de protección al consumidor, cuya pretensión se dirige al reconocimiento de perjuicios. Para ello, se realizará un estudio descriptivo y de análisis documental del avance del juramento estimatorio en las normativas procesales que han estado vigentes en Colombia, el actual artículo 206 del Código General del Proceso y su procedencia en las acciones de protección al consumidor; se precisará la naturaleza de este tipo de acciones, las características del proceso y la carga de la prueba para el consumidor. Por último, se presentará un estudio de casos de autos y sentencias proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, en las cuales se revisará la aplicación del juramento estimatorio y su incidencia en las decisiones judiciales.

2. Antecedentes del juramento estimatorio en Colombia

En Colombia, el juramento estimatorio, como medio de prueba, no es una incorporación o novedad que trajera el Código General del Proceso ni siquiera desde el Código de Procedimiento Civil. Como podrá observarse a continuación, el juramento estimatorio ha ocupado su lugar en los sistemas procesales desde 1931 hasta el actual Código General del Proceso, aunque con variadas diferencias; además, pese a que no siempre se utilizó como elemento probatorio principal para procurar la concesión de las pretensiones económicas, sus rasgos residuales abrieron paso a una prueba sobresaliente, siempre que no sea objetada o, aunque lo fuera, se encuentre acompañada de pruebas que soporten las cuantías pedidas.

2.1 Código Judicial

Desde el Código Judicial de 1931, Ley 105, se estableció como prueba la declaración jurada de la parte que pretendiera una suma de dinero únicamente para los casos determinados en la Ley (Corte Constitucional, Sala Plena, 2013); es decir, de acuerdo con el artículo 625, era posible estimar en dinero, siempre que existiera una norma que así lo permitiera; por lo contrario, no sería posible acudir a este medio probatorio, sino apoyarse en otros medios como la confesión o la prueba documental. Por ello, se consideró, gracias a la doctrina, que tal medio no era lo suficientemente conducente para valorar pretensiones de carácter monetario derivadas de algún perjuicio o similar (Robledo, 2019).

2.2 Código de Procedimiento Civil y su posterior reforma

El juramento estimatorio, en el artículo 211 del Decreto 1400, se formuló de manera limitada sólo a ciertas circunstancias autorizadas por la Ley misma; luego, no todas las pretensiones de carácter indemnizatorio debían tener una apreciación sujeta a juramento (1970), tal como se acogió desde el Código Judicial. Así mismo, el Código de Procedimiento Civil incorporó una sanción del diez por ciento, a título de multa, para los casos en que lo solicitado excedía el doble de lo probado en el proceso; porcentaje que se calculaba sobre el valor excedido (Decreto 1400, 1970).

Forero Silva destaca, en principio, la prosperidad, así como la utilidad del juramento en procesos de rendición de cuentas y en procesos ejecutivos de pretensiones de perjuicios de carácter compensatorio, al señalar que, en aquellos casos en los que eran procedentes las indemnizaciones, y que no estaban sujetos a la estimación, devían en peticiones por altas cuantías que, además de no estar probadas, no generaban sanción alguna por pretenderlas; lo cual no ocurría en los casos en que se requería estimarlo (2013). La Corte Constitucional definió el juramento estimatorio consagrado

en el artículo 211, como una “prueba de eficacia relativa”, toda vez que, aun cuando era posible estimar la cuantía, su aprobación estaba sujeta a la posibilidad de que fuera desvirtuada mediante la objeción, al punto de que el juzgador la desestimara (Corte Constitucional, 1995).

Para Robledo (2019), el juramento estimatorio, en el Código de Procedimiento Civil, no marcaba una diferencia respecto de la regulación del Código Judicial; sin embargo, la vigencia de la Ley 1395 de 2010, que modificó al artículo 211, abrió paso a la actual codificación procesal, con un cambio que denominó “sustancial”, al dar al juramento el carácter de requisito de demanda frente a cualquier pretensión de carácter monetario o indemnizatorio, y al establecer una sanción frente a las reclamaciones exorbitantes.

De esta manera, la Ley 1395, que modificó al artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, advirtió el avance del juramento estimatorio tanto en la aplicación general, y no en los casos autorizados por la Ley, como en la intervención que el juez podía hacer, si evidenciaba pretensiones notoriamente injustas o amparadas en actos fraudulentos y, desde luego, en la operación de la sanción, al señalar la norma lo siguiente: “Si la cantidad estimada excediera del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia” (2010).

2.3 El alcance del artículo 206 del Código General del Proceso

Como se mencionó, la reforma al juramento estimatorio incluida a partir de la Ley 1395 de 2010 dio paso a un medio de prueba y a una obligación y responsabilidad de quien pretende la compensación o indemnización; de estimar bajo juramento el monto que pretende y en la oportunidad correspondiente, so pena de las sanciones aplicables por la exageración en el monto pretendido e, incluso, la temeridad o negligencia en el actuar de quien pretende una suma (Corte Constitucional, 2013).

El juramento estimatorio, definido en el artículo 206, contiene ciertos elementos que dan validez a esta institución como medio de prueba. En primer lugar, implica una estimación razonada, y su objeción misma, entendiendo de la norma en mención que las sumas que se pretendan deberán ser determinadas y, en todo caso, se debe indicar, frente a la pretensión, el concepto que se estima, y, frente a la objeción, la inexactitud considerable que se objeta (2012). En este sentido, no responde solamente a la gravedad con que se manifiesta la cuantía, sino que debe ser formulado en la oportunidad correspondiente; por lo cual se observa, en el artículo 82 de la norma procesal, que el juramento estimatorio es un requisito de la demanda, y, como tal, debe ser invocado en la demanda misma: “Salvo disposición en contrario, la deman-

da con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos: (...) 7. El juramento estimatorio, cuando sea necesario” (2012).

Por su parte, desde el punto de vista como medio probatorio, Devis Echandía considera el juramento como una prueba provisional, y, al referirse al particular proceso ejecutivo, señala que el valor probatorio se sujeta a la regulación de perjuicios que exija o no el ejecutado, en tanto no se objeta, será prueba definitiva (2012). Azula Camacho resalta, del artículo 206, los elementos de existencia, validez y eficacia para que obtenga el valor probatorio, como corresponde a no ser notoriamente injusto, ilegal o fraudulento, debe estar declarado en la demanda, provenir por todos los litisconsortes necesarios, no debe haber prosperidad de la objeción que realice la contraparte y, finalmente, que no sea revocado (2018).

Respecto de la sanción que establece el Código General del Proceso, la Corte Constitucional señaló que esta se fundamenta en el principio de legalidad y, por ello, procura la lealtad procesal, así como la celeridad y economía procesal; razón por la cual no desestima el margen de la sanción prevista (Corte Constitucional, 2016). Por tanto, frente a la formulación del juramento, debe existir congruencia entre los valores que el reclamante acredita y lo solicitado, máxime en aquellos eventos en que se realiza la objeción por la contraparte; incluso sin existir objeción, y cuando el juez advirtiera cualquiera de las circunstancias de que trata el inciso 3 del artículo 206 del Código General del Proceso (Ballén, 2019).

De la misma manera, sobre las sanciones señaladas en el artículo 206, la Corte Constitucional, en Sentencia C-279, señaló algunas características congruentes con los principios procesales, como se indica al mencionar que constituyen una garantía a las partes en litigio, evitan acciones fraudulentas, apoyan el efectivo desarrollo de principios como la eficacia, la buena fe y la economía, y revisten a la justicia de elementos preponderantes que impiden a los reclamantes realizar demandas con pretensiones “desproporcionadas” (2013).

De esta forma, y como se verá a continuación, el juramento estimatorio incorporado al sistema jurídico-procesal colombiano es un avance de celeridad del proceso y economía, como bien señalaba la Corte Constitucional, pues, frente a los eventos en que no es objetado, representa el medio de prueba de la cuantía pretendida, y, en los eventos en que se objeta, e incluye, correctamente corresponde a las pruebas que acreditan tal determinación, implican para el juez la decisión fundada; tal como puede apreciarse en decisiones como la Sentencia SC876, en la cual la Corte Suprema de Justicia funda su fallo de no conceder el recurso de casación, habida cuenta de que quedó demostrado, en el proceso original, que, pese a que existiera un juramento estimatorio, este no supuso ni eximía la obligación procesal de probar la existencia del perjuicio ocurrido, génesis de las pretensiones estimadas (2018).

3. La naturaleza de la acción jurisdiccional de protección al consumidor

Resulta importante hacer un breve análisis de la acción de protección al consumidor, unido con el objeto de este estudio, toda vez que este procedimiento dispone un trato especial al consumidor, cuando ocupa la calidad de demandante, tal como la Corte Constitucional también lo ha reiterado, gracias a la característica poliédrica del derecho del consumo, que abre la posibilidad de pretender, desde el aspecto sustancial, la protección de los derechos a la calidad e información, entre otros, así como la injerencia participativa del consumidor y, desde luego, la procedimental (Corte Constitucional, 2004); aspectos que soportan los principios establecidos en el Estatuto del Consumidor, que suponen la favorabilidad tanto sustancial como procesal para este último.

De este modo, la Ley 1480 de 2011 reconoce varios tipos de acciones de protección al consumidor, las comunes de grupo y populares, la acción de responsabilidad por producto defectuoso, de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria y que, por su naturaleza, implica la posibilidad de perseguir el resarcimiento de los daños causados y la acción particular jurisdiccional de protección al consumidor, de cuya regulación se ocupa el Estatuto del Consumidor, y en la que las pretensiones relativas a perjuicios sólo son procedentes en los casos señalados por la Ley (artículo 56); en todo caso, con observancia de los principios fijados por la norma citada.

3.1 Proceso verbal sumario

Actualmente, las acciones de protección al consumidor se resuelven por el trámite del proceso verbal sumario; cabe aclarar que, con la expedición del Código General del Proceso, se determinó que a este proceso corresponden las pretensiones de mínima cuantía, al ser competentes para conocer la Superintendencia de Industria y Comercio, y los jueces civiles de única instancia (Ley 1564, 2012, arts. 21 y 24). Es preciso señalar que las acciones sobre derechos de consumidores también se tramitan por el proceso verbal, cuando se trata de menor y mayor cuantía (art. 390 par. 3); procesos que, al requerir de actuación de apoderado, y, por su naturaleza, no serán objeto de este estudio.

El Decreto 3466 de 1982, norma anterior que reglamentaba los derechos del consumidor, estableció como trámite el proceso verbal, atendiendo a las disposiciones de sus artículos 29 y 40 (1982), y del anterior Código de Procedimiento Civil. Con la entrada en vigor de la Ley 1480 de 2011, se dispuso que el trámite correspondiente para resolver las ahora denominadas *acciones jurisdiccionales de protección al consumidor* es el proceso verbal sumario (art. 58, inc. 1. °); se otorgó competencia también

a la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante funciones jurisdiccionales, pues antes eran administrativas (Decreto 3466, 1982, arts. 33 y 43), y se reemplazó al juez en única o primera instancia, según la cuantía (Ley 1480 de 2011, art. 58, num. 1.º), lo cual mantiene concordancia con el Código General del Proceso.

De esta forma, desde el momento en que la Superintendencia de Industria y Comercio asumió las facultades jurisdiccionales, se evidenció un incremento en la presentación de demandas, en su mayoría tramitadas bajo el proceso verbal sumario, esto es, procesos de mínima cuantía, de lo cual se pudo observar un total de procesos terminados de 49.469 para 2018 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2018); para 2019, 52.000 demandas (2018); y, en lo corrido de 2020, 1080 acciones impetradas (2020, 14m40s), por pretensiones relativas a derecho de retracto, garantías de bienes y servicios, información o publicidad engañosa, y protección contractual.

En relación con el proceso verbal sumario, regulado en el artículo 390 y siguientes del Código General del Proceso, puede considerarse un trámite idóneo con respecto a la acción de protección al consumidor, por cuanto no necesita apoderado, al tratarse de mínima cuantía (Decreto 196, 1971, art. 28). Se trata de un proceso de una instancia y, por lo tanto, no es apelable (Ley 1564, 2012, art. 321); el término de contestación es de 10 días y el traslado de las excepciones de mérito tiene un término de 3 días (art. 391). Además, el juez puede dictar sentencia escrita (art. 390, par. 3, inc. 2) y, en caso contrario, en un mismo auto es posible citar a una sola audiencia, que incluye la instrucción y juzgamiento, y decretar las pruebas (*Teoría general*, 2018).

3.2 De la pretensión indemnizatoria en las acciones de protección al consumidor

La prerrogativa del Estatuto del Consumidor frente a la solicitud de perjuicios no es un tema que surgiera con la expedición de la Ley 1480 de 2011. Los artículos 29, 36 y 40 del anterior Decreto 3466 le permitían al consumidor elevar al juez la solicitud de la efectividad de los derechos vulnerados no sólo en la prestación de servicios que exigían la entrega de un bien, sino en la efectividad de la garantía de bienes y servicios, así como el reconocimiento de los perjuicios causados. La norma contemplaba que, en la sentencia, el juzgador podía disponer el pago de los perjuicios, valor que sería acorde con lo probado o demostrado por el consumidor reclamante (1982, art. 29); en todo caso, la norma dispuso el ejercicio de la abogacía o la representación por una liga o asociación de consumidores, y mediante el proceso verbal del anterior Código de Procedimiento Civil.

No obstante, la Ley 1480 de 2011 redefinió la postura frente al reconocimiento de pretensiones indemnizatorias, al determinar, en primera instancia, la competencia de

jueces y autoridades jurisdiccionales en el momento de resolver acciones de protección al consumidor; tal como se observa en el artículo 56, al disponer que, por medio de la mencionada acción, se procura declarar o no declarar la vulneración de los derechos del consumidor y, por consiguiente, de su procedencia, la efectividad de la garantía, la protección contractual, la información o publicidad engañosas y, con esta última, la reparación de los daños causados por ellas. El Estatuto del Consumidor establece así, de forma expresa, que el anunciante es responsable de los daños que cause con la información o publicidad (art. 30); o la reparación de los perjuicios ocasionados en el marco de una prestación de servicios que implique la entrega de un bien (art. 56, num. 3).

Cabe resaltar que existe también la reparación de los perjuicios causados por la ocurrencia de productos defectuosos. Sin embargo, esta acción especial la dispuso el legislador de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, conforme lo contempla el artículo 56 (Ley 1480, 2011), de la cual es importante mencionar la especial responsabilidad que de ella deriva; al suponer para el productor y proveedor el deber de demostrar la inexistencia de un nexo causal entre el defecto alegado, que la Corte Constitucional reconoce como inseguridad del producto, y el perjuicio causado, lo que presupone un análisis pleno de responsabilidad (Corte Constitucional, 2000).

De esta manera, la efectividad de la garantía sufre un cambio, en tanto que, a través de la acción de protección al consumidor, sólo se puede aspirar a su cumplimiento, en los términos del artículo 11, y se añade de forma expresa el Decreto 1074, reglamentario del sector comercio, industria y turismo, que acogió al anterior Decreto 735 de 2013, reglamentario de la garantía, que es la jurisdicción ordinaria la autoridad competente para reconocer los perjuicios que se deriven de la garantía misma (art. 2.2.2.32.6.4., 2015).

Ahora bien, respecto de la formulación de pretensiones indemnizatorias en la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, es pertinente anotar que no corresponde a la primigenia petición del reclamante, pues la literalidad del artículo 56, por tratarse de un proceso declarativo, implica la declaración de la existencia de hechos que violan los derechos del consumidor y, en el marco del decreto reglamentario, la obligación que responde a la garantía será la de reparar, cambiar o devolver el dinero que cuesta el bien sobre el cual recayó el servicio defectuoso (Decreto 1074, 2015); puesto que la responsabilidad no se equipara a la de un producto defectuoso, lo cual es inseguro (Corte Constitucional, 2000), sino a la existencia de una obligación de prestar un servicio idóneo y de calidad, y, en el evento de que se sufra un perjuicio, el consumidor puede optar por reclamar los perjuicios.

La Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que, aunque la reparación de los perjuicios causados en servicios que suponen la entrega de un bien conlleva el

carácter indemnizatorio, principalmente implica que la garantía, esto es, la calidad, idoneidad, seguridad y buena prestación del servicio, se circunscriban a la adecuada custodia y conservación del bien, mientras se presta el servicio adquirido (2017).

En cuanto a la información y publicidad engañosas, el legislador procuró la protección de los derechos del consumidor no sólo frente a la violación de sus derechos, sino respecto de los perjuicios que pudieran ocasionarse con la información o publicidad (Ley 1480, 2011, art. 30); en razón a la injerencia directa que tiene sobre las decisiones de consumo, procurando que el consumidor haga elecciones erradas de consumo y selecciones adversas (Superintendencia de Industria y Comercio, 2018a).

3.3 La carga probatoria en la acción jurisdiccional de protección al consumidor

Como parte del análisis del presente acápite, es de suma importancia hacer referencia a la carga de la prueba, puesto que el estatuto procesal dispuso, en su artículo 167, que a la parte que pretenda alcanzar el efecto jurídico de cada norma le corresponde demostrar el supuesto de hecho (Ley 1564, 2012); y se permite también la posibilidad de distribuir la carga de la prueba. Sin embargo, en el Estatuto del Consumidor, en virtud del principio de favorabilidad, la prueba del consumidor es limitada respecto de los derechos que considera vulnerados, aunque la norma sustancial no deja a un lado el deber de demostrar el supuesto, frente a la finalidad que pretende con la acción de protección al consumidor (Superintendencia de Industria y Comercio, 2017a).

De este modo, tanto en el Estatuto del Consumidor, artículos 10 y 58, y en el Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.32.2.1, se observan las obligaciones del consumidor de cara a la carga probatoria. Por ello, se evidencia que, con respecto a la efectividad de la garantía, particularmente en los servicios que suponen la entrega de un bien, el consumidor tiene el deber de demostrar la existencia de la falla en el bien o servicio, esto es, que no cumplió con la calidad, idoneidad, seguridad o buen funcionamiento (art. 10, inc. 2, 2011); y esta obligación la cumple informando el defecto alegado y, de ser procedente, poniendo a disposición el bien sobre el cual recayó el daño.

En cuanto a la información y publicidad engañosas, la Ley 1480 de 2011 señala que el consumidor tiene la obligación de demostrar el defecto mediante la prueba documental y, sumado a ello, el deber de señalar los motivos que dan lugar a su reclamación, “indicando las razones de su inconformidad” (art. 58, num. 5, lit. b).

Así, el fallador de una acción de protección al consumidor, al encontrar el *petitum* encaminado a la declaración de vulneración de derechos, deberá examinar el acervo probatorio en cabeza del consumidor, mediante el cual acredite el daño causado, y

añadir que, frente a las pretensiones indemnizatorias, el defecto alegado deberá corresponder con los perjuicios pretendidos y la relación con los perjuicios que con la vulneración se hayan causado, o los daños que haya sufrido el bien objeto de prestación (Ley 1480 de 2011, art. 56); momento en el que cumplirá su análisis bajo la sana crítica para determinar el efecto jurídico, tal como lo establece el artículo 176 del Código General del Proceso (Gallego y Jaramillo, 2018).

4. El juramento estimatorio en la acción jurisdiccional de protección al consumidor

La gran importancia que reviste el juramento estimatorio, en el marco general de las actuaciones jurídico-procesales, es manifiesta a la luz del Estatuto del Consumidor, por cuanto una pretensión encaminada al reconocimiento de perjuicios implica, para el consumidor, demostrar el defecto en la prestación del servicio, o el engaño en la información o publicidad suministrada, y, además, la existencia de los daños sufridos, su relación y su valor; pues, aunque tratándose de prerrogativas favorables al consumidor, la pretensión no debe dejar de cumplir con los supuestos procesales propios, como lo explicara Devis Echandía, al reiterar que el *petitum* debe responder a los elementos de objeto y razón, “ (...) es decir, el objeto litigioso y la afirmación de que lo reclamado en virtud de ciertos hechos coincide con la norma jurídica cuya actuación se pide para objeto de esos efectos jurídicos” (2009).

Por tanto, el consumidor cuenta con una disposición a su favor, la de que la estimación del juramento hace prueba de su monto, en tanto que la contraparte no realice objeción alguna (Ley 1564, art. 206); además, como se verá a continuación, en algunos eventos, dicha objeción no operó, ya fuera porque el accionado no la ejerció oportunamente en la etapa procesal o porque no ejerció su derecho de defensa con la respectiva contestación de demanda. Sin embargo, sí se observarán momentos en los que el consumidor, al menos, cumplió con su obligación de probar la existencia del daño.

4.1 La estimación razonada de la objeción al juramento

Tal como establece el artículo 206 del Código General del Proceso, la formulación del juramento y su objeción deben ser estimadas, situación que no desconoce la favorabilidad que la Ley 1480 de 2011 le reconoce al consumidor. Por ello, analizadas algunas providencias proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, fue importante verificar cómo, en algunos eventos, la objeción al juramento estimatorio no estuvo sujeta a conceptos razonados y, aun así, se procedió con su traslado; situación que podría hallar asidero en el carácter del derecho de defensa

y, por supuesto, en las obligaciones que corresponden al consumidor, en el marco procesal de la acción que impetra.

Es así como, analizado el radicado 19-46387, dentro de la acción de protección al consumidor formulada, se pudo evidenciar el respectivo traslado de la objeción al juramento estimatorio, presentado por la sociedad demandada, en cuya contestación fueron evidentes las razones que sustentaron la inexactitud, consideradas como un concepto de sobrevaloración, a raíz de la pretensión por la suma de un millón de pesos; en un caso cuya acción se encontraba encaminada a determinar la vulneración de derechos del consumidor en la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, esto es, el servicio de mensajería, en donde la pasiva sustenta que la indemnización se debía basar en el precio declarado en el momento de prestar el servicio, que se encontraba por la suma de \$50.000, suma que, desde luego, no fue debidamente probada (Auto n. ° 93838, 2019).

En este sentido, pudo analizarse el Auto n. ° 121735, perteneciente al radicado 19-35812, en donde la discriminación razonada de la inexactitud correspondió también a la sobrevaloración de los perjuicios; que se estimaron en cuatrocientos mil pesos, estando acreditada sólo la suma de cinco mil pesos, sin que, luego del traslado correspondiente, se hubiera acreditado por el demandante la suma pretendida (2019). Es importante señalar que, tanto en esta acción como en la anterior, no fue posible determinar si el juzgador procedió con la aplicación de la sanción, por cuanto, en el primer proceso, se archivó por inasistencia a la audiencia y, en el segundo, se declaró la falta de legitimación en la causa por activa.

Finalmente, se observa el Auto n. ° 75748, en el cual se corrió traslado de la objeción al juramento estimado por la accionante; sin embargo, pudo verificarse que, en el caso de la sociedad demandada, no existió razón alguna relativa a la inexactitud del juramento, puesto que los argumentos que pudieron apreciarse se encontraban relacionados con la ausencia de pruebas y el curso de un acuerdo (2019). Es pertinente recordar la disposición procesal, al señalar que “sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación”; situación que no fue advertida en la referencia, por cuanto se desconoció la ausencia de razones que versaran sobre la inexactitud de lo pretendido. No obstante, el traslado fue procedente.

4.2 Análisis de algunos fallos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio

Algunos eventos constitutivos de servicios que suponen la entrega de un bien son los servicios de parquero, el transporte de mercancías, las lavanderías o lavadores,

y la reparación, en donde el prestador del servicio, tal como lo indica el artículo 18, tiene el deber de prestar el servicio y, además, asumir la custodia y conservación del producto que le es entregado para la prestación.

4.2.1 Parquaderos. En Sentencia n. ° 13084 del 15 de octubre de 2019, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales se pronunció frente a la efectividad de la garantía de la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, en la que un vehículo ingresó a un parqueadero para la efectiva prestación del servicio. Sin embargo, durante la ejecución del servicio, el automotor sufrió daños, como “*golpes y rayones en el bómper trasero, lateral derecho y puerta lateral izquierda*”. El juzgador resolvió la acción de protección favorablemente para el demandante, argumentando que el defecto en la prestación se encontraba demostrado a partir de los daños ocurridos cuando la sociedad administradora del parqueadero tenía la custodia y conservación del bien; esto como consecuencia de la no contestación de la demanda.

En relación con la carga de la prueba, se reiteró que era el prestador del servicio quien tenía que acreditar la inexistencia del defecto, a partir de su deber de expedir un recibo en el que indicara el estado en que recibía el vehículo, como parte de las obligaciones impuestas por el artículo 18 del Estatuto del Consumidor.

Ahora bien, habiendo formulado la parte demandante el correspondiente juramento estimatorio y, al no haber sido objeto por el extremo demandado, la Superintendencia manifestó que negaba las pretensiones alusivas al reconocimiento de perjuicios, toda vez que no había prueba del daño real sufrido por el consumidor, que implicara la procedencia de lo pretendido, sino que, frente al costo de las reparaciones a que tendría ocasión el vehículo afectado con la prestación del servicio defectuoso, sólo concedería lo que documentalmente se encontraba probado.

Por tanto, en esta decisión se observa que, aun cuando se siguieron los supuestos de la norma procesal frente al juramento estimatorio, y se acreditó en cabeza del consumidor demandante la existencia de un defecto, no ocurrió así con la prueba de la cuantía estimada, por cuanto una prueba documental allegada al plenario derivó en un fallo distinto del pretendido inicialmente; por lo cual se concluye que ni siquiera en aplicación de la interpretación favorable el consumidor puede perder de vista su obligación de acreditar en debida forma el supuesto de hecho.

4.2.2 Transporte de mercancías. En el radicado n. ° 320917, la Superintendencia de Industria y Comercio profirió la Sentencia 13024 (2017), para el caso en que una sociedad demandante contrató los servicios de un transportista de mercancías y entregó, para tal efecto, un televisor de determinadas características, con destino al departamento de Casanare. No obstante, el bien entregado para la prestación del servicio no

llegó al destino, por lo que se procedió a la reclamación directa y posterior acción de protección al consumidor, pretendiendo la parte actora la indemnización de los perjuicios causados, estimados bajo juramento a título de lucro cesante, y la devolución del dinero en efecto del valor asegurado.

En esta oportunidad, el juzgador encontró acreditado el defecto en la prestación del servicio que supone la entrega de un bien por la pérdida del producto, señaló que esa indebida prestación constituía una vulneración a los derechos del consumidor, quien no veía colmadas sus expectativas por el servicio defectuoso, y ordenó a la parte demandada reintegrar la suma de \$800.000, en aplicación al valor estimado del bien como valor asegurado.

Con respecto a la indemnización de perjuicios a título de lucro cesante, debidamente estimada por la parte demandante, y no objetada por la parte pasiva, el Despacho se abstuvo de impartir orden, y señaló que recaía en el lugar del consumidor, en su posición de accionante, “el deber procesal de probar” los daños materiales causados; tanto su existencia como su cuantía, situación no acreditada al plenario en esta acción (2017).

4.2.3 Servicios de lavaderos. Al respecto, el día 20 de septiembre de 2019, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales profirió la Sentencia n. ° 11357, en la cual accedió a las pretensiones del consumidor, puesto que se acreditó la existencia del defecto en la prestación del servicio de lavado de un vehículo automotor que, en el momento de culminación del servicio contratado, y aun bajo custodia del demandado, se causaron daños al bien, relacionados con una hendidura producto de un golpe contra poste; por lo cual se requirió la efectividad de la garantía, al procurar la indemnización de perjuicios referida a la reparación del daño ocasionado al automóvil.

De esta manera, la Superintendencia le concedió al consumidor la suma de \$380.000 y sustentó la decisión en que el consumidor no sólo había acreditado el defecto, la relación del perjuicio con el daño sufrido, sino que la cuantía pretendida había sido estimada y no fue objetada por la parte contraria; y aun cuando ello fuera suficiente para acceder, señaló que la suma era coherente con la prueba documental que el demandante había allegado al plenario, lo que evidenciaría que, en su estimación, no se contempló algún aspecto que se considerara notoriamente injusto, ilegal o fraudulento.

4.2.4 Servicios de reparación. En Sentencia n. ° 11821 del 26 de septiembre de 2019 (Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales), se discutieron, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, los derechos de una consumidora que argumentó haber entregado un televisor para la prestación de servicios de revisión y reparación, para la

ejecución del servicio contratado, y sobre el cual se ejecutó un servicio que desatendió las condiciones de calidad e idoneidad, y, desde luego, la custodia y conservación, por cuanto la persona autorizada para prestar el servicio dejó partir la pantalla del televisor.

En el citado fallo, el juzgador señaló que el defecto se encontraba acreditado y recordó que, en la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, conforme al Decreto Reglamentario 1074 de 2015, la obligación primigenia era reparar el daño causado, y, ante la irreparabilidad de los defectos, tenía el deber de sustituir el bien por otro de iguales características, o pagar el dinero al cual equivalía el producto, según su estado y uso; sin embargo, concluyó que el daño sufrido por el bien sobre el cual recayó el servicio no era reparable, por lo cual, atendiendo a la aplicación del juramento estimatorio, que, una vez más, no fue objetado, y que hizo de prueba de su monto, reconoció en favor del consumidor la suma de \$1.000.000 (2019).

Conclusiones

Hasta 2010, la figura del *juramento estimatorio* fue entendida como un elemento de carácter exclusivo y de especial aplicación, por cuanto su procedencia se limitaba sólo a aquellos procesos en los cuales la Ley autorizaba estimar el *petitum*, haciendo prueba de su valor, sin perjuicio del alcance de los demás medios probatorios existentes en el plenario. Sin embargo, este juramento eleva su rango probatorio con la promulgación de la Ley 1564 de 2012, que, además de permitir que, en todos los procesos en que se pretenda la indemnización o compensación, incluso el pago de frutos o mejoras, se estimen los valores pedidos; la sola manifestación bajo la gravedad de juramento hace prueba de la cuantía, cuando no es objetada, o, sin ser objetada, no se considere injusta, ilegal, fraudulenta o en circunstancia parecida, y no exista prueba que así la desestime.

El juramento estimatorio, tal como establece el Código General del Proceso, en su artículo 206, debe cumplir ciertas exigencias, por cuanto se trata de la oportuna presentación con la demanda, la discriminación de cada concepto y no ser objetado, y, por supuesto, que, en la estimación de su cuantía, el juez no observe situaciones similares a la colusión, fraude, ilegalidad o un petitorio notoriamente injusto. Además, la objeción también debe llenar requisitos como ser formulada en el traslado correspondiente y especificar las razones por las cuales se considera inexacta la estimación; última circunstancia que, a instancias de las providencias analizadas, no fue posible determinar, puesto que se encontraron traslados cuya objeción no estaba fundamentada.

La flexibilización del juramento estimatorio se convierte en un elemento de prueba preponderante en procesos como la acción propia del actual régimen de protección

al consumidor, toda vez que al consumidor reclamante le es posible acudir a este medio de prueba cuando pretende el reconocimiento de perjuicios; circunstancia que, cabe señalar, sólo es permitida en el evento de haber sufrido perjuicios por información o publicidad engañosas, y frente a los daños ocasionados en la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien. Por ello, el juramento, *per se*, constituye una prueba suficiente frente a las cuantías determinadas, cuando no existe objeción alguna de la contraparte.

Sin embargo, dada la naturaleza y las obligaciones que la Ley 1480 de 2011 le impone al consumidor, en el marco de la acción de protección al consumidor, el juramento estimatorio que se invoca y su ausencia de objeción no representan, en todo caso, la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias. Resulta importante reiterar que es deber de las partes probar los supuestos, por lo cual, en el ejercicio de la acción de protección al consumidor, a este último le corresponde la obligación de acreditar la existencia de los perjuicios, además de la existencia de los defectos que conducen a la vulneración de sus derechos; por lo que, ante la ausencia de tales demostraciones, el juramento se convierte en elemento insuficiente para acceder.

En este sentido, el juramento estimatorio, además de su alcance como medio probatorio, implica unos requisitos que el juez debe considerar en el curso del proceso, como la discriminación de sus conceptos, las razones que sustenta quien objeta al considerarlas así; como en el marco de la acción de protección al consumidor, el juramento estimatorio se convierte en medio de prueba idóneo, cuando, por parte del consumidor, se demuestran los defectos en el curso de la relación de consumo que vulneran sus derechos y, frente a indemnizaciones, se demuestra el perjuicio.

Referencias

- Auto n. ° 00075748. (2019, 26 de julio). Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales [Grupo de Defensa del Consumidor].
- Auto n. ° 00093838. (2019, 11 de septiembre). Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales [Grupo de Defensa del Consumidor].
- Auto n. ° 00121735. (2019, 28 de noviembre). Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales [Grupo de Defensa del Consumidor].
- Azula, C. J. (2018). *Manual de derecho procesal. Tomo IV Pruebas judiciales*. Temis.
- Ballén, J. C. (2019). Una aproximación al juramento estimatorio. *Principia Iuris* 16(33), 185-216.
- Chamie, J. F. (2013). Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3481/3467>

- Código de Procedimiento Civil. (1970, 6 de agosto). Presidencia de la República. Diario Oficial 33150.
- Concepto 17- 152404-1. (2017a). Superintendencia de Industria y Comercio, Oficina jurídica. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Boletin-juridico/2017/17152404Consumidor.PDF>
- Concepto 18-142794-3. (2018a). Superintendencia de Industria y Comercio, Oficina jurídica. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Boletin-juridico/2018/Rad180142794InfAsimetricaenPublicidad.PDF>
- Decreto 196 de 1971. (1971, 12 de febrero). Presidencia de la República. Por el cual se dicta el Estatuto del Ejercicio de la Abogacía. Diario Oficial 33255.
- Decreto 3466 de 1982. (1982, 2 de diciembre). Presidencia de la República. Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 36143.
- Devis, E. H. (2009). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Temis.
- Devis, E. H. (2012). *Compendio de derecho procesal. Tomo II Pruebas judiciales*. Temis.
- Forero, S. J. (2013). El juramento estimatorio como medio de prueba de la cuantía reclamada. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/el-juramento-estimatorio-como-medio-de-prueba-de>
- Gallego, C. J. y Jaramillo, A. N. (2018). *Teoría general del proceso*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Ley 1480 de 2011. (2011, 12 de octubre). Congreso de la República. Estatuto del Consumidor. Diario Oficial 48.220.
- Ley 1564 de 2012. (2012, 12 de julio). Congreso de la República. Código General del Proceso. Diario Oficial 48.489.
- Robledo, P. F. (2019, 5 de septiembre). Juramento estimatorio [ponencia]. *XL Congreso Internacional de Derecho Procesal*.
- Sentencia C-472. (1995, 19 de octubre). Corte Constitucional, Sala Plena [A. Barrera Carbonell, M. P.]. Expediente D-868. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-472-95.htm>
- Sentencia C-1141. (2000, 30 de agosto). Corte Constitucional, Sala Plena [E. Cifuentes Muñoz, M. P.]. Expediente D-2830. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1141-00.htm>
- Sentencia T-145. (2004, 19 de febrero). Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión [A. Tafur Galvis, M. P.]. Exp. T-730843. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-145-04.htm>
- Sentencia C-157. (2013, 21 de marzo). Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, [A. González Cuervo, M. P.] Expediente D-9263. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-157-13.htm>
- Sentencia C-067. (2016, 17 de febrero). Corte Constitucional, Sala Plena [J. I. Pretelt Chaljub, M. P.]. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-067_1916.html#INICIO

- Sentencia STC5797-2017. (2017, 28 de abril). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil [L. A. Tolosa Villabona, M. P.] <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/09/STC5797-2017.pdf>
- Sentencia 13024. (2017, 15 de diciembre). Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales [Grupo de Defensa del Consumidor].
- Sentencia 11357. (2019, 20 de septiembre). Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales [Grupo de Defensa del Consumidor].
- Sentencia 11821. (2019, 26 de septiembre). Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales [Grupo de Defensa del Consumidor].
- Sentencia 13084. (2019, 15 de octubre). Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales [Grupo de Defensa del Consumidor].
- Superintendencia de Industria y Comercio (2017). *Protección al consumidor. Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio. Acciones de protección a los consumidores contempladas en el artículo 56, numeral 3. ° de la Ley 1480 de 2011* (406-407). [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf)
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2018). *Informe de Rendición de Cuentas a la Ciudadanía (Período 2011 a 2018)*. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Control_Rendicion_de_Cuentas/Informe-Rendicion-de-Cuentas-2018.pdf
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2019). *Informe de Rendición de Cuentas* (Balance de Gestión: agosto de 2018 a julio de 2019). <https://www.sic.gov.co/rendicion-de-cuentas-sic-2019>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2020, 20 de mayo). *Sic Teve, capítulo 20* [video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=9sFc92lzaS4&list=PLqyWDqTNpP5X-zo4pMMoT8wYPnrb0IIJ1q&index=1>
- Teoría general del proceso* (2.ª ed.). (2018). Colección Mi clase. Legis Editores.

El dilema de la plena identificación de extranjeros indocumentados en el proceso penal colombiano

The dilemma of the full identification of undocumented foreigners in the colombian criminal process

Sergio Leonardo Pedraza Severo*

Resumen

Este trabajo pone de relieve una problemática actual en desarrollo de la investigación penal en Colombia: la imposibilidad de identificar plenamente a una persona que se pretende judicializar cuando se carece de los canales diplomáticos para la transferencia de información útil; como ocurre actualmente con los ciudadanos venezolanos indocumentados que son capturados en territorio colombiano por infringir el sistema normativo. Por ello, la investigación pretende exponer y analizar las posibilidades implementadas por los actores, y las barreras que enfrentan los investigadores en el momento de emprender los actos urgentes en la etapa preliminar.

Palabras clave: plena identidad, extranjeros indocumentados, proceso penal

Abstract

This work highlights a current problem in the development of criminal investigation in Colombia: the impossibility of fully identifying a person to be prosecuted when there are no diplomatic channels for the transfer of useful information, as is currently the case with undocumented Venezuelan citizens who are captured in Colombian territory for violating the regulatory system. Therefore, the research aims to expose and analyze the possibilities implemented by the actors, and the barriers faced by investigators at the time of undertaking urgent acts in the preliminary stage.

Keywords: full identity, undocumented foreigners, criminal process

* Abogado de la Universidad Libre. Magíster en Democracia y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca (España). Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Actualmente se desempeña como juez segundo promiscuo municipal de Villeta (Cundinamarca, Colombia). Correo: sergiol-pedrazas@unilibre.edu.co



1. Introducción

Históricamente, la identificación de extranjeros en los procesos penales ha sido posible gracias a la colaboración diplomática entre autoridades del país donde se encuentra el procesado con el país de origen de este. Sin embargo, sólo desde la ruptura de relaciones diplomáticas con el Estado venezolano, el 23 de febrero de 2019 (Gobierno Bolivariano de Venezuela, 2019), se han presentado dificultades para la labor judicial colombiana, en lo que se refiere a la judicialización –en etapa preliminar– y posterior condena de personas con esta nacionalidad, que presuntamente han cometido delitos en el territorio colombiano.

En esta medida, cuando se pretende procesar y condenar a un extranjero indocumentado proveniente de un país con el cual se han roto las relaciones diplomáticas, la última solución jurídica práctica que ha tenido el Estado colombiano ha sido proceder a su deportación al país de origen; lo cual genera un ambiente de impunidad en la comunidad, y la potencial afectación general de derechos al debido proceso contra una persona que se deporta de forma injusta, ya sea porque no puede ser debidamente judicializada en territorio colombiano o porque no es posible implementar un proceso restaurativo¹.

Por lo anterior, este trabajo ha precisado determinar cuáles son las dificultades que, en las etapas preliminares del proceso penal, enfrentan las autoridades colombianas en el momento de llevar a cabo la plena identificación e individualización de los extranjeros indocumentados que provienen de aquellos Estados con los cuales el Gobierno colombiano ha roto las relaciones diplomáticas de cooperación; y, en ese sentido, realizar un análisis crítico descriptivo de los mecanismos que se han adoptado para darle solución a la problemática mientras los lazos de cooperación amistosa se restablecen.

El tema cobra relevancia porque, si bien se ha decantado de manera primaria por las autoridades, no se ha hecho una revisión académica con un sentido práctico y jurídico; sólo ha habido avances a nivel administrativo, en vista de la coyuntura política actual. De modo que, en el desarrollo de este artículo, se iniciará con la conceptualización de la identificación plena para personas extranjeras en el desarrollo preliminar de un proceso penal. Luego, se realizará una presentación de las implicaciones del caso paradigmático de la migración venezolana que devino tras la ruptura de relaciones diplomáticas en 2019. Posteriormente, se reflexionará sobre los mecanismos que han implementado los

1 En este aspecto, baste con señalar, a modo de ejemplo, que, para la presentación de solicitud del principio de oportunidad que sirve de base para formalizar un resultado restaurativo, se requiere que el fiscal proporcione la plena identificación del beneficiado con la aplicación (Bedoya Sierra *et al.*, 2010, p. 38).

actores que intervienen en el proceso penal para prevenir el error judicial y las barreras que enfrentan con el propósito de llegar finalmente a una conclusión.

2. La plena identificación de personas extranjeras

En el panorama del marco jurídico colombiano, se establece que a la Fiscalía General de la Nación le compete adelantar el ejercicio de la acción penal y de investigar los hechos que presenten características de delito que lleguen a su conocimiento (C.P., 1991, art. 250). Por consiguiente, en el momento de realizar el acto de imputación, conforme a los lineamientos del artículo 288 del Código de Procedimiento Penal (C.P.P.), el ente acusador debe expresar la “individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones” con el fin de excluir, desde el comienzo, a homónimos, personas con características semejantes o, incluso, suplantadores durante el cumplimiento de una eventual pena. Por ello, el párrafo del artículo 302 del C.P.P. ordena que, en todas las capturas, la policía judicial debe proceder inmediatamente a la plena identificación y registro del aprehendido para constatar capturas anteriores, procesos en curso y antecedentes, lo cual se convierte en uno de los llamados “actos urgentes”.

Las dificultades que enfrenta una persona contra la cual se adelante erróneamente un proceso penal en su contra, por existir errores en la identificación, traen una seria vulneración de derechos fundamentales, como el debido proceso (defensa), el habeas data, la honra y el buen nombre, la libertad personal y la libertad de locomoción, pues una condena penal a costas implica para una persona un bloqueo social de su desarrollo individual en comunidad; incluso la imposibilidad para trabajar, desarrollar una actividad económica, estudiar, y hasta la pérdida de derechos civiles y políticos.

Así quedó reiterado en la Sentencia T-578 de 2010, en la cual se estableció la procedencia de la acción de tutela para aquellos casos de homonimia o suplantación de personas, y se observó que, pese a existir un mecanismo ordinario para corregir este tipo de errores ante el juez natural en cada caso –como lo es el juez de ejecución de penas respectivo–, se puede acudir por vía de tutela, si se cumplen dos condiciones: 1) “cuando se presenta una evidencia probatoria suficiente respecto de la suplantación de identidad” y 2) que salte a la vista una “carga desproporcionada que implicaría para el afectado el desplazamiento de una ciudad a otra para enmendar el error”, perdiéndose así la subsidiariedad de la acción de tutela (Corte Constitucional, 2010).

De ahí que sea preciso resaltar la importancia de la plena individualización e identificación como una fórmula para evitar el error judicial sobre la persona que se judicializa o a la que se le atribuye la comisión de un delito; de manera que constituye

un requisito para que se llegue a la declaración de responsabilidad (C.P.P., art. 128). Por su parte, la garantía constitucional por la cual “la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes (...)” (C.P. art. 28) obliga a que, en dicho término, se agote el programa metodológico y el desarrollo de los actos urgentes que tienen como propósito recaudar la información necesaria que sirva de soporte a la posible comisión de un delito; antes de acudir a la legalización de captura, imputación y medida de aseguramiento, tratándose de aquellos casos de flagrancia (Fiscalía General de la Nación, s. f., pp. 14 y 23), lo cual implica que las actividades de identificación se adelanten con la misma celeridad.

Desde hace mucho tiempo, la jurisprudencia ha insistido en que el ente acusador, en conjunto con todo el aparato judicial, tienen la obligación de establecer la plena identidad de la persona que pretendan vincular a un proceso judicial para evitar que se afecten derechos de personas homónimas o terceros suplantados; y complementarla con la individualización para evitar equívocos al irrumpir en la libertad de una persona (Corte Constitucional, 1997).

Al respecto, se ha reforzado la concepción de la carga no sólo de la Fiscalía, en etapas preliminares, sino también del juez de conocimiento para que se tenga certeza en relación con la persona sobre la cual se pretende imponer una condena; en especial si se trata del juzgamiento de personas que usualmente han suplantado identidades (Corte Constitucional, 2010). Para ello, citando a la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia C-488 de 1996 (Corte Constitucional, 1997), la Corte Constitucional diferenció entre el concepto de individualización y la identificación, de la siguiente manera:

Individualizar o individuar significa el proceso más o menos complicado de concretar a una persona, de distinguirla con sus características de todas las demás. Es una tarea de índole originaria que supone la concreción de una persona por la reunión de una serie de elementos que sobre ella poseemos; elementos que provienen de ella misma y que se refieren a sus características, a lo que le es propio como individualidad física o moral.

Identificar es algo que se haya íntimamente ligado a lo anterior, pero que es, sin embargo, diferente; en un sentido amplio, genérico, *identificar* implica una yuxtaposición, el proceso más o menos complicado de ver si lo que se posee con respecto a la individualidad de alguien corresponde, se ajusta a esta misma. La identificación es el resultado final que toda individualización debe concluir. Identificar, pues, no es precisamente descubrir, sino confirmar, realizar un reconocer, acreditar la exactitud de lo individualizado, de lo conocido. (Enciclopedia OMEBA, tomo V, p. 119)

Por la primera operación, la de individualizar, se establece que se trata de una persona determinada, de una integridad sicofísica aislada, de alguien que se concreta en

la afirmación “este y no otro”. Por la segunda (identificación), se agregan a esa individualización el nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado, profesión, etc., tal como se ve en el artículo 386 (359 del actual C.P.P.), que consigna reglas para la recepción de indagatoria.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2019) ha manifestado la importancia de que la Fiscalía ejecute la plena identificación desde el acto de imputación, en el inicio del trámite formal del proceso, toda vez que “desde allá debe estar concretada para la prosecución del debido proceso con el escrito de acusación”, “así que el tema de la llamada plena identidad no tiene por qué representar objeto de prueba para el juicio”, puesto que en este, desde las mismas audiencias preliminares, el procesado debe estar individualizado o identificado en forma concreta para evitar problemas de homonimia (Corte Suprema de Justicia, 2014).

En este sentido, basta con decir que no es suficiente identificar al infractor de la norma penal con los datos o información que lo caracterizan, sino que esta se complementa con la individualización, como un factor que reúne los rasgos físicos de la persona, que impide confundirla físicamente con cualquier otra para lograr que la persona que se somete al escrutinio de las autoridades sea, sin lugar a dudas, la destinataria del reproche penal.

Ahora bien, el concepto de *plena identidad* es complementado por la jurisprudencia penal colombiana en el contexto de la extradición, cuando se establece que, para su aprobación, se debe cumplir a cabalidad el requisito de *plena identidad*:

Está encaminado a determinar si la persona procesada o condenada en el país extranjero es la misma sometida al trámite de extradición; lo cual implica conocer su verdadera identidad, esto es, que exista plena coincidencia entre el individuo solicitado y aquel cuya entrega se encuentra en curso de resolver. (Corte Suprema de Justicia, 2016)

Analógicamente, en este caso, la coincidencia debe obedecer a que la persona que se vaya a judicializar, en cuanto a su individualización e identidad, coincida perfectamente con la que se encuentre registrada en las bases de datos oficiales del país de origen.

Por lo anterior, el Manual Único de Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación (s.f., p. 28), establece lo siguiente:

La identificación humana consiste en un proceso de comparación dentro de una investigación para establecer la identificación e individualización de un individuo (sic) mediante la implementación de diferentes métodos que el estado de la ciencia aporte, como el cotejo lofoscópico, el cotejo genético y el odontológico en el que se incluye la comparación de radiografías panorámicas y periapicales, entre otros.

De manera que, en los procedimientos propios del ente investigador, se fijaron estos procedimientos de identificación –atados a la individualización– como imprescindibles para emprender un proceso penal en contra de una persona.

El procedimiento de comparación para determinar quién es el capturado en flagrancia se torna más urgente cuando se trata de personas indocumentadas, pues, en estos casos, se adelanta una gestión interinstitucional, con entidades como la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Instituto Nacional de Medicina Legal para dar con la información idónea que permita individualizar e identificar a la persona, sin que haya lugar a dudas; confusiones que derivan potencialmente en impunidad y condenas, o vulneraciones contra terceros inocentes, muchas veces generadas por el suministro de nombres o números de identificación falsos (El Tiempo, 2019).

Tratándose de personas extranjeras, el procedimiento ordinario de policía judicial para la identificación contempla una triangulación con el *web service* de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol), a través de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol –antes denominada *Dijín*–, para consultar y gestionar la tarjeta decadactilar con la Oficina Central Nacional (OCN) de Interpol del país de origen, que tiene acceso a la información de la respectiva agencia encargada de la identificación (Interpol, 2020).

El procedimiento planteado para la Policía Judicial (Fiscalía General de la Nación, p. 25) contempla que, si se agotan las posibilidades de identificación, se deberá presentar ante Migración Colombia –agencia colombiana responsable de monitorear y llevar a cabo el control migratorio (Migración Colombia-Ministerio de Relaciones Exteriores, 2020)– con el fin de que constate la condición de migrante; probablemente allí reposen registros de identificación. Como más adelante se verá, en este aspecto hay un punto de quiebre que va en contra de los parámetros constitucionales que se imponen para los actos urgentes de identificación.

Llevadas las cosas al extremo, la resignación del sistema ocurre cuando en Migración Colombia no existe registro alguno del extranjero, pues la situación de irregularidad del ciudadano es tal que en ningún momento ha solicitado un servicio, permiso o visado, de manera que la entidad opta por aplicar la sanción administrativa de la deportación o la expulsión, contempladas en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores (Decreto 1067, 2015, arts. 2.2.1.13.1.1. y 2.2.1.13.2.1.); figuras que, eventualmente, podrían vulnerar derechos fundamentales de estas personas, al impedirles que su presunción de inocencia sea derrotada en juicio con un debido proceso frente a un juez natural y unos parámetros mínimos.

2. La dimensión criminal del fenómeno migratorio venezolano como consecuencia de la ruptura de relaciones diplomáticas

En la actualidad, si bien la migración irregular de ciudadanos venezolanos se lleva a cabo a través de los departamentos limítrofes con Venezuela –por ejemplo, Guajira, Cesar, Norte de Santander, Santander, Arauca, Vichada, y Guainía– (Migración Colombia, 2020), esta población flotante ha llegado hasta las regiones principales del territorio nacional no sólo a desarrollar su calidad de vida en la legalidad como residentes, trabajadores, o estudiantes, sino que, en varios casos, han sido descubiertos cometiendo conductas delictivas.

Según cifras de Migración Colombia (2020), hasta marzo de 2020, el cálculo de migrantes venezolanos en Colombia ascendía a 1.809.872 personas, de las cuales 784.234 serían regulares², y 1.025.638 serían irregulares³; y, por efecto de la pandemia declarada a nivel global, esta cifra se estabilizó y comenzó a descender levemente, tal como se aprecia en la Figura 1.

Lo cierto es que la declaración de la ruptura de las relaciones diplomáticas marcó un incremento gradual en lo corrido del 2019, sobre todo en condiciones de irregularidad.

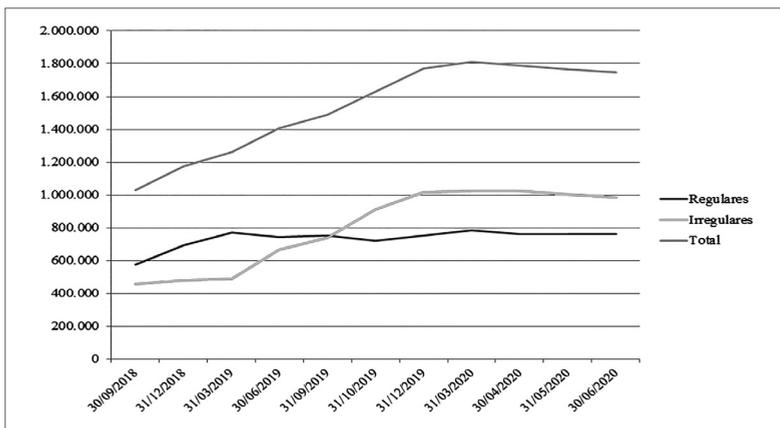


FIGURA 1

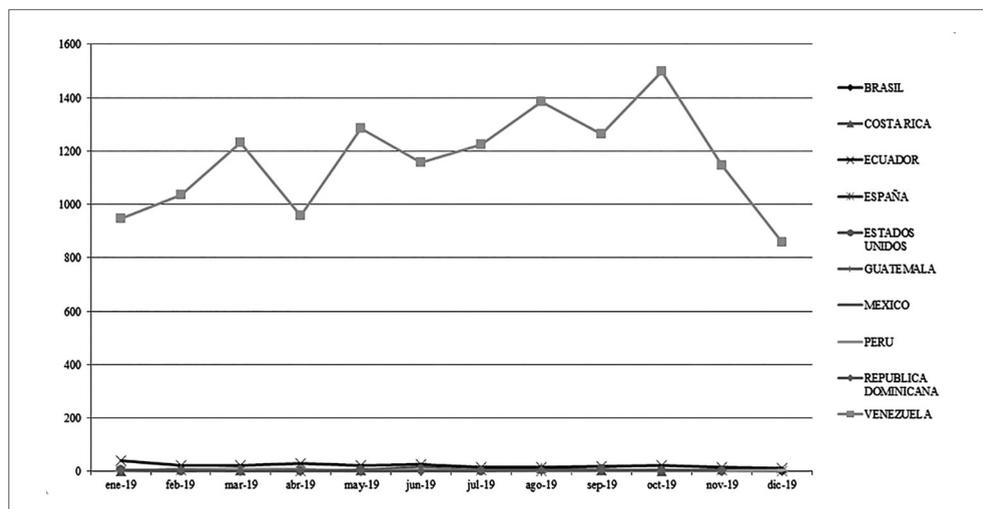
Evolución de la cantidad de venezolanos en Colombia desde el 30 de septiembre de 2018 hasta el 30 de junio de 2020

Fuente: Elaboración propia a partir de información obtenida de las infografías de Migración Colombia (2020).

- 2 Este criterio se relaciona con aquellos venezolanos que ingresan con visa, pasaporte, cédula de extranjería, Permiso Especial de Permanencia [PEP], o dentro del tiempo de Ley establecido (Migración Colombia, 2020).
- 3 El criterio de “irregular” hace referencia a los venezolanos que superaron el tiempo de permanencia y quedaron en condición irregular, o a aquellos que ingresaron por pasos no autorizados o trochas, cuyas cifras se proyectan con base en un análisis de las verificaciones migratorias (Migración Colombia, 2020).

Por otra parte, habida cuenta de que existe una cifra oscura o indeterminada sobre el número de migrantes indocumentados que residen en el país, dada la cantidad de personas que pueden eludir el control migratorio, es posible observar, en cifras oficiales, que los ciudadanos venezolanos –documentados o no– constituyen una proporción mayoritaria de los extranjeros capturados en territorio colombiano durante el año 2019; y, después de la mencionada ruptura de relaciones diplomáticas, se denota un incremento progresivo hasta el mes de octubre del mismo año, tal como se observa en la Figura 2.

La cifra es tan elevada que la suma de 13.991 capturas de venezolanos constituye el 95% del total de extranjeros capturados durante 2019 (14.716 personas) y el 5,9% de los capturados a nivel país (234.484 personas); esta última cifra incluye a los propios colombianos detenidos en situación de flagrancia.


FIGURA 2

Personas extranjeras capturadas en Colombia durante 2019

Nota: Personas extranjeras capturadas en Colombia durante 2019, en grupos discriminados mes por mes, contabilizando los diez países que encabezan el listado.

Fuente: Elaboración propia a partir de información suministrada por la Dirección de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa de Colombia (2020).

La problemática se agudiza dentro de la sociedad colombiana cuando se observan los delitos por los cuales se captura a las personas de origen venezolano, pues, del total de 13.991 capturas durante 2019, el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes alcanza el 23,43%; el hurto a personas, el 20,38%; y el hurto a establecimientos comerciales, un 20,41%, entre otros delitos que afectan sensiblemente la seguridad de la población, en general, como se desprende de la Figura 3.

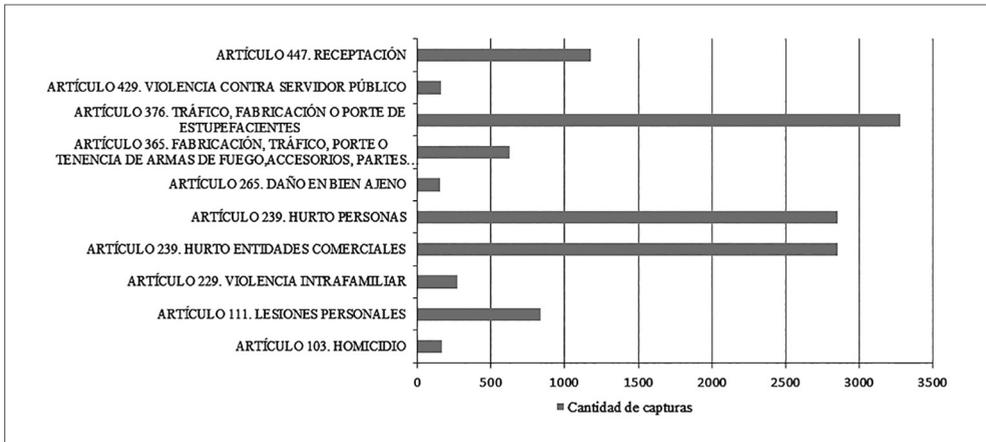


FIGURA 3

Los diez delitos más recurrentes por los cuales son capturados en Colombia ciudadanos venezolanos en 2019

Fuente: Elaboración propia a partir de información suministrada por la Dirección de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa de Colombia (2020).

La gravedad de estas cifras pone de manifiesto el nivel de impunidad al que se enfrenta el sistema penal, si no se tienen previstos mecanismos adecuados para la identificación e individualización de personas indocumentadas, ya que, por una parte, se incrementa la probabilidad en casos donde se juzgue a la persona equivocada y, por otra parte, al tornarse imposible el procedimiento de identificación, converge en la deportación de estas personas y cae, incluso, en el prejuzgamiento. El asunto crece en importancia cuando un colombiano capturado tiene la posibilidad de aprovechar las debilidades del procedimiento adoptado para evadir la justicia, haciéndose pasar por ciudadano venezolano.

En la literatura existente hasta el momento, no hay consenso acerca de la relación entre migración y crimen, pues unos identifican casos en que los migrantes mejoran el entorno a donde llegan en razón a la presencia de altos niveles de empleo⁴, mientras que otros investigadores reconocen que los migrantes, al encontrarse en condiciones de pobreza, exclusión, o como presa de bandas de crimen organizado, se vuelven más propensos a delinquir⁵ (Castillo *et al.*, 2019, p.7).

Lo cierto es que, afín a esta última postura, esta investigación observó que el movimiento de las cifras de detenciones en flagrancia de nacionales venezolanos no es

⁴ Como afirman McDonald, 2009; y Martínez y Lee, 2009 (Castillo *et al.*, 2019, p. 7).

⁵ Como señalan Merton, 1938; Rumbaut *et al.*, 2006; Skaperdas, 2011; y Baker, 2015 (Castillo *et al.*, 2019, p. 7).

casual, cuando es posible dilucidar un incremento progresivo que coincide con el aumento de migraciones asociadas a las fechas de crisis y rupturas diplomáticas con el país vecino⁶.

Como a continuación se verá, el rigor y la rapidez en los actos de indagación son claves en el momento de poner cada caso frente a un juez de control de garantías; sin embargo, la lentitud de las instituciones responsables hace que se incumplan postulados que pretenden salvaguardar el debido proceso.

3. Barreras prácticas en la aplicación del procedimiento existente

Hasta aquí, es claro que el proceso penal redundante en la exigencia sustancial para los jueces, que les impide condenar a una persona sin poder diferenciarla de manera excluyente del resto del conglomerado social, y en la necesidad de prevenir errores, nulidades y re-procesos en la administración de justicia. Sin embargo, en la práctica, esta exigencia se dilata en los trámites y la espera de las gestiones que deben coordinarse en función del tiempo concedido legalmente para cumplir el programa metodológico de investigación; que, además de los actos urgentes para recoger los elementos materiales probatorios y evidencia física, debe satisfacer los parámetros de la plena identidad.

La escasa literatura y el poco tiempo transcurrido desde la ruptura diplomática, sumado al carácter reservado de los procedimientos que emplea la Policía Nacional colombiana, y la inexistencia de un protocolo específico para la situación en particular no han permitido depurar académicamente el asunto; sin embargo, gracias a la información y experiencia transmitida de manera informal por algunos de los funcionarios que directamente perciben los problemas actuales, ha sido posible consolidar el contenido de este acápite.

Para 2018, el documento CONPES 3950 (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2018, p. 77) advirtió que “existe un gran vacío con respecto a la identificación de la población migrante, particularmente de aquella de nacionalidad venezolana”,

6 Es válido aclarar que estas cifras no pueden arrojar un resultado concluyente sobre el aumento de criminalidad a nivel nacional, toda vez que, teniendo en cuenta lo mencionado por Castillo *et al.* (2019, p. 28), al hacer un análisis cuantitativo de las tasas de delitos, guardan una proporción relativamente baja frente al total de la criminalidad presentada en todo el país, razón que le lleva a concluir que “el comportamiento de los homicidios, lesiones personales, delitos sexuales y hurto a personas no se pueden explicar por el flujo migratorio”. Sin embargo, para efectos de esta investigación, sí se pudo evidenciar el incremento numérico de la cantidad de delitos registrados cometidos por venezolanos en el período observado.

ya que se carece de control sobre los diversos métodos de identificación al ingreso a territorio colombiano. Por ello, precisa lo siguiente:

No existe un mecanismo de enrolamiento o validación de la plena identidad. Es decir, en escenarios como el acceso a diferentes servicios del Estado, no es posible verificar si la persona que utiliza el permiso, en efecto, corresponde a quien lo solicitó.

De manera que sólo se cuenta con la información obtenida de quienes hayan ingresado por algún puesto de control migratorio dispuesto, y con la información recolectada en encuestas del Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos, en la cual no se ha captado información biométrica.

En este contexto, tal como se había aludido, para cualquier intercambio de información que facilite la investigación penal –dentro de ello, cumplir con el propósito de la identificación de una persona capturada–, la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional recibe y envía requerimientos de cualquier índole a nivel internacional, a cualquier agencia, bajo procedimientos reservados de colaboración que permiten recibir la información que se remite a través de correos seguros; lo cual le ofrece fidelidad al contenido de la identificación que se suministra, de conformidad con el convenio existente entre los países involucrados en la transmisión de información.

Pese a lo anterior, para el caso de estudio, la primera barrera que se debe distinguir es la histórica, proveniente del desconocimiento de carácter político por parte del Gobierno colombiano actual de Iván Duque hacia el régimen de Nicolás Maduro; lo cual implicó, de manera simultánea, el reconocimiento a Juan Guaidó como presidente legítimo de Venezuela (Cancillería de Colombia, 2019). De forma indirecta, respecto del tema central que aquí se trata, condujo a que la Oficina de la Interpol de Venezuela, al servicio del régimen de Maduro “desconocido por Colombia”, dejara de responder las solicitudes remitidas por la Oficina de la Interpol de Colombia –Dijín–. Lógicamente, y con el paso del tiempo, la Oficina radicada en Colombia, en la práctica, dejó de remitir requerimientos para solicitar datos de plena identidad, puesto que nunca volvieron a ser resueltos.

Esta situación se combina con el aumento progresivo de ciudadanos venezolanos irregulares en el territorio nacional (como pudo describirse en la Figura 1), que potencializó la dificultad de establecer mecanismos confiables de identificación de capturados en condiciones de indocumentados de origen venezolano. Lo anterior se torna reiterativo, teniendo en cuenta que los puestos de control migratorio se saturaron por el aumento de los flujos de personas por los puntos de paso fronterizo, y, ante la escasez de medios físicos para la atención, no se alcanza a satisfacer la demanda de

registro de esta población (CONPES, 2018, pp. 74-76). Por su parte, de acuerdo con el informe de 2018 del Banco Mundial, se encontró que existen altos costos para asumir la identificación de la creciente población migrante con condiciones de irregularidad; además, la condición de irregularidad de los venezolanos radica en la dificultad para renovar o adquirir en su país los documentos de identidad que les permita regularizar su situación (Banco Mundial, 2018, p. 16).

En varias regiones del país, se han adelantado propuestas para contrarrestar esta falencia. Por ejemplo, en Bogotá, la ciudad con más población venezolana identificada (CONPES, 2018, pp. 60-61), se puso en marcha un trabajo mancomunado con Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial y la Alcaldía Mayor. Esta coordinación interinstitucional permitió, primeramente, un mecanismo de empadronamiento, por parte de Migración Colombia, de aquellos venezolanos que no contaran con algún registro en esa agencia migratoria (Migración Colombia, 2019); además, se destinaron recursos físicos para concentrar en un solo lugar a los capturados que se encontraran en circunstancias especiales de identificación (*El Tiempo*, 2019).

En este punto, es preciso decir que una persona extranjera indocumentada es aquella que, en el momento de su captura, aparte de no tener regulada su situación de migrante en el territorio colombiano, carece de medios de cotejo que les permitan a las autoridades tener certeza sobre la individualidad jurídica de esa persona –por una parte, entre los datos que suministra cuando es aprehendido y, por otra parte, frente a la información que reposa en la entidad respectiva de registro civil e identificación del país de origen–, de manera que se dificulta su presentación en el momento del acto de imputación jurídica que se hace ante el juez de control de garantías para que tenga validez dentro del proceso penal (Ley 906, 2004, art. 288-1).

En el caso de los nacionales colombianos, en el inciso 4 del art. 128 del C.P.P., se tiene previsto que, de no lograrse la identificación –porque las huellas en la tarjeta dactilar no reportan en las bases de datos–, la Registraduría Nacional del Estado Civil deberá asignar un cupo numérico bajo el nombre que dijo la persona capturada. Por lo observado, este procedimiento se quiso emular ante Migración Colombia para los extranjeros indocumentados de quienes no se obtuviera ninguna clase de registro en las indagaciones; ya que pretender asignarlo al ente que controla el registro (Registraduría Nacional del Estado Civil) llevaría indirectamente a una cedulación, como si se tratara de ciudadanos colombianos.

El procedimiento que se precisó como piloto, en Bogotá, estableció unas actividades que coadyuvan al propósito del artículo 128 C.P.P., y que Migración Colombia (2019) concreta en los siguientes pasos o fases:

1. Captura del extranjero por parte de autoridad
2. Ingreso del extranjero a Migración Colombia, custodiado por Policía o CTI
3. Radicación de solicitud a Migración Colombia por parte de Policía o CTI
4. Consulta de bases de datos abiertas y Sistema de Información Misional (SIM)
5. Registro de datos en el módulo historial del extranjero (HE)
6. Enrolamiento: toma de registro fotográfico, huella y firma
7. Generación y entrega de tarjeta decadactilar a la autoridad solicitante
8. Respuesta a la autoridad requirente
9. Entrega del extranjero a la autoridad requirente

Si bien este plan piloto, según el informe, permitió la identificación de 138 personas en cuatro meses, y el aporte metodológico para la solución a la problemática es notable, la capacidad institucional de la agencia de migración para dar respuesta a nivel nacional es escasa, teniendo en cuenta que el promedio mensual de capturados venezolanos para 2019 fue de 1.165 personas (Dirección de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa de Colombia, 2020); de las cuales una buena proporción se encuentran en situación irregular en el territorio, y, mientras se imparten directrices, la cifra continúa en aumento.

Esa misma alternativa representa asumir económicamente los traslados a la ciudad donde se encuentre el centro de verificación; costo que, a la postre, sería asumido por el técnico encargado de la investigación. En este punto, es preciso resaltar que, para 2018, se informó que Migración Colombia contaba “únicamente con 1.365 funcionarios, de los cuales 663 realizan labores de control migratorio en los 42 PCM del territorio nacional y 277 realizan labores relacionadas con extranjería y verificación migratoria” (CONPES, 2018, p. 76); y, sumado el incremento en los flujos migratorios, resulta disminuido el capital humano suficiente para atender las necesidades del servicio, razón por la cual la cobertura de esta clase de servicio a nivel nacional llevaría a aumentar la planta de personal de esta agencia.

En diversas regiones, como en Cundinamarca, ante la premura del requisito procesal, se acudió a la consecución informal de la identificación bajo ciertas condiciones, como resultado del contacto y colegaje entre pares de autoridades migratorias colombianas y venezolanas. El enlace, logrado por medio del envío de mensajes de correo electrónico, permite que, bajo unos requisitos mínimos, el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de Colombia remita la solicitud de manera digital a una dependencia del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME) de Venezuela –por ejemplo, reportes de inicio de investigación, registros de individualización del procesado–, que hace un seguimiento en sus bases de datos, por medio del número de identificación que haya reportado el capturado.

Si la cédula de ciudadanía venezolana se encuentra vigente, se retorna por el mismo medio la tarjeta decadactilar encontrada para que el equipo investigador la coteje. Cabe señalar que la cédula venezolana tiene una vigencia de 10 años⁷, de manera que, si en la averiguación, que dura de 12 a 20 horas en tiempo de respuesta, resulta que la cédula ha perdido su vigencia, la tarjeta decadactilar no se remite para su comparación por la autoridad venezolana.

Esta solución práctica, al ser una alternativa eficiente para la investigación y el desarrollo de los actos urgentes, alcanza a derrapar con la informalidad de un procedimiento que requiere alto nivel de precisión, pues una inexactitud involuntaria en el nombre, el número, o la transmisión ilegible de algún documento digital, podrían desembocar en la vulneración de los derechos de un tercero, ya sea por la confusión de información o por efectos de la suplantación personal.

Ante la negativa del suministro de información por parte de la autoridad de registro venezolana, los técnicos investigadores optan por recurrir a la agencia Migración Colombia para que se les informe y suministre informaciones de registros dejados voluntariamente por la persona; en caso de que hubiera requerido algún servicio, visado o permiso especial (Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos –RAMV–), cuyo acceso se posibilita, siempre que medie una autorización judicial de búsqueda selectiva en bases de datos (C.P.P., art. 244). Dicho requisito quedó planteado en el Decreto Nacional n. ° 0834 de 2013, de la siguiente forma:

Artículo 32. Reserva. Por estar relacionados con la seguridad nacional, así como por involucrar la privacidad de las personas, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, en concordancia con el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, o las leyes que las sustituyan, modifiquen o adicione, tienen carácter reservado, en los archivos de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, el registro de extranjeros, los documentos que contienen información judicial e investigaciones de carácter migratorio, y el movimiento migratorio tanto de nacionales como de extranjeros.

No obstante, la anterior información que se lleva en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, podrá ser entregada a:

1. Los funcionarios judiciales y de policía que adelanten investigaciones respecto de la persona registrada. (...).

⁷ “Vigencia del trámite. La vigencia de este trámite, al igual que para los venezolanos naturales, es de 10 años. La vigencia tomará como fecha de referencia la fecha de expedición de la cédula. Transcurrido este plazo, sólo deberá presentar la cédula vencida para solicitar una nueva” (SAIME, 2020).

Pese a lo contemplado en la norma, la exigencia de orden judicial previa por parte de la entidad de migración colombiana, para los técnicos cercanos al trámite, toma la apariencia de un requisito engorroso que obstaculiza las labores urgentes, dado que los agentes compiten en contra del tiempo para lograr los datos de identificación.

Si, definitivamente, no es posible encontrar un medio eficiente para contrastar las huellas digitales del capturado, en razón a que ni siquiera en Migración Colombia existe un registro, las autoridades migratorias procederían a aplicar la sanción administrativa de deportación o expulsión, de conformidad con el artículo 2.2.1.13.1.1. del Decreto 1067 de 2015, cuyo procedimiento contempla que el director de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, o por intermedio de uno de sus delegados, a través de una Resolución motivada, ordena la deportación del extranjero que esté incurso en una de las causales del art. 2.2.1.13.1.2; entre las que se hallan “ingresar o salir del país sin el cumplimiento de las normas” (numeral 1) y/o “encontrarse en permanencia irregular” (numeral 3). O ya sea la sanción de expulsión, en la que, según el art. 2.2.1.13.2.2 del mismo Decreto, se contempla que procederá, cuando los migrantes se hallen en las siguientes condiciones:

...realicen actividades que atenten contra la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la tranquilidad social, la seguridad pública, o cuando existan informaciones de inteligencia que indiquen que representa un riesgo para la seguridad nacional, el orden público, la seguridad pública o la tranquilidad social.

Como se pudo observar hasta aquí, las autoridades, de manera empírica, han adoptado procedimientos para llegar a la identificación de los extranjeros capturados indocumentados. Si bien la comunicación informal entre el CTI y el SAIME representa eficiencia, es un mecanismo falible, y carece de altos estándares de seguridad que proporcionaría la habitual comunicación con la Interpol. Así mismo, se percibe que aún se carece de un protocolo a nivel institucional que oriente las medidas idóneas y elimine barreras logísticas para su aplicación, pues fue posible observar que cada seccional acude, como mejor se le facilita, a las alternativas planteadas; solventando, en algunas ocasiones, de su propio peculio, el costo de los insumos para la identificación (por ejemplo, toma de fotografías, exámenes de RH).

Por su parte, el procedimiento creado para gestionar, a través de Migración Colombia, presenta falencias logísticas y presupuestales que reducen su nivel de operatividad en todo el territorio nacional; además de la carencia de las bases de datos de información que no contienen un empadronamiento con reconocimiento de huellas y del iris, de forma adecuada, desde el momento en que un extranjero ingresa al país por algún puesto de control migratorio con la intención de estabilizarse.

4. Proyecciones de la problemática y conclusión

En el contexto planteado, la indebida identificación de un capturado o de un procesado puede exponer a la Administración de justicia a que se condene a la persona equivocada, lo cual constituye un error judicial que afecta los derechos fundamentales de un tercero a quien corresponda la identidad esgrimida por la persona que se pretende judicializar; puesto que, en el futuro, podría vulnerarle derechos como el debido proceso, el *habeas data*, la honra y el buen nombre, la libertad personal, la libertad de locomoción, e incluso la manifestación de derechos civiles y políticos.

Esta situación puede volverse frecuente porque la persona capturada suministra datos distintos a los reales, porque entrega fraudulentamente datos de otra persona extranjera o porque niega ser de nacionalidad colombiana para escabullirse de la persecución penal. La carga legal y constitucional de la Fiscalía apunta a que indague, hasta donde le sea posible, acerca de la identificación real del capturado y/o del procesado, según el caso, con el fin de evitar afectaciones al buen nombre y la honra de aquellos que no tienen que ver en la comisión de los delitos.

Hasta donde pudo observarse, la Fiscalía y la Policía Judicial no cuentan con un protocolo claro e idóneo mediante el cual les sea posible verificar la identidad de ciudadanos extranjeros indocumentados, útil para suplir los canales de colaboración extendidos a través de los convenios implementados con la Interpol, que se encuentran bloqueados, como consecuencia de la crisis diplomática; con lo cual se prevendría que los capturados puedan dar nombres o números de identificación falsos, y generar suplantaciones de identidad, e, incluso, se cerraría la posibilidad de que haya colombianos que se hagan pasar por extranjeros indocumentados.

La informalidad de las medidas adoptadas por algunos agentes de la Policía Judicial representa una solución transitoria eficiente pero falible; porque el envío de información no se sostiene a través de mecanismos de comunicación confidenciales. La fuente de información, que reposa en un solo funcionario o dependencia cooperadora en el SAIME de Venezuela, remite copias simples digitales de la información y puede ser desautorizada en cualquier momento, o controvertida a través de una tacha de falsedad. Así mismo, ante la información suministrada de manera errada por el capturado, obstaculizaría el proceso de identificación para que el enlace no suministrara la información, o, en el peor de los casos, equivocara el registro y remitiera información de otro ciudadano. Además, si la información no se suministra, por encontrarse sin vigencia la cedulación, representa dificultades de este mecanismo.

Sólo planteando la posibilidad de realizar un rápido empadronamiento de la persona indocumentada podría facilitarse la articulación institucional para agilizar los

procedimientos de identificación. Los efectos nocivos de la criminalidad en aumento pueden verse mermados en la medida en que, por una parte, se establezcan mejores controles para documentar a los migrantes y, por otra parte, existan medios de acción interinstitucional para consultar las bases de datos o registrar al indocumentado, ante la autoridad migratoria, con el nombre que asegure tener. En este sentido, en virtud de la obligación constitucional de adelantar la identificación e individualización de una persona involucrada en un evento que reviste características de delito, debe armonizarse la cooperación entre las autoridades de indagación penal con aquellas de control migratorio.

Como última medida, en la deportación o expulsión por vía migratoria, se corre un riesgo grave de condenar a una persona a salir del territorio nacional, sin contar con un debido proceso en el cual sea desvirtuada su presunción de inocencia; incluso, se estaría propiciando la salida del territorio de un ciudadano colombiano que suplante a uno venezolano para evadir la justicia. De manera que no es la solución más deseada; además, facilita un estado de impunidad con respecto a las conductas que ameritan ser sancionadas o reparadas en el ámbito del Estado colombiano.

En otros países, como en Estados Unidos –conocido por el elevado flujo de migrantes irregulares–, es posible percibir alternativas que permiten controlar la identificación de estas personas, y de aquellas para quienes, probablemente, haya motivos para adelantarles un proceso penal. De acuerdo con el informe sobre inmigración en Estados Unidos, rendido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010), en el ámbito estatal o local, se contemplan dos tipos de estrategias promovidas por la agencia de Inmigración y Control de Aduanas (ICE, por su sigla en inglés), que tienen como propósito coordinar el intercambio de información sobre inmigración con las agencias del orden a nivel estatal y local; a saber: (1) el programa Comunidades Seguras y (2) el Programa Extranjeros Criminales.

El primero consiste en instalar un sistema de reconocimiento de datos biométricos con capacidad de búsqueda de huellas digitales en todos los centros de detención, de manera que los agentes del orden local puedan establecer, desde el momento del arresto, cuál es el estatus migratorio de cada persona que sea detenida; si resulta que la persona es deportable, los agentes del orden local contactan al ICE. La adaptación de esta propuesta en el Estado colombiano, en la medida de las posibilidades económicas, permitiría que la Policía Judicial estableciera, de forma directa, mecanismos de consulta y de registro. Eventualmente, serviría para elaborar una base de datos a nivel nacional, que permita empadronar al capturado y unificar una sola fuente de información migratoria y penal, de modo que sea fácil volver a identificar a la persona, en caso de que la autoridad judicial lo requiera de nuevo.

El segundo programa implementado en Estados Unidos tiene como propósito instalar a los agentes del Estado en cárceles y centros de detención federales, estatales y locales, o supervisar la situación de la población detenida. De manera que estos agentes son notificados del arresto de una persona de quien se sospeche que es deportable para que se le investiguen sus antecedentes migratorios; en caso de considerarlo “deportable”, iniciaría el procedimiento de deportación (CIDH, 2010). Aunque estas medidas fueron criticadas en su momento por la CIDH, dado que, posiblemente, se utilizaron para extralimitarse en el uso de la autoridad, lo que se puede destacar, en beneficio de inventario para el caso colombiano, es el empleo de mecanismos cooperativos de recolección y cruce de información entre las autoridades de policía judicial y la agencia migratoria con fines de identificación de extranjeros; por lo menos mientras se normalizan las relaciones diplomáticas.

Así las cosas, es preciso concluir en que la Fiscalía General de la Nación, como ente rector de la investigación penal, vea la necesidad de generar un protocolo que les permita a las autoridades intercambiar la información personal y confidencial que ayude a identificar a los procesados sobre los que pretende adelantar la audiencia de imputación; de forma que disminuya la probabilidad de yerros en el momento de identificar extranjeros indocumentados, sin dejar de recurrir a las herramientas ya existentes. Ello sería resultado de la gestión de la reforma de las normas que impiden una consulta de la policía judicial de aquellos registros elaborados con la información brindada voluntariamente por los extranjeros que ingresan por los puestos de control migratorio; así mismo, es necesaria la ampliación de la capacidad operativa de los organismos de control migratorio.

Mientras ello ocurre, el panorama planteado en este trabajo sirve de punto de referencia para lo que viene, en un tema que aún ofrece puntos de discusión, en busca de la protección de los derechos de los procesados a ser identificados e individualizados adecuadamente para evitar equivocaciones en las sentencias condenatorias; y para que se les dé la oportunidad de defenderse en el ámbito de un juicio contradictorio y se evite el extremo de la deportación. Por último, es importante hacer un llamado a los jueces para que se dé lugar a la verificación de la identidad con el fin de proteger a los terceros que puedan ser suplantados.

Referencias

Banco Mundial. (2018). *Migración desde Venezuela a Colombia. Impactos y Estrategia de Respuesta en el Corto y Mediano Plazo*. Grupo Banco Mundial.

- Bedoya Sierra, L. F., Guzmán Díaz, C. A., y Vanegas Peña, C. P. (2010). *Principio de oportunidad: Bases conceptuales para su aplicación*. Fiscalía General de la Nación [F.G.N] y Departamento de Justicia de EE.UU.
- Cancillería de Colombia. (2019, 29 de enero). “El presidente de Venezuela se llama Juan Guaidó y Colombia reconoce como presidente a Juan Guaidó”: Ministro de Relaciones Exteriores, Carlos Holmes Trujillo. <https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/presidente-venezuela-llama-juan-guaido-colombia-reconoce-presidente-juan-guaido>
- Castillo, J., Ayala, S., Rubio, G., Silva, Á. y Zárate, L. (2019). *Seguridad ciudadana y migración venezolana. Documento de Seguimiento n. ° 1*. Fundación Ideas Para la Paz [FIP].
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2010, 30 de julio). *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*. <http://www.cidh.oas.org/countryrep/USImmigration.esp/Indice.htm>
- Concepto Rad. n. ° 48210. (2016, 16 de noviembre). Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal (Patricia Salazar Cuéllar, M. P.).
- Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (2018, 23 de noviembre). *Documento CONPES 3950*.
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991, 7 de julio).
- Decreto 0834. (2013, 24 de abril). Por el cual se establecen disposiciones en materia migratoria de la República de Colombia. Diario Oficial n. ° 48.772.
- Decreto 1067. (2015, 26 de mayo). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores. Diario Oficial núm. 49.523.
- Dirección de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa de Colombia. (2020, 22 de septiembre). Total de Capturados Extranjeros Año 2019.
- Enciclopedia OMEBA. (s. f.). (tomo V, p.119, Criminalística).
- Fiscalía General de la Nación [F.G.N.]. (s. f.). *Manual Único de Policía Judicial* (vol. 2.).
- Gobierno Bolivariano de Venezuela. (2019, 23 de febrero). *Comunicado: Venezuela anuncia ruptura integral de relaciones diplomáticas y consulares con Colombia*. <http://mppre.gob.ve/comunicado/venezuela-anuncia-ruptura-integral-de-relaciones-diplomaticas-y-consulares-con-colombia/>
- La estrategia con la que buscan identificar delincuentes extranjeros. (2019, 15 de septiembre). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/bogota/delincuentes-extranjeros-cual-es-el-plan-de-choque-para-identificarlos-412706>
- Ley 906. (2004, 31 de agosto). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal [C.P.P.]. Diario Oficial núm. 45.658.
- Migración Colombia. (2019, 13 de noviembre). *Proceso para la Atención de Extranjeros en Situación Jurídica Especial*. <https://bit.ly/2GwvZar>

- Migración Colombia-Ministerio de Relaciones Exteriores. (2020). *Funciones Migración Colombia-Decreto 4062 del 31 de octubre de 2011*. <https://www.migracioncolombia.gov.co/informacion-general/content/22-funciones>
- Migración Colombia. (2020, 30 de septiembre). *Venezolanos en Colombia [Infografía]*. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias>
- Organización Internacional de Policía Criminal [INTERPOL]. (2020, 3 de octubre). *Acceso a las Bases de Datos desde la Primera Línea*. <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Gestion-de-Fronteras/Acceso-a-las-bases-de-datos-desde-primera-linea>
- Sentencia C-488 de 1996. (1996, 26 de septiembre). Corte Constitucional de Colombia [Carlos Gaviria Díaz, M. P.].
- Sentencia T-361 de 1997. (1997, 5 de agosto). Corte Constitucional de Colombia [Carlos Gaviria Díaz, M. P.].
- Sentencia T-578 de 2010. (2010, 21 de julio). Corte Constitucional de Colombia [Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.].
- Sentencia AP4435-2014. Corte Suprema de Justicia. Expediente 40663.
- Sentencia SP836-2019. (2019, 13 de marzo). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Patricia Salazar Cuéllar, M. P.]. Radicación 48368.
- Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería [SAIME]. (2020, 2 de octubre). *Cedulación-Documento de Identidad por Primera Vez*. http://www.saime.gob.ve/identificacion/cedulacion/primera_vez

El estándar de la prueba electrónica documental en el proceso ejecutivo

The electronic documentary evidence in judicial executive process

Deccy Liliana Rico Parra*

Resumen

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), junto a la actual pandemia de covid-19, traen un cambio significativo en la valoración de la prueba electrónica por parte del operador jurídico en el proceso ejecutivo. El estándar de prueba ha sido limitado, especialmente a nivel jurisprudencial y legislativo, con respecto a la prueba electrónica en procesos ejecutivos. Esta limitación tiene como consecuencia la dificultad para el juez de valorar la prueba documental en forma digital para proceder o no a librar el mandamiento ejecutivo. La Ley 527 de 1999, que regula la prueba electrónica, ofrece aspectos probatorios que deben ser apropiados por el juez en su decisión; sin embargo, no constituye un verdadero criterio que permita que el operador jurídico determine como cierta una hipótesis entre las múltiples que plantean las partes. Se observa una comisión legislativa relativa ante el estándar de prueba que debe manejar el juez en la valoración de la prueba electrónica; en muchas ocasiones, este último no procede ni siquiera a librar el mandamiento ejecutivo, y, si lo expide, no hay criterios claros que permitan abordar la valoración probatoria de los títulos electrónicos ejecutivos ni en la legislación ni en la jurisprudencia. Se atiende a una doctrina preocupada por fijar criterios objetivos que permitan orientar la labor del juez en su decisión frente a los títulos ejecutivos electrónicos; pero la aplicación de los estándares de prueba desarrollados es inobservada en la práctica judicial.

Palabras clave: estándar de prueba, proceso ejecutivo, prueba electrónica, título ejecutivo electrónico, omisión legislativa, valoración probatoria, práctica judicial

Abstract

Information and Communication Technologies (ICT), together with the current pandemic of covid-19, bring a significant change in the valuation of electronic evidence by the legal operator in the executive process. The standard of proof has been limited, especially at the jurisprudential and legislative level, with respect to electronic evidence in executive proceedings. This limitation has therefore the difficulty for the judge to evaluate the documentary evidence in digital form in order to proceed or not to issue the executive order. Law 527 of 1999, which regulates electronic evidence, offers evidentiary aspects that must be appropriate by the judge in his decision; however, it does not constitute a true criterion that allows the legal operator to determine as certain a hypothesis among the multiple hypotheses raised by the parties. There is a legislative commission regarding the standard of proof that the judge must handle in the evaluation of electronic evidence; on many occasions, the judge does not even proceed to issue the writ of execution, and if he does issue it, there are no clear criteria that allow the evidentiary evaluation of the executive electronic titles to be addressed either in legislation or in jurisprudence. There is a doctrine concerned with establishing objective criteria to guide the work of the judge in his decision regarding electronic executory instruments; but the application of the standards of proof developed is not observed in judicial practice.

Keywords: standard of evidence, executive process, electronic evidence, electronic executive title, legislative omission, evidentiary assessment, judicial practice

* Abogada de la Universidad Santo Tomás. Secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Albán, Cundinamarca. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Correo: decctl-ricop@unilibre.edu.co



1. Introducción

En el Estado colombiano, los Despachos Judiciales se han visto forzados a dar celeridad a su ejercicio, aplicando nuevas prácticas con las redes de comunicación por medios informáticos, donde los operadores jurídicos han adoptado herramientas electrónicas para continuar en el ejercicio de sus actividades, pese a la pandemia de COVID-19; que afectó el tradicional desarrollo de la justicia presencial y dio paso a la justicia digital.

La única certeza que contempla el derecho, sin discusión alguna, es el cambio permanente al que se somete a diario. Las discusiones actuales del derecho y de todas las ciencias han sido permeadas por la pandemia, que no se ha logrado superar en 2020. El distanciamiento, las cuarentenas y el aislamiento por temas de salud pública han desencadenado la transición a nuevos paradigmas del derecho; que se desarrollan bajo una nueva realidad social, con el distanciamiento como nuevo modelo de vida.

El impacto, la evolución y la práctica están llevando a los colombianos a interesarse, conocer y continuar con sus actividades mercantiles, utilizando la internet, mediante mensajes de datos, firmas electrónicas, firmas digitales, facturación electrónica, pagarés electrónicos y demás modalidades empleadas en la era cibernética. Estos documentos digitales soportan los actos de comercio entre particulares, entidades públicas y privadas, y traen consigo efectos e implicaciones jurídicas, lo cual lleva a que las pruebas documentales electrónicas puedan ser aportadas en un proceso ejecutivo para que el juez las valore; teniendo presentes la sana crítica y los estándares de prueba electrónica documental en procesos ejecutivos.

En la transición hacia nuevos paradigmas, se encuentra el derecho probatorio como piedra angular de las demás ramas del derecho. Los avances en las últimas dos décadas, en la tecnología de la información y la comunicación, han permitido abordar las problemáticas que resultan de la prueba electrónica y su valoración probatoria. Sin embargo, su desarrollo no ha permitido evidenciar verdaderos estándares de prueba que deba tener en cuenta el operador jurídico, por lo menos en Colombia, en procesos ejecutivos.

Resulta indispensable, entonces, que, ante el problema de salud pública que atraviesa el mundo, se retome el tema de la prueba electrónica, con ocasión de la nueva etapa virtual de la Rama Judicial en Colombia, bajo la siguiente pregunta que pretende desarrollar el presente trabajo de investigación: ¿Existe valoración de prueba como estándar probatorio para que la prueba documental electrónica pueda librar mandamiento ejecutivo? Además, en caso de librar mandamiento ejecutivo, ¿cómo valora el juez esa prueba documental electrónica para que se dicte o no sentencia favorable?

Por lo anterior, el presente texto sigue una línea metodológica descriptiva-analítica, donde se busca, mediante el método descriptivo, definir, clasificar y caracterizar el estándar de prueba, la prueba electrónica y su desarrollo en el proceso ejecutivo; y, mediante el método analítico, descomponer los elementos básicos sobre la valoración de la prueba como estándar probatorio para observar características propias de la labor del juez, en el momento de valorar la prueba electrónica documental en un proceso ejecutivo.

Así mismo, se tiene como objetivos adicionales identificar la definición de estándar de prueba, sus clases y alcances aplicables a los procesos ejecutivos; concluir si existe el estándar de prueba en Colombia con respecto a la prueba electrónica, desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial; valorar los estándares de prueba con los que cuenta el juez en procesos ejecutivos; identificar el tratamiento de la prueba electrónica desde la jurisprudencia colombiana; y, por último, concluir si existe un vacío legislativo en relación con el tema que se cuestiona.

2. El estándar de prueba

2.1 Noción del estándar de prueba

En un proceso judicial, se espera que la labor de juez se centre en abordar los hechos que presentan las partes, de forma objetiva y racional. Se evitan, a toda costa, márgenes subjetivos, políticos o morales en el proceso que determina el juez; luego de que la historia mostrara sus lamentables consecuencias de injusticia en las prácticas judiciales de los años 1933 a 1942, en la Alemania Nazi (Fraser, 2005, pp. 4-20). De ahí la importancia de la objetivación de la labor del juez con respecto a la valoración de los relatos que estudia, y la necesidad de un estándar probatorio para encontrar lo que se denomina *verdad procesal*.

Su desarrollo no ha sido reciente, sino que, “a lo largo de la historia, y en diversas culturas jurídicas, ha existido la referencia a los actualmente llamados, por influencia anglosajona, *estándares de prueba*” (Ferrer, 2020, p. 417); además de la aplicación en el proceso penal norteamericano y en los ordenamientos italiano y colombiano. Su estudio ha sido de gran importancia, por cuanto permite fijar criterios que vinculan en un proceso judicial la determinación de un juez. Por ejemplo, en materia penal, un estándar de prueba resulta en que la labor del juez vaya más allá de toda duda razonable para poder condenar a un procesado; y, en materia civil, en la probabilidad de que el juez pueda verificar, en la fórmula “más probable que no” (Henao y Restrepo, 2018, p. 25).

“Un estándar probatorio es la respuesta que ofrece la ley procesal ante la inquietud de cuándo una narración se encuentra acreditada (o descartada) al concluir el litigio” (Larroucau, 2012, 783); implica la necesidad de que los implicados conozcan si es cierta o no la verdad que se acreditó, puesto que, en ocasiones, “las cosas no son lo que parecen” (Berger, 1985, p. 40). Esto cobra especial relevancia cuando al juez, de manera consciente en su labor, le asalta la duda de si las cosas ocurrieron de forma distinta, porque “solamente un bárbaro intelectual es capaz de afirmar que la realidad es únicamente lo que podemos ver mediante métodos científicos” (p. 41). Por ello, la labor del juez debe ser guiada por un estándar probatorio que “refleje nuestra decisión colectiva de colocar el umbral en un punto y no en otro” (Laudan, 2006, p. 64).

A su vez, se infiere de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-636 de 2015, que el *estándar de prueba* es aquel umbral que le permite a la labor del juez aunar razones fundadas en su decisión con criterios jurídicos preestablecidos (Corte Constitucional, 2015); de lo cual se desprende que se fija un grado de conocimiento ya preestablecido para determinar la certeza de un hecho. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

El grado de conocimiento requerido para la condena (certeza-racional) debe considerarse frente al hecho jurídicamente relevante que se integra al tema de prueba (el origen directo o indirecto de los bienes en alguna de las actividades ilícitas descritas en la norma); que puede lograrse con “prueba directa” o con “prueba indiciaria”. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

La argumentación anterior, que define el estándar de prueba en materia penal, sirve de orientación para fijar su distintivo, en igual medida, en la parte civil, como modelo o pauta a seguir en la función del operador jurídico. Por último, una definición del Consejo de Estado presenta el *estándar de prueba* como “el grado de conocimiento que le permite al juez determinar la existencia de un hecho o hipótesis en la que este sustenta la decisión” (Consejo de Estado, 2016).

En cuanto a la doctrina, el concepto de *estándar de prueba* ha sido pacífico y encuentra similitudes. Stein señala que “se trata de una norma (legal o no) que reparte los riesgos de errores –el peligro de que el juez se equivoque en la sentencia definitiva– en escenarios cuyo rasgo común es la incertidumbre” (1991, pp. 133-136). Por su parte, autores más recientes, como Vásquez, no difieren en la naturaleza de la definición que de antaño se presenta:

El concepto de *estándar de prueba* surge del acto de valorar la prueba, de darle un peso demostrativo, o de asignarle, por parte del juez, validez (con respecto a la confirmación verdadera de uno o más hechos, materia de discusión en el proceso) a través del sistema de valoración adoptado. (2013, pp. 11-19)

A su vez, Taruffo manifiesta que el *estandar de prueba* es (...) un criterio que asiste al juez para que pueda elegir o preferir, de entre todas las hipótesis posibles que se tengan, aquella que se encuentre, según su criterio, más ajustada a la razón (2005, p.14); además, refiere lo siguiente: “Los estándares de prueba que se consideran adecuados en los diferentes tipos de proceso constituyen el contexto en el que se coloca el esfuerzo probatorio de los conocimientos científicos” (2005).

En efecto, los anteriores planteamientos permiten definir el *estándar de prueba* como un criterio objetivo preestablecido suficientemente expresivo para acreditar un hecho; y, por ende, le sirve al juez en el momento de valorar la prueba, por su validez generalizada. La definición expuesta no difiere de la naturaleza pacífica del concepto doctrinal y jurisprudencial que se ha presentado; se orienta, entonces, a dirigir la labor del juez bajo un estricto rigor lógico y objetivo que excluya cualquier tipo de injerencia extrajurídica con sustento en ideologías, convicciones o creencias que puedan permear al juez en su condición de ser humano.

Ahora bien, la restricción de ideologías e injerencias extrajurídicas del juez para valorar los hechos no excluye *per se* la existencia de una relación teleológica entre prueba y verdad. El objetivo del operador jurídico es encontrar, en el plano procesal-probatorio, la prueba que sustente su decisión jurídica, pero, además, debe observar una finalidad que encuentre la verdad material de la situación fáctica que exponen las partes. Esto responde a dos criterios: uno, metodológico, y, otro, político.

Por tanto, el Estándar de Prueba (EdP) “no es sólo una cuestión epistemológica, sino política, ya que implica repartir el riesgo de error en la decisión” (Muñoz, 2010, p. 19), lo cual es necesario para distintas fases del procedimiento donde deben estar ordenados en un nivel de exigencia progresiva; por lo que también se puede definir el EdP como “criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado conectar como verdadera la hipótesis que lo describe” (Gascón, 2005, p. 129). El EdP es una guía para la valoración racional, que “consiste en indicarle al juez lo que debe buscar en la prueba para poder después justificar su decisión y, por tanto, la dirección en que se pueden buscar las pruebas” (p. 137).

Entonces, el estándar probatorio se justifica como instrumento del proceso que permite orientar la labor del juez en su decisión, con la ayuda de criterios a partir de los cuales pueda declarar probado cada fundamento fáctico. Esto con el fin de evitar la voluntad del juzgador y apuntar a un criterio de racionalidad y de objetividad en cada proceso; de ahí la preocupación de la doctrina y la jurisprudencia, al establecer pautas y criterios para objetivar los estándares probatorios.

Gascón aporta un planteamiento para la construcción de un estándar probatorio:

(...) a) en primer lugar, implica decidir qué grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera; b) en segundo lugar, implica formular objetivamente el estándar de prueba, es decir, formular los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado de probabilidad o certeza exigido. (p. 129)

Por tanto, la operación de un EdP estructurado en criterios de razonabilidad básico, desde un punto de vista metodológico y político en cuanto a la decisión de los legisladores, obliga al intérprete y al operador judicial a distinguir los momentos procesales estructurados en estándares en materia civil; sin dejar de lado lo que refiere Robert Alexy, en su texto *Teoría de los derechos fundamentales*:

(...) Lo que, en el modelo de valores, es, *prima facie*, lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie*, lo debido; y lo que, en el modelo de los valores, es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente lo debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico, respectivamente. (2002, p. 147)

De acuerdo con lo anterior, se puede señalar que, bajo los conceptos deontológicos que refieren al deber ser, y los valores del estándar axiológico, los EdP son un pilar esencial, desde un punto de vista metodológico, para apelar a criterios relativos que determinen la decisión del juez de manera objetiva, con base en principios y valores que atañen directamente a los estándares probatorios en su desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

La creación de estos criterios proviene de la creación mancomunada de operadores jurídicos, legisladores y doctrinantes que permitan evidenciar criterios objetivos y generalizados, en su mayoría, para el desarrollo de estándares probatorios que dirijan el ejercicio decisonal del operador jurídico, en casos donde exista un umbral que requiera de la experiencia judicial y la sana crítica.

2.2 Clases de estándar de prueba

El estándar de prueba viene a desarrollarse, principalmente, a través de la jurisprudencia y la doctrina. Esta evolución depende de los factores fácticos que tenga en cuenta el EdP, es decir, los derechos que se pretenden garantizar, además de las interpretaciones jurídicas similares que se realicen para el desarrollo del estándar; no es lo mismo una jurisprudencia caótica respecto de la aplicación de un estándar probatorio en el proceso ejecutivo que una línea sólida respecto a su aplicación. En este sentido, para la doctrina, un acuerdo mutuo y pacífico de un estándar de prueba o, por el contrario, diferentes perspectivas de su desarrollo determinan su clase: estándar suave o estándar fuerte.

2.1.1 Estándar probatorio suave. El estándar suave se refiere a los criterios objetivos prefijados que resuelven decisiones de trámite procesal; su objetivo es dilucidar aspectos medios que se requieren en la etapa procesal, por ejemplo, respecto del proceso civil, en la imposición de cauciones, multas, estimación de perjuicios, entre otros.

Por su parte, Ferrer hace mención del estándar suave denominado *semiplena probation*, de la siguiente manera:

(...) el documento privado, un solo testigo –o testigos de referencia– o un litigante que afirmaba sin jurar. Ello daba lugar a los indicios, más tarde incluidos en el estudio de las presunciones. En este punto, la valoración de estas pruebas hubiera debido ser libre, pero, en realidad, se acababa sumando, simplemente, el número de pruebas semiplenas, sin valorarlas en absoluto a través de la lógica. (2020, p. 418)

La referencia de Ferrer se direcciona a los indicios como elementos de prueba que aportan valoraciones a la labor del juez en sus decisiones medias; que no requieran solucionar problemas de fondo. La Corte Constitucional dilucida este estándar, al señalar, en materia penal, lo siguiente:

Cada sistema jurídico establece un estándar diferente para determinar cuándo un indicio o un conjunto de indicios justifican la detención preventiva. Así, en Países Bajos, se exige la existencia de “sospecha grave”; en Alemania, se requiere “una sospecha fuerte”; en Dinamarca, se habla de “sospecha particularmente reforzada”; en Bélgica y Grecia, el estándar es el de “indicios serios de culpabilidad”; en Italia, de “indicios graves de responsabilidad”. En Estados Unidos, el juez considera el peso global de la evidencia contra esa persona. (Corte Constitucional, 2002)

La precisión de la Corte sobre el estándar de prueba medio en materia penal permite observar la finalidad que se desprende del concepto en mención; exclusivamente relacionada con un indicio que le permite al juez llenarse de razones para decidir situaciones procesales que son de trámite, y no de fondo. Es, por tanto, una convicción menor que debe ser nula en la labor del juez en temas de fondo del proceso, puesto que la finalidad es obtener una plena convicción. Sin embargo, ello no obsta para que el EdP medio sirva como parámetro de soporte a decisiones medias del operador jurídico.

2.1.2 Estándar probatorio fuerte. A diferencia del estándar suave, el estándar probatorio fuerte se dirige a orientar la labor del juez en tareas complejas que se reflejan en su decisión judicial. Su verificación procede de la congruencia existente entre el relato fáctico presentado por las partes y lo que se haya logrado probar para determinar

las consecuencias jurídicas que estén preestablecidas por el estándar de prueba. En materia civil, se encuentran algunos estándares probatorios prefijados y generalizados que se explicarán en el siguiente acápite.

3. ¿Existe un estándar de prueba en Colombia?

Como se ha observado, como primera respuesta se puede señalar que sí existe el estándar de prueba en Colombia en los procesos civiles, y se determinan en la probabilidad prevalente, la certeza más allá de la duda y la evidencia contundente. Los jueces, en Colombia, pueden hacer uso de estos estándares probatorios para dirigirse a un ejercicio decisonal que contenga un sustento más racional y objetivado.

3.1 Probabilidad prevalente

La *probabilidad prevalente* se refiere a la facultad que ha derivado el legislador al operador jurídico respecto de cierta discrecionalidad que se basa en su sana crítica y en su libre convencimiento. Este le permite, en ejercicio decisonal, dar cierto valor probatorio, libre de una convicción caprichosa, y más bien ligada a su experiencia jurídica, que le posibilite sopesar entre diferentes hipótesis; lo cual lleva a que, ante el descubrimiento de un hecho, con sólo una hipótesis pueda derivar situaciones fácticas y aplicar un estándar de probabilidad más alto a una hipótesis respecto de otra de menor grado de confirmación.

Se da especial importancia a la sana crítica del juez en el presente estándar probatorio para elegir la mejor hipótesis a través del concepto de probabilidad; que debe entenderse como un proceso intelectual que debe desarrollar el operador jurídico, al analizar, con cierto grado de sinceridad, los hechos que presentan las partes. A su vez, el tribunal chileno ha manifestado lo siguiente en relación con la sana crítica:

La sana crítica es aquella que conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y el criterio racional puesto en juicio. Es analizar sinceramente y sin malicia las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto. Las reglas que la constituyen no están expuestas en la Ley. Se trata de un proceso intelectual interno y subjetivo, o sea, es materia de apreciación y, por lo mismo, de hecho, que corresponde exclusivamente a los jueces del fondo. (Rioseco, 1995, p. 378)

La precisión del tribunal chileno relata en buena forma la tarea del operador jurídico ante la aplicación de la *probabilidad prevalente*; pues, más que una tarea dirigida a términos probabilísticos, debe ser una verdadera labor que se desprenda del sentido de justicia del juez para tratar los temas de fondo en decisión jurídica.

Lo anterior no está exento de críticas, puesto que el ejercicio del juez puede convertirse en un manifiesto provechoso para refutar las reglas probatorias y manifestar sus deseos y caprichos bajo el concepto de Ley.

(...) parece que los jueces civiles perciben la libre valoración de las pruebas (o sana crítica, como dice nuestra ley procesal hoy) como un rechazo a las reglas de peso probatorio y un aliciente para que determinen, según su convicción (en clave subjetiva), si los hechos están o no probados (...). (Larroucau, 2012, p. 784)

Así lo ha manifestado este doctrinante respecto del sistema judicial en Chile. Sin embargo, ello no obsta para que su aplicación traiga beneficios que están soportados en la racionalidad, en la objetividad de un buen ejercicio judicial, y permiten la facilidad del decreto de la prueba. Así, tiene como ventajas, además, las siguientes:

1) Se funda en una racionalidad inherente a su configuración, pues, claramente, es más razonable elegir la hipótesis acerca de los hechos que tiene un grado de probabilidad más alto de ser cierta, en lugar de aquella que tiene un grado de confirmación inferior. 2) Permite una distribución razonable del “error judicial” entre las partes, no concentrándolo en perjuicio de uno u otro litigante. 3) Al no constituirse como un estándar demasiado elevado, no imposibilita la efectiva tutela de los derechos ni dificulta en demasía la prueba, cuestión que sí ocurre con otros estándares más exigentes. (Taruffo, 2005)

En materia jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia se ha limitado a hacer alusión al término de *probabilidad prevalente*; ha sido en tan sólo una ocasión que se ha manifestado sobre el estándar de prueba en mención, así:

(...) frente a la imposibilidad material de deducir certezas –por un lado–, y la inadmisibilidad de decisiones inmotivadas o sustentadas en la mera fuerza de la autoridad –por otro lado–, han de preferirse las hipótesis que alcanzan un mayor grado de confirmación, plausibilidad, coherencia y consistencia, a la luz del análisis contextual de los hechos probados en el proceso (...). (Corte Suprema de Justicia, 2017)

En esta oportunidad, la Corte manifestó que el juez debe realizar un estudio necesario no sólo del análisis de la prueba, sino también contingente, es decir, que debe realizar un análisis fáctico que priorice un nivel de mayor certeza en el momento de determinar su decisión; pues resultaría un arbitrio que decida bajo un irrestricto sentido de la Ley, sin una tendencia de justicia en su decisión, dado que “la injusticia extrema no es derecho” (Radbruch, 1946). Bajo esta tendencia, se encuentran referentes en la jurisprudencia de la alta corporación, relacionados con términos como “reglas de experiencia”, “máximas de experiencia”, “sana crítica” o “reglas de vida”, cuyos elementos son indispensables en el aporte racional que el juez realiza en su

ejercicio decisonal y en el cómo valora la prueba; conceptos que tienen como eje transversal la noción de *experiencia*.

La experiencia resulta un elemento transversal en la decisión judicial. El juez decide, desde su experiencia, cuando encuentra situaciones en donde debe seleccionar la convicción de diferentes pruebas; es claro que, bajo criterios objetivos, pero, al fin y al cabo, bajo un sentido de intuición. La labor judicial del operador jurídico resalta en torno a su amplia experiencia, es decir, en su cotidianidad de observar y dar trámite a los fenómenos jurídicos que analiza; que establece en un cúmulo de conocimiento que constituye una intersubjetividad que permita manejar reglas de experiencia, sus máximas y un sentido común que se despliega de la repetición de una actividad judicial determinada.

La Corte Suprema de Justicia ha definido con gran precisión la *experiencia*:

Una forma de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión percibida por los sentidos; esta supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable, y permite elaborar enunciados que impliquen generalizaciones. Estas generalizaciones surgen a partir del cumplimiento estable e histórico de ciertas conductas similares, que sirven como enlace lógico o parte del razonamiento que vincula esos datos indicadores (conocidos) que conducen a hechos desconocidos. De ese modo, las reglas de la experiencia se construyen sobre hechos cuya cualidad es su repetición frente a los mismos fenómenos, bajo determinadas condiciones, para que puedan así ser tenidas como el resultado de prácticas colectivas sociales que, por lo consuetudinario, se repiten, dadas las mismas causas y condiciones, y producen, con regularidad, los mismos efectos y resultados. A partir de ellas, se pueden explicar, de manera lógica y causal, acontecimientos o formas de actuar que, en principio, puedan tener apariencia de extrañas o delictuosas. (Corte Suprema de Justicia, 2019)

La repetitividad se convierte, entonces, en un elemento fundamental para que el juez aplique su determinación; entre más estudio y análisis de prácticas judiciales tenga el operador jurídico, mayor será su comprensión y razonamiento ante un determinado proceso judicial donde deba observar la prueba más convincente. Este conocimiento reiterado le facilita una intuición más acertada y, por ende, la elección de una probabilidad más prevalente como estándar de prueba.

3.2 Certeza más allá de toda duda razonable

La certeza más allá de toda duda razonable pretende que el ejercicio del operador jurídico consista en eliminar la viabilidad de todas las hipótesis y quede tan sólo una; esta última será la que determine la valoración probatoria. Es decir, la certeza

es tanta que no admite la viabilidad de otras hipótesis ni otras afirmaciones distintas de la admitida. Su aplicación puede darse de igual forma en el proceso civil, ya que, en determinadas situaciones fácticas, el juez en procesos civiles puede manifestar certeza de una única hipótesis; lo cual permite sustentar su decisión de forma más razonada y objetivada.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha decantado el concepto de *certeza*, de esta manera:

(...) si halla insuficiencia demostrativa, decreta la prueba, al margen de que sea por el incumplimiento de las cargas que incumben a las partes, o por su culpa o irresponsabilidad, como búsqueda de mayor idoneidad y eficacia probatoria para obtener la certeza y hacer que respaldanza la verdad e impere la justicia (...). (Corte Suprema de Justicia, 2014)

Su importancia en el aspecto probatorio tiende a suponer una premisa que detente toda la convicción frente a otras hipótesis que el juez se encuentre en el proceso. La situación que se presenta es la situación ideal del proceso judicial, pues, si se logra la certeza de una única premisa, su función consiste en determinar que ha eliminado cualquier duda en el proceso.

La aplicación de este estándar probatorio no sólo se limita al proceso penal, pues, en varias sentencias de la Sala Civil de la alta corporación colombiana, se ha hecho referencia a la certeza probatoria sobre el cumplimiento de obligaciones (Corte Suprema de Justicia, 2020a); en procesos de investigación de paternidad donde el juez no tiene plena convicción del presunto padre fallecido (Corte Suprema de Justicia, 2020b) y ante problemas de competencia donde no hay certeza sobre el hecho (Corte Suprema de Justicia, 2020c).

3.3 Evidencia convincente

Esta forma de estándar probatorio corresponde a una clase media. La finalidad constituye la posibilidad de que el juez pueda atribuir a una hipótesis la clasificación de “más altamente probable” (Ramírez, 2017); se busca establecer la convicción de que un hecho haya ocurrido y que no haya acontecido de una determinada forma. La evidencia contundente ha sido desarrollada por Inglaterra, aplicada más al proceso civil, configurando la necesidad de que las partes procesales aporten evidencia contundente y certera para que el juez determine esta condición de “más probable”.

Este umbral que el juez debe aplicar en su decisión debe ser concluyente, irrefutable e indiscutible. La Corte Suprema, al referenciar la prueba indiciaria, hace especial alusión a la convicción, así:

(...) por lo general, se acude a la prueba indiciaria, según la cual, a partir de la existencia de un hecho conocido se deduce uno desconocido, y, como lo explica la Corte, esta debe ser *completa, segura, plena y convincente*, porque, *de no ser así, incluso en caso de duda, debe estar-se a la sinceridad que se presume en los negocios*. (Corte Suprema de Justicia, 2018)

Entonces, el juez debe encontrar la prueba con más convicción, la más concluyente respecto de otras hipótesis para proceder a su ejercicio decisonal. Así también lo ha manifestado la Alta Corporación, al precisar, en técnica casacional, lo siguiente:

Con fundamento en los principios del recto entendimiento, identidad y no contradicción, en virtud de los cuales la pretensión de quiebre de un fallo de segundo grado ha de apoyarse en razones trascendentes y altamente convincentes que evidencien la gravedad del error denunciado.

La Corte resalta la necesidad que asiste a las partes de sobrellevar pruebas que tengan un alto contenido de convicción para probar sus hechos.

Finalmente, se establece, de acuerdo con Taruffo, una diferencia entre la probabilidad cuantitativa y cualitativa del estándar probatorio que permite observar criterios jurídicos para que el juez tenga en cuenta. En cuanto a la probabilidad cualitativa, se dirige a establecer estadísticas y aplicar matemáticas para que el juez determine en su decisión cuál es la hipótesis que tiene más certeza. Con respecto a la probabilidad cuantitativa, se puede inferir lo siguiente:

1. Que el juez sea quien determine cuál es la hipótesis que debe elegir como verdadera
2. Que dicha decisión sea bajo criterios objetivos, como la sana crítica del juez, sin verse inmiscuido en convicciones distintas a las legales
3. Que sea verdad tan sólo lo probado (2002, p. 193)

Estos criterios, tanto cuantitativos como cualitativos, son plausibles en la aplicación respecto de las decisiones judiciales. Sin embargo, surge el siguiente cuestionamiento: ¿es cierto que los jueces sí aplican el estándar de prueba en Colombia? La respuesta a esta pregunta revela que los jueces no han aplicado realmente un estándar de prueba en el país. La baja jurisprudencia en el proceso civil deja entrever que el tema en cuestión no se aleja del sistema judicial chileno, que también encuentra una baja aplicación de los estándares. Por lo menos, a nivel legal, no existe la creación y desarrollo de valoración probatoria que el juez pueda seguir en su labor decisonal; la prueba tasada ha hecho que el legislador omita, en gran medida, la determinación de estos umbrales y, por otra parte, la jurisprudencia en el desarrollo de estándares de prueba ha sido limitada en su práctica.

En Colombia, existe un estándar de prueba, pero su aplicación por parte de los jueces no constituye un criterio objetivo que fortalezca sus decisiones; y, mucho menos, significa que la experiencia judicial se vea desarrollada por el operador jurídico en la elección de distintas hipótesis con grados de convicción y certeza diferentes. Su configuración y desarrollo se acerca más a la doctrina que se preocupa por fijar criterios y parámetros que le sirvan al juez en el momento de abordar la prueba en el sistema judicial colombiano; pero su aplicación aún merece especial atención para su perfeccionamiento y estudio en materia judicial.

4. Los estándares en el proceso ejecutivo

4.1 Del proceso y título ejecutivo

El proceso ejecutivo nace para proteger una parte del derecho de obligaciones. Su pretensión es la búsqueda de un cobro coactivo, ante el incumplimiento de una obligación consignada en un título valor acordado entre las partes. La Ley 1564 de 2012, conocida como Código General del Proceso (CGP), establece lo siguiente:

Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que, en procesos de policía, aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la Ley. (CGP, art. 422)

Aunque el CGP no traiga una definición específica del título ejecutivo, sí puede entenderse lo siguiente:

(...) inferirse que la noción (...) se predica de uno o varios documentos que, por contener una obligación expresa, clara y exigible en favor del acreedor y, además, por provenir del deudor o de su causante, y constituir plena prueba en su contra, están amparados con la presunción de autenticidad. (Bejarano, 2016, p. 445)

Su importancia radica en que es un documento público o privado que le permite a una de las partes acceder al proceso ejecutivo y, al juez, emitir el mandamiento ejecutivo.

A su vez, Velásquez define de la siguiente forma el *título*:

El documento o la serie de dos o más documentos conexos que, por mandato legal o judicial, o por acuerdo de quienes los suscriben, contiene una obligación de pagar una suma de dinero,

o de dar otra cosa, o de hacer, deshacer, o no hacer, a cargo de una o más personas, y en favor de otra u otras, que, por ser expresa, clara y exigible, y constituir plena prueba, produce la certeza judicial necesaria para que pueda ser satisfecha mediante el proceso de ejecución respectivo. (1987, p. 36)

Estas definiciones constituyen una naturaleza de plena prueba que reviste un documento para que el demandante solicite una acreencia que tiene frente al demandado; que es clara, expresa y exigible para que el Estado, a través del aparato judicial, ejerza el poder punitivo frente a quien incumple.

Así, para que se constituya el título ejecutivo, este se compone de una estructura que la doctrina ha establecido para su validez:

1. **Factor material:** se refiere al papel, “la lápida, el monumento, la cinta magnetofónica, la película cinematográfica, la copia xerográfica donde está consignada la declaración” (Mora, 1985, p. 60); es decir, el elemento material, el apartado físico donde las partes estipularon sus obligaciones.
2. **Factor humano:** se refiere a la voluntad del hombre o de la mujer de plasmar sus obligaciones, ya sea por escrito o de forma oral.
3. **Derecho objetivado:** se refiere a que la voluntad que las partes han manifestado esté acorde a los requisitos sustanciales y formales de la Ley que consagra el ordenamiento jurídico.
4. **Manifestación:** se refiere al querer de obligación que se consignó en el documento.
5. **Relación ontológica-jurídica-ideal:** se refiere a la valoración probatoria que realizó el juez para librar el mandamiento ejecutivo (p. 60).
6. **La fuerza coercitiva:** se refiere al ejercicio coercitivo que ejerce el Estado a través de sus organismos e instituciones para el cumplimiento de las obligaciones.

Así mismo, este documento debe provenir directamente de las partes, en principio por el deudor y el acreedor; a su vez, debe contemplar una obligación clara, expresa y exigible, cumplir con los requisitos de forma y predicarse auténtico (Pineda y Pérez, 2008, p. 65-88). De esta manera, Prieto Monroy sostiene que “el proceso ejecutivo, entonces, puede definirse como la actuación jurisdiccional regulada por las leyes de procedimiento, mediante la cual el titular de un derecho formalmente probado puede hacerlo exigible, por intermedio de la manifestación de un juez” (2009, p. 47).

Se observó, entonces, que la definición, elementos y características del título permiten dilucidar la importancia de su existencia, ya que, con base en este documento, la parte interesada podrá acceder al proceso ejecutivo y hacer cumplir las obligaciones que pactó.

4.2 Estándares de prueba aplicables al proceso ejecutivo

Asimismo, el CGP, además de las exigencias que preestablece el artículo 82 sobre los anexos que deben acompañar la demanda, determina las características probatorias del título valor para la valoración del juez:

Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falsos o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente físico y digital, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Igualmente, se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando, al presentarlo, alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos. (...). (CGP, art. 244)

La elaboración del artículo en mención relaciona el concepto de *certeza* con respecto a la autenticidad de los documentos. El proceso ejecutivo comporta un análisis en el incumplimiento de una de las partes y, para ello, la prueba que aporta la parte interesada para hacer válido su título valor debe soportarse en un título certero, es decir, concluyente e irrevocable respecto a su validez. La labor del operador jurídico se dirige hacia un estándar de prueba relacionado con la certeza más allá de toda duda razonable. Este estándar prueba el aplicable a los procesos ejecutivos.

Se resalta, entonces, que la certeza proviene de una única hipótesis válida que excluye las afirmaciones, y es aquí en el proceso ejecutivo donde la premisa que se reviste de certeza es el título ejecutivo. La convicción no contempla otras hipótesis y la formalidad del título tampoco anula la certeza, pues así lo ha manifestado el Consejo de Estado, a través de la unificación de jurisprudencia, respecto de documentos con una simple copia sin autenticación en notaría.

El principio de buena fe constitucional o de “autenticidad tácita” de las copias simples es garantista, a la luz de los principios constitucionales, y su efectivización por parte del juez de lo contencioso-administrativo debe garantizar una tutela judicial efectiva. Los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza y, por tanto, impidan que el juez adopte decisiones denegatorias de pretensiones por exceso ritual manifiesto. Entonces, se debe propender a un derecho procesal dinámico, en el cual las partes asuman sus responsabilidades, a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se debaten en el litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan su aplicación. (Consejo de Estado, 2014)

La flexibilización del documento en el proceso ejecutivo, precisamente, proviene de aportar un estándar probatorio de certeza para la labor del juez, que le permite anular y excluir todas aquellas hipótesis que tengan menor peso respecto de la autenticidad del título ejecutivo. El problema se deriva, entonces, de declarar el incumplimiento o no de algunas de las partes respecto de la obligación. El estándar de prueba, para definir un umbral decisivo por parte del juez, lleva a un estándar de convicción necesaria respecto del incumplimiento, aquella que tiene como finalidad que el juez pueda atribuir a una hipótesis la clasificación de “más altamente probable” (Ramírez, 2017); en busca de establecer la convicción de que un hecho haya ocurrido a que no haya acontecido de una determinada forma, como se explicó con anterioridad.

Los estándares probatorios asumibles al proceso ejecutivo son la evidencia convincente y la certeza más allá de toda duda razonable; en cuanto a la validez del título valor contemplado en el artículo 224 del CGP. Esto no obsta para que el juez, en su sana crítica, deba asumir optar por una probabilidad prevalente como estándar de prueba, ante el incumplimiento de una obligación que contemple un título valor. Es en igual medida aplicable un ejercicio de selección de hipótesis, con base en su libre convencimiento y en su experiencia judicial. Taruffo explica algunas premisas principales que debe contener este estándar probatorio para que oriente al juez en su labor decisional:

- a) Que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa; b) Que estas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad; c) Que se considere racional la elección que toma como “verdadera” la hipótesis sobre hechos que resulta mejor fundada y justificada por las pruebas con respecto a cualquier otra hipótesis;
- d) Que se utilice, como clave de lectura del problema de la valoración de las pruebas, no un concepto genérico de probabilidad como mera no-certeza, sino un concepto específico de probabilidad como grado de confirmación de la veracidad de un enunciado, sobre la base de los elementos de confirmación disponibles. (Taruffo, 2005)

Los elementos que brinda el citado autor permiten que, en el proceso ejecutivo, el juez, en su ejercicio decisional respecto del incumplimiento de la obligación de una de las partes, pueda erigir una decisión en su justa medida desde su experiencia, con base en una racionalidad y objetividad propias de una intersubjetividad judicial que se desprende de la repetición de varios fenómenos jurídicos iguales en su aplicación; con la que han tenido contacto los operadores jurídicos. Puede establecerse que dicha probabilidad observa certeza en el precedente judicial que han hecho patente varios de los jueces en la determinación jurídica que han acogido en situaciones fácticas similares. Es esta probabilidad la que debe asignarse como un estándar de prueba que dirija el ejercicio decisional del operador jurídico.

Finalmente, la doctrina frente al proceso ejecutivo ha sido amplia y extensa en cuanto a tratar de desarrollar estándares probatorios que permitan posicionarse como pautas que orienten la labor del juez. Sin embargo, la jurisprudencia no ha decantado la configuración de un estándar de prueba que se dirija a la valoración probatoria electrónica en títulos valores en los procesos ejecutivos. No es extraña la falta legislativa del tema, por cuanto el paradigma social de un proceso judicial presencial y físico se ha venido desarrollando hasta el momento de manera tradicional. No obstante, en las dos últimas décadas, las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), y ahora la presente pandemia, han hecho de la prueba documental una prueba electrónica que no contiene un estándar de prueba.

La jurisprudencia, tal como se observó, ha sido bastante limitada en el desarrollo de estándares probatorios que se dirijan al proceso ejecutivo, aunque es plausible, mediante el desarrollo doctrinal, compeler esta deficiencia por parte de los jueces hacia la aplicación de una valoración probatoria más objetiva y racional. En la labor judicial, la aplicación de estándares de prueba con respecto a la prueba electrónica en procesos ejecutivos es prácticamente nula.

5. El documento electrónico

El *documento electrónico* es la representación de un documento físico que está codificado mediante algún formato digital. Parra Quijano señala que son documentos electrónicos “los contenidos en soportes electrónicos o máquinas informáticas, cuyo contenido pueden ser magnitudes físicas que representan en forma codificada unas declaraciones o representaciones, y que son susceptibles de registro, proceso y transmisión” (2006).

La definición de Parra Quijano es de un amplio contenido que transgrede la parte escrita hacia una simple representación que pueda ser interpretada por las personas; es decir, más allá de un papel escrito en el idioma español, puede ser representado por cualquier signo que contenga la voluntad de quien se obliga.

La Ley 527 de 1999 trae en sus definiciones el concepto de documento electrónico como mensaje de datos, en relación con el cual precisa lo siguiente: 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.

Incluye cualquier medio que encripte codificación y que sea susceptible de remitirse a través de la web. En Colombia, el documento electrónico ya había contado con antecedentes desde la Ley 663 de 1993, que refiere el uso de nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y el Decreto 2150 de 1995, por medio del cual se implementaron los sistemas de transmisión electrónica de datos para las entidades de la Administración Pública. Sin embargo, fue sólo hasta la expedición de la Ley 527 de 1999 cuando se estableció por primera vez la prueba electrónica desde el concepto de *mensaje de datos*.

García *et al.* concluyen que, “por lo tanto, debe entenderse por documentos informáticos aquellos que son almacenados en memorias de los computadores, CD, memorias USB, correos electrónicos y otros que, seguramente, aumentarán a medida que pase el tiempo” (García *et al.*, 2012).

5.1 Requisitos del título ejecutivo electrónico

Ante el cambio de paradigma de la presencialidad a la virtualidad por razones de implementación de Tecnologías de la Información y la Comunicación, y por la pandemia de COVID-19, es necesario observar si los mismos requisitos para que sea válido un título ejecutivo son viables para conformar un título ejecutivo electrónico.

Al respecto, se debe traer a colación el inciso 2 del artículo 430 del CGP, que establece lo siguiente:

Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante con la ejecución, según fuera el caso. (CGP, 2012)

Los requisitos formales atienden al citado artículo 422 del CGP para que el documento electrónico presente mérito ejecutivo, que provenga del demandado; que sirva como prueba plena contra quien dirige su acción y que en este consten obligaciones claras, expresas y exigibles (Álvarez, 2014, p. 18).

Obsérvese, entonces, si los requisitos pueden, del mismo modo, servir como criterios para fijar un documento electrónico:

1. **Que conste en un documento:** La aplicación de un título ejecutivo electrónico cumple con el requisito de estar en un medio digitalizado y codificado; de hecho, abarca una concepción más amplia de la escritura convencional a representaciones más amplias que interpreten las partes.
2. **Que ese documento provenga del demandado y que constituya plena prueba en su contra:** Los mensajes de datos que se contemplan en el espacio cibernético contienen en todo momento un emisor y receptor, ya sea desde un nodo (computador, teléfono celular o cualquier dispositivo electrónico) o desde la misma web; llámese IP (*internet protocol*), que pone de manifiesto la ubicación y el usuario que navegan en internet. Los mensajes de datos, específicamente el título ejecutivo electrónico, proviene siempre de un emisor y va dirigido, de igual forma, a un receptor; que son identificables de manera electrónica. El requisito contemplado es, *a priori*, superado para conformar el título ejecutivo electrónico. “Claro es que, tratándose de cuentas de cobro proferidas automáticamente por computadoras electrónicas para el pago de los impuestos, de las cuotas de los seguros sociales, del pago de los servicios de agua, luz, teléfono, etc., no estamos ya ante una declaración directa e inmediata del hombre, pero sí son el resultado de la expresión o voluntad mediata del hombre o del funcionario”. (Mora, 1985, p. 60)
3. **Que el documento sea auténtico:** El documento electrónico, en realidad, sí se reviste de la certeza de autenticidad que lo precede. Plataformas encriptadas, como *Blockchain*, permiten la verdadera autenticidad del documento, además de ofrecer múltiples soluciones, basadas en la inteligencia artificial (IA), que resuelven controversias entre las partes. Sin embargo, su autenticidad, sin plataformas encriptadas por algoritmos y nodos, convierte al documento en inseguro y fácil de manipular; hecho que pone de manifiesto la necesidad de acreditar el documento bajo plataformas encriptadas como la nueva forma de autenticación. Este requisito, en la misma medida, lo puede suplir un título ejecutivo electrónico.

Al respecto, Bejarano señala lo siguiente:

El inciso 4.º del artículo 244 del Código General del Proceso establece una presunción legal de autenticidad respecto de los documentos que contengan una obligación expresa, clara y exigible; que constituya plena prueba contra el deudor o su causante, es decir, documento que refleje ese contenido está amparado con la presunción de considerarse auténtico. (2016, pp. 447-448)

Ante el desconocimiento de documento o la procedencia de la tacha de falsedad que tiene el demandado para su defensa, puede interponerla ante el juez para su verifica-

ción. Cabe anotar que, si se está ante un caso donde se haga uso de los programas con encriptación que permitan verificar la inalterabilidad del documento, el juez podrá proceder de manera expedita a la solución del caso. Ahora bien, si, por el contrario, el documento ha sido susceptible de enmiendas y de alteración, corresponde al juez una labor discrecional, con base en su sana crítica, donde resulta necesaria la observancia de un estándar de prueba.

6. ¿Existe el estándar probatorio en el título ejecutivo electrónico? Perspectiva desde la equivalencia funcional

Que los requisitos del artículo 422 del CGP se puedan acompañar al título ejecutivo electrónico no quiere decir que exista equivalencia entre la prueba electrónica y la prueba documental. Es decir, ante los estándares probatorios que se han fijado para la prueba documental, que, de hecho, han sido limitados, no existen en el momento estándares de prueba que se dirijan a la valoración del título ejecutivo electrónico en Colombia.

Los requisitos que contempla el artículo 422 del CGP son indeterminados para la valoración de la prueba electrónica; por cuanto se deben tener en cuenta otros criterios en el momento en que el juez examine un título ejecutivo electrónico. La CNUDMI estableció el criterio de “equivalencia funcional” y precisó lo siguiente:

16. Así pues, la Ley Modelo sigue un nuevo criterio, denominado, a veces, ‘criterio del equivalente funcional’, basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico.

Con este concepto, se pretendió que los requisitos de la prueba documental fueran del mismo modo aplicables a la prueba electrónica documental. La Corte Constitucional, en aras de la aprobación de la equivalencia funcional declaró:

El Proyecto de Ley, al igual que la Ley Modelo, sigue el criterio de los ‘equivalentes funcionales’, que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas. Se adoptó el criterio flexible de ‘equivalente funcional’, que tuviera en cuenta los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos, por su naturaleza, no equivalen, en sentido estricto, a un documento consignado en papel. En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar niveles similares de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confia-

bilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la Ley”. (Corte Constitucional, 2000)

No obstante, el mensaje de datos no es equivalente a la prueba física documental. La misma Corte Constitucional deja entrever una diferencia en la seguridad que ofrece la prueba electrónica ante la prueba documental física; hecho que, con el paso de los años, es cuestionable, dado que es más plausible manipular una prueba electrónica no encriptada, que una física.

A continuación, la Tabla 1 presenta un paralelo entre la prueba documental y la prueba electrónica.

TABLA 1

Cuadro comparativo de las características de la prueba documental y de la prueba electrónica

Elemento	Prueba documental	Prueba electrónica
El soporte	Soporte físico, habitualmente el papel	Soporte magnético, óptico, como CD, USB, <i>flash drive</i> , etc.
El contenido	Acto documentado, habitualmente unido a su soporte material. Perceptible por los sentidos	El contenido puede separarse de su soporte y requiere de una estructura lógica (<i>software</i> y <i>hardware</i>) para su acceso y para ser perceptible a los sentidos
El autor	No es quien materialmente lo crea, sino a quien jurídicamente se le atribuye su formación	Requiere de los elementos técnicos para individualizar e identificar a su autor (firma electrónica-digital)
Firma y fecha	De acuerdo con las formalidades de cada acto, se requerirá o no de firma y fecha para la eficacia del documento	Usualmente, se graba la fecha del dispositivo generador; sin embargo, existen las certificaciones digitales de estampa de firma y de fecha que confieren seguridad al documento.

Fuente: Lluch y Picó i Junoy (2011, p. 37, como se citó en Galvis y Bustamante, 2019).

La subsunción que se ha hecho de la prueba electrónica dentro de la prueba documental en materia civil ha determinado que los estándares probatorios se dirijan hacia la prueba física; sin tener en cuenta la prueba documental electrónica.

La Ley 527 de 1999 se expidió en el inicio de la revolución tecnológica tardía que llegó a Colombia; los comienzos de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación sólo hasta entonces cobraban significado. Luego de veintiún años, se observa que los mismos tres equivalentes funcionales pretenden equiparar los dos medios de prueba:

1. **Equivalencia funcional del escrito:** artículo 6.º. Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que este contiene es accesible para su posterior consulta.

2. **Equivalencia funcional de firma:** artículo 7.º. Firma. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de esta, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;

El método es tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

3. **Equivalente funcional del original:** artículo 8.º. Original. Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si:

Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;

De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar. (Galvis y Bustamante, 2019)

Es necesario que la prueba electrónica sea independiente de la prueba física; su autonomía se dirige a establecer un verdadero estudio de los estándares probatorios. El título ejecutivo electrónico debe tener en cuenta que la información que contenga sea generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos que se coadyunen de plataformas con cadenas de bloques, como *Blockchain*, para verificar su verdadera inalterabilidad. Así mismo, el título ejecutivo electrónico debe estar íntegro, es decir, asegurado de todo daño informático. Por último, debe existir un grado de confiabilidad requerido, tanto del emisor como del receptor (2019). Estos criterios pueden constituirse como parámetros para orientar la labor del juez en su ejercicio decisonal respecto de la valoración del título ejecutivo electrónico.

Por su parte, Lluch y Picó señala que, en España, se ha generado una equivalencia funcional para que el juez valore la prueba electrónica, que se propone como parámetros que en un futuro constituyan un estándar de prueba generalizado y confiable:

- i. Que se pueda hacer legible mediante sistemas de *hardware* y *software*;
- ii. Que el contenido del documento emitido por el autor sea igual al entregado al receptor;
- iii. Que sea posible su conservación y recuperación;
- iv. Que el documento electrónico pueda traducirse al lenguaje convencional;
- v. Que se puedan identificar los sujetos participantes en el documento;
- vi. Que la autoría de este pueda ser atribuida a una determinada persona;
- vii. Que el documento reúna las condiciones de autenticidad y fiabilidad, así como los sistemas utilizados para su certificación o incorporación de firma electrónica. (Lluch y Picó, 2011, p. 110)

7. Configuración de omisión legislativa relativa

Ante la falta de estándares de prueba que guíen al juez en su decisión de aceptar el título ejecutivo electrónico y en su respectiva valoración, se contraría el principio fundamental constitucional que establece que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (C.P., art. 29). En el apartado constitucional, se observa que la materialización del debido proceso contempla las manifestaciones digitales de los medios de prueba.

Por tanto, es necesario que, en el orden constitucional, se proceda a velar por la regulación que conduzca a una verdadera materialización del debido proceso en cada momento y lugar; incluso cuando las circunstancias cambien, por ejemplo, en medio de la actual pandemia. La regulación de la prueba electrónica ha sido limitada y el hecho de que la prueba electrónica documental se derive de la prueba documental física ha vuelto nulo el desarrollo de estándares de prueba que se dirijan a la regulación de la evidencia en forma digital en la interpretación de los operadores jurídicos.

La omisión legislativa relativa, según la propia Corte Constitucional, tiene lugar en tres casos:

Al regular o construir una institución, omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella, y puede ocurrir de varias maneras: (i) cuando expide una ley que, si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye, expresa o tácitamente, a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando, al regular una institución, omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución. (Corte Constitucional, 2013)

Ante la inexistencia de criterios que objetiven la valoración probatoria del título ejecutivo electrónico, se está frente a la omisión de una condición esencial exigida por la Constitución, que proviene del debido proceso, artículo 29. De hecho, el poder punitivo del Estado a través de sus instituciones propende a la verdadera efectivización de los fines del Estado; entre ellos, la consagración de los derechos patrimoniales de los ciudadanos. Por tanto, es necesario que se regule debidamente uno de los procesos con más importancia: el proceso ejecutivo en sus diferentes formas, lo cual incluye el título ejecutivo electrónico.

La omisión relativa procede, por ende, ante la inadvertencia de un estándar probatorio que regule de manera sistemática el título ejecutivo electrónico; que contraría el debido proceso, por cuanto es un “cumplimiento incompleto del mandato constitu-

cional” (Franco y Góngora, 2001). Es cierto que se han desarrollado algunos tímidos estándares de prueba respecto de la prueba documental física, pero ello no significa que así mismo se hayan desarrollado para la prueba electrónica documental. La naturaleza de las dos pruebas es disímil en cuanto pertenecen a tiempos distintos, y sus criterios objetivos, que el juez debe tener en cuenta, no se corresponden.

Esta actitud pasiva del legislador ha desembocado en una amplia doctrina que configura parámetros que brindan racionalidad a la decisión judicial en la valoración del título ejecutivo electrónico. Es plausible que, ante la omisión legislativa relativa, se subsane el vacío de manera doctrinal con estándares de prueba, pero es bien sabido que los operadores jurídicos no suplen estos vacíos; por tanto, es necesario que se legisle sobre el tema, sobre todo cuando han pasado más de veinte años sin una regulación seria de las pruebas electrónicas.

Con la expedición del CGP, Ley 1564 de 2012, que da nueva vida al proceso civil, se tiene en cuenta la importancia de las nuevas tecnologías y su implementación en aspectos procesales; lo cual es bien conocido por el artículo 103 de este estatuto, cuando establece:

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, y ampliar su cobertura. Las actuaciones judiciales se podrán realizar a través de mensajes de datos. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan generar, archivar y comunicar mensajes de datos. En cuanto sean compatibles con las disposiciones de este código, se aplicará lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, las que lo sustituyan o modifiquen, y sus reglamentos. (CGP, 2012)

El artículo encuentra su sustento constitucional en la disposición 29, que garantiza el debido proceso, además de proponer un plan de justicia digital que se incorpore de manera progresiva a todas las regiones del país, en busca del apoyo y la gestión de los elementos necesarios para implementar estas nuevas tecnologías. Por lo menos, así lo deja entrever el inciso 2 del parágrafo primero del artículo en mención:

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. (CGP, 2012)

El estatuto procesal, entonces, fue expedido con gran conciencia sobre la necesidad de regulación del proceso y las tecnologías de la información y la comunicación. Sin

embargo, el esfuerzo por implementar estas tecnologías quedó en la lectura del estatuto, ya que, en la práctica, su aplicación fue limitada, por no decir nula. Fue hasta el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, que implementó medidas tendientes al aislamiento preventivo por el covid-19, cuando la Administración de justicia implementó la etapa virtual e hizo uso de las herramientas tecnológicas de actualidad. Este hecho puso de manifiesto la omisión legislativa que se ha venido dando desde la expedición del Código General del Proceso; que es innegable, ya que la Rama Judicial tuvo que suspender sus actividades por el decreto de pandemia y aislamiento obligatorio, puesto que su gestión de las TIC en los trámites procesales era obsoleta.

Finalmente, puede configurarse una omisión legislativa de forma relativa: “el evento en que el órgano legislativo no expide una disposición normativa sobre un tema determinado en un plazo prudencial” (Villota, 2012, p. 469) puede declarar la omisión. Este plazo prudencial fue sobrepasado, una vez las Tecnologías de la Información y la Comunicación pasaron a formar parte del diario vivir; una regulación legislativa y jurisprudencial se hace necesaria no sólo por la revolución tecnológica de los últimos 20 años, sino por el nuevo paradigma del distanciamiento social.

8. Conclusión

La pretensión de equivalencia funcional que comenzó hace más de veinte años debe desligarse para ofrecer la autonomía que merece el medio de prueba electrónico documental. La pandemia, que ha generado un caos en la salud pública mundial, le ha dejado a Colombia una enseñanza en la verdadera aplicación de los medios electrónicos en los procesos. El principio de *celeridad* se ha manifestado ante el uso de las herramientas tecnológicas para la notificación de estados y autos electrónicos que permiten la agilidad en el procedimiento actual. Aunque es cierto que las demoras en la Rama Judicial persisten en Colombia, las causas difieren de la ausencia presencial en los juzgados. Por primera vez, la prueba electrónica empieza a tomar fuerza, debido a la necesidad que emerge de una pandemia, y su atribución se dirige a la creación de una regulación autónoma que tenga en cuenta verdaderos estándares probatorios que le permitan al juez determinar su decisión judicial.

El título ejecutivo electrónico carece de un estándar probatorio que sea determinado por los jueces; su importancia es tanta que determina la posibilidad de acceder al proceso ejecutivo y, a su vez, define la decisión judicial que deba tomar el operador jurídico. La omisión legislativa presentada proviene de subsumir la prueba electrónica documental a la prueba documental física. Los aportes legislativos y jurisprudenciales limitados han sido dirigidos al desarrollo de un estándar de prueba documental de orden físico; lo cual ha hecho inexistente el estándar respecto de las pruebas electrónicas, más específicamente en la valoración del título ejecutivo electrónico.

Así, la prueba electrónica contiene un atraso de varios años, luego de haber iniciado con una transición de equivalencia funcional que aún sigue preponderando. Estos conceptos de equivalencia funcional que observa la Ley 527 de 1999 necesitan de un replanteamiento jurisprudencial y legislativo de fondo. Se evidenció que la prueba electrónica dista mucho de la prueba documental física, y que el título ejecutivo electrónico exige un desarrollo con prontitud, sobre todo en la actualidad de la pandemia.

La equivalencia funcional que planteó la CNUDMI en principio sólo correspondió a una transición de la prueba física a la prueba electrónica. Hoy en día, la prueba electrónica asume un papel más predominante que la prueba física; por tanto, es fundamental poner de manifiesto las regulaciones necesarias para objetivar y racionalizar las decisiones judiciales, y configurar futuros estándares probatorios sólidos y generalizados, ya sean de carácter suave o fuerte.

Es preciso observar, asimismo, la importancia de la creación de criterios objetivos de forma mancomunada con los operadores jurídicos, legisladores y doctrinantes para el desarrollo de estándares probatorios que dirijan el ejercicio decisonal del operador jurídico, en casos donde exista un umbral que requiera de la experiencia judicial y la sana crítica; conceptos que provienen de la noción de *repetitividad* como elemento fundamental del juez para la aplicación de su determinación. Cuanto más estudio y análisis de prácticas judiciales tenga el operador jurídico, mayor será su comprensión y razonamiento ante un determinado proceso judicial.

Referencias

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, Robert. (2016). *La doble naturaleza del derecho*. Trotta.
- Álvarez, M. A. (2014). *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Temis. <http://libreriasiglo.com/ciencias-juridicas/2415-ensayos-sobre-el-codigo-general-del-proceso-volumen-i.html>
- Auto AC5419. (2019, 13 de diciembre). Corte Suprema de Justicia.
- Auto AC323. (2020, 21 de septiembre). Corte Suprema de Justicia.
- Auto AC2033. (2020a, 31 de agosto). Corte Suprema de Justicia.
- Auto AC1453. (2020b, 21 de julio). Corte Suprema de Justicia.
- Auto AC1616. (2020c, 27 de febrero). Corte Suprema de Justicia.
- Bejarano, R. (2016). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Temis. <http://procesal.uexternado.edu.co/procesos>
- Berger, P. (1985). *La reinterpretación de la sociología*. Espasa-Calpe
- Bustamante, M. (2010). La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano. *Opinión Jurídica*, 9(17), 71-91. <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v9n17/v9n17a04.pdf>

- Bustamante Rúa, M. M. (2010, 23 de abril). *La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano*. <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v9n17/v9n17a04.pdf>
- Corte Suprema. (1974, 1 de abril). *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 68 (1971), sección 1.ª, p. 76.
- Devis Echandía, H. (1988). *Teoría general de la prueba judicial* (6.ª ed.). Tomo I. Zavalia.
- Franco, P. y Manuel, G. M. (s. f.). *La responsabilidad del Estado legislador en los eventos de las sentencias moduladas* (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana).
- Fenoll, J. N. (2013). *La duda en el proceso penal*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado.
- Fraser, D. (2005): *Law after Auschwitz*. Carolina Academic Press.
- G. Radbruch. (1946). *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (vol. 3).
- Galvis Lugo, Á. F. y Bustamante Rúa, M. (2019). La no equivalencia funcional entre la prueba electrónica y la prueba documental: una lectura desde la regulación procesal colombiana. *Ius et Praxis*, 25(2), Talca.
- García, L. M., Celis, M., Castro, J. A. y Mora, J. A. (2012). Soluciones constitucionales y jurisprudenciales a las controversias del documento electrónico. En *Democracia Nova* (pp. 71-96). Universidad libre.
- Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28), 129.
- Larroucau, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista chilena de derecho*, 39(3), 783-808. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v39n3/art08.pdf>
- Laudan, L. (2006). *Truth, error and criminal law: An essay in legal epistemology*. Cambridge University Press.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. (1998). p. 21.
- Lluch, X. A. y Picó i Junoy, J. (2011). *La prueba electrónica*. ESADE. Instituto de probática y derecho probatorio.
- Mora, N. (1985). *Procesos de ejecución* (3.ª ed.). Tomo I. Temis.
- Ocampo Henao, L. y Restrepo Ramírez, J. C. (2018). *El estándar de prueba en los procesos administrativos sancionatorios*. Universidad de Medellín-Universidad Católica de Oriente.
- Parra Quijano, J. (2006). El documento electrónico y su alcance probatorio. *I Convención Internacional de Derecho Informático, Documentación y Documento Electrónico*. Universidad Externado.
- Pineda Rodríguez, A. y Leal Pérez, H. (2008). El título ejecutivo y los procesos ejecutivos. *Leyer*. <http://www.edileyer.com/derecho-procesal/product/788>
- Pinilla, A. M. (2016). Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español. *Nuevo Foro Penal*, 151-192. <file:///C:/Users/lucero/Downloads/DialnetEstandarDeLaPruebaYDefensasAfirmativasEnElProcesoP-5627156.pdf>

- Prieto Monroy, C. A. (05 de noviembre de 2009). Acerca del proceso ejecutivo. Generalidades y su legitimidad en el Estado social de derecho. <file:///D:/descargas/Dialnet-AcercaDel-ProcesoEjecutivoGeneralidadesYSuLegitimidad-3292657.pdf>
- Radicado 00122. (2014, 18 de julio). Corte Suprema de Justicia.
- Radicado 01081. (2014, 30 de septiembre). Consejo de Estado.
- Radicado SP282-2017. (2017, 18 de enero). Corte Suprema de Justicia.
- Radicado SC9193-2017. (2017, 29 de marzo). Corte Suprema de Justicia.
- Radicado 45585. (2019, 1 de junio). Corte Suprema de Justicia.
- Ramírez, N. P. (2017). Estándar de prueba en el proceso civil. Estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno.
- Rioseco. (1995). t. II, n. ° 694, p. 378.
- Sentencia C-662. (2000, 8 de junio). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-805. (2002, 1 de octubre). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-351. (2013, 19 de junio). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia-(2362-12). (2016, 6 de octubre). Consejo de Estado (Sandra Lisset Ibarra Vélez, C. P.).
- Sentencia SC-8372019. (2019, 19 de marzo). Corte Suprema de Justicia.
- Stein, A. (1991). Criminal Defenses and the Burden of Proof. *Coexistence*, 28, 133-147.
- Taruffo, M. (2005). Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial. *Nuevas tendencias del derecho procesal y legal*, 14.
- Taruffo, M. (2005). Conocimiento científico y estándares de prueba. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 1285-1312.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos* (J. Ferrer Beltrán, Trad.). Trotta.
- Toro, M. M. (2016). El estándar de prueba en el proceso penal. El conocimiento más allá de toda duda razonable. Algunas generalidades desde la legislación y la jurisprudencia colombiana. En L. P. Dimaro Agudelo Mejía. *El derecho probatorio y la decisión judicial* (pp. 74-105). Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Urbano, J. J. (2014). *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Van Hasselt Garrido, R. El estándar de prueba en materia infraccional. Análisis jurisprudencial. Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile. Marcial Pons.
- Vásquez, C. (2013). A modo de presentación. En C. Vásquez. *Estándares de prueba y prueba científica* (pp. 11-19). Marcial Pons.
- Vásquez, C. (2013). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Velásquez, J. G. (1987). *Los procesos ejecutivos* (3.ª ed.). Biblioteca Jurídica Dike.
- Villota Benavides, M. S. (2012). El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(117).

La mujer transgénero y el reconocimiento de los derechos pensionales en el régimen de prima media

Aproximaciones del impacto económico de su implementación en Colombia

Transgender women and the recognition of pension rights in the medium premium scheme

Approximations of the economic impact of its implementation in Colombia

Diana Rocío Rojas Sosa*

Resumen

El presente trabajo de investigación pretende demostrar que la jurisprudencia colombiana no le ha reconocido los derechos pensionales a la mujer transgénero. Existe una variada jurisprudencia constitucional que ha amparado a las personas que, por su condición sexual, son discriminadas en la prestación y acceso de bienes y servicios esenciales. Por lo anterior, se debe establecer si el acceso a tener un derecho pensional depende del sexo en el momento de nacer o de la identidad de género con la que se identifica la persona. Para el desarrollo de esta investigación se utilizó el enfoque cualitativo, con un alcance exploratorio a través del método hermenéutico crítico. Además, se recurrió a las técnicas de revisión documental y conversación con expertos.

Palabras clave: mujer transgénero, derechos pensionales, régimen de prima media, impacto económico

Abstract

This research paper aims to demonstrate that Colombian jurisprudence has not recognized the pension rights of transgender women. There is a varied constitutional jurisprudence that has protected people who, because of their sexual condition, are discriminated against in the provision of and access to essential goods and services. Therefore, it must be established whether access to pension rights depends on the sex at birth or on the gender identity with which the person identifies. For the development of this research, the qualitative approach was used, with an exploratory scope through the critical hermeneutic method. In addition, the techniques of documentary review and conversation with experts were used.

Keywords: transgender woman, pension rights, medium premium regime, economic impact

* Abogada especializada en derecho administrativo y especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Este documento corresponde al trabajo de investigación realizado en el programa de Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Correo electrónico: dianar-rojass@unilibre.edu.co



1. Introducción

Las personas, independientemente del sexo con el que nazcan, adquieren cierta clase de derechos que les permite desarrollarse con el paso del tiempo. Estos derechos deben ser otorgados y reconocidos, sin discriminación alguna. Para la comunidad transgénero, el hecho de nacer con un sexo y sentirse identificado con otro ha generado que se les limite el acceso a ciertos derechos. Lo anterior, por cuanto existen prestaciones y beneficios que únicamente se les reconocen a las mujeres y los hombres, teniendo en cuenta su sexo, y no su identidad de género.

La identidad de género en una persona *trans* hace referencia a la vivencia que siente de su sexo; es decir, si nació hombre, se puede identificar como mujer, y viceversa. La gran mayoría de la comunidad transgénero, a lo largo del tiempo, ha buscado que el nombre y el sexo con el que se identifican se reconozcan legalmente en su cédula de ciudadanía, registro civil, certificados de afiliación en salud y pensión, entre otros. En el presente trabajo, se abordará la importancia de identificar y reconocer a la mujer transgénero como una persona que debe ser reconocida con los mismos derechos que una mujer. Lo anterior, con base en la aplicación del principio de igualdad y el derecho fundamental de la dignidad humana.

2. El libre de desarrollo de la personalidad y su protección constitucional y jurisprudencial

La Constitución Política de 1991, especialmente en lo consagrado en el artículo 16, protege el libre desarrollo de la personalidad. Este artículo salvaguarda los derechos a la autonomía e identidad personal¹ como una forma de realizarse (Zárate, 2015). Para ello, se debe evitar cualquier tipo de agresión y constreñimiento en los ámbitos familiar, educativo, laboral, entre otros. Estos comportamientos afectan el normal desarrollo de la vida y de la identidad del ser humano. La Corte Constitucional ha expresado que las parejas denominadas “homosexuales”² (Antezana, 2007) han obtenido el reconocimiento jurídico a través del amparo al libre desarrollo de la personalidad, “libre opción sexual” (Corte Constitucional, 2008).

La Corte Constitucional, en reiteradas jurisprudencias³, ha protegido los derechos no sólo de las personas homosexuales, sino de la comunidad LGBTI⁴, en general (Arru-

¹ Considerada como la posibilidad de autorrealizarse dentro de un marco cultural (Zárate, 2015).

² *Homosexual* es un conjunto de características afectivas, emocionales, eróticas y sexuales que se tiene por una persona del mismo sexo (Antezana, 2007).

³ Algunas de las sentencias que han protegido los derechos de las personas homosexuales son las siguientes: T-288/18, T-077/16, T-099/15, C- 683/15, C-071/15, C-075/07 y C-238/12.

⁴ Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (Arrubia, 2016).

bia, 2016). La diversidad sexual⁵ se encuentra amparada constitucionalmente. Las personas que presentan una orientación sexual diversa acuden a la acción de tutela como el único mecanismo que les permite proteger y salvaguardar sus derechos. Uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho es el respeto a la dignidad humana⁶, entendida como la calidad de vida e igualdad de derechos que deben tener todos los seres humanos (Martínez Bullé, 2013), así como el libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual como un modo de ser y de manifestarse ante los demás (Kozak, 2006). Es decir, la persona adopta un estilo de vida propio, según sus convicciones y deseos, que se reflejan con su estilo de vida en el transcurso del tiempo.

El libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual están unidos a la dignidad humana. La doctrina establece que el libre desarrollo de la personalidad merece protección jurídica por ser inherente al ser humano. Cada individuo desarrolla su personalidad con el paso del tiempo y, de esta manera, ejerce sus derechos (Alegre Martínez, 1996). Para Nogueira Alcalá, la dignidad es algo único de cada ser humano. La dignidad no puede considerarse como un objeto; el hombre tiene la capacidad de autodeterminarse y realizarse a través del libre desarrollo de la personalidad (2009). Por medio de la materialización de los derechos y la libre determinación se logra el desarrollo del ser humano y de los pueblos en todos los aspectos (Brenes, 1993).

2.1 Las Naciones Unidas y la protección de los derechos de las personas LGBTI

La ACNUR⁷, en su publicación titulada *La protección internacional de las personas LGBTI*, afirma que las personas que tienen una orientación sexual o identidad de género diversa son discriminadas. A lo largo de la historia, han sido violentadas y perseguidas en razón de su orientación sexual e identidad de género; por lo tanto, tienen la condición de refugiadas (Agencia de la ONU para los refugiados, 2014). Debido al alto grado de solicitudes de asilo de la comunidad LGBTI, la ACNUR promueve la no discriminación y la no violencia de las personas que son sexualmente diversas. En México y Brasil, han incluido como causal para el reconocimiento de refugiado la persecución por identidad de género y orientación sexual.

A partir de lo anterior, es necesario preguntarse qué significa la identidad de género. La ACNUR califica la identidad de género como una expresión interna del ser. No ne-

⁵ La sexualidad es vista como un modo de ser y estar en el mundo (Kozak, 2006).

⁶ Trato o respeto a las personas por su sola condición de ser humano (Martínez Bullé, 2013).

⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados. Asamblea General de las Naciones Unidas (1951).

cesariamente corresponde con el sexo⁸ en el momento de nacer ni por su condición biológica (Bianco Colmenares, 2013). La persona, habiendo nacido con sexo masculino, puede sentirse identificada con el sexo femenino; pueden existir diferentes variables como la vivencia interna, emocional, social, familiar, entre otras, y, de igual forma, una mujer puede sentirse hombre. Es tan así la convicción de sentirse de otro sexo que se procede a todo tipo de operaciones estéticas y consumo de hormonas para cambiar la apariencia personal y verse como realmente se sienten.

La Corte Constitucional establece que la orientación sexual y la identidad de género es la forma en que la persona se apropia de su sexualidad. Lo anterior se puede dar con el paso del tiempo y las experiencias vividas (Corte Constitucional, 2015). En la Sentencia T-099/15, la Corte Constitucional dio protección a los derechos que solicitaba una mujer transgénero⁹. La Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército le impuso una multa por el no pago de su libreta militar. La Corte estableció que la mujer transgénero no puede tener el mismo trato que los hombres, aunque en su cédula se identifique con nombre y sexo masculino.

La Corte Constitucional declara que la transexualidad no debe ser vista como una patología y considera reprochable que un tercero certifique el cambio de identidad de género. Un ejemplo se da al solicitar el cambio de nombre y sexo tanto en el registro civil de nacimiento como en la cédula de ciudadanía (Corte Constitucional, 2015). Al respecto, y aunque la Corte Constitucional considere como reprochable que se valide el cambio de identidad de género, es necesario contar con un registro que permita identificar cuántas personas mujeres u hombres transexuales existen actualmente en Colombia. Esto permitirá tener un control de las personas que presentan discriminación por su orientación sexual.

La imagen de la Figura 1 representa esta libertad de decidir sobre la identidad de género.

A través del Decreto 1227 del 2015, emitido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, se estableció que la corrección del sexo se puede realizar por medio de escritura pública en el Registro Civil de Nacimiento. Cada 10 años se podrá solicitar la corrección y, máximo dos veces, el componente sexo. Con la expedición de este decreto se garantiza a todas las personas transgénero el cambio del sexo en sus documentos oficiales. Esto permite la protección en sus derechos con respecto a la orientación sexual con la cual se sientan identificados (Decreto 1227, 2015, art. 2.2.6.12.4.7). El Ministerio del

⁸ Condición orgánica que permite distinguir al varón de la hembra. Bianco Colmenares (2013).

⁹ Cuerpo biológicamente masculino, pero que, con el tiempo, se identifica como femenino (Ministerio de la Protección Social, 2011).



FIGURA 1

La libertad de decidir sobre la identidad de género

Fuente: Imagen tomada de Pérez (2015).

Interior, como entidad rectora de la política pública nacional, mediante la expedición del Decreto 410 de 2018, adoptó las medidas tendientes a proteger y prevenir la discriminación contra la comunidad LGTBI.

Los establecimientos de comercio y de otra naturaleza promueven la no discriminación, utilizando la marca simbólica #AquíEntran Todos.

3. Identidad de género en el mundo

En Chile, por medio de la Ley n.° 21.120, que entró en vigor el 27 de diciembre de 2019, los nacionales podrán solicitar el cambio de identidad de género en el registro civil de nacimiento. Para los mayores de 14 años y menores de 18, se realizará mediante sentencia debidamente ejecutoriada y emitida por la autoridad judicial competente. Lo anterior no afectará los derechos y obligaciones patrimoniales adquiridas ni las propias del derecho de familia (Congreso Nacional de Chile, 2019). Esta ley ampara a las personas transgénero para que ejerzan efectivamente sus derechos.

La Asociación Internacional de Gais y Lesbianas (ILGA) recopiló una serie de datos en diferentes países del mundo, donde se establece la probabilidad de emitir una ley que permita el cambio de identidad de género. La Tabla 1 presenta la respectiva información.

TABLA 1

La posibilidad de emitir una ley de cambio de identidad de género en algunos países

Países	Posible	Posible con requisitos que pueden ser prohibitivos	No es posible
Estados Unidos	Las leyes varían, según el estado; algunos solicitan el certificado médico de haberse realizado el cambio de sexo.		
Australia	Los requisitos varían, dependiendo el estado. El Gobierno brinda asesoría respecto del cambio de marcador de género.		
Argentina	Mediante la Ley 26.743 de 2012, se establece el derecho a la identidad de género de las personas. No son requisito las cirugías o tratamientos para cambiar el sexo.		
Francia	Se realiza a través de una solicitud judicial y debe demostrar que se ha desenvuelto en su vida con otro género, y no con el que nació.		
Alemania	Debe indicar haber estado viviendo una identidad de género distinta a la que señala su documento. De igual forma, se aprobó el tercer género. Cuando los padres no puedan identificar el sexo del recién nacido, marcarán la casilla “diverso”, en lugar de masculino o femenino.		
China		Solicitan certificados de determinación de género emitidos por un hospital, previa una valoración psiquiátrica, entre otros documentos.	

Países	Posible	Posible con requisitos que pueden ser prohibitivos	No es posible
Irán		Solo pueden acceder las personas que se han sometido a cirugías de reasignación de sexo.	
Finlandia		Para realizar el cambio de identidad de género legalmente, las personas deben recibir atención médica y un año de valoración psiquiátrica para obtener así el diagnóstico de "trastorno de transexualidad".	
México		El Gobierno mexicano reformó, en 2014, su código civil con el fin de avalar el derecho al reconocimiento de la identidad de género. Se requiere ser mayor de edad e indicar el nombre y el género con el que se desea ser reconocido.	
Panamá		Sólo las personas que se hayan sometido a una cirugía de reasignación de sexo pueden solicitar el cambio de identidad de género en sus documentos.	
Tailandia			Se puede cambiar el nombre en los documentos, pero no el sexo.
Kosovo			Es posible cambiar el nombre, pero no el género.
Brasil			Aún no tienen una ley de identidad de género en 2018.

Nota: identidad de género en el mundo. Fuente: creación propia con base en información recopilada por la ILGA

En la Asamblea General de las Naciones Unidas llevada a cabo en diciembre del 2008, la ONU, con el respaldo de la Unión Europea, presentó la Declaración sobre Identidad de Género y Orientación Sexual, y señaló que, en todos los países del

mundo, debe prevalecer el principio de la no discriminación; los derechos humanos deben prevalecer, sin importar la orientación sexual (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2008). Esta declaración fue firmada por 66 países de los 192 miembros de las Naciones Unidas. Uno de los primeros en oponerse a este acuerdo fue el Vaticano, que consideró que esta declaración generaría nuevas discriminaciones en los individuos heterosexuales.

El Vaticano, en una publicación realizada en 2019, expresa que las nuevas formas de identidad de género terminarán acabando el significado de *familia* (Ciudad del Vaticano, 2011); determinan que toman la identidad sexual como un concepto confuso de deseo y libertad. A diferencia de lo que sostiene el Vaticano, Martel, en su libro *Sodomita: poder y escándalo en el Vaticano*, describe la homosexualidad que viven miles de curas en Roma, y las fiestas clandestinas gay en esta institución (2019). Este polémico libro relata la vida oculta que llevan varios miembros de la Iglesia Católica y sus orientaciones sexuales. Como se puede vislumbrar, en todo el mundo existen miles de personas con inclinaciones sexuales diversas. Esta nueva forma de sexualidad no mira estrato, posición social ni edad.

4. Pensión de vejez para la mujer transgénero

La sociedad va cambiando con el paso del tiempo su manera de pensar, sentir y ver la realidad de las cosas. Hace unos años se consideraba que la familia era la unión de un hombre y una mujer con un proyecto de vida en común. Ahora, las parejas del mismo sexo pueden casarse, adoptar, ser beneficiarios de salud y pensión, heredar, y modificar su nombre y sexo en sus documentos. Esta población, discriminada a lo largo de los años, ha alcanzado grandes logros en el reconocimiento e igualdad de derechos frente a los heterosexuales. Así como la sociedad se va transformando, de igual forma debe cambiar el modelo de pensamiento. El derecho, las normas y la evolución jurisprudencial son necesarias frente a los nuevos cambios que se generan (Corte Suprema de Justicia, 2016).

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que las personas del mismo sexo son beneficiarias para acceder a ciertos derechos y beneficios con respecto a temas pensionales; reconocimiento a la pensión de sobrevivientes de su compañero(a), así como a la sustitución pensional. La Corte ha sido enfática y reiterativa frente a la igualdad de trato y de derechos que deben tener las parejas del mismo sexo frente a las parejas heterosexuales¹⁰ (Bolaños y Morales, 2018). Por tanto, no debe existir discriminación

10 Relación de dos personas de sexo opuesto (Bolaños y Morales, 2018).

hacia las personas que manifiesten una orientación sexual diversa. La esencia de la seguridad social es proteger al individuo. La calidad de vida debe ser acorde con la dignidad humana. Todas las personas deben tener libre acceso a los servicios de seguridad social, independientemente de su orientación sexual.

De lo anterior cabe preguntarse qué impacto fiscal generaría el reconocer la pensión de vejez en el régimen de prima media a una mujer transgénero a los 57 años en Bogotá. El DANE, dentro de sus proyecciones poblacionales, indicó que, en junio del presente año, la capital tendrá 7.743.955 habitantes (Citynoticias). El observatorio de la ciudad de Bogotá, SALUDATA, presentó una estadística respecto de cuántos hombres entre los 55 y 59 años habitan en las 20 localidades de la capital. La Tabla 2 contiene esta información.

TABLA 2
Número de hombres entre los 55 y 59 años en Bogotá

Ciudad	Población masculina entre 55-59 años
Bogotá	413.455

Fuente: SALUDATA.

De los 413.455 hombres que tienen entre 55 y 59 años en Bogotá, se podría suponer que el 1% tiene 57 años, 1300 semanas cotizadas y es transgénero. El total arrojado es de 4.134 hombres. Si, actualmente, esta población se pensionara en el régimen de prima media con un salario mínimo, el Estado debería contar con el presupuesto presentado en la Tabla 3.

TABLA 3
Potencial presupuesto del Estado para la pensión de 4.134 mujeres transgénero en Bogotá

Población transgénero de 57 años en Bogotá	Pensión - RPM (Colpensiones) 13 mesadas SMLMV	Mesada anual de 4.134 mujeres transgénero	Diferencia dejada de percibir 57-62 años	Total
4.134	\$877.803 * 13 = <u>11.411.439</u>	\$11.411.439 * 4134 = \$47.174.888.826	\$11.411.439 * 5 <u>\$57.057.195</u>	\$ 57.057.195 * 4.134 \$235.874.444.130

Nota: presupuesto para pensionar por vejez a 4.134 mujeres transgénero en Bogotá. Fuente: elaboración propia.

La Tabla 3 indica que el Estado debe tener en su presupuesto, aproximadamente, \$235.874.444.130 para pagar las pensiones que se generen por concepto de vejez en el régimen de prima media. Cabe aclarar que las cifras expuestas corresponden únicamente a Bogotá, y es la estimación correspondiente si hoy se pensionaran

4.134 mujeres transgénero en la capital. Colpensiones ha indicado que, para 2020, la proyección de gastos por concepto de pensiones y jubilaciones de vejez oscilará alrededor de veintiocho millones trescientos noventa y un mil ciento cuarenta y tres miles de millones (Colpensiones, 2020). El Estado debe incrementar significativamente sus finanzas cuando se reconozca por primera vez en Colombia la pensión de vejez a una mujer transgénero; en igualdad de condiciones en cuanto a los requisitos que debe cumplir una mujer heterosexual.

Mediante derecho de petición elevado a la Registraduría Nacional del Estado Civil, se solicitó información con respecto a cuántas personas han solicitado el cambio de nombre y sexo (de hombre a mujer) en la cédula de ciudadanía. En respuesta al radicado 21670377 del 19 de agosto de 2020, se estableció que, en el país, 648 personas han realizado esta solicitud, de las cuales 102 corresponden a Bogotá; información corroborada en la base de datos del sistema de identificación y registro civil de la Registraduría Nacional del Estado Civil, con corte del 25 de agosto de 2020.

5. Conclusiones

Cuando se produce el nacimiento de un bebé, se establece el sexo, según sus genitales. En los últimos años, la sociedad ha logrado grandes avances con respecto al concepto de *diversidad sexual*. El género del individuo se identifica no por sus órganos sexuales, sino conforme a su sentir y felicidad. La comunidad LGTBI se caracteriza por su diversidad en géneros y orientaciones sexuales. Actualmente, esta comunidad es blanco de discriminación, violencia, y persecución en todo el mundo. En varios países, como Argentina, Francia, Alemania, entre otros, a las personas se les permite cambiar de nombre y sexo en sus documentos oficiales. En cambio, en países como Arabia Saudita, tener una inclinación sexual diferente es considerado un delito. La ONU ha trabajado por el respeto a la dignidad humana e igualdad que merecen todas las personas LGTBI en el mundo.

El Estado colombiano ha brindado especial protección jurídica a esta comunidad. A través de la acción de tutela, se ha logrado que a las personas con una identidad de género diferente se les dé el mismo trato que a las personas heterosexuales. Por lo anterior, la mujer transgénero debería tener el mismo derecho para acceder a una pensión de vejez que una mujer heterosexual; es decir, se le debería brindar igualdad en los requisitos de edad y tiempo que exige la Ley. Para ello, es necesario llevar un registro o estadística que permita identificar cuántas mujeres transgénero cotizan actualmente en el régimen de prima media. Es pertinente que la administradora o fondo de pensiones identifique desde cuándo se empiezan a generar las cotizaciones como mujer transgénero.

Lo anterior le permitirá al Estado realizar un balance fiscal respecto de los rubros que debe girar al régimen de prima media y pensionar así por vejez a las mujeres transgénero que cumplan 57 años y 1300 semanas cotizadas. Actualmente, la Ley 797 de 2003, especialmente en lo consagrado en el artículo 9¹¹, establece los requisitos que debe tener una mujer al solicitar la pensión de vejez, pero no determina si las mismas condiciones aplican para una mujer transgénero. Es necesario que el Estado imponga una serie de condiciones o requerimientos para realizar este tipo de solicitud. Un ejemplo de ello puede ser la obligatoriedad de cotizar como mujer transgénero por un tiempo determinado. De lo contrario, se podría llegar a defraudar al Estado, haciéndose pasar por mujer *trans* para conseguir este beneficio.

Estas condiciones permitirán tener un registro confiable de las cotizaciones realizadas con el género masculino y las realizadas como mujer transgénero. Es necesario que el Congreso de la República establezca algunas reglas en las cotizaciones efectuadas para pensión. De lo contrario, se estaría violando el principio de igualdad frente a las cotizaciones realizadas por las mujeres heterosexuales.

Referencias

- Agencia de la ONU para los refugiados. (2014). La protección internacional de las personas LGTBI.
- Alegre Martínez, M. Á. (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento*. Universidad de León.
- Antezana, M. (2007). Homosexualidad, familia y apoyo social. *Gaceta Médica Boliviana*, 30(1), 30-35.
- Arrubia, E. (2016). Los derechos de las personas LGTBI en discusión. *Revista de la Facultad de Derecho*, 1(41), 15-34.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2008, 22 de diciembre). Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género.
- Bianco Colmenares. (2013). Sexo, género y ciudadanía. *Comunidad y Salud*, 11(1), 3-9.
- Bolaños y Morales. (2018). Prejuicios y homosexualidad. El largo camino hacia la adopción homoparental. Especial atención al caso colombiano. *Estudios constitucionales*, 16(1), 395-424.
- Brenes, R. (1993). *Antología introducción a los derechos humanos*. EUNED.
- Citynoticias. (s. f.). Hay más de 7 millones de habitantes en Bogotá, según cifras del censo. *El Tiempo*.

¹¹ La Ley 797, en su artículo 9, establece: la mujer se pensionará con 57 años y 1300 semanas cotizadas a partir del 1 de enero de 2014 (Congreso de la República, 2003).

- Ciudad del Vaticano. (2011). Varón y hembra los creó.
Colpensiones. (s. f.). Proyecto Presupuesto de Ingresos y Gastos 2020.
Decreto 1227 de 2015. (2015, 4 de junio). Ministerio de Justicia y del Derecho. art. 2.2.6.12.4.7.
Kozak, G. (2006). ¿Estudios sobre diversidad sexual, estudio sobre minorías sexuales? *Revista venezolana de economía y ciencias sociales*, 135-141.
Ley 21.120. (2019, 27 de diciembre). Congreso Nacional de Chile. Derecho a la identidad de género, rectificación de sexo y nombre registral.
Martel, F. (2019). *Sodoma: poder y escándalo en el Vaticano*.
Martínez Bullé. (2013). Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(136), 39-67.
Ministerio de la Protección Social. (2011). *Guía de Prevención VIH/SIDA*.
Nogueira Alcalá, H. (2009). *La interpretación constitucional de los derechos humanos*. Ediciones Legales.
Pérez, J. (2015, 13 de junio). Los transexuales cambian su cédula. *Semana* (fotografía). <https://www.semana.com/vida-moderna/articulo/cambio-de-la-identidad-sexual-en-la-cedula-llamenme-johanna/431166-3>.
Sentencia C-336/08. (2008, 16 de abril). Corte Constitucional.
Sentencia T 099/15. (2015, 10 de marzo). Corte Constitucional.
Sentencia SL-5524/2016. (2016, 27 de abril). Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral.
Zárate. (2015). La identidad como construcción social desde la propuesta de Charles Taylor. *Eidos*, (23), 117-134.

Justicia digital. Un análisis de la transformación digital del sector judicial en Colombia

Digital justice. analysis of the digital transformation of the judicial power in Colombia

Devid Alberto Rosso Mora*
Luisa María Gutiérrez Ramírez**

Resumen

La justicia digital llegó para quedarse. Luego de importantes esfuerzos normativos para incorporar las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la transformación digital del sector judicial en Colombia es una realidad. El objeto del presente trabajo es describir la transformación que las TIC han introducido a las diferentes instituciones procesales desde la entrada en vigor del Código General del Proceso y el Decreto Legislativo 806 de 2020; se resalta sustancialmente el potencial que comprenden en el entorno de la globalización del acceso a la información, así como su inminente reconocimiento como derecho fundamental. Al respecto, se evidencian suficientes herramientas para afrontar la transformación digital del sector judicial, al adaptar las instituciones procesales tradicionales a la nueva sociedad de la información.

Palabras clave: justicia, transformación digital, sector judicial, digitalización, información, TIC

Abstract

Digital justice is here to stay. After significant regulatory efforts to incorporate Information and Communication Technologies, the digital transformation of the judicial sector in Colombia is a reality. The purpose of this paper is to describe the transformation that ICTs have introduced to the different procedural institutions since the entry into force of the General Procedural Code and Legislative Decree 806 of 2020; it substantially highlights the potential that they comprise in the environment of globalization of access to information, as well as its imminent recognition as a fundamental right. In this regard, there is evidence of sufficient tools to face the digital transformation of the judicial sector, by adapting traditional procedural institutions to the new information society.

Keywords: justice, digital transformation, judicial sector, digitization, information, ICTs

* Abogado Egresado de la Universidad Católica de Colombia, magíster en Derecho Privado con énfasis en investigación de la Universidad Carlos III de Madrid (España), Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, docente universitario de Ética Jurídica y Teoría General del Proceso. Socio fundador de R&B LAWYERS - Tus Dependientes. Correo: devida-rossom@unilibre.edu.co

** Abogada egresada de la Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia, Escribiente del Juzgado Promiscuo Municipal de Útica Cundinamarca. Correo: luisam-gutierrezr@unilibre.edu.co



1. Introducción

El presente artículo tiene como propósito analizar el proceso de transformación digital que afronta el sector judicial en Colombia, con base en las nuevas tecnologías, que han estructurado herramientas vinculadas al consumo y transmisión de la información, conocidas como Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC). Tanto ha sido la influencia e impacto de estas herramientas que se ha procurado incluirlas en las ciencias del derecho, a efectos de crear procedimientos que faciliten el ejercicio de la actividad jurídica, garantizando el acceso a la información judicial de los diferentes usuarios del servicio público de la Administración de justicia.

Desde 1996, con el artículo 95 de la Ley 270, conocida como Ley Estatutaria de Administración de Justicia, se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano el concepto de tecnología de avanzada al servicio de la Administración de justicia. Posteriormente, se promulgó la Ley 527 de 1999, mediante 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; de manera puntual, se formalizó el principio general de validez del documento y firmas electrónicas, y su equivalencia absoluta con los medios impresos tradicionales. Luego, la Ley 794 de 2003 introdujo reglas en el proceso civil, al aclarar aspectos prácticos frente al uso de medios electrónicos y fijar principios generales en instituciones como las notificaciones, la comunicación de medidas cautelares, la designación de auxiliares de justicia y la presentación de memoriales.

En este mismo orden, se encuentran la Ley 1395 de 2010 y la Ley 1437 de 2011; esta última implementa algunas formas de uso de las TIC en el procedimiento judicial, pero encaminado principalmente en el área del derecho administrativo. Sin embargo, pese a esta escasa normativa, no es sino hasta 2012 cuando, en Colombia, con la expedición de la Ley 1564 o Código General del Proceso, se empieza a materializar el uso de las TIC en el procedimiento judicial.

Por lo anterior, es necesario analizar la implementación de las nuevas tecnologías, que no están condicionadas al Plan de Justicia Digital (artículo 103 del CGP), como erróneamente se piensa, ya que, pese a haber transcurrido más de 20 años desde la incorporación de las TIC en el ordenamiento jurídico colombiano, su aplicación se ha visto entorpecida; inicialmente, por obstáculos de vigencia normativa, falta de capacitación de los funcionarios judiciales, escasez de instrumentos necesarios en los despachos judiciales de todo el país, diferencias de criterios en la aplicación de normas relacionadas con uso de herramientas informáticas y demás falencias que se evidenciaron cuando el país se vio inmerso en un confinamiento obligatorio por la propagación del covid-19. Ello ocasionó la parálisis del sistema judicial por

aproximadamente cuatro meses, exceptuando acciones de tutela, *habeas corpus* y audiencias penales con preso.

Aun en la actualidad, y pese a la vigencia de la Ley 1564 de 2012, y el Decreto Legislativo 806 de 2020, declarado exequible mediante Sentencia C-420 de 2020, se encuentran serias dificultades; lo cual permite cuestionarse sobre la manera como las TIC han modificado y/o adecuado las diferentes instituciones procesales desde su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano.

Por tanto, el objeto de este trabajo es describir la transformación que las TIC han introducido a las diferentes instituciones procesales desde la entrada en vigencia del Código General del Proceso y el Decreto Legislativo 806 de 2020; (i) enunciar los alcances normativos de las nuevas TIC; (ii) describir su implementación en instituciones procesales, a la luz del CGP y el Decreto 806 de 2020; (iii) realizar una síntesis de las modificaciones introducidas por el Decreto 806 de 2020 y los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura; y (iv) presentar un análisis de las ventajas y retos que implican las TIC en el momento de ser implementadas en las diferentes instituciones procesales.

1.1 Problema de investigación y metodología

¿Cómo las TIC han modificado y/o adecuado las diferentes instituciones procesales desde su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano? Como estrategia metodológica, se implementará un análisis cuantitativo, que presentará los beneficios y obstáculos que afronta el sector judicial en Colombia con la incorporación de las nuevas TIC; se realiza un estudio descriptivo, usando fuentes primarias y secundarias, y técnicas de revisión documental, estudios de casos y observación directa.

2. Alcances normativos de las nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señala que el ejercicio de los derechos humanos, en particular del derecho a la libertad de expresión, en Internet, es una cuestión que reviste cada vez más interés e importancia, gracias a que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas TIC; en donde se reconoce la naturaleza mundial y abierta de Internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas (Naciones Unidas, 2012).

En este sentido, se afirmó que los derechos de los individuos en este ámbito deben estar garantizados con respecto a su acceso y uso, particularmente el de libertad de

expresión, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Posteriormente, el mismo Consejo de Derecho humanos de Naciones Unidas (2016, p. 247), en otro informe de sesión, se refirió a la importancia de promover y ampliar el acceso a Internet:

La calidad de la educación cumple un papel decisivo en el desarrollo y, por consiguiente, exhorta a todos los Estados a fomentar *la alfabetización digital* y a facilitar el acceso a la información en Internet, que puede ser una herramienta importante para facilitar la promoción del derecho a la educación. (cursiva fuera de texto)

Ello se considera bajo un enfoque de los Derechos Humanos que permita cerrar la brecha tecnológica en la que se encuentran algunos países, en los cuales la “alfabetización digital” aún no ha sido implementada en el respectivo sistema educativo público.

De igual forma, mediante un informe de la Segunda Comisión (A/70/469) 70/184, se mencionó a las TIC para el desarrollo; aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 22 de diciembre de 2015 (Consejo de Derecho Humanos de Naciones Unidas, 2016), reconoce que las TIC tienen el potencial de brindar nuevas soluciones a los problemas del desarrollo, en el contexto de la globalización, y pueden promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y equitativo, la competitividad, el acceso a la información y los conocimientos, la erradicación de la pobreza y la inclusión social, factores que contribuirán a acelerar la integración en la economía global de todos los países, especialmente de aquellos en desarrollo y, en particular, de los menos adelantados.

De lo anterior se evidencia que el acceso a internet es un derecho por conexidad de corte fundamental, con el cual se asegura a cada persona no sólo la posibilidad de recibir y almacenar la información que antes percibía de forma analógica, sino también la materialización de intercambio de ideas con otros usuarios del ciberespacio, sin importar el lugar en que cada uno se encuentre; además de resaltar el potencial que comprenden estas nuevas tecnologías en el entorno de la globalización del acceso a la información.

Es posible, entonces, definir el derecho de acceso a internet, según Jiménez y Menezes Quintana (2017), como aquel campo del derecho que focaliza su atención en la regulación, jurisdicción, juzgamiento, control e imposición de medidas tendientes a garantizar los derechos y cumplir las obligaciones originadas en las transacciones, usos e intercambios de información que utilizan como medio la red global interconectada de computadoras. Ahora bien, en el ámbito local, según reseña Caballero

Martínez (2020), la teoría de los derechos subjetivos señala que los derechos no son sólo los que enuncia la Constitución, sino también todos aquellos que emanan de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y los que materializa la Corte Constitucional en su jurisprudencia; motivo por el cual el acceso a internet tiene cabida como derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. No obstante, se trata de un derecho en sentido material, y no formal, por el carácter prestacional que implica.

En este orden de ideas, el derecho de acceso a internet se encuentra sometido al principio de *sostenibilidad fiscal*, regulado por el Acto Legislativo 03 de 2011 (Congreso de la República de Colombia, 2011); razón por la cual existen subsidios en materia de servicios públicos de telecomunicaciones para las personas de bajos ingresos, donde sobresale el intento por alcanzar la igualdad material del acceso a internet (Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, 2002). Sin embargo, esta discriminación positiva demuestra la falta de implementación de una política gubernamental que permita a todas las personas alcanzar una garantía reconocida a nivel internacional; lo cual, sin duda, pone de manifiesto que hoy el acceso a internet es un derecho humano y, por lo tanto, es fundamental, digno de protección para el acceso masivo (Corte Suprema de Justicia, 2020).

A partir, entonces, de los cambios tecnológicos que ha tenido que afrontar la humanidad, donde se han estructurado herramientas vinculadas con el consumo y transmisión de la información, procedimientos que se han denominado TIC, se observa que la incorporación y ejecución de estas nuevas tecnologías en los despachos judiciales del país es incipiente; su desarrollo sustancial y jurisprudencial es escaso, pese a su relevancia en la nueva sociedad de la información.

En el ordenamiento jurídico colombiano, desde 1996, con el artículo 95 de la Ley 270, conocida como Ley Estatutaria de Administración de Justicia, se incorporó el concepto de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. En esta Ley, se estableció lo siguiente:

El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará, principalmente, a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos, y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información. Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para el cumplimiento de sus funciones. 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. Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la iden-

tificación 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.

El citado artículo 95 de la Ley 270 de 1996 fue sometido a control de constitucionalidad mediante sentencia (Corte Constitucional, 1996) en la cual se analizó la implementación de la tecnología en el servicio público de administración de justicia y se planteó su exequibilidad en los siguientes términos:

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 (C.P. art. 15). 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.

Siguiendo este sendero, varios años después se promulgó la Ley 527 de 1999, mediante 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; de manera puntual, se formalizó el principio general de validez del documento y firmas electrónicas, y su equivalencia absoluta con los medios impresos tradicionales.

Esta norma, como menciona Rincón Cárdenas (2013), proporciona por sí sola suficientes herramientas para autorizar hoy a cualquier particular para promover mediante TIC una acción judicial ante la Rama Judicial; pues estableció una regla de interpretación conocida como *equivalencia funcional*, que busca eliminar la necesidad de estatutos “electrónicos” especiales para cada actividad o procedimiento reglado, y añade validez jurídica y probatoria a los documentos y comunicaciones electrónicas. Entre particulares, goza de un uso extendido, y ha tenido un desarrollo más limitado en diligencias administrativas y judiciales; que ha estado condicionado a la efectiva apropiación de sus conceptos por parte de las ramas del poder público.

En estos términos, es importante resaltar lo estipulado por el artículo 10 de la Ley 527 de 1999, que expresa lo siguiente:

Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba, y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del capítulo VIII del *título* XIII, sección tercera, libro segundo del Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el solo hecho de que se trate de un mensaje de datos, o por no haber sido presentado en su forma original.

Nótese cómo diferentes instituciones procesales comienzan a verse permeadas por las TIC, de acuerdo con la regulación mencionada hasta el momento. Asimismo, estas disposiciones constituyen el desarrollo de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por las Naciones Unidas, en la 85.ª sesión plenaria del 16 de diciembre de 1996, redactada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; que se funda en los principios fundamentales de “no discriminación, neutralidad y equivalencia funcional”. Este organismo internacional definió dichos principios de la siguiente manera:

El principio de la *no discriminación* asegura que no se denegarán a un documento sus efectos jurídicos, su validez o su ejecutabilidad por la única razón de que figure en formato electrónico. El principio de la *neutralidad* respecto de los medios técnicos obliga a adoptar disposiciones cuyo contenido sea neutral respecto de la tecnología empleada. Ante la rápida evolución tecnológica, el objetivo de las reglas neutrales es dar cabida a toda novedad que se produzca en el futuro, sin necesidad de emprender una labor legislativa. En el principio de la *equivalencia funcional* se establecen los criterios conforme a los cuales las comunicaciones electrónicas pueden equipararse a las comunicaciones sobre papel.+

Ante la necesidad de identificar plenamente la persona que emite el mensaje de datos y la veracidad de su contenido, la CNUDMI implementó la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de 2001. El artículo 6 de esta ley señala:

(...) cuando la Ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos, si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.

Posteriormente, la Ley 794 de 2003 introdujo reglas al proceso civil, al aclarar aspectos prácticos frente al uso de medios electrónicos, y fijar principios generales en instituciones como las notificaciones, la comunicación de medidas cautelares, la designación de auxiliares de justicia y la presentación de memoriales. Sin embargo, no se profundizará en esta norma, ya que fue derogada con la entrada en vigor de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso.

El Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo n. ° PSAA06-3334 del 2 de marzo de 2006, reglamentó la implementación de medios electrónicos e informáticos, y definió los actos de comunicación procesal en el procedimiento civil, laboral y contencioso-administrativo. Luego, en cumplimiento de lo previsto en el acuerdo anterior, el Centro de Documentación Judicial de la Rama Judicial (CENDOJ) expidió el reglamento técnico para el uso de certificados y firmas digitales en la Rama Judicial, a través de la Circular CDJCIR07 (2007), donde se estandarizan los procedimientos técnicos para el uso de certificados y firmas digitales en la entidad (Medina Roa y Hernández Gámez, 2019).

En 2012, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PSAA12-9269, por medio del cual adoptó el Plan Estratégico Tecnológico de la Rama Judicial, circunscrito en el Plan Sectorial 2011-2014 y en el Plan Nacional de las TIC 2010-2019, en el cual se fijaron las metas y programas a desarrollar en un período de seis años, con la cooperación de la Agencia Internacional de los Estados Unidos para el Desarrollo (USAID). El plan se concentra en cinco ejes estratégicos: i. Expediente electrónico; ii. Enfoque de organización (justicia) en red; iii. Gestión de información; iv. Gestión de cambio; v. Uso de TIC para la formación judicial y ciudadana (Nisimblat, 2013).

En este sentido, la Ley 1341 de 2009 expone conceptos de la sociedad de la información, así como los principios que regulan la investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las nuevas TIC; con ella se crea la Agencia Nacional de Espectro, y fue modificada parcialmente por la Ley 1978 de 2019 (Congreso de la República, 2019). Finalmente, se encuentra la Ley 1437 de 2011, que resalta el funcionamiento eficiente y democrático de la Administración Pública como herramienta para alcanzar dicha meta; se concentran los esfuerzos en el fortalecimiento de la implementación de medios tecnológicos en la gestión administrativa, al introducir un conjunto de disposiciones que permiten hacer uso de los avances de las TIC, suprimiendo el uso de papel y habilitando el procedimiento administrativo electrónico, teniendo en cuenta que deberán estar siempre presentes los atributos de seguridad jurídica que indica la Ley para que pueda darse la presunción de legalidad que se predica hoy, de manera expresa, en el Código Contencioso- Administrativo (Rincón Cárdenas, 2013).

3. La implementación de las TIC de acuerdo con el Código General del Proceso - Decreto 806 de 2020

La implementación de las TIC en las diferentes actuaciones e instituciones procesales tiene sus raíces en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996; pese a ello, las actuaciones procesales se siguieron surtiendo de manera tradicional. La Ley 1564 de 2012, mejor

conocida como Código General del Proceso (Congreso de la República, 2012), marca un hito dentro de la legislación colombiana, pues constituye una reforma integral al sistema procesal civil, ya que recoge todas las tendencias y reformas introducidas en leyes anteriores, de las cuales se destacan los aspectos más relevantes en materia de justicia digital o electrónica (Nisimblat, 2013).

Se estableció el juicio oral por audiencias, salvo normas relativas a procesos especiales, y se postuló la entrada del uso de medios tecnológicos para la grabación y la conservación de las actuaciones. Así lo previó el art. 3.º del C.G.P., que establece que “las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva” (Nisimblat, 2013).

El C.G.P. prevé, en el capítulo primero del título primero de la sección segunda, un robusto paquete de normas que enmarcan el *Plan de Justicia Digital*; un ambicioso proyecto para la integración de todos los procesos y herramientas de gestión de la actividad jurisdiccional por medio de las TIC, que permitan formar y gestionar expedientes digitales y el litigio en línea (art. 103). De acuerdo con la citada norma, 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 para facilitar y agilizar el acceso a la justicia; y ampliar su cobertura y previsión, que no solamente supone la modernización de los despachos de las especialidades jurisdiccionales civil y de familia, sino la extensión de la cobertura del servicio de justicia, en los términos señalados en la ley estatutaria de la administración de justicia, es decir, del cometido de la desconcentración de los despachos de la Rama Judicial contenido en el art. 4.º de la Ley 1285 de 2009 (Nisimblat, 2013).

Esta misma norma ha postulado, con cierto temor, artículos en los cuales faculta tanto a los operadores judiciales como a las partes para valerse, en la mayoría de los casos en forma subsidiaria, de los medios tecnológicos en las etapas de un proceso judicial; siendo en determinados casos potestad de los intervinientes, pero no como una carga de obligatorio cumplimiento. Sumado a lo anterior, el temor de los operadores judiciales es latente, al acudir a medios tecnológicos que, según su sentir, no poseen una reglamentación minuciosa; también se observa la negativa a abandonar los medios físicos.

La falta de insumos y capacitaciones, y el desconocimiento sobre la seguridad de la información de los participantes en las actuaciones judiciales han producido un lento avance en materia de implementación de las TIC en la administración de justicia; lo cual obstaculiza notoriamente la adecuación de las distintas instituciones procesales *a contrario sensu*, según el espíritu del legislador, en sus adaptaciones a instituciones procesales tradicionales que se han ocupado de forjar el camino para la adecuada implementación del Plan de Justicia Digital.

Pese a lo anterior, y al ser un asunto facultativo supeditado al suministro de herramientas necesarias por parte del Consejo Superior de la Judicatura, la integración normativa del C.G.P. frente a las TIC no fue muy práctica, ya que se seguían aplicando los métodos tradicionales, esto es, la presentación de la demanda en medio físico, con copias para traslados, notificaciones por correo postal autorizado, fijación física de estados y traslados en las carteleras de los despachos, poderes autenticados notarialmente, audiencias presenciales, actos procesales y recursos fuera de audiencia por escrito, exigencia de firma manuscrita en todo documento, providencias y oficios; estos últimos con sello del juzgado, so pena de que las entidades destinatarias no los recibieran.

Tímidamente, se incluye la exigencia de aportar la demanda y anexos en medio magnético, e indicar los correos electrónicos de las partes con la intención de promover el uso de las TIC en los procesos judiciales; sin embargo, estas exigencias se redujeron a un simple requisito para la admisión de las demandas, y no se materializaba su implementación digital.

Ahora bien, en cuanto al Decreto 806 del 4 de junio de 2020, que se promueve en el marco de la emergencia económica, social y ecológica generada por el covid-19, se establecen medidas transitorias por dos años para el acceso a la justicia a través de medios virtuales y agilidad en los procesos judiciales; se busca mitigar así la propagación del virus y proteger a los servidores judiciales y a los usuarios. El Gobierno nacional dictó medidas para la continuidad de los procesos que se adelantan ante la Rama Judicial y para las autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales para garantizar el debido proceso, la publicidad y el derecho de contradicción de las partes.

Las principales medidas transitorias adoptadas son las siguientes: (i) Priorizar el uso de las TIC en los procesos judiciales, y precisar que, si algunos de los sujetos procesales o la autoridad judicial no tienen la posibilidad de acudir a estos medios, podrán adelantarse de manera presencial. (ii) Elevar disposiciones puntuales para darle aplicación y validez a la notificación de las partes y demás sujetos procesales a través de canales digitales, y la consecuente obligación, en cabeza de estos, de informar al juzgado los datos necesarios para realizarla. (iii) La eliminación del requisito de presentación personal de los poderes. (iv) La radicación de la demanda y sus anexos a través de aplicativos o direcciones de correo electrónico que el Consejo Superior de la Judicatura disponga para tal fin. (v) El deber de las partes de contribuir con el adecuado desarrollo del proceso, aportando las piezas procesales que estén en su poder, en los casos en los que el juez no cuente con el expediente físico. (vi) La habilitación de los funcionarios de los despachos para que establezcan contacto directo con los sujetos procesales, de manera que puedan definir las condiciones para la realización

de las actuaciones virtuales, en función de las posibilidades técnicas del despacho y de dichos sujetos. (vii) El emplazamiento por medios digitales. Registro nacional de emplazados. (viii) Normas para que la audiencia inicial en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se haga más eficiente en lo relacionado con el trámite de las excepciones previas. (ix) Reglas para que la sentencia anticipada pueda operar en el contencioso-administrativo, en caso de caducidad, prescripción, conciliación y falta de legitimación; y se pueda dictar, cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, habiendo asuntos de puro derecho o prueba suficiente para proferirla. (x) En materia civil y laboral, se plantea que la segunda instancia se podrá tramitar por escrito, cuando no se hayan decretado pruebas en esta, de modo que no se requerirá la audiencia de sustentación del recurso y sentencia.

Si bien es cierto que la emergencia sanitaria impulsó la implementación de las medidas transitorias, estas se encuentran justificadas en normas previas que, tímidamente, buscaban la aplicación e integración de las TIC en las diferentes instituciones procesales. En este sentido, la Corte Constitucional (2020), en el comunicado de prensa n. ° 40, concluyó que las medidas que adopta el Decreto Legislativo 806 de 2020 están directa y específicamente relacionadas con el Estado de excepción declarado en el Decreto 637 de 2020, y son idóneas y necesarias para (i) garantizar la prestación del servicio público de administración de justicia; (ii) proteger la salud de los servidores y usuarios de este servicio; (iii) agilizar el trámite de procesos judiciales y reducir la congestión de los despachos judiciales; y (iv) reactivar el sector económico que depende de la prestación del servicio de justicia.

En particular, la Corte Constitucional constató que las medidas adoptadas (i) no desconocen la función pública del poder judicial, al imponer nuevas cargas procesales a las partes; (ii) no son irrazonables o desproporcionadas, al modificar las reglas relativas al trámite de audiencias en los procesos contencioso-administrativo, civil, laboral y de familia, y (iii) salvo lo que seguidamente se indica, no desconocen las garantías de publicidad, defensa y contradicción, al modificar las normas relativas a las notificaciones personales y el emplazamiento.

Para precaver una afectación a estas garantías, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 612 del C.G.P., que modificó el artículo 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del inciso 3. ° del artículo 8 y del parágrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en el entendido de que el término de dos días allí dispuesto empezará a contarse cuando el iniciador acuse recibo o se pueda, por otro medio, constatar el acceso del destinatario al mensaje de datos de que tratan estas disposiciones.

4. Modificación de las instituciones procesales realizadas por el Decreto 806 de 2020 y acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura expedidos durante la emergencia sanitaria

A mediados de marzo de 2020, debido a la pandemia de covid-19, sus mortales consecuencias y velocidad de propagación, el Gobierno nacional se vio en la necesidad de imponer el aislamiento obligatorio, lo cual paralizó, por aproximadamente 4 meses, la administración de justicia; pese a la existencia de normas, desde 1996, que hacían un llamado a la implementación de las TIC, la Rama Judicial aún no se encontraba en condiciones para asumir tal cambio, y era imposible garantizar a los colombianos el acceso a la justicia.

La parálisis del aparato judicial se produjo desde el 16 de marzo al 30 de junio de 2020, inicialmente por el Acuerdo PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, que dispuso la suspensión de términos, excepto en los despachos judiciales que cumplían funciones de control de garantías, despachos penales de conocimiento con audiencias programadas con persona privada de la libertad, que se realizarían en audiencia virtual, y trámites de acciones tutela y *habeas corpus*; el acuerdo fue prorrogado 7 veces hasta la expedición del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, que dispuso el levantamiento de la suspensión de términos a partir del 1 de julio de 2020.

El Gobierno nacional, al atender la emergencia sanitaria, y la necesidad de que las entidades estatales dieran continuidad a la prestación del servicio, emitió el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, que, en su artículo 3.º, dispuso lo siguiente: “Las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” (Presidencia de la República, 2020).

Entre las autoridades a las cuales va dirigido el decreto en mención se encuentra la Rama Judicial. Por ello, mediante el Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, empieza a crear excepciones a la suspensión de términos que había sido decretada, y ordena a los jueces y magistrados tramitar los asuntos exceptuados, a través del uso de las TIC existentes, e imponer el deber a las partes y abogados de suministrar su dirección de correo electrónico, así como la creación de correos institucionales para cada despacho judicial, secretarías comunes, oficinas de apoyo, centros de servicios, funcionarios y demás dependencias que así lo requieran. Para efectos de notificaciones, ordenó que los despachos judiciales del país publicaran estados electrónicos, traslados, fijaciones, ingresos al despacho, avisos y comunicados en los canales digitales de preferencia de la entidad, e implementaran acciones de capacitación a nivel nacional en el uso y apropiación de herramientas tecnológicas por parte de los servidores de la Rama Judicial para la gestión judicial y administrativa.

La Corte Constitucional ha expresado jurisprudencialmente lo siguiente:

El derecho de acceder a la administración de justicia es un derecho fundamental, cuyo alcance no puede concebirse dentro de los estrechos moldes de una posibilidad formal de llegar ante jueces, o en la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados. (Corte Constitucional, 1995)

El artículo 229 de la Constitución establece el derecho de todos los asociados de acceder a la administración de justicia; este derecho conlleva la obligación correlativa por parte del Estado de garantizar que dicho acceso sea real y efectivo, y no meramente nominal. (Corte Constitucional, 2019)

El Gobierno nacional dispone, en primera instancia, la suspensión de términos de prescripción y caducidad, y los términos procesales de inactividad para el desistimiento tácito a través del Decreto 564 del 15 de abril de 2020. Una vez atendida la inactividad de la Rama Judicial, la latente vulneración del derecho de los colombianos a acceder a la justicia, y la ausencia de medidas definitivas del aparato judicial para reanudar término, se expide el Decreto 806 de 2020, por medio del cual se adoptan medidas para implementar las TIC en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica con vigencia de dos años.

De esto se desprende que el decreto se crea debido a una contingencia para lograr mitigar los efectos de la pandemia en la administración de justicia. Sin embargo, también se pretende dar mayor efectividad a muchas de las disposiciones vigentes en el C.G.P., que regulan el uso de las tecnologías en los procesos judiciales, para evitar así el contacto físico de los usuarios con los servidores de la justicia; por cuanto las escasas medidas tomadas por el Consejo Superior de la Judicatura, en opinión del Gobierno nacional, “resultan insuficientes frente al grave impacto que, en relación con la prestación del servicio de justicia, ha producido la prolongación de las medidas de aislamiento, situación que no podía ser prevista al inicio de la emergencia sanitaria”. Por ello, el Gobierno considera indispensable lo siguiente:

Expedir normas destinadas a que los procesos se puedan tramitar, en la mayoría de los casos, virtualmente, y garantizar con ello el acceso a la administración de justicia, y el derecho a la salud y al trabajo de los servidores judiciales, litigantes y de los usuarios. (Presidencia de la República, 2020)

En virtud del decreto en mención, se dispone una adecuación de las instituciones procesales, por cuanto dispone que “los medios tecnológicos se utilizarán para todas las actuaciones judiciales, como presentación de la demanda, contestación de la

demanda, audiencias, notificaciones, traslados, alegatos, entre otras”. (Presidencia de la República, 2020). Entre estas adaptaciones se encuentran las siguientes:

1. En cuanto a los poderes que eran presentados por escrito, con firma manuscrita y presentación personal, se dispuso que “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”.
2. En cuanto a la presentación de la demanda, se dispuso que “el demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar, por medio electrónico, copia de ella y de sus anexos a los demandados, y deberá proceder del mismo modo cuando, al inadmitir la demanda, presente el escrito de subsanación”, excepto cuando con la demanda se soliciten medidas cautelares o se desconozca el lugar donde el demandado recibirá notificaciones. Esta determinación busca agilizar el proceso y utilizar las TIC; el requisito no existía antes, toda vez que el demandado tenía conocimiento del proceso con posterioridad a la admisión de la demanda. Así mismo, se establece que las demandas y sus anexos se presentarán en forma de mensaje de datos a las direcciones de correo electrónico que el Consejo Superior de la Judicatura disponga; sin necesidad de acompañar copias físicas ni electrónicas para el traslado y archivo del juzgado.
3. Las notificaciones personales, que se encuentran reguladas por el artículo 290 y siguientes del C.G.P., fueron complementadas, en el sentido de que ya no es necesario acudir presencialmente al despacho judicial, sino que podrán realizarse a través de mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado, sin necesidad del envío de citación previa o aviso físico; se entenderá realizada, una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al acuse de recibido o se constate por otro medio el acceso del destinatario al mensaje, de conformidad con la Sentencia C-420 de 2020, también se permite que las direcciones electrónicas puedan obtenerse de aquellas inscritas en las cámaras de comercio, superintendencias, entidades públicas o privadas, e incluso de páginas web o redes sociales.
4. En cuanto a las notificaciones por estados y traslados que se fijaban en la cartelera física del despacho judicial, se dispuso que “se fijarán virtualmente, con inserción de la providencia (salvo los sometidos a reserva legal), y no será necesario imprimirlos ni que el secretario los firme ni dejar constancia con firma al pie de la providencia respectiva”. Para facilitar el trámite de los traslados, se establece lo siguiente:

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 correo o medio electrónico, se prescindirá del traslado por secretaría, que se entenderá realizado a los dos días hábiles siguientes al del envío del mensaje, y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente (Presidencia de la República, 2020)

Esto resulta novedoso porque, si bien el numeral 14 del artículo 78 del C.G.P. establecía el deber de las partes de remitir copia de los memoriales presentados al correo electrónico de la contraparte, este acto implicaba una simple comunicación.

5. Se establece que los emplazamientos para notificación personal se realizarán únicamente en el registro nacional de personas emplazadas; se prescinde así, en gran medida, del arcaico trámite del Código de Procedimiento Civil que continuó vigente en el artículo 108 del C.G.P., y que comprende la publicación del emplazamiento en medio escrito y/o cualquier otro medio masivo de comunicación a criterio del juez. La publicación se programaba para un domingo en un horario determinado, y su constancia debía ser aportada al juzgado para que este, en consecuencia, procediera a realizar la anotación respectiva en el registro nacional de personas emplazadas.
6. Las audiencias deberán realizarse utilizando los medios tecnológicos a disposición de las autoridades judiciales, o por cualquier otro medio puesto a disposición por una o por ambas partes, y en ellas deberá facilitarse y permitirse la presencia de todos los sujetos procesales para agilizar los procesos y facilitar el trámite de las audiencias virtuales. Asimismo, se establece que, a las audiencias y diligencias que deban adelantarse por la sala de una corporación, deben concurrir solamente la mayoría de los magistrados que integran la sala.
7. Se regula la segunda instancia en materia civil, familiar y laboral para que esta se pueda tramitar en los casos en que no se decreten pruebas en segunda instancia, sin que tenga que adelantarse audiencia para la sustentación del recurso; por el contrario, la sustentación, su traslado y sentencia son escritas.
8. En materia contencioso-administrativa, se establece la posibilidad de resolver las excepciones previas antes de la audiencia inicial, salvo las que requieran práctica de prueba que se estudiarán en la audiencia inicial, sin necesidad de suspenderla. Esto agiliza aquellos procesos que puedan terminarse por la configuración de una excepción previa, así como la posibilidad de proferir sentencia anticipada cuando se trate de asuntos de puro derecho o no sea necesario practicar pruebas; en los casos en que las partes o sus apoderados lo soliciten de común acuerdo, se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la conciliación, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa, y en caso de allanamiento, de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011. Esto tiene un gran impacto en los asuntos de esta especialidad, porque los términos de las actuaciones de dicha jurisdicción son más amplios, comparados con los de la jurisdicción ordinaria, y generaría la depuración de varios procesos que cumplan las condiciones ya enunciadas.

Como consecuencia de lo anterior, mediante el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, la Rama Judicial adopta medidas para el levantamiento de los términos

judiciales a partir del 1 de julio siguiente, y dispone que seguirá privilegiando el uso de las TIC, en busca de optimizar los canales de acceso, consulta y publicidad de la información, la implementación de aplicativos web para radicación de acciones de tutelas y habeas corpus, la firma digital para funcionarios de la Rama Judicial, las audiencias y la atención al público por medio de las TIC y la implementación del expediente digital. Así mismo, la autorización de pagos de depósitos judiciales se tramitará a través del aplicativo web dispuesto por el banco agrario para prescindir del formato físico que era entregado por el juzgado para ser presentado ante la entidad bancaria.

5. Ventajas y retos de la implementación de las TIC en la administración de justicia de Colombia

La implementación de las TIC en la administración de justicia comprende un cambio drástico en la práctica tradicional, genera una transformación de la manera como se mueve el aparato judicial, en busca de mayor celeridad en los procedimientos judiciales, garantía del acceso de todas las personas a la justicia, mejores herramientas para los usuarios y disminución del uso de papel. Entre las ventajas de la inserción de las TIC se encuentran las siguientes:

1. **Disminución de costos.** La constante y casi diaria dotación de papel, impresoras, tóner y demás herramientas necesarias para los trámites impresos para cada despacho judicial del país, que superan los 4.861 despachos, representa un egreso considerablemente elevado, mientras que la gestión de información digital es mucho menos costosa, por cuanto “el ahorro se produce por dos factores principales: i) Disminución del espacio físico necesario para almacenar los archivos y ii) Reducción drástica de las horas de trabajo necesarias para gestionar los expedientes” (Wolters Kluwer, 2015).
2. **Eficiencia.** “Los sistemas informáticos automatizan tareas que son gestionadas manualmente en los juzgados tradicionales; lo que produce una disminución de las horas de trabajo necesarias en los despachos judiciales y profesionales” (Wolters Kluwer, 2015).
3. **Fiabilidad.** El expediente electrónico permite la reducción de errores, ya que existen mecanismos que identifican quién y cuándo ha introducido algún error o modificación en el sistema; lo cual permite la pronta solución y recuperar la información, a diferencia de la gestión física, que corría el riesgo de pérdida de archivos, incumplimiento de plazos e, incluso, sustracción de documentos de las partes.
4. **Transparencia.** En el sistema digital, todo queda registrado y es auditable, es decir, se puede implementar un registro de acceso y modificaciones que llegan a tener los archivos digitales.

5. **Mayor disponibilidad y accesibilidad.** Entendida como la posibilidad de que cualquier interesado pueda acceder al proceso en todo momento y lugar, sin encontrarse supeditado al horario de trabajo del despacho judicial; lo cual facilita el acceso a aquellas personas que cuentan con dificultades económicas o afecciones de salud que les impiden desplazarse a la sede judicial (Saj Digital, 2019).
6. **Medioambiente.** La ausencia de papel le hace bien al medioambiente, ya que se economiza el agua y se preservan los árboles, e, incluso, el menor número de desplazamientos de partes y abogados contribuye con el tránsito y la reducción de emisión de gas carbónico (Saj Digital, 2019).

En otras palabras, la implementación del Plan de Justicia Digital no sólo traerá beneficios en el campo ambiental, con la política de “cero papel”, o la mejor utilización y aprovechamiento de los espacios estructurales y físicos, sino que también, conforme a la configuración de un expediente digital, la vigilancia de los procesos, y el envío y radicación de demandas, memoriales, notificaciones y comunicaciones, recibirán asimismo un cambio radical, que no es otra cosa que la utilización masiva de las TIC en cada una de estas labores. Además de los entornos seguros que se disponen en red, como la trazabilidad de los mensajes de datos, los usuarios internos y externos podrán contar con resultados actualizados y datos estadísticos de primera mano (Pájaro Moreno, 2014).

En conclusión, en Colombia se persiguen los siguientes objetivos:

- i) Construir el sistema integrado de gestión para apoyar el proceso judicial y poner a disposición de las partes todas las herramientas para agilizar las etapas y trámites.
- ii) Consultar el estado del proceso e interactuar con el despacho desde cualquier lugar, y por cualquier canal, e, incluso, notificar y recibir citaciones.
- iii) Acceder, examinar y registrar todas las actuaciones de un expediente desde cualquier lugar, con criterios de seguridad y permisos.
- iv). Elaborar documentos electrónicos procesales de manera segura a través del sistema biométrico.
- v) Interoperabilidad interna y externa con otras entidades para progresar en el litigio en línea.
- vi) Expediente único con registro y trazabilidad segura y transparente. (Álvarez y Rincón, 2019, pp. 46-47)

Ahora bien, el uso de las TIC, más que desventajas, debe superar unos retos para lograr que el país cuente con una justicia digital y una política de *cero papel*. En primer lugar, la totalidad de los habitantes no cuenta con acceso a internet; incluso existen sectores donde los operadores de telecomunicaciones no ingresan:

Únicamente el 52% de los hogares colombianos tiene acceso a internet, (...) la tenencia y adquisición de herramientas que permiten el acceso a Internet es realmente limitada y se encuentra concentrada en las cabeceras municipales, en especial de las grandes ciudades, donde también

se encuentra concentrado el poder económico. Según estos informes estadísticos del DANE, incluso en los departamentos donde hay una mayor proporción de ciudadanos que poseen herramientas tecnológicas para acceso a Internet (Antioquia, Valle del Cauca, Risaralda), al menos el 50% de los ciudadanos de esas poblaciones no posee las herramientas tecnológicas. Ahora bien, si nos detenemos en los departamentos periféricos (Chocó, Vaupés, Arauca, La Guajira, etc.), se puede evidenciar que, al menos, el 80% de la población no posee herramientas tecnológicas para conectarse a internet. Los datos suministrados por el DANE con respecto a los hogares con efectiva conexión a internet repiten el patrón de los hogares que poseen herramientas tecnológicas para el acceso a Internet; es decir, en los departamentos con mejor conectividad, al menos el 47,3 % de la población no tiene acceso a Internet, pero, en los departamentos periféricos, esta tasa porcentual podría superar el 80% de los hogares. (Corte Constitucional, 2020, pp. 17-21)

La transformación del denominado *chip* mental de los usuarios y funcionarios judiciales es otro reto, toda vez que, a través de la historia, lo nuevo siempre ha producido miedo; pese a que genere mayores beneficios, el temor es latente, y prueba de ello es el cambio del uso de máquinas de escribir por computadores. Esta reeducación es un proceso diario de resultados a largo plazo; la constancia en la capacitación, el masivo uso de canales digitales por medio de los cuales se distribuye toda clase de conocimiento y, claro está, la disposición de cada persona para adquirir nuevos conocimientos son factores claves para superar esta situación.

En cuanto a la seguridad informática, específicamente el temor a ser víctima de los llamados *ciberdelitos* suele tomarse como un reto de la implementación de las TIC; en especial en el aparato judicial, ya que, en determinados casos, se maneja información personal o sensible. Sin embargo, teniendo en cuenta el crecimiento del uso de las TIC y el de delitos cibernéticos, los entes investigadores también se encuentran a la vanguardia para buscar medidas que permitan detectar y contrarrestar con mayor facilidad los actos de los delincuentes cibernéticos. Además, como se mencionó, existen herramientas que permiten realizar una trazabilidad de toda modificación, ingreso o situación que ponga en riesgo la información digital.

Finalmente, uno de los retos a los cuales la justicia digital se enfrenta desde hace varios años es la falta de financiación por parte de los órganos competentes; pese a la existencia de normativa relacionada con la necesidad de implementar el uso de las TIC en la administración de justicia, la dotación de los insumos necesarios es precaria y, a la fecha, aún existen despachos judiciales que no cuentan ni siquiera con internet. Por ende, era difícil exigirles a los funcionarios judiciales que implementaran las TIC en los procedimientos, cuando ni siquiera contaban con las herramientas básicas; fue gracias a la pandemia que el Consejo Superior de la Judicatura procedió a invertir en el sector tecnológico.

6. Conclusiones

Son evidentes los importantes alcances normativos que las TIC han introducido en el ordenamiento jurídico; sobresale sustancialmente el potencial que comprenden en el entorno de la globalización del acceso a la información, así como su tangencial reconocimiento como derecho fundamental. Así mismo, se infiere, de los instrumentos normativos referenciados, que las TIC proporcionan suficientes herramientas para perseverar por el sendero de una verdadera transformación digital del sector judicial, al adaptar las instituciones procesales tradicionales a la nueva sociedad de la información.

La implementación de las TIC desempeña un papel protagónico en el Código General del Proceso y el Decreto Legislativo 806 de 2020; normas que recopilan e integran diferentes disposiciones legales tendientes a la transformación digital del sector judicial. La primera marca un hito dentro de la legislación colombiana, pues constituye una reforma integral al sistema procesal civil colombiano, al recoger todas las tendencias y reformas introducidas en leyes anteriores; la segunda prioriza el uso de las TIC en los procesos judiciales, al aplicar y validar las actuaciones surtidas a través del uso de las TIC, y determinar que son idóneas y necesarias para garantizar la prestación del servicio público de Administración de justicia.

Esta inclusión se viene buscando desde 1996. Sin embargo, ha sido difícil superar los retos enunciados; para que se convirtieran en una realidad, tuvo que sobrevenir una emergencia sanitaria para la oportuna toma de medidas relacionadas con el uso de estas herramientas. De lo contrario, es posible que el proceso de implementación continuara a paso lento y, pese a que la puesta en marcha del Decreto 806 de 2020 y el levantamiento de términos por parte del Consejo Superior de la Judicatura sean considerados como una improvisación del sector judicial que genera más congestión que la modalidad tradicional, fue necesario ese impulso para que el derecho al acceso a la justicia sea realmente efectivo.

La adaptación de las instituciones procesales a las TIC busca reducir no sólo costos, sino también tiempo en la resolución de litigios, con la aplicación de medidas que garanticen la celeridad de las diferentes etapas procesales; lo cual es necesario en un país en el que, a la fecha, aún existen procesos en curso de hace más de 10 años, en los diferentes despachos judiciales. Es innegable que la implementación de las TIC es un proceso de mejora diaria que traerá consigo beneficios para toda la población; incluso para aquellos con desventajas socioeconómicas, geográficas o de salud, lo cual convierte los retos en aspectos superfluos.

Referencias

- Acto Legislativo 03 de 2011. (2011, 1 de julio). Congreso de la República. Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43214>
- Álvarez, L., y Rincón, L. M. (2019). *Tecnologías al servicio de la justicia y el derecho*. Pontificia Universidad Javeriana. <https://www.javeriana.edu.co/escuela-gobierno-etica-publica/wp-content/uploads/2019/11/Tecnolog%C3%ADas-al-servicio-de-la-Justicia.pdf>
- Caballero Martínez, J. (2020, 25 de marzo). *El acceso a internet como derecho humano*. <https://derinformatico.uexternado.edu.co/el-acceso-a-internet-como-derecho-humano/>
- Código General del Proceso. (2012, 12 de julio). Congreso de la República. Diario Oficial n. ° 48.489 del 12 de julio de 2012. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1996, 12 de junio). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*. https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce
- Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. (2002, 12 de abril). Resolución 489 de 2002. Superintendencia de Industria y Comercio. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/042017/Resolucion_489_2002.pdf
- Conde, J. (2019). *La justicia digital en España y la Unión Europea*. Atelier. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=740579>
- Congreso de la República. (2009, 30 de julio). Diario Oficial n. ° 47.426 del 30 de julio de 2009. Agencia Nacional del Espectro. <https://www.ane.gov.co/SitePages/normatividadGeneral.aspx>
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2016, 29 de febrero). *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos 32/13*. Informe del Consejo de Derechos Humanos. http://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2017/09/A2017derhumDocInforme_consejodhh_junio_julio2016.pdf
- Corte Constitucional. (2020, 4 de agosto). *Intervención en defensa del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020. Colegio de Jueces y Fiscales del Tolima*. RE0000333. <https://www.corteconstitucional.gov.co/>
- Decreto Legislativo 806. (2020, 4 de junio). Presidencia de la República de Colombia. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20806%20DEL%204%20DE%20JUNIO%20DE%202020.pdf>
- Jiménez, W. G. y Meneses Quintana, O. (2017, 21 de marzo). Derecho e Internet: introducción a un campo emergente para la investigación y práctica jurídicas. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, XX, 43-61. <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3040>
- Medina Roa, J. Z. y Hernández Gámez, M. A. (2019, 8 de noviembre). *La justicia electrónica en el procedimiento contencioso-administrativo colombiano*. <https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/15829/PAPER%20JUSTICIA%20ELECTR%C3%93NICA%20EN%20EL%20CPACA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Naciones Unidas. (2012, 27 de febrero). *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet*, 32/13. Informe del Consejo de Derechos Humanos. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/67/53>
- Nisimblat, N. (2013, 2 de febrero). *Relaciones jurídicas y TIC: tensiones, implicaciones y desafíos en la administración de justicia*. Universidad de Los Andes. Grupo de Estudios en Internet, Comercio electrónico, Telecomunicaciones e Informática. file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/JUSTICIA_DIGITAL.pdf
- Pájaro Moreno, N. (2014, 5 de octubre). *Las TIC al servicio del proceso*. Academia.edu. https://www.academia.edu/8867673/Las_TIC_al_servicio_del_proceso
- Rincón Cárdenas, E. (2013, 1 de noviembre). *Tecnología y Administración de Justicia en Colombia*. CERTICÁMARA. https://web.certicamara.com/media/23647/tecnologia_y_administracion_de_justicia_en_colombia.pdf
- Saj Digital. (2019, 17 de julio). *Las ventajas del proceso digital*. SAJ DIGITAL. Mejores prácticas de justicia. <https://www.sajdigital.com/tribunal-de-justicia-es/ventajas-proceso-digital/?lang=es>
- Sentencia T-004. (1995, 16 de enero). Corte Constitucional de Colombia. Expediente T-50096. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-004-95.htm>
- Sentencia C-037/96. (1996, 5 de febrero). Corte Constitucional de la República de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>
- Sentencia C-031. (2019, 30 de enero). Corte Constitucional de Colombia. Expediente D-12337. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-031-19.htm>
- Sentencia STC3610-2020. (2020, 4 de junio). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación n. ° 11001-22-03-000-2020-00548-01. [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/11001-22-03-000-2020-00548-01-FALLO%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/11001-22-03-000-2020-00548-01-FALLO%20(1).pdf)
- Sentencia C-420/20. (2020, 23 de septiembre). Corte Constitucional (Richard Ramírez Grisales, M. P.). Expediente RE-333. Comunicado n. ° 40, 23 y 24 de septiembre de 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20No.%2040%20del%2023%20y%2024%20de%20septiembre%20de%202020.pdf>
- Wolters Kluwer. (2015). *La justicia digital del futuro*. <http://landing.kleos.wolterskluwer.com/la-justicia-digital-del-futuro>

La minería de subsistencia, desafíos reglamentarios y regulatorios para su control ambiental

Subsistence mining, reglementary and regulatory challenges for its environmental control

Anderson Vergara Bustos*

Resumen

Las actividades mineras generan un impacto en el medio ambiente que debe ser vigilado y controlado por las autoridades ambientales; razón por la cual, en este artículo, se analiza, a la luz de la legislación minera y ambiental, si la minería de subsistencia es o no la actividad minera a la cual no le es aplicable el ejercicio de este control. Para ello, se profundizará en su desarrollo conceptual, naturaleza jurídica, clasificaciones mineras, potestad para el control ambiental y el enfoque diferencial de los mineros de subsistencia, y, finalmente, se determinarán algunos desafíos reglamentarios y regulatorios para el control ambiental de la minería de subsistencia.

Palabras clave: minería, minería de subsistencia, control ambiental, licencia ambiental, enfoque diferencial

Abstract

Mining activities generate an impact on the environment that must be monitored and controlled by the environmental authorities, which is why this article analyzes, considering mining and environmental legislation, whether subsistence mining is the mining activity to which the exercise of this control is not applicable. To this end, the conceptual development, legal nature, mining classifications, authority for environmental control and the differential approach of subsistence miners will be discussed in depth, and finally, some reglementary and regulatory challenges for the environmental control of subsistence mining will be determined.

Keywords: mining, subsistence mining, environmental control, environmental license, differential approach

* Abogado de la Universidad Industrial de Santander (UIS), Sede Bucaramanga (Santander, Colombia). Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Abogado litigante en Vergara & Rueda Abogados S.A.S. Correo: anderson-vergarab@unilibre.edu.co



1. Introducción

Para 2016, el Ministerio de Minas y Energías de Colombia expidió el Decreto 1666, por medio del cual se clasificó la minería en cuatro tipos, a saber: i) Minería de subsistencia. ii) Pequeña minería. iii) Mediana minería. iv) Gran minería. El plan Nacional de Desarrollo del expresidente Juan Manuel Santos (2015-2018) (Ley 1753 de 2015) trató de dar un horizonte homogéneo al modo como debía denominarse la minería en Colombia y, finalmente, la manera que debía regularse y reglamentarse en cada caso.

A partir de esta clasificación minera, que continúa vigente, el Gobierno nacional implanta su política minera y regula una de las principales pretensiones de reconocimiento y protección, que aquí se llamará institucionalización de la minería de subsistencia.

El ejercicio de la actividad minera, como actividad lícita reglada y reglamentada, no puede interpretarse y ejecutarse aislada de la normativa ambiental, pues la Constitución Política, catalogada como una constitución ecológica, tiene un compendio de normas que protegen el medioambiente; gracias a ello, el poder legislativo ha expedido una serie de leyes que cumplen los mandatos constitucionales establecidos en los artículos 2, 8, 79 y 80 de la Constitución, entre otras normas.

El derecho a gozar de un ambiente sano (...) incorporó el mandato de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, y, sobre todo, para prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (...); razón por la cual, a la luz de la Ley 99 de 1993, se promulgó en la legislación colombiana el instrumento ambiental originario para el control, conservación, restauración, mitigación, sustitución, prevención y deterioro ambiental, denominado *licencia ambiental*.

Las anteriores situaciones generaron la necesidad de plantear interrogantes al respecto: a) ¿Cuáles son las exigencias técnicas y jurídicas para la expedición de una licencia ambiental para el sector minero en Colombia?; b) ¿Cuáles son las características del Acto Administrativo Licencia Ambiental?; c) ¿La legislación colombiana contempla la exigencia de licencia ambiental para la minería de subsistencia?; d) ¿Le es aplicable exigir a la minería de subsistencia el cumplimiento de una licencia ambiental para su ejecución?.

Con el propósito de responder los anteriores interrogantes, se redactó este artículo, resultado de la investigación titulada *La minería de subsistencia, desafíos reglamentarios y regulatorios para su control ambiental*, realizada durante el desarrollo de la Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Libre, para 2020.

Metodológicamente, la investigación puede catalogarse como una investigación jurídica sistematizadora, que comprende una tarea descriptiva, comprensiva y analítica de la normativa minera y ambiental existente para dar sentido y contenido sistematizador.

Se abordarán, en cuatro capítulos, los siguientes temas: i) El concepto de minería, la clasificación minera en Colombia, la política minera colombiana y el desarrollo conceptual de la minería de subsistencia; ii) Los controles ambientales existentes para el desarrollo de la minería en Colombia; iii) Enfoque diferencial de la minería de subsistencia; iv) Desafíos reglamentarios y regulatorios para el control ambiental de la minería de subsistencia.

2. La minería: clasificación y política minera en Colombia

2.1 Clasificación de la minería en Colombia

Fue en el Plan de Desarrollo 2015-2018 “Todos por un nuevo país”, del gobierno del presidente Santos, plasmado en la Ley 1753 de 2015, donde el Gobierno nacional trató de dar un horizonte homogéneo al modo como debía denominarse la minería en Colombia y, finalmente, la manera que debía regularse y reglamentarse en cada caso. El criterio utilizado por este plan para clasificar la minería fue el de producción o tamaño a fin de establecer “(...) una regulación diferencial para cada escala [...] la mejor forma de exigirles según sus condiciones, pero, así mismo, [...] la mejor forma de crear políticas y programas acordes con las necesidades de cada una” (Ley 1753 de 2015).

Con el fin de implementar una política pública diferenciada, en su artículo 21¹, el legislativo clasificó la minería en los siguientes términos: i) Minería de subsistencia; ii) Pequeña minería; iii) Mediana minería; y iv) Gran minería. Gracias a ello, facultó al Gobierno nacional para que reglamentara esta clasificación, en el sentido de definir, establecer y aclarar sus requisitos (Ley 1753 de 2015, art. 21).

El Ministerio de Minas y Energía, mediante el Decreto 1666 del 21 de octubre de 2016,

I Artículo 21. Clasificación de la minería. Para efectos de implementar una política pública diferenciada, las actividades mineras estarán clasificadas en *minería de subsistencia*, *pequeña*, *mediana* y *grande*. El Gobierno nacional las definirá y establecerá los requisitos, teniendo en cuenta el número de hectáreas y/o la producción de las unidades mineras, según el tipo de mineral. Para la exploración sólo se tendrán en cuenta las hectáreas. Parágrafo. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, la autoridad minera nacional podrá adoptar un sistema de cuadrícula para delimitar el área objeto de los contratos de concesión minera, que será única y continua. Así mismo, podrá adaptar al sistema de cuadrículas los títulos mineros otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, en caso de que el beneficiario de estos así lo decida.

adicionó una sección al capítulo I del título V, de la parte 2, del libro 2 del Decreto 1073 de 2015, Decreto Único reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía. Allí, se definieron y establecieron los requisitos para las actividades mineras de subsistencia, pequeña, mediana y gran minería. Para la minería de subsistencia, se definieron en los siguientes términos:

Artículo 2.2.5.1.5.3. Minería de subsistencia: Es la actividad minera desarrollada por personas naturales o grupos de personas que se dedican a la extracción y recolección a cielo abierto, de arenas y gravas de río destinadas a la industria de la construcción, arcillas, metales preciosos, piedras preciosas y semipreciosas, por medios y herramientas manuales, sin utilización de ningún tipo de equipo mecanizado o maquinaria para su arranque.

El Decreto incluyó, en la actividad minera de subsistencia, las labores de barequeo, entendida como una actividad popular de los habitantes de terrenos aluviales, que consiste en el lavado de arenas por medios manuales, sin ayuda de maquinaria o medios mecánicos, con el objeto de separar y recoger metales preciosos contenidos en estas arenas, así como la recolección de piedras preciosas y semipreciosas por medios similares a los anteriormente contemplados² (Ley 685, art. 155). Además de reconocer una práctica minera, la minería de subsistencia que se desarrolle de manera subterránea quedó prohibida en razón a que, para su ejecución, la utilización de maquinaria es elemento esencial.

El Ministerio de Minas y Energía determinó, en el mismo Acto Administrativo de clasificación minera, los volúmenes máximos permitidos para la explotación en Colombia con el objetivo de clasificar la minería en pequeña, mediana y grande. Estos volúmenes máximos son propuestos por los titulares mineros en el PTO³, instrumento minero esencial que la Agencia Nacional de Minería (ANM) requiere de cada uno de los titulares para establecer la viabilidad técnica y el impacto ambiental y social para las etapas de exploración y explotación minera (Güiza, Moreno e Ipenza, 2016). Estas etapas deben autorizarse bajo criterios y reglas técnicas a cumplir, en el marco de una serie de obligaciones minero-ambientales, teniendo como referencia las guías minero-ambientales establecidas por las autoridades ambientales y mineras.

En el marco de la expedición del Decreto 1666 de 2016, no fueron incluidos los volúmenes máximos de explotación del mineral para la minería de subsistencia, pese a que el Ministerio de Minas, con datos estadísticos, de recopilación de información y

² Ley 685 de 2001. Artículo 155. Barequeo.

³ Plan de Trabajos y Obras.

de estudios técnicos, determinó los volúmenes máximos de explotación de los demás tipos de minería.

Así las cosas, a partir del 21 de octubre de 2016, fecha en la cual se expidió el Decreto mencionado, Colombia establece una nueva clasificación de la minería, como se presenta en la Tabla 1.

TABLA 1

Clasificación de la minería pequeña, mediana y grande según volumen máximo de explotación

Mineral	Pequeña		Mediana		Gran	
	Subterránea	Cielo Abierto	Subterránea	Cielo Abierto	Subterránea	Cielo Abierto
Carbón (Ton/año)	Hasta 60.000	Hasta 45.000	> 60.000 hasta 650.000	> 45.000 hasta 850.000	> 650.000	> 850.000
Materiales de construcción (M ³ /año)	N/A	Hasta 30.000	N/A	> 30.000 hasta 350.000	N/A	> 350.000
Metálicos (Ton/año)	Hasta 25.000	Hasta 50.000	> 25.000 hasta 400.000	> 50.000 hasta 750.000	> 400.000	> 750.000
No Metálicos (Ton/año)	Hasta 20.000	Hasta 50.000	> 20.000 hasta 300.000	> 50.000 hasta 1.050.000	> 300.000	> 1.050.000
Metal s Preciosos (oro, plata y platino) (Ton/año) o (M ³ /año)	Hasta 15.000 Ton/año	Hasta 250.000 m ³ /año	> 15.000 hasta 300.000 ton/año	> 250.000 hasta 1.300.000 m ³ /año	> 300.000 Ton/año	> 1,300.000 m ³ /año
Piedras preciosas y semipreciosas (Ton/año)	Hasta 20.000	N/A	> 20.000 hasta 50.000	N/A	> 50.000	N/A

Fuente: Decreto 1666 de 2016 del Ministerio de Minas y Energía

Para el desarrollo de estos tipos de minería (pequeña, mediana y gran minería) no está prohibida la utilización de maquinaria para la extracción del mineral, como sí se estableció expresamente la prohibición para la minería de subsistencia. Esta clasificación, de acuerdo con los volúmenes máximos permitidos para la explotación del mineral, logra un encuadre con las formas y tipologías de minería conocidas en el país, que son, principalmente, la *minería semimecanizada*, la *minería mecanizada* y la *megaminería*, *gran minería* o *minería industrializada*.

La *minería semimecanizada* se considera como una semimodernización de la minería artesanal, en la cual se incluyen adaptaciones de pequeños equipos como motobombas, elevadores hidráulicos y minidragas de succión que mejoran las condiciones de laboreo y el rendimiento en la remoción de material (Henao y Gonzales, 2016). Este tipo de máquinas es utilizado generalmente por el pequeño minero, toda vez que el resultado en el rendimiento de la explotación cuenta con más garantía en la medida en que las máquinas llegan a zonas más profundas en menor tiempo y a mayor espacio; lo cual reduce el esfuerzo físico de las personas que trabajan en la excavación (Henao y Gonzales, 2016).

Las actividades mineras que utilizan retroexcavadoras, dragas, buldócer, motobombas, mangueras, volquetas y otros equipos, así como trabajos de geología e ingeniería esenciales para el desarrollo de cierta actividad dentro del desarrollo de la explotación minera, son de mayor uso en la mediana y gran minería.

La *megaminería, gran minería, minería industrializada o minería a cielo abierto* es una industria a gran escala que mueve gran cantidad de tierra, o que se desarrolla con ayuda de la ingeniería y la geología, y consume masivamente recursos como el agua limpia y la energía eléctrica. Los prototipos de esta minería son la minería a cielo abierto, la minería a granel, la minería subterránea y la minera marina (Henao y Gonzales, 2016).

Por su parte, teniendo en cuenta las características propias de la minería de subsistencia, el Ministerio de Minas y Energía, mediante Resolución 40103 del 9 de febrero de 2016 (Resolución 40103, 2017), estableció los volúmenes máximos de producción mensual y anual para la minería de subsistencia, con base en el Concepto Técnico n. ° 2017006681 del 1 de febrero de 2017; en donde los profesionales técnicos acudieron a la combinación del método cualitativo-cuantitativo, a través de análisis estadísticos y econométricos de regresión lineal, y utilizaron, asimismo, encuestas, paneles con expertos y visitas de campo. Los volúmenes máximos se estipularon como se muestra en la Tabla 2.

TABLA 2

Volúmenes máximos de producción mensual y anual para la minería de subsistencia

Mineral y/o materiales		Valor promedio mensual	Valor máximo de producción anual
Metales preciosos (Oro, plata, platino)		35 gramos (g)	420 gramos (g)
Arenas y gravas de río (destinados a la industria de la construcción)		120 metros cúbicos (m3)	1.440 metros cúbicos (m3)
Arcillas		80 toneladas (ton)	960 toneladas (ton)
Piedras preciosas	Esmeraldas	50 quilates	600 quilates
	Morrallas	1.000 quilates	12.000 quilates
Piedras semipreciosas		1.000 quilates	12.000 quilates

Fuente: Resolución 40103 del 9 de febrero de 2017 del Ministerio de Minas y Energía

A partir de 2017, el Gobierno nacional reconoció un nuevo tipo de actividad minera llamada *minería de subsistencia*, que tiene la característica propia de no utilizar maquinaria para su arranque; es decir, el trabajo de extracción debe realizarse solamente por medios manuales con el propósito de extraer y recolectar, a cielo abierto, arenas y gravas de río destinadas a la industria de la construcción, arcillas, metales preciosos, piedras preciosas y semipreciosas, siempre y cuando el minero o grupo de mineros cumpla los volúmenes máximos de mineral permitidos para su explotación.

2.2 Política minera en Colombia (PMdC)

En palabras del Ministerio de Minas y Energía del Gobierno colombiano, registradas en el documento *Política minera de Colombia. Bases para la minería del futuro*, se tiene certeza de que, “(...) entre 2010 y 2014, el sector minero ha tenido tasas de crecimiento superiores a las presentadas por otros sectores productivos como la silvicultura, la piscicultura y, en algunos años, las manufacturas” (Ministerio Minas y Energía, 2016).

Uno de los retos que el mismo documento de política pública resalta es el de *las múltiples denominaciones para la minería*, razón por la cual resulta importante problematizar esa vicisitud del sector minero en Colombia; específicamente, evaluar si, con la expedición del Decreto 1666 de 2016, se respondió con precisión jurídica al desafío reglamentario y regulador de una de las tantas denominaciones de la minería, esto es, la minería de subsistencia.

Vale la pena dar un rodeo para responder al interrogante práctico inicial con el que se abordaría este itinerario analítico. De acuerdo con la clasificación minera en Colombia, ¿qué minerales son objeto de la minería en el país? La respuesta es esta: carbón, níquel, esmeraldas, oro y materiales para construcción u obras. Esta actividad ha representado para Colombia, en los últimos 3 años, el 2.2% del Producto Interno Bruto (PIB), implica el 19.6% del total de las exportaciones del país y ha llevado a una tasa de inversión extranjera del 16% (Ministerio de Minas y Energía, 2016).

El propósito de la PMdC tiene en cuenta dos factores característicos de la minería en América Latina, esto es, su *heterogeneidad* y su *complejidad*. La proliferación de formas como los juristas o tecnócratas se refieren a la minería, ya sea a partir del volumen de producción o de si se usa o no se usa maquinaria o tecnología para realizarla, propone a cualquiera que trate de acercarse al sector un *acertijo conceptual* que es, *per se*, poco práctico, y, lo que es más preocupante, hace que el propósito más importante del Gobierno sea tratar de definir unos límites lingüísticos más que resol-

ver un problema social y de legalidad que deja al garete asuntos cruciales para la vida contemporánea; como i) el impacto ambiental real y ii) el uso de la minería por parte de actores armados ilegales.

Al contrario de lo que pensaría un iusfilósofo tradicional de teoría del lenguaje (Austin, 1955), con respecto a la minería no se hacen cosas con palabras, por darle un vuelco al sentido que le diera Austin en el marco de dicho paradigma al uso de las palabras con respecto a la cotidianidad.

Lo más paradójico es que la institucionalidad minera en Colombia lo sabe, tiene claro que una de sus limitantes se refiere al asunto de la *inseguridad jurídica*, que aquí se prefiere llamar *fetichismo normativo*; por lo cual ha establecido como meta superar dichos obstáculos. Según lo esbozado en la PMdC, se plantea lo siguiente:

La inexequibilidad de la Ley 1382, que modificaba en algunos aspectos el Código de Minas (Ley 685 de 2001), la falta de normas claras en la definición de exclusiones ambientales y sentencias judiciales, como la C-123 de 2014 y la C-035 de 2016, así como diversas interpretaciones de las normas por parte de la autoridad minera, en los últimos años, han generado cambios en las reglas de juego para el sector minero. Es así como la proliferación de normas y la falta de un marco jurídico estable ha dificultado la toma de decisiones por parte de los diferentes actores de la industria y se ha reflejado en la percepción negativa de los inversionistas nacionales e internacionales. (Ministerio de Minas y Energía, 2016)

La llegada de un nuevo gobierno a Colombia siguió el camino esperado y la dirección plasmada en la PMdC. El gobierno de Iván Duque Márquez (2018-2022) y el Plan Nacional de Desarrollo, aprobado mediante la Ley 1955 de 2019 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, direccionaron su ruta a la promoción y formalización de las distintas formas de minería, en especial la de subsistencia; en su artículo 327, dispuso que la minería de subsistencia deberá ser aquella que no requiere maquinaria para su desarrollo, incluidas las actividades de barequeo.

Algo particular determinó la Ley en cuanto a la identificación de las personas que ejercen esta actividad, pues les otorgó a las alcaldías municipales donde se desarrolle esta labor la facultad para encargarse de efectuar, de manera gratuita, la inscripción del personal, y de mediar en la autorización que busca el minero de subsistencia para ejercer su actividad.

Con base en la clasificación minera generada por la identificación de los volúmenes máximos a explotar, el artículo 327 señaló que la minería de subsistencia no comprende la realización de actividades subterráneas; pues al ejercicio de la actividad

minera de subsistencia le son aplicables las restricciones establecidas en los artículos 157⁴ y 158⁵ de la Ley 685 de 2001.

La actividad de verificación de identidad de las personas por parte de las alcaldías municipales se realizará con la implementación de la validación biométrica en el sistema automatizado de identificación dactilar de la Registraduría Nacional del Estado Civil; programa que le dará a la entidad territorial plena certeza sobre la identidad de los mineros de subsistencia, en el momento de su inscripción.

El proceso de inscripción, aunque va dirigido a unas personas con características especiales respecto de su actividad comercial, requiere que estas personas cumplan unos requisitos para que el Estado (entidades territoriales) realice el estudio y la verificación, y proceda a resolver la solicitud de inscripción. Estos requisitos son los siguientes: *i) Presentación de la cédula de ciudadanía; ii) Registro Único Tributario con indicación específica de la actividad económica relacionada con la actividad minera; iii) Certificado de afiliación a Sisbén o documento que haga las veces de este; iv) Indicación del mineral objeto de explotación; v) Descripción de la actividad e indicación de la zona donde se va a realizar (municipio, corregimiento, caserío, vereda, río).*

Algo particular del proceso de inscripción es que deberá renovarse anualmente de manera personal; el interesado podrá actualizarla en cualquier momento, y la actividad por la cual solicitó inscripción no podrá realizarse en municipio distinto al que solicitó, razón por la cual se realiza una forma de control a la actividad minera. Las actividades de control y vigilancia del Estado sobre las actividades mineras determinaron que los municipios estarán a cargo para la vigilancia de estas; e impondrán las medidas a que haya lugar, cuando la minería de subsistencia no se realice debidamente, y bajo el cumplimiento de las disposiciones legales estipuladas para ello.

Una vez recibida la documentación mínima legal requerida para proceder a realizar la inscripción, los alcaldes municipales se abstendrán de inscribir o cancelarán la inscripción del minero de subsistencia, en los siguientes eventos: a) Si la actividad se realiza en zonas excluidas o prohibidas de las actividades mineras; b) Si la actividad no se realiza

4 Artículo 157. Lugares no permitidos. No se permitirá el barequeo en los siguientes lugares: a) En los que no pueden realizarse labores mineras, de acuerdo con el artículo 34 y los literales a), b), c), d) y e) del artículo 35 de este Código; b) En los lugares que lo prohíban el Plan de Ordenamiento Territorial, por razones de tranquilidad, seguridad pública, ornato y desarrollo urbano; c) En los lugares donde operen las maquinarias e instalaciones de los concesionarios de minas, más una distancia circundante de trescientos metros

5 Artículo 158. Zonas de comunidades negras. En los terrenos aluviales declarados como zonas mineras de comunidades negras, de acuerdo con el artículo 131, sólo podrán practicar el barequeo los vecinos del lugar autorizados por el alcalde, que pertenezcan a la comunidad en cuyo beneficio se hubiera constituido esta zona. En estos casos, el alcalde obrará en coordinación con las autoridades de las comunidades beneficiarias de la zona minera.

con las restricciones establecidas en los artículos 157 y 158 de la Ley 685 de 2001; c) Si la actividad se realiza en un lugar diferente al señalado en la inscripción; d) Cuando exceda los volúmenes de producción señalados por el Ministerio de Minas y Energía o la autoridad competente; e) Cuando utilice maquinaria, equipos mecanizados o explosivos para el arranque de los minerales; f) Si las actividades se realizan de manera subterránea; g) Cuando extraiga un mineral diferente al establecido en la inscripción.

Si el minero de subsistencia cumple con los requisitos mínimos exigidos, se procederá a realizar la inscripción, pero, si el minero de subsistencia no cumple estos requisitos mínimos exigidos, se entenderá que la persona no está inscrita y no tiene la calidad de minero de subsistencia; razón por la cual se entenderá explotador ilícito de yacimientos mineros, en los términos del Código Penal colombiano.

Esto demuestra la intención de promoción y legalidad que se identificó desde las primeras líneas de este artículo, y el ejercicio de control minero y ambiental de la actividad por parte del Estado.

3. Controles ambientales existentes para el desarrollo de la minería en Colombia

La Constitución de 1991, en los artículos 79 y 80⁶, constituye la columna vertebral del derecho ambiental y establece las obligaciones de proteger el medioambiente. El derecho al ambiente sano y desarrollo sostenible es un derecho colectivo, inmerso en la categoría de derechos de tercera generación, que pueden verse protegidos por tutela, al estar íntimamente ligados con derechos fundamentales como el derecho a una vida digna.

La Ley 99 de 1993 es la Ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible; reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medioambiente y los recursos naturales renovables, organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y establece, en el artículo 49 y ss., la obligatoriedad

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

Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

de las licencias ambientales (Ley 99 de 1993)⁷. Por *licencia ambiental* ha de entenderse lo siguiente:

La autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad sujeta al cumplimiento, por parte del beneficiario de la licencia, de los requisitos que esta establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada. (Ley 99 de 1993)

Para la expedición de la licencia ambiental en el sector minero, la competencia recae en la Agencia Nacional de Licencias Ambientales ANLA y las Corporaciones Autónomas Regionales CAR. Estas entidades conocerán, estudiarán y evaluarán la solicitud de licenciamiento ambiental, conforme a las competencias dadas para ello en el artículo 31 de la Ley 99 de 1993, para las CAR, y en el Decreto 3573 de 2011, artículo 3, para la ANLA. Igualmente, el trámite administrativo para el otorgamiento de licencia ambiental en el sector minería está regulado en el Decreto 1076 de 2015.

La clasificación de la minería descrita en líneas anteriores es la que determina la competencia de las autoridades ambientales para conocer del trámite administrativo de licenciamiento ambiental para este sector. Ello se desprende de la lectura del numeral 2 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, que señala: “La competencia del Ministerio del Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, MADS), y de la cual ahora recae sobre la ANLA, es la de otorgar, de manera privativa, la licencia ambiental para proyectos de gran minería” (Ley 99 de 1993, art. 53). De la lectura anterior se infiere que corresponde a las CAR la competencia para conocer del trámite administrativo de licencia ambiental para la mediana y pequeña minería.

La Ley 99 de 1993, en los numerales 6 y 7 del artículo 65, determina las funciones de los municipios, distritos y distrito capital de Santafé de Bogotá. Allí, se establecen las obligaciones de los alcaldes municipales para llevar a cabo control, vigilancia, dirección y coordinación en materia ambiental; por tanto, y aunque gran parte de las administraciones municipales del país no cuentan con una planta física ni un número considerable de profesionales expertos en materia ambiental y minero, es deber de los alcaldes municipales coordinar, junto con las CAR, un control efectivo para el aprovechamiento de los recursos naturales renovables.

⁷ Artículo 49. De la obligatoriedad de la licencia ambiental. La ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad que, de acuerdo con la Ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, requerirán de una licencia ambiental.

En Colombia, para ejercer las actividades de explotación minera en la pequeña, mediana y gran minería, se requiere obtener un contrato de concesión (título minero) y una licencia ambiental aprobada por la autoridad competente.

Todo proyecto o actividad genera impactos ambientales positivos y negativos; de ahí que la primera fase para su análisis consista en la utilización de métodos de evaluación de impacto ambiental (EIA), a través de los cuales se identifican y califican, en términos de cantidad (magnitud) y calidad (intensidad), los efectos sobre los recursos naturales y el ambiente (Pocuraduría General de la Nación, 2011).

Los impactos ambientales, por tanto, son controlados por las autoridades ambientales, que son las administradoras de los recursos naturales renovables; razón por la cual se parte de la premisa de que, si bien la actividad minera es concebida como eje fundamental para el desarrollo del país, debe estar equilibrada con el goce efectivo de un ambiente sano.

El trámite administrativo de licenciamiento ambiental para el sector minería comprende la radicación, ante la autoridad competente, del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), como instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades mineras que requieran licencia ambiental. Igualmente, el titular minero deberá contar con los siguientes anexos:

- 1) *Formulario Único de Licencia Ambiental.*
- 2) *Planos que soporten el EIA, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 1415 de 2012, que modifica y actualiza el Modelo de Almacenamiento Geográfico (Geodataba-se), o la que la sustituya, modifique o derogue.*
- 3) *Costo estimado de inversión y operación del proyecto.*
- 4) *Poder debidamente otorgado, cuando se actúe por medio de apoderado.*
- 5) *Constancia de pago para la prestación del servicio de evaluación de la licencia ambiental. Para las solicitudes radicadas ante la ANLA, se deberá realizar la autoliquidación previa a la presentación de la solicitud de licencia ambiental. En caso de que el usuario requiera, para efectos del pago del servicio de evaluación, la liquidación realizada por la autoridad ambiental competente, esta deberá ser solicitada, por lo menos con quince días hábiles de antelación a la presentación de la solicitud de licenciamiento ambiental.*
- 6) *Documento de identificación o certificado de existencia y representación legal, en caso de personas jurídicas.*
- 7) *Certificado del Ministerio del Interior sobre presencia o no de comunidades étnicas y de existencia de territorios colectivos en el área del proyecto, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones relacionadas con el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa.*

- 8) *Copia de la radicación del documento exigido por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), a través del cual se da cumplimiento a lo establecido en la Ley 1185 de 2008.*
- 9) *Formato aprobado por la autoridad ambiental competente para la verificación preliminar de la documentación que conforma la solicitud de licencia ambiental.*
- 10) *Copia del título minero y/o el contrato de concesión minera debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. (Decreto 1076 de 2015)*

Esta documentación se cataloga compleja y de difícil acceso, debido a la realización de estudios técnicos estrictos que solamente pueden crearse por profesionales en ingeniería, biología, geología, entre otras áreas. En el curso del proceso administrativo de licenciamiento ambiental pueden presentarse diversas vicisitudes tanto para el titular minero solicitante de la licencia ambiental como para la misma autoridad ambiental; para el primero, en cuanto al posible incumplimiento de los requisitos mínimos que debe contener el EIA del proyecto minero que busca licenciamiento ambiental, o la no radicación de documentos técnicos esenciales. Por su parte, la autoridad ambiental puede verse inmersa en el no cumplimiento de los términos para su evaluación y decisión, establecidos en el Decreto 1076 de 2015, que la obliga a decidir de fondo la solicitud de licencia ambiental de manera expedita.

La exigencia de licencias ambientales constituye un típico mecanismo de intervención del Estado en la economía, y una limitación a la libre iniciativa privada, justificada con el propósito de garantizar que la propiedad cumpla con la función ecológica que le es inherente (Corte Constitucional, 2003).

A la luz de la interpretación de las anteriores normas, es posible concluir que las principales características del Acto Administrativo de Licencia Ambiental son las siguientes: i) Debe obtenerse de manera previa al desarrollo del proyecto, obra o actividad que se pretende desarrollar; ii) lleva implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables que sean necesarios para el desarrollo y operación del proyecto; iii) Se requiere sólo una licencia para proyecto, obra o actividad.

La licencia concede derechos y obligaciones para su beneficiario; son obligaciones impuestas por la autoridad ambiental en aras de la protección del medioambiente. Esas obligaciones se conocen como “medidas” (prevención, mitigación, corrección, compensación).

Cuando se haya constituido un daño ambiental con ocasión a la violación al régimen legal y de las obligaciones emanadas en el Acto Administrativo que otorga licencia ambiental para el desarrollo de un proyecto minero, y el beneficiario de la licencia ambiental no haya adelantado en el debido tiempo las acciones pertinentes para evi-

tar, mitigar, compensar, restaurar o recuperar los impactos negativos causados por la mala ejecución del proyecto obra o actividad, el causante deberá resarcir o restituir la afectación.

En ese sentido, el principio de precaución (Ley 99 de 1993)⁸ gobierna el trámite de solicitud de licenciamiento ambiental, en la medida en que la obtención de la licencia ambiental para el sector minero es una condición previa al ejercicio de los derechos que surjan de los permisos, autorizaciones, concesiones y licencias que puedan expedir otras autoridades diferentes a las ambientales.

El Acto Administrativo que otorga licencia ambiental es la exteriorización y materialización del control ambiental previsto en la legislación colombiana para el desarrollo de proyectos de explotación minera pequeña, mediana y de gran escala.

4. Enfoque diferencial de la minería de subsistencia

Existe, entonces, en la PMdC, una pretensión que se podría llamar *de institucionalización de la minería de subsistencia*, y un enfoque diferencial que podría denominarse *de derechos fundamentales*.

En el marco de dicha pretensión, se puede reconocer la finalidad del Estado de promover la actividad minera bajo los supuestos de la legalidad, la seguridad y la sostenibilidad ambiental. A la vez, se puede considerar como enfoque diferencial o *de derechos fundamentales* la teleología de la PMdC de generar, alrededor de la actividad minera de subsistencia, una sinergia institucional que le permita al Estado conocer y delimitar qué tipo de programas sociales o políticas públicas podría requerir el grupo o el ciudadano que ejerce la minería de subsistencia.

Por lo anterior, cabe pensar que no puede haber legalidad minera sin que el Estado también sea capaz de generar un “escenario de garantía permanente y eficaz de los derechos fundamentales” de los actores de la minería, comenzando por “el derecho al Estado”, esto es, a tener la certeza de la seguridad y la hegemonía institucional para el desarrollo de las libertades públicas. En ese sentido, la PMdC establece lo siguiente:

8 Ley 99 de 1993, artículo 1.º. Principios generales ambientales. La política ambiental colombiana seguirá estos principios generales: Numeral 6: La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución, conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medioambiente.

(...) para la minería de subsistencia, dado que el objetivo del Estado colombiano es fomentar un desarrollo adecuado de la actividad minera, las acciones se enfocarán en que los mineros ejerzan su actividad bajo condiciones de legalidad, seguridad y sostenibilidad ambiental. De igual forma, se pretende que los programas sociales que conforman la oferta institucional del Estado formen parte de las estrategias de apoyo a este tipo de minería.

Además, las personas que desarrollan la actividad minera de subsistencia, en especial las que ejercen el barequeo, son aquellas que, en su gran mayoría, no satisfacen las necesidades básicas no suplidas por el Estado colombiano; esta insatisfacción genera un estado de vulnerabilidad para estas personas, cuya protección le corresponde al Estado.

No obstante, aunque los requisitos exigidos actualmente para el proceso de identificación y de inscripción de los mineros de subsistencia pueden catalogarse como “básicos”, su cumplimiento exige cierto conocimiento con el cual muchas veces no cuentan, ya que, en distintas ocasiones, el grado de escolaridad de ellos es nulo, y no suele haber asesoría de una tercera persona para el cumplimiento.

5. Desafíos reglamentarios y regulatorios para el control ambiental de la minería de subsistencia

En cuanto a este punto, es necesario señalar que la reglamentación de la minería de subsistencia no prevé el requerimiento de contrato de concesión y de licencia ambiental para el ejercicio de esta actividad. Esta paradójica conclusión permite entrever prejuicios en torno a la minería de subsistencia como una forma de actividad que, por ser cultural e histórica, “no genera impactos ambientales”, pero es una incongruencia entre los propósitos o principios de la PMdC (legalidad, seguridad y sostenibilidad ambiental).

Frente a esta laguna o “incertidumbre” del derecho minero en lo concerniente a la minería de subsistencia, si se le compara con las otras formas “más grandes” de minería, la propuesta no sería la de una “copia” automática de los procedimientos administrativos de concesión y licenciamiento ambiental al modo de la mega, mediana y pequeña minería, sino una propuesta de mecanismos diferenciados o equilibrados de control para que la minería de subsistencia cumpla su razón de ser.

En ejercicio del enfoque de derechos con el que se supone que la legislación ha dotado la política pública sobre minería de subsistencia, cabe considerar que, más allá de lo técnico, se busca que el minero o grupo de mineros de subsistencia tenga unas condiciones sociales que le garanticen, precisamente, su “subsistencia”; por lo cual

el licenciamiento deberá contener también una arista social que le permita al Estado conocer, en el momento de autorizar la actividad minera de subsistencia, las condiciones de vida del grupo o del ciudadano que solicita permiso para la explotación.

En este sentido, la licencia ambiental tendría una finalidad más allá de la hasta ahora utilizada y pensada, y confirmaría la verdadera contundencia de la PMdC, al establecer no sólo una definición, sino una realidad minera proclive a estimular la cultura de la legalidad y de la constitucionalización de la vida cotidiana del minero de subsistencia.

La minería tiende a crecer de manera caótica, y con la amenaza de daños ambientales, de salud pública y generación de problemas sociales sin previsión, mitigación o compensación (Benavidez, 2014).

La Sentencia C-389 de 2016 exhortó al Congreso de la República a establecer un método de acceso a los títulos mineros que permitiera adecuar la normativa minera a los estándares más altos de defensa de los principios constitucionales.

(...) La normativa debe basarse en criterios diferenciales que respondan a los distintos tipos y escalas en que se realiza la minería, y respeten el conjunto de principios a los que se hace referencia en esta providencia. Esos criterios, a manera ilustrativa, pues las decisiones finales deberán adoptarse en el foro democrático, deberán incluir (i) respeto por la minería de subsistencia; (ii) normas para adecuar la pequeña minería a la protección del ambiente y, las escalas mediana y grande, a los estándares más altos de la industria y de los principios de responsabilidad empresarial; (iii) diferencia de la actividad minera no sólo por el tamaño de sus proyectos, sino también en torno a su significado social, cultural y jurídico. Ello implica (iii.1) proteger la minería ancestral, desarrollada por comunidades étnicas, y la artesanal, por la población rural; (iii.2) diferenciar entre la minería informal, que actualmente incumple con parte de las normas que regulan la minería, pero se realiza en pequeña escala y puede adecuarse, en un plazo razonable, al ordenamiento jurídico, de la minería ilegal, que incumple buena parte de estos estándares, se realiza en escalas mayores y carece, por esa razón, de vocación de legalidad; y de la minería asociada a las acciones de grupos armados al margen de la Ley, frente a la que debe llegar el poder punitivo del Estado.

Se mencionó y estableció la importancia de garantizar el respeto por la minería de subsistencia, y de diferenciar la actividad minera por el tamaño de sus proyectos y por su significado social, cultural y jurídico.

El fallo recordó, así mismo, que la Ley 1753 de 2015, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, comprometió al Gobierno nacional a definir y establecer los requisitos de las actividades mineras, clasificadas en “minería de subsistencia, pequeña, mediana y grande”, para efectos de implementar una política

pública diferenciada en la materia. La clasificación de la minería en función de la escala y las condiciones en que se ejerce es, en estos términos, una tarea pendiente (Corte Constitucional, 2017).

Entonces, es así como la minería de subsistencia debe interpretarse, bajo criterios diferenciadores; por consiguiente, el desafío reglamentario y regulatorio para el control ambiental de esta actividad minera no debe desconocer este factor diferenciador.

6. Conclusiones

- Se logró identificar las distintas clases de minería que se ejercen en Colombia y sus principales características con respecto a los métodos de explotación; para lo cual se hizo especial énfasis en el desarrollo de la minería de subsistencia y su reconocimiento en Colombia.
- Se concluyó que la minería, como actividad comercial, es un sector importante para la economía del país, y que tiende a crecer de manera acelerada; por lo que el Estado colombiano ha promovido su ejercicio bajo los parámetros de la legalidad establecidos en la Ley.
- Se pudo identificar el principal control ambiental que se ejerce en las actividades mineras, esto es, la expedición de la licencia ambiental, que tiene como propósito prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar los efectos ambientales de la obra o actividad minera autorizada; sin embargo, existen a la vez deficiencias en materia de control ambiental para la minería de subsistencia, dado que, para esta actividad, no se exige la licencia ambiental.
- Se propuso el reconocimiento de la minería de subsistencia con un enfoque diferencial y de reconocimiento de derechos, teniendo en cuenta su naturaleza y fines, así como las características propias de las personas que ejercen las actividades mineras de subsistencia.
- Se pudo establecer que el sector minero no se rige, en principio, por criterios técnicos, sino por normas procedimentales contenidas en el código de minas y en decretos reglamentarios para el sector minero y ambiental, y que los requisitos técnicos exigidos para su desarrollo dependen del tamaño de la minería que se pretende desarrollar.

Referencias

Austin, J. L. (1955). *Cómo hacer cosas con palabras*. www.philosophia.cl.

Benavidez, J. (2014). *Insumos para el desarrollo del Plan Nacional de Ordenamiento Minero*. Universidad de los Andes.

- Constitución Política de Colombia. (1991, 20 de julio). Gaceta Constitucional.
- Decreto 1076 de 2015. (2015, 26 de mayo). Presidencia de la República. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario para el Sector Ambiente.
- Decreto 1666. (2016, 21 de octubre). Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo.
- Güiza, L., Cristhian, R., Moreno, S., D. V., E. e Ipenza, C. (2016). *Actualidad y desafíos del derecho minero colombiano*. Universidad del Rosario.
- Henaó, J. C. y Gonzales, A. C. (2016). *Minería y desarrollo: Minería y comunidades: Impactos, conflictos y participación ciudadana*. Universidad Externado de Colombia.
- Ley 99 de 1993. (1993, 22 de diciembre). Congreso de la República. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medioambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.
- Ley 685. (2001, 8 de septiembre). Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1753 de 2015. (2015, 9 de junio). Diario Oficial n. ° 49.538.
- Ministerio de Minas y Energía. (2016). *Política minera de Colombia. Bases para la minería del futuro*. Ministerio de Minas y Energía.
- Procuraduría General de la Nación. (2011). La minería en Colombia.
- Resolución 40103. (2017, 9 de febrero). Ministerio de Minas y Energía. Por medio de la cual se establecen los volúmenes máximos de producción en la minería de subsistencia.
- Sentencia C-894 de 2003. (2003, 7 de octubre). Corte Constitucional. Expediente D-4552.
- Sentencia C-389 de 2016. (2016, 27 de julio). Corte Constitucional. Expediente D-11172.
- Sentencia SU-133 de 2017. (2017, 28 de febrero). Corte Constitucional. Expediente T-4561330.

Terminación del contrato de trabajo frente al fuero de salud. Una aproximación desde la perspectiva del empleador en Colombia

Termination of the employment contract and the “fuero of health”. An approach from the perspective of the employer in Colombia

Angie Carolina Vivas Castiblanco*

Resumen

Esta investigación pretende identificar algunos aspectos que deben modificarse en el proceso adelantado ante el Ministerio del Trabajo de Colombia para autorizar el despido de los empleados protegidos por el fuero de salud. En la actualidad, este proceso obliga al empleador a mantener vigentes contratos de trabajo, aun cuando no se pueden desarrollar efectivamente. Esto implica un desequilibrio de la relación laboral y vulnera la libertad contractual desde la óptica del empleador. El enfoque de esta investigación es cualitativo y su alcance es descriptivo. Los métodos de investigación utilizados corresponden al hermenéutico y al inductivo, razón por la cual se empleó la técnica de revisión documental. Las herramientas empleadas fueron algunas bases de datos jurídicas, repositorios universidades colombianas y relatorías de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Palabras clave: contrato de trabajo, discapacidad, estado de debilidad manifiesta, fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, estabilidad ocupacional reforzada, autorización para la terminación del contrato de trabajo

Abstract

This research aims to identify some aspects that need to be modified in the process carried out before the Colombian Ministry of Labor to authorize the dismissal of employees protected by health jurisdiction. At present, this process obliges the employer to maintain employment contracts, even when they cannot be effectively developed. This implies an imbalance in the labor relationship and violates contractual freedom from the employer's point of view. The approach of this research is qualitative, and its scope is descriptive. The research methods used are hermeneutic and inductive, which is why the documentary review technique was used. The tools used were some legal databases, Colombian university repositories and rapporteurs of the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice.

Keywords: work contract, disability, state of manifest weakness, jurisdiction of job stability reinforced by health, reinforced occupational stability jurisdiction, authorization for the termination of the employment contract

* Abogada de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Conciliadora en Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Abogada en NIDIA OSORIO & Co. Correo: angiec-vivasc@unilivre.edu.co



1. Introducción

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 señala que, para terminar el contrato de trabajo de una persona discapacitada, se requiere la autorización de la oficina del trabajo. Con esta disposición se dio origen al fuero de estabilidad laboral reforzada por salud en Colombia, desarrollado por la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Estas corporaciones también desarrollan el concepto de estado de debilidad manifiesta como base del fuero de estabilidad ocupacional reforzada. Este proceso de autorización para la terminación de los contratos de trabajo de los empleados protegidos por el fuero de salud está a cargo del Ministerio del Trabajo. Sin embargo, en la actualidad, el proceso es insuficiente y, además, presenta vacíos que, en la práctica, derivan en una decisión que desequilibra las relaciones laborales. Por ello, es necesario identificar las fallas de este proceso administrativo y las reformas pertinentes para no vulnerar los derechos de los sujetos de especial protección constitucional; no se deben imponer obligaciones física y económicamente imposibles de cumplir para el empleador.

Con base en lo anterior, el objetivo de esta investigación es establecer qué aspectos del proceso de autorización para la terminación del contrato laboral deben ser modificados; en concreto, los del proceso relacionado con los empleados protegidos por el fuero de salud (2013-2020). Para ello, este artículo se estructura en cuatro capítulos. El primero aborda los fueros de estabilidad laboral que existen en Colombia, con énfasis en el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud. El segundo capítulo se refiere al proceso que los empleadores deben adelantar ante el Ministerio del Trabajo para terminar el contrato de los empleados protegidos por el fuero de salud. El tercer capítulo corresponde a la propuesta de investigación y el último contiene las conclusiones del presente trabajo.

Por lo anterior, esta investigación se estructuró con un enfoque cualitativo, ya que no pretende únicamente describir un fenómeno determinado. Como señala Sánchez (2019), a través del estudio de textos y evidencias, y la aplicación de diferentes técnicas, el propósito de estas investigaciones es comprender y explicar con profundidad ese fenómeno. Se siguió el método hermenéutico, que, de acuerdo con Cárcamo (2005), parte del análisis de la experiencia del investigador y se enmarca en el proceso de interpretación de los textos analizados. Por este motivo, se estudiaron diversos artículos y tesis relacionadas con el tema de investigación, así como diferentes fallos jurisprudenciales de las Altas Cortes del país. Frente a estos se siguió el método inductivo, al analizar determinadas decisiones de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional para llegar a conclusiones aplicables de forma general y resolver el problema de investigación.

Como técnicas de investigación se emplearon la revisión documental y la conversación con expertos. La primera, porque permite identificar las tesis e investigaciones que se han desarrollado sobre el tema de estudio; y, la segunda, porque permite analizar el fenómeno desde la experiencia y conocimiento de profesionales que han estudiado el tema investigado. Las herramientas de investigación utilizadas fueron las bases de datos como Scielo, Redalyc, el repositorio de la Universidad Libre, el repositorio de la Universidad Nacional y la relatoría de las Altas Cortes del país.

2. Fueros de estabilidad laboral en Colombia

Gracias a los pactos y tratados internacionales ratificados por Colombia¹², la legislación nacional ha adoptado algunas medidas para proteger a las personas propensas a ser discriminadas. Una de esas medidas ha sido fortalecer el concepto de estabilidad laboral²³, que dio origen a los fueros de estabilidad laboral reforzada. Reynoso Castillo (1990) señala que la estabilidad laboral es la ejecución permanente del contrato de trabajo para asegurar la fuente de sustento del trabajador. Por su parte, el Diccionario panhispánico del español jurídico (2020) define el fuero laboral como aquel que busca preservar la permanencia en el empleo de los trabajadores más vulnerables. Por ello, las normas laborales contemplan los fueros de estabilidad laboral reforzada por maternidad, lactancia, sindical, acoso laboral y salud, mientras que la jurisprudencia desarrolla los de paternidad y prepensión; por cuanto se considera que los trabajadores en tales condiciones son los más propensos a ser discriminados y, por ende, despedidos.

Los fueros de estabilidad laboral por maternidad y lactancia están contemplados en el artículo 235-A y ss. del Código Sustantivo de Trabajo. Este fuero exige que, para despedir a la trabajadora embarazada o lactante, exista una justa causa legal y se obtenga la autorización previa del Ministerio del Trabajo. Si el empleador incumple esas obligaciones y despide a la trabajadora, la norma presume que la despidió por

1 Entre las disposiciones internacionales se encuentran la Declaración de los Derechos Humanos (1948), el Convenio n.º 100 de la OIT (1951), el Convenio n.º 111 de la OIT (1958), la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969), la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental (1971), la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación (1975), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), el Convenio n.º 159 de la OIT (1983), la Declaración sobre las Personas con Limitación (1983), la recomendación n.º 168 de la OIT (1983), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2007).

2 En la Constitución Política de Colombia (1994, art. 53), se consagra la estabilidad en el empleo como un principio mínimo fundamental.

su condición, por lo cual tendrá que pagarle una indemnización. Por vía jurisprudencial se ha establecido que este fuero protege a la mujer embarazada o lactante, sin importar el tipo de relación, sea laboral o de prestación de servicios.

La Corte Constitucional estableció las condiciones en las que se aplicaba el fuero cuando el empleador desconocía la condición del embarazo (Corte Constitucional, 2013). En ese caso, para la Corte, debía aplicarse una protección más débil que requería de la solidaridad del empleador, quien debía pagar los aportes a seguridad social. Posteriormente, la Corte determinó que, ante el desconocimiento del embarazo, el empleador no debía sufragar las cotizaciones a seguridad social para el reconocimiento de la licencia de maternidad (Corte Constitucional, 2018); también señaló que el empleador no debía asumir el pago de la licencia ni tendría que reintegrar a la trabajadora.

La protección por motivo de embarazo y lactancia también fue extendida a los padres, a través de la Sentencia C-005 de 2017 de la Corte Constitucional. Para que este fuero opere se deben cumplir tres condiciones, a saber: (i) la mujer embarazada no debe tener un vínculo laboral vigente; (ii) la mujer embarazada debe depender económicamente del cónyuge o compañero permanente; y (iii) la mujer embarazada debe figurar como beneficiaria del cónyuge o compañero permanente en el sistema de seguridad social. Cumplidas estas condiciones, el despido del cónyuge o compañero permanente sólo procede con la autorización del Ministerio del Trabajo.

En cuanto al fuero por acoso laboral, se estableció en el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006. La norma señala que la víctima de acoso laboral y los testigos no podrán ser despedidos dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la denuncia o queja; para que la protección opere la queja o denuncia debe basarse en hechos comprobables.

El fuero sindical lo regula el Código Sustantivo del Trabajo, arts. 405 y ss., y prohíbe despedir o desmejorar a algunos trabajadores sin que un juez laboral califique la ocurrencia de una justa causa. Los trabajadores protegidos por este fuero son (i) quienes funden el sindicato; (ii) los que ingresaron al sindicato antes de la inscripción en el registro sindical; (iii) los miembros de la junta directiva y subdirectiva, así como los miembros de los comités seccionales; (iii) y los miembros de la comisión estatutaria de reclamos. La norma establece el tiempo de vigencia de la protección, dependiendo del tipo de miembro del sindicato.

El fuero de prepensión se desarrolla en fallos de tutela de las Altas Cortes, particularmente en las decisiones de la Corte Constitucional. La protección a la estabilidad laboral reforzada se concedió a los trabajadores del sector público o privado a quie-

nes les faltan 3 años para acreditar los requisitos de pensión de vejez. De acuerdo con la Corte, este fuero pretende evitar la frustración del derecho pensional de quienes ya están próximos a obtenerla. El fallo de la Corte aclara que, si el prepensionado pertenece al Régimen de Prima Media (RPM), y sólo le falta cumplir el requisito de la edad, no será sujeto de protección; la razón es que el requisito de la edad lo puede completar, incluso si el vínculo laboral ya terminó (Corte Constitucional, 2018). Además, la Corte no ha establecido con claridad cómo opera este fuero cuando el trabajador pertenece al Régimen de Ahorro Individual (RAI); porque la obtención de la pensión en este régimen no depende del cumplimiento de la edad ni de un número mínimo de semanas cotizadas.

De lo descrito previamente es válido concluir que el fuero de estabilidad laboral reforzada, por las diferentes causas que lo originan, está condicionado a unas situaciones concretas y a una duración específica. Sin embargo, el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, que se describe a continuación, presenta unas condiciones mucho más amplias.

La norma que regula el fuero por salud establece que las personas en situación de discapacidad no pueden ser despedidas por su condición, sin la autorización del Ministerio del Trabajo (Ley 361, 1997, art. 26). En caso contrario, el empleador tendrá que pagarle al trabajador una indemnización de 180 días de salario, además de las prestaciones a que haya lugar y del reintegro. Si bien la norma limita la protección a las personas en situación de discapacidad, la jurisprudencia ha extendido esta protección a trabajadores en estado de debilidad manifiesta. Por tal razón, es pertinente definir varios conceptos que permitirán comprender el alcance que los fallos judiciales le otorgan a este fuero. En este sentido, la Tabla 1 muestra información relacionada con este tema.

Aclarados estos conceptos, es posible abordar el alcance que la jurisprudencia le da al fuero de estabilidad laboral reforzada por salud en Colombia. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia viene desarrollando su postura aproximadamente desde 2006. A la fecha, se han proferido cerca de 208 decisiones sobre la materia, donde se establece que el fuero de salud opera cuando la discapacidad del trabajador es moderada, severa o profunda (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 2020). En otras palabras, el trabajador debe tener una pérdida de capacidad laboral del 15% o mayor, ya que cualquier enfermedad o condición no daría lugar a la protección.

Es importante resaltar que, hasta la fecha, las decisiones de la Corte se han referido a eventos ocurridos en vigencia del Decreto 2436 de 2001, derogado por el Decreto 1352 de 2013. En la actual disposición ya no se contemplan las categorías de limitación moderada, severa o profunda, que era base de las decisiones de la Sala Laboral.

TABLA 1
Conceptos relacionados con el fuero por salud

Concepto	Definición	Fuente
Discapacidad	Abarca déficits y limitaciones de las actividades cotidianas de las personas. Se refiere a todos los factores negativos de la función humana.	Documentos de Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF), de la Discapacidad y de la Salud de la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de Salud (2001)
	Entendida como deficiencia física, mental o sensorial. Su naturaleza puede ser transitoria o permanente. Se refiere a la limitación en las actividades esenciales y cotidianas. Finalmente, se puede causar o agravar por el entorno socioeconómico.	Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999) Ley 762 de 2002
Invalidez	Se predica de la persona que puede ver reducidas sus posibilidades de ubicarse y mantenerse en un empleo, por una deficiencia física o mental que esté reconocida debidamente.	Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)
	La invalidez se presenta en las personas que, por cualquier causa no provocada y un origen no profesional, han perdido desde 50% en adelante de su capacidad laboral.	Ley 100 de 1993, art. 38
Deficiencia	Contempla los problemas en las funciones o estructuras corporales; las primeras hacen referencia a las funciones fisiológicas y, las segundas, a las partes del cuerpo. Por lo tanto, puede tratarse de una desviación o pérdida. En otras palabras, es la anormalidad o la pérdida de una estructura corporal o una función fisiológica.	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud (2001)
Minusvalía	Se refería a las desventajas causadas por una deficiencia o una discapacidad. Debe limitar o impedir la ejecución del rol que es normal por edad, sexo, factores sociales, etc. Este concepto fue abandonado por la OMS en la CIF de 2001.	Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la Organización Mundial de la Salud (1980)
Debilidad manifiesta	Toda persona afectada en su salud, siempre que le impida o dificulte el desempeño sustancial de sus labores en condiciones regulares, y por lo cual podría ser discriminada.	Jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias T-263 de 2009, T-939 de 2009, T-467 de 2010, SU-049 de 2017, entre otras).

Fuente: Elaboración propia.

Por lo tanto, es posible que próximamente se presente una precisión o cambio en el criterio de la Corte³⁴.

En cuanto al requisito de la autorización del Ministerio del Trabajo, una de las decisiones más relevantes de la Sala Laboral es una ponencia del 2018, de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Allí se concluyó que, cuando la terminación del contrato de trabajo se basa en una justa causa objetiva, y no en la condición del trabajador, no es obligatorio solicitar la autorización al Ministerio; porque se entiende que la terminación del contrato no está motivada por la discapacidad del trabajador. Si el trabajador considera que la terminación fue discriminatoria, puede iniciar un proceso ante la jurisdicción ordinaria, donde el empleador tendrá que probar que la decisión se basó en una causal objetiva (Corte Suprema de Justicia, 2018).

Por su parte, la Corte Constitucional se refirió al fuero de estabilidad ocupacional reforzada, y determinó que esta protección no es exclusiva de quienes tienen una discapacidad moderada, severa o profunda. A juicio de la Corte, cualquier persona con una afectación en la salud que le pueda impedir o dificultar sustancialmente el cumplimiento de sus funciones en circunstancias habituales es sujeto de protección. La razón principal es que tal situación pone a la persona en un estado de debilidad manifiesta en el cual queda propensa a la discriminación. Bajo este razonamiento, la Corte amplió el espectro de protección del fuero de salud; lo denominó *fuero de estabilidad ocupacional reforzada* y lo elevó a la categoría de *derecho fundamental*. Igualmente, estableció que la autorización ante el Ministerio del Trabajo debe tramitarse en todos los casos, incluso si existe una justa causa (Corte Constitucional, 2017).

Posteriormente, la Corte Constitucional determinó las condiciones que podrían presentarse para que una persona se entienda en estado de debilidad manifiesta: (i) que el trabajador tenga una discapacidad calificada; (ii) que el trabajador tenga una disminución sensorial, psíquica o física relevante; o (iii) que la salud del trabajador esté afectada gravemente, lo que impide o dificulta el desarrollo de sus labores de forma sustancial en las condiciones habituales, por lo cual podría ser discriminado (Corte Constitucional, 2019).

Lo anterior permite concluir que los empleadores en Colombia se enfrentan a una situación compleja cuando se trata del fuero de salud. Primero, porque la protección concedida por el fuero de salud no está limitada en el tiempo como los demás fueros.

3 La situación referida puede deducirse de la Sentencia SL2586 del 15 de julio de 2020, con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Segundo, porque se encuentran con que la postura del órgano constitucional es más gravosa que la postura del órgano de cierre de la jurisdicción laboral. Esta situación lleva a que los trabajadores, por regla general, obtengan por vía de tutela esta protección, aun si el despido fue con justa causa. Además, esto genera un impacto negativo en el proceso de autorización ante el Ministerio del Trabajo, como se verá en el siguiente capítulo.

3. Los empleadores y el proceso ante el Ministerio del Trabajo

El título 8 del *Manual del Inspector del Trabajo y de la Seguridad Social* señala que el objetivo del proceso de autorización es proteger los derechos de los trabajadores con limitaciones físicas. En cuanto al trámite, se rige, en términos generales, por el procedimiento administrativo del CPACA. Frente a los documentos que debe aportar el empleador, citó el Concepto 0003440 (Ministerio del Trabajo, 2011), que exige (i) certificación de culminación del tratamiento de rehabilitación; (ii) estudios del puesto de trabajo; (iii) discriminación de los cargos de la empresa; (iv) relación de competencias de cada cargo versus el perfil del trabajador que lo desempeñaría; (v) cualquier documento que pruebe que agotó las posibilidades de reincorporación o rehabilitación (Ministerio del Trabajo, Resolución 1309, 2013). La deficiencia de este proceso es que está construido desde la hipótesis única y generalizada del despido discriminatorio. Se omiten los supuestos de la ocurrencia de una justa causa o una causal objetiva de terminación, en donde los elementos que el inspector debe verificar y los elementos probatorios deben ser diferentes.

Bajo dicho manual, la rehabilitación integral del trabajador es obligatoria, lo cual quiere decir que el empleador debe acreditar que intentó, por todos los medios, reincorporar o reubicar al trabajador. Por lo tanto, la autorización sólo procede cuando esta gestión no tuvo un resultado satisfactorio. Es claro, entonces, que el Ministerio del Trabajo ignora que, entre los empleadores colombianos, también figuran personas naturales, como en el caso de los empleadores de servicio doméstico, quienes no pueden gestionar una reubicación. Además, la exigencia documental sólo está pensada en la terminación por causa de la discapacidad del trabajador, y no en las demás causas de terminación del Código Sustantivo del Trabajo. Estas situaciones, claramente, imposibilitan que el empleador cumpla las exigencias del Ministerio para obtener una autorización de terminación, en particular si el motivo no es la condición de salud del trabajador.

Posteriormente, se expide la Circular 049, que estableció los lineamientos para autorizar el despido de los empleados protegidos por el fuero de salud (Ministerio del Trabajo, 2019). Allí, el Ministerio se acoge al criterio de la Corte Constitucional refe-

rído en el capítulo anterior. Por lo tanto, considera que la autorización se exige en los casos de discapacidad y de debilidad manifiesta del trabajador, exista o no justa causa de terminación. Para el efecto, la entidad se refirió a tres posibles escenarios y las condiciones exigidas para que proceda la autorización de terminación, como se explica enseguida:

- 1) ***Solicitud de terminación con manifestación de una justa causa:*** En este caso, según la circular del Ministerio, el inspector debe determinar si el empleador le garantizó al trabajador el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción. También validará que la causal alegada por el empleador en la solicitud sea la misma informada al trabajador. Igualmente, que la solicitud se haya presentado en un tiempo razonable desde que el empleador conoció el hecho que constituyó la justa causa, que se haya cumplido con el procedimiento interno o el pactado en la convención colectiva y, por último, que el empleador haya realizado los ajustes en el puesto de trabajo, cuando se invoque el bajo rendimiento del trabajador.

En este caso, el Ministerio aclara que el inspector no calificará jurídicamente las conductas y debe limitarse a constatar que la causal invocada se ajusta al Código Sustantivo del Trabajo. Este trámite constituye una limitación injustificada para la facultad de los empleadores de terminar los contratos; justamente porque el inspector no puede decidir si la justa causa se configuró o no. Por tal razón, el Ministerio debería seguir los lineamientos de la corte de cierre de la justicia ordinaria laboral, según la cual, en estos casos, no se exige la autorización. De otro modo, sólo se transgrede la libertad de contratación y se fomenta la discriminación laboral de estos trabajadores.

- 2) ***Solicitud de terminación con manifestación de una causal objetiva:*** Por *causales objetivas* se entienden aquellas contempladas en la Ley, pero que no dependen de la voluntad del empleador ni del trabajador. Al respecto, el Ministerio señala que, con la solicitud, el empleador debe aportar los documentos que permitan establecer la existencia de la causal. Si se trata de la expiración del plazo, el empleador debe acreditar que realizó el proceso de rehabilitación; de lo contrario, no se dará la autorización.
- 3) ***Condición de salud o discapacidad incompatible e insuperable con el cargo:*** En este caso, el Ministerio establece que el empleador debe demostrar que realizó los ajustes administrativos y de organización exigidos en el proceso de rehabilitación del trabajador. También tendrá que acreditar las razones por las cuales el estado de salud del trabajador es incompatible con la estructura empresarial. Para ello, el inspector verifica que la empresa cuente con el Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo. Por ende, debe oficiar a la ARL para validar el proceso de recuperación y rehabilitación del trabajador. Finalmente, debe constatar el acatamiento de las recomendaciones médicas por parte del empleador.

El proceso para resolver las solicitudes, en los casos descritos, se compone de las siguientes etapas:

- (i) Inicio del trámite administrativo 5 días hábiles después de la radicación de la solicitud;
- (ii) En los casos 1 y 2, el Ministerio podrá requerir al empleador para completar la información por una sola vez. Si no atiende el requerimiento, se declarará el desistimiento tácito;
- (iii) En los casos 1 y 2, el Ministerio tiene 15 días hábiles para negar la solicitud o expedir la autorización;
- (iv) En el caso 3, el término para resolver es de 30 días hábiles;
- (v) Una vez conocida la decisión, se tienen 10 días hábiles para presentar recursos de reposición y apelación.

En principio, este proceso parece ser sencillo y expedito porque el inspector no está facultado para declarar derechos y sólo debe verificar que se cumplan ciertos requisitos. Sin embargo, la realidad es otra, ya que estos procesos pueden tardar algo más de 2 años en ser resueltos por el Ministerio del Trabajo. Asimismo, los inspectores continúan solicitando al empleador información que no es necesaria para acreditar la justa causa o la causal objetiva invocada; por ejemplo, recomendaciones médico-laborales o estudio de puesto de trabajo. Esto, claramente, genera dilaciones innecesarias y, por lo general, concluye con una decisión negativa del Ministerio, pues, en la práctica, este proceso recae en la subjetividad del inspector.

En 2017, el Ministerio del Trabajo respondió un derecho de petición en el que se le preguntó por el número de autorizaciones otorgadas para estos casos. Allí indicó que, entre 2013 y 2017, sólo autorizó 5 solicitudes por justas causas comprobadas y 0 por la denominada “ineptitud del trabajador” para desempeñar el cargo. Aunque el Ministerio no aclaró el número de solicitudes presentadas en ese periodo, esta respuesta evidencia que el proceso no es efectivo ni rentable para el empleador.

Esta situación traslada cargas excesivas a los empleadores y, en algunos casos, facilita que los trabajadores incumplan sus obligaciones, ya que, de cualquier modo, su despido no será autorizado. Ello dificulta el manejo de los contratos de trabajo e impone a los empleadores mantener vigentes los vínculos, incluso cuando el empleado no puede desarrollar las funciones para las cuales fue contratado. De acuerdo con Rueda (2015), citado por Moscoso (2019), este proceso ante el Ministerio desconoce las implicaciones económicas que se imponen a los empleadores, quienes, muchas veces, no están en capacidad de soportarlas; es decir, este proceso adquirió un carácter impositivo en relación con el empleador. Bajo estas condiciones, es claro que las relaciones laborales se desequilibran e impactan directamente la sostenibilidad financiera del empleador.

Tampoco puede perderse de vista que esta situación lleva a que los empleadores terminen los contratos de trabajo de forma unilateral, sin la autorización del Ministerio del Trabajo; lo cual genera que, por vía de tutela, los trabajadores sean reintegrados, independientemente de la causal que originó la terminación, para que, luego, el asunto se discuta en la jurisdicción ordinaria laboral. Por consiguiente, esto se traduce en una acumulación excesiva de procesos en los despachos judiciales, cuando podrían ser resueltos ante la entidad administrativa.

4. Propuesta de investigación

Como se ha dicho, los empleadores no encuentran en el Ministerio del Trabajo un proceso expedito ni funcionarios con facultades jurisdiccionales que puedan decidir en derecho los asuntos que se les plantean. Por el contrario, se enfrentan a un proceso excesivamente lento, en el que no se pueden valorar apropiadamente los argumentos ni las pruebas aportadas por los empleadores. Estas situaciones afectan el desarrollo normal de las relaciones laborales porque, generalmente, implican para el empleador la obligación de mantener vigente un contrato que no se puede desarrollar efectivamente. Además, se vulnera la libertad contractual, por lo menos desde la perspectiva del empleador.

Con el fin de garantizar la libertad contractual, el equilibrio de las relaciones laborales y proteger a los trabajadores más vulnerables, el proceso ante el Ministerio del Trabajo debería reformarse en aspectos como (i) las facultades del funcionario que resuelve el trámite; (ii) el límite de la duración del trámite ante el Ministerio del Trabajo, so pena de la pérdida de competencia; (iii) la aplicación con estricto cumplimiento del procedimiento administrativo, especialmente en cuanto a la valoración probatoria; y (iii) la competencia a prevención entre el Ministerio del Trabajo y la jurisdicción ordinaria laboral.

Las alternativas que permitirían ajustar el procedimiento y resolver las dificultades planteadas consisten en (i) conferir facultades jurisdiccionales al inspector de trabajo; (ii) crear una entidad, por ejemplo, una superintendencia, con funciones jurisdiccionales para evitar la congestión judicial, como ocurre con la Superintendencia de Industria y Comercio; y (iii) eliminar el trámite administrativo y desarrollar un proceso judicial especial, con una estructura similar a la del proceso de fuero sindical, para tramitar estos asuntos en la jurisdicción ordinaria laboral.

Estas reformas tendrían un alcance a largo plazo, dado que el proceso que actualmente se surte ante el Ministerio del Trabajo podrá ser más efectivo. De este modo,

también se materializará la garantía de los derechos de las personas que requieren especial protección por parte del Estado. A la vez, serán amparados los derechos de los empleadores, como la libertad de contratación. Se impactarán positivamente las políticas públicas y los procesos relacionados con el derecho al trabajo de las personas discapacitadas o en estado de debilidad manifiesta.

5. Conclusiones

- 1) El fuero de estabilidad laboral reforzada establecido por la Ley 361 de 1997 protege a los trabajadores en condición de discapacidad. Sin embargo, la Corte Constitucional amplió la protección de este fuero a los trabajadores en estado de debilidad manifiesta, mediante el fuero de estabilidad ocupacional reforzada. Esta situación, desde el punto de vista del empleador, es más gravosa porque cualquier patología o condición da lugar a la protección por este fuero, lo cual coarta la libertad de contratación; además, porque, a diferencia de los demás fueros, esta protección no está delimitada en el tiempo, lo que puede generar impactos económicos negativos a largo plazo para el empleador.
- 2) El proceso ante el Ministerio del Trabajo no se ajusta a la realidad de los trabajadores y empleadores. Es un proceso ineficaz que conduce al desequilibrio e insostenibilidad de los vínculos laborales. La insuficiencia de este proceso genera mayor discriminación respecto de quienes se encuentran en estado de discapacidad o con alguna condición especial de salud; por cuanto los empleadores prefieren no contratarlos para evitar trámites que les representan más costos y cargas administrativas.
- 3) El proceso debe ser reformado para que cumpla con el propósito de protección al trabajador y no traslade cargas excesivas al empleador. Se sugieren varias alternativas que implican conceder facultades jurisdiccionales al funcionario que resuelve el proceso y asegurar la resolución del asunto en un tiempo mínimo.

Referencias

- Cárcamo Vázquez, H. (2005). *Hermenéutica y análisis cualitativo*. Universidad de Chile. <http://www.facsu.uchile.cl/publicaciones/moebio/23/carcamo.htm>
- Circular 0049 de 2019. (2019, 1 de agosto). Ministerio del Trabajo. Criterios para autorizar la terminación de la relación laboral de trabajadores que se encuentren en condición de discapacidad o de debilidad manifiesta por razones de salud. <https://actualicese.com/circular-interna-0049-de-01-08-2019/>
- Código Sustantivo del Trabajo. (2014). [34.ª ed.]. Legis.
- Constitución Política de Colombia. (1991). [3.ª ed.]. Leyer.

- Decreto 1352 de 2013. (2013, 27 de junio). Ministerio del Trabajo. Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones. https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_1352_2013.htm
- Decreto Ley 2463 de 2001. (2001, 20 de noviembre). Presidencia de la República de Colombia. Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6273>
- Ley 100 de 1993. (1993, 23 de diciembre). Congreso de Colombia. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Ley 361 de 1997. (1997, 11 de febrero) Congreso de Colombia. Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0361_1997.html
- Ley 762 de 2002. (2002, 5 de agosto). Congreso de Colombia. Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de 1999. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0762_2002.html
- Ley 1010 de 2006. (2006, 23 de enero). Congreso de Colombia. Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1010_2006.html
- Ministerio del Trabajo. (2013). *Manual del Inspector de Trabajo y Seguridad Social*. https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/51963/manual_del_inspector.pdf/b032aaad-3151-0a2b-a8d6-9cf75eb51d4a
- Moscoso, L. C. (2019). Estabilidad ocupacional reforzada por discapacidad o debilidad manifiesta: implicaciones de los fallos de la Corte Constitucional de Colombia respecto a los empleadores. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 49(131), 386-421. <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v49n131.a07>
- Oficina Internacional del Trabajo. (1951). Convenio sobre Igualdad de Remuneración [núm. 100]. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100
- Oficina Internacional del Trabajo. (1959). Convenio sobre la Discriminación [núm. 111]. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111
- Oficina Internacional del Trabajo. (1983). Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo [núm. 159]. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C159
- Oficina Internacional del Trabajo. (1983). Recomendación sobre la Readaptación Profesional y el Empleado [núm. 168]. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R168

- Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Organización de las Naciones Unidas. (1965) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (1971). Declaración de los Derechos del Deficiente Mental. http://suin.gov.co/discapacidad/Retardo_mental.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (1975). Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación. https://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/723_etica2/material/normativas/declaracion_derechos_impedidos.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (1979). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (2007). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre los Derechos Humanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización de los Estados Americanos. (1999). Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>
- Organización Mundial de la Salud. (2001). Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF). <https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf>
- Real Academia Española. (2020) Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/>
- Resolución 1309 de 2013. (2013, 29 de abril). Ministerio del Trabajo. Diario Oficial n. ° 48.778.
- Respuesta de fondo derecho de petición de radicado Babel 007012. (2017, 21 de septiembre). Ministerio del Trabajo.
- Reynoso Castillo, C. (1990) El despido individual en América Latina. Universidad Nacional Autónoma de México. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9444>
- Sánchez Flores, F. A. (2019). Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: consensos y disensos. *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria*, 13(1), 102-122. <https://dx.doi.org/10.19083/ridu.2019.644>
- Sentencia T-263. (2009, 3 de abril). Corte Constitucional [Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.].
- Sentencia T-939. (2009, 14 de diciembre). Corte Constitucional [Luis Ernesto Vargas S., M. P.].
- Sentencia T-467. (2010, 16 de junio). Corte Constitucional [Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.].
- Sentencia SU-070. (2013, 13 de febrero). Corte Constitucional [Alexei Julio Estrada, M. P.].

- Sentencia C-005. (2017, 18 de enero). Corte Constitucional [Luis Ernesto Vargas Silva, M. P].
- Sentencia SU-049. (2017, 2 de febrero). Corte Constitucional [María Victoria Calle Correa, M.P].
- Sentencia SU-003. (2018, 8 de febrero). Corte Constitucional [Carlos Bernal Pulido, M. P].
- Sentencia SL1360. (2018, 11 de abril). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral [Clara Cecilia Dueñas Quevedo, M. P].
- Sentencia SU-075. (2018, 24 de julio). Corte Constitucional [Gloria Stella Ortiz Delgado, M. P].
- Sentencia T-041. (2019, 4 de febrero). Corte Constitucional [José Fernando Reyes Cuartas, M. P].
- Sentencia SL2797. (2020, 29 de julio). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral [Luis Benedicto Herrera Díaz, M. P].

Disyuntivas y formalidades absurdas derivadas de la anacronía de recurso extraordinario de casación ante la interpretación quimérica del *ad quem*

Disjunctives and absurd formalities derived from the anachrony of extraordinary appeal in cassation before the chimerical interpretation of the ad quem

Wagner Rivas Ramírez*
Johanna Marcela Sánchez Parra**

Resumen

En el ordenamiento jurídico colombiano, la casación se implementó como el instrumento legal que, de manera excepcional, y bajo condiciones específicas definidas por la Constitución y la Ley, atribuye, en principio, a la Corte Suprema de Justicia, la función de proteger la integridad de la Constitución y unificar el sentido en que los jueces deben resolver los conflictos. Sin embargo, cuando se emite un fallo –producto de la autonomía e independencia del juez para dirimir controversias–, y este se deja en firme, pero resulta contrario a derecho, porque el juzgador interpreta erróneamente la norma aplicable al caso concreto, se debe cuestionar la relevancia de las exigencias que condicionan el acceso al recurso extraordinario de casación; frente a un pronunciamiento que transgrede el sistema normativo por su indebida interpretación, corresponde al máximo tribunal hacerlo de oficio, ante la carencia de una codificación autónoma completa que sistematice, organice y registre las condiciones para aplicar este mecanismo.

Palabras claves: interpretación errónea, requisitos, casación oficiosa, jurisprudencia

Abstract

In the Colombian legal system, cassation was implemented as the legal instrument that, exceptionally, and under specific conditions defined by the Constitution and the Law, attributes, in principle, to the Supreme Court of Justice, the function of protecting the integrity of the Constitution and unifying the sense in which judges must resolve conflicts. However, when a decision is rendered –as a result of the autonomy and independence of the judge to settle controversies–, and it becomes final, but is contrary to law, because the judge erroneously interprets the rule applicable to the specific case, the relevance of the requirements that condition the access to the extraordinary remedy of cassation must be questioned; In the absence of a complete autonomous codification that systematizes, organizes and registers the conditions for the application of this mechanism, it is incumbent upon the highest court to do so *ex officio* when faced with a pronouncement that transgresses the normative system due to its improper interpretation.

Keywords: erroneous interpretation, requirements, *ex officio* cassation, jurisprudence

* Abogado egresado de la Universidad Tecnológica del Chocó, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Oficial Mayor del Juzgado Segundo Civil Municipal de Quibdó. Correo: wagnermv19@gmail.com, wagner-rivasr@unilibre.edu.co.

** Abogada de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Jefe División Nacional de Personal Administrativo Universidad Nacional de Colombia. Correo: jmsplaw@gmail.com.



1. Introducción

El conflicto originado entre dos o más partes, por una manifiesta preferencia para aprovecharse de una situación determinada, las obliga a someterse a un juez para buscar una solución. No obstante, ante un pronunciamiento desfavorable, el extremo vencido en juicio está facultado para impugnar la decisión ante el superior, en espera de que deje sin efectos el primer pronunciamiento, emitido por interpretación indebida de la norma aplicable al caso concreto. Si la situación subsiste con el nuevo juzgador, no se cuenta con acciones para atacar el fallo, al no cumplirse los requisitos excepcionales que permiten recurrir a la casación para que el máximo tribunal de la jurisdicción conozca de forma extraordinaria los hechos.

Sin embargo, cuando el órgano de cierre casa el pronunciamiento, sin el cumplimiento de esas exigencias, que marcan la necesidad de sistematizar y codificar la casación para equilibrar sus aspiraciones y su jerarquía en el ordenamiento jurídico, de modo que prevalece el derecho sustancial sobre los procedimientos, se hace manifiesta la inobservancia de presupuestos, al proteger la integridad del ordenamiento, y se dejan descubiertas las limitaciones para su acceso y los parámetros que el tribunal debe tener en cuenta en el momento de seleccionar una sentencia que incumple los requisitos para su estudio de oficio.

1.1 Metodología

Este trabajo se realizó siguiendo el método de investigación de análisis teórico conocido como tránsito de lo abstracto a lo concreto, al vincular el proceso cognoscitivo de inducción-deducción, con base en documentos jurídicos oficiales contradictorios, para delimitar la temática a tratar en el estudio jurídico del proceso e identificar el contenido normativo con el fin de percibir los conceptos modales de la lógica jurídica vinculados a los indicadores del Círculo de Viena. Ello permitió pasar de la exégesis legal a una interpretación del proceso legal, a través de la crítica teórico-conceptual, y explicar así la incidencia de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, en la interpretación de la ley procesal para acceder a la casación oficiosa, ante un pronunciamiento desfavorable del juez.

2. Resultados

La prerrogativa dispuesta en el artículo 31 de la Constitución Política de Colombia se configura como una garantía fundamental para los ciudadanos, quienes someten ante la Administración de justicia un conflicto determinado, y, ante un pronunciamiento desfavorable, deciden impugnar mediante los recursos de esa

providencia, y aspirar a que la misma instancia, u otra superior, revierta la decisión proferida a través de la sentencia que, según el criterio del juez, corresponde a la tutela efectiva de los intereses que las partes ponen a su consideración para agotar el debido proceso.

Por ese motivo, cuando la solución interpretativa lesiona derechos fundamentales, evidencia una falla interpretativa de la norma por parte del juez o tribunal, en su libre convencimiento, en la que discurre el uso pleno de su autonomía, y corresponde a la Corte Suprema de Justicia impugnar el fallo proferido dentro del proceso ordinario, por una interpretación y aplicación autónoma de la norma, lo cual afecta la independencia del juez, cuando se impugna la sentencia, según las causales del artículo 344 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). No obstante, el apartado final del artículo 336 de la Ley 1564 de 2012 desafía la tradición exclusivamente taxativa y especial de la casación, y opera, incluso, sin cumplimiento de las exigencias de la Ley.

En este contexto, el planteamiento del ordenamiento procesal (Ley 1564 de 2012), según lo expuesto por Alvarado Velloso “(...) debe entenderse como norma de garantía y, por ello, su observancia por el juez y por las partes afecta la esencia misma de la garantía de los derechos e intereses que prometen las constituciones” (2011, pp. 129-130) para cumplir las exigencias establecidas por el Código General del Proceso e interponer el recurso de casación.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento AC4573-2019, señala, cuando se afronta este escenario, que no le corresponde al juez subsanar los yerros en los que se haya incurrido en la impugnación de la sentencia, inadmitida por el incumplimiento de las exigencias impuestas por la Ley 1564 de 2012; no es sólo una técnica procesal para proceder a la casación, sino una característica esencial de su naturaleza. Sin embargo, planteada esta discusión, es también evidente lo expuesto en aclaración de voto proferida por la magistrada Cabello Blanco; denota que, en efecto, el inciso final del artículo 336 se convierte en un presupuesto de fondo que no podría desconocerse en función de lo fundamental.

Naturalmente, se hace necesario vislumbrar los casos en los que procede la casación, según lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, en la providencia AC7478-2017, donde establece, como requisito para la aplicación de esta figura jurídica, la interposición del recurso-acción extraordinario de casación, lo cual se convierte en una regla de interpretación y aplicación de la norma jurídica. En cambio, el auto proferido por ese mismo tribunal, mediante la resolución AC7209-2017, permite que opere, incluso bajo la inobservancia de las exigencias formales; estas se presentan cuando se produce la violación material de un derecho fundamental.

Después de todo, lo dispuesto en la Ley 1564 de 2012 (art. 13), se convierte en una guía para el juez o tribunal que, en el momento de la decisión, debe sujetarse a lo señalado por el legislador, y aplicar las reglas, so pena de una sanción. Ello implica que puede ser responsable de la interpretación que no esté sujeta al literal dispositivo, pues la decisión judicial no debe desconocer la forma de llegar a la decisión, sino, más bien, debe ser admitida como herramienta que la garantiza; lo cual, contrario a lo expuesto en la Ley 1564 de 2012 (art.11), permite, en medio de la actuación judicial, que el juez o tribunal interprete la ley procesal para dar prevalencia a la efectividad de derecho sustancial.

Entonces, se entiende que la aplicación sustantiva de la norma no viola el debido proceso, sino que se convierte en una garantía material en los fallos que se profieran, toda vez que sus decisiones conservan el principio base del estado social de derecho; de esta manera, se corrigen las anomalías que se presentan por interpretación errónea de la norma.

Finalmente, observadas las contraposiciones señaladas a lo largo del presente texto, es necesario determinar el casar la providencia proferida por el juez o tribunal independiente y autónomo para interpretar y aplicar las normas que rigen la actuación procesal sometida a juicio; frente a la interpretación del accionante-recurrente desfavorecido, que considera la violación de su derecho o garantía fundamental, e impugna la decisión que lo desfavorece, a través del mecanismo excepcional de casación, que, por su especialidad, no es concebido como otra instancia dentro del proceso ordinario, sino como la materialización del principio constitucional de prevalencia sustancial sobre las formas.

2.1 Aplicación material del recurso-acción extraordinaria de casación en las diferentes áreas del derecho

El recurso-acción extraordinaria de casación tiene amplia aplicación en todas las ramas del derecho, razón por la cual, en el marco de la revisión de antecedentes, se evidenció la necesidad de efectuar la clasificación de los artículos encontrados, teniendo en cuenta su especialización en cada una de las ramas del derecho, y se determinaron seis grupos, a saber: casación en derecho penal, administrativo, laboral, constitucional, civil y procesal, a través de los cuales se encontraron soluciones diversas a la aplicación del recurso extraordinario de casación, que, a continuación, se explican una a una, teniendo en cuenta la clasificación mencionada.

En primer lugar, se analizaron los artículos relacionados con la aplicación del recurso extraordinario de casación en derecho penal, y se observa que los autores coinciden en afirmar que el recurrente en sede de casación tiene la carga procesal de demostrar y argumentar la razón de su inconformidad con la sentencia que se bus-

ca recurrir (Banco, 2017; Gómez, 2017; Muñoz, 2016; Hernández, 2012; Hernández, 2011). Sumado a lo anterior, en opinión de los autores, para que proceda la casación oficiosa en materia penal, es requisito que la parte accione el aparato judicial, mediante la interposición del recurso de casación y su posterior sustentación, que, en todo caso, deberá cumplir los requisitos formales que la norma exige (Banco, 2017; Gómez, 2017; Hernández, 2012). Así mismo, el recurso extraordinario de casación se considera como un mecanismo que, además de tener como fin la unificación de la jurisprudencia, debe propender a la efectividad de los derechos fundamentales de las partes del proceso (Muñoz, 2016; Hernández, 2011).

Por otra parte, en relación con el derecho comparado, específicamente en la legislación española, se propone la reforma del procedimiento penal con miras a que el recurso de casación sea impetrado sólo para mantener la uniformidad del derecho, y no en sede de instancia, como actualmente ocurre (Díaz, 2013). En lo concerniente a esta categoría, se encuentra, como punto en común expresado por los autores, que el recurso extraordinario de casación está constituido como un instrumento de defensa de los derechos fundamentales de las partes dentro del proceso; en su trámite es imperativa la aplicación de preceptos de carácter constitucional y legal que permitan hallar la solución más justa a cada caso particular.

Esto no obsta para que se releve al demandante en casación de la carga de cumplir con ciertas formalidades que, si bien es cierto que se han flexibilizado, aún persisten, principalmente en lo relativo a la carga argumentativa que permita inferir la vulneración alegada. Así las cosas, se puede afirmar que la casación oficiosa procede en materia penal sólo si la parte ha cumplido con su obligación de presentar y sustentar debidamente el recurso de casación.

Ahora bien, continuando con la clasificación, se encuentra la aplicabilidad del recurso extraordinario de casación en materia de lo contencioso-administrativo. Lo primero que se debe señalar es que, en Colombia, la figura de la casación no se halla consagrada en la jurisdicción administrativa, mientras que se puede evidenciar en derecho comparado. Especialmente en el derecho español, la inclusión de esta figura tiene como requisito particular, para su admisión y trámite, la demostración del recurrente del interés casacional, que no es otra cosa que la prueba de la relevancia jurídica o social del respectivo caso que amerita la decisión del Tribunal Superior (Álvarez, 2019; Toledano, 2018; Merino, 2017; Garros y Contreras, 2016).

En lo que se refiere a la aplicabilidad de la casación en el ámbito colombiano, se observa que, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, en la cual se consagra el Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia, en opinión de varios autores, se está buscando permitirle al Consejo de Estado ejercer funciones eminentemente casacio-

nistas; no obstante, huelga decir que existen diferencias importantes entre el recurso extraordinario de casación y el de Unificación de Jurisprudencia, como los requisitos para su procedencia y las causales por las que se puede invocar uno u otro (Briceño, 2013; Carvajal y Hoyos, 2012; Sarmiento, 2011).

Es claro que existen diferencias marcadas entre los autores extranjeros y los colombianos, toda vez que el recurso extraordinario de casación, en el derecho internacional, tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales y la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva; por lo cual es necesario que el recurrente exponga el interés casacional, como requisito para la admisibilidad. En Colombia, no se tiene estipulado el recurso de casación en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo; no obstante, con la inclusión del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia en la Ley 1437 de 2011, se está acercando al Consejo de Estado como órgano de cierre para cumplir el fin determinado para el recurso extraordinario de casación, esto es, la Unificación de Jurisprudencia.

A continuación, se expondrán los argumentos de aplicabilidad del recurso extraordinario de casación en derecho laboral. En este aspecto, se evidencian posiciones encontradas. La primera de ellas señala que, cuando se rechaza la demanda de casación, por falta de cumplimiento de los requisitos formales, se presenta una afectación al derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, por cuanto se debe dar aplicación a la primacía del derecho sustancial sobre las formas, en aras de la garantía de los derechos fundamentales de las personas (Arbeláez, 2018; Abal, 2015).

Por otro lado, a partir de una posición más formalista, se encuentran quienes afirman que, para que proceda el recurso extraordinario de casación, es necesario que se cumplan las formalidades de Ley, esto es, que el recurrente lleve a cabo un ejercicio juicioso de argumentación, conforme a las causales preestablecidas, y que el proceso sea de aquellos que, taxativamente, permiten el ejercicio del recurso, es decir, para la jurisdicción laboral, los que cursan por el trámite ordinario (Córdoba y Orrego, 2013; Jiménez, 2009).

El recurso de casación es una acción-recurso a cargo de la Corte Suprema de Justicia, que, constitucionalmente, se presenta como la máxima instancia de la jurisdicción ordinaria para proteger la Constitución de las providencias que versen sobre un caso concreto, que contraríen garantías fundamentales, y que, en el marco de la independencia del juez, suponen un grave riesgo para el ordenamiento jurídico vigente (López Menudo, F., 2018; Álvarez Mejía, 2011; Gaviláñez Obregón, 2015). No obstante, es una acción que presupone de una técnica especial para su admisión, y su trámite se condiciona, dada su característica extraordinaria; se reviste de exigencias procesales que evitan hacer de este instrumento una causal de congestión judicial (Izquierdo Franco,

2016; Freire Álvarez, 2017). Con todo, cumple su función de purificar el ordenamiento de los errores, al anular la providencia y dictar la que en derecho corresponde para mantener así el imperio de la Ley (Fuentes Espinoza, 2019).

La independencia del juez le permite interpretar con mayor libertad la Ley para aplicarla al caso sometido a su consideración; una vez surtido el trámite ordinario, deja en firme la sentencia y, por consiguiente, obliga a su cumplimiento (Masciotra, 2015; Orriols García, 2010). En cambio, la violación del derecho sustancial por una errónea interpretación del juez requiere el cumplimiento de los requisitos para su curso ante la Corte Suprema de Justicia; por cuanto los presupuestos formales y materiales están íntimamente ligados (Nieva Fenoll, 2006; Vázquez Sotelo, 2010; Iregui Parra, 2016).

La independencia y/o libertad del juez para valorar el alcance de la norma supone un grave riesgo porque, en la aplicación de una norma a un caso concreto, si esta se adopta de manera distinta a la concebida por el Máximo Tribunal, produce efectos contrarios a las dispuestas por Ley, y es susceptible de impugnación mediante recurso de casación (Moliner Tamborero, 2013; Romero Seguel, Aguirrezabal Grünstein y Baraona González, 2014); aunque los requisitos impuestos por Ley, o los que la Corte Suprema de Justicia decreta discrecionalmente para acceder a la casación, se convierten en instrumentos que optimizan la protección de la garantía fundamental (Málaga Diéguez, 2003; Quiroga León, 2008; Del Río Ferretti, 2015).

De acuerdo con lo anterior, que el trámite de la casación esté supeditado al cumplimiento de exigencias predeterminadas evita el desgaste judicial, por cuanto delimita el problema jurídico y la celeridad de su trámite (Rincón Rubio, 2011; Granda Román, 2019). A pesar de ello, la discrecionalidad ejercida por el tribunal de conocer de oficio del recurso inadmitido por falta de las exigencias es un mecanismo que garantiza el acceso a la justicia y conserva la concepción clásica de la acción (Delgado Castro, 2012; Muñoz Subía, 2015).

Como conclusión de este apartado, se observa que el recurso extraordinario de casación tiene como característica especial la ritualidad y la exigencia de cumplimiento de ciertas formalidades para su interposición y sustentación; ello atendiendo al fin último de este recurso, cual es el de la protección de derechos fundamentales y la unificación de jurisprudencia. Es importante dar aplicación al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y obviar estos presupuestos; por consiguiente, de manera discrecional, avoca conocimiento para proteger la integridad del ordenamiento.

De lo expresado surge la necesidad de explicar la ritualidad y exigencia del cumplimiento de formalidades en la interpretación de la ley procesal, en el marco del proceso de casación oficiosa cuando se presenta un pronunciamiento desfavorable.

2.2 Ritualidad y exigencia de formalidades frente a la interpretación de la ley procesal en la resolución del recurso-acción extraordinaria de casación

La funcionalidad del recurso extraordinario de casación radica en dos aspectos importantes: 1) la defensa del ordenamiento jurídico y 2) el sentido de la interpretación que los jueces deben aplicar de la norma. Si bien una actividad tan importante carece de pronunciamiento constitucional o desarrollo mediante actos administrativos, su aplicación ha sido supeditada a la especialidad de cada materia, como en derecho laboral, por medio del Decreto Ley 2158 de 1948, art. 86; el derecho civil, mediante la Ley 1564 de 2012; el Código General del Proceso (CGP), para los fines que reza el art. 333, de “proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida”, los mismos que pregona el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) mediante el artículo 180.

Sin embargo, en derecho administrativo, regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, el recurso de casación varía esta vez bajo el nombre de “recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia”, que, de acuerdo con la Ley 1437 de 2011, art. 256, sigue conservando la unidad de interpretación del derecho, su aplicación uniforme y la garantía de los derechos de los sujetos procesales.

En relación con la jurisprudencia a cargo de la Corte Constitucional, la Sentencia C-1065 de 2000, y del Consejo de Estado, bajo la radicación número: 11001-33-35-000-2013-00733-01(4902-18), declara el carácter extraordinario de la casación y, dadas esas características especiales, faculta a la parte agraviada a recurrir la sentencia ilegal para mantener indemne la jurisprudencia el ordenamiento jurídico colombiano.

Al respecto, el ordenamiento jurídico ha omitido fundar impedimentos, con base en el recurso extraordinario de casación, de manera que sólo exige, como en el caso de la jurisdicción administrativa regulado por la Ley 1437 de 2011, art. 258, cuando la sentencia proferida sea contraria a una sentencia de unificación del Consejo de Estado. No obstante, en los demás casos, como los dispuestos en materia civil en razón de la Ley 1564, art. 336, la especialidad laboral en lo referido al art. 87 del Decreto Ley 2158 de 1948 y particularidades del Proceso Penal que, bajo las Leyes 906 de 2004, art. 181, y 600 de 2000, solicita el cumplimiento de requisitos adicionales para que prospere; en consonancia con las Sentencias C-586 de 1992 de la Corte Constitucional, 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317) del Consejo de Estado y AP4423-2019, donde “no basta el señalamiento de la causal y la posible existencia de un yerro por parte de las instancias para que sea admitida la demanda; es deber del libelista evidenciar cómo el error de la judicatura menoscabó una garantía fundamental”.

La atribución conferida, según lo dispuesto en el numeral 1 del art. 235 de la Constitución Política, que designó a la Corte Suprema de Justicia para actuar como Tribunal de Casación, por lo cual se convierte en máximo tribunal de la Jurisdicción Ordinaria (Sentencia SU 635 de 2015), “dirigida a brindar seguridad en la interpretación jurídica de sentencias judiciales de tipo civil, laboral y penal”.

Por consiguiente, el recurso-acción extraordinario de casación debe cumplir la imposición por Ley (Ley 1564 de 2012, art. 344; Ley 1437 de 2011, art. 262 y Decreto Ley 2158 de 1948, art. 90) de aquellas exigencias formales exigidas de la demanda, y que esta se presente en condiciones de idoneidad sustancial, es decir, con acatamiento de las reglas de técnica propias de la casación, mediante argumentos lógicos, coherentes y claros que permitan inferir la posible ocurrencia de errores (AP4686-2019).

Dado el propósito del recurso extraordinario de casación desde el Código Procesal Administrativo (CPACA, Ley 1437 de 2011), artículo 282, el Código General del Proceso (CGP, Ley 1564 de 2012), art. 351, y el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), art. 186, ha permanecido incólume la capacidad discrecional del máximo tribunal para aglomerar procesos y decidirlos en una sentencia para “unificar la jurisprudencia sobre la materia y (...) sentar bases sólidas sobre las que los demás administradores de justicia se puedan inspirar en el momento de pronunciarse acerca de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano” (Sentencia C-037 de 1996). Sin embargo, el tribunal debe inhibirse de pronunciarse en los casos previstos en el artículo 260 de la Ley 1437 de 2011 y el art. 345 de la Ley 1564 de 2012.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, a través de las Sentencias C-880 de 2014 y 11001-03-26-000-2018-00151-01(62420), respectivamente, el recurso extraordinario de casación no surge como una instancia más dentro del proceso; por ende, faculta al legislador para imponer criterios que restringen su acceso, dada su naturaleza. En ese sentido, su procedencia obliga el cumplimiento de las exigencias establecidas en los diferentes estatutos procesales (Ley 1564 de 2012, art. 338; Decreto Ley 2158 de 1948, art. 86; Ley 1437 de 2011, art. 257, y Ley 906 de 2004, art. 181, numeral 4) en relación con el monto de la pretensión requerido para su acceso, que, de acuerdo con las Sentencias C-203 de 2011 y AP4686-2019, supone el acatamiento de los requisitos formales exigidos para demandar.

Entonces, es claro que, contrario a lo que pudiera pensarse en materia del recurso extraordinario de casación, el cumplimiento de las formalidades de manera oportuna, de alguno de los sujetos procesales, según lo dispuesto en el art. 338 del CGP, habilita a otros litisconsortes, pese a que estos no cumplan con el interés para recurrir, lo cual brinda autonomía entre ellos en el desarrollo del recurso. Sin embargo, ante la im-

sición declarada por el art. 342, Ley 1564 de 2012, si la sentencia no es susceptible de casación, por ausencia de legitimación o por extemporaneidad, obliga su inadmisión.

Finalmente, según lo establecido en el art. 336 de la Ley 1564 de 2012, la Ley 906 de 2004, art. 184, y la Ley 600 de 2000, art. 216, por lo menos, en principio, la Corte Suprema de Justicia está impedida para pronunciarse por razones que no hayan sido expuestas por el recurrente. No obstante, el Tribunal de Casación, en disonancia con este planteamiento, permite de oficio superar los defectos de la demanda para decidir de fondo sobre la sentencia manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico.

3. Conclusiones

El recurso extraordinario de casación, en el ordenamiento jurídico colombiano, carece principalmente de una codificación autónoma que sistematice, organice y registre la importancia que requiere esta institución existente desde antes de la proclamación de la Constitución de 1991; y cuyo objetivo es mantener indemne la jurisprudencia.

Lo anterior, pese a contar con normas referidas a su utilidad en los diferentes ámbitos de la jurisdicción ordinaria a cargo de la Corte Suprema de justicia, y a decidir en la especialidad civil, con el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el Código Procesal del Trabajo (Decreto Ley 2158 de 1948) y el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004 y, en los términos en los que aún haya lugar, la Ley 600 del 2000), y en la jurisdicción administrativa, por analogía ante el Consejo de Estado, mediante el “recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia” del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (Ley 1437 de 2011); que declararon los escenarios en los que, con base en las formalidades, se dispondría el uso del recurso extraordinario en manos del Máximo Tribunal, que podrá casar de oficio, incluso sentencias que sean impugnadas y no cumplan con las formalidades determinadas para su estudio.

De la misma manera, dada la proliferación de normas que versan sobre el tema, no existe un criterio uniforme que defina mayores restricciones para acceder a este recurso extraordinario. La insatisfacción del recurrente, al aducir las características de la figura jurídica en mención, no implica la existencia de una instancia más dentro del proceso, que surge con el ánimo de salvaguardar el agravio sufrido por el extremo vencido en la litis, por la decisión adoptada por el juez, quien, con aparente sujeción al imperio de la Ley, profiere una sentencia con sentido contrario a la interpretación imperante en el ordenamiento, y que ha sido decantada por el máximo órgano jurisdiccional de la especialidad.

Entonces, se vería, en la argumentación derivada del fallo, la suficiencia interpretativa de la controversia sometida a consideración, que no impone al juez las restricciones aparentes derivadas de los pronunciamientos dictados por el órgano de cierre; al igual que los parámetros que el tribunal de casación debe tener en cuenta, en el momento de no seleccionar una sentencia que incumple los requisitos para su estudio de oficio.

Por último, ante la carente sistematización normativa del recurso extraordinario de casación, sumada a las numerables opciones de interpretación que el juez puede adoptar de las disposiciones que regulan el asunto sometido a su conocimiento, que deriven en una sentencia contraria a derecho, es necesario establecer un cuerpo normativo suficiente con parámetros objetivos claros y delimitados.

Estos parámetros deben orientar los ámbitos en que será admitido el recurso de reposición para que el máximo órgano jurisdiccional lo examine; así como el estándar de discrecionalidad con el cual el órgano de cierre no desborde la aplicación del recurso extraordinario, en pronunciamientos que no cumplan los requisitos para acceder a este plano y se desvíen de su naturaleza, todo ello con el ánimo de aminorar la congestión que predomina en los despachos del tribunal de casación.

Referencias

- Abal Oliu, A. (2015). Recurso de casación: Errónea inadmisibilidad. *Revista de Derecho*. Segunda época, año 10, n.º 12, 15-30. Universidad Católica del Uruguay. <http://web.a.ebscohost.com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Aclaración de Voto AC2190-2016. (2016, 15 de abril). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (Margarita Cabello Blanco, M. P.). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co>
- Alvarado Velloso, A., Moreno Rivera, L. G. y Toro Lucena, O. A. (2011). *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?* Ediciones Nueva Jurídica.
- Álvarez Mejía, S. (2011). Hacia la desmitologización del recurso extraordinario de casación. *Revista Diálogos de Derecho y Política*, n.º 7, 53-59. Universidad de Antioquia. <https://2019-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Álvarez Menéndez, E. (2019). La disparidad de criterios interpretativos en torno a la casación autonómica y su enjuiciamiento constitucional en el ATC del 16 de abril de 2018 y en la STC del 29 de noviembre de 2018. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 75-95. Instituto Nacional de Administración Pública. <http://web.a.ebscohost.com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Arbeláez Arbeláez, J. (2018). *Técnica del recurso extraordinario de casación vs. tutela judicial efectiva*. Universidad Pontificia Bolivariana. <https://repository.upb.edu.co/>

- Auto AC7209-2017. (2017, 30 de octubre). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (Ariel Salazar Ramírez, M. P.). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co>
- Auto AC7478-2017. (2017, 9 de noviembre). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (Álvaro Fernando García Restrepo, M. P.). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co>
- Auto AP4423-2019. (2019, 2 de octubre). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (José Francisco Acuña Vizcaya, M. P.). <http://190.217.24.13:8080/WebRelatoria>
- Auto AC4573-2019. (2019, 22 de octubre). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (Octavio Augusto Tejeiro Duque, M. P.). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co>
- Auto AP44686-2019. (2019, 30 de octubre). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (José Francisco Acuña Vizcaya, M. P.). <http://190.217.24.13:8080/WebRelatoria>
- Banco Jiménez, P. (2017). *Los principios básicos de casación penal como fundamento en la construcción de una proposición jurídica viable*. Universidad La Gran Colombia. <https://repository.ugc.edu.co/>
- Briceño Bermejo, J. (2013). ¿Nace un nuevo juez de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa? Reflexiones desde el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial. *Revista Iter Ad Veritatem*, n. ° 11, 39-51. Universidad Santo Tomas-Seccional Tunja. <http://revistas.ustatunja.edu.co/>
- Carvajal Arroyave, V., Hoyos Mosquera, D. y Mosquera Sánchez, Z. (2009). *Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia en la Ley 1437 de 2011*. Universidad Libre-Seccional Pereira. <https://repository.unilibre.edu.co>
- Castro Delgado, J. (2012). El recurso extraordinario en el proyecto de código procesal civil. *Revista Ius et Praxis*, vol. 18, issue 2, 125-146. Universidad de Talca. <http://web.b.ebscohost.com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Constitución Política de Colombia. (1991, 20 de julio). Congreso de la República de Colombia. Gaceta Constitucional n. ° 116 del 20 de julio de 1991. <http://www.senado.gov.co>
- Córdoba Cruz, L. y Orrego Peña, J. (2013). *Estudio sobre el acoso laboral y las acciones realizadas por las autoridades administrativas frente a las quejas presentadas por los trabajadores en la ciudad de Pereira en los años 2011-2012*. Universidad Libre. <https://repository.unilibre.edu.co/>
- Decreto Ley 2158 de 1948. (1948, 24 de junio). Congreso de la República de Colombia. Código Procesal del Trabajo, artículos 86, 87 y 90. <https://www.funcionpublica.gov.co>
- Del Rincón Rubio, M. (2011). Sistematización de las causas de inadmisión del recurso de casación civil. *Revista de Derecho UNED*, núm. 8, 447-465. Universidad Nacional de Educación a distancia. <http://revistas.uned.es/>
- Del Río Ferretti, C. (2015). La casación civil: El desafío de la correcta racionalización y IURISPRUDENTIA NOVIT CURIA en una futura reforma legal. *Revista chilena de derecho*, 42(2), 483-513. Pontificia Universidad Católica de Chile. <https://scielo.conicyt.cl/>
- Del Río Ferretti, C. (2015). Motivo de casación en el fondo civil en Chile. Problemas y perspectivas de reforma. *Revista Ius et Praxis*, vol. 21, issue 2, 161-198. Universidad de Talca. <http://web.b.ebscohost.com.sibulgem.unilibre.edu.co/>

- Díaz Martínez, M. (2013). Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutorias en apelación y casación: Principio de inmediación y derecho de defensa. *Revista de derecho penal y criminología*, 3. ª Época, n. º 9, 111-142. Nueva Jurídica. Universidad Nacional de Educación a distancia. <http://e-spacio.uned.es/>
- Diéguez Málaga, F. (2003). Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. *Revista Justicia*, issue 1, 199-233. Bosch, S. L. <http://web.b.ebscohost.com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Freire Álvarez, L. (2017). *El rol de la casación en el Estado constitucional de derechos y justicia. Universidad Andina Simón Bolívar*. <http://repositorio.uasb.edu.ec/>
- Fuentes Espinoza, C. (2019). Recurso de casación: ¿derecho constitucional? *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n. º 12, 255-267. <https://ficheros-2019.s3.amazonaws.com>
- Garros Font, I. y Contreras Soler, B. (2016). El rigor formalista del acceso al recurso de casación contencioso-administrativo versus el derecho a la tutela judicial efectiva. *Revista Justicia*, núm. 2, 461-497, Bosch, S. L. <http://web.a.ebscohost.com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Gavilanes Obregón, J. (2016). *La Corte Nacional de Justicia, su interpretación desde la Constitución en el recurso de casación y el control constitucional*. Universidad Regional Autónoma de los Andes. <http://dspace.uniandes.edu.ec/>
- Gavle Mavila, C. (2012). El recurso de casación en el Perú. *Revista Derecho & Sociedad*, 38, 103-110. Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://revistas.pucp.edu.pe/>
- Gómez Castrillón, L. (2017). La técnica de casación en el sistema procesal penal acusatorio: causas de inadmisión del recurso. *Revista Pluriverso*, núm. 8, 69-92. Universidad Autónoma de Latinoamérica. <https://publicaciones.unaula.edu.co/>
- González Jácome, J. (2007). La casación como forma de centralización del poder. Una mirada histórica. *Revista de Derecho Público*, 20, 1-22. Universidad de los Andes. <http://web.b.ebscohost.com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Granda Román, D. (2019). La rigidez del recurso de casación en el sistema procesal civil ecuatoriano. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/>
- Hernández Jiménez, N. (2011). *Temas de procedimiento penal: reflexiones a propósito de la Ley 1395 de 2010*. Universidad Libre. <https://repository.unilibre.edu.co/>
- Hernández Jiménez, N. (2012). *Guía para la casación penal en Colombia. Análisis jurisprudencial y práctica forense*. Editorial Académica Española. <https://2019-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Iregui Parra, P. (2016). El precedente judicial, ¿fuente de derecho? *Revista precedente judicial en el Contencioso-Administrativo: estudio desde las fuentes del derecho*, 7-72. Editorial Universidad del Rosario. <https://2019-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Izquierdo Franco, J. (2015). El recurso de casación ante el neoconstitucionalismo garantista: crítica filosófica y constitucional de una casación “de minimis”. *FORO, Revista de Derecho*, n. º 23, 96-130. Universidad Andina Simón Bolívar. <http://www.uasb.edu.ec/>

- Jiménez Díaz, E. (2009). Recurso de casación laboral y sus reformas. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 306-327. Universidad del Rosario. <https://2019-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Ley 600 de 2000. (2000, 24 de julio). Congreso de la República de Colombia. Código de Procedimiento Penal, artículos 207 y 216. Diario Oficial n. ° 44.097.
- Ley 906 de 2004. (2004, 1 de septiembre). Congreso de la República de Colombia. Código de Procedimiento Penal, artículos 180, 181, 184 y 186. Diario Oficial n. ° 45.658.
- Ley 1437 de 2011. (2011, 18 de enero). Congreso de la República de Colombia. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, artículos 256, 257, 258, 260 y 262. Diario Oficial n. ° 47.956.
- Ley 1564 de 2012. (2012, 12 de julio). Congreso de la República de Colombia. Código General del Proceso, artículos 11, 13, 336 y 344. Diario Oficial n. ° 48.489.
- López Menudo, F. (2018). El recurso de casación, ¿jurisprudencia y/o justicia? *Revista de Administración Pública*, issue 207, 13-41. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. <http://web.b.ebscohost.com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Masciotra, M. (2015). El poder discrecional de los jueces. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 115-135. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. <http://publicacionesicdp.com/>
- Merino Jara, I. (2017). Los primeros pasos de la nueva casación contencioso-administrativa. *Revista Nueva Fiscalidad*, issue 1, 11-16. Dykinson S. L. <http://web.a.ebscohost.com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Muñoz-García, M. A. (2016). La violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho en casación penal. *Revista Universitas*, n. ° 133, 139-190. Universidad Javeriana. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.vils>
- Muñoz Subía, K. (2015). *El recurso de casación en materia civil en el Ecuador: formalismo vs. tutela efectiva de los derechos fundamentales*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. <http://repositorio.uasb.edu.ec>
- Nieva Fenoll, J. (2006). La enunciación de los motivos de casación en las leyes procesales. *Revista Justicia*, 157-187, Bosch, S. L. <http://web.b.ebscohost.com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Orriols García, S. (2010). La ejecución de la sentencia durante la pendencia del recurso de queja interpuesto contra la inadmisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. *Justicia: Revista de derecho procesal*, núm. 3-4, 157-187, Bosch, S. L. <https://2019-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Quiroga León, A. (1999). La casación civil: mito y realidad. Proyecto de Ley modificatorio. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. ° 52, 715-759. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://dialnet.unirioja.es>
- Radicado 11001-33-35-000-2013-00733-01. (2019, 2 de julio). Consejo de Estado (Gabriel Valbuena Hernández, M. P.). <https://procesos.ramajudicial.gov.co>
- Radicado 11001-03-26-000-2018-00151-01. (2019, 18 de julio). Consejo de Estado (Marta Nubia Velásquez Rico, M. P.). <https://procesos.ramajudicial.gov.co>

- Radicado 68001-33-33-001-2013-00046-01. (2019, 1 de agosto). Consejo de Estado (María Adriana Marín, M. P.). <https://procesos.ramajudicial.gov.co>
- Romero Seguel, A., Aguirrezabal Grünstein, M. M. y Barahona González, J. (2008). Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil. *Revista Ius et Praxis*, año 14, n. ° 1, 225-259. Universidad de Talca. <https://scielo.conicyt.cl/>
- Sarmiento-Erazo, J. (2011). Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia en la Ley 1437 de 2011. *Revista Vniversitas*, n. ° 123, 247-282. Universidad Javeriana. <https://revistas.javeriana.edu.co>
- Sentencia C-586-1992. (1992, 12 de noviembre). Corte Constitucional (Fabio Morón Díaz, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Sentencia C-037-1996. (1996, 5 de febrero). Corte Constitucional (Vladimiro Naranjo Mesa, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Sentencia C-1065-2000. (2000, 16 de agosto). Corte Constitucional (Alejandro Martínez Caballero, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Sentencia C-203-2011. (2011, 24 de marzo). Corte Constitucional (Juan Carlos Henao Pérez, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Sentencia C-880-2014. (2014, 19 de noviembre). Corte Constitucional (Gloria Stella Ortiz Delgado, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Sentencia SU-635-2015. (2015, 7 de octubre). Corte Constitucional (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Tamborero Moliner, G. (2013). La garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación. *Revista Actualidad Jurídica*, issue 35, 7-24. Dykinson S. L. <http://web.b.ebscohost.com.sibulgem.unilibre.edu.co/>
- Toledano Cantero, R. (2018). Las primeras sentencias de la nueva casación. *Revista de Administración Pública*, n. ° 207, 95-118. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.04>
- Vázquez Sotelo, J. (2010). Ineficacia de la casación bajo el peso de la dogmática. *Revista Justicia: Revista de derecho procesal*, n. ° 3-4, 97-118. Bosch. <https://2019-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/>

Disputatio

Diálogos entre derecho procesal y derecho sustantivo

Se terminó de producir en julio de 2022.

Las fuentes tipográficas empleadas son Cardillac en 11 puntos en texto corrido y Open Sans Condensed Bold en 11,5 puntos en títulos.



LOS AUTORES

Diana Rocío Rojas Sosa

Abogada especializada en Derecho Administrativo y especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá.

Devid Alberto Rosso Mora

Abogado Egresado de la universidad católica de Colombia, magister en derecho privado con énfasis en investigación de la universidad Carlos III de Madrid (España), Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Docente universitario de Ética Jurídica y Teoría General del Proceso. Socio fundador de R&B LAWYERS - Tus Dependientes.

Johanna Marcela Sánchez Parra

Abogada de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Jefe División Nacional de Personal Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia.

Margarita Rosa Sandoval Gómez

Abogada de la Universidad Simón Bolívar, de Barranquilla. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá.

Anderson Vergara Bustos

Abogado de la Universidad Industrial de Santander (UIS), Sede Bucaramanga (Santander, Colombia). Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Abogado litigante en Vergara & Rueda Abogados S.A.S.

Angie Carolina Vivas Castiblanco

Abogada de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Conciliadora en Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá. Abogada en NIDIA OSORIO & Co.

El presente trabajo recoge las investigaciones más sobresalientes elaboradas por los estudiantes del programa de Especialización en Derecho Procesal en 2020. Estas investigaciones resultan valiosas no sólo por los rigurosos análisis, reflexiones y resultados que cada una de ellas expone, sino porque reflejan plenamente el compromiso, sacrificio y dedicación de cada uno de los autores, quienes lograron alcanzar excelentes resultados de investigación durante un muy difícil año en el que todos debimos asumir ingentes desafíos a nivel personal, familiar y social.

De la misma forma, este libro de investigación surge como evidencia del amplio compromiso de los docentes del programa de Especialización en Derecho Procesal; en especial de aquellos docentes de metodología de la investigación que se encargaron de orientar a los autores para alcanzar los resultados que hoy se presentan.

Se deja, entonces, a disposición de la comunidad académica y jurídica este producto de investigación, que pretende suscitar reflexiones que terminen materializando las acciones de cambio y transformación necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento de los postulados constitucionales, en favor de toda la ciudadanía.



LOS EDITORES



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**



ISBN 978-628-7580-06-0



9 786287 580060