

39

TEMAS PROCESALES

Vanessa Franco Ramírez
Editora



RED

— Proceso y Justicia —

2024-1 ISSN 2619-3655

La Revista Temas Procesales No. 39

no tiene ánimo de lucro.

ISSN: 2619-3655

Periodicidad: semestral

Queda prohibido cualquier tipo de reproducción
—con finlucrativo— de los trabajos académicos aquí presentados.
Todos los derechos reservados.

Filiación: Red para el Estudio del Proceso y la Justicia

www.redidprocesalyjusticia.org

red@procesalyjusticia.org

Medellín, Colombia.

Editora:

Vanessa Franco Ramírez

Corrección de estilo:

Toomás Vásquez Saldarriaga

Diagramación:

Leonardo Sánchez Perea

Octubre, 2024

COMITÉ EDITORIAL

Adriana Henao (Colombia-Institución Universitaria de Envigado),
Jorge Vásquez (Colombia-Universidad Católica Luis Amigó),
Diana Ramírez Carvajal (Colombia-Universidad de Medellín),
Andrea Meroi (Argentina-Universidad Nacional del Rosario) y
Vanessa Franco Ramírez (Colombia-Institución Universitaria de Envigado).

COMITÉ CIENTÍFICO

Eugenia Ariano Deho (Universidad Pontificia Católica de Perú),
Camilo Zufelato (Universidad de Sao Pablo),
Arturo Álvarez (España-Universidad de Cadiz) e
Isabel Villar (España-Universidad de Cadiz).

COMITÉ EVALUADOR

Camilo Andrés Garzón Correa (Colombia-Universidad Cooperativa de Colombia),
Juan Camilo Yepes Yarce (Colombia-Universidad Autónoma Latinoamericana)

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
ODR, HERRAMIENTAS EN CONSUMO Y COMERCIO ELECTRÓNICO	6
Carlos Esplugues Mota	
JUSTICIA DIGITAL Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA PROYECTADA NORMATIVA DE EFICIENCIA PROCESAL Y DE EFICIENCIA DIGITAL EN ESPAÑA	31
Francesc Pérez Tortosa	
ACCESO A LA JUSTICIA, EL RETO DE ENTENDER LA COSMOVISIÓN INDÍGENA DE LOS PUEBLOS ARHUACO, EMBERA CHAMÍ Y EMBERA KATÍO.....	54
Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez	
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN PANAMÁ	83
Brenda Elizabeth Vega Atencio	
INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL PROCESAL.....	104
Katherine Andrea Rolong Arias	
RESEÑA DE LA SENTENCIA SC5039-2021 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, RAD.: 52001-31-10-006-2018-00170-01, INCIDENTE DE REPARACIÓN DE PERJUICIOS (2021, 10 DE DICIEMBRE)	126
Francisco Alirio Serna Aristizabal	

PRESENTACIÓN

La Fundación Red para el Estudio del Proceso y La Justicia se complace en presentar el número 39 de nuestra querida Revista Temas Procesales. Después de haber desarrollado varios números en honor a nuestro querido maestro: Michele Taruffo, donde pudimos resaltar la relevancia de su obra para la actualidad del derecho procesal, regresamos con un número que nos permitirá analizar las dinámicas actuales del derecho procesal. Las enseñanzas de Taruffo seguirán siendo parte fundamental de la apuesta académica de la Fundación Red para el Estudio del Proceso y la Justicia, y a lo largo de todos los números que seguirán a este vamos a mantener nuestro compromiso de resaltar todas las enseñanzas de nuestro maestro. Sin embargo, el presente número se abre a otras posibilidades para el estudio del derecho procesal.

Nuestro número 39 tiene como intención principal dar cuenta de los fenómenos contemporáneos que atraviesan el derecho procesal, donde la justicia digital, los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, el comercio electrónico, e incluso la pregunta por el pluralismo jurídico tiene lugar. A lo largo de este número, nos encontraremos con aportes que nos permitirán entender la forma en la que el derecho procesal se está enfrentando a las dinámicas actuales del mundo digital, los retos que se viven a la hora de hacer realidad la promesa pluralista de la Constitución del 1991, pero también de demostrar cómo el mundo procesal de países como España y Panamá tiene mucho que aportar para el aprendizaje en nuestro país.

Entregamos con gran alegría este número a nuestra comunidad académica, con la esperanza de que nuestra revista siga representando un medio de divulgación que permita que los estudiosos del derecho procesal compartan conocimientos, para seguir haciendo crecer esta rama, que es el pilar fundamental de la realización del derecho positivo.

ODR, HERRAMIENTAS EN CONSUMO Y COMERCIO ELECTRÓNICO

Carlos Esplugues Mota¹

RESUMEN

El presente análisis examina la progresiva preeminencia del derecho del consumo dentro del ámbito jurídico contemporáneo, destacando su evolución desde una mera regulación contractual hasta constituir una disciplina jurídica autónoma. Se enfoca en la consolidación de los consumidores como colectivo social y la consagración del derecho del consumo como un cuerpo normativo independiente, así como su pertinencia en un contexto globalizado y tecnológico. Subraya la imperiosa necesidad de normar el consumo de manera sostenible y equitativa, con el propósito de salvaguardar los derechos de los consumidores y fomentar prácticas comerciales equitativas. Además, se analiza detenidamente la interrelación entre el consumo y la sostenibilidad, resaltando la responsabilidad compartida entre consumidores, empresas y entidades regulatorias.

Asimismo, se abordan los desafíos legales asociados al comercio electrónico y la complejidad inherente a los conflictos transfronterizos en el ámbito del consumo. En última instancia, se concluye en la trascendencia de abordar cuestiones como la sostenibilidad, el acceso a la justicia y la regulación del comercio electrónico para asegurar la efectiva protección de los derechos de los consumidores en un entorno

¹ Carlos Esplugues Mota es Catedrático de derecho internacional privado en la Universidad de Valencia (España). Fue Presidente de la Asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Es representante del Reino de España en la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL/CNUDMI.WG II Conciliación y Arbitraje) y ha formado parte de diversas comisiones legislativas en la Comisión Europea, actuando de forma regular, hasta su nombramiento como representante de España en la CNUDMI, como árbitro y mediador internacional. Es uno de los más destacados especialistas españoles en Derecho Internacional Privado y Derecho Comercial Internacional, constando como uno de los 5 autores españoles de Derecho Internacional Privado, Derecho del Comercio Internacional y de resolución de controversias comerciales internacionales más citados de acuerdo con Google Académico y apareciendo en el top 1.2% en ssrn.com Su obra, traducida al español, inglés, japonés y ruso es amplísima en número y materias tratadas (595 publicaciones a fecha enero de 2023: 8 libros como autor único, 87 como director, editor o autor de capítulos en libros internacionales, 351 como director, editor o autor de capítulos en obras nacionales, 62 artículos en revistas jurídicas internacionales y 87 artículos en revistas jurídicas nacionales). Es Doctor honoris causa por diversas universidades, y ha sido reconocido por las más altas instituciones científicas internacionales, además, imparte docencia como profesor invitado de forma regular en Europa, América y Asia.

jurídico caracterizado por un constante devenir. Este análisis incita a reflexionar sobre la necesidad de adecuar el derecho del consumo a los imperativos del siglo XXI, propiciando una mayor equidad y justicia en las relaciones comerciales y fortaleciendo la salvaguarda de los consumidores en un contexto globalizado y digitalizado.

Palabras clave: Derecho del consumo; Consumo sostenible; ODS (Objetivos de Desarrollo Sostenible); Comercio electrónico; Acceso a la justicia.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION, TOOLS IN CONSUMER AND E-COMMERCE

ABSTRACT

The present analysis examines the progressive preeminence of consumer law within the contemporary legal sphere, highlighting its evolution from mere contractual regulation to constituting an autonomous legal discipline. It focuses on the consolidation of consumers as a social collective and the consecration of consumer law as an independent normative body, as well as its relevance in a globalized and technological context. It underscores the imperative need to regulate consumption in a sustainable and equitable manner, with the purpose of safeguarding consumers' rights and promoting fair commercial practices. Additionally, the interrelationship between consumption and sustainability is thoroughly analyzed, emphasizing the shared responsibility among consumers, businesses, and regulatory entities.

Moreover, the legal challenges associated with e-commerce and the inherent complexity of cross-border conflicts in the realm of consumption are addressed. Ultimately, it is concluded that addressing issues such as sustainability, access to justice, and regulation of e-commerce is crucial to ensuring the effective protection of consumers' rights in a legal environment characterized by constant change. This analysis prompts reflection on the need to adapt consumer law to the imperatives of the 21st century, fostering greater equity and justice in commercial relationships and strengthening consumer protection in a globalized and digitized context.

Key Words: Consumer Law; Sustainable Consumption; SDGs (Sustainable Development Goals); E-commerce; Access to Justice.

INTRODUCCIÓN

El derecho del consumo constituye uno de los ámbitos más apasionantes de la ciencia jurídica. La toma de conciencia del legislador sobre la existencia de un colectivo que debe ser protegido se ha plasmado en amplios desarrollos legislativos de muchos lugares del planeta. De hecho, pocos ámbitos han contado con un desarrollo y un reconocimiento tan amplio y rápido como el que ofrece el derecho del consumo. En apenas seis décadas, las que van desde el discurso del Presidente Kennedy hasta la actualidad, esta rama del derecho se ha consolidado como una de las más dinámicas y cercanas al ciudadano. En el momento actual, sin embargo, confronta, como otros muchos ámbitos de la ciencia jurídica, un conjunto de retos novedosos que van a marcar su futuro mediato.

La realidad actual del consumo, y los nuevos retos que genera y con los que se ve confrontados, exige repensar este ámbito del derecho y las respuestas que ofrece a esta problemática cada vez más compleja, que puede poner en entredicho gran parte de los avances —y de los derechos atribuidos al consumidor— de los últimos años en este sector. Muchas son las nuevas preguntas planteadas. Al compás del incremento del consumo y del cambio en los hábitos del consumidor, el derecho del consumo afronta, entre otros, la problemática de su engarce con los Objetivos de Desarrollo Sostenible. La necesidad de acompasar la actuación de los consumidores a la necesaria toma de conciencia en torno a la crisis climática y la limitación de los recursos naturales choca de frente con la consolidación de un consumo en masa en un mundo cada vez más interconectado, planteando la consecuente necesidad de combinar la protección del planeta con las expectativas y derechos del consumidor.

Este aumento constante de las operaciones de consumo, que cada vez más se desarrollan de forma electrónica, genera un incremento notable de los litigios en este sector. Litigios en muchas ocasiones internacionales cuya naturaleza, sin embargo, el propio consumidor desconoce. La necesidad de ofrecer al ciudadano consumidor vías accesibles y efectivas de resolver sus disputas de consumo plantea el recurso a distintos mecanismos de resolución alternativa o complementaria de disputas, dadas las limitaciones que el recurso a los tribunales estatales plantea, máxime en los casos de litigios transfronterizos.

Los distintos legisladores nacionales e internacionales son crecientemente conscientes de este hecho, favoreciendo el recurso a estos medios y buscando, además, su uso en línea. Una posibilidad que ya existe y que, previsiblemente, verá aumentada su implementación exitosa en los próximos años. Habrá que ver si los distintos legisladores nacionales son capaces, también, de aportar nuevas respuestas.

1. LOS BRÍOS RENOVADOS DE UN ÉXITO: EL DERECHO DEL CONSUMO

La ciencia jurídica del Siglo XX ofrece en el derecho del consumo uno de sus más relevantes aportes. Si bien los diversos códigos civiles nacionales han incorporado históricamente, con sus lógicas diferencias y modulaciones, un tratamiento del incumplimiento contractual, la consolidación del derecho del consumo como sector jurídico individualizado ha permitido singularizar la respuesta ofrecida, dotándola de unas características propias. Ya no estamos ante la problemática clásica de la función desarrollada por una parte en el marco de un específico tipo contractual —la compraventa o la prestación de servicios son paradigmáticos al respecto—, sino ante actuaciones de ciudadanos pertenecientes a una concreta categoría de personas (los consumidores) que, precisamente por pertenecer a ella, ven particularizada su condición y el tratamiento de su actividad (Basedow, 2021, p. 508).

Esta idea de pertenencia, y las consecuencias que de ella se derivan, vienen directamente vinculadas a la explicitación que, en marzo de 1962, realizaba el presidente norteamericano John F. Kennedy ante el Congreso de su país, de una realidad tan relevante, como carente de reconocimiento jurídico hasta ese momento. Todos somos, decía, «Consumidores, por definición». Y este colectivo, además, constituye «el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas»².

Esta simple constatación marca el inicio de una nueva época, que ha generado un impacto plural y duradero que supera, con mucho, la estricta dimensión jurídica. Con ella, los consumidores y sus derechos se visibilizan, pasando a adquirir toda esta problemática una dimensión política, social o económica, hasta entonces desconocida.

La consolidación de la figura del “consumidor” conlleva un desplazamiento del foco de la relación jurídica, desde el tipo contractual a la afiliación de la persona que se consolida en un concreto grupo social (los consumidores), el cual está caracterizado por los desequilibrios que padecen en su actuar diario. Las anteriores condiciones obligan a los diversos legisladores nacionales e internacionales a diseñar un conjunto amplio y diverso de medidas tendentes a lograr el reconocimiento de este grupo como colectivo singularizado. El cual, a su vez, les atribuye un amplio volumen de derechos destinados a consolidar ciertos objetivos de redistribución y reequilibrio de fuerzas, para compensar las limitaciones que, de forma intrínseca, presenta el consumidor en su vida diaria.

Desde el simbólico momento de 1962 y la actualidad, la idea del *Homo Consumens* se ha visto afianzada (Rodríguez Días, 2012). Al compás de esto, el derecho del consumo ha gozado de un desarrollo exponencial y plural, reafirmandose como una

² Traducción propia.

rama independiente de la ciencia jurídica. Un derecho que, amén de presentar una especial cercanía con el ciudadano, cuenta con metas y vida propias, las cuales dan cuenta de una independencia y madurez que se patentizan, entre otros, en el enorme entramado de textos y declaraciones que jalonan su crecimiento en el plano interno y, también, en el internacional.

En Colombia, el primer párrafo del artículo 78, inicial del Capítulo 3: *De los derechos colectivos y del ambiente*, del Título II: *De los derechos, las garantías y los deberes*, de la Constitución Política (C.P., 1991), afirma la obligación de que la ley regule el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Para ser responsables, debemos incluir el segundo párrafo del precepto, que indica que «quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios».

El Estado debe, igualmente, garantizar, tal como precisa el tercer apartado del apuntado artículo 78, la «participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen». Interviniendo, al amparo del artículo 334 del texto constitucional: «en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados» como forma de conseguir, entre otros objetivos, el «mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes» (C.P., 1991). Obligaciones y objetivos que sirven de base para la promulgación de la Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones (Sayas Contreras, Arrieta Flórez, y Latorre Iglesias, 2018, p.62).

Pero no estamos solos, como decimos, ante una abundante regulación nacional, la tarea realizada en el plano internacional es enorme y plural, y su impacto, muy relevante. Recordemos, así, las Directrices para la protección del consumidor de la Naciones Unidas (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1985), revisadas en 2015³, que recogen las principales características que deberían tener, para ser eficaces, las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación. O los trabajos desarrollados en el marco de la *Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)* que, en su día, estableció el *ASEAN Coordinating Committee on Consumer Protection*, rebautizado en 2007 como: *ASEAN Committee on Consumer Protection*⁴.

3 Resolución aprobada por la Asamblea General el 22.12.2015 [sobre la base del informe de la Segunda Comisión (A/70/470/Add.1)] 70/186. Protección del consumidor (disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d186_es.pdf).

4 Este es un mecanismo para fomentar la protección de los consumidores en esta área del mundo que fue lanzado en 2016: *El ASEAN Strategic Action Plan for Consumer Protection (ASAPCP) 2025*. Entre otros objetivos, busca establecer «a common ASEAN consumer protection framework» asegurando «a high common level of consumer empowerment and protection», y un alto grado de confianza

En Iberoamérica, en el seno del MERCOSUR, se elaboraron en 2019 unos «Principios fundamentales para la defensa del consumidor», que se vinculan con el denominado «Logro 22: Sistema regional de defensa del consumidor»; los cuales están articulados a través del proceso de armonización de legislaciones en esta área⁵.

Con similar filosofía se crea en 2007, en el entorno del SICA, el Consejo Centroamericano de protección al consumidor (CONCADECO)⁶. Y, en la Comunidad Andina de Naciones, se adoptará la Decisión 608, de 29 de marzo de 2005: Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, que tienen como objetivo, de acuerdo con su artículo 2: «la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores». A esta última, se añade la Decisión 539, del 11 de marzo de 2003 (Mesa andina de participación de la Sociedad Civil para la defensa de los derechos del consumidor)⁷ que, como afirma su artículo 1, establece

una Mesa Andina de Trabajo sobre la Promoción y Protección de los Derechos del Consumidor, como instancia consultiva dentro del marco del Sistema Andino de Integración, para promover la activa participación de las instituciones, públicas y privadas, vinculadas con la defensa de los derechos del consumidor en los Países Miembros de la Comunidad Andina, en los procesos de concertación social y de toma de decisiones de la integración subregional en las áreas de su interés.

En esta misma línea evolutiva de explicitación de la defensa del consumidor como principio esencial y como objetivo legislativo, avanzarán los Tratados fundacionales de la actual Unión Europea, los cuales se verán colmados con el paso del tiempo gracias al reconocimiento expreso de los derechos mencionados. Así, el artículo 12 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea afirma el carácter transversal de la protección del consumidor, señalando de forma taxativa la necesidad de tener en cuenta la exigencia de la protección de los consumidores, por lo que deberán «definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión» (2010). Un posicionamiento que se acompaña de la introducción del Título XV del Tratado, dedicado a la protección de los consumidores, cuyo único artículo: el 169, prevé la adopción de un elenco de medidas diversas con el objetivo de «promover

del consumidor <https://asean.org/our-communities/economic-community/competitive-innovative-and-inclusive-economic-region/consumer-protection/>

⁵ Este proceso ha conducido a la aprobación de todo un conjunto de normas que, entre otras cuestiones, establecen los derechos básicos de los consumidores, regulando aspectos vinculados a la protección de la salud y de su seguridad, publicidad, garantías contractuales, y el derecho a la información en las transacciones comerciales efectuadas por ellos a través de internet. Vid. <https://www.mercosur.int/logro-22-sistema-regional-de-defensa-del-consumidor/>

⁶ Vid. <http://directorio.sela.org/listado-de-organismos/concadeco.aspx>

⁷ Vid. <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/DEC539S.asp>

los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección», contribuyendo a proteger su salud, seguridad e intereses económicos, «así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses».

Un compromiso que se ve apoyado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, de 2000, cuyo artículo 38, titulado: *Protección de los consumidores*, recoge que en «las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores». Disposición que se plasma en un elenco amplísimo de disposiciones dictadas por la Unión para regular los más variados ámbitos de la vida de los consumidores europeos, protegiendo sus derechos y asegurando su acceso a la justicia (Esplugues Mota, 2023, p.50).

2. UNA RAMA DEL DERECHO EN MOVIMIENTO: RETOS NOVEDOSOS PARA EL CONSUMO Y PARA EL DERECHO DEL CONSUMO

La actividad de consumo y el número de consumidores, no hace sino incrementarse en el marco de una economía mundial que basa su crecimiento en él. La forma de consumir también varía con un incremento constante y sostenido del comercio electrónico. En el caso de Colombia, por ejemplo, hablamos de una realidad que afecta a 26,19 millones de colombianos —más de la mitad de los casi 52 millones con que cuenta el país— que realizaron compras en línea solo en el 2022. Actualmente se cuenta con un 73% de conciudadanos que realizan más compras en línea que antes de la pandemia ocasionada por el COVID 19 (Gómez Ramírez, 2023). Un comercio que en ese mismo 2022 alcanzó en el país una facturación total de 9.350 millones de dólares, con lo que se presenta como el mercado número 32 en el plano mundial, por delante, por ejemplo, de Dinamarca. Además, se prevé que los ingresos por ventas en línea seguirán creciendo hasta alcanzar los 14.520 millones de dólares en 2027 (Carrasco, 2023).

Frente a lo que era tradición hace apenas unas décadas, el consumo se desarrolla ahora en sociedades crecientemente interconectadas, con operadores que actúan en clave global y que mueven mercancía desde todos los lugares del planeta. Además, prestan servicios en todo el mundo, lo que dota —en múltiples ocasiones y de manera cada vez más habitual— de carácter transfronterizo a las operaciones de consumo del mercado.

En el entorno de esta sociedad crecientemente internacionalizada, que entiende el consumo como un elemento consustancial de la vida diaria, como una forma de relacionarse con los demás, el derecho del consumo se presenta como una realidad consolidada en el plano mundial.

El derecho de consumo es un sector de la ciencia jurídica —y del ordenamiento, nacional e internacional— que representa un punto de encuentro entre culturas jurídicas, y que ha logrado, en apenas seis décadas, una acelerada relevancia y un alto nivel de reconocimiento por los ciudadanos consumidores. Esta área del

derecho resulta especialmente cercana y, como ocurre con el resto del entorno jurídico, se ve actualmente confrontada con la aparición de retos novedosos de impacto planetario que, previsiblemente, van a tener un efecto directo en la idea misma de consumo, de consumidor, de la actividad de consumo, en su regulación y en la salvaguarda de los derechos de los consumidores. Entre todos los retos, destaca especialmente la problemática de su necesario engarce con los ODS.

La relación entre derecho del consumo, consumidor y Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) presenta una imprescindible, casi angustiada, relevancia en nuestros días. En este sentido, dos son, como mínimo, los retos ineludibles, e interrelacionados que van a marcar el futuro inmediato del derecho de consumo; sin que puedan entenderse ambos de manera aislada al ser, pues estos son, de alguna manera, causa y consecuencia el uno del otro.

- 1) Así, en primer lugar, la eclosión consumidora cuenta con un impacto directo, y negativo, sobre el medio ambiente, forzando a repensarlo y a readaptarlo en la búsqueda de un consumo sostenible. Esto de acuerdo con la línea del objetivo 12 ODS: «Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles». Un comercio sostenible que favorece la aparición de un nuevo sujeto de protección: el planeta, que necesariamente va a tener un impacto generado por los patrones de consumo y los derechos de los consumidores.
- 2) En segundo lugar, y directamente vinculado al anterior, la revolución tecnológica, y la globalización de la economía favorecen el acceso al comercio electrónico. Con él, la aparición de un consumidor más complejo en su actuar que, además, deviene actor protagonista de una actividad que, por su propia condición, trasciende las fronteras nacionales. Con ello surgen retos adicionales relacionados, por ejemplo, con el ejercicio y salvaguarda de los derechos reconocidos a los consumidores.

El enlace con el objetivo 16 ODS: «Paz, justicia e instituciones sólidas» es tan directo como relevante. La problemática del acceso del moderno consumidor global a una justicia eficiente, previsible y asequible, va a tener que ofrecer respuestas a situaciones crecientemente transfronterizas, que cobran una relevancia adicional en una economía digitalizada e interconectada como la actual.

3. UN CONSUMO CADA VEZ MÁS ELECTRÓNICO, SOSTENIBLE Y RESPETUOSO CON LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Vivimos en un planeta que enfrenta una crisis climática que se agudiza día a día, y que, entre consecuencias plurales, afecta a la actividad de consumo, en masa y en línea, sobre la que se sustenta la economía moderna. Esta transformación ha traído como resultado que se plantee la cuestión de la necesaria evolución hacia un consumo sostenible. Estamos «en el inicio del cambio» (González, 2021),

de un cambio en los hábitos de consumo que, necesariamente, y dado su eventual impacto en la economía global, va a trascender las estrictas dimensiones del Derecho.

La verbalización de la necesidad de un consumo, y de una producción sostenible, se remonta a la Cumbre de Río de 1992. El Principio 8 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo habla de la necesidad de reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles (Naciones Unidas, 1992). Dos años más tarde, en 1994, en el *Oslo Symposium on Sustainable Consumption*, se ofrecerá la primera definición de «consumo y producción sostenible»:

the use of services and related products, which respond to basic needs and bring a better quality of life while minimizing the use of natural resources and toxic materials as well as the emissions of waste and pollutants over the life cycle of the service or product so as not to jeopardize the needs of further generations (Ari y Yikmaz, 2020, p.55).

La búsqueda de un “consumo sostenible” se vincula directamente con los ODS aprobados por Naciones Unidas en septiembre de 2015, y constituye cada vez más una de las preocupaciones actuales de los consumidores (Comisión Europea, 2022). En concreto, al apuntado Objetivo 12: *Producción y consumo responsables*, asume el vínculo entre el consumo y la producción mundiales como fuerzas impulsoras de la economía. Y plantea su decisiva incidencia en el actual proceso de degradación medioambiental, puesto que representa un impacto negativo directo en el medio ambiente y en la explotación de los recursos naturales, de los que dependen tanto nuestra supervivencia como especie (Naciones Unidas, 2015). Este efecto negativo se acrecentará todavía más si la población alcanza los previstos 9.600 millones en 2050, en contraste con los 2.540 de 1950 (Statista, 2023); en este sentido, estaríamos hablando de 3,7 por ciento más población en un solo siglo y en un mismo mundo. De acuerdo con las estadísticas mencionadas, se necesitaría el equivalente de 3 planetas anuales para mantener el estilo de vida actual.

El incremento sostenido de la población, el aumento del nivel de vida y los cambios en los hábitos de los consumidores han conducido a que el consumo doméstico de materiales (*Domestic Material Consumption*), esto es, la cantidad total de materiales usados por una economía (Comisión Europea, 2023), se haya más que triplicado en el mundo en los últimos 50 años⁸.

El consumo, y la producción insostenible sobre el que este se asienta, «amenazan con superar la capacidad de carga del planeta», planteando la necesidad de que los consumidores, fundamentalmente los consumidores ricos en países desarrollados (20% de la población) avancen «hacia modalidades de consumo sostenible» (Naciones Unidas, s.f.). La población con menos recursos solo representa el 6% del total de ingresos por consumo.

Lo que no oculta el hecho de que los ciudadanos —y empresas— de países desarrollados (la UE es un buen ejemplo) siguen siendo los más grandes usuarios-

⁸ Ver: https://wesr.unep.org/sdg/country_profile/globalindicator1222.html?country=GL

consumidores. Este factor debe, necesariamente, tomarse en consideración para evitar la adopción de medidas similares frente a realidades diversas, lo que terminaría homogeneizando a consumidores que, a lo largo del planeta, no son para nada iguales. Recordemos cómo el «consumo de una persona normal en un país de ingresos elevados es un 60% más alto que el de una persona en un país de ingresos medios-altos, y 10 veces mayor que el de una persona en un país de bajos ingresos» (Naciones Unidas, 2019). Adoptar medidas similares respecto a todos conduce, necesariamente, a agravar las desigualdades que ya sufren los consumidores de países en desarrollo frente a los consumidores de países desarrollados (Naciones Unidas, 2019).

En la ecuación consumo–producción, esta última ha sido la que ha recibido un mayor volumen de atención, y la que más actuaciones ha generado (Saumier, 2921, p. 387). El concepto y pautas de la producción sostenible están claramente identificados, y no se puede alegar desconocimiento sobre su significado. No puede decirse lo mismo, sin embargo, con relación al término “consumo sostenible”, sobre la que no existe una noción clara, ni un entendimiento común, ni respuestas definidas (Mont, 2019, p. 7). Se trata de alterar los patrones de consumo a través de cambios en el estilo de vida y conducta —y opciones— de los consumidores.

Ahora bien, el concepto de “consumo sostenible” varía según se haga una aproximación al término desde una perspectiva de sostenibilidad del consumo “weak” o “strong” (Hobson, 2013, p. 1082). Y, con ello, o bien se relativicen los objetivos a alcanzar, o se apueste por un cambio radical de los hábitos del consumo de los ciudadanos.

En uno u otro caso, la opción por un consumo sostenible —o más sostenible— anclado en un uso eficiente de los limitados recursos naturales existentes (Naciones Unidas, 2019), va a contar, necesariamente, con un impacto directo en el consumidor y en su actividad. Lo que hará, por ejemplo, cada vez más habituales los supuestos de intervenciones gubernamentales destinadas a restringir el uso o consumo de ciertos productos, para lo que se adoptarían disposiciones muy variadas en su naturaleza (Ibidem). Estas disposiciones deberían estar dotadas de un marcado carácter imperativo que garantice la protección de los estándares y exigencias (Dreyzin De Klor, 2019, p. 246.).

El objetivo 12 de los ODS busca consolidar un cambio beneficioso para el planeta. Una mudanza que, sin embargo, más pronto que tarde le va a general al consumidor, al menos al consumidor medio, un más limitado acceso a determinados bienes y servicios y, también, un previsible incremento en el precio de estos. También es probable que llegue a afectar a sus derechos de consumidor. Y no solo como consecuencia de requerirle una apuesta por un estilo de vida más sostenible, y por el eventual fomento de la economía circular (Naciones Unidas, 2015), sino por la consolidación de un nuevo interés superior —el del planeta—, al que deberá subordinarse el interés del consumidor, tanto como persona individual como colectiva.

En este sentido, la educación va a ser un dato determinante: el objetivo 12.8 ODS habla de la exigencia de una educación para el desarrollo sostenible plasmado en que de aquí a 2030 se asegure que «las personas de todo el mundo tengan la información y los conocimientos pertinentes para el desarrollo sostenible y los estilos de vida en armonía con la naturaleza» (Naciones Unidas, 2015). Con ello se trata de «empoderar a los consumidores a fin de ayudarles a adoptar decisiones fundamentadas en lo que respecta a sus opciones de compra en favor de productos, bienes y servicios sostenibles» (Ibidem). Lo que exige, necesariamente, que los Estados deban tomar la iniciativa en la elaboración de medidas normativas a escala nacional.

La propia ONU, a través de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente aprobó, el 15 de marzo de 2019, una Resolución sobre vías innovadoras para lograr el consumo y la producción sostenibles (p. 3). La Asamblea reconoce la exigencia de lograr modalidades de consumo y producción sostenibles «como requisito esencial para el desarrollo sostenible» (Ibidem), asumiendo la existencia de políticas diversas para su logro en los distintos países del mundo, y alentando a la adopción de diversas medidas para promover este tipo de consumo y producción.

Entre ellas, destaca la invitación a los Estados, ciudades, comunidades locales y los interesados pertinentes, incluidos los fabricantes y minoristas,

a que intensifiquen su colaboración para permitir que los consumidores y las autoridades públicas adopten decisiones fundamentadas, por ejemplo, mediante la provisión de información fiable al consumidor sobre la eficiencia en el uso de los recursos y una mayor sostenibilidad de los productos y servicios, incluso, cuando proceda, mediante información sobre los enfoques para aumentar la longevidad y la reutilización de los productos y el reciclaje de materiales, y mediante información sobre herramientas e incentivos eficaces para que el consumidor opte por decisiones sostenibles, por ejemplo, cuando proceda, planes de responsabilidad ampliada de los productores (pp. 3-4).

Así como a que

elaboren e implementen políticas, planes y programas públicos que apoyen la educación y fomenten la concienciación sobre la importancia de las modalidades de consumo sostenible, los estilos de vida sostenibles y el comportamiento sostenible de los consumidores, y desarrollen aptitudes conexas en los círculos académicos y el sector privado, incluido el sector financiero (p.4).

En esta misma línea, y teniendo en cuenta las actuaciones de la Unión Europea en materia de consumo y producción sostenibles (Amanatidis, & Lipcaneanu, 2013, p.1), uno de los resultados alcanzados en el *European Consumer Summit 2021* (Comisión Europea, 2021) será, precisamente, en línea con lo dispuesto en la acción 18 de la Nueva Agenda del Consumidor, el «Promote consumer education initiatives on sustainable consumption, including through targeted actions addressing specific segments of consumers, such as young and elderly consumers» (Comisión Europea, 2020, p.21).

En todo caso, el creciente carácter global del consumidor y de la actividad de consumo, realizada cada vez más frecuentemente en línea, sin contacto directo con el proveedor del bien o del servicio, y sin conocer exactamente la identidad de este, tiene una incidencia plural en la actividad de consumo, en su regulación y en la propia persona del consumidor, dotándole de un nivel de internacionalidad y de complejidad que no había tenido precedentes.

La potencial existencia de normativas nacionales con diversos grados de exigencia y/o de derechos para los consumidores, cuenta con un impacto directo, y acrecentado, en la actividad transfronteriza de estos. Una actividad internacional que realizan, por ejemplo, al adquirir bienes o servicios en línea y que, en múltiples ocasiones, desarrollan de forma inconsciente: sin ser plenamente responsables de las consecuencias jurídicas y de las complejidades que ello puede suponer. No solo esto puede afectar de manera decisiva la efectividad de sus derechos, al limitar, o incluso imposibilitar, el acceso a la justicia efectiva, debido a costes y condicionantes. Justo la problemática a la que se refiere el objetivo 16 de los ODS.

4. COMERCIO ELECTRÓNICO, ACCESO A LA JUSTICIA Y ODR

Los cambios en los modos de consumir, entre los que destaca un creciente recurso al comercio electrónico —auténtica puerta al mundo, y a productos y servicios antes no disponibles o inalcanzables—, facilita la aparición de potenciales conflictos en las operaciones de consumo. A mayor actividad económica y, por lo tanto, a mayor cantidad de negocios jurídicos que la sustentan, más posibilidad de que se generen litigios. Litigios que, además, vendrán dotados de un grado adicional de complejidad. El hecho de que se trate habitualmente de operaciones de bajo coste, que cuentan con una creciente naturaleza transfronteriza, y de que esta sea en múltiples ocasiones desconocida por el propio consumidor agrega una especial dificultad y onerosidad al eventual litigio planteado.

4.1 Tribunales estatales y acceso a la justicia en el ámbito del consumo

Las usuales dudas sobre la capacidad de los tribunales estatales de ofrecer respuestas sencillas, accesibles, previsibles y seguras a las expectativas de los ciudadanos consumidores se ven incrementadas por los costes que supone la litigación internacional, y por la incertidumbre que implica el hecho de que entren en contacto entre sí distintos ordenamientos jurídicos, con diversos niveles de protección del consumidor, cuya aplicabilidad —y contenido— son, como decimos, desconocidos por el consumidor en muchas ocasiones.

El legislador nacional se ve confrontado con la exigencia de articular los mecanismos adecuados para ofrecer el consumidor —cada vez más digitalizado y, por lo tanto, cada vez más internacionalizado y global— una vía de resolución de sus litigios que se adecúe a sus expectativas y a la cuantía, generalmente reducida, de los litigios planteados.

En este sentido, el ciudadano consumidor tiene siempre abierto el acceso a los tribunales estatales para resolver estas disputas. Sin embargo, este es un acceso que, en muchas ocasiones, es más teórico que real. La respuesta que se ofrece habitualmente resulta lenta y desajustada a las características económicas de la disputa suscitada.

Además, resulta especialmente oneroso en coste, tiempo y previsibilidad el caso de litigios transfronterizos, en los que se suscita la triple cuestión de la competencia judicial internacional, de la ley aplicable al fondo de la disputa y de la eficacia extraterritorial de la eventual decisión dictada (Palao Moreno, 2020, pp. 630-632). A ello se unen las cuestiones tradicionales de la falta de claridad sobre la ley aplicable, incluso en entornos integrados como la Unión Europea (Basedow, 2021, p.516), los problemas lingüísticos, o la ausencia de conciencia de los consumidores sobre donde plantear una posible demanda. Amén de las dificultades y costos de ejecutar la eventual resolución dictada.

La encuesta del eurobarómetro de 2004 sobre acceso de los ciudadanos a la justicia apuntaba la disponibilidad de tan solo un 18% de los consumidores europeos a acudir a los tribunales estatales por reclamaciones entre 100 y 500 euros. A esto se le añade que, solo un 11%, lo haría para reclamaciones entre 100 y 200 euros. Lo que pone de manifiesto la desproporción entre el valor de lo adquirido y el coste de acudir a un órgano jurisdiccional como elemento determinante para esta negativa actitud (Barral Viñals, 2010, p.1). Costes procesales que, porcentualmente, resultan mucho más elevados que los costes del procedimiento en general (Catalán Chamorro, 2018, p.335).

En el apartado siguiente, veremos cómo los mecanismos alternativos o adecuados de resolución de controversias favorecen las anteriores problemáticas. Estos mecanismos se aplican tanto de manera presencial como en línea. El arbitraje, en esencia, es el mecanismo más habitual; la mediación, por su parte es menos usual, pero aporta grandes posibilidades en este y otros ámbitos (Morugán Escobedo, 2019, p.1).

La situación de la UE es, en este sentido, paradigmática, ya que reproduce las diversas fases que ha sufrido el desarrollo del derecho de acceso a la justicia en el ámbito del consumo (Catalán Chamorro, 2018, p.326). En su seno, por ejemplo, el volumen de textos que articulan vías de acceso a los tribunales estatales en el ámbito del consumo transfronterizo es amplio y relevante. Así, se cuenta con, al menos, con tres instrumentos europeos relevantes:

1. El Reglamento 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía;
2. El Reglamento 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo y.

3. Los artículos 17 a 19, y el resto de preceptos dedicados al reconocimiento y ejecución de las eventuales resoluciones judiciales dictadas en el Reglamento 1215/2012 del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Pero el legislador europeo es consciente de las limitaciones que acompañan la vía judicial a la hora de resolver las controversias de consumo transfronterizas que, precisamente por esa condición internacional, presentan ese apuntado grado adicional de complejidad. Ello coadyuva a la exploración de vías alternativas o complementarias a la justicia estatal como forma de resolver las disputas de consumo en el seno de la Unión. Con lo que se consolida, también en este ámbito, el cambio en el paradigma de justicia del que habla la mejor doctrina (Barona Villar, 2016, p. 51.).

4.2 Explorando los MASC como forma de resolver las disputas de consumo

Los MASC constituyen mecanismos que resultan especialmente relevantes y necesarios en el ámbito del consumo, máxime cuando cuentan con una dimensión transfronteriza. Estos se han convertido en un tipo de litigios que, como decimos, resultan cada vez más habituales debido a la realidad digital que vivimos, y al fomento sostenido del comercio electrónico que, entre otras consecuencias, ello conlleva.

4.2.1 El supuesto de la Unión Europea

En el caso concreto del viejo continente, los litigios de naturaleza transfronteriza tienden a crecer exponencialmente debido al carácter único y unitario del mercado europeo; esto sin que cuenten, sin embargo, con una condición exclusivamente "europea". Así, en el actual mercado único digital europeo⁹, en el que el 76% de los usuarios de internet adquirieron bienes o servicios en línea en 2022, con un 16% de incremento respecto del año anterior (Amsterdam University of Applied Sciences, 2022). Además, se observa cómo en el 32% de las operaciones se contaba con

⁹ El Reglamento 524/2013 del Parlamento y del Consejo de 21-05-2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (DO L 165, de 18-06-2013) entiende por "mercado en línea" a un prestador de servicios de la sociedad de la información, conforme a la definición del artículo 2.b) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 08-06-2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L 178 de 17-07-2000), que permite a los consumidores y comerciantes celebrar contratos de compraventa y de prestación de servicios en línea en el sitio de internet del mercado en línea.

vendedores de otros países europeos, en el 22% los vendedores o proveedores de servicios en de países no europeos y un 13% de origen desconocido (Ibidem).

La apuesta de la Unión Europea en apoyo a los MASC está en plena consonancia con el mandato del artículo 81.2 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que insta al Parlamento Europeo y el Consejo a adoptar medidas «para garantizar: (...) g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios; (...)» (2010). El fomento del uso de esta tipología de medios por parte del legislador europeo viene asociado, además, a una apuesta por los MASC en línea como mecanismos adecuados para facilitar al consumidor la posibilidad de ver salvaguardadas sus expectativas jurídicas y derechos en caso de litigios transfronterizos. Así, frente al arbitraje o a la mediación física, se va a buscar el diseño de mecanismos en línea como forma más accesible y efectiva de acceso a la justicia para los consumidores europeos.

El legislador europeo es plenamente consciente de la relevancia del juego de estos instrumentos en este sector, y su actuación fomentándolos ha sido amplia y constante. La primera manifestación efectiva de la UE en este sentido se produce con el Libro Verde de la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el mercado único, del 16 de noviembre de 1993. Al que seguirá el Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior, de 1996.

Será en 2001 cuando se apruebe la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001), y que reafirma la apuesta por la imparcialidad, transparencia, equidad, gratuidad y eficacia del procedimiento.

A ella le siguieron un conjunto de instrumentos diversos y sobre los que se asienta en el entramado vigente como son:

1. La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, más conocida como Directiva RAL;
2. El Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, denominado como Reglamento RLL o,
3. El Reglamento de Ejecución 2015/1051 de la Comisión, de 1 de julio de 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de

cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

La apuesta por las ODR en el ámbito del consumo, reflejo de una aparente cuarta ola de acceso a la justicia (Catalán Chamorro, 2018, p. 345), queda plasmada en la plataforma europea de resolución de litigios en línea desarrollada al amparo del mencionado Reglamento 524/2013. La plataforma viene referida a los conflictos con carácter transfronterizo que se hayan producido en el marco del comercio electrónico, y, con todas sus limitaciones y fallos, cabe considerar como el aporte más relevante y original de los últimos años en este sector. No abarca, por lo tanto, las operaciones de consumo “tradicionales” realizadas en forma presencial, a las que sí se aplican la Directiva 2013/11/UE (Valbuena González, 2015, p.1005).

El sistema, señala el artículo 2.1 del Reglamento 524/2013, tiene como objeto la resolución extrajudicial de litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa, o de prestación de servicios, celebrados en línea entre un consumidor —entendido en el sentido del artículo 4.1.a) de la Directiva 2013/11/UE¹⁰— residente en la Unión, y un comerciante —tal como viene definido en el artículo 4.1.b) de esta misma Directiva¹¹— establecido en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa, incluida en la lista con arreglo al artículo 20, apartado 2, de la Directiva 2013/11/UE, en la que intervenga una plataforma de resolución de litigios en línea.

Igualmente, añaden los numerales 2 y 4 del artículo 2 del Reglamento, el sistema es susceptible de aplicarse para resolver los litigios iniciados por un comerciante frente a un consumidor, en la medida en que la legislación del Estado miembro en el que resida el consumidor admita que tales litigios se resuelvan a través de la intervención de una entidad de resolución alternativa de conflictos.

Su finalidad es, tal como precisa el artículo 1 del Reglamento 524/2013, contribuir, a través de la consecución de un elevado nivel de protección del consumidor, al correcto funcionamiento del mercado interior, en particular de su dimensión digital, proporcionando una plataforma europea de resolución de litigios en línea que tenga por objeto la resolución extrajudicial de litigios «entre consumidores y comerciantes en línea de forma independiente, imparcial, transparente, eficaz y equitativa» (Barral Viñals, 2015, p.8). Se trata, en suma, de fomentar lo que gráficamente se ha denominado como la *e-confidence*, doble fundamento para

10 Esto es, «toda persona física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión».

11 «toda persona física, o toda persona jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o a su cargo, con fines relacionados con sus actividades comerciales o empresariales, su oficio o su profesión».

el fomento del comercio electrónico y para la salvaguarda efectiva de los derechos de los consumidores.

Como avanza el artículo 5.2 del Reglamento 524/2013, estamos ante una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que deseen resolver extrajudicialmente los litigios incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento. Un sitio de internet interactivo al que se puede acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de la Unión; y que facilita un formulario electrónico de reclamación que la parte reclamante pueda rellenar, de conformidad con el artículo 8 del propio Reglamento, informando de la reclamación a la parte reclamada, y determinando la entidad o entidades de resolución alternativa competentes. Así como transmitiendo la reclamación a la entidad de resolución alternativa que las partes hayan acordado utilizar, al amparo del artículo 9 del Reglamento.

A su vez, la plataforma ofrece gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos que permite a las partes, y a la entidad de resolución alternativa, tramitar en línea el procedimiento de resolución de litigios, proporcionándoles la traducción de la información que sea necesaria para la resolución del litigio, y que se intercambie a través de la plataforma. Oferta, además, un sistema de comentarios que facilita a las partes expresar su opinión sobre el funcionamiento de la plataforma, y sobre la entidad de resolución alternativa que haya conocido de su litigio.

El sistema articulado a través de estos instrumentos se asienta sobre un conjunto de principios explícitos o implícitos, como son los de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad. A ellos se unen otros referidos al desarrollo del eventual procedimiento de resolución articulado: voluntariedad, defensa y asesoramiento de las partes, coste y duración del procedimiento —quizás las dos cuestiones clave en relación con la resolución de controversias en el ámbito del consumo— (Pillado González, 2012, pp. 159-160), facilidad de acceso, igualdad y contradicción de las partes e ineficacia para el consumidor de acuerdos previos (Marugán Escobedo, 2019, 135).

En relación específicamente con la siempre debatida naturaleza voluntaria de estos instrumentos en el ámbito del consumo, resulta especialmente interesante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 14 de junio de 2017, en el asunto C-75/16, *Menini and Rampanelli*, que —en relación con el uso de la mediación en este ámbito— señala la necesidad de interpretar la apuntada Directiva 2013/11/UE en el sentido de no oponerse a una normativa nacional conforme a la cual el recurso a un procedimiento de mediación constituye un requisito de admisibilidad de la demanda judicial relativa a ciertos litigios, en la medida en que tal exigencia no impide que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial. Considerando, al contrario, que sí se opone a una normativa que establece que en el marco de tal mediación los consumidores deben ser asistidos por un abogado, y que únicamente pueden retirarse de un procedimiento

de mediación si demuestran que existe una causa justa que sustente su decisión (Marugán Escobedo, 2019, p.154-155).

En la práctica, la Plataforma es un canal de transmisión de las reclamaciones a la entidad designada, que será la encargada de fijar el procedimiento, rigiéndose por las normas en la materia del Estado miembro en que radique la entidad. La mencionada ventanilla única sobre la que se articula la plataforma se encuentra accesible en el enlace: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES> En ella aparecen diversas pestañas: “Página principal”, “Inicie su caso”, “Cómo funciona”, “Derechos del consumidor”, “Organismos de resolución de litigios”, “Sección de las empresas” y “Ayuda”¹².

La plataforma no parece haber alcanzado todo el éxito aventurado, pues hasta el momento se ha probado insuficiente para ofrecer a los consumidores europeos una solución rápida, efectiva, segura y accesible para resolver sus disputas de consumo, especialmente las de naturaleza transfronteriza. Junto a los problemas planteados por su funcionalidad y por la información ofrecida sobre su existencia, que quizás no ha sido todo lo directa y abundante que debía, tampoco le ayuda el hecho de dejar fuera de su ámbito las operaciones que no se realizan en formato electrónico, lo que genera una “innecesaria” disparidad de regímenes jurídicos (Valbuena González, 2015, p.1005).

En todo caso, cualquier apuesta por este tipo de mecanismos pasa, entre otras medidas (admitiendo que estamos ante herramientas de aplicación voluntaria), por identificar con claridad al proveedor de servicios MASC y establecer claras exigencias de verificación, como hacen, por ejemplo, los artículos 5 a 7 de la Ley 7/2017, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. que exige la especificación de su lugar de establecimiento, de sus estatutos y de su competencia y ámbito territorial de los litigios en que intervengan, especificando sus competencias y estableciendo un punto único de presentación de las posibles reclamaciones.

A la espera de la futura consolidación de sistemas de negociación automática que superen el recurso al arbitraje o a la mediación en línea (Barral Viñals, 2010, p.10), el actual modelo, o cualquiera que se diseñe, debería facilitar al máximo la presentación de las eventuales reclamaciones, tanto presenciales como en línea, sobre todo si el consumidor —en un intento adicional de no agrandar la brecha digital— no está habituado a las herramientas informáticas.

Toda la información tendría, además, que ser redactada de forma clara. En el caso concreto de las disputas de consumo, se debería asegurar que todo el proceso fuera en el idioma del consumidor. Todo ello, intentando proteger al máximo al

¹² Un análisis en profundidad de la plataforma y de su funcionamiento se encuentra en Valbuena González (2015).

consumidor vulnerable y ofreciéndole herramientas para la autoevaluación de su caso (Voet et al., 2022, p.2). De nada sirve establecer un alto grado de protección al consumidor si, posteriormente, éste no puede ver satisfechas sus expectativas en supuestos de disputas de consumo. No debemos olvidar que la actual realidad digital acentúa este peligro, a la vez que pone de manifiesto la exigencia de ofrecer al ciudadano consumidor medios adecuados, accesibles, sencillos y efectivos para resolver sus disputas.

4.2.2 Colombia y otras realidades

Pero hay mucho mundo más allá de la Unión Europea, y lo cierto es que no sólo ella favorece el recurso a esta tipología de mecanismos de ODR para resolver las disputas de consumo. La apuesta por los MASC en línea como medios para resolver disputas de consumo se observa en otros países del mundo. Colombia es un ejemplo de ello. La Superintendencia de Industria y Comercio ha puesto en práctica el sistema SIC Facilita, una «herramienta gratuita de resolución de conflictos» (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia [SIC], 2018), en la que la SIC actúa como facilitadora entre consumidores y proveedores, buscando negociar acuerdos amigables frente a litigios en materia de consumo.

Como la propia Superintendencia señala, se trata de «un espacio virtual en tiempo real, para facilitar soluciones en un tiempo considerablemente menor y sin la necesidad de adelantar un proceso de demanda o denuncia al interior de la SIC» (Ibidem). Los consumidores y proveedores registrados en el sistema se reúnen a través de un *chat* dirigido por la SIC en el que intentan resolver las disputas surgidas en su relación de consumo: «(garantías, promociones y ofertas, publicidad engañosa, ventas a distancia, servicios de telecomunicaciones, suplantación de identidad y reportes a centrales de riesgo)» (Ibidem).

Este sistema comenzó con 754 reclamaciones en 2015, pasando a 13.358 en 2016, 15.190 en 2017, y a 19156 sólo en el primer trimestre de 2021. La duración del proceso es de 15 hábiles como media (SIC, 2018). Con casi la mitad de las reclamaciones interpuestas en 2018 en Bogotá, y un 15% en Antioquia.

La implementación de este tipo de sistemas ha crecido, igualmente, en el plano internacional. Por ejemplo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) también ha apostado por este tipo de mecanismos en su *OECD Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress* de 2007, en la que en relación con los litigios transfronterizos se insta a los Estados a ofrecer a los consumidores información clara sobre sus derechos, sobre las vías judiciales y extrajudiciales disponibles de resolver sus disputas y sobre las complejidades adicionales que implica el ser un consumidor “extranjero”. En tal sentido, con más o menos éxito, se insta a fomentar el uso de medios tecnológicos en este campo (OECD, 2022).

Existen, a su vez, otros organismos de carácter privado que intentan aportar seguridad y certeza a esta nueva realidad. Así, junto al *National Center for Technology & Dispute Resolution* (NCTDR), el denominado *International Council for Online Dispute Resolution* fija un conjunto de estándares sobre las características y exigencias que han de acompañar a cualquier plataforma de resolución de disputas en línea: accesibilidad, responsabilidad, competencia, confidencialidad, igualdad, imparcialidad, legalidad, seguridad y transparencia.

CONCLUSIÓN

Pocos ámbitos han contado con un desarrollo y reconocimiento tan amplio y rápido como el derecho del consumo. En apenas seis décadas, las que van desde el discurso del presidente Kennedy hasta la actualidad, esta rama del derecho se ha consolidado como una de las más dinámicas y cercanas al ciudadano. En el momento actual, sin embargo, esta rama afronta, como otras muchas ramas de la ciencia jurídica, un conjunto de retos novedosos que van a marcar su futuro mediato.

Al compás del incremento del consumo y del cambio en los hábitos del consumidor, el Derecho del consumo afronta, entre otros, la problemática de su engarce con los objetivos de desarrollo sostenible. La necesidad de acompasar la actuación de los consumidores a la necesaria toma de conciencia en torno a la crisis climática y la limitación de los recursos naturales choca de frente con la consolidación de un consumo en masa en un mundo cada vez más interconectado; todo ello plantea la consecuente necesidad de combinar la protección del planeta con las expectativas y derechos del consumidor.

Este aumento constante en las operaciones de consumo que, cada vez más se desarrollan en forma electrónica, genera un incremento notable de los litigios en este sector. Litigios —en muchas ocasiones— internacionales, cuya naturaleza, sin embargo, el propio consumidor desconoce. La necesidad de ofrecer al ciudadano consumidor vías accesibles y efectivas para resolver sus disputas de consumo plantea la necesidad de recurrir a distintos mecanismos de resolución alternativa o complementaria de disputas, dadas las limitaciones que el recurso a los tribunales estatales plantea, máxime en los casos de litigios transfronterizos.

Los distintos legisladores nacionales e internacionales son crecientemente conscientes de este hecho favoreciendo el recurso a estos medios y buscando, además, su uso en línea. Una posibilidad que ya existe y que, previsiblemente, verá aumentado su utilización exitosa en los próximos años. Habrá que ver si los distintos legisladores nacionales son capaces, también, de aportar nuevas respuestas.

TRABAJOS CITADOS

Amanatidis, G; & Lipcaneanu, N. (2013). El consumo y la producción sostenible, Parlamento Europeo. https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/es/FTU_2.5.7.pdf

Amsterdam University of Applied Sciences – CMIHva Centre for Market Insights. (2022). European E-Commerce Report 2022, light version, Ecommerce Europe.

Ari, I; & Yikmaz, R.F. (2020). Greening of Industry in a Resource- and Environment-Constrained World. En Acar, S. y Yeldan, E. Handbook of Green Economics, Academic Books.

Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (2019). Vías innovadoras para lograr el consumo y la producción sostenibles. Resolución aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente el 15 de marzo de 2019, Cuarto período de sesiones, Nairobi. UNEP/EA.4/Res.1 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/K19/010/45/PDF/K1901045.pdf?OpenElement>

Association of Southeast Asian Nations (ASEAN). (2007). Strategic Action Plan for Consumer Protection (ASAPCP) 2025. <https://asean.org/our-communities/economic-community/competitive-innovative-and-inclusive-economic-region/consumer-protection/>

Barona Vilar, S. (2016). 'Justicia integral' y 'access to justice'. Crisis y evolución del 'paradigma'. En Barona Vilar, S. (Coord.), Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia, Thomson Reuters-Civitas.

Barral Viñals, I. (2010). La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, (11), p. 1-11

Basedow, J. (2021) EU Private Law. Intersentia.

Carrasco, D. (2023). Radiografía del eCommerce en Colombia: un mercado atractivo para tu internacionalización. En Marketing 4 ecommerce. <https://marketing4ecommerce.net/radiografia-del-ecommerce-en-colombia-un-mercado-atractivo-para-tu-internacionalizacion/>

Catalán Chamorro, M. J. (2018). El derecho fundamental de acceso a la justicia de los consumidores. Estudios de Deusto, 66(2), [https://doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp323-346](https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp323-346)

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). https://www.google.com/search?q=constituci%C3%B3n+pol%C3%ADtica+de+colombia&rlz=1C5CHFA_enCO812CO812&oq=constituci%C3%B3n+pol%C3%ADtica+de+colombia&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYO-TINCAEQABiDARixAxiABDIHCAIQABiABDIHCAMQABiABDIHCAQQABiABDIHCAUQABiABDIH-CAYQABiABDIGCAcQRRg80gEINjcwM2owajSoAgCwAgA&sourceid=chrome&ie=UTF-8

Comisión de las Comunidades Europeas, Unión Europea. (04 de abril de 2001). Recomendación relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo. 2001/310/CE). L 109/56 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310>

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Carlos Esplugues Mota / ODR, herramientas en consumo y comercio electrónico

Comisión de la Comunidad Andina. (29 de marzo de 2005). DECISIÓN 608. Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec608s.asp>

Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. (2020). Nueva Agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible, Bruselas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696>

Comisión Europea, Justicia y Consumidores. (2021). European Consumer Summit 2021. <https://prod5.assets-cdn.io/event/6172/assets/8384443344-d383965b22.pdf>

Comisión Europea, Justicia y Consumidores. (2022). Key consumer market trends to observe. Opening plenary European Consumer Summit 2022. Agenda du Consommateur Prochaines Etapes / Consumer Agenda Next steps. <https://prod5.assets-cdn.io/event/7729/assets/8354903119-8fddecb7b9.pdf>

Comisión Europea. (2023). Glossary: Domestic material consumption (DMC). [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Domestic_material_consumption_\(DMC\)](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Domestic_material_consumption_(DMC))

Congreso de la República de Colombia. (12 de octubre de 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. [LEY 1480 DE 2011]. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44306>

Dreyzin De Klor, A. (2019). El Derecho internacional privado en movimiento: las relaciones de consumo en la arena internacional. En Álvarez González, S; Arenas García, R; & De Miguel Asensio, P.A; Sánchez Lorenzo, S; Stampa Casas, G; & Fernández Rosas, J. C. (Eds.). Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas. Thomson Reuters Civitas.

Esplugues Mota, C. (2023). Consumo, Consumidor, Derecho Del Consumo... Nuevos Retos ¿nuevas Respuestas? En Barona Vilar, S; y Barcia Lehman, R. (dirs.). Derecho del consumo y protección del consumidor sustentable en la sociedad digital del siglo XXI, Universidad Autónoma de Chile.

Gómez Ramírez, J.D. (2023). Crecimiento contundente del comercio electrónico en Colombia. En P&M. <https://www.revistapym.com.co/articulos/consumidor/62641/crecimiento-contundente-del-comercio-electronico-en-colombia>

González, L., (2021) "¿Cómo influye la sostenibilidad en los hábitos de consumo?", en Revista InfoRetail Información de retail & consumo del Siglo XXI. <https://www.revistainforetail.com/noticiadet/como-influye-la-sostenibilidad-en-los-habitos-de-consumo/a33311ecf94081bc04c602ea5895ab49>

Grupo del Mercado Común (MERCOSUR). (2020). Defensa del Consumidor, Principios Fundamentales. [MERCOSUR/GMC/RES N° 36/19]. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-36-2019-342132/texto>

Hobson, K. (2013). 'Weak' or 'Strong' Sustainable Consumption? Efficiency, Degrowth, and the 10 Year Framework of Programmes. En *Environment and Planning C: Government and Policy*, 31(6). <https://doi.org/10.1068/c122>

Kennedy, J. K. (1962). Consumidores somos todos. <https://studylib.es/doc/4977290/discursos-de-john-f.-kennedy-el-15-de-marzo-de-1962>

Marugán Escobedo, E., (2019). Mediación de consumo: una perspectiva española y europea. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (35)

Mont, O. (2019). Introduction. En Mont, O. (Ed.). *A Research Agenda for Sustainable Consumption Governance*, Edward Elgar Publishing.

Naciones Unidas. (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

Naciones Unidas. (2015). Objetivo 12: Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles. *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-consumption-production/>

Naciones Unidas (ONU). (2015). Objetivos de Desarrollo Sostenible. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

Naciones Unidas, Medio Ambiente. International Resource Panel. (2019). Panorama de los recursos globales 2019. Recursos naturales para el futuro que queremos. Resumen para los responsables de formular políticas. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/gro-layout-sp-web-lowres.pdf>

Naciones Unidas, Departamento de Asuntos económicos y sociales. (s.f.). Camino hacia el consumo sostenible. <https://www.un.org/es/desa/sustainable-consumption>

Organisation for Economic Co-Operation and Development [OECD]. (2022). Report on the Implementation of the OECD Recommendation on Consumer Protection in E-commerce, OECD. <https://web-archive.oecd.org/2012-06-15/135553-38960101.pdf>

Palao Moreno, G. (2020). Protección del consumidor internacional en tiempos de COVID-19. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. (12bis), pp. 624-633

Parlamento Europeo y Consejo Europeo. (12 de diciembre de 2006). Reglamento 1896/2006. DO L-399, de 30-12-2006.

Parlamento Europeo y Consejo Europeo. (11 de julio de 2007). Reglamento 861/2007. DO L 199, de 31-07-2007.

Parlamento Europeo y Consejo Europeo. (12 de diciembre de 2012). Reglamento 1215/2012. DO L-351, de 20-12-2012.

Parlamento Europeo y Consejo Europeo. (21 de mayo de 2013). Directiva 2013/11/UE. DO L 165

Parlamento Europeo y Consejo Europeo. (21 de mayo de 2013). Reglamento 524/2013

Parlamento Europeo y Consejo Europeo. (01 de julio de 2015). Reglamento de Ejecución 2015/1051. DO L 171.

Pillado González, E. (2012) La mediación en materia de consumo. En Pillado González, E. (dir.). Arbitraje y mediación en materia de consumo, Tecnos.

Rodríguez Días, S. (2012). Consumismo y sociedad: una visión crítica del homo consumens. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 34(2).

Saumier, G.(2021). SDG 12: Sustainable Consumption and Production. En Michaels, R; Ruiz About-Nigm, V; & Van Loon, H. (eds.. *The Private Side of Transforming our World. UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, intersentia.

Sayas Contreras, R; Arrieta Flórez, R; y Latorre Iglesias, E. (2018). Sistema de protección al consumidor en el marco de un modelo dinámico de gobernanza. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 18(34), 61-74

Statista. (2023). Evolución de la población mundial desde 1950 hasta 2100. <https://es.statista.com/estadisticas/635122/evolucion-de-la-poblacion-mundial/>

The National Center for Technology & Dispute Resolution [NCTDR]. (s.f.). Mission. <https://odr.info/mission/>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (14 de junio de 2017). Asunto C-75/16, Menini and Rampanelli. ECLI:EU:C:2017:457

Unión Europea (UE). (1993). Libro Verde de la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el mercado único. COM (93) 576 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:i32023>

Unión Europea (UE). (1996). Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior. COM(96)0013 - C4-0195/96 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:51996IP0355>

Unión Europea (UE). (2010). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. D.O. C364/1 https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Unión Europea (UE). (2010). Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. D.O. C 83/47 <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

Valbuena González, F. (2015). La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo. *Revista de Derecho Comunitario Europea*, (52), <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.52.05>

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia [SIC]. (2018). La herramienta 'Sic Facilita' celebra dos años solucionando la vida de consumidores y proveedores. <https://www.sic.gov.co/noticias/la-herramienta-sic-facilita-celebra-dos-anos-solucionando-la-vida-de-consumidores-y-proveedores>

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Carlos Esplugues Mota / ODR, herramientas en consumo y comercio electrónico

UNCTAD, Naciones Unidas [ONU]. (1985). Directrices para la protección del consumidor de 1984. https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf

Voet, S., Caruso, S., D'Agostino, A., Dethier, S. (junio de 2022). Recommendations from academic research regarding future needs of the EU framework of the consumer Alternative Dispute Resolution (ADR). Comisión Europea. https://commission.europa.eu/document/download/75019573-7942-40ef-ac1b-ecce71f8e564_en?filename=executive_summary.pdf&prefLang=el

JUSTICIA DIGITAL Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA PROYECTADA NORMATIVA DE EFICIENCIA PROCESAL Y DE EFICIENCIA DIGITAL EN ESPAÑA¹

Francesc Pérez Tortosa

RESUMEN

El presente texto aborda varios aspectos relacionados con la comunicación telemática en el ámbito jurídico. La comunicación telemática se rige por la legislación vigente, con especial atención al artículo 152.2 Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC, 2000], que establece el uso de medios electrónicos para los actos de comunicación cuando sea obligatorio o por elección de las partes. Se plantea una excepción en el artículo 155.1 LEC, donde se establece que la primera notificación a una persona jurídica debe realizarse en su domicilio social, no a través de la Dirección Electrónica Habilitada Única [DEHÚ]. Sin embargo, propuestas de reforma podrían alterar este equilibrio, afectando potencialmente el derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a los actos procesales orales, su realización por medios telemáticos se regula en el artículo 229.3 Ley Orgánica del Poder Judicial [LOPJ, 1985], con el objetivo de garantizar la contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa. Por otro lado, en el proceso penal, se introduce la grabación de las vistas para reforzar las garantías del justiciable, aunque se plantean distintas modalidades según la disponibilidad de medios tecnológicos.

En conclusión, se destaca la importancia de conciliar la implementación de la justicia digital con la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se advierte sobre posibles conflictos con la normativa vigente y se aboga por garantizar la transparencia y la seguridad jurídica en todos los procesos.

Palabras clave: Comunicación telemática; Actos procesales orales; Justicia digital; Derechos fundamentales.

¹ Trabajo resultado del Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y a la transición digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023 titulado: *Transición Digital de la Justicia* (IPs Sonia Calaza López y José Carlos Muinelo Cobo), en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado por la Unión Europea; y del Proyecto de I+D+i de Generación de Conocimiento titulado *Sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030*. (SOST JUST 2030) (IP Alicia González Navarro), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y FEDER Una manera de hacer Europa.

DIGITAL JUSTICE AND EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION IN THE PLANNED LEGISLATION OF PROCEDURAL EFFICIENCY AND DIGITAL EFFICIENCY IN SPAIN

ABSTRACT

This text addresses various aspects related to telematic communication in the legal field and the holding of oral procedural acts through telematic means, as well as the recording of hearings in criminal proceedings. Telematic communication is governed by current legislation, with special attention to Article 152.2 LEC, which establishes the use of electronic means for communication acts when mandatory or by choice of the parties. An exception is raised in Article 155.1 LEC, where it is established that the first notification to a legal entity must be made at its registered office, not through the DEHÚ. However, proposed reforms could alter this balance, potentially affecting the right to effective judicial protection.

As for oral procedural acts, their conduct through telematic means is regulated in Article 229.3 LOPJ, with the aim of guaranteeing the contradiction of the parties and safeguarding the right of defense. On the other hand, in criminal proceedings, the recording of hearings is introduced to strengthen the guarantees of the litigant, although different modalities are proposed depending on the availability of technological means.

In conclusion, the importance of reconciling the implementation of digital justice with the protection of fundamental rights of citizens is highlighted. Possible conflicts with current regulations are warned, and it is advocated to ensure transparency and legal certainty in all processes.

Key words: Telematic communication; Oral procedural acts; Digital justice; Fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, los conflictos jurídicos han venido solucionándose a través de la jurisdicción; España no es la excepción, en buena medida, por la naturaleza tendente al pleito judicial de la sociedad. A este carácter litigante de la ciudadanía hay que sumar —como apunta Soletto (2017)— una serie de factores, a saber: a) el bajo coste de la justicia que deben asumir los administrados; b) el amplio reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita; c) la inflación normativa y jurisprudencial del derecho a la tutela judicial efectiva, «probablemente como reacción al sistema de la dictadura» (pp. 20-21); d) la falta de cultura autocompositiva en la sociedad y de la abogacía; y e) el gran número de profesionales de la abogacía. Esta conflictividad masiva provoca —a juicio de Calaza (2021)—, «un colapso en nuestra Justicia, que, adicionado a su secular atasco, conlleva una auténtica “parálisis” de la que difícilmente podrá salir airosa nuestra Jurisdicción (...)» (p. 48). En consecuencia, el proceso está en crisis, o lo que es lo mismo, la jurisdicción adolece de un cierto descrédito entre los administrados, en buena medida, por la lentitud e ineficacia en algunos casos. Ahora bien, más allá de que la ciudadanía recurra al proceso de forma más o menos intensa, se han apuntado como causas de esta situación, fundamentalmente, la falta de inversión, que se manifiesta en la prácticamente nula creación de tribunales, así como la atávica escasez de medios personales y materiales y de formación del personal judicial (Nieva Fenoll, 2022, p. 26).

La cuestión no es trivial, por cuanto —como denuncia Taruffo (1999, p. 315)— la crisis de efectividad de la justicia tiene como consecuencia, entre otras, que cada vez son más las materias y las áreas del derecho en las que, de hecho, no se administra una justicia aceptable, lo que trae como consecuencia que muchos administrados opten por no hacer valer sus derechos ante la jurisdicción. Ante esta incuestionable realidad, Barona Vilar (2011) señala tres posibles soluciones: a) mejorar la inversión, aumentando los medios materiales y personales de la Administración de Justicia; b) introducir reformas procesales que den respuesta a las necesidades procedimentales que vayan suscitándose; y c) apostar por soluciones extramuros de la jurisdicción para la resolución de los conflictos jurídicos (p. 460).

De esta forma, el objetivo en las últimas décadas se sitúa en una mejor *gestión* de la administración de justicia, por cuanto la ciudadanía tiene derecho a un servicio de justicia ágil, transparente, responsable y plenamente conforme con los valores constitucionales (De Lamo Rubio, 2017). Así, y como apunta Armenta Deu (2021), se acoge «una perspectiva propia de la “razón neoliberal” que desplaza el centro de gravedad de la institución al individuo centrando en la eficacia el núcleo de valor determinante» (p.26).

Los objetivos de alcanzar una justicia más sostenible, accesible y eficiente encuentran acomodo en la Agenda Internacional 2030 presentada por Naciones Unidas en 2015, donde se establecen los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

De la misma manera, la Unión Europea aprobó en 2020 el Plan de Recuperación *Next Generation EU* (Unión Europea), que tiene el propósito de incrementar la inversión para llevar a cabo las reformas necesarias en los Estados miembros y lograr una Europa más digital, ecológica y resiliente. Como consecuencia de ese Plan, se aprobó en España el Proyecto Justicia 2030 (Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 10 de mayo de 2021), que tiene como principal finalidad la distribución de los recursos económicos provenientes del Plan *Next Generation EU*. Para Bueno Benedí, con el Proyecto Justicia 2030 «[n]o se trata de introducir cambios en cada uno de los componentes del Servicio Público de Justicia, sino de generar transformaciones en puntos que tienen efecto sistémico en el ecosistema Justicia» (2022).

En este contexto, el legislador español ha formulado varios proyectos de ley que, conforme a la sistematización de Barona Vilar, están impulsados por varios ejes estratégicos:

- a) La consolidación de los derechos y garantías de los ciudadanos con una batería de medidas entre las que se encuentra el reconocimiento e impulso de los MASC, la elaboración de una nueva ley de defensa o una nueva LECRIM, o una mayor atención a las víctimas especialmente vulnerables;
- b) La promoción de una mayor eficiencia del servicio público con la consolidación de la oficina judicial, del expediente judicial digital y la integración de las diversas plataformas de gestión procesal; y
- c) La garantía de acceso a la justicia en todo el territorio, favorecido por una mayor cohesión y coordinación territorial de la mano de la transformación digital, que ha venido consolidándose a través de la interoperabilidad de sistemas informáticos del sector Justicia en los diversos territorios, beneficiado, en todo caso, por la co-gobernanza Estado-Comunidades Autónomas (2023).

Las propuestas de reforma orientadas a la transformación digital de la Justicia se establecen, fundamentalmente, en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia (PLMED) (Mesa de la Cámara de España, 12 de septiembre de 2022), si bien también se incluyen previsiones en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (PLMEP). En el presente trabajo se abordan tres aspectos de la justicia digital que pueden afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, especialmente, en relación con el derecho de defensa, a saber: a) la primera comunicación de forma telemática al demandado —persona jurídica— no personado en el procedimiento; b) la celebración de actos procesales a través de medios telemáticos; y c) la grabación de las vistas en el proceso penal.

Como podrá observarse, se abordan cuestiones propias del orden jurisdiccional penal, pero también del orden jurisdiccional civil, y es que no hay que dejar de tener presente, como nos recuerdan Calaza y De Prada Rodríguez que «[e]l derecho de defensa —reverso, no se olvide, del derecho de acción— no es patrimonio del orden jurisdiccional penal (...)» (2023). El tema resulta capital por cuanto la digitalización de la justicia no puede derivar, en ningún caso, en una disminución de los derechos fundamentales de los justiciables. Una nueva forma de hacer justicia (la justicia digital) no puede significar una justicia menos garantista. En este sentido, De Lamo Rubio afirma que

es preciso no olvidar que la esencia del *proceso debido* como instrumento para obtener la tutela judicial efectiva a través de las alegaciones de las partes, pruebas, conclusiones, resolución y ejecución de la misma, no ha de considerarse modificado, por muchas reformas informáticas que se que se implanten (2017).

1. PRIMERA COMUNICACIÓN TELEMÁTICA AL DEMANDADO –PERSONA JURÍDICA– NO PERSONADO EN EL PROCEDIMIENTO

En el artículo 152.2 LEC (2000) se establece el sistema a través del cual se llevarán a efecto los actos de comunicación del órgano jurisdiccional en el supuesto de que el destinatario esté obligado a comunicarse de forma telemática con la Administración de Justicia. Así, en el precepto se dispone que

[l]os actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme al artículo 273, o cuando aquéllos, sin estar obligados, opten por el uso de esos medios, con sujeción, en todo caso, a las disposiciones contenidas en la normativa reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Esta previsión normativa fue introducida por el artículo único Diecisiete de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC (LRLEC, 2015). En conexión con esta disposición, a través del artículo único. Treinta y cuatro de la misma ley se dio una nueva redacción al artículo 273 LEC, en el que se regula la forma de presentación de los escritos y documentos. En el numeral 2 de este último se establece que los sujetos que no estén representados por un procurador podrán elegir —en todo momento— si actúan ante la Administración de Justicia a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligados a relacionarse con aquella a través de estos medios.

Con relación a la práctica de la notificación, el artículo 43.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [Ley 39/2015] vino a configurar dos sistemas: a) mediante comparecencia del sujeto interesado en la sede electrónica de la administración u organismo actuante; y b) a través de la Dirección Electrónica Habilitada Única (DEHÚ); no obstante, pueden utilizarse ambos sistemas según disponga cada administración u organismo.

La posibilidad de establecer legal o reglamentariamente la obligatoriedad que tienen ciertos sujetos de comunicarse con la administración de justicia utilizando solo medios electrónicos (personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos) fue introducida a través de la modificación del artículo 33 de la Ley 18/2011 (5 de julio) la cual regula el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación en la administración de justicia, y es operada por el numeral 3 de la Disposición final séptima de la LRLEC 2015 (Ley 42/2015). Conforme a esta habilitación normativa, a través del artículo único. Treinta y cuatro LRLEC 2015 (Ley 42/2015) se estableció en el artículo 273.3 LEC el catálogo de sujetos obligados a interactuar con la administración de justicia a través de medios telemáticos, a saber: a) las personas jurídicas; b) las entidades sin personalidad jurídica; c) quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con la administración de justicia en ejercicio de dicha actividad profesional; d) los notarios y los registradores; e) quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia; y f) los funcionarios de las administraciones públicas para los trámites y actuaciones que realicen en función de su cargo.

La adaptación del ordenamiento jurídico a estas previsiones ha supuesto un notable esfuerzo legislativo. Como ejemplo reciente, el artículo 16 del Real Decreto 649/2023, que desarrolla la Ley 52/1997 del 27 de noviembre (Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en el ámbito de la Abogacía General del Estado) dispone que los miembros de la abogacía del Estado «cuidarán de que todas las notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal que deban practicarse en los procesos en que sean parte, se realicen por los medios electrónicos o telemáticos asignados a la Abogacía General del Estado».

De la normativa apuntada podría entenderse que los sujetos obligados a comunicarse telemáticamente con la administración de justicia —y que, en consecuencia, tengan una DEHÚ— podrían ser emplazados o citados de forma telemática en cualquier caso. Ahora bien, en el artículo 155.1 LEC (Ley 01/2000)— que regula los actos de comunicación con las partes aún no personadas o no representadas por procurador— se preceptúa que «[c]uando las partes no actúen representadas por procurador o se trate del primer emplazamiento o citación al demandado, los actos de comunicación se harán por remisión al domicilio de los litigantes». En consecuencia, se ha suscitado la controversia acerca de la posible vulneración del derecho de defensa cuando la notificación del primer emplazamiento a una persona jurídica demandada, se practica a través de la DEHÚ de aquella y no de su domicilio social; pues debe recordarse que la persona citada está obligada a comunicarse telemáticamente con la Administración de Justicia.

El Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse al respecto en varias resoluciones, estableciendo una suerte de «régimen jurídico sui generis

respecto de la primera citación o emplazamiento del demandado» (Tribunal Constitucional de España, Pleno, STC 41/2019, FJ 2); ya que la previsión contenida en el artículo 155.1 LEC (Ley 01/2000) supone una «excepción» al régimen general de notificaciones establecido en el artículo 152.2 LEC (Ley 01/2000) (Tribunal Constitucional, Pleno, STC 6/2019, FJ 4). Así, para el Tribunal Constitucional,

ninguno de los preceptos que la juzgadora invoca al resolver el incidente de nulidad tiene la virtualidad, individualmente valorados o conjuntamente considerados, de contrarrestar la aplicación del específico régimen jurídico estatuido para la primera citación o emplazamiento del demandado, pues ninguna de esas normas exceptúa de la regulación que establece el art. 155 LEC a quienes, conforme al art. 273.3 LEC, están obligados a relacionarse con la administración de justicia por vía electrónica o telemática. El hecho de que, por imperativo legal, los mencionados en este último precepto tengan que actuar en el proceso sirviéndose de esas vías tecnológicas y que, de acuerdo a lo previsto en el art. 152.2 LEC, ello dé lugar a que los actos de comunicación también se deban de practicar por medios electrónicos, no autoriza a entender, con fundamento en ese deber de relacionarse con la administración de justicia por medios electrónicos o telemáticos, que esas personas y entidades queden constreñidos, en cualquier caso y circunstancia, a recibir los actos de comunicación a través de esos medios, hasta el extremo de quedar neutralizada la regulación legal especialmente prevista, sin distinción de supuestos o sujetos, para las primeras citaciones o emplazamientos del demandado en el art. 155. 1 y 2 LEC (Pleno, STC 41/2019, FJ 4).

En definitiva, la primera notificación a una persona jurídica, que no está personada, debe realizarse en su domicilio social. La previsión contenida en el artículo 155.1 LEC (Ley 01/2000) es una —a nuestro entender— justificada excepción a la norma general establecida en el artículo 152.2 LEC (Ley 01/2000), por lo que no se trata, como se ha señalado en Martín Pastor, de ni una «falta de armonización», ni de una «contradicción» entre ambos preceptos (2023, pp. 215 y 217).

El legislador, no obstante, ha intentado acotar esta excepción en el marco de la reforma general del régimen de notificaciones de los actos procesales, por la que se pretende aumentar el número de supuestos en los que se puede practicar la notificación de forma telemática. Así, conforme al artículo 20. Diecinueve del PLMEP —que modifica el artículo 152.2 LEC— se prevé que los actos de comunicación se practiquen por medios electrónicos, como hasta ahora, cuando los sujetos intervinientes en el proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes y cuando, sin estar obligados, opten por el uso de esos medios. Por otro lado, se incluye una tercera posibilidad, que tendría lugar cuando los intervinientes se hubieran obligado contractualmente a hacer uso de los medios electrónicos existentes en la Administración de Justicia a momento de resolver los litigios derivados de su relación jurídica, para ello, el contrato deberá indicar los medios de los que pretenden valerse. Para el caso de los contratos de adhesión en los que intervengan consumidores y usuarios, los actos de comunicación se practicarán conforme a lo dispuesto para aquellos supuestos en los que los intervinientes no estén obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, siendo esta última forma la que tendrá validez a efectos de cómputo de plazos.

En todos estos casos—conforme al artículo 20. Veinticinco del PLMEP, que modifica el artículo 162 LEC— los sujetos obligados a utilizar los medios electrónicos y telemáticos por ley, por opción o por contrato, deberán comunicar a las oficinas judiciales que efectivamente disponen de estos medios y la dirección electrónica habilitada a tal efecto. Igualmente, se constituirá en el Ministerio de Justicia un registro accesible electrónicamente para que se registren los medios indicados y las direcciones correspondientes a los organismos públicos y profesionales obligados a conocerlos para efectos de la notificación. Además, el proyectado precepto dispone que, en cualquiera de los supuestos, cuando conste la correcta remisión del acto de comunicación por medios técnicos (salvo de los practicados a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores) y habiendo transcurrido tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente, con lo que se despliegan plenamente sus efectos. A nuestro entender, esta normativa puede llegar a suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto existen un número mayúsculo de personas jurídicas que, en realidad, son pequeñas y medianas empresas cuyos gestores no tienen una relación fluida con los medios electrónicos y telemáticos.

En relación con la excepción del artículo 155.2 LEC (Ley 01/2000), en el artículo 20. Veinte del PLMEP, se reformula el régimen de notificaciones a la parte no representada por procurador cuando esta no viene obligada legal o contractualmente a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, con lo que se da una nueva redacción al artículo 155.1 LEC (Ley 01/2000). Debido a la nueva normativa, cuando la parte no representada por procurador venga obligada legal o contractualmente a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, el acto de comunicación se realizará por medios electrónicos. Ahora bien, si el acto de comunicación tuviese por objeto el primer emplazamiento o citación, o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales, y transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se procederá a su publicación por la vía del Tablón Edictal Judicial Único. Cabe señalar, a estos efectos, que la creación del Tablón Edictal Judicial Único —introducido en el artículo 236.1 de la LOPJ (Ley Orgánica 6/1985) por el artículo único. Cinco de la Ley Orgánica 4/2018— tiene por objeto la plena informatización y unificación de la publicación de resoluciones y comunicaciones judiciales, acabando con la dispersión en tableros de anuncios y distintos boletines oficiales, y reforzando la simplicidad de este trámite y las garantías de las partes.

Por último, se prevé que en todo caso también podrá practicarse mediante entrega de la copia de la resolución, si el obligado se personase en la sede del órgano judicial, dejando constancia de ello en la diligencia que se extienda.

2. CELEBRACIÓN DE ACTOS PROCESALES ORALES A TRAVÉS DE MEDIOS TELEMÁTICOS

La celebración de actos procesales orales a través de videoconferencia está regulada con carácter general en el artículo 229.3 LOPJ. Este precepto, que hace referencia —entre otros— al principio de oralidad, establece que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas

podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal (Ley Orgánica 6/1985).

2.1 Proceso civil

El uso de la videoconferencia en el foro persigue obtener un proceso civil eficiente, potenciando, entre otros, los principios de oralidad, inmediación judicial y economía procesal (Fons Rodríguez, 2008, p. 53). En la LEC aparecen varias menciones a la posibilidad de practicar un determinado acto procesal a través de videoconferencia. Así, por ejemplo, en la regulación del procedimiento previsto para la adopción de medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, en el artículo 778 quinquies. 8 LEC se dispone que

[a]ntes de adoptar cualquier decisión relativa a la procedencia o improcedencia de la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia, el Juez, en cualquier momento del proceso y en presencia del Ministerio Fiscal, oirá separadamente al menor, a menos que la audiencia del mismo no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez del mismo, lo que se hará constar en resolución motivada.

En la exploración del menor se garantizará que el mismo pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Esta actuación podrá realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar (Ley 01/2000).

2.1.1 Previsiones en el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal

Las novedades legislativas previstas en el PLMEP para el proceso civil se establecen en el artículo 20. En relación con la celebración de los actos procesales de forma telemática, el numeral Trece del artículo 20 PLMEP modifica el artículo 129 LEC (Ley 01/2000). Por un lado, se reformula el numeral 2. Así, para las actuaciones que deban realizarse fuera del partido judicial donde radique la sede del tribunal competente, se sustituye la previsión actual de que «se practicarán, cuando

proceda, mediante auxilio judicial», por la de que «se practicarán, cuando proceda, mediante videoconferencia siempre que sea posible y, en otro caso, mediante auxilio judicial». Por otro lado, se añade el numeral 4 que contiene la previsión de que las actuaciones judiciales «también se podrán realizar a través de videoconferencia, en los términos establecidos en el artículo 229 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial».

Adicionalmente, en el artículo 20. Diecisiete PLMEP se prevé el nuevo artículo 137 bis LEC, que regula el régimen de realización de actuaciones judiciales mediante videoconferencia. Por lo que a la materia propia de este epígrafe interesa el proyectado artículo 137 bis.2 LEC, el cual dispone que los profesionales, la partes, peritos y testigos que deban intervenir en cualquier actuación por videoconferencia lo harán desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o de su lugar de trabajo. En el caso de disponer de medios adecuados, dicha intervención también se podrá llevar a cabo desde la oficina judicial de su domicilio o de su lugar de trabajo. Ahora bien, el numeral 3 del artículo prevé una serie de especialidades o, si se prefiere, de excepciones, a saber: a) cuando el juez, en atención a las circunstancias concurrentes, lo estime oportuno, las intervenciones por videoconferencia podrán hacerse desde cualquier lugar, siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente; b) cuando el declarante sea menor de edad o persona sobre la que verse un procedimiento de medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad, la declaración por videoconferencia solo se podrá hacer desde una oficina judicial en todo caso; c) las víctimas de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos, y víctimas menores de edad o con discapacidad podrán intervenir desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia, atención, asesoramiento y protección, o desde cualquier otro lugar si así lo estima oportuno el juez, siempre que dispongan de medios suficientes para asegurar su identidad.

Desde un punto de vista meramente procedimental, la norma prevé que el uso de la videoconferencia deberá solicitarse con la antelación suficiente y, en todo caso, diez días antes del señalado para la actuación correspondiente (numeral 4), así como que todas estas previsiones también se aplican a aquellas actuaciones que hayan de realizarse únicamente ante los letrados de la Administración de Justicia (numeral 5).

El artículo 20 PLMEP contiene otras modificaciones de la LEC. Así, a través del numeral 72 se modifica el artículo 414.2 LEC, estableciendo que las partes deberán comparecer a la audiencia previa por videoconferencia cuando el tribunal lo acuerde de oficio o a instancia de parte. Esta previsión se reproduce igualmente para el acto del juicio (artículo 432.1 LEC modificado por el artículo 20 PLMEP. Sesenta y cinco).

2.1.2 Previsiones en el Proyecto de Ley de Eficiencia Digital

El PLED establece las reformas previstas en la LEC a través de la Disposición final tercera, reservando el numeral 3 para que modifique el título del Capítulo I del Título V («De las actuaciones judiciales») del Libro I («De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles»), que queda con la rúbrica «Del lugar de las actuaciones judiciales y de los actos procesales mediante presencia telemática».

Por otro lado, el numeral 4 de la Disposición final añade el artículo 129 bis LEC, que regula la celebración de actos procesales mediante presencia telemática. Como norma general, el numeral 1 del proyectado artículo dispone que los actos de juicio, vistas, audiencias, comparecencias, declaraciones y, en general, de todos los actos procesales, «se realizarán preferentemente mediante presencia telemática», siempre que las oficinas judiciales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello y siempre a través de puntos de acceso seguro. Esta norma podría llegar a desnaturalizar los principios de inmediación y de publicidad tal y como los entendemos, ya que parece que la práctica presencial de los actos procesales pasaría a ser la excepción en lugar de la norma. A este respecto, en el Informe del Consejo General del Poder Judicial [CGPJ] sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia (2021) se afirma que

[l]a potenciación del uso de la videoconferencia, tal y como se contempla en el anteproyecto, entraña, sin embargo, el riesgo de que se convierta en el medio ordinario de llevar a cabo las actuaciones judiciales orales, (...). La amplitud con que el prelegislador concibe el uso de la videoconferencia puede producir la indeseable consecuencia de convertir en regla general aquello que en rigor debería constituir una excepción, justificada por las circunstancias concurrentes oportunamente valoradas por el juzgador, con perjuicio, por tanto, de los principios de inmediación y de publicidad (p. 113).

No obstante, en el numeral 2 se establece como excepción que será necesaria la presencia física de la persona que deba intervenir en los actos que tengan por objeto la audiencia, declaración o interrogatorio de partes, testigos o peritos, la exploración de la persona menor de edad, el reconocimiento judicial personal o la entrevista a persona con discapacidad. Si la persona fuera parte, será preceptiva igualmente la presencia de su defensa letrada.

Ahora bien, esta excepción queda en buena medida neutralizada, a su vez, con una serie de casos en los que no será de aplicación: a) aquellos en que el juez o tribunal, en atención a las circunstancias del caso, disponga otra cosa; b) cuando la persona que haya de intervenir resida en municipio distinto de aquel en el que tenga su sede el tribunal. En este caso podrá intervenir, a su petición, en un lugar seguro dentro del municipio en que resida, de conformidad con la normativa que regule el uso de la tecnología en la Administración de Justicia; y c) en los casos en que el interviniente lo haga en su condición de autoridad o funcionario público, realizando entonces su intervención desde un punto de acceso seguro. En los dos

últimos supuestos, no obstante, el juez o tribunal podrá, en todo caso, determinar mediante resolución motivada la participación presencial cuando estime, en atención a causas precisas del caso concreto, que el acto requiere su presencia física (art. 129, bis. 3, Ley 01/2000).

Todas estas previsiones serán de aplicación, igualmente, en actuaciones que se celebren únicamente ante los letrados de la Administración de Justicia o ante los representantes del Ministerio fiscal. En estos casos se podrá también resolver sobre la necesidad de la participación presencial de las personas que deban realizar el acto presencial, cuando así lo estimen las particulares circunstancias del caso (art. 129, bis. 4, Ley 01/2000).

Por último, en el numeral 5 del precepto se dispone que deben adoptarse las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos se garanticen los derechos de todas las partes del proceso, en especial, el derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción, y a la información y acceso a los expedientes judiciales. Cabe destacar que el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia contenía (Disposición final séptima. Cuatro) las modificaciones del artículo 129 LEC que se han enunciado en el epígrafe anterior (artículo 20. Trece PLMEP). Finalmente, estas previsiones del Anteproyecto no figuran en el PLED, entendemos que para evitar duplicidades.

2.2 Proceso penal

En el orden penal de la jurisdicción, varios son los preceptos que recogen la posibilidad de celebración de actos procesales orales a través de videoconferencia; estos han sido fundamentalmente introducidos por la Ley Orgánica 13/2003. Así, el artículo 306 LECrim (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882) regula la posibilidad de que, cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el fiscal pueda intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal (incluida la comparecencia prevista para que a las acusaciones pueda interesar la prisión provisional del investigado en la fase de instrucción (art. 505 LECrim)) mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido. Igualmente, el artículo 325 LECrim dispone para la fase de instrucción (previsión que se repite para el juicio oral en el artículo 731 bis LECrim) que el juez de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como investigado o encausado, testigo, perito, o en otra condición, resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordarse que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido.

Por otro lado, merece nuestra atención la regulación referida a la participación en el proceso penal de menores de edad y de personas con discapacidad en

calidad de testigos. En un primer momento, la Ley Orgánica 8/2006 reformó varios artículos de la LECrim con el objetivo de que, en los casos de testigos menores de edad, el juez pudiera acordar la utilización de cualquier medio técnico o audiovisual que permitiera la práctica de las pruebas que fueran necesarias para evitar la confrontación visual del testigo con el inculpado. En este sentido, a través de la Disposición final primera. Tres de la citada Ley, el reformado artículo 707 LECrim reguló que «[l]a declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba».

Ahora bien, con esta regulación podría vulnerarse el derecho de defensa del acusado. Sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional dictó doctrina por la que se validaba la declaración preconstituida del menor —que debería ser grabada y reproducida posteriormente durante las sesiones del juicio—, siempre que se cumpliera el principio de contradicción. Así, el Tribunal afirmó que,

si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso (STC 174/2011, FJ 4).

En el mismo sentido se pronunció la STC 57/2013, FJJ 4-5. Aún más, en el FJ 3, el Tribunal Constitucional afirmaba que «sería necesaria una concreta regulación legal de las exploraciones de los menores en esta clase de delitos, para proteger adecuadamente los derechos constitucionales de estos y también los de los posibles imputados». Este anhelo se vio cumplido, en un primer momento, con la aprobación del Estatuto de la víctima del delito a través de la Ley 4/2015. Conforme a la Disposición final primera. Diecinueve, se modificó de nuevo el artículo 707 LECrim, la cual quedó conforme al siguiente tenor literal:

La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.

Finalmente, la actual regulación del artículo 707 LEC (Ley 01/2000) fue formulada por la Disposición final primera. Once de la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Así,

[f]uera de los casos previstos en el artículo 703 bis, cuando una persona menor de dieciocho años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección

deba intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ella puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con la persona inculpada. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesible.

2.2.1. Previsiones en el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal

El PLMEP dedica el artículo 18 a la modificación de la LECrim, si bien, es en el apartado 18 del citado artículo donde se prevé una nueva adicional (la octava) a la LECrim. Conforme a esta Disposición, la realización de actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia en el orden jurisdiccional penal se regirá por lo dispuesto en los ya citados artículos 306, 325 y 731 bis de la LECrim, de conformidad con los artículos 229.3 y 230 LOPJ (Ley Orgánica 06/1985), y supletoriamente por las disposiciones de la LEC (Ley 01/2000).

El numeral 2 de la Disposición regula que, en cualquier caso, no obstante, resultará necesaria la presencia física: a) del acusado en los juicios por delito grave, sin perjuicio de su posible celebración cuando lo permitan los tratados y normas internacionales en ejecución de solicitudes de comparecencia por videoconferencia, y siempre que el acusado haya prestado su consentimiento; b) del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia prevista en el artículo 505 LECrim cuando el Ministerio Fiscal o la parte acusadora interese su prisión provisional o, en los juicios, cuando la pena solicitada exceda de dos años de privación de libertad, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan o cuando se trate de un acto de cooperación judicial internacional; y c) de la defensa letrada, cuando se disponga la presencia física de la persona investigada o acusada. Por último, debe garantizarse el ejercicio efectivo del derecho de defensa cuando se permita la declaración de la persona investigada o acusada a través de videoconferencia.

2.2.2. Previsiones en el Proyecto de Ley de Eficiencia Digital

La Disposición final segunda.Dos del PLMED añade un novedoso Título al Libro I LECrim (Disposiciones generales). Así, el Título XIV –titulado *De los actos procesales mediante presencia telemática*– incorpora una serie de previsiones a través del nuevo artículo 258 bis LECrim, donde se dispone una regla de preferencia para la realización de actos procesales mediante presencia telemática, de la que se exceptúan expresamente las actuaciones de naturaleza personal, como los interrogatorios de partes o testigos, además de las excepciones propias del derecho penal, preservándose además la facultad de la autoridad judicial para determinar la posible realización de cualquier acto procesal mediante presencia física.

De esta forma, la norma general, prevista en el numeral 1 del precepto, dispone que los actos de juicio, vistas, audiencias, comparecencias, declaraciones y, en general, todas las actuaciones procesales «se realizarán preferentemente, salvo que el juez o Tribunal, en atención a las circunstancias, disponga otra cosa, mediante presencia telemática» siempre que las oficinas judiciales o fiscales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello y a través de punto de acceso seguro. De nuevo, nos encontramos ante una regulación que podría vulnerar los principios de inmediación, publicidad y defensa.

Ahora bien, en el numeral 2 del artículo se prevén una serie de excepciones. De esta forma, será necesaria la presencia física del investigado o acusado en la sede del juzgado: a) en los juicios por delito grave y en los juicios de Tribunal de Jurado, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales de los que España sea parte, las normas de la Unión Europea y demás normativa aplicable a la cooperación con autoridades extranjeras para el desempeño de la función jurisdiccional; b) en los juicios por delito menos grave, cuando la pena exceda de dos años de prisión o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda seis años, si así lo solicita el procesado o su letrado, o si el órgano judicial lo estima necesario; c) en el resto de juicios, cuando el acusado comparezca, lo hará físicamente ante la sede del órgano de enjuiciamiento, si así lo solicita él o su letrado, o si el órgano judicial lo estima necesario; d) en todos los juicios, cuando el acusado resida en la misma demarcación del órgano judicial que conozca o deba conocer de la causa, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor; e) en la audiencia prevista en el artículo 505 LECrim, cuando el Ministerio Fiscal o la parte acusadora interesen su prisión provisional, salvo que se encuentre detenido o preso en un lugar fuera de la demarcación del órgano judicial competente. Si el investigado o encausado está en libertad y su domicilio estuviese situado fuera de la demarcación judicial, comparecerá de manera física a petición propia o de su letrado, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan.

El mismo numeral dispone que cuando se disponga la presencia física del investigado o acusado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada. Ahora bien, cuando se permita su declaración telemática, el abogado del investigado o acusado comparecerá junto de manera telemática o en la sede del órgano judicial. Por último, se establece que cuando el acusado decida no comparecer en la sede del órgano judicial, deberá notificarlo con, al menos, cinco días de antelación.

El proyectado artículo 258.3 LECrim regula que se garantizará especialmente que las declaraciones o interrogatorios de las partes acusadoras, testigos o peritos se realicen de forma telemática en los siguientes supuestos: a) cuando se trate de víctimas de violencia de género, de violencia sexual, de trata de seres humanos o cuando sean víctimas menores de edad o con discapacidad. Todas ellas podrán intervenir desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia, atención, asesoramiento o protección, o desde cualquier otro lugar, siempre que

dispongán de medios suficientes para asegurar su identidad y las adecuadas condiciones de la intervención; y b) cuando el testigo o perito comparezca en su condición de autoridad o funcionario público, con lo que podrá realizar su intervención desde un punto de acceso seguro. No obstante, en todos estos supuestos, el juez o tribunal podrá acordar la presencia física en atención a las circunstancias del caso concreto.

Por último, el legislador ha dispuesto que estas previsiones también sean de aplicación para las actuaciones que se celebren ante los letrados de la Administración de Justicia o ante el Ministerio Fiscal (art. 258.4 LECrim), así como la obligación de informar en las citaciones de la posibilidad de comparecer de forma telemática (art. 258.5 LECrim).

3. LA GRABACIÓN DE LAS VISTAS EN EL PROCESO PENAL

En el proceso penal, históricamente, el artículo 743 LECrim venía a establecer que de cada sesión del juicio se extendería un acta por parte del letrado de la administración de justicia en la que se haría constar «sucintamente cuanto importante hubiere ocurrido». No obstante, el artículo Segundo. Noventa y Cinco de la Ley 39/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial vino a reformar este precepto, introduciendo la grabación de las vistas con el objetivo, entre otros (así se afirmaba en la exposición de motivos de la norma), de reforzar las garantías del justiciable. De esta forma, el reformado artículo 743 LECrim dispone:

1. El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El Secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.
2. Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios el Secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del Secretario judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el Secretario judicial, atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen, supuesto en el cual el Secretario judicial extenderá acta sucinta en los términos previstos en el apartado siguiente.

3. Si los mecanismos de garantía previstos en el apartado anterior no se pudiesen utilizar el Secretario judicial deberá consignar en el acta, al menos, los siguientes datos: número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudiesen constar en aquel soporte.
4. Cuando los medios de registro previstos en este artículo no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el Secretario judicial extenderá acta de cada sesión, recogiendo en ella, con la extensión y detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas.
5. El acta prevista en los apartados 3 y 4 de este artículo, se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación carezca de medios informáticos. En estos casos, al terminar la sesión el Secretario judicial leerá el acta, haciendo en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si las estima procedentes. Esta acta se firmará por el Presidente y miembros del Tribunal, por el Fiscal y por los defensores de las partes.

3.1. La deficiente grabación y el derecho de defensa

La grabación de las vistas no está exenta de problemas, en ocasiones, de naturaleza puramente técnica, lo que podría acarrear una vulneración del derecho de defensa. A este respecto, el Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de pronunciarse con ocasión de un recurso de amparo en el que se alegaba, entre otros, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 Constitución Española (CE) en sus dos vertientes: la del derecho a no padecer indefensión y la de acceso a la doble instancia penal, atribuidas ambas a la falta de grabación de una de las sesiones de la vista oral en la que se practicó prueba pericial que califica de descargo y de relevancia, lo que impidió su utilización en apelación. En la resolución del recurso del Tribunal, en primer lugar (FJ 2) recuerda su doctrina por la que

no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya pedido e incluso que se haya admitido, si la actuación no queda reflejada en el único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente (STC 55/2015).

Igualmente, señala (FJ 2) que «[t]ambién la actividad de documentación de la vista reviste importancia para comprobar el cumplimiento de otras garantías del proceso penal, ya no vinculadas al resultado de la prueba sino a la alegación de las pretensiones deducidas», destacando, no obstante (FJ 2), que «la actividad

de documentación de la vista reviste importancia para comprobar el cumplimiento de otras garantías del proceso penal, ya no vinculadas al resultado de la prueba sino a la alegación de las pretensiones deducidas». Ahora bien, como en otros supuestos, el Tribunal Constitucional exige que se verifique que se ha producido una verdadera indefensión material (FJ 3). En ese supuesto concreto, el Tribunal rechazó el amparo porque entendió que la ausencia de la grabación de la declaración de los peritos no comportó merma del derecho de defensa, en cuanto que la prueba pericial que no se grabó no afectó a los hechos que sustentaron la condena del recurrente en amparo, los cuales quedaron constatados a través de otros medios probatorios cuya valoración no se vio afectada por aquella.

Por su parte, la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo —en el acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 24 de mayo de 2017, sobre el alcance que tienen las deficiencias en la documentación del juicio oral y su repercusión en el derecho de defensa en el ámbito del recurso de casación— afirmó:

1. El actual sistema de documentación de los juicios orales es altamente insatisfactorio y debería ser complementado por un sistema de estenotipia. Dada la naturaleza de las deficiencias observadas en numerosos casos, habrá de garantizarse, en relación con lo dispuesto en el artículo 743 de la LECrim, la autenticidad, integridad y accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y del que se remita a los Tribunales competentes para la resolución del recurso.
2. Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución.

En aplicación de este acuerdo, el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse en la STS 529/2017 (Tribunal Supremo, Sala Segunda). En el recurso de casación que originó el pronunciamiento de la Sala, el recurrente denunciaba la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. La denuncia de indefensión traía causa del anormal funcionamiento del sistema de grabación del juzgado de instancia que, entre otras consecuencias, hizo que resultara inaudible la declaración de la víctima y de los peritos, por lo que no se pudo formalizar adecuadamente el recurso. Aplicando la doctrina constitucional, el Tribunal Supremo afirma:

Al no constar documentadas las pruebas tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador, no puede aquél comprobar el sentido de tales declaraciones, ni las posibles contradicciones, inexactitudes o imprecisiones relevantes, en relación a la primera, o las aclaraciones en cuanto a metodología y conclusiones en la segunda, cuestión ésta sobre la que la sentencia no fue excesivamente explícita. Podrá consultar las declaraciones del menor que obran documentadas en el sumario, pero no confrontarlas con las del plenario. Lo mismo ocurre con la pericial, no existe ahora modo de reproducir las explicaciones de sus autoras sobre el rigor de las técnicas que emplearon, que la sentencia admite que fueron expresamente cuestionadas.

En definitiva, la parte se ha visto imposibilitada por causa ajena a su voluntad para formular un recurso en el que pudiera desarrollar de manera fundada sus discrepancias con el criterio del Tribunal de instancia. Nos encontramos ante un supuesto que rebasa el listón de una indefensión meramente formal o hipotética, para integrar una afectación material de los derechos del acusado, especialmente del derecho a la tutela judicial efectiva en la faceta que concierne a la posibilidad de acceder de manera efectiva a los recursos previstos en la ley. En definitiva se le ha irrogado indefensión de relevancia constitucional que solo a través de la nulidad reclamada podría resultar subsanada (FJ 5).

3.2. La necesaria implantación de una segunda cámara

En la actualidad, las grabaciones de las vistas se realizan con una sola cámara situada detrás del juez o tribunal, por lo que solo se observan las expresiones y movimientos de los comparecientes, de los miembros del Ministerio Fiscal y de los letrados de las partes. No son pocas las ocasiones en las que los abogados denuncian falta por desatención o trato desconsiderado por parte de jueces y magistrados durante la celebración de las vistas. Así, la ausencia en el soporte audiovisual del plano de una cámara que enfoque al tribunal impide apreciar el comportamiento del juez durante el acto de la vista, imposibilitando observar el lenguaje no verbal o gesticular referido a los intervinientes, incumpliendo de este modo los principios de transparencia y seguridad jurídica que constituyen un pilar básico de las garantías del derecho de defensa, al que se enfrentan diariamente los profesionales de la abogacía y que no debe verse perjudicado, máxime en este proceso de modernización y digitalización de la administración de justicia en el que estamos inmersos.

A este respecto, el denominado Grupo de Salas de Vistas del Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica ha elaborado el informe titulado *Definición funcional del sistema de grabación audiovisual de actos procesales*. Se trata de un documento en el que se analizan los requisitos funcionales que debe cumplir un sistema de grabación audiovisual de las actuaciones procesales, así como otra serie de cuestiones relacionadas con las mismas. A este respecto, en el informe del Grupo de Salas Vistas del Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica (2020) se afirman

[c]omo elementos fundamentales, sin perjuicio de otros elementos técnicos, está la cámara de grabación y el sistema de videoconferencia cuya imagen y sonido tienen que estar integrados en el acta electrónica para que se pueda apreciar quién está declarando y lo que está declarando. Para ello la sala dispondrá, al menos, de dos cámaras, una enfocando al Tribunal y Letrados, y otra enfocando al declarante, es decir, una encima del Tribunal y otra en el lado contrario y con la mayor amplitud posible para que quede recogido todo lo que sucede en la sala sin pérdida de calidad (p. 38).

CONCLUSIÓN

Primera. Los objetivos de alcanzar una justicia más sostenible, accesible y eficiente que, en buena medida, se conseguirán con la implantación de la Justicia digital, no pueden alcanzarse a costa de una merma en los derechos fundamentales de los justiciables.

Segunda. El régimen de notificaciones previsto en el artículo 155.2 LEC (Ley 01/2000), por el que el primer emplazamiento debe ser notificado en el domicilio, es una excepción a la norma que establece que las personas jurídicas deben ser notificadas a través de la DEHÚ. La reforma planteada en el PLMEP —que establece que esa primera notificación también se realizará a través de medios electrónicos— podría conculcar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Tercera. Las propuestas de reforma en relación con la celebración de actos procesales vienen a generalizar el uso de la videoconferencia. Esta regulación, así planteada —y pese a las excepciones articuladas—, podría contravenir los principios de inmediación y de publicidad.

Cuarta. La declaración de un menor de edad o de una persona con discapacidad realizada a través de medios telemáticos para evitar la confrontación con el acusado no vulnera el derecho de defensa, siempre que en la práctica de aquella se garantice, fundamentalmente, el principio de contradicción.

Quinta. Los problemas técnicos que pueda ocasionar el no registro o la grabación defectuosa de un acto procesal únicamente vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en el caso de que se verifique que se produce una verdadera indefensión material y no una meramente formal.

Sexta. A fin de garantizar los principios de transparencia y de seguridad jurídica se hace necesario que las salas de vistas estén dotadas de una segunda cámara que registre las expresiones y movimiento del juez o tribunal.

TRABAJOS CITADOS

Armenta Deu, T. (2021). Derivas de la justicia: tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios. Marcial Pons.

Barona Vilar, S. (2011). El movimiento de las ADR en el derecho comparado. En R. Castillejo Manzanares (dir.) y M. Á. Catalina Benavente (coord.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación* (pp. 455-499). La Ley.

Barona Vilar, S. (2023). Ecosistema digital de Justicia eficiente (De la Justicia digital orientada al documento a la Justicia orientada al dato). *Actualidad Civil*, (5).

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Francesc Pérez Tortosa / Justicia digital y tutela judicial efectiva en la proyectada normativa de eficiencia procesal y de eficiencia digital en España

Bueno Benedí, M. (2022). Problemas derivados de la falta de regulación en materia de videoconferencia penal y cómo se está afrontando el problema, una vez finalizado la pandemia, con el Plan Justicia 2030. *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 157. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8542442>

Calaza López, S. (2021). El proceso judicial como ultima ratio: de la alternatividad a la obligatoriedad de los «Medios Adecuados de Solución de Conflictos». En Roca Martínez, J. M. (dir.). *Un modelo de justicia para el siglo XXI: justicia alternativa, justicia negociada y justicia informal* (pp. 45-78). Tirant lo Blanch.

Calaza López, S., y De Prada Rodríguez, M. (2023). Acción y Defensa en clave digital: «Dos caras de una misma moneda» y un «brindis al sol» en la inminente Ley de Derecho de Defensa. *Actualidad Civil*, 4.

Consejo General del Poder Judicial [CGPJ]. (2021). Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia>

Cortes Generales de España. (29 de diciembre de 1978). Constitución Española [C.E.]. BOE-A-1978-31229

De Lamo Rubio, J. (2017). Justicia digital y nulidad de actuaciones judiciales. *Diario La Ley*, 9042.

Fons Rodríguez, C. (2008). La videoconferencia en el proceso civil (la telepresencia judicial). En F. Carpi y F. Ortells Ramos (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente [coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008]*. II. Comunicaciones (pp. 53-60). Universitat de València.

Grupo de Salas de Vistas del Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica. (2020). Definición funcional del sistema de grabación audiovisual de actos procesales. <https://www.cteaje.gob.es/documents/185545/b0ac4c38-56ad-e5b3-f737-97c1417e8f5f>

Jefatura del Estado de España. (02 de julio de 1985). Ley Orgánica del Poder Judicial [LOPJ]. [LEY ORGÁNICA 06/1985]. BOE 157 del 02 de julio de 1985.

Jefatura del Estado de España. (08 de enero de 2000). Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC]. [Ley 01/2000]. BOE 7 del 08 de enero de 2000.

Jefatura del Estado de España. (24 de octubre de 2003). de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. [Ley Orgánica 13/2003]. BOE-A-2003-19748

Jefatura del Estado de España. (04 de diciembre de 2006). Por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. [Ley Orgánica 8/2006]. BOE-A-2006-21236

Jefatura del Estado de España. (05 de julio de 2011). reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. [Ley 18/2011]. BOE. 160, de 06/07/2011.

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Francesc Pérez Tortosa / Justicia digital y tutela judicial efectiva en la proyectada normativa de eficiencia procesal y de eficiencia digital en España

Jefatura del Estado de España. (30 de marzo de 2015). De protección de la seguridad ciudadana. [Ley Orgánica 4/2015]. BOE-A-2015-3442

Jefatura del Estado de España. (05 de octubre de 2015). De reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [LRLEC]. [Ley 42/2015]. BOE-A-2015-10727.

Jefatura del Estado de España. (02 de octubre de 2015). del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. [Ley 39/2015]. BOE. 236, de 02/10/2015.

Jefatura del Estado de España. (29 de diciembre de 2018). De reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. [Ley Orgánica 4/2018]. BOE-A-2018-17987

Jefatura del Estado de España. (04 de junio de 2021). De protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. [Ley Orgánica 8/2021]. BOE-A-2021-9347

Martín Pastor, J. (2023). La digitalización de la Justicia y el reto de la garantía de los derechos fundamentales y de los principios del proceso. En J. M. Asencio Mellado y O. Fuentes Soriano (dirs.). El proceso como garantía (pp. 213-235). Atelier.

Mesa de la Cámara de España. (12 de septiembre de 2022). Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia [PLMED]. [Proyecto de Ley]. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-116-1.PDF

Ministerio de Gracia y de Justicia. (14 de septiembre de 1882). Por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [Real Decreto de 14 de septiembre de 1882]. BOE-A-1882-6036

Ministerio de Justicia de España. (18 de julio de 2023). por el que se desarrolla la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en el ámbito de la Abogacía General del Estado. [Real Decreto 649/2023]. BOE-A-2023-16720

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. (10 de mayo de 2021). Justicia2030. <https://www.administraciondejusticia.gob.es/justicia-2030#:~:text=Justicia%202030%20es%20un%20plan,y%20ya%20son%20poco%20operativos>

Nieva Fenoll, J. (2022). Derecho Procesal I. Introducción (2.a ed.). Tirant lo Blanch.

Soletó Muñoz, H. (2017). La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles. En Blanco García, A. I. (Ed.). Tratado de mediación. Tomo I: Mediación en asuntos civiles y mercantiles (pp. 19-47). Tirant lo Blanch.

Unión Europea [UE]. (2020). Plan de Recuperación para Europa. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/recovery-plan-europe_es#:~:text=NextGenerationEU%20es%20un%20instrumento%20temporal,por%20la%20pandemia%20de%20coronavirus. http://micrositios.mintic.gov.co/modernizamos-sector-tic/proyecto.html

Taruffo, M. (1999). Racionalidad y crisis de la ley procesal. En Fernández López, M. (trad.). Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (22), 311-320. <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.13>.

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Francesc Pérez Tortosa / Justicia digital y tutela judicial efectiva en la proyectada normativa de eficiencia procesal y de eficiencia digital en España

Tribunal Constitucional de España, Sala Segunda. (07 de diciembre de 2011). Sentencia 174/20119. [M.P. García Almodóvar, L. J.].

Tribunal Constitucional de España, Sala Segunda. (11 de marzo de 2013). Sentencia STC 57/2013. [M.P. Rodríguez Arribas, R.].

Tribunal Constitucional de España. (16 de marzo de 2015). Sentencia STC 55/2015. [M.P. Roca Trías, E.].

Tribunal Constitucional de España, Pleno. (17 de enero de 2019). Sentencia STC 6/2019. [M.P. Enríquez Sancho, R.].

Tribunal Constitucional de España, Pleno. (08 de abril de 2019). Sentencia STC 41/2019. [M.P. González-Trevijano Sánchez, P. J.].

Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal. (24 de mayo de 2017). Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 24 de mayo de 2017. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-24-05-2017--sobre-el-alcance-que-tienen-las-deficiencias-en-la-documentacion-del-juicio-oral-y-su-repercusion-en-el-derecho-de-defensa-en-el-ambito-del-recurso-de-casacion>

Tribunal Supremo, Sala Segunda. (11 de julio de 2017). Sentencia STS 529/2017. [M.P. Ferrer García, A. M.].

ACCESO A LA JUSTICIA, EL RETO DE ENTENDER LA COSMOVISIÓN INDÍGENA DE LOS PUEBLOS ARHUACO, EMBERA CHAMÍ Y EMBERA KATÍO¹

Alina González Palacio²

Luna Giraldo Mejía³

Karla Nillered Suárez Jiménez⁴

RESUMEN

Colombia es un Estado pluralista que reconoce la coexistencia de diversos órdenes normativos, como el de las comunidades indígenas, que tienen la potestad de administrar su propio sistema de justicia. Sin embargo, se presentan conflictos de competencia con la jurisdicción nacional por no existir un diálogo claro entre ambos sistemas de valores que permitan entender la noción de proceso y justicia en una y otra jurisdicción, situación que ha desfavorecido a las comunidades indígenas que se han visto permeadas por sistemas de justicia y proceso occidentales que no corresponden a su cosmovisión. El objetivo de este artículo es caracterizar los principios que rigen la concepción de justicia y la noción de proceso al interior de las comunidades indígenas arhuaca, embera chamí y embera katío a través del análisis de las huellas discursivas que han quedado fijadas en diferentes sentencias en las que se han visto involucradas en alguna situación jurídica. En los tres pueblos

¹ Este artículo presenta los resultados de la investigación parcial de un proyecto macro cuyo objetivo es caracterizar los principios que rigen la concepción de justicia y de proceso al interior de varias comunidades indígenas.

² Estudiante de Derecho Universidad Católica de Oriente-Colombia. Correo electrónico: alina.gonzalez0190@uco.net.co. Realizó la investigación: "El proceso y la justicia en la comunidad indígena Embera Chamí".

³ Estudiante de Derecho Universidad Católica de Oriente-Colombia. Correo electrónico: luna.giraldo4149@uco.net.co. Realizó la investigación: "El proceso y la justicia en la comunidad indígena Embera Katío".

⁴ Estudiante de Derecho Universidad Católica de Oriente-Colombia. Correo electrónico: karla.suarez6794@uco.net.co. Realizó la investigación: "El proceso y la justicia en la comunidad indígena Arhuaca".

indígenas rige la denominada *ley de origen* como mandato superior que orienta la conducta de cada individuo, la cual busca preservar el orden social y el equilibrio con la naturaleza y la *Madre Tierra*, por tanto, la justicia y el proceso se aplica no solo en el terreno material sino también con un sustento en el ámbito espiritual.

Palabras clave: jurisdicción especial indígena; justicia; proceso; arhuaco; embera chamí; embera katío.

ACCESS TO JUSTICE, THE CHALLENGE OF UNDERSTANDING THE INDIGENOUS WORLDVIEW OF THE ARHUACO, EMBERA CHAMÍ AND EMBERA KATÍO PEOPLES

ABSTRACT

Colombia is a pluralistic State that recognizes the coexistence of various normative orders, such as that of indigenous communities that have the power to administer their own justice system and process. However, there are conflicts of jurisdiction with the national jurisdiction due to the lack of a clear dialogue between both value systems that allow understanding the notion of process and justice in both jurisdictions, a situation that has disadvantaged the indigenous communities because they have seen permeated by Western justice and process systems that do not correspond to their worldview. This article is presented with the objective of characterizing the principles that govern the conception of justice and the notion of process within the indigenous communities: Arhuaca, Embera Chamí and Embera Katío through the analysis of the discursive traces that have been fixed in different sentences where they have been involved in a legal situation. In the three indigenous peoples, the so-called Law of Origin governs as a superior mandate that guides the conduct of each individual, and which seeks to preserve the social order and balance with nature and Mother Earth, for this reason justice and the process are applied not only in the material field but it is also supported from the spiritual realm.

Keywords: special indigenous jurisdiction; justice; process; Arhuaco; Embera Chamí; Embera Katío.

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez / Acceso a la justicia, el reto de entender la cosmovisión indígena de los pueblos Arhuaco, Embera Chamí y Embera Katío

"Nosotros continuaremos con esa lucha que llevamos los que estamos acá si no hay un compromiso real de unidad, así me quede yo solo y así me quede sin ropa y sin nada. Pero yo se lo prometí a mi papá y se lo prometí a las autoridades tradicionales" **Arhuaco** (Resguardo indígena Arhuaco Businchama, 2023, min. 2:12-2:28).

"Creó a los hombres, el sol (Humantahú) y la luna (Gedeco), las estrellas, trajo al mundo humano el maíz y el chontaduro desde los niveles más altos del universo, y en general estableció la composición, el número y comportamiento de todos los elementos de la naturaleza. Dio a cada cosa su nombre, estableció las leyes y el respeto a la vida humana, dando un orden al mundo de los hombres. Le faltaba el agua, que conseguiría al derribar el árbol de jenené" **Embera Chamí** (Pueblos originarios dioses y personajes míticos, 1924).

"Caragabí creó todo lo que existe en el universo con excepción del agua. Como no sabía dónde obtenerla le pidió ayuda a su padre, Dachizeze, quien le entregó una suerte de varita que, al golpearla contra dos piedras, generaría el líquido. Caragabí les dijo a los Embera que todos los días, en la mañana, les daría el agua" **Embera Katío** (Pueblos originarios dioses y personajes míticos, 1924).

INTRODUCCIÓN

Las comunidades indígenas revisten especial importancia para el Estado colombiano, pues son pueblos ancestrales que representan la riqueza de la diversidad étnica y cultural del país, la cual debe protegerse como bien intrínseco de la nación. Dicha diversidad posiciona a Colombia como un Estado pluralista que reconoce la coexistencia de varios órdenes normativos, como el de las comunidades indígenas, que conciben su propio sistema de justicia y sus procesos. Estos, al no estar completamente aislados, entran en constante interacción con el resto de la sociedad no indígena y, por ende, con el sistema de justicia ordinario, situación que ha generado conflictos de competencia entre una y otra jurisdicción. En ellos se ha podido observar que los encargados de administrar justicia en el sistema nacional no presentan una lectura clara de la forma en la que las comunidades indígenas entienden el proceso y la justicia, ni de cómo debe tratarlos para defender sus derechos especiales; así mismo, las comunidades suelen desconocer la noción de justicia y proceso que aplica en el sistema nacional. Esta situación ha generado la vulneración del derecho de acceso a la justicia de las comunidades indígenas, por no existir un diálogo claro entre ambos sistemas de valores, lo que ha ocasionado que se les imponga un ordenamiento normativo que no corresponde ni con su cosmovisión ni con su derecho consuetudinario.

Esta investigación propende por la garantía del derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas, al dar a conocer las huellas del discurso encontradas en diversas sentencias que nos permiten acercarnos a una lectura más precisa de sus sistemas de valores, respondiendo así al cumplimiento de las Reglas de Brasilia (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008) que buscan proteger el acceso a la justicia de los miembros de las comunidades indígenas que acuden al sistema de justicia estatal, el cual debe ser respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales, para lo que se propone que un trato dialógico es la mejor solución. Así mismo,

responde a los principios que ha ordenado la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) en favor de las comunidades indígenas, tales como el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural (art. 7), y la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos (art. 246); además del respeto al debido proceso (art. 29) y el acceso a la justicia (art. 299). De igual manera, corresponde con los compromisos que ha adquirido el Estado tras la ratificación de convenios y pactos internacionales, tales como el Convenio 169 (Organización Internacional del Trabajo, 1989) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas, 1976) que consolidan el respeto por las instituciones indígenas y establecen el principio de autonomía y el derecho a la libre determinación, reconociendo así la potestad de administrar su propia justicia.

1. METODOLOGÍA

Este artículo presenta los resultados de una investigación parcial de un proyecto macro⁵ que tiene como objetivo principal caracterizar los principios que rigen la concepción de justicia y la noción de proceso al interior de varias comunidades indígenas. Los resultados que aquí se presentarán serán los de los pueblos arhuaco, embera chamí y embera katío. Por su parte, el análisis que se ha concretado a lo largo de esta primera fase del proyecto busca aportar a una mejor convergencia entre las jurisdicciones especiales y la jurisdicción ordinaria nacional, ya que logra identificar elementos esenciales presentes en las huellas discursivas de las comunidades indígenas, sobre su mirada frente a la justicia y el proceso.

Dicho análisis se ha efectuado en los discursos que han quedado fijados en diferentes sentencias emitidas por las altas cortes para resolver los conflictos de competencia entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena. Allí se han encontrado diferentes muestras de discurso referido, que según Gallucci (2016, p.211) se “pone de manifiesto en aquellas secuencias textuales que son el resultado de un acto de enunciación de carácter citativo”. El discurso referido, o lo que aquí comprenderemos como “las huellas del discurso”, representa un importante material de análisis, pues se convierte en los vestigios de una traducción intencionada que se ven obligadas a hacer las comunidades indígenas cuando, en medio de un conflicto de competencia, deben explicar ante la jurisdicción ordinaria, en habla hispana, cuáles son sus medios para resolver conflictos (proceso) y por qué estos representan un mecanismo justo. El estudio del discurso diferido tiene larga trayectoria en el campo del análisis del discurso (Van Dijk, 1997) y en el de la pragmática lingüística (Gallucci, 2016). Este tipo de discurso puede ser directo, es decir, un discurso que se transcriba literalmente como lo dice el tercero citado, o indirecto, es decir, un discurso que sea parafraseado por el emisor del discurso que está llevando a cabo el ejercicio referencial. Según Gumperz (1982):

⁵ Realidad del proceso y la justicia indígena: arhuacos, emberas, senús, tulés y wayuús.

Las convenciones socioculturales afectan todos los niveles de la producción e interpretación del discurso, desde la lógica cultural abstracta que se infiere en la interpretación hasta la división del discurso en distintos episodios; desde la categorización en términos de actividades semánticamente relevantes y marcos interpretativos, hasta el mapeo de contornos prosódico en desviaciones sintácticas y también hasta la elección de opciones léxicas y gramaticales (p. 186).⁶

En este sentido, la investigación buscó analizar las desviaciones semánticas, léxicas y gramaticales tanto en los discursos referidos directos como en los indirectos que quedaron fijados en el relato del proceso que se desarrolló en las sentencias estudiadas y que contenía las huellas de las expresiones discursivas de las comunidades frente a las nociones de proceso y de justicia. Esto se hizo mucho más sencillo, teniendo en cuenta que los discursos analizados provenían de personas cuya lengua nativa no era el español y que, por lo tanto, y de acuerdo con Gumperz (1982), sus elecciones lingüísticas representan importantes variaciones gramaticales y sintácticas que pueden ser fácilmente evidenciadas en contraste con la expresión de los nativos. Esto sucede porque

[L]as diferencias en el lenguaje juegan un papel importante en el momento de señalar información así como en la posibilidad de crear y mantener los límites sutiles del poder, estatus, rol y ocupación que concretan el tejido de nuestra vida social (Gumperz, 1982, p. 7).⁷

Por lo tanto, para cumplir con el objetivo⁸ de caracterizar los principios que rigen el proceso y la concepción de justicia en las comunidades indígenas arhuaco, embera chamí y embera katío desde 1991, se identificaron providencias que permitieran observar las huellas del discurso de la parte indígena relacionadas con el proceso y la justicia, es decir, sentencias que dieran cuenta de la intervención de importantes integrantes de la comunidad en el proceso argumentativo llevado a cabo en el relato de la sentencia. Dichas huellas se identificaron a partir de la citación directa, esto es, cuando desde la forma el texto indica que se cita literalmente, por ejemplo, utilizando comillas o utilizando elementos léxicos como: “cuando dijo”, “refirió”, etc., pero también a partir de la citación indirecta o parafraseo, es decir, encontrando momentos en los que, en medio del relato, la redacción de la sentencia —tanto desde el campo léxico como sintáctico y gramatical— no coincidiera con el uso ordinario del español jurídico actual o integrará conceptos ajenos a los que se aceptan ordinariamente en el ordenamiento jurídico.

6 “Socio-cultural conventions affect all levels of speech production and interpretation from the abstract cultural logic that underlies all interpretation to the division of speech into episodes; from their categorization in terms of semantically relevant activities and interpretive frames, to the mapping of prosodic contours into syntactic strings and to selection among lexical and grammatical options” Traducción propia.

7 “Language differences play an important, positive role in signalling information as well as in creating and maintaining the subtle boundaries of power, status, role and occupational specialization that make up the fabric of our social life”.

8 Objetivo general que corresponde a la investigación parcial.

Para la selección de los autos y las sentencias que sirvieron como material de análisis, se realizaron dos filtros. El primero de ellos fue la revisión que hicimos en la base de datos de Vlex, en donde consultamos toda la información arrojada a partir de la combinación de los siguientes criterios de búsqueda: “conflicto de competencia” y “nombre de la comunidad aludida”, con ello obtuvimos como resultado diferentes contenidos entre boletines oficiales, libros y revistas, jurisprudencia y legislación y normativa. En el segundo filtro seleccionamos la sección de jurisprudencia como material de estudio y examinamos autos y sentencias referidos a situaciones jurídicas en las que se veían inmersas estas comunidades indígenas frente a la jurisdicción nacional. En este segundo filtro se obtuvo un total de 105 providencias relacionadas con los embera chamí, 164 con los embera katío y 63 con los arhuacos. Entre estas providencias, seleccionamos aquellas en las que fue posible observar las huellas del discurso de la parte indígena con relación al proceso y la justicia. El resultado final fueron 10 providencias para los embera chamí, 12 para los embera katío y 13 para los arhuacos.

Durante el desarrollo de la investigación surgieron algunos problemas de análisis que fue necesario solucionar para avanzar con la obtención de los resultados. La primera dificultad se relacionó con la delimitación temporal. Nuestro primer límite de tiempo lo enmarcó el Acto Legislativo 2 de 2015, el cual le atribuyó a la Corte Constitucional la potestad de “dirimir los conflictos de competencias que ocurran entre las distintas jurisdicciones” (Congreso de la República de Colombia, 2015); sin embargo, a partir de este filtro fueron pocas las sentencias encontradas. Por lo tanto, se amplió la búsqueda a todos aquellos autos y sentencias emitidos desde 1991 por todos los órganos de cierre de las jurisdicciones nacionales. Con ello se logró detectar que estas comunidades, luego de la entrada en vigencia la Constitución Política de 1991 que le otorgó a los pueblos indígenas el derecho a regirse por su propio sistema de valores, han dejado el rastro de su propia noción de proceso y justicia en diferentes providencias, y no solo en las que se derivaran de un conflicto de competencia, sino también en aquellas en las que se ha visto inmersa buscando proteger sus intereses.

Luego de resolver la anterior dificultad, se presentó la necesidad de aclarar la diferencia entre justicia y proceso para lograr ubicar con mayor asertividad las nociones que los arhuaco, Embera chamí y embera katíos, a través de las huellas que su discurso nos dejara apreciar. De tal manera que en la noción de justicia se ubicaron los aspectos generales aplicables en el sistema de valores de cada comunidad indígena, mientras que en la noción de proceso se ubicaron aquellas secuencias de pasos ordenados utilizados para aplicar su sistema de valores. Aclarado lo anterior, se evidenció que algunos conceptos que permitían definir la noción de justicia y proceso no son iguales en todos los resguardos de la comunidad indígena embera chamí, embera katío y arhuaca, por lo tanto, se unificaron los conceptos que fueran más reiterativos en las diferentes providencias para lograr una noción general.

2. SOBRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

Según la Fiscalía General de la Nación (2021), la jurisdicción especial indígena es “entendida como un mecanismo de reconocimiento y protección de la libre autodeterminación de los pueblos, y una garantía fundamental del procesado a ser juzgado por sus propias autoridades y de confinidad por sus propias normas y procedimientos” (p. 3).

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, modificada por la Ley 1285 de 2009, en su artículo 11, determina que la JEI hace parte de la rama judicial del poder público y, en su artículo 12, establece que “la función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo” (Congreso de la República de Colombia, Ley 270, 1996), las cuales son: la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones especiales, tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz. Lo cual faculta a las comunidades indígenas para ejercer su propia jurisdicción.

La Corte Constitucional ha determinado los elementos centrales de la jurisdicción indígena en el ordenamiento constitucional, los cuales son:

- (i) La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas,
- (ii) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios,
- (iii) la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y
- (iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-139, 1996).

Para el Ministerio de Gobierno y Dirección General de Asuntos Indígenas (1994), la JEI se crea a partir del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural del país, que permitió la coexistencia de distintos sistemas normativos gracias a la nueva corriente que adoptó el Estado enfocado en el pluralismo, respecto del cual ha definido el teórico Norberto Bobbio que:

En el lenguaje político se llama ‘pluralismo’ a la concepción que propone como modelo una sociedad compuesta por muchos grupos o centros de poder, aún en conflicto entre ellos, a los cuales se les ha asignado la función de limitar, controlar, contrastar, e incluso de eliminar el centro de poder dominante históricamente identificado con el estado. Como tal el pluralismo es una de las corrientes de pensamiento político que se ha opuesto y continúan oponiéndose a la tendencia hacia la concentración y la unificación del poder. (Bobbio et al., 1998, p. 18).

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez / Acceso a la justicia, el reto de entender la cosmovisión indígena de los pueblos Arhuaco, Embera Chamí y Embera Katío

Como lo menciona Rueda-Carvajal (2008), la potestad de las comunidades indígenas de administrar justicia implica el desarrollo de funciones legislativas que facultan la creación de normas y procedimientos propios, de tal forma que las decisiones que toman amparadas en su propia cosmovisión constituyen el mismo efecto de aquellas tomadas por cualquier operador jurídico del sistema nacional.

Por lo tanto, para esta investigación el concepto de JEI se entiende como aquella potestad de los pueblos indígenas de Colombia de administrar justicia en sus territorios de acuerdo con las normas y procedimientos determinados por su propia cosmovisión, teniendo en cuenta que, según el art. 8 del Convenio 169 de la OIT: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (Organización Internacional del Trabajo, 1989).

3. SOBRE EL DEBIDO PROCESO

Para Agudelo Ramírez (2005), el debido proceso hace parte del grupo de derechos de primera generación denominados como individuales, civiles y políticos. Tiene un carácter complejo e instrumental que busca procesar un derecho justo en el que se garantice la dignidad humana.

La Constitución Política de 1991 consagra en el artículo 29 el debido proceso como un derecho fundamental, así:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991).

Por su parte, la Corte Constitucional ha manifestado, con ocasión al debido proceso, que:

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. (Corte Constitucional de Colombia, C-341, 2014).

Esta misma corporación ha establecido que el debido proceso se debe garantizar en todas las jurisdicciones, incluyendo la indígena, por lo que ha manifestado:

El derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas que la realizan según “sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley”. Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254, 1994).

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez / Acceso a la justicia, el reto de entender la cosmovisión indígena de los pueblos Arhuaco, Embera Chamí y Embera Katío

4. SOBRE EL CONFLICTO DE COMPETENCIA

Además de reconocer los conceptos de debido proceso y de jurisdicción especial indígena, es esencial comprender la naturaleza de los conflictos de competencia, pues es en el marco de este tipo de procesos donde se materializa la explicación de las comunidades, desde una intención traductológica, sobre los conceptos de proceso y de justicia en sus jurisdicciones. Por lo tanto, para identificar cuándo se presenta un conflicto de competencia con la JEI, es necesario tener presente los lineamientos que ha emitido la Fiscalía General de la Nación acerca de su configuración:

Existe un conflicto de competencia interjurisdiccional cuando la justicia ordinaria y la jurisdicción especial indígena se disputan el conocimiento de un proceso. Este conflicto puede ocurrir desde dos perspectivas: (i) negativo. porque a ambas jurisdicciones consideran que a ninguna le corresponde conocer el caso; o, por el contrario. (ii) positivo. en el supuesto en que ambas jurisdicciones consideran que son competentes para conocer el caso (Fiscalía General de la Nación, 2021, p. 5).

Al respecto, la Corte Constitucional manifiesta que:

Se requieren tres presupuestos para que se configure un conflicto de jurisdicciones: (i) Presupuesto subjetivo, el cual exige que la controversia sea suscitada por, al menos, dos autoridades que administren justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones; (ii) presupuesto objetivo, según el cual debe existir una causa judicial sobre la cual se suscite la controversia, es decir, que pueda verificarse que está en desarrollo un proceso, un incidente o cualquier otro trámite de naturaleza jurisdiccional; y (iii) presupuesto normativo, a partir del cual es necesario que las autoridades en colisión hayan manifestado, a través de un pronunciamiento expreso, las razones de índole constitucional o legal por las cuales se consideran competentes o no para conocer de la causa (Corte Constitucional de Colombia, Auto 041, 2021).

Para superar los conflictos de competencia derivados de diferencias valorativas entre diversos órdenes jurídicos, la Corte Constitucional ha fijado unas reglas de interpretación:

1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254, 1994).

5. COMUNIDAD INDÍGENA ARHUACA, LA “GENTE” DEL CORAZÓN DEL MUNDO

Para el Ministerio de Cultura de Colombia (s.f.), la comunidad indígena de los arhuacos, también autodesignados pueblo Ika, que significa “gente”, es conocida como un grupo étnico descendiente de la cultura precolombina Tairona y uno de

los cuatro pueblos aborígenes de la Sierra Nevada de Santa Marta, lugar que es considerado por las personas de esta comunidad como el corazón del mundo. Así mismo, el Ministerio de Cultura de Colombia (s.f.) ha señalado que “es uno de los pueblos aborígenes más conocidos en el país, tanto por su activa participación en los procesos de lucha por el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas como por sus inconfundibles elementos de identidad” (p. 1). Además, como lo menciona Beltrán Armenta (2017), el pueblo arhuaco ha sido reconocido nacional e internacionalmente por las luchas que ha emprendido para proteger su territorio ancestral y fortalecer su cultura.

Sin embargo, según el Ministerio de Cultura de Colombia (s.f.), a pesar de que los arhuacos conforman uno de los pueblos indígenas que mejor conserva su integridad cultural, han sido permeados por elementos de la cultura mayoritaria que han representado un gran impacto en diferentes ámbitos como la justicia. Igualmente, si bien en algunos casos se han ajustado a los principios y las dinámicas de su cosmovisión, en otros han ocasionado una sustitución cultural que altera el orden interno de esta comunidad.

Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2021), la población arhuaca ha aumentado en un 40,5 % desde el Censo General del 2005, que indicaba una población de 22 134, arrojando un total para el año 2018 de 34 711 indígenas arhuacos. Estas evidencias invitan a generar estudios que presenten herramientas para favorecer una relación adecuada entre esta comunidad y el resto de la nación, con el fin de que se reconozcan los sistemas de valores que han determinado la concepción del proceso y la justicia al interior de su jurisdicción, para que se conserven durante el crecimiento de la población, propendiendo así por la efectiva aplicación de su derecho a la libre determinación como garantía del acceso a la justicia.

5.1. La justicia en la comunidad indígena Arhuaca

Para entender la noción de justicia en el pueblo indígena de los arhuacos es necesario empezar por identificar cuál es el precepto que, desde su propia cosmovisión, dirige las relaciones sociales al interior de la comunidad y permite orientar la conducta del indígena arhuaco. En este sentido, se evidencia en la Sentencia SU-510/98 de la Corte Constitucional de Colombia (1998) que, para los arhuacos, la llamada “ley de origen” o “ley de la madre” es aquella guía derivada de la cosmovisión que rige la conducta de sus individuos desde la creación del mundo y orienta la forma en la que están organizados socialmente, además es la base que soporta su sistema político y jurídico. Al respecto, Santamaría Chavarro et al. (2018) resaltan que:

El concepto de justicia del pueblo arhuaco está íntimamente relacionado con el cumplimiento de la ley de origen y el equilibrio de todo cuanto existe en el universo, y no con la aplicación de códigos o leyes de origen humano. La misión de la comunidad es cumplir y hacer cumplir lo espiritual y lo material, contemplado en la ley de origen (pp. 17-18).

Sin embargo, en una Sentencia del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia (2015)⁹ una de las autoridades arhuacas deja claro que, a pesar de que cuentan con normatividad que regula los usos, costumbres y procedimientos, esta no se encuentra escrita.

En cuanto a los asuntos religiosos, administrativos, políticos y de justicia es posible observar que se canalizan en una misma autoridad denominada *mamo*, que si bien está jerarquizada, no se divide en ramas del poder público como ocurre en la jurisdicción nacional. Ahora bien, las decisiones que tomen las autoridades se “deben consultar a la madre en un lugar sagrado, (ka’dukwa), para que dichas decisiones no vayan en contra de los principios culturales y sociales que nos dejaron nuestros padres espirituales (ley de origen)” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510, 1998). Esta noción presenta una clara diferencia con la JO, en la medida en que los operadores jurídicos fundamentan sus decisiones en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, mientras que los encargados de aplicar la justicia arhuaca deben consultar sus decisiones “a la madre”.

El *mamo* es entonces considerado la máxima autoridad del pueblo arhuaco, líder religioso que cumple funciones políticas, administrativas y judiciales. Por lo tanto, le corresponde dirigir y orientar todos los asuntos religiosos, materiales y sociales, así como liberar del “pecado espiritual” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510, 1998). Es el portador e intérprete de la *ley de origen*, por ende, es el que conoce a profundidad sus mandatos. Para Berrocal Durán (2010): “La raíz o la Fuente del sistema jurídico arhuaco la llamada Ley de Origen arhuaca parte de unas consideraciones naturales planteadas en las Interpretaciones que la máxima Autoridad Jurídica Mamo hace entorno a una situación o fenómeno social presentado” (p. 115). Así mismo, la Procuraduría General de la Nación (2019a) indica que el *mamo* está ubicado en el centro de la estructura sociopolítica y ocupa la máxima jerarquía de la comunidad. Sin embargo: “No existe una jerarquía entre mamos y, por tanto, un mamo que pueda considerarse superior jerárquico respecto a los demás” (Corte Constitucional de Colombia, Auto 149, 2022), pero sí existen diferentes autoridades que sirven de apoyo para hacer cumplir los lineamientos y directrices que emitan los *mamos*, tales como el Cabildo gobernador que, como lo menciona la Procuraduría General de la Nación (2019a), representa a la comunidad ante actores gubernamentales y no gubernamentales, nacionales o extranjeros, y preside reuniones orientados por los *mamos*. Aquellos reciben el apoyo de los comisarios, quienes se encargan de las funciones civiles de autoridad, y los cabildos menores, los cuales se eligen por regiones y se encargan de ejecutar las funciones del cabildo gobernador y del *Consejo Mamu*. En consecuencia, como lo dejó ver la citada sentencia del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia (2015), el *mamo* es quien juzga los delitos y determina las sanciones, pero en todo caso quien la ejecuta son los cabildos y comisarios.

⁹ Providencia 11001010200020150267000.

A pesar de lo anterior, vale mencionar que hoy en día se suscita un conflicto interétnico en la comunidad arhuaca acerca de quién debe ser la autoridad legitimada para elegir al Cabildo Gobernador, en el cual la justicia nacional ha intentado servir de mediadora para llegar a un consenso entre los miembros de la comunidad que les permita solucionar sus diferencias, pues para algunos la elección del Cabildo Gobernador es una “[D]ecisión que debe tomar la asamblea general, como principal autoridad de todo el resguardo”, mientras que para otros “[l]as autoridades legitimadas para elegir al cabildo gobernador son los mamós reunidos en Kankurwas,” (Corte Constitucional de Colombia, Auto 415, 2022.). Las *Kankurwas* son consideradas por los arhuacos como centros espirituales que orientan o como una instancia de decisión a través de las cuales deben someterse todas las decisiones que se tomen al interior de la comunidad (Corte Constitucional de Colombia, Auto 149, 2022).

Ahora bien, existe un principio en la comunidad indígena arhuaca en el que se basa su sistema de justicia y consiste en “restablecer el equilibrio y la armonía interior de los pueblos indígenas de la Sierra y con la Madre” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510, 1998). Por lo tanto, se entiende que los conflictos que surjan al interior de la comunidad indígena arhuaca involucran no solo al individuo que comete la falta y a aquel que la padece sino a toda la comunidad en general, pues una mala conducta afecta el equilibrio y la armonía al interior de todo el pueblo arhuaco. De este modo, “en el pueblo arhuaco no hay un conflicto existente que no sea del conocimiento de la comunidad” (Berrocal Durán, 2010, p. 117). Además, se puede observar declaraciones de líderes arhuacos en las que manifiestan lo siguiente:

Quando llevamos por dentro de nuestra conciencia un desequilibrio espiritual, no solamente nos estamos agrediendo a nosotros mismos, sino que estamos contaminando al resto de la comunidad. Entonces -si vamos a hacer justicia- el agresor seguramente es juzgado de esa manera e investigado por qué le paso tal cosa, qué ocurrió y quiénes participan en esa investigación. Hay una participación plena de la familia, de la comunidad y demás autoridades que están allá, pero es pública la participación (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510, 1998).

En cuanto a la noción de delito, se pudo identificar que las conductas delictivas o antisociales son todas aquellas que infrinjan la *ley de origen* y, por ende, atenten contra el equilibrio universal y social. Por ejemplo, “el rechazo a la autoridad del mamó puede llegar a constituir la comisión de uno los más graves delitos en que pueda incurrir un individuo arhuaco quien, por esta razón, podría llegar a ser expulsado de la comunidad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510, 1998).

Sobre los criterios para identificar a un indígena de la comunidad arhuaca y permitir atribuir el factor subjetivo como uno de los elementos necesarios para aplicar la jurisdicción indígena, se tiene que “se es indígena desde el momento que nace una persona y se lo bautiza; es como llevarlo y presentarlo ante nuestra ley espiritual, en ese momento ya se es indígena, y le dan un nombre” (Corte

Constitucional de Colombia, Sentencia T-778, 2005). En consecuencia, quien ha sido bautizado y sometido a ley espiritual de los arhuacos podrá considerarse como un miembro de esta comunidad.

Con respecto al empleo o trabajo asalariado al interior de la comunidad arhuaca, se tiene que se concibe como un “modo de ganarse el sustento que está fuera de las costumbres y el modo de vida auténtico de la cultura” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-098, 2014) y no como un derecho fundamental según el concepto del derecho occidental. Sin embargo, miembros de la comunidad arhuaca han planteado que:

Cuando una persona logra obtener un trabajo asalariado mediante el desarrollo de actividades públicas, la comunidad tiene razones de orden espiritual y social que explican por qué es necesario que lleven una vida ordenada de acuerdo a los cánones de las leyes ancestrales y sean preparadas espiritualmente para el desarrollo de sus actividades. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-098, 2014).

Por último, los miembros de la comunidad indígena arhuaca han sido claros en establecer los casos en los que ceden ante la justicia ordinaria, y estos son: “[a] sonadas, narcotráfico, rebelión” (Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Providencia 11001010200020150267000, 2015).

5.2. El proceso en la comunidad indígena Arhuaca

Como bien se dijo anteriormente, los actos derivados de una conducta inadecuada alteran el equilibrio natural afectando a toda la comunidad en general y no solamente al individuo que la padece directamente. Por lo tanto, “el proceso mediante el cual se determina si una persona cometió un delito y se imponen las sanciones del caso constituye un ejercicio de carácter público” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510, 1988), a través del cual se involucra a toda la comunidad con el objetivo de lograr un consenso para determinar los mecanismos idóneos que permitan restablecer el equilibrio que ha sido alterado. Este acuerdo de voluntades para determinar la naturaleza de la falta y las sanciones a que haya lugar corresponde a una actividad comunitaria que busca permitir el control social a través del conocimiento y análisis por parte de la comunidad acerca de aquellas situaciones que afecten el orden y la convivencia. De tal forma que

es allí donde se decide si la falta cometida por una persona merece ser resuelta por los Mamus o puede ser resuelta en el mismo momento, dependiendo de la reincidencia de la persona, o lo común de los problemas dentro de la familia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510, 1988).

En consecuencia, la conducta puede ser examinada por la comunidad o por el *mamo* como máxima autoridad, quien interpretando la *ley de origen* “tiene la potestad de determinar los procedimientos al cual debe someterse una persona que haya incurrido en una mala conducta” (Berrocal Durán, 2010, p. 101). Esta

situación se presenta de forma diferente en la justicia nacional, pues en la resolución de un conflicto solo pueden intervenir las partes involucradas, mientras que para los arhuacos es necesaria la participación de toda la comunidad.

Sobre las conductas consideradas como faltas al interior de la comunidad arhuaca se establece que se encuentran clasificadas; en consecuencia, “se pueden hacer referencias entre conductas graves y conductas muy graves para designarle [sic] un grado al conflicto que se presenta” (Berrocal Durán, 2010, p. 112). A modo ejemplo:

Si la falta configura un delito leve (por ejemplo, malos pensamientos), el individuo será condenado a recibir “consejo” por parte del mamo, quien, seguramente, lo golpeará en la cabeza con el palo del poporo, lo someterá a sesiones de adivinación o lo obligará a efectuar una serie de ofrendas destinadas a reparar el equilibrio roto. En casos de faltas más graves (asesinato, profanación de sitios sagrados, robo, irrespeto al mamo), el individuo podría ser enviado a la cárcel de Nabusímake, a la cual puede llegar “guindado” en caso de resistirse. Adicionalmente, en este tipo de casos la ofensa se hará pública y el nombre del infractor quedará manchado de por vida (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510, 1988).

Ahora bien, si el individuo se resiste a aceptar la falta y a someterse a los procedimientos determinados para establecer la responsabilidad, “se considera que su conducta atenta directamente contra la identidad cultural del pueblo Ika” al impedir la reparación del equilibrio roto, “lo cual da lugar a la imposición de la pena de extrañamiento o expulsión de la comunidad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510, 1988).

Otro ejemplo de conductas consideradas como faltas es el que se encuentra “dentro de su «codificación» como una conducta prohibida «cuando los actos de conductas sexuales se comenten contra menores de edad»” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral, STL 11776, 2019) y que se asimila al delito de abuso sexual contra menores tipificada en el Código Penal Colombiano. Sin embargo, en el pueblo arhuaco se considera como una falta, entendiendo que “cualquier violación en su contra, niña o adulta, es un atentado contra la estabilidad es de la madre tierra” (Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, 2015).

Para la cultura arhuaca “los daños causados por infracciones a la norma ancestral se expresan tanto en el campo material como en el espiritual y por lo tanto las sanciones también deben aplicarse en estos dos campos” (Uscátegui, 2003). En este sentido, se pudo observar de forma reiterativa que para los arhuacos es más relevante la recomposición espiritual que el castigo físico. Por lo tanto, el individuo arhuaco que ha cometido una falta debe someterse a un saneamiento espiritual para reparar el daño que ha causado y “una vez saneada la falta queda borrada la tacha de conducta” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-098, 2014). Lo que permite resaltar lo que manifiesta Uscátegui, (2003): “La justicia ancestral Arhuaca no contempla la figura occidental de los antecedentes penales,

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez / Acceso a la justicia, el reto de entender la cosmovisión indígena de los pueblos Arhuaco, Embera Chamí y Embera Katío

no existen agravantes. Después de aplicar la justicia y de cumplir su sanción, se empieza de cero”.

Además de lo anterior, es posible evidenciar en la comunidad de los arhuacos algunas situaciones que dan lugar a la privación de la libertad de una persona a través del sistema de celaduría interna. Estos son “violación de acuerdos o compromisos acordados, o la reincidencia de actividades que agreden la armonía de nuestras comunidades, nuestra cultura y formas de vida” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349, 2008).

Por último, se puede observar que, si bien la jurisdicción nacional y la jurisdicción especial de los indígenas arhuacos presentan sistemas para aplicar la justicia y el proceso de manera diferente, es posible encontrar un asunto en común. Se trata de la noción que corresponde a la etapa de investigación y juzgamiento que, siendo propia del derecho occidental, también se emplea al interior del pueblo arhuaco, pues fue posible reconocer en las sentencias T-266 (Corte Constitucional de Colombia, 1999); STC 8713 (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019) y STL 11776 (Corte Suprema de Justicia, 2019), que los arhuacos aplican en el proceso para establecer la responsabilidad de sus miembros cuando cometen una falta, un tiempo para investigar y otro para juzgar.

En la Tabla 1 se muestra la reincidencia de los conceptos que permitieron dar una noción acerca de justicia y proceso encontradas en las huellas del discurso de la comunidad indígena arhuaca en las sentencias objeto de estudio

Tabla 1.
Conceptos reiterativos sobre justicia y proceso

Providencias	SU 510/1998	ST 266/1999	ST 778/2005	ST 945/2007	ST 349/2008	ST 098/2014	50267 000/2015	STP 6174/2018	STC 8713/2019	STL 11776/2019	ST 365/2020	AUTO 149/2022	AUTO 415/2022
Noción de justicia													
Ley de Origen	★	★	★		★		★		★	★		★	★
No división del poder	★				★							★	
Autoridades	★	★	★	★	★	★			★			★	★
Cabildo Gobernador	★			★			★		★			★	★
Justicia Ica	★	★			★	★	★			★		★	
Participación comunitaria	★		★			★						★	
Delito	★				★	★	★	★		★			★
Factor subjetivo		★	★	★									★
Trabajo						★							
Ceder Justicia ordinaria							★						
Noción de proceso													
Ejercicio público	★												
Investigación y juzgamiento		★							★	★			
Clasi. Delito falta		★					★	★	★				
Encarcelar					★								
Sanamiento espiritual						★	★	★					

6. COMUNIDAD INDÍGENA EMBERA CHAMÍ, DESDE EL ALMA DE LA MONTAÑA

Gente de la montaña es lo que significa embera chamí. Inmerso en su nombre está su valor histórico. La comunidad indígena embera chamí es una comunidad ancestral muy valiosa para Colombia debido a que en ella reside un patrimonio cultural que reconoce nuestras raíces como nación y, además de eso, tiene un valor ambiental muy importante. Esta comunidad tiene una relación trascendental con la madre tierra, a la que le dan mucha relevancia en su vida. Este aspecto cultural los lleva a preservarla, cuidarla y a tener una relación con el medio ambiente desde la armonía.

Según la Procuraduría General de la Nación (2019b), “esta comunidad tiene sus principales asentamientos en Caldas y Risaralda, su cosmovisión gira en torno al *Jaibaná*, en donde además se implementa cotidianamente la danza y algunos rituales que mantienen viva su cultura”. Los embera chamí gozan de un sistema organizativo que se basa en cabildos menores y mayores, que además son de vital importancia para los asuntos de relaciones externas, esto sin desplazar las autoridades tradicionales.

Esta comunidad indígena tiene espacios aptos para la toma de decisiones como por ejemplo la asamblea local, la asamblea de gobernadores en pleno, entre otros.

En esta comunidad, de acuerdo con la Organización Nacional Indígena de Colombia (2023):

El sistema de producción se basa en la agricultura de selva tropical, en parcelas donde cultivan café, cacao, chontaduro, maíz, frijol y caña de azúcar, entre otros productos. Además, practican la caza, la pesca, la recolección y, en menor medida, la extracción de madera y oro.

Por otro lado, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2021) dio un reporte en el censo de 2018 de 77 714 personas autorreconocidas como pertenecientes al pueblo embera chamí, de las cuales 46,5 % eran hombres y el 53,5 % mujeres.

6.1. Justicia en la comunidad Embera Chamí

Con la finalidad de entender la justicia y cómo se lleva a cabo en la comunidad embera chamí, es de vital importancia identificar cuáles son sus preceptos y su cosmovisión, por ende es necesario mencionar que los embera chamí consideran:

La ley natural norma de normas, así como el orden constitutivo del universo, espacios de vida, elementos de la naturaleza y las expresiones de la misma, basada en el dinamismo, vivencia y la forma de transmisión del saber y el conocimiento teniendo en cuenta el modo, tiempo y espacio, para el pueblo indígena embera chamí es el principio básico de los mismos y a través de ello se regulan todas las acciones individuales y colectivas entre el hombre-espíritu-naturaleza (Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, 2021, p.1).

Es importante mencionar que la comunidad indígena también tiene “como una forma de implementación de justicia un derecho mayor, este mismo es un sistema de valores que permite que el individuo mantenga un orden en la comunidad sin interrumpir el equilibrio, este derecho se dejó en evidencia” (Corte Constitucional de Colombia, T-698, 2011)

Dentro de la comunidad podemos encontrar varios espacios para tomar decisiones, en los que la autoridad máxima juega un papel fundamental. Según el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia (2021), “la máxima autoridad de esta comunidad y en la que reside el impartir justicia es el Cabildo, en donde se lleva a cabo la toma de decisiones para proteger y ejercer control sobre el resguardo”.

6.2. El proceso en la comunidad indígena Embera Chamí

Para el pueblo embera chamí en el momento de dar solución a sus conflictos es de suma importancia que entre los hechos suscitados y la implementación de la justicia se dé un debido proceso. Esto se puede evidenciar en el proceso con Sentencia T-921/13 (Corte Constitucional de Colombia, 2013) en el que se interpone una acción de tutela por vulneración de derechos como la dignidad humana, el buen nombre, el debido proceso, al juez natural, a la diversidad cultural, entre otros. Otro ejemplo de esto podemos encontrarlo en la Sentencia T-510/20 (Corte Constitucional de Colombia, 2020), en la cual los acusados pertenecientes a la comunidad indígena sintieron que hubo una vulneración a ese debido proceso y que algunos requisitos internos de procedibilidad en la misma comunidad no se llevaron a cabo antes de su sentencia o castigo, como por ejemplo la posibilidad de dar descargos.

Para la correcta praxis de justicia en el proceso, la comunidad indígena embera chamí tiene en cuenta a la hora de juzgar los antecedentes del procesado. Esto se pudo conocer gracias a lo mencionado en la Sentencia T-349/96 (Corte Constitucional de Colombia, 1996) en la que quedó sentado que para juzgar a un miembro de la comunidad tomaron en cuenta también sus múltiples faltas y agravios a los miembros de la comunidad y a la madre tierra.

Dentro de la comunidad se establecen ciertos casos en donde se acude a la jurisdicción ordinaria, cuando no cuentan con los recursos para juzgar al procesado y con el fin de evitar conflictos entre las familias de la misma comunidad. Un caso particular fue el contrato en la Sentencia T-349/96 (Corte Constitucional de Colombia, 1996).

Si el homicida es muy necio, “muy exagerado” y no se aviene al castigo, se remite a la justicia ordinaria. También cuando los patrilinajes “dolientes” no permiten que se castigue a la persona, bien porque se opongan al castigo, bien porque los familiares de la víctima acudan por cuenta propia a denunciar al victimario a la justicia ordinaria (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349, 1996).

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez / Acceso a la justicia, el reto de entender la cosmovisión indígena de los pueblos Arhuaco, Embera Chamí y Embera Katío

Ahondando a lo mencionado, es importante hacer referencia a la importancia que la comunidad le da a la madre tierra, al territorio en el que habitan y como ellos no le dan una categoría de menos importancia que a la de los miembros de la comunidad, por consiguiente, tanto los miembros parte de la comunidad como la madre tierra son sumamente importantes y en ambos recae el mismo derecho y respeto. Esto se pudo concluir de la lectura de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, como la siguiente:

Para estos pueblos, la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social y económico; no constituye un objeto de dominio sino un elemento del ecosistema con el que interactúan. Por ello, para muchos pueblos indígenas y tribales la propiedad de la tierra no recae sobre un solo individuo, sino sobre todo el grupo, de modo que adquiere un carácter colectivo (Constitucional de Colombia, Sentencia T-698, 2011).

Otro de los temas importantes y de gran relevancia es el la competencia. Según MinJusticia:

La competencia en la comunidad embera chamí está en cabeza de las autoridades tradicionales y estas deben cumplir un protocolo al momento de iniciar un proceso: recepción de la queja, analizar el caso y determinar si este hecho fue natural, espiritual o material; hacer un análisis probatorio en donde se ejecuta careo y toma del testimonio; se reúnen los cuerpos del cabildo para el análisis de las pruebas que se recaudaron para tomar una decisión, una vez tomada la decisión se presentan los resultados a los familiares y la asamblea, se definen posteriormente los medios de sanción y la aplicación del remedio armonización y equilibrio y se le hace para concluir un seguimiento al tipo de sanción (Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, 2021).

La Tabla 2 muestra la reincidencia de los conceptos que permitieron dar una noción acerca de justicia y proceso encontradas en las huellas del discurso de la comunidad indígena embera chamí en las sentencias objeto de estudio.

Tabla 2.
Conceptos reiterativos sobre justicia y proceso

Providencias	ST 416/17	AUTO 698/11	AUTO 631/21	ST 921/13	AUTO 210/19	ST 510/20	ST 921/13	ST 510/20	ST 349/96	ST 530/16
Noción de justicia										
Ley natural	⚡	⚡			⚡		⚡			
Constitución, reglamento		⚡							⚡	⚡
Consulta previa	⚡	⚡					⚡			
Sanciones				⚡					⚡	⚡
Antecedentes				⚡					⚡	⚡
Ceder-justicia ordinaria			⚡			⚡		⚡		⚡
Territorio		⚡		⚡			⚡			
Noción de proceso										
Ejercicio público	⚡				⚡				⚡	⚡
Consulta previa	⚡		⚡	⚡				⚡		
Límites de la jurisdicción				⚡					⚡	⚡
Clasi. Delito-falta		⚡		⚡					⚡	⚡
Cárcel de indígenas				⚡					⚡	⚡
Debido proceso			⚡		⚡		⚡	⚡	⚡	⚡

7. COMUNIDAD INDÍGENA EMBERA KATÍO, “GENTE DE LA SELVA”

Gente de selva o emberá katío, como los conocemos comúnmente, son uno de los pueblos indígenas de Colombia más importantes y antiguos. En sus inicios fueron un pueblo nómada que tenía una gran relación con la tierra. En la Sentencia 007 del Tribunal Superior de Antioquia (2014), la Sala Especializada en Restitución asevera que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”. Dicha conexión es tan importante dentro de la comunidad que no se pueden tomar como elementos aislados; por el contrario, su cosmovisión se basa en la relación que se tiene con la tierra.

La palabra es otro de los grandes rasgos de la comunidad pues [...] [el] mundo Emberá se basa en esta y desde la palabra se crea toda su estructura sociopolítica. La comunidad tiene dos formas de poder, la tradicional que cuenta con los líderes naturales y el derecho consuetudinario y la nueva que son los cabildos gobernadores que se basan en la ley 89 de 1890 (Organización Nacional Indígena de Colombia, 2023, pr. 6).

Según la Organización Nacional Indígena de Colombia (2023), tomando como base la *ley de origen* o *ley madre*, los embera katío crean los lineamientos políticos de la comunidad; a partir de allí se crea toda su estructura y sus reglamentos internos.

Dentro de la comunidad existen varios espacios de toma de decisiones, los cuales cuentan con la participación de los líderes de la comunidad, como lo es la figura del cabildo, fundamental en la estructura política y social. Este es un espacio de decisiones basadas en los acuerdos sociales que cada comunidad tiene y algunos han consolidado un reglamento interno en el que se vislumbra su cosmovisión y su forma de impartir justicia en la comunidad. Así mismo, la Procuraduría General de la Nación (2019c) indica que “su organización política recae en el cabildo, figura que, a pesar de ser esencial para las relaciones externas de la comunidad, no ha desplazado el poder de las autoridades tradicionales para establecer formas de control social”. Podemos decir que en esta comunidad indígena existe una división de poder, ya que, a diferencia de otras comunidades, la autoridad no recae en un solo miembro; por el contrario, todavía se conserva la figura de la autoridad religiosa y espiritual que es el *jaibana* o *Taita*, pero también está la figura del “gerene mayor, fiscales, gobernadores” (Corte Constitucional de Colombia, Auto 922, 2021).

El pueblo emberá katío ha sido golpeado históricamente por las olas de violencia que arrasaron nuestro país, siendo víctimas de desplazamiento forzado y violaciones de derechos fundamentales. En lo que respecta específicamente al desplazamiento forzado, “la presencia de actores armados, los conflictos internos y la inseguridad jurídica de sus territorios dieron paso a un éxodo masivo que ha tenido como receptoras, entre otras, a las ciudades de Pereira, Armenia, Medellín y Bogotá” (Comisión Nacional de Territorios Indígenas, 2021).

El embera es un pueblo que históricamente ha luchado por mantener su cultura ancestral a salvo, pero que ha sido víctima de un Estado ausente y una guerra por la tierra que parece no acabar; son unos verdaderos sobrevivientes.

Del estudio realizado pudimos obtener los siguientes resultados los cuales de cierta forma fueron comunes en las sentencias y nos sirvieron para tener una noción clara de la concepción de justicia y proceso dentro de la comunidad cuando es llevada a la justicia ordinaria y es activado el aparato estatal, lo que nos permitió tener una comparación real de ambas jurisdicciones.

7.1. La justicia en la comunidad indígena Embera Katío

En la categoría de justicia, la comunidad tiene su sistema de justicia basado en su cosmovisión. En esta “tiene la *ley madre* o *ley de origen*, la cual guía el quehacer de los pueblos y se considera su carta de relación con el resto de la sociedad y la comunidad” (Tribunal Superior de Antioquia, Sentencia 007, 2014). La comunidad embera katío tiene una fuerte relación con la tierra, que juega un papel fundamental en su estructura social. Un ejemplo de esto lo encontramos en lo que se afirma en la Sentencia T-405/2019 (Corte Constitucional de Colombia, 2019): “Los Emberá Katío tienen una conexión con la madre tierra, con la cual crean lazos fundamentales para su desarrollo y normal funcionamiento donde el territorio representa un elemento material y espiritual”.

En Sentencia del 31 de agosto de 2001, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (Tribunal Superior de Antioquia, Sentencia 007, 2014).

También pudimos encontrar que los resguardos tiene la potestad de crear un reglamento, en el cual se consolida toda su estructura. En muchas ocasiones estos reglamentos crean los tribunales de sabiduría indígena como en el caso siguiente:

Comunidad Embera Katío del Alto Sinú del Municipio de Tierralta Córdoba constituyó su propio reglamento denominado “Reglamento Interno de la Comunidad Embera Katío del Alto Sinú del Municipio de Tierralta Córdoba” con el objetivo de reglarse a través de los usos y costumbres propias de estas comunidades. Reglamento que creó el Tribunal de Justicia y Sabiduría Indígena (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-405, 2019).

En los asuntos sociales y políticos que ocurren dentro de la comunidad se evidencia una división de poder, si bien se “conservan las figuras ancestrales como el *jerene* o *taita*, también encontramos gobernadores, fiscales, mayores” (Corte Constitucional de Colombia, Auto 922, 2021). Adicional a esto, se tiene la figura del cabildo, el cual es la cara visible de la comunidad y se encarga tanto de asuntos interno como externos. La Procuraduría ha dicho al respecto lo siguiente: “Su organización política recae en el cabildo, figura que, a pesar de ser esencial para las relaciones externas de la comunidad, no ha desplazado el poder de las autoridades tradicionales para establecer formas de control social” (Procuraduría General de la Nación, 2019c).

7.2. El proceso en la comunidad indígena Embera Katío

En la categoría de proceso, las decisiones de la comunidad son tomadas ante el público, que es un simple espectador, con la oportunidad de presenciar pero no de opinar; esa sería la labor del cabildo. “Para la gran mayoría de pueblos indígenas la consulta con ellos significa también consulta con los dioses y consulta con la naturaleza” (Tribunal Superior de Antioquia, Sentencia 007, 2014).

Por otro lado, ante cualquier intervención dentro de su territorio debe contar con una consulta previa en la comunidad, buscando que se respete y proteja su integridad social y cultural. En este caso, la figura del cabildo cobra mucha importancia como vocero de toda la comunidad. En la Sentencia T-652/98 se menciona así: “Representado-cabildo mayor-participar en las decisiones sobre la explotación de los recursos naturales, la organización política- autoridades permanentes-familias amplias o ampliadas que residen en forma comunitaria” (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

La jurisdicción especial indígena no goza de una autonomía plena y absoluta. Al igual que la JO, debe respetar unos principios como el del debido proceso, los derechos de los niños, niñas adolescentes y demás. La Corte Constitucional explica el alcance de la jurisdicción puntualizando lo siguiente:

Por regla general la jurisdicción especial indígena está facultada para resolver la mayoría de los litigios civiles, laborales, penales, entre otros. Sin embargo, su alcance está limitado en relación con algunas conductas punibles que exceden el ámbito cultural de la comunidad étnica, esto es, aquellas que no guardan una relación directa con sus intereses propios, tal y como han sido definidos conforme a su cosmovisión. Entendiendo esto en varias sentencias se hace un análisis del factor territorial y subjetivo y ahí en caso tal que se presente se define por que jurisdicción va a ser juzgado (Corte Constitucional de Colombia, Auto 501, 2022).

Otra de las figuras importantes dentro de la comunidad es la del fiscal, que tiene la función de ir de comunidad en comunidad inspeccionando quién comete delitos. Al respecto, ante la Corte Constitucional, el *noko* mencionó lo siguiente:

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez / Acceso a la justicia, el reto de entender la cosmovisión indígena de los pueblos Arhuaco, Embera Chamí y Embera Katío

El fiscal de indígenas mira todas las comunidades, anda en las comunidades, cuál es que está robando, cuál es que está trabajando con los ilegales, cuál es que está golpeando a las mujeres, cuál es que está hablando con occidentales lo que no se compete (Constitucional de Colombia, Auto 501, 2022).

Por otro lado, encontramos que una de las formas de sancionar o castigar a los integrantes de la comunidad es *el cepo* o la cárcel de indígenas. Esta sanción se establece según las faltas que cometan.

Nosotros tenemos cárcel de indígenas, ahí nosotros sancionamos en la cárcel de indígenas y ya cuando es sencillo, ya coge el cepo que nosotros tenemos tradicional ahí lo meten 72 horas, si es problema sencillo meten 24 horas por ejemplo el que golpea a las mujeres, el que está robando meten dos días del cepo, y si se hace los meten 36 horas y se hace 48 horas y así van castigando (Corte Constitucional de Colombia, Auto 501, 2022).

La embera katío es una comunidad con historia que le aporta a la riqueza étnica de nuestro país, con una cosmovisión que muy pocas personas comprenden con su propio sistema de procesos y justicia. Así, por el desconocimiento de los jueces, que solo saben aplicar el derecho para la jurisdicción ordinaria, cuando se topan con este choque de jurisdicciones que crean conflictos de competencia, se vulneran los derechos de la comunidad ocasionándoles la pérdida de identidad. Es necesario entender que Colombia es un Estado social de derecho pluralista, lo que implica que coexisten jurisdicciones diferenciales y que por esto los abogados estamos llamados a estudiar y comprender la cosmovisión de los pueblos indígenas.

La Tabla 3 muestra la reincidencia de los conceptos que permitieron dar una noción acerca de justicia y proceso encontradas en las huellas del discurso de la comunidad indígena embera katío en las sentencias objeto de estudio.

Tabla 3.
Conceptos reiterativos sobre justicia y proceso

Providencias	ST 652/98	ST 405/19	AUTO 922/21	ST 737/17	AUTO 769/22	AUTO 501/22	ST 007/14	SP 17726/16	ST 402/11	ST 1009/00	AUTO 908/22
Noción de justicia											
Ley de origen		☾			☾	☾	☾	☾			
División del poder	☾	☾	☾			☾	☾				
Autoridades	☾	☾				☾	☾	☾		☾	
Cabildo		☾						☾			
Reglamento		☾					☾	☾			
Participación comunitaria	☾					☾					
Sanciones						☾		☾			
Criterio personal y objetivo		☾			☾			☾			
Ceder-justicia ordinaria				☾							
Territorio	☾			☾	☾		☾		☾	☾	
Noción de proceso											
Ejercicio público	☾	☾	☾		☾	☾	☾				
Consulta previa	☾			☾	☾		☾				
Límites de la jurisdicción	☾	☾				☾					
Clasificación del delito					☾	☾					
Cárcel de indígenas						☾					
Identidad cultural			☾	☾				☾			

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez / Acceso a la justicia, el reto de entender la cosmovisión indígena de los pueblos Arhuaco, Embera Chamí y Embera Katío

8. CONCEPTOS COMUNES ENTRE LA COMUNIDAD ARHUACA, EMBERA CHAMÍ Y EMBERA KATÍO

La Tabla 4 muestra los conceptos comunes a los tres pueblos indígenas que fueron reiterados en las huellas discursivas apreciadas a través del análisis de las sentencias seleccionadas como material de estudio. Este cuadro de triangulación deja ver los conceptos que permitieron dar una breve noción acerca de cómo se aplica el proceso y la justicia al interior de estas comunidades.

Tabla 4.

Triangulación de conceptos

Providencias	Arhuaca	Embera Chamí	Embera Katío
Noción de justicia			
Ley de Origen/Natural	★	⚡	☾
Constitución-reglamento	★	⚡	☾
División del poder	★		☾
Autoridades	★		☾
Cabildo	★		
Sanciones		⚡	☾
Participación comunitaria	★		☾
Delito	★		
Antecedentes		⚡	
Factor subjetivo	★		
Criterios personal y objetivo			☾
Trabajo	★		
Ceder-justicia ordinaria	★	⚡	☾
Territorio		⚡	☾
Noción de proceso			
Ejercicio público	★	⚡	☾
Consulta previa		⚡	☾
Investigación y juzgamiento	★		
Clasi. Delito-falta	★	⚡	☾
Límites a la jurisdicción		⚡	☾
Encarcelar	★	⚡	☾
Saneamiento espiritual	★		
Identidad			☾

CONCLUSIÓN

Colombia es un país pluralista que reconoce la coexistencia de diversos sistemas de justicia. Muestra de esto 1 es la jurisdicción especial indígena que le otorga a los pueblos indígenas la potestad permanente de administrar sus propios sistemas de valores enmarcados en una concepción particular de justicia y proceso que está fundamentada en normas y procedimientos independientes bajo la guía de autoridades autónomas, siempre y cuando estén coordinadas con la Constitución y la ley que rige para todo el territorio nacional.

Las comunidades indígenas arhuaca, embera chamí y embera katío fueron objeto de la presente investigación, que tuvo como propósito dar cuenta de algunas nociones sobre proceso y justicia aplicadas al interior de su cosmovisión, las cuales fueron recopiladas a través de análisis de discurso referido en las sentencias seleccionadas.

Como resultado, se pudo observar de manera trasversal a los tres pueblos indígenas que existe un mandato que guía la conducta de cada uno de los miembros de su comunidad y es la denominada *ley de origen*, que para los arhuacos se reconoce como *ley de la madre*, para los embera chamí como *norma mayor* y para los embera katío como *derecho mayor*. Este precepto busca preservar el orden social y el equilibrio con la naturaleza, de tal manera que si este es alterado se debe realizar un saneamiento espiritual para recomponerlo. Además, reconocen la dirección de distintas autoridades que tienen la potestad de liderar los diferentes ámbitos en los que se desarrolla la comunidad; en el caso de los arhuacos estos son: *mamo*, *Asamblea General*, *Cabildo Gobernador*, *Cabildos Menores* y *Comisarios*; para los embera chamí son: *Gobernador*, *Asamblea General*, *Alcalde Mayor* y *Secretario Mayor* y para los embera katío son: *Jerene Mayor*, *Taitas*, *Guardia Indígena*, *Fiscales*, *Gobernadores Locales* y *Noko Mayor*. Sin embargo, la máxima autoridad radica en el *mamo* para los arhuacos, en el *Gobernador* para los embera chamí y en el *Jerene Mayor* para los embera katío. Así mismo, se evidenció en los tres pueblos indígenas que todos los conflictos que puedan suscitarse se ponen en conocimiento de toda la comunidad, quienes intervienen activamente en la resolución del mismo. También es posible observar que las conductas sancionables al interior de la comunidad se encuentran clasificadas con el fin de darle un grado de trascendencia a la falta. En este sentido, en la comunidad de los embera chamí y embera katío es posible que algunas faltas se purguen en la cárcel o en el cepo como medida para restringir la libertad de una persona, mientras que en la comunidad de los arhuacos, si bien existe el concepto de celaduría interna, ya no existen medidas como la del cepo o la pena de muerte, pues como quedó visto en la Sentencia SU-510/1998 (Corte Constitucional de Colombia, 1998), la han dejado de aplicar porque, como allí dicen ellos: “no sea que al Gobierno no le guste”.

Ahora bien, a pesar de que estas comunidades indígenas cuentan con un sistema estructurado sobre el proceso y la justicia, no dejan de atravesar enormes retos cuando se encuentran con la jurisdicción nacional, debido a que no hay una lectura clara de la forma en como se entiende el proceso y la justicia entre ambas jurisdicciones, lo que ha patrocinado la configuración de conflictos de competencia. Esta situación invita a generar herramientas que permitan coordinar un lenguaje común para ayudar a superar la incomprensión y favorecer el intercambio de conocimiento de la cosmovisión indígena con la cosmovisión del sistema jurídico nacional.

Las comunidades indígenas representan el origen de la historia colombiana. Conocer y respetar su cosmovisión implica proteger el patrimonio cultural y la

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez / Acceso a la justicia, el reto de entender la cosmovisión indígena de los pueblos Arhuaco, Embera Chamí y Embera Katío

diversidad étnica de la nación. Salvaguardar sus territorios ancestrales y sus sistemas de valores determinados por sus usos y costumbres es un deber de todos como sociedad, pero sobre todo de los auxiliares de la justicia, quienes deben favorecer la aplicación del sistema de justicia y proceso indígena, evitando la imposición de sistemas occidentalizados.

TRABAJOS CITADOS

Agudelo Ramírez, M. (2005). El debido proceso. *Opinión Jurídica*, 4(7), 89-105. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307>

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de la República de Colombia*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Beltrán Armenta, J. A. (2017). *Arhuacos y subjetividades políticas. Una lectura sobre la defensa del territorio ancestral* [trabajo de pregrado, Universidad de Antioquia]. Repositorio Institucional Universidad de Antioquia. <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/27086>

Berrocal Durán, J. C. (2010). Sistema jurídico de la comunidad indígena de los Arhuacos en la sierra nevada de Santa Marta. *Erg@omnes*, 2(1), 102-126. <https://revistas.uninunez.edu.co/index.php/ergaomnes/article/view/227>

Bobbio, N., Mateucci, N., & Pasquino, G. (1988). *Diccionario de política* (11ª. ed.). Siglo Veintiuno.

Comisión Nacional de Territorios Indígenas. (2021, 7 de diciembre). *Indígenas Emberá: décadas de conflicto y desplazamiento sin garantías claras para la pervivencia y el retorno*. CNTI Opina. <https://www.cntindigena.org/indigenas-embera-decadas-de-conflicto-y-desplazamiento-sin-garantias-claras-para-la-pervivencia-y-el-retorno/>

Congreso de la República de Colombia. (1996, 7 de marzo). *Ley 270 de 1996*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html

Congreso de la República de Colombia. (2015, 1 de julio). *Acto Legislativo 2 de 2015*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2015.html

Consejo de Estado de Colombia. (2007, 12 de marzo). *Sentencia 11001-03-06-000-2013-00440-00* [C. P.: Vargas, L.]. Sala de Consulta y Servicio Civil.

Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. (2015, 30 de septiembre). *Providencia 11001010200020150267000* [M. P.: Lizcano Rivera, A.]. Sala Disciplinaria.

Corte Constitucional de Colombia. (1994, 30 de mayo). *Sentencia T-254 de 1994* [M. P.: Cifuentes Muñoz, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (1996, 9 de abril). *Sentencia C-139 de 1996* [M. P.: Gaviria Díaz, C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez / Acceso a la justicia, el reto de entender la cosmovisión indígena de los pueblos Arhuaco, Embera Chamí y Embera Katío

Corte Constitucional de Colombia. (1996, 8 de agosto). *Sentencia T-349 de 1996* [M. P.: Gaviria Díaz, C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-349-96.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (1998, 18 de septiembre). *Sentencia SU-510 de 1998* [M. P.: Cifuentes Muñoz, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su510-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (1999, 27 de abril). *Sentencia T-266 de 1999* [M. P.: Gaviria Díaz, C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-266-99.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2000, 8 de agosto). *Sentencia T-1009 de 2000* [M. P.: Gaviria Díaz, C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2000/T-1009-00.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2005, 27 de julio). *Sentencia T-778 de 2005* [M. P.: Cepeda Espinosa, M. J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-778-05.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2007, 8 de noviembre). *Sentencia T-945 de 2007* [M. P.: Escobar Gil, R.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-945-07.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2008, 17 de abril). *Sentencia T-349 de 2008* [M. P.: Monroy Cabra, M. G.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-349-08.htm#:~:text=El%20derecho%20a%20no%20ser,Constituci%C3%B3n%20y%20la%20ley%20imperativa.%E2%80%9D>

Corte Constitucional de Colombia. (2010, 30 de agosto). *Sentencia T-659 de 2010* [M. P.: Palacio Palacio, J. I.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-659-10.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2011, 17 de marzo). *Sentencia T-402 de 2011* [M. P.: Mendoza Martelo, G. E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2011/T-402-11.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2011, 20 de septiembre). *Sentencia T-698 de 2011* [M. P.: Vargas Silva, L. E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-698-11.htm#:~:text=%E2%80%9CEl%20derecho%20fundamental%20de%20la,adopci%C3%B3n%20de%20las%20referidas%20decisiones.>

Corte Constitucional de Colombia. (2013, 5 de diciembre). *Sentencia T-921 de 2013* [M. P.: Pretelt Chaljub, J. I.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2014, 20 de febrero). *Sentencia T-098 de 2014* [M. P.: Vargas Silva, L. E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-098-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2014, 4 de junio). *Sentencia C-341 de 2014* [M. P.: González Cuervo, M.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-341-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2017, 15 de diciembre). *Sentencia T-737 de 2017* [M. P.: Linares Cantillo, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-737-17.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2019, 2 septiembre). *Sentencia T-405 de 2019* [M. P.: Lizarazo Ocampo, A. J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-405-19.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2020, 31 de agosto). *Sentencia T-365 de 2020* [M. P.: Pardo Schlesinger, C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-365-20.htm>

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez / Acceso a la justicia, el reto de entender la cosmovisión indígena de los pueblos Arhuaco, Embera Chamí y Embera Katío

Corte Constitucional de Colombia. (2020, 11 de diciembre). *Sentencia T-510 de 2020* [M. P.: Ramírez Grisales, R. S.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-510-20.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2021, 10 de febrero). *Auto 041 de 2021* [M. P.: Fajardo Rivera, D.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A041-21.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2021, 5 de noviembre). *Auto 922 de 2021* [M. S.: Ortiz Delgado, G. S.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2021/A922-21.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2022, 16 de febrero). *Auto 149 de 2022* [M. P.: Rojas Ríos, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A149-22.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2022, 24 de marzo). *Auto 415 de 2022* [M. P.: Pardo Schlesinger, C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A415-22.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2022, 9 de junio). *Auto 769 de 2022* [M. P.: Linares Cantillo, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A769-22.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2022, 30 de junio). *Auto 908 de 2022* [M. S.: Ortiz Delgado, G. S.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2022/A908-22.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2022, 6 de diciembre). *Auto 501 de 2022* [M. P.: Reyes Cuartas, J. F.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A501-22.htm>

Corte Suprema Justicia de Colombia. (2016, 5 de diciembre). *Sentencia SP 17726 de 2016* [M. P.: Patiño, E.].

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2018, 8 de mayo). *Sentencia STP 6174 de 2018* [M. P.: Salazar, P.].

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2019, 4 de julio). *Sentencia STC 8713 de 2019* [M. P.: Tejeiro, O.]. Sala De Casación Civil y Agraria.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2019, 14 de agosto). *Sentencia STL 11776 de 2019* [M. P.: Echeverri, R.]. Sala de Casación Laboral.

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008, 4 de marzo). *Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2021). *Resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda 2018 Pueblos Arhuaco, Kankuamo y Wiwa*. DANE, Gobierno de Colombia. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-pueblos-arhuaco-kankuamo-wiwa-CNPV2018.pdf>

Fiscalía General de la Nación. (2021, 22 de noviembre). *Directiva 0005 de 2021. Por medio de la cual se emiten lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena*. Fiscalía de Colombia. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2021-DIRECTIVA-0005-LINEAM-DEFINICION-CONFLICTOS-COMP-JURISD-ESP-INDIGENA.pdf>

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez / Acceso a la justicia, el reto de entender la cosmovisión indígena de los pueblos Arhuaco, Embera Chamí y Embera Katío

Gallucci, M. J. (2016). El discurso referido en los manuales sobre análisis del discurso y pragmática lingüística. *Lengua y Habla*, 20, 200-224. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=511954843011>

Gumperz, J. J. (1982). *Discourse strategies. Studies in Interactional Sociolinguistics 1*. Cambridge University Press.

Ministerio de Cultura de Colombia. (s.f). *Caracterizaciones de los pueblos indígenas de Colombia. Iku (Arhuacos) Guardianes de la vida*. <https://mng.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Documents/Poblaciones/archuaco.pdf>

Ministerio de Gobierno de Colombia, & Dirección General de Asuntos Indígenas. (1994). Los derechos de los pueblos indígenas y el sistema jurídico colombiano. En R. Roldán Ortega, & J. H. Gómez Vargas (comp.), *Fuero Indígena Colombiano* (pp. 311- 461). Gente Nueva.

Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. (2021). *Embera Chami*. <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/fortalecimiento-etnico/Documents/banco-2020/2.%20DIAGNOSTICO%20LA%20LIBERTAD.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (1976, 23 de marzo). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

Organización Internacional del Trabajo. (1989, 27 de junio). *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf.

Organización Nacional Indígena de Colombia. (2023). *Embera Chami*. ONIC. <https://www.onic.org.co/pueblos/1095-embera-chami>

Procuraduría General de la Nación. (2019a). *Arhuaco Pueblo Indígena Arhuaco Caracterización*. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/docs/Caracterizacionarhuaco.pdf>

Procuraduría General de la Nación. (2019b). *Caracterización pueblo indígena Embera Chamí*. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/docs/CaracterizacionCHAMI.pdf>

Procuraduría General de la Nación. (2019c). *Pueblo indígena Embera Katío Caracterización*. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/docs/CaracterizacionKATIO.pdf>

Resguardo Indígena Arhuaco Businchama. (2023, 5 de marzo). *Es importante recordar aquellos momentos, para que el olvido se matrine con la memoria y recuerden para no repetir* [video]. Facebook. https://www.facebook.com/resguardobusinchamataironaOFICIAL/videos/189039247190161/?extid=CL-UNK-UNK-UNK-AN_GK0T-GK1C&mibextid=1Yhcl9R

Rueda-Carvajal, C. E. (2008). El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 10(1), 339-374. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/356>

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Alina González Palacio, Luna Giraldo Mejía y Karla Nillered Suárez Jiménez / Acceso a la justicia, el reto de entender la cosmovisión indígena de los pueblos Arhuaco, Embera Chamí y Embera Katío

Sanding, B., & Selting, M. (1997). Estilos del discurso. En T. A. Van Dijk, (comp.), *El discurso como estructura y procesos. Estudios sobre el discurso I Una introducción multidisciplinaria*. Editorial Gedisa.

Santamaría Chavarro, A., Acosta, M., & Muelas, D. (2018). Una mirada crítica a la justicia transicional desde los pueblos indígenas en Colombia: el caso del pueblo arhuaco. En F. E. Cante Maldonado., & H. E. Ramírez Arcos (eds.), *Los Olvidados de la paz* (pp. 7-26). Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/gpd-los-olvidados-de-la-paz.html>

Tribunal Superior de Antioquia. (2014, 23 de septiembre). *Sentencia 007 de 2014* [M. P: Landinez, V.]. Sala Especializada en Restitución.

Uscátegui, G. (2003). *La justicia ancestral Arhuaca y su recuperación. Territorio ancestral de una comunidad indígena en Colombia, parte del escenario del conflicto*. CINEP. <http://base.d-p-h.info/es/fiches/premierdph/fiche-premierdph-6522.html>.

Van Dijk, T. A. (1997). *El discurso como estructura y procesos. Estudios sobre el discurso I Una introducción multidisciplinaria*. Editorial Gedisa.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN PANAMÁ

Brenda Elizabeth Vega Atencio¹

RESUMEN

La situación panameña que se plantea en el presente artículo puede ser muy similar a la que atraviesan algunos países latinoamericanos que no cuentan con una tutela judicial efectiva de sus derechos sociales. Desde una perspectiva crítica, se caracteriza la tutela de los derechos sociales en la Constitución panameña, para describir luego los recursos constitucionales de protección de derechos difusos con que cuenta su ordenamiento jurídico. Posteriormente, se fundamenta la importancia de implementar acciones constitucionales como el amparo, que atiendan a la tutela de derechos colectivos como los derechos sociales. Para ello es necesario definir criterios que establezcan los estándares mínimos y máximos que deben atender los derechos sociales, y no dejar a la discrecionalidad del poder ejecutivo y/o legislativo los mecanismos de protección. En este sentido, se plantea el criterio de conexidad como alternativa aplicable a la labor de interpretación constitucional que está llamada a ejercer la Corte Suprema de Justicia en pleno, como tribunal constitucional. Esto, con la finalidad de tutelar los derechos sociales vulnerados de forma conexa con derechos fundamentales que, por dicha vulneración, se vean también afectados. La anterior propuesta significaría un gran avance para Panamá, puesto que la parte dogmática de su Constitución Política mantiene, en el Título III, la connotación de que los derechos sociales se supeditan a los derechos fundamentales, con lo que se conciben aquellos como no justiciables. La adopción del principio de proporcionalidad es necesaria para disuadir la discrecionalidad legislativa, en cuanto a la atención prioritaria o no de un derecho social ante otro que se considere más urgente. Desde el punto de vista fáctico, se plantea la necesidad de flexibilizar el alcance de la acción de amparo, para que esta responda a una construcción jurisprudencial con miras a ampliar su espectro, de forma colectiva.

Palabras claves: derechos sociales; tutela judicial efectiva; conexidad; proporcionalidad; acción de amparo de garantías constitucionales; normas programáticas.

¹ Abogada. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Latina de Panamá. Especialista en Derecho de Niñez y Adolescencia de ISAE Universidad. Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Latina de Panamá. Postgrado en Formación Pedagógica Diversificada de la Universidad de Panamá. Postgrado en Docencia Superior de la Universidad de Panamá. Docente Universitaria en pregrado y postgrado. Estudiante de Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: abogada.brendavega@gmail.com

EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS

ABSTRACT

The Panamanian situation discussed in this paper may be similar to the situation of some Latin American countries that lack effective judicial protection of their social rights. From a critical perspective, in this article the situation of the social rights protected by the Panamanian Constitution is characterized, followed by a description of the constitutional remedies available for the protection of diffuse rights. Subsequently, the importance of implementing constitutional actions, such as “amparo”, to safeguard collective rights, like social rights, is justified. To achieve this, it is necessary to define criteria that establish the minimum and maximum standards that social rights must meet, rather than leaving the mechanisms of protection to the discretion of the executive and/or legislative branches. In this regard, the criterion of connectedness is proposed as an applicable alternative to the task of constitutional interpretation that the Supreme Court of Justice, as the constitutional court, is called upon to perform. This is done with the aim of protecting social rights that have been violated in connection with fundamental rights that are also affected by such violations. The aforementioned proposal would represent a significant advancement for Panama, as currently, the doctrinal part of its Political Constitution maintains, in Title III, the notion that social rights are subordinated to fundamental rights, thus conceiving social rights as non-justiciable. The adoption of the principle of proportionality is necessary to deter legislative discretion in prioritizing one social right over another that may be considered more urgent. From a factual standpoint, there is a need to broaden the scope of the amparo action to respond to a jurisprudential development aimed at expanding the scope of this action collectively.

Keywords: social rights; effective judicial protection; connectedness; proportionality; amparo of constitutional guarantees; programmatic norms.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, los derechos sociales son un gran desafío para algunos países latinoamericanos, incluyendo a Panamá. El principal reto es lograr su tutela judicial efectiva, hecho que encuentra grandes limitantes en la propia Constitución Política panameña, en la medida en que los derechos sociales prevalecen como normas programáticas que responden a criterios propios de los poderes ejecutivo y legislativo para su ejecución y tutela.

Es indispensable que un Estado democrático atienda las necesidades colectivas de la población a través de los derechos sociales, lo que puede lograrse por medio de la creación de mecanismos procesales que garanticen la tutela judicial efectiva.

La regulación de los derechos sociales mediante ley es un mandato constitucional, pero no siempre es la solución. Es imperativo que existan estándares mínimos y máximos que, de manera categórica, establezcan los criterios que deben atender los poderes ejecutivo y legislativo para la realización prioritaria de los derechos sociales. Estos estándares pueden ser desarrollados jurisprudencialmente, atendiendo al principio de proporcionalidad, con lo que el juez constitucional cumpliría su labor de interpretar la constitución.

Es por ello que el presente trabajo tiene como objetivo caracterizar la situación actual de los derechos sociales que tutela la Constitución panameña. En este sentido, en principio se hará una descripción de los recursos constitucionales con los que cuenta el país para proteger los derechos difusos. Seguidamente, se analizará la aplicación interna de las normas internacionales ratificadas por Panamá en materia de derechos sociales y fundamentales, las cuales son generalmente aplicados a sensibles problemas sociales como los relacionados con la salud y la educación. Posteriormente, se fundamentará la importancia de la implementación de acciones constitucionales como el amparo, que atiende a la tutela de derechos colectivos según el criterio de conexidad y, por último, se examinarán los posibles obstáculos que se presentan en Panamá de cara a la judicialización de los derechos sociales, desarrollando algunas alternativas para superar este desafío.

1. METODOLOGÍA

La investigación desarrollada para la producción de este artículo se fundamentó en el método cualitativo, puesto que se analiza el contenido de la norma constitucional panameña y de los instrumentos internacionales ratificados por Panamá en el tema de derechos sociales, contextualizando su aplicación en la salud y educación a través del método descriptivo. Además, se aplica un estudio analítico, al examinar la situación actual de los derechos sociales en Panamá, desde un punto de vista doctrinal, comparado y práctico, que lleva a plantear algunas propuestas para su judicialización.

2. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DERECHOS SOCIALES TUTELADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

La Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José” (Organización de Estados Americanos, 1969) fue ratificada por Panamá el 8 de mayo de 1978. Mediante instrumento de fecha de 9 de mayo de 1990 se declara el reconocimiento obligatorio de pleno derecho por parte del gobierno panameño a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todo lo referente a la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Igualmente, Panamá es parte del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Ley 13 (Asamblea Legislativa de Panamá, 1976). Esta Ley se convirtió en uno de los instrumentos por medio de los cuales el Estado panameño se compromete a ser garante de los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción ni discriminación.

La Constitución Política de la República (Asamblea Nacional Constituyente de Panamá, 1972) tuvo reformas en 1978, 1983, 1994 y, finalmente, en el año 2004. A través de la reforma de 1983 se incorporaron los derechos sociales, y se estableció en el artículo 17 el deber de las autoridades panameñas de asegurar la efectividad de los derechos en mención.

Por consiguiente, la Constitución Política vigente, reformada en 2004 (Asamblea Legislativa de Panamá, Acto Legislativo No. 1, 2004), tutela, en el Título III, los derechos y garantías individuales y sociales, denominándolos derechos sociales: el derecho a la familia (artículo 56), el derecho al trabajo (artículo 64), el derecho a la cultura (artículo 80), el derecho a la educación (artículo 91), el derecho a la salud y a la seguridad social (artículo 109), el derecho a la vivienda (artículo 117), el régimen ecológico (artículo 118) y el régimen agrario (artículo 122).

Ante la poca claridad de los derechos sociales reconocidos en la Constitución Política panameña, debida a lo indeterminados que son sus mandatos, competencias, prohibiciones y permisos, estos derechos se ven constantemente vulnerados. Puesto que esta indeterminación afecta, de manera directa, la tutela de estos derechos, lo que —de forma correlativa— afecta el derecho de igualdad. Es en este sentido en el que surge un gran desafío, teniendo en cuenta las grandes brechas sociales de Panamá, pues estas agravan la dificultad para implementar de manera efectiva y eficiente la tutela de los derechos sociales en esferas sensibles como la salud, la vivienda y la educación, entre otras.

En Panamá, los derechos sociales se traducen en derechos subjetivos que, a su vez, constituyen derechos humanos y legales. Al ser institucionalizados, se crean los correspondientes procedimientos para proteger estos derechos. Sin embargo, es necesario establecer con precisión los conceptos de los derechos sociales que se tutelan a partir de la Constitución de 1983; es por esto que la Corte Suprema de

justicia en pleno, como Tribunal Constitucional, en diferentes fallos, estableció de manera taxativa que el Estado panameño es quien debe garantizarlos.

Lo planteado recae en el hecho de que los derechos sociales desarrollados en la Constitución Política de la República de Panamá se tutelan mediante normas programáticas que no especifican los mecanismos que deben seguirse para su ejecución. Por ejemplo, el artículo 56 establece la protección del derecho a la familia y sostiene que “el Estado protege el matrimonio, la maternidad y la familia. La Ley determinará lo relativo al estado civil” (Asamblea Legislativa de Panamá, 2004). Por otro lado, el artículo 64 establece que el trabajo, como derecho social, genera la “obligación del Estado de elaborar políticas económicas encaminadas a promover el pleno empleo y asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia decorosa” (Asamblea Legislativa de Panamá, 2004). Frente al derecho social a la vivienda, tutelado en el artículo 117, se señala que “el Estado establecerá una política nacional de vivienda destinada a proporcionar el goce de este derecho social a toda la población, especialmente a los sectores de menor ingreso” (Asamblea Legislativa de Panamá, 2004).

A partir de la Constitución Política de 1946, Panamá se acogió a las normas de derecho internacional. Así lo sigue determinando el artículo 4 de la actual constitución que indica que “la República de Panamá acata las normas de Derecho Internacional” (Asamblea Legislativa de Panamá, 2004); sin embargo, el denominado bloque constitucional encuentra su desarrollo vía jurisprudencial, a partir de la Sentencia del 30 de julio de 1990, desarrollada en la ponencia del magistrado Carlos Lucas López (Corte Suprema de Justicia de Panamá, 1990). Tal como señala Mejía Edward (2019), la Corte Suprema de Justicia de Panamá le ha otorgado jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos que han sido ratificados por la nación panameña, es decir, los ha integrado al bloque de constitucionalidad. Es por esto que dichos derechos son empleados como referente constitucional sobre los diferentes actos que pueden proceder ante la Corte Suprema de Justicia. En este sentido, el control convencional tiene como fin eliminar de la ordenanza constitucional, con efectos *erga omnes*, las normas que contravengan los tratados de derechos humanos y las disposiciones de la Constitución.

2.1. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: su aprobación y aplicación en el sistema de salud y educación en Panamá

Mediante la Ley 13 (Asamblea Legislativa de Panamá, 1976) se aprobó el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sin embargo, aún no tenía vigencia el bloque de constitucionalidad, ya que —como se ha indicado— su creación jurisprudencial data de 1990.

Los países que ratifican dicho Pacto, además de manifestar el compromiso que asumen, deben garantizar el ejercicio de todos los derechos allí tutelados. Es decir,

a partir de esta ley, Panamá se compromete a que sus ciudadanos gocen de estos derechos en igualdad. Asimismo, reconoce que estos derechos solo pueden tener limitantes determinados por la ley, siempre que estos sean compatibles con la naturaleza intencional del Pacto o de la Constitución y en aras de un fortalecimiento social democrático (Organización de las Naciones Unidas, 1976).

En el tema de salud, el Pacto establece en el artículo 12 las medidas que deben hacer efectivas los Estados para preservar este derecho; la cuarta indica que se deben crear “condiciones que aseguren a todos [los ciudadanos] asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” (Organización de las Naciones Unidas, 1976).

Sin embargo, el sistema de salud en Panamá sostiene una estructura de atención con base en la enfermedad, no en la prevención; existe poca promoción de estilos de vida saludables dirigida a la ciudadanía. La consecuencia de ello es que cada día más personas mueren de enfermedades que pudieron haber sido prevenidas si el enfoque de atención estuviese orientado a la prevención.

El sistema de salud panameño presenta problemas que van desde la carencia de personal humano, pasando por las dificultades de acceso que tiene la población, hasta la falta de insumos y medicinas. Todo esto es causado por la poca o mala organización de las instituciones de salud, la ausencia de infraestructuras adecuadas y equipadas, y la carencia de un sistema financiero y técnico sostenible que apoye en la adecuación, gestión, planificación, previsión y provisión de servicios de salud de forma integral.

Por otro lado, la adquisición de medicamentos se ha convertido en un lujo en Panamá, aun cuando la Constitución Política en su artículo 113 dispone que “[e]l Estado deberá desarrollar una política nacional de medicamentos que promueva la producción, disponibilidad, accesibilidad, calidad y control de los medicamentos para toda la población del país” (Asamblea Legislativa de Panamá, 2004). La realidad es que actualmente la población no tiene acceso a medicamentos, lo que se convierte en una violación de ese derecho. Esto trae como resultado que la población panameña se vea constantemente en la penosa necesidad de adquirir medicamentos de forma externa, mediante compra directa a farmacias privadas donde los costos son muy elevados, lo que causa afectaciones importantes al ingreso familiar de forma colateral y aumenta las condiciones de pobreza de las personas más vulnerables.

También existe total desigualdad en la forma en la que se distribuyen los recursos humanos dentro del sistema de salud panameño, puesto que hay poblaciones que no pueden acceder a atención médica por parte de especialistas. Esto genera que las personas no puedan recibir atención pronta y oportuna para las enfermedades que se presentan en las diferentes poblaciones rurales del país. Sumado a esto, se debe tener en cuenta que estas poblaciones —por su escaso recurso económico—

no pueden trasladarse a las ciudades, es decir, no logran acceder por ningún medio a su derecho.

En la actualidad se encuentra en vigencia el Decreto Ejecutivo 26 (Ministerio de Salud de Panamá, 2022), el cual desarrolla una reglamentación para la compra —de forma conjunta (entre la Caja de Seguro Social y el Ministerio de Salud) o unilateral— tanto de medicamentos como de fármacos, ante una falta de abastecimiento. Este reglamento surgió gracias a la presión ejercida por la población panameña a través de una paralización total del país por medio de protestas y cierres indefinidos de calles, lo que produjo graves pérdidas económicas.

Es importante señalar que, por primera vez en la historia patria y como producto de la presión de la población panameña, se instauró la denominada mesa única de diálogo. Esta mesa contó con la participación de diferentes sectores de la población, como el Sindicato Único de Trabajadores Organizados de la Construcción, la Asociación de Profesores, la Asociación de Médicos, Odontólogos y Profesionales Afines de la Caja de Seguro Social de Panamá, la Alianza por los Derechos del Pueblo, los Indígenas de la Comarca Ngäbe Buglé, los campesinos y el Gobierno Nacional; además, la Iglesia Católica se vinculó a la mesas como mediadora. Estos sectores, en conjunto y a través de un remedio dialógico, pretendían hallar soluciones reales mediante un pliego de peticiones en el que se abordaban ocho temas relacionados con los derechos sociales. Cada uno de estos temas tenía una propuesta base, por ejemplo: para la alimentación se solicitaba la disminución del precio de la canasta básica; para la salud se requería la disminución del costo de los medicamentos y subsanar la falta de abastecimiento; y para la educación se pidió que se asegurara la inversión del 6 % del producto interno bruto en el sistema. En el tema de salud se lograron consensos en cuanto al precio de los medicamentos que regula el ejecutivo, que se comprometió a aplicar una rebaja de un 30 % en el costo de los 170 medicamentos más consumidos en el país. Sin embargo, esta es solo una medida temporal y no una solución definitiva.

Para Prospero (2015), un modelo de salud exitoso debe: 1) promover ciudadanía; 2) promover la equidad, es decir, no debe distinguir entre ricos y pobres; 3) engendrar salud; 4) ser responsable de la salud de los ciudadanos; 5) engendrar no solo derechos, sino también obligaciones, lo que se torna en una salud colectiva a la que debe tener acceso toda la población; 6) enfocarse como una labor política y social; 7) mejorar la utilización de los medios disponibles; 8) reducir el gasto familiar; 9) dotar de recurso humano técnico y especializado a todos los rincones del país.

En este sentido, para lograr un sistema de salud que atienda adecuadamente a la población panameña, desde sus diversos contextos, se requiere la creación —por parte del Estado— de políticas públicas de salud para las que la igualdad en equidad sea su punto de partida.

En cuanto a la educación, se presentan múltiples dificultades y retos, como la inexistencia de un modelo educativo referencial y la ejecución de un plan de

estudios desfasado del contexto social (Aguilar, 2020). Los grandes desafíos de la educación panameña son principalmente la falta de calidad en el aprendizaje y de acceso, la discriminación educativa en niveles de Premedia y el rezago educativo (Unicef Panamá, 2021).

En la actualidad, UNICEF está trazando un nuevo plan de trabajo denominado Programa País 2021-2025, cuyo objetivo principal es apoyar a la primera infancia en su desarrollo educativo desde su fundamento, brindando, para tal fin, un apoyo técnico a Panamá. Lo más importante para lograr este plan es la voluntad de inversión y el respaldo financiero que destine el Gobierno panameño para su implementación a través de políticas de educación, inversión y de desarrollo social (Unicef Panamá, 2021).

El sistema educativo panameño requiere de la mirada del ejecutivo y el legislativo, para la implementación de políticas públicas que fortalezcan programas cuya búsqueda sea reducir la discriminación educativa. Programas que identifiquen y ofrezcan seguimiento a los estudiantes que se encuentran en situación de vulnerabilidad o de riesgo social; también es importante que proyecten la creación de formas flexibles de educación, sin olvidar la calidad. Finalmente, es necesario crear programas orientados a la reinserción escolar, que reconozcan y provean el presupuesto que requiere el sector educativo panameño.²

En las comarcas indígenas ocurre una flagrante violación del derecho a la educación, puesto que existe total discriminación en tanto el nivel de educación es diferente al del resto del país. En este contexto se ha reconocido que la deficiencia se relaciona con que estos sectores no integran en el currículum una educación con enfoque intercultural, lo que crea marcadas brechas entre la población indígena y la que no lo es. Panamá representa índices realmente negativos en este sentido en el ámbito de Latinoamérica (Cecchini et al., 2020).

2.2. Los derechos sociales en la Constitución Política de la República de Panamá

En su estructura, los derechos sociales se conciben como prestaciones que, para ser exigidas, deben ser desarrollados mediante ley de la república, reglamento, decretos leyes, entre otros. Con respecto a su titularidad, se concibe como sujeto

² El Gobierno panameño suscribió, el 24 de febrero de 2021, el Sistema de las Naciones Unidas llamado Marco de Cooperación para el Desarrollo Sostenible (2021-2025), cuya meta está orientada a la reducción de la desigualdad social, económica y territorial, presente en el Estado panameño. Este sistema se organiza en cuatro zonas o ámbitos, de donde emanan derechos sociales: 1. Inclusión e igualdad tanto económica, ambiental y social; 2. Reducción de riesgos y desastres, así como gestión integral del ambiente y cambio climático; 3. Institucionalidad, gobierno, justicia y ciudadanía; 4. Protección de derechos humanos, con el objeto de producir cambios positivos en la vida de la población panameña (Organización de las Naciones Unidas, 2021).

activo al individuo y como sujetos pasivos al legislativo y al ejecutivo y, como objeto, a la prestación.

En este sentido, el Estado (representado por el poder ejecutivo) es el obligado y el responsable de la protección de los derechos sociales; sin embargo, existen ciertos derechos sociales en manos privadas, por ejemplo el derecho a la seguridad social. No obstante, es el Estado el llamado a ejercer control, vigilancia y seguimiento para obligar al sector privado a que cumpla con los mandatos constitucionales.

Es preciso señalar que la Constitución panameña no establece de forma directa ni los medios ni los instrumentos ni las circunstancias ni los fines específicos que debe acoger y cumplir el legislador respecto a los derechos sociales. Como se ha dicho, hay una fuerte indeterminación de los mismos en el texto constitucional. Y ante la gran variedad de medios por los cuales pueden ser satisfechos, resulta inviable establecer cuál es el más idóneo para determinar y concretar un nivel mínimo o máximo de protección del derecho social.

En la doctrina existen posiciones que defienden la separación de los derechos sociales de las libertades individuales, bajo la premisa de que los primeros requieren que el Estado intervenga para la satisfacción de necesidades que se consideran fundamentales y las segundas delimitan el ámbito en el que cada individuo puede actuar de forma libre. De esta manera, el Estado es quien debe crear las herramientas para la satisfacción de los derechos sociales, esto como parte del servicio público que está llamado a brindar y que es por lo que goza de un margen potestativo para organizarse a fin de cumplir su deber.

La discrecionalidad del legislativo y del ejecutivo juega un papel trascendental frente al acceso efectivo a los derechos sociales en Panamá, pues si estos derechos no se concretan a través de normas que establezcan específicamente lo que el Estado debe hacer, no es posible clarificar la forma en la que se le puede exigir su cumplimiento. La consecuencia de esto es que no puede decirse que los derechos sociales constituyan efectivamente derechos positivos. Es cierto que se encuentran contenidos en la norma Constitucional, pero sigue siendo indeterminado el acto o sistema que debe garantizar su aplicación, lo que hace que no sean fácilmente exigibles para los individuos.

La Constitución Política de Panamá enmarca en su contenido una diferencia entre enunciados normativos y enunciados autoejecutables o programáticos, con lo que remite su desarrollo al legislador panameño. En este sentido, es importante reconocer que existen diferentes medios que el Estado puede emplear para dar cumplimiento a los derechos sociales, lo que genera incertidumbre en el momento en el que se quiere determinar cuál es el medio más idóneo, o el correcto; además, dificulta la posibilidad de exigirle al ejecutivo el desarrollo de estos de acuerdo con los diferentes contextos. Es por esto que cuando hablamos de derechos sociales nos referimos a principios, a normas de carácter abierto que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas

existentes. Esto resulta en el hecho de que puedan cumplirse en diferente grado, dependiendo de las posibilidades reales y jurídicas (Alexy, 1993).

La Corte Suprema de Justicia de Panamá (1994), mediante Sentencia de 19 de mayo de 1994, señaló que artículo 17 de la Constitución panameña es una norma de carácter programático que no contiene derecho sustantivo. Por tanto, al ser invocada debe indicarse de forma expresa cuál es la norma constitucional que contiene el derecho sustantivo que permita constatar la violación del derecho. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, la carta magna panameña en el tema de derechos sociales cuenta con normas indeterminadas.

Una posición doctrinal plantea que los derechos sociales son derechos *prima facie*, para ellos entra en juego el principio de proporcionalidad que puede ser comprendido como aquella justificación en que puede fundamentarse el legislador para cumplir parcialmente, o para no cumplir, con ellos cuando existe otro derecho más urgente o prioritario. Este análisis debe basarse en criterios estrictos como la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (Bernal Pulido, 2005). Por su parte, Alexy (1993) señala que son deberes *prima facie* aquellos que deben establecerse por medio de ponderaciones. En el momento en el que se planteé la posibilidad de no cumplir con ellos, deben desarrollarse razones de derecho aceptables; si estas no existen, debe considerarse el deber como definitivo.

Al respecto, el artículo 17 de la Constitución Política panameña, en su segundo párrafo, establece que: “los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona” (Asamblea Legislativa de Panamá, 2004). Una interpretación conjunta del ya citado artículo 4, en concordancia con el artículo 17, sirve de base para fundamentar la expansión de la lista de derechos protegidos, lo que realiza la inclusión y aplicación de los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Panamá.

En la actualidad, no existe un análisis sobre la aplicación del principio de proporcionalidad que haya sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en pleno, como Tribunal Constitucional de Panamá, para responder ante la posible violación de derechos fundamentales y sociales en temas como la educación y la salud. Esto representa un problema porque no hay razones jurídico-constitucionales que justifiquen que el legislativo omita u otorgue prioridad a ciertos derechos sociales; puede decirse que la condición actual genera una vulneración a los derechos humanos que debe ser tolerada por los sectores más vulnerables. Ahora bien, si se hablara de una población panameña que buscara hacer exigencia de sus derechos, el interrogante sería ¿cuál es el medio procesal idóneo para ejercer la tutela judicial efectiva de los derechos sociales en Panamá?

3. EL AMPARO DE GARANTÍAS COMO RECURSO PROTECTOR DE DERECHOS SOCIALES EN PANAMÁ: CRITERIO DE CONEXIDAD

El amparo de garantías constitucionales se encuentra consagrado en el artículo 54 de la Constitución Política de Panamá, el cual dispone que

[t]oda persona contra la cual se expida o ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona. El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante pronunciamiento sumario y será competencia de los tribunales judiciales (Asamblea Legislativa de Panamá, 2004).

El desarrollo del citado artículo no limita de forma taxativa la categorización de la orden de hacer o de no hacer, tampoco determina la calidad de la autoridad legislativa, ejecutiva o judicial que la emite. Legalmente se desarrolló este recurso en el Código Judicial, Libro Cuarto: Instituciones de Garantía, Título III: Amparo de Garantías Constitucionales (Asamblea Legislativa de Panamá & Corte Suprema de Justicia de Panamá, 2001). Gracias a esto se expande el radio de acción del recurso de amparo contra resoluciones judiciales, sujeto a las reglas desarrolladas en el artículo 2615.

En Panamá, la norma legal exige que el recurso de amparo de garantías constitucionales se interponga por medio de abogado y de acuerdo con el artículo 2618 del Código Judicial; la legitimación activa recae sobre la persona afectada por el acto u omisión de forma directa; sin embargo, por vía jurisprudencial se ha ampliado la legitimación activa que ahora cubre también a afectados potenciales. No obstante, no puede decirse que haya gozado de un mayor desarrollo.

Mediante la Sentencia de 12 de mayo de 2000, la Corte Suprema de Justicia de Panamá (2000) admite la participación de terceros interesados; sin embargo, ni la Constitución ni la ley lo autorizan; esta creación jurisprudencial abre la oportunidad para personas que han sido afectadas y que no encuentran otra vía procesal para hacer valer su derecho de defensa.

La Corte Suprema de Justicia en pleno, como Tribunal Constitucional, ha señalado que el principal objetivo del recurso de amparo es proteger los derechos y las garantías que consagra la Constitución Política, a favor tanto de nacionales como de extranjeros (Corte Suprema de Justicia de Panamá, S 92-10, 1991).

Es importante señalar que, para la Corte, esta institución de garantía no cumple su efecto contra los actos de carácter general como las leyes, los reglamentos o los decretos reglamentarios, pero sí es viable su interposición contra actos que lesionen o vulneren garantías protegidas en la Constitución y en los tratados de derechos humanos ratificados por Panamá, aspecto que amplía los derechos que pueden tutelarse por vía de amparo.

Una gran controversia rodea este recurso, con respecto a su alcance, a cuáles son los derechos humanos justiciables por medio del amparo en Panamá, ante el carácter restrictivo de la norma legal y constitucional.

Como ya se ha sustentado, por vía jurisprudencial, Panamá otorgó jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos que han sido ratificados; sin embargo, el citado artículo 54 de la Constitución Política entra en conflicto con el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (Organización de Estados Americanos, 1969).

Aspectos puntuales citados por la convención como recurso sencillo y rápido, así como actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley, se restringen en nuestra Constitución Política y en la ley, al ceñirse únicamente la interposición del recurso ante órdenes de hacer y de no hacer emitidas por un servidor público, que violen derechos y garantías que la constitución consagre, por lo que ante órdenes que emitan particulares no existe oportunidad de defensa por medio de dicho recurso.

Otro elemento importante es lo limitado del concepto de *acto*, que en la Constitución panameña atiende solo a órdenes de hacer y no hacer, por lo que es indispensable atender a un espectro más amplio para su interpretación, atendiendo al artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, del cual emana el concepto de *acto* en un sentido amplio, según el cual basta con que el mismo viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

Es primordial que el amparo de garantías constitucionales en Panamá evolucione, ampliando la tutela sobre cualquier acto que conlleve amenaza, lesión, restricción, alteración y detrimento de un derecho fundamental y social, que no solo prevea la Constitución Política, sino también los tratados y convenios internacionales ratificados por Panamá, mismos que también se encuentran integrando sus leyes.

Panamá cuenta con un desarrollo jurisprudencial sistemático, que emana de su Corte Suprema de Justicia, como Tribunal Constitucional, que estructura la formalidad en la presentación del recurso, señalando en diferentes fallos que para efectos de la elaboración de la demanda es requisito indicar tanto la disposición constitucional vulnerada como una explicación en cuanto a la forma en que se comete dicha violación, basado en argumentaciones lógico-jurídicas de la norma que ha sido impugnada según los principios que se encuentran en los enunciados jurídicos contenidos en las normas constitucionales (Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia 922-20, 2021).

El aspecto a analizar recae, entonces, en determinar si el amparo de garantías constitucionales es un mecanismo procesal idóneo para la tutela de derechos sociales en Panamá. La respuesta es *no*, puesto que los derechos sociales en Panamá aún atienden a normas programáticas, cuya dirección recae sobre el legislativo y el ejecutivo; este último como administrador, no siendo posible la judicialización de dichos derechos.

El amparo de garantías constitucionales frente a la tutela de derechos fundamentales y sociales en Panamá requiere de un urgente desarrollo jurisprudencial del criterio de conexidad,³ como lo ha llevado a cabo la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha indicado que debe atenderse a la conexidad cuando el no atender un derecho social se provoca una afectación de un derecho fundamental (Corte Constitucional de Colombia, T-428/12, 2012).

Dicho de otra manera, ante un derecho social vulnerado, puede estar vulnerado también el derecho fundamental a la dignidad humana, según el criterio de conexidad reconocido en preámbulo de la Constitución panameña, de donde emana como garantía para fortalecer la Nación “exaltar la dignidad humana”.⁴

En su artículo 17, la carta magna panameña señala que los derechos y las garantías fundamentales reconocidos no serán excluyentes de otros que incidan sobre la dignidad humana (Asamblea Legislativa de Panamá, 2004).⁵ Pero no solo se trata del derecho a la dignidad humana, sino que con el preliminar reconocimiento se desprende todo un despliegue de derechos fundamentales como el de la libertad, la vida y la igualdad.

Lo necesario en esta evolución de los derechos sociales en Panamá es un cambio de paradigma que amplíe la visión, para que vaya más allá de un derecho prestacional a un derecho fundamental que requiere ser tutelado, en función del bloque de constitucionalidad que Panamá ha construido a través de

3 Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si los primeros no fueran protegidos inmediatamente, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos (Corte Constitucional de Colombia, T-491, 1992).

4 Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de la República de Panamá” (Asamblea Legislativa de Panamá, 2004).

5 Las autoridades de la República de Panamá están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y las garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana (Asamblea Legislativa de Panamá, art. 17, 2004).

la jurisprudencia constitucional, y que claramente reconoce en el artículo 4 de su Constitución Política; mientras esto no ocurra, Panamá continuará careciendo de mecanismos procesales constitucionales para la tutela de los derechos sociales, que también constituyen derechos de interés colectivo.

4. ANÁLISIS SOBRE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN PANAMÁ: VISIÓN COMPARADA DE PRINCIPIOS EMANADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Es necesario judicializar los derechos sociales en Panamá con fundamento en la obligación adquirida al ratificar el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de una realización progresiva, de garantizar los niveles mínimos esenciales, de acogerse a la prohibición de no retroceso, de la prohibición de no discriminación, de procurar la plena realización y utilizar al máximo los recursos disponibles para garantizar los derechos sociales. Sin embargo, en la actualidad, como derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la ley, no gozan de una tutela judicial efectiva, pues está limitada por la forma en que son concebidos: como normas programáticas, cuya dirección y ejecución emana del legislativo y del ejecutivo. No existe por parte de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en Pleno, en su función de Corte Constitucional, un desarrollo jurisprudencial que atienda a principios que garanticen y evidencien la necesidad de judicializar los derechos sociales. Muy por el contrario, la Corte ha asumido a lo largo del tiempo una actitud pasiva frente a los mismos, y de igual manera actúa la población panameña, a tal punto que la vulneración de un derecho social en Panamá es casi invisible.

Es indispensable que Panamá fortalezca su postura como Estado social de derecho, comprendido por Benda (1996) como aquella norma que define los fines del Estado, que justifica y obliga al legislador a actuar desde una perspectiva social, y que subraya el deber de asegurar el existencial mínimo de cada persona; debe procurar la materialización de relaciones sociales justas y definir la relación entre los individuos, grupos sociales y los intereses generales, sin que la norma constitucional proporcione un concepto materialmente inflexible (García Matamoros, 2004).

Por ello urge la tutela judicial de los derechos sociales, la cual puede ser lograda ampliando: 1) el concepto de *acto* en el amparo de garantías constitucionales; 2) el concepto de *derechos sociales* como normas programáticas; 3) el concepto de *derecho social* como derecho prestacional.

La desprovista protección judicial de los derechos sociales en Panamá se hace visible al implementarse la protección de derechos fundamentales, a través del recurso contencioso administrativo de protección de derechos fundamentales, en el año 1991, el cual permite determinar a través de fallos jurisprudenciales cuáles derechos eran justiciables y cuáles no seran justificables, proyectando como derechos no justiciables los derechos sociales. Debido a lo planteado, la carta

magna panameña vigente no califica al Estado panameño como Estado social de derecho, como sí lo categoriza y reconoce de forma taxativa, por ejemplo, la Constitución de Colombia en su artículo 1.

Adviértase, también, que la parte dogmática de la Constitución Política de Panamá mantiene en el Título III los derechos y deberes individuales y sociales. La connotación es que los derechos sociales se supeditan a los derechos fundamentales, concibiendo y declarando así a los derechos sociales como no justiciables; por otro lado, de la lectura del contenido de la Constitución panameña, a pesar de que reconoce derechos sociales, se puede considerar que solo asigna el carácter de fundamental a los derechos individuales.

Actualmente, en el Sistema Interamericano no existe un desarrollo conceptual universal sobre derechos sociales; doctrinalmente se les ha dado el reconocimiento de derechos humanos, pero no se ha consagrado de forma pacífica su justiciabilidad o reclamo o exigibilidad como sí se ha hecho con los derechos de primera generación. Se sitúan, más que como derechos tangibles, como derechos programáticos orientados desde una perspectiva política y no tanto jurídica (Arbeláez Luna, 2010).

Lo anterior impide un tanto el desarrollo vía jurisprudencial de la eficacia y tutela judicial efectiva de los derechos sociales.

El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha manifestado que son justiciables los derechos contenidos en los artículos 3, 7-1, 8, 10-3, 3-2A, 13-3, 13-4, 15-3 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siendo los mismos de aplicación directa por los tribunales; indica que corresponde solo al poder judicial delimitar cuáles son los derechos justiciables y cuáles no lo son, no así al poder legislativo ni al poder ejecutivo, para lo que se necesita de un conocimiento exhaustivo de los derechos económicos, sociales y culturales, por parte de los jueces, así como del Derecho Internacional de Derechos Humanos, de tal manera que ejerzan una labor de interpretación del derecho interno en concordancia y respeto a las normas internacionales de derechos humanos, y en cuanto a la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales (Villán Durán, 2009).

4.1. Obstáculos que presenta Panamá, para la judicialización de los derechos sociales, y posibles alternativas para superarlos

Para el desarrollo de las posibles alternativas que pueden contribuir al desafío de algunos obstáculos que encuentra Panamá en la judicialización de los derechos sociales, debemos centrar la reflexión en dos perspectivas: 1) semántica, que atiende al contenido de la norma constitucional y legal de derechos sociales; 2) fáctica, que se refiere a la existencia de recursos y/o acciones procesales para la tutela de dichos derechos.

Desde una perspectiva semántica, las normas de derecho social en la Constitución Política de Panamá no establecen el alcance o la delimitación de dichos derechos, siendo en este caso una responsabilidad de la norma legal desarrollarlo. Si este desarrollo no resulta satisfactorio jurídicamente en la norma o en la reglamentación de la norma legal, nadie más podrá llevarlo a cabo. De esta manera, la labor de interpretación constitucional que puede desempeñar el Poder Judicial es nula.

Una posible alternativa para superar este obstáculo sería la aplicación responsable del criterio de conexidad por parte del Tribunal Constitucional, entre el derecho social tutelado y el derecho fundamental que es vulnerado, junto al derecho social *per se*; pero no solo esto, el Tribunal Constitucional debe atender a la aplicación de criterios y estándares que respondan a las obligaciones de niveles mínimos esenciales⁶ en cabeza de los poderes legislativo y ejecutivo; por tratarse de derechos prestacionales, la obligación de niveles mínimos esenciales alude a que el Estado ofrezca las herramientas necesarias para que el ciudadano logre la realización de dichos derechos, por ejemplo, el derecho al trabajo, procurando la inversión económica en el país, a fin de abrir plazas laborales y posibilitar trabajos dignos; también tenemos el derecho a la salud, cuya realización se da en gran medida con el acceso a medicamentos, evitando la escasez y la necesidad de compra particular a altos costos; asimismo, el derecho a la alimentación, incentivando la inversión del sector agropecuario, mediante el abaratamiento de costos de insumos agrícolas y la asegurabilidad del producto, hasta su cosecha; y el derecho a la educación que atienda al contexto, en equidad.

Cada país parte del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene herramientas que permiten que los jueces constitucionales evidencien los niveles mínimos esenciales logrados en materia de derechos sociales, en concordancia con la obligación de progresividad y no regresión. Estas herramientas son las siguientes: 1) las normas de procedimiento de análisis de los informes periódicos presentados de conformidad con el artículo 19 del protocolo, creadas por la Organización de las Naciones Unidas; 2) las normas para la confección de los informes periódicos previstos en el protocolo de San Salvador; 3) los lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos sociales, económicos y culturales, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por mencionar algunos.

Por su parte, las Observaciones Generales del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales cumplen con una labor de desarrollo del

⁶ Como niveles mínimos esenciales se comprende, con efecto inmediato, la exigencia a los Estados de garantizar el disfrute de cada derecho social. Sin embargo, es posible la determinación concreta de dichos niveles esenciales mínimos, empleando herramientas e instrumentos creados por la Organización de los Estados Americanos, para medir el cumplimiento y los estándares de realización y progreso de los derechos sociales en los países que han ratificado el Pacto Internacional de los Derechos Políticos, Sociales y Culturales.

contenido de los derechos sociales, sirviendo de base en la identificación de los niveles esenciales mínimos que para cada derecho deben ser satisfechos por el Estado, en la representación de los poderes legislativo y ejecutivo.

La Corte Suprema de Justicia en Panamá requiere para la aplicación del criterio de conexidad, declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional, en la cual deben confluír ciertas circunstancias de hecho, que ha indicado la Corte Constitucional de Colombia (2004), en la Sentencia T-025/2004, puntos que desarrollaremos y procederemos a abordar, desde el contexto panameño: 1) debe existir una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas, que puede atender a derechos sociales, con los que se vulneran también derechos fundamentales; 2) debe existir una prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos, a partir del criterio de discrecionalidad con que cuenta el poder legislativo y el ejecutivo para la ejecución de derechos sociales, basados únicamente en la política presupuestaria; 3) deben adoptarse prácticas como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar los derechos; en este sentido, existe en el derecho panameño un vacío legal en cuanto la tutela judicial de los derechos sociales, como ya ha sido expuesto; 4) debe analizarse la existencia de un problema social cuya solución comprende la intervención de varias entidades; se requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y se exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; en Panamá no solo la falta de ejecución de los derechos sociales responde a un escaso esfuerzo presupuestal, sino también a la indebida inversión del presupuesto obtenido, puesto que ante la no judicialización actual de los derechos sociales, el ejecutivo puede discrecionalmente decidir sobre prioridades de inversión y ejecución; 5) debe confluír el hecho de que, si todas las personas afectadas por el mismo problema acuden a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se producirá una mayor congestión judicial; en Panamá, actualmente, es nula la posibilidad de instaurar procesos constitucionales de forma colectiva, puesto que la idea de procesos colectivos solo se da en temas de asuntos al consumidor.

Desde una perspectiva fáctica se requiere ampliar el espectro de acción y alcance del amparo de garantías constitucionales en Panamá, quizás no desde una noción de reforma, que podría ser muy difícil y a largo plazo, sino desde una visión de flexibilización de la acción de amparo, que puede lograrse a través de la jurisprudencia. Esto, en virtud de la labor de interpretación constitucional que está llamada a realizar el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, como Tribunal Constitucional en Panamá, ampliando el concepto de *acto*, contenido en el artículo 54 de la Constitución y en el artículo 2515 del Código Judicial, en su desarrollo legal, y que consagra la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su artículo 25, en concordancia con el artículo 4 de la Constitución Política panameña, todo según la aplicación del denominado bloque constitucional.

Desde esta misma perspectiva fáctica, el Poder Judicial no solo debe ceñirse a dilucidar si se encuentra ante una conducta que debe exigirse al Estado, sino que también debe atender a las acciones que haya realizado el Estado, al adoptar medidas tendientes a satisfacer el derecho social *per se*, o bien si las omisiones cometidas por el Estado se encuentran debidamente justificadas. Es aquí posible la aplicación del principio de proporcionalidad⁷ que ha gozado de un amplio desarrollo jurisprudencial, por la Corte Constitucional colombiana; en este sentido, la Corte Constitucional panameña debe solicitarle al poder ejecutivo que justifique mediante razones de hecho y de derecho las circunstancias por las cuales deja de invertir el presupuesto para el desarrollo y ejecución de un derecho social reclamado, o bien el porqué otorga prioridad al mismo derecho social, en otro contexto, razones suficientes para que el examen judicial no necesariamente se centre sobre la determinación de una conducta concreta a ser exigida del Estado.

Mucho se discute en la doctrina sobre el deber o no de judicializar los derechos sociales, y en definitiva es necesario y posible, teniendo muy claro que los juzgadores no cumplen la función de reemplazar a los poderes de orden político, como el poder legislativo y el ejecutivo, respecto a la forma de hacer efectiva una política pública tendiente a la satisfacción de derechos sociales; la labor del juez constitucional es la de examinar y dar seguimiento a los mecanismos, las medidas y acciones que los poderes políticos empleen para la satisfacción de los derechos.

Lo que no es viable en un Estado democrático es no contar con acciones o recursos constitucionales que reconozcan la tutela judicial efectiva de derechos sociales, y que aún los mismos sean tutelados bajo el paraguas de derechos y garantías fundamentales, sin un criterio de conexidad, por ser considerados derechos prestacionales. Es claro y evidente que, en Panamá, diversos grupos vulnerables de la población requieren una protección especial, la cual se encuentra ausente en la actualidad, y que también hace falta una protección de las necesidades mínimas sociales, aquellas que requieren de una tutela judicial efectiva para su eficacia y satisfacción, por lo que es urgente el desarrollo de principios, estándares y criterios jurisprudenciales que tutelen judicialmente los derechos sociales en el país.

CONCLUSIÓN

La tutela judicial efectiva de los derechos sociales es una meta que todos los países democráticos deben alcanzar. Es contraproducente que algunas constituciones, como la de Panamá, se encuentren plegadas de normas

⁷ El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-092, 1996).

programáticas que reconocen los derechos sociales solo como prestaciones desligadas a una necesidad de tutela de igual envergadura a la que se le reconoce a los derechos fundamentales.

Es indispensable un cambio de paradigma constitucional en Panamá, que no necesariamente debe atender a una reforma de su carta magna, sino al desempeño de un rol activo por parte de su Corte Suprema de Justicia en pleno, como Tribunal Constitucional, tendientes al desarrollo jurisprudencial de criterios de conexidad, a la aplicación del principio de proporcionalidad y a la flexibilización de la acción de amparo, respondiendo este último a tutelas colectivas y sirviendo como mecanismo procesal garante de derechos sociales.

La judicialización propuesta de los derechos sociales no atiende a una usurpación de competencia que el poder judicial lleve a cabo contra el poder legislativo y/o el ejecutivo, sino que atiende a la labor de interpretar la Constitución, a la que está obligado el juez constitucional con miras a la ejecución de políticas públicas eficientes y eficaces que satisfagan derechos sociales vulnerados.

Es preciso que la Corte Suprema de Justicia panameña en pleno, como Corte Constitucional, sea garante del principio de progresividad y no regresión de los derechos sociales.

TRABAJOS CITADOS

Aguilar, J. (2020, 1 de diciembre). *El problema de la educación en Panamá es que no existe un modelo de referencia*. Tvn. https://www.tvn-2.com/nacionales/educacion-panama-modelo-educativo-referencia-estudiantes-clases-video_1_1133285.html

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Arbeláez Luna, K. (2010). Los derechos sociales en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una narrativa de progreso. *CES Derecho*, 1(1). <https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/1272>

Asamblea Legislativa de Panamá. (1976, 27 de octubre). *Ley 13 de 1976*. https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/blogs.dir/cendoj/DERECHOSHUMANOS/ley_13_1976.pdf

Asamblea Legislativa de Panamá. (2004, 15 de noviembre). *Acto Legislativo No. 1 de 2004*. https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/blogs.dir/cendoj/CONSTITUCIONES_POLITICAS/constitucion_politica.pdf

Asamblea Legislativa de Panamá, & Corte Suprema de Justicia de Panamá. (2001, 30 de agosto). *Código Judicial de Panamá*. https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetitas/24384_2001.pdf

Asamblea Nacional Constituyente de Panamá. (1972, 24 de octubre). *Constitución Política de la República de Panamá*. https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/blogs.dir/cendoj/CONSTITUCIONES_POLITICAS/constitucion_politica.pdf

Benda, E. (1996). El Estado Social de Derecho. En E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse, & W. Heidde (aut.), *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons.

Bernal Pulido, C. (2005). Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria. *Discusiones*, 4, 99-144. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2004.2412>

Cecchini, S., Holz, R., & Rodríguez Mojica, A. (2020). *La matriz de la desigualdad social en Panamá. Serie Políticas Sociales*. Naciones Unidas-Comisión Económica para América Latina y el Caribe. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/e94a60ea-866f-445a-96e0-1ae9f9fb1959/content>

Corte Constitucional de Colombia. (1992, 13 de agosto). *Sentencia T-491/92* [M. P.: Cifuentes Muñoz, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-491-92.htm#:~:text=T%2D491%2D92%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20fundamentalidad%20de%20un%20derecho,fundamentales%20dado%20su%20car%C3%A1cter%20inalienable.>

Corte Constitucional de Colombia. (1996, 7 de marzo). *Sentencia C- 092 de 1996* [M. P.: Cifuentes Muñoz, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-092-96.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2004, 17 de junio). *Sentencia T-025 de 2004* [M. P.: Cepeda Espinosa, M. J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2012, 8 de junio). *Sentencia T-428/12* [M. P.: Calle Correa, M. V.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-428-12.htm>

Corte Suprema de Justicia de Panamá. (1990, 30 de julio). *Sentencia de 30 de julio de 1990* [M. P.: López, C. L.]. <https://infojuridica.procuraduria-admon.gob.pa/fallos/16945.pdf>

Corte Suprema de Justicia de Panamá. (1991). *Sentencia 92-10 de 1991*.

Corte Suprema de Justicia de Panamá. (1994, 19 de mayo). *Sentencia de 19 de mayo de 1994* [M. P.: López, C. L.]. <https://rinedtep.edu.pa/server/api/core/bitstreams/26ed0766-ef4c-45b5-a734-47b38f41c36c/content>

Corte Suprema de Justicia de Panamá. (2000, 12 de mayo). *Sentencia de 12 de mayo de 2000*.

Corte Suprema de Justicia de Panamá. (2021, 12 de marzo). *Proceso 922-20* [M. P.: Vázquez Reyes, C. A.]. <https://repositoriodigital.organojudicial.gob.pa/bitstream/handle/001/420/Entrada%20No.%20922-20.pdf?sequence=5>

García Matamoros, L. V. (2004). Los derechos sociales desde la perspectiva de derechos fundamentales. *Opinión Jurídica*, 3(6), 59-82. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1315/1296>

Mejía Edward, J. (2019). El control constitucional en Panamá. *Revista de la Sala Constitucional*, (1), 81-111. <https://revistasalacons.poder-judicial.go.cr/images/Catalogo/Articulo/PDF/El%20control%20de%20constitucionalidad%20%20en%20Panama.pdf>

Ministerio de Salud de Panamá. (2022, 15 de marzo). *Decreto Ejecutivo 26 de 2022*. Presidencia de la República de Panamá. <https://www.minsa.gob.pa/normatividad/decreto-ejecutivo-ndeg-26-de-martes-15-de-marzo-de-2022-que-aprueba-el-reglamento-para>

Organización de Estados Americanos. (1969, 22 de noviembre). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"*. Secretaría General OEA. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (1976, 3 de enero). *Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (2021, 24 de febrero). *Marco de Cooperación para el Desarrollo Sostenible 2021-2025*. Naciones Unidas Panamá. <https://panama.un.org/es/159064-marco-de-cooperaci%C3%B3n-de-las-naciones-unidas-para-el-desarrollo-sostenible-2021-2025>

Prosperi, J. (2015, 7 de noviembre). *Condiciones necesarias para nuestro Modelo de Salud*. El blog de Jorge Prosperi [blog]. <https://elblogdejorgeprosperi.com/11/nuestro-modelo-de-salud-condiciones/>

Derechos Económicos, Políticos y Sociales (pp. 32-33). Universidad Libre de Colombia. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf>

Unicef Panamá. (2021). *¿Dónde estamos?* <https://www.unicef.org/panama/%C2%BF-d%C3%B3nde-estamos>

Villán Durán, C. (2009). Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales. En P. E. González Mongui (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales* (pp. 9-35). Universidad Libre de Colombia. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf>

INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL PROCESAL

Katherine Andrea Rolong Arias¹

RESUMEN

En este artículo se analiza el principio del interés superior de los infantes y adolescentes como concepto jurídico indeterminado en el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia al que la autoridad judicial dota de contenido. Se hace un recuento histórico de la normativa nacional e internacional, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta las normas internas, principalmente algunas sentencias de la Corte Constitucional en las que, al analizarse este principio, se han establecido subreglas como la garantía del desarrollo integral del niño o adolescente con el disfrute pleno de sus derechos y la prevalencia de sus derechos sobre los de sus familiares, evitando cambios desfavorables en su vida y en procura de escuchar siempre lo que sienten y piensan. Por otro lado, se encuentra el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, que no ha de entenderse según sus niveles de importancia sino atendiendo a su relación de complementariedad, en tanto el derecho procesal sirve para materializar el derecho sustancial. Así, en eventos de excesiva exégesis, según la Corte Constitucional, se renuncia a la verdad jurídica que se extrae de los hechos por el rigorismo en la aplicación de la norma procesal. De tal manera, se propone ante la pugna entre estos dos principios, un ejercicio de ponderación, de test de razonabilidad y de armonización concreta para dotar de contenido el principio del interés superior de los infantes y adolescentes buscando aplicar con más flexibilidad las normas procesales sin que se desconozca el formalismo propio del derecho procesal como manifestación del debido proceso.

Palabras clave: interés superior de los niños y adolescentes; prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal; ponderación; test de razonabilidad; armonización concreta.

¹ Abogada. Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho público y en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente Universitaria en pregrado y postgrado. Coautora del libro *Restitución Internacional de Infantes y Adolescentes* y de los artículos "La adopción por personas homosexuales: Una medida para el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes" y "Ley 1996 de 2019. Derogatorias, vigencias y aspectos procesales más relevantes del régimen de transición". Actualmente Juez Primera de Familia de Medellín de Oralidad y estudiante de séptimo semestre del Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo en la Universidad de Medellín. Correo electrónico: krolong@gmail.com.

BEST INTEREST OF CHILDREN AND ADOLESCENTS VS PREVALENCE OF SUBSTANTIAL LAW OVER PROCEDURAL LAW

ABSTRACT

This article analyzes the principle of the best interests of children and adolescents as an indeterminate legal concept in article 8 of the Code for Children and Adolescents, which is given content by the judicial authority. A historical account is made of national and international regulations, from the Universal Declaration of Human Rights to domestic regulations, mainly some judgments of the Constitutional Court in which, when analyzing this principle, sub-rules have been established as the guarantee of the integral development of the child or adolescent with the full enjoyment of their rights and the prevalence of their rights over those of their relatives, avoiding unfavorable changes in their lives and in an attempt to always listen to what they feel and think. On the other hand, there is the principle of prevalence of substantive law over procedural law, which is not to be understood according to their levels of importance but according to their complementary relationship, inasmuch as procedural law serves to materialize substantive law. Thus, in events of excessive exegesis, according to the Constitutional Court, the legal truth that is extracted from the facts is renounced due to the rigorism in the application of the procedural norm. Thus, in view of the conflict between these two principles, a weighing exercise is proposed, a test of reasonableness and concrete harmonization to give content to the principle of the best interests of children and adolescents, seeking to apply procedural rules more flexibly without disregarding the formalism of procedural law as a manifestation of due process.

Keywords: best interests of children and adolescents; prevalence of substantive law over procedural law; balancing; reasonableness test; concrete harmonization.

INTRODUCCIÓN

La interpretación del ordenamiento jurídico ha pasado por varios estadios en la historia, desde la exégesis, el historicismo, el método sistemático y el teleológico hasta el precedente jurisprudencial y el método de la ponderación de principios como forma de interpretación.

A este último método no escapan los principios del interés superior de los infantes y adolescentes y el de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal cuando, para dar solución a un caso en concreto en el cual se encuentra involucrado un infante o adolescente, el derecho procesal es la herramienta para la garantía de la efectividad del derecho sustancial, sin que para ello deba renunciarse a las formas establecidas.

Y es que en la práctica judicial, en estos casos en los que un infante o un adolescente es el que requiere de la tutela del Estado, no existe una regla que en abstracto permita dar solución a las tensiones que se presentan cuando se hacen exigencias de carácter formal que se harían en cualquier otro proceso.

Es en este punto que se hace necesaria la armonización de estos dos principios a través de la ponderación, del test de razonabilidad y del principio de armonización concreta, en aras de establecer en el caso en particular cuál es la decisión que garantiza de mejor manera el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, sin que el sacrificio de los derechos de otros sea excesivo o innecesario.

Hay que agregar a lo anterior que no existe certidumbre sobre el alcance del concepto de interés superior de los infantes y adolescentes, en tanto es indeterminado. Por primera vez en la legislación colombiana, en el artículo 8 de la Ley 1098 (Congreso de la República de Colombia, 2006) se procuró definir; empero, aun así, no existe una única manera de aplicarlo, de tal manera que dotarlo de contenido es labor del intérprete al analizar el caso en concreto y establecer la subregla aplicable, la que no necesariamente será la misma en otra problemática diferente que también involucre a niños, niñas y adolescentes. En este escenario es relevante determinar cómo se aplica el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, entendido como la aplicación de las formas previamente establecidas por el legislador, en aras de permitir la materialización del derecho sustancial, sin que ello implique un excesivo ritual manifiesto ni la renuncia a las formas, las cuales son garantía para los sujetos procesales, incluido el infante o adolescente por el cual se está adelantando el proceso.

A partir de un serio, cuidadoso y responsable análisis, en busca de determinar cuál es el punto de equilibrio cuando se presenta un choque entre estos dos principios en los casos concretos y en el ejercicio de la judicatura, el presente artículo encuentra respuestas en la aplicación del método de la ponderación a través del test de razonabilidad y el principio de armonización concreta.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Puede afirmarse que al dotar de contenido el concepto jurídico indeterminado de *interés superior de los infantes y adolescentes* se hace necesario ponderarlo siempre que se encuentre en pugna con el de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal o bastará con la flexibilización de este último?

2. METODOLOGÍA

Para elaborar este artículo se empleó el método cualitativo porque se aborda el estudio del principio del interés de infantes y adolescente y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal desde la normativa que los consagra y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Además se empleó el estudio analítico porque a partir del contenido encontrado en las normas, la jurisprudencia y algo de doctrina se procura dotar de contenido el concepto jurídico indeterminado de *interés superior de infantes y adolescentes* para arribar a conclusiones de interpretación que permitan armonizar estos principios que a veces entran en pugna en los casos concretos.

3. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS INFANTES Y ADOLESCENTES Y DE PREVALENCIA DE SUS DERECHOS COMO CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Cuando se habla de conceptos jurídicos indeterminados se hace referencia a conceptos que señala el legislador sin indicar una definición y frente a los cuales es al intérprete al que le corresponde llenarlos de contenido. De tal manera que al no aparecer en la norma bien delimitados desde la conceptualización y aplicación al caso concreto, terminan siendo consagrados en la ley como supuestos de la realidad, que se precisa justo al momento en que se han de aplicar a una situación en particular.

Uno de ello es el principio del interés superior de los infantes y adolescentes, frente al que el legislador no ha determinado sus alcances, de lo que se sigue que sea al intérprete, al que, atendiendo a la situación fáctica concreta, le corresponda darle contenido. De ahí que se realizará un recorrido por las normas de carácter internacional y nacional que regulan de alguna manera los derechos de los infantes y adolescentes, para arribar a aquellas que se refieren expresamente al interés superior; además, se revisarán algunas sentencias de la Corte Constitucional que procuran establecer reglas para la interpretación del mencionado principio.

4. NORMATIVA INTERNACIONAL

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (1948), los Estados miembros se comprometieron a materializar el respeto de los derechos y las libertades fundamentales de toda persona, entre las cuales se encuentran los infantes y adolescentes. En el artículo 25 se reconoce la condición especial de la maternidad y la infancia al establecer que tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Por su parte, la Declaración de la cual surgió el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas, 1966) señala en el artículo 24 que este grupo poblacional tiene derecho a todas las medidas de protección por parte del Estado, la sociedad y la familia, lo cual es ratificado en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 10.

Ahora bien, en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Unicef, 1989), que fue suscrita por Colombia el 22 de enero de 1991, se reconoce a los infantes y adolescentes como un grupo que requiere de especial protección, y por primera vez se habla del concepto de *interés superior del infante y el adolescente* en el artículo 3, así:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada (Negrilla fuera del texto) (Unicef, 1989).

5. NORMATIVA NACIONAL

Por su parte, la Constitución Política de Colombia en el artículo 44 establece los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, normativa en la que se reitera la corresponsabilidad entre familia, sociedad y Estado en la garantía de su desarrollo integral, con la anotación final del principio de prevalencia de sus derechos (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991). En consonancia

con esta norma, con la entrada en vigencia del Código de Infancia y Adolescencia (Congreso de la República de Colombia, Ley 1098, 2006) en el artículo 8 por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano se procura dar una definición del concepto jurídico de interés superior del niño, la niña y el adolescente en los siguientes términos:

Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes (Congreso de la República de Colombia, Ley 1098, 2006).

Esta misma ley, en relación con el principio de prevalencia de los derechos de los infantes y adolescentes se establece para todas las autoridades un parámetro de interpretación que va encaminado a que cualquier decisión que se adopte privilegie los derechos de estos frente a los de los demás y con la aplicación de la ley que les sea más favorable.

5.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al abordar el interés superior de los infantes y adolescentes se han establecido algunos parámetros a través de diversas sentencias.

En la Sentencia T-955 (Corte Constitucional de Colombia, 2013) se analiza el derecho de infantes y adolescentes a ser escuchados cuando se está en presencia de procesos de custodia, cuidados personales y reglamentación de visitas. Para ello, la Corte analiza y cita normativa internacional que habla sobre este derecho en procesos administrativos y judiciales, y la importancia de que su opinión sea tenida en cuenta. Se citan los apartados más importantes:

[...] Adicionalmente, la misma Sentencia T-510 de 2003 identificó las reglas que podían ser aplicadas para establecer en qué consistía el interés superior en el caso que ocupaba a la Corte, estas reglas han sido reiteradas y decantadas por la jurisprudencia, identificándolas como criterios decisorios generales en casos que involucran los derechos de menores de edad y se pueden sintetizar en los siguientes deberes a cargo del juez de tutela:

- a. Deber de garantizar el desarrollo integral del niño o la niña;
- b. Deber de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los derechos del niño o la niña;
- c. Deber de proteger al niño o niña de riesgos prohibidos;
- d. Deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares, teniendo en cuenta que, si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños;
- e. Deber de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño o la niña;

- f. Deber de justificar con razones de peso, la intervención del Estado en las relaciones materno filiales;
- g. Deber de evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados.

De modo que, si existe duda sobre la forma como mejor se satisface el interés superior de un niño o niña, se debe apelar a los citados mandatos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-955, 2013).

Se identificaron allí varias subreglas, a saber:

- Los niños son capaces de expresar sus opiniones.
- No es necesario que los niños conozcan de manera exhaustiva todos los aspectos de un asunto que los afecte, basta con una comprensión que les permita formarse un juicio propio.
- Los niños deben poder expresar sus opiniones sin presión y escoger si quieren ejercer el derecho a ser escuchados.
- Quienes van a escuchar al niño, así como sus padres o tutores, deben informarle el asunto y las posibles decisiones que pueden adoptarse como consecuencia del ejercicio de su derecho.
- Se debe evaluar la capacidad del niño o niña, para tener en cuenta sus opiniones y comunicarle la influencia de estas en el resultado del proceso.
- La madurez de los niños debe establecerse a partir de su capacidad para expresar sus opiniones de forma razonable e independiente y no necesariamente se encuentra asociada a la edad, sino a su entorno.

En la Sentencia C-239 (Corte Constitucional de Colombia, 2014), al discutirse temas como privación de patria potestad, custodia y cuidados personales, se establecieron algunas reglas de interpretación en relación con la manera como debe entenderse el interés superior de los infantes y adolescentes, así:

Los derechos del niño, al tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, prevalecen sobre los derechos de los demás. A partir de esta cláusula de prevalencia, este tribunal reconoce al niño como un sujeto de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna. Al interpretar el artículo en comento, este tribunal ha puesto de presente cuatro elementos de juicio relevantes, a saber:

[...] (i) la protección reforzada de los derechos de los niños y la garantía de un ambiente de convivencia armónico e integral tendiente a la evolución del libre desarrollo de su personalidad ; (ii) amparo a la niñez frente a riesgos prohibidos, lo que equivale a sostener que se debe evitar su exposición a situaciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física y moral, la explotación económica o laboral y en general el irrespeto de la dignidad humana en todas sus formas; (iii) ponderación y equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus progenitores. Es decir, en caso de conflicto entre los

derechos de unos y de otros, la solución ofrecida debe ajustarse a la preservación de los intereses superiores de la niñez y, (iv) la necesidad de esgrimir razones poderosas para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales, de tal manera que no se incurra en conductas arbitrarias, desmesuradas e injustificadas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-239, 2014).

De tal manera que en esta sentencia se reiteran la mayoría de las subreglas que ya había abordado en la T-955 de 2013.

En la Sentencia C-258 (Corte Constitucional de Colombia, 2015) se entra a resolver la solicitud de declaración de exequibilidad del artículo 386, numeral 5 del Código General del Proceso (Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, 2012) frente a la suspensión de los alimentos provisionales a favor de los infantes y adolescentes, en los procesos de investigación o impugnación de la paternidad o maternidad y en relación con el interés superior. Allí la Corte consagró las siguientes subreglas:

- (i) El principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral;
- (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales como resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular;
- (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los menores de edad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-258, 2015).

En la Sentencia C-262 (Corte Constitucional de Colombia, 2016) se abordó el tema de patria potestad y el principio de conservación de la norma, en tanto se demandó la inexecuibilidad de la expresión “cónyuges” del artículo 310 del Código Civil (Congreso de la República de Colombia, Ley 57, 1887) al considerar que debía ser sustituida por la expresión “padres”. En relación con el principio del interés superior se señaló que:

- (i) En cuanto a las condiciones jurídicas que caracterizan el interés superior del menor, se refieren a aquellas pautas fijadas en el ordenamiento encaminadas a promover el bienestar infantil (principio pro infans). Algunas de estas son las siguientes:
 - Garantía del desarrollo integral del menor. El artículo 44 de la Constitución asigna a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar “su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. El desarrollo es armónico cuando comprende las diferentes facetas del ser humano (intelectual, afectiva, social, cultural, política, religiosa, etc.); y es integral cuando se logra un equilibrio entre esas dimensiones o cuando al menos no se privilegia ni se minimiza o excluye desproporcionadamente alguna de ellas.

- Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Como se mencionó, los derechos de los menores son, además de los derechos de toda persona, aquellos específicamente consagrados en el artículo 44 superior (vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, nombre, nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, cuidado, amor, educación, cultura, recreación y libre expresión). De esta manera, el interés superior del menor demanda una interpretación de las normas que procure maximizar todos sus derechos.
- Protección ante riesgos prohibidos. Es obligación del Estado, pero también de la familia y de la sociedad, proteger a los menores “frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas” , lo que guarda plena correspondencia con el artículo 44 superior, en tanto exige la protección a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.
- Equilibrio con los derechos de los padres. Es importante anotar que la prevalencia de los derechos e intereses de los menores “no significa que sus derechos sean absolutos o excluyentes”, sino que debe procurarse su armonización con los derechos de las personas vinculadas a un niño, en especial con sus padres, biológicos, adoptivos o de crianza, de modo que solo ante un conflicto irresoluble entre los derechos y unos y otros la solución debe ser la que mejor satisfaga la protección del menor.
- Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Sobre el particular la Corte ha explicado que, para garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, “se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.
- Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales. En este punto cabe añadir que la injerencia del Estado en el ámbito de las relaciones filiales debe estar precedida de motivos suficientes, que vayan más allá, por ejemplo, de las condiciones económicas en las que se desenvuelve un menor, en especial cuando se trata de separar los vínculos entre unos y otros (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-262, 2016).

En la Sentencia C-596 (Corte Constitucional de Colombia, 2016), se plantea como problema jurídico declarar la inexecutable de la expresión contenida en el parágrafo primero (parcial) del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014, por considerar el demandante que la misma vulnera los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, ya que la norma demandada se refiere exclusivamente a aquellas personas con las que se evidencie un vínculo de consanguinidad sin incluir a las familias de crianza o un concepto amplio de familia. El demandante señala que se infringe el artículo 13 de la Constitución, por cuanto, debido a su condición física y mental, un menor de 3 años requiere de protección de su núcleo familiar en un sentido amplio, no solo de las relaciones que surgen del vínculo consanguíneo, sino que además se deben proteger los vínculos familiares y afectivos surgidos de la crianza, evitando así poner al menor en estado de indefensión. Sustenta su argumentación en el interés superior que le asiste al menor, como se estableció en las sentencias T-510 de 2003 y T-212

de 2014. Agrega que muy posiblemente se le separa de aquellos familiares con los cuales no necesariamente comparte un vínculo de consanguinidad, lo cual pone al menor en una situación de abandono forzada por el Estado. La Corte entra a valorar el principio del interés superior de los infantes y adolescentes, del cual se desprende la responsabilidad que tiene la familia en la supervivencia y el desarrollo de los menores, ya que, al establecer vínculos de afecto con el niño, garantiza su desarrollo pleno e integral. La Corte tiene en cuenta la evolución del concepto de familia a lo largo del tiempo, entendiendo que familia no es solo la que está constituida por lazos de consanguinidad, sino también las que surgen de facto como las familias de crianza, las adoptivas, etc., y en ese sentido no se pueden desconocer, aún más cuando de ello se deriva la protección del menor. En el caso concreto, las autoridades competentes deben garantizar las condiciones necesarias para que las personas privadas de la libertad cuenten con el apoyo de su familia máxime cuando se involucran menores de edad, para lo cual las autoridades administrativas y judiciales deberán utilizar todos los elementos de juicio, para determinar quién reúne las características para proteger y garantizar los derechos del menor de edad. La Corte encuentra evidente que la expresión acusada desconoce el deber constitucional impuesto al Estado de garantizarles a los menores de edad el derecho a preservar sus relaciones familiares, ya que la norma no permite que los menores puedan crecer con personas con quienes han mantenidos lazos afectivos, diferentes a las consanguíneas; es por ellos que, en últimas, la Corte declara la inexecutable de la norma. Se cita la parte conclusiva de la Sentencia:

Lo anterior, trasciende esencialmente en el derecho fundamental de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella, en la medida que esta constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos. Privar a un menor de crecer en un hogar con vínculos afectivos, que lo guíen y permitan la concreción de su dignidad humana, resulta, a todas luces, contrario a la dignidad que le asiste, así como al principio de prevalencia del interés del menor (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-596, 2016).

De tal manera que, al decantar la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se acaba de analizar, se establecen algunos aspectos que permiten dotar de contenido el concepto jurídico indeterminado de *interés superior de los infantes y adolescentes* de la siguiente forma, postulando estos deberes:

- Deber de garantizar el desarrollo integral del niño o la niña.

Deber de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los derechos del niño o la niña.

- Deber de proteger al niño o la niña de riesgos prohibidos.
- Deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares, teniendo en cuenta que, si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños.

- Deber de justificar con razones de peso la intervención del Estado en las relaciones maternofiliales.
- Deber de escuchar a los infantes y adolescentes en los asuntos que los afectan en tanto son capaces de expresar sus opiniones. Para ello ha de tenerse en cuenta que:
 - No es necesario que los niños conozcan de manera exhaustiva todos los aspectos de un asunto que los afecte, basta con la comprensión del tema tratado.
 - Los niños deben poder expresar sus opiniones sin presión y escoger si quieren ejercer el derecho a ser escuchados.
 - Quienes van a escuchar al niño, así como sus padres o tutores, deben informarle el asunto y las posibles decisiones que pueden adoptarse como consecuencia del ejercicio de su derecho.
 - Se debe evaluar la capacidad del niño o niña, para tener en cuenta sus opiniones y comunicarle la influencia de éstas en el resultado del proceso.
 - La madurez de los niños debe establecerse a partir de su capacidad para expresar sus opiniones de forma razonable e independiente, lo que no se relacionan necesariamente con la edad sino que además debe revisarse su entorno.
- Deber de protección reforzada de los derechos de los niños y la garantía de un ambiente de convivencia armónico e integral tendiente a la evolución del libre desarrollo de su personalidad.
- Deber de estudiar cada caso en particular con el fin de asegurar el desarrollo integral de los niños y los adolescentes.
- Deber de garantizar el desarrollo integral del menor por parte de la familia, la sociedad y el Estado.
- Deber de garantizar las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del infante y adolescente.
- Deber de proveer de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Sobre el particular la Corte ha explicado que, para garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, "se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección".
- Deber de darles un trato preferente a los infantes y adolescentes.

- Deber de evitar cambios que puedan desfavorecer la situación del infante o adolescente.

6. PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL PROCESAL

6.1. Normativa constitucional

El artículo 1 de la Constitución Política de Colombia establece que es un Estado social de derecho que se basa en el respeto a la dignidad humana, para lo cual se hace necesaria, entre otras, la consagración del debido proceso en el artículo 29, el cual es aplicable a las actuaciones adelantadas ante autoridades judiciales y administrativas y del cual se desprenden todos los principios que orientan en derecho procesal.

En consonancia con lo anterior, se observa que el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia establece que:

La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991).

6.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Al rastrear jurisprudencia que aborde este principio, se encontró que en la Sentencia T-268 (Corte Constitucional de Colombia, 2010) se estudia como problema jurídico el que el juez declaró la improcedencia de un recurso interpuesto por extemporáneo al carecer de firma el memorial presentado por el apoderado, argumentando que no hay certeza de su autoría. La Corte Constitucional, al realizar la interpretación de las normas, establece que las formas deben propender por la realización del derecho sustancial y no convertirse en un obstáculo para este, en tanto el proceso jurisdiccional es un medio; de tal manera que se presenta "el exceso ritual manifiesto cuando hay renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-268, 2010). En esta providencia, la Corte menciona otras sentencias en las cuales se abordó el tema, tales como la T-1306 de 2001, T-1123 de 2002, la T-950 de 2003, T-974 de 2003, T-289 de 2005, T-1091 de 2008, T-052 de 2009, T-264 de 2009.

Además, en la Sentencia SU-454 (Corte Constitucional de Colombia, 2016) al analizar este mismo principio, señaló que la incidencia del excesivo ritual manifiesto puede conllevar consecuencias como distorsionar la realidad procesal, lo que se deriva de que la norma procesal se convierte en un obstáculo para la protección del derecho sustancial y deja de ser el vehículo para lograr ese cometido.

Por su parte, en la Sentencia SU-573 (Corte Constitucional de Colombia, 2019) se tiene que el juez denegó pretensiones en un proceso de petición de herencia al no haber acreditado el demandante el derecho a la herencia, toda vez que debió probarse la paternidad con la partida eclesiástica de bautismo en la cual se diera cuenta del acta de bautismo firmada por el padre que realizó el reconocimiento. Allí, la Corte Constitucional señala que “las normas procedimentales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-573, 2019), y en relación con el exceso ritual manifiesto trae a cuento las siguientes sentencias: T-1306 de 2001, T-1123 de 2002, T-974 de 2003, T-091 de 2008, T-264 de 2009, T-268 de 2010, T-386 de 2010, T-429 de 2011, para concluir que se configura exceso ritual manifiesto cuando:

(i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-573, 2019).

Al revisar la Sentencia T-234 (Corte Constitucional de Colombia, 2017), que aborda el análisis de los principios del interés superior de los infantes y adolescentes y de prevalencia del derecho sustancial, se observa que el problema jurídico consistió en que el Juez denegó el reconocimiento de perjuicios en un proceso de reparación directa a una serie de niños con el argumento de que la calidad de representante legal con la que actuó la tía de aquellos no se encontró debidamente probada, porque ante la ausencia de los padres la representación judicial de los infantes debía acreditarse a través de una decisión judicial, situación que no ocurrió. Consideró la Corte que en este evento el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se genera cuando el juez asumió una ciega obediencia a la ley procesal en abierto desconocimiento de los derechos sustanciales que les asisten a las partes en contienda, de lo que se deriva una inaplicación de la justicia material y del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. Igualmente, se expresa que es necesario el análisis casuístico, y como recuento jurisprudencial menciona las sentencias T-1306 de 2001, T-264 de 2009 y T-591 de 2011, T-817 de 2012, SU-915 de 2013 y SU-768 de 2014, para finalmente señalar que:

Se concluye así que el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y una aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial.

[...] Se concluye que de acuerdo a los principios constitucionales, los instrumentos internacionales, las disposiciones legales y la jurisprudencia de esta Corporación, se incurre en un exceso ritual manifiesto y se vulneran los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, cuando en el marco de un proceso contencioso administrativo de reparación directa, se excluye de la indemnización de perjuicios a un menor de edad cuya calidad de víctima no ha sido puesta en duda durante el trámite judicial, aduciendo para tal fin irregularidades procesales

relacionadas con una indebida representación legal que no permiten complementar su capacidad para comparecer en el proceso (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-234, 2017).

El Código General del Proceso (Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, 2012) en el artículo 11 recogió la consagración constitucional del artículo 228 entre los principios orientadores, al señalar que en este evento no es otro que el de la efectividad del derecho sustancial reconocido, por lo cual la palabra “prevalencia” en un correcto entendimiento debe ser tomada como finalidad al ser una norma con la característica de la instrumentalidad.

7. PONDERACIÓN, TEST DE RAZONABILIDAD Y PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN CONCRETA CUANDO HAY TENSIONES ENTRE EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS INFANTES Y ADOLESCENTES Y EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL PROCESAL

El artículo 10 de la Ley 1098 (Congreso de la República de Colombia, 2006) en relación con la corresponsabilidad establece que:

Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.

No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes (Congreso de la República de Colombia, Ley 1098, 2006).

Esta norma implica que las autoridades judiciales y administrativas que actúan como Estado en los procesos en los que se encuentran involucrados niños, niñas y adolescentes han de tener en cuenta el interés superior de estos, el cual funge como una directriz para encaminar la actuación estatal, de lo que se deriva el deber de que en cada caso en concreto se aplique este principio en pro de una decisión que sea la que mejor garantice los derechos de este grupo poblacional, sin que con ello se pueda afirmar que las formas procesales deban ser desconocidas o inaplicadas. Por el contrario, lo que se busca es flexibilizar su aplicación como consecuencia de un ejercicio de interpretación que permita concluir que el derecho procesal es la garantía de materialización de los derechos sustanciales que se reclaman y no un obstáculo para ello.

Determinar cómo las formas procesales ayudarían a proteger el interés superior de los infantes y adolescente conlleva un ejercicio cuidadoso y riguroso de

ponderación, del test de razonabilidad y del principio de armonización concreta, en tanto de manera abstracta no puede establecerse una regla de interpretación cuando se generen tensiones entre estos dos principios. De tal suerte que, al analizar cada caso en concreto, sea necesario determinar cómo aplicar las formas propias de cada juicio permite favorecer la aplicación del principio del interés superior de infantes y adolescentes, sin que ello conlleve la afectación desproporcionada de los derechos de los otros sujetos intervinientes en el proceso, como acontecería con la familia del niño, la niña y el adolescente frente al cual se reclama la tutela del Estado como corresponsable en la garantía de sus derechos.

En consecuencia, para realizar la interpretación a través de la ponderación entre los principios del interés superior de los infantes y adolescentes y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, es necesario acudir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional porque encontrar consonancia estos dos principios implica una compleja metodología de interpretación para motivar de la mejor manera la decisión que ha de ser adoptada. Y es que ello exige del Estado, a través de sus autoridades, establecer en cada caso particular un equilibrio entre estos dos principios, para que no se llegue a uno de dos extremos: el primero consistente en que el exceso de ritualidad conlleve hacer nugatorio el derecho sustancial que se reclama por parte de un infante o adolescente, y el segundo que por el hecho de intervenir en un proceso un niño, una niña o un adolescente se concluya que se hacen innecesarias las formas propias del proceso, en tanto estas son garantía para la protección del derecho material del cual se reclama la tutela del Estado. Para ello, se procederá a hacer revisión de algunas sentencias que abordan la ponderación, el test de razonabilidad y el principio de armonización concreta.

En la Sentencia C-1287 (Corte Constitucional de Colombia, 2001) se resuelve sobre el problema jurídico que se presenta entre los artículos 13, 33 y 42 de la Constitución Política, haciendo un estudio de ponderación, a fin de determinar los criterios interpretativos que debe tener en cuenta el fallador cuando dos o más valores o principios superiores se encuentren en pugna, en ese caso el principio de no incriminación y el principio de igualdad. Se estudian conceptos desde la doctrina como antinomia constitucional, ponderación, armonización, interpretación, entre otros. Los demandantes sostienen que la expresión “primero civil” contenida en las normas acusadas es violatoria de los artículos 13 y 42 de la Constitución Política, porque, a pesar de reproducir lo establecido en el artículo 33 de la Constitución Política, quebranta la interpretación global que debe dársele al texto constitucional y que se deriva de armonizar la totalidad de los artículos que la componen. Se alude en el fallo a la diferencia entre valores y principios, al indicar que los primeros establecen fines mientras que los segundos consagran prescripciones jurídicas de carácter general, de tal forma que son de aplicación inmediata por el juez en el caso concreto. En la parte resolutive de la sentencia se dispuso que el artículo 33 de la Constitución Política debe ser interpretado en armonía con el principio de igualdad, por lo que para aplicar la norma acusada se tendrá en cuenta que

esta debe cobijar a los parientes adoptivos hasta el cuarto grado, dado que se establecía una diferencia que no se hallaba justificada.

En la Sentencia T-027 (Corte Constitucional de Colombia, 2018) se pondera entre el derecho fundamental de la accionante a la educación y a la igualdad, frente al derecho de la autonomía universitaria. Se analiza cada una de las pretensiones de la accionante frente a la política institucional de educación inclusiva y se examina el nivel razonable de satisfacción de los derechos, sopesando la proporcionalidad de lo solicitado por la accionante a la luz de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Se señala que la ponderación como método de interpretación se ha utilizado de manera tradicional para solucionar las dificultades que se presentan entre principios fundamentales, pero ello conlleva que se analice la posición del titular de un derecho que pretende que otro asuma una conducta a efectos de obtener satisfacción, por lo que el juez debe ponderar esos niveles razonables de satisfacción de los derechos, frente a lo que no existe un catálogo de carácter legal que le indique cómo debe hacerlo porque la solución al caso en concreto no se halla determinada, razón por la cual las autoridades judiciales deben “esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-027, 2018), lo que se relaciona de manera directa con el Estado social de derecho. Partiendo de ello, se debe analizar el nivel razonable de satisfacción del derecho, lo cual puede o no tener coincidencia con el pretendido y ello solo se puede determinar en el caso en concreto. De tal forma, la interpretación de la norma se debe realizar de una manera amplia pero siempre razonable. Según esta sentencia, existe un segundo escenario posible y es de la razonabilidad tanto del nivel de satisfacción pretendido y el del obligado, lo que implica el estudio de proporcionalidad de los dos niveles razonables de satisfacción y, de ahí, adoptar la decisión que permita la materialización de los derechos fundamentales teniendo en cuenta las circunstancias del caso en concreto. El tercer supuesto se da cuando el nivel de satisfacción pretendido no se encuentra en estrecha relación con el contenido del derecho fundamental, pero existe una amenaza que requiere de la intervención inmediata del juez, evento en el cual debe adoptar medidas en aras de lograr una solución razonable y adecuada a la problemática planteada para lo que podrá acudir a otras alternativas, también razonables de satisfacción que sean diferentes a la pretendida y, una vez abordadas, analizar la proporcionalidad de las mismas buscando que se opte por la solución más apropiada. Un cuarto evento se presenta cuando el contenido del derecho aplicado a la pretensión que se reclama no es razonable y, por ende, es contrario a derecho, evento en el cual se hace el análisis de proporcionalidad, luego el de razonabilidad y, finalmente, se debe revisar la idoneidad —se verifica la pretensión del accionante y que las otras alternativas de satisfacción sean adecuadas—, la necesidad —que la otra alternativa que se escoja sea la menos lesiva— y nuevamente la proporcionalidad en sentido estricto —porque la satisfacción del que pretende es mayor a la afectación del obligado, al exigírsele lo reclamado por el otro—.

En la Sentencia C-475 (Corte Constitucional de Colombia, 1997) se aborda la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 139 (parcial), 321 (parcial) y 324 (parcial) del Decreto 2700 de 1991, “Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal”, por ser violatorias de los artículos 13, 29 y 93 de la Constitución. Señala el demandante que el derecho de defensa (C.P. art. 29) es absoluto y, por lo tanto, toda restricción es inconstitucional. En este orden de ideas, indica que el derecho a conocer las diligencias practicadas en una investigación penal y a nombrar defensor técnico no puede supeditarse a la realización de actos como la declaración libre en la investigación previa o la indagatoria —en la etapa de investigación—, pues tales restricciones violan el derecho de defensa y, en consecuencia, el derecho al debido proceso. La Corte estudia de forma general el alcance de los derechos fundamentales, los cuales deben ponderarse, ya que cada uno consagra una serie de estándares que deben ser aplicados atendiendo a las circunstancias que pudieren dar mayor peso de un derecho sobre otro. Se sostiene que los derechos fundamentales en su mayoría se encuentran consagrados en disposiciones normativas que admiten ponderación en razón a su estructura lógica, en tanto consagran estándares de actuaciones y no una estructura de supuesto y consecuencia jurídica, de tal manera que se esté en presencia de un modelo de “preferencia relativa”, la cual se encuentra supedita a las circunstancias propias de cada caso.

Para ello, se ha elaborado un arsenal hermenéutico que vincula al funcionario judicial con criterios de decisión —como sus propios precedentes, el juicio de proporcionalidad o de razonabilidad, la aplicación del principio de concordancia práctica o armonización concreta, etc.— que surgen de las fuentes del derecho y que deben ser expuestos de manera clara en los motivos que fundamentan una determinada decisión judicial. No obstante, otros de los elementos integrantes del debido proceso tienen la estructura lógica de estándares o reglas que deben ser aplicadas *prima facie*, y admiten ponderaciones o limitaciones útiles, necesarias y proporcionadas para asegurar la vigencia de otro derecho fundamental o de un interés constitucional de igual entidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-475, 1997).

En relación con este tema, es destacable lo que sostiene Bernal Pulido (2005) en el texto *El Derecho de los derechos*:

Señala la ley de la ponderación que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Si se sigue esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos que el propio Alexy identifica claramente:

En el primer paso es preciso definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (p. 99).

Por lo anterior, a efectos de ponderar no basta con un ejercicio simple de sopesar principios en abstracto, sino que se requiere de una hermenéutica mucho más exigente, que pasa por el cedazo de la razonabilidad y, además, del análisis de

la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha como de manera detallada antes se explicitó. Esto sería lo que debe hacer el juez cuando, para resolver un caso concreto, se encuentra con la pugna entre el principio del interés superior de los infantes y adolescentes y el de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

Otro principio a tener en cuenta es el de armonización concreta, el que en la Sentencia T-425 (Corte Constitucional de Colombia, 1995) es abordado al reconocer la existencia de normas de igual jerarquía constitucional, lo que implica que la solución que se adopte sea la más eficaz. Así, al interpretar se debe tomar la Constitución como un todo que es armónico y coherente, de tal suerte que las normas que la integran no deben ser entendidas de manera aislada, incoherente y contradictoria. Ello además conlleva que la efectividad de un derecho no pueda lograrse a través del sacrificio de otro, efectivizando cada uno de ellos en su máxima expresión. Para realizar ese ejercicio de ponderación es indispensable que se analicen con sumo cuidado los intereses y bienes que se encuentran en conflicto a fin de lograr armonizarlos en la situación concreta que se debate, llegar a soluciones que impliquen la “mutua delimitación” de los bienes e intereses contrapuestos y lograr, se insiste, su máxima efectividad. En dicha sentencia, se aplica la proporcionalidad y la ponderación de la siguiente manera:

En este proceso de armonización concreta de los derechos, el principio de proporcionalidad, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos.

En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-425, 1995).

Al darse la ponderación y, por ende, el test de razonabilidad, es importante tener en cuenta que todo ello se encuentra en estrecha relación con el principio de unidad constitucional, de ahí que la ponderación deba ser coherente y proporcional, procurando que cada uno de los principios en pugna conserven su

identidad si bien, al ser analizados en razón de un caso concreto, alguno de ellos adquiere más peso dadas las circunstancias particulares que exigen del intérprete un sigiloso análisis para ofrecer la solución más razonable al problema jurídico planteado.

Esto está conectado con lo que se mencionó respecto del principio del interés superior de los infantes y adolescentes, que al ser un concepto jurídico indeterminado debe ser llenado de contenido por el intérprete, teniendo en cuenta no solo su conceptualización, sino además la subregla de derecho que le es aplicable, en tanto no es posible, dado su contenido, establecer una regla de aplicación práctica de manera abstracta a todas las posibles situaciones que puedan presentarse en el mundo jurídico; de tal suerte que sea necesario acudir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que, a lo largo de los años, se establecido algunos criterios como los antes mencionados, tales como la prevalencia de sus derechos, garantía de su desarrollo integral, buscar el equilibrio de sus derechos con los de los demás, garantía de un ambiente sano para su desarrollo, intervención excepcional del Estado al momento de la toma de decisiones, que lo decidido siempre sea en pro de cambios favorables para el infante y adolescente, que sea escuchado atendiendo a su capacidad de comprensión más allá de su edad y, en particular, el estudio de cada caso en concreto a fin de dotar de contenido este principio.

Sin embargo, tener en cuenta estas subreglas no implica de suyo que deba ser sacrificado el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, so pretexto de estar inmerso en el proceso un infante o un adolescente, por cuanto justamente el derecho procesal constituye una garantía de derechos en el proceso jurisdiccional. En otras palabras, el derecho procesal no puede convertirse en el obstáculo para lograr la tutela del derecho sustancial reclamado, dado que su finalidad práctica es servir de medio, de instrumento en la satisfacción de los derechos materiales y, por ello, debe evitarse el excesivo rigor manifiesto. En este sentido, no puede perderse de vista, por parte de la autoridad judicial, que ese meticoloso ejercicio de ponderación debe hacerse aplicando el principio de proporcionalidad, el test de razonabilidad y el principio de armonización concreta, lo cual encuentra asidero en que el interés superior de los infantes y adolescentes funge como directriz para encaminar no solo el actuar de la familia y la sociedad sino además del Estado, lo cual se deriva de la corresponsabilidad establecida en el artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

CONCLUSIÓN

Para resolver las tensiones que se generan entre los principios del interés superior de los infantes y adolescentes y el de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal es importante tener en cuenta que no puede establecerse en abstracto una regla de interpretación.

El principio del interés superior de los infantes y adolescentes es un concepto jurídico indeterminado que si bien se procura definirlo en el artículo 8 de la Ley 1098 de 2006, solo se puede llenar de contenido cuando se estudia el caso en concreto a fin de establecer allí cuál es la mejor interpretación en pro de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

El derecho procesal se encuentra instituido para garantizar la efectividad del derecho sustancial, de tal manera que el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal debe ser entendido en este sentido. De ello se deriva que siendo manifestación del debido proceso, se esté en presencia de un escenario encaminado a garantizar los derechos procesales a fin de cumplir con el cometido de la protección del derecho sustancial reclamado y del cual se prueba que procede la tutela del Estado cuando de infantes y adolescentes se trata.

Al resolver las tensiones que se pueden presentar entre los principios del interés superior de los infantes y adolescentes y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, es necesario realizar ejercicios de ponderación y ello conlleva implementar el test de proporcionalidad y el principio de armonización concreta en aras de determinar en cada caso concreto cuál es la interpretación que mejor garantiza los derechos de los niños y adolescentes sin que se desconozcan las normas que establecen las formas procesales.

Se debe procurar llegar a una interpretación que permita concluir cómo las formas procesales ayudan a proteger el interés superior de los infantes y adolescentes sin que se afecten de manera desproporcionada e irrazonable los intereses de los otros sujetos que puedan estar involucrados en el conflicto. Y es que ello exige del Estado, a través de sus autoridades, establecer en cada caso particular un equilibrio entre estos dos principios, al punto que no se llegue a uno de dos extremos: el exceso de ritualidad que haga nugatorio el derecho sustancial reclamado por un infante o adolescente, o el desconocimiento de las formas propias del proceso como garantías para la protección del derecho material del cual se reclama la tutela del Estado.

El interés superior de los infantes y los adolescentes funge como directriz para encaminar el actuar de la familia, la sociedad y el Estado, y en especial para que las autoridades judiciales y administrativas tengan un criterio orientador de interpretación y una pauta para su aplicación.

TRABAJOS CITADOS

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de la República de Colombia*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125>

Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado.

Congreso de la República de Colombia. (1887, 15 de abril). *Ley 57 de 1887*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). *Ley 1098 de 2006*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Congreso de la República de Colombia. (2012, 12 de julio). *Ley 1564 de 2012*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Corte Constitucional de Colombia. (1995, 26 de septiembre). *Sentencia T-425 de 1995* [M. P.: Cifuentes Muñoz, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-425-95.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (1997, 25 de septiembre). *Sentencia C-475 de 1997* [M. P.: Cifuentes Muñoz, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-475-97.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2001, 5 de diciembre). *Sentencia C-1287 de 2001* [M. P.: Monroy Cabra, M. G.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2010, 19 de abril). *Sentencia T-268 de 2010* [M. P.: Palacio Palacio, J. I.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-268-10.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2012, 19 de diciembre). *Sentencia T-955 de 2013* [M. P.: Vargas Silva, L. E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-955-13.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2014, 9 de abril). *Sentencia C-239 de 2014* [M. P. González Cuervo, M.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-239-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2015, 6 de mayo). *Sentencia C-258 de 2015* [M. P.: Pretelt Chaljub, J. I.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-258-15.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2016, 25 de agosto). *Sentencia SU-454 de 2016* [M. P.: Ortiz Delgado, G. S.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU454-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2016, 31 de octubre). *Sentencia C-596 de 2016* [M. P.: Mendoza Martelo, G. E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-596-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2017, 20 de abril). *Sentencia T-234 de 2017* [M. P.: Calle Correa, M. V.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-234-17.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2018, 12 de febrero). *Sentencia T-027 de 2018* [M. P.: Bernal Pulido, C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-027-18.htm>

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Katherine Andrea Rolong Arias / Interés superior de los niños, niñas y adolescentes y prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal

Corte Constitucional de Colombia. (2019, 27 de noviembre). *Sentencia SU-573 de 2019* [M. P.: Bernal Pulido, C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU573-19.htm>

Organización de las Naciones Unidas. (1948, 10 de diciembre). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Organización de las Naciones Unidas. (1966, 16 de diciembre). *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*. Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. (1966, 16 de diciembre). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Unicef. (1989, 20 de noviembre). *Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Convención Internacional de los Derechos del Niño*. Asamblea General de las Naciones Unidas <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/texto-convencion>

RESEÑA DE LA SENTENCIA SC5039-2021 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, RAD.: 52001-31-10-006-2018-00170-01, INCIDENTE DE REPARACIÓN DE PERJUICIOS (2021, 10 DE DICIEMBRE)

Francisco Alirio Serna Aristizabal

RESUMEN

En un proceso de declaración de unión marital de hecho se hizo patente la violencia a una mujer por parte de su pareja a lo largo de la relación y, aun así, tanto en primera como en segunda instancia, ella obtuvo de los jueces fallos que no cumplieron el claro mandato establecido por la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia SU-080 de 2020) consistente en que, cuando se constata que hay violencia de género, se debe ordenar en la sentencia, aun de oficio, la apertura del incidente de reparación de perjuicios. En el caso de la sentencia que acá se reseña fue necesario que, en sede de Casación, la Corte Suprema de Justicia de Colombia recordara la prescripción del alto tribunal constitucional y diera la orden para que se iniciara el mencionado incidente.

RESEÑA

Para la Revista TEMAS PROCESALES resulta relevante y de gran interés reseñar las sentencias que en asuntos del derecho procesal producen los jueces y magistrados. Por ello, en este número de la revista se analizará la Sentencia SC5039-2021 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, cuyo contenido es significativo para analizar de qué forma el derecho procesal le aporta al derecho, lo vivifica y lo torna real, cercano al ciudadano, haciendo efectivo el Estado social y democrático de derecho y dando cumplimiento a los tratados internacionales suscritos por Colombia en temas de derechos humanos.

Esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia resulta importante en particular, por cuanto pone en evidencia el alcance real que los jueces colombianos le estaban dando a la Sentencia SU-080 de 2020. En esta última providencia de la Corte Constitucional de Colombia, los jueces habían sido formados y sensibilizados sobre la obligación de estar alertas frente a un fenómeno que golpea fuertemente a nuestra sociedad: la violencia de género. Así, según prescribió el alto tribunal constitucional, en presencia de dicha violencia de género, se debe ordenar en

la sentencia, aun de oficio, la apertura del incidente de reparación de perjuicios. La decisión de la Corte Suprema de Justicia, que ratifica la prescripción de la Corte Constitucional, es un llamado de atención para que los abogados desde la presentación de la demanda o desde la contestación procedan a solicitar esta pretensión que se tramita vía incidente de reparación de perjuicios. En este sentido, es una tarea en conjunto de los jueces y los abogados hacer realidad no solo esta sentencia de la Corte Constitucional sino también los tratados internacionales que ella incorpora.

Por ello, desde la tribuna de Temas Procesales resaltamos esta sentencia para que nuestro público de estudiantes sean formados en lo que allí se establece, para que nuestros profesores formen a los nuevos abogados con estas habilidades y con un claro compromiso frente a la perspectiva de género y la violencia de género contra la mujer, y para que los jueces y magistrados las apliquen en sus decisiones judiciales.

Es necesario tener presente que cuando se hace aplicación de la Sentencia SU-080 de 2020, no solo estamos haciendo efectiva la normatividad nacional, sino que también estamos materializando el bloque de constitucionalidad y estamos cumpliendo mandatos internacionales que es necesario implementar por los principios de convencionalidad.

No puede quedar en vano el esfuerzo que realizó la magistrada del Consejo de Estado, Estella Conto, al llevar su maltrato personal a los estrados judiciales. Fue muy valiente de su parte atreverse a develar la violencia que vivió al interior de su familia, ante los jueces y tribunales, con el ánimo de dejar un precedente para las nuevas generaciones y evitar que estas violencias se sigan presentando y, en el caso de que se presenten, los agresores reciban la sanción que les corresponde e indemnicen los daños ocasionados con su violencia para que las mujeres sean resarcidas. El testimonio de la magistrada Conto y su incorporación al derecho procesal son muy valiosos para que algún día podamos tener un país donde las mujeres vivan al interior de sus relaciones libres de violencia.

No basta con la expedición de una sentencia si no hacemos el esfuerzo como sociedad académica de ponerla en práctica y abrir caminos que nos permitan que el derecho procesal se reconcilie con las mujeres de esta sociedad, que sufren este flagelo y que lo mínimo que esperan del derecho es que se les haga justicia.

Si bien en el caso de la sentencia que se reseña los jueces de instancia nada dijeron sobre la violencia de género sufrida por esta mujer y fue necesario que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil se los señalara y les ordenara abrir el incidente de oficio, también es importante señalar que en otro caso, en la ciudad de Medellín, el Juez Segundo de Familia, de oficio, sin que le fuera solicitado ni por el demandante ni por la demandada, consideró que era oportuno, necesario y obligatorio para el Juzgado que él preside proteger a una mujer frente a la violencia que había sufrido al interior de su relación matrimonial y abrir el incidente

TEMAS PROCESALES 39 • 2024-1

Francisco Alirio Serna Aristizabal / Reseña de la Sentencia SC5039-2021 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, RAD.: 52001-31-10-006-2018-00170-01...

de reparación de perjuicios. Esta decisión fue recurrida por la parte vencida, y el Tribunal Superior de Medellín en sede de apelación confirmó la apertura del incidente de manera oficiosa, lo que nos permite concluir que sí es posible y que es necesario hacer efectivos estos nuevos instrumentos que la jurisprudencia ha puesto a nuestro alcance.

Ponemos a disposición de nuestros lectores las referencias bibliográficas de la Sentencia SU-080 de 2020 de la Corte Constitucional, de la Sentencia SC 5039-2021 de la Corte Suprema de Justicia que en este artículo reseñamos y la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de la magistrada Flor Angela Rueda Rojas, de fecha 31 de mayo de 2021, Sala Cuarta de Decisión de Familia. De esta manera, nutrimos de insumos a los investigadores con el fin de fortalecer, por medio de la investigación, el estudio de estas problemáticas actuales enriquecedoras de la práctica del derecho procesal.

TRABAJOS CITADOS

Corte Constitucional de Colombia. (25 de febrero de 2020). *Sentencia SU-080 de 2020* [M. P.: Reyes Cuartas, J. F.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU080-20.htm>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (10 de diciembre de 2021). *Sentencia SC 5039-2021* [M. P.: Rico Puerta, L. A.]. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/12/SC5039-2021.pdf>

Tribunal Superior de Medellín. (31 de mayo de 2021). *Sentencia proceso rad. No. 2020-023* [M. P.: Rueda Rojas, F. A.]. Sala Cuarta de Decisión de Familia. <https://tribunalmedellin.com/images/decisiones/familia/050013110002201900301.pdf>

39 | TEMAS PROCESALES

2024-1



RED

— Proceso y Justicia —

Nuestro número 39 tiene como intención principal dar cuenta de los fenómenos contemporáneos que atraviesan el derecho procesal, donde la justicia digital, los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, el comercio electrónico, e incluso la pregunta por el pluralismo jurídico tiene lugar. A lo largo de este número, nos encontraremos con aportes que nos permitirán entender la forma en la que el derecho procesal se está enfrentando a las dinámicas actuales del mundo digital, los retos que se viven a la hora de hacer realidad la promesa pluralista de la Constitución del 1991, pero también de demostrar cómo el mundo procesal de países como España y Panamá tiene mucho que aportar para el aprendizaje en nuestro país.