

TEMAS PROCESALES

ISSN:2619-3655

34

La Revista Temas Procesales Vol. 34 no tiene ánimo de lucro.

ISSN: 2619-3655

Periodicidad: semestral

temasprocesales@gmail.com

Queda prohibido cualquier tipo de reproducción —con fin
lucrativo— de los trabajos académico aquí presentados.

Todos los Derechos Reservados.

Filiación: Red para el Estudio del Proceso y la Justicia

www.redidprocesalyjusticia.org

redinterinstitucionalderecho@gmail.com

Medellín, Colombia.

COMITÉ EDITORIAL

Adriana Arboleda (Colombia-Universidad Remington), Jorge Vásquez (Colombia-Universidad Católica Luis Amigó), Diana Ramírez Carvajal (Colombia-Universidad de Medellín), Andrea Meroi y Mario Chaumet (Argentina-Universidad Nacional del Rosario) y Cristina Patiño (Colombia-Universidad Nacional).

COMITÉ CIENTÍFICO

Eduardo Oteiza (Argentina-Universidad de la Plata), Daniel Miti-diero (Brasil Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Giovanni Priori (Perú-Pontificia Universidad Católica del Perú), Arturo Álvarez 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), Juan Carlos Acevedo Velásquez (Colombia), Beatriz Elena Arcila Salazar (Colombia, Universidad Católica del Oriente).

Tabla de contenido

<i>La orden de operaciones en la actividad militar. ¿Un acto administrativo sin control judicial de legalidad?</i> Juan Fernando Gil Osorio, Brajhan Santiago Obando Obando	4
<i>La inteligencia artificial como prueba en el proceso penal colombiano: una propuesta interpretativa para su producción epistémica a partir de la prueba novel</i> Dubán Arturo Granados Alfonso, María Alejandra Parra Celis	36
<i>Medios alternativos de solución de conflictos y personas con discapacidad</i> José Caro Catalán	62
<i>Responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional, cuando el proceso concluye con sobreseimiento o absolución</i> Olga Fuentes Soriano	88
<i>Asunción de responsabilidad por el daño en el uso de la robótica</i> Alix Johana Pedraza Guacaneme	122

La orden de operaciones en la actividad militar. ¿Un acto administrativo sin control judicial de legalidad?¹

Juan Fernando Gil Osorio²

Brajhan Santiago Obando Obando³

Resumen: Una de las principales expresiones de manifestación de voluntad unilateral de la administración pública tendiente a generar, crear, modificar o extinguir efectos jurídicos en la actividad militar es la orden de operaciones, entendida como el resultado de un proceso de planificación, organización y administración de recursos y estrategias de las Fuerzas Militares⁴. Sin embargo, sus especificidades en el ámbito del derecho operacional, hacen necesario establecer si existen límites al control de legalidad de los actos administrativos en un Estado de Derecho cuando se está frente a una orden de operaciones y determinar si existen alternativas de control bajo parámetros que no violen la confidencialidad y reserva, imperante en este tipo de actuaciones. Este artículo se propone ofrecer claridad jurídica desde la teoría general del derecho administrativo y el derecho operacional, sobre las razones que justifican una excepción al control judicial de legalidad de los actos administrativos, en el caso de las órdenes de operaciones, con base en una metodología de investigación cualitativa, descriptiva, con sustento en el análisis doctrinal y jurisprudencial de tribunales administrativos y militares en Colombia.

Palabras Clave: Orden de operaciones; acto administrativo; derecho operacional; Fuerzas Militares; control judicial.

1 Artículo de reflexión resultado de investigación, vinculado al proyecto de investigación “Observatorio de Derecho Operacional”, del grupo de investigación “Ciencias Militares”, reconocido y categorizado en (B) por COLCIENCIAS, registrado con el código COL0082556, vinculado a la Facultad de Derecho, adscrito y financiado por la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdoba.

2 Decano de la Facultad de derecho de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdoba”, abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Máster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia y la Carlos III de Madrid, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Docencia Universitaria, Especialista en Derecho Internacional Aplicable a los Conflictos Armados “DICA” y Director del Observatorio de Derecho Operacional de la misma escuela. Contacto: juan.gil@esmic.edu.co, Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6605-6846>. Colombia.

3 Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia. Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Maestrando en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Médico de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Docencia Universitaria, Profesor de derecho privado y sociología del derecho de la Escuela Militar de Cadetes José María Córdoba. Contacto: santiago.academic23@hotmail.com, Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2719-6555>.

4 En adelante FFMM

The order of operations in military activity. An administrative act without judicial control of legality?

Abstract: One of the main expressions of unilateral manifestation of will of the public administration tending to generate, create, modify or extinguish legal effects on military activity, is the operations order, understood as the result of a process of planning, organization and administration of resources and strategies of the Military Forces, however their specificities in the field of operational law, make it necessary to establish whether there are limits to the control of legality of administrative acts in a State of Law when facing an operations order and determine whether there are control alternatives, under parameters that do not violate confidentiality and reserve, prevailing in this type of action. This article aims to offer legal clarity from the general theory of administrative law and operational law, on the reasons that justify an exception to the judicial control of the legality of administrative acts, in the case of operations orders, based on a methodology qualitative, descriptive research, based on doctrinal and jurisprudential analysis of administrative and military courts in Colombia.

Key words: Order of operations; Administrative act; Operational Law; Military forces; judicial control.

La Ley verdadera es la recta razón de conformidad con la naturaleza y tiene una aplicación universal, inmutable y perenne, mediante sus mandamientos nos insta a obrar debidamente y, mediante sus prohibiciones, nos evita obrar mal.

Marco Tulio Cicerón

Introducción

El derecho administrativo contemporáneo debe preocuparse por extenderse epistemológicamente y abordar el estudio de aspectos poco analizados en la doctrina jurídica colombiana, como lo es el tema de las órdenes de operaciones de las FFMM. Tal vez, desde el lente jurídico tradicional, no es prioritario el entendimiento de este tópico, pero, para quienes tienen un contacto directo con el quehacer militar, es un asunto de trascendental importancia. Primero porque en un Estado constitucional y democrático de derecho, la legitimidad de las actuaciones de las FFMM depende de su sujeción a la legalidad (derecho internacional y derecho interno) y, segundo, porque estableciendo la naturaleza jurídica de las órdenes de operaciones en el contexto de los actos administrativos se podrá determinar si los ciudadanos tienen derecho a ejercer el control jurisdiccional de los mismos —como sucede con todas las declaraciones emanadas de la administración tendientes a crear, modificar o extinguir efectos jurídicos— o si estamos frente a una figura atípica que requiere ser pensada con lógicas distintas, porque lo que está comprometido en sus contenidos, es la defensa y la seguridad nacional.

La mayor conquista democrática a nivel mundial, es la construcción de un Estado de Derecho, que en términos posmodernos es definido como la práctica de la libertad de decisión, en todos los niveles, encuadrada por la existencia de normas jurídicas cuyo respeto está garantizado por la intervención de un juez. Él presupone que los representantes no disponen más de una autoridad soberana sino de su poder constitutivamente limitado y esto implica que deben respetar las normas que ellos mismos prescribieron. En todos los casos, le corresponde al juez asegurar este reino del derecho. (Chevallier, 2014).

Es así como se vislumbra el control jurisdiccional de los actos de poder (actos administrativos) como el aseguramiento vital del Estado de Derecho, en tanto que la legalidad en sentido amplio es el parámetro y el margen de actuación de las autoridades públicas y en situaciones en las que se emitan decisiones con fragilidad jurídica, el ciudadano puede acudir a los mecanismos procesales para exigir a las autoridades jurisdiccionales que saquen del mundo jurídico, todo aquello que no se acompasa con la constitucionalidad y la legalidad.

De manera que, para el desarrollo de los presupuestos planteados en el presente escrito, abordaremos cuatro acápites: el primero está estrechamente ligado al recuento breve de la historia del control jurisdiccional del acto administrativo en Colombia. En segundo lugar, ahondaremos en la concepción formal de acto administrativo bajo los criterios jurídicos y jurisprudenciales que nos arrojan los distintos fallos de las Altas cortes. En tercer lugar hablaremos sobre la orden de operaciones militares y lo relativo a la reserva legal de información para, finalmente, reunir los preceptos anteriores y determinar si la orden de operaciones es un acto administrativo que tiene un criterio especial en su contenido.

Como se mencionó, la metodología por implementar tendrá razonamientos que parten desde lo conceptual y epistemológico para desencadenar en un análisis propiamente positivista o de criterios en los que la norma y la doctrina jurisprudencial juegan un papel determinante en la hermenéutica de los actos administrativos de operaciones militares y el control de legalidad, por cuanto se ajusta a los intereses de una metodología cualitativa y descriptiva.

Ahora bien, es necesario revisar los antecedentes históricos del control jurisdiccional de los actos administrativos en Colombia, así mismo, los pormenores que llevaron a la consolidación en Colombia de la jurisdicción contencioso administrativa, para poder tener una comprensión contextual del trinomio: orden de operaciones- acto administrativo-control de legalidad, en los presupuestos de un Estado de Derecho y de un Estado Constitucional de Derecho, y poder responder al siguiente interrogante: ¿cómo determinar si la orden operacional es un acto administrativo sin control judicial?

1. Breve historia del control jurisdiccional del Acto Administrativo en Colombia

La justiciabilidad de los actos de la administración pública está influenciada por los orígenes propios del Estado de Derecho como forma de organización jurídico política de la sociedad y por los marcados antecedentes de Francia, país que sentó las bases del derecho administrativo iberoamericano. En esa sintonía, Colombia tiende a adoptar instituciones propias del modelo de francés, entre ellas el control de la legalidad de los actos administrativos (Molina Betancur, 1999).

La revolución francesa con su pretensión de democratización de la acción del gobierno, la vida social, económica y jurídica, trajo como resultado la consolidación de un órgano facultado para hacer el juicio de legalidad, de lo que en adelante sería acto administrativo, marcadamente diferenciado de cualquier decisión monárquica ya que esta última solo tenía límites en la voluntad de una deidad y no en garantías preestablecidas como los derechos humanos (Cabezas & Mayorga, 2016).

García de Enterría, citado por Gasnell, destaca que la creación napoleónica del contencioso administrativo, producto de la adopción del concepto de acto administrativo, supone una transmutación del Poder Ejecutivo en la Administración, como sujeto real y verdadero, autosuficiente, con capacidad para desenvolverse a través de mecanismos técnicos que les aseguran una exención respecto a los otros poderes. (Gasnell Acuña, 2015).

Es así como surge un concepto de administración pública sujeta al derecho público, en tanto que las decisiones que adoptara debían tener una fundamentación racional que no era otra que la ley, so pena de verse cuestionada ante un Consejo de Estado con una especialidad vanguardista para la época. Su razón era ser la expresión de limitación del poder que pudiera tornarse despótico y que pudiera volverse en contra de la ciudadanía.

Ahora bien, hay que precisar que ese Consejo de Estado tal como fue concebido en Francia, tenía una diferencia con modelos como el adoptado en Colombia, en tanto que esta institución decimonónica de posrevolución era un órgano consultivo de la adminis-

tración pública y no parte de la rama jurisdiccional, lo cual evidenciaba el nacimiento de una justicia administrativa que surgiera como resultado de la introspección de la administración. Diferenciándose sus funciones asesoras de las contenciosas: asesora frente a la consulta del gobierno, contenciosa cuando los ciudadanos le reclamaran la justicia de la actividad administrativa.

En esa línea argumentativa, el profesor español García Enterriá afirma que esa institucionalización de la justicia administrativa corrió pareja de la creación de mecanismos de derecho procesal administrativo como “el recurso de plena jurisdicción”, cuyo objetivo era impugnar dichos actos producto de disputas de carácter patrimonial donde una de las partes era la administración, en atención a la completa sustitución del juez en los asuntos administrativos. (Gasnell Acuña, 2015, p. 29).

Es apenas lógico que, al crearse una jurisdicción especializada en conflictos entre la administración pública y los ciudadanos, se diseñara un mecanismo concomitante que materializara en términos procedimentales el acceso a la justicia administrativa en un escenario de auto control por parte de la administración.

Así lo destaca el profesor Montaña Plata, cuando sostiene que la constituyente francés de 1790 se ocupa de analizar si el control de los actos de la administración los debía hacer ella misma o debían ser sometidos al control de los tribunales judiciales. (Montaña Plata, 2010).

Es pertinente mencionar que uno de los principios inspiradores o consecuenciales de la revolución francesa es el de la separación de poderes —espinas dorsales del derecho constitucional otrora y en la actualidad—. Puede sostenerse entonces que el control de legalidad frente a los actos administrativos en sede es precisamente una expresión del aludido principio y el sistema de pesos y contra pesos propuesto por Montesquieu (Fuentes, 2011).

Sin embargo, es de destacar que la visión de Consejo de Estado en el país de la revolución fue la de “autotutela”, que no aceptaba el cuestionamiento judicial de la voluntad de la administración pública. Paradójicamente, en Colombia, la figura del Consejo de Estado es una mejor modulación del principio de separación de poderes orgá-

nicamente hablando, porque delimita la actuación administrativa del quehacer jurisdiccional.

Si Colombia es una modulación de la concepción de justicia administrativa francesa, conviene entonces hacer algunas referencias históricas que permitan tener un punto de partida de la relación entre jurisdicción y acto administrativo, ese análisis de la cultura jurídica colombiana respecto de los actos administrativos, es de vital importancia para poder establecer qué debe entenderse por acto administrativo y si las operaciones militares encajan dentro de esa figura tradicionalmente definida por la doctrina o si hay que revisar el tema desde otra órbita epistémica, como la del derecho operacional.

La historia institucional colombiana frente al control judicial de la administración pública, ya en su acción, ya en su omisión, tiene relación directa con las dinámicas sociales y las tensiones políticas de los momentos; así lo argumenta el profesor Mario Cajas cuando sostiene que nuestra dinámica jurídica ha estado entre “la Regeneración al régimen militar, 1886-1958 y del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente.” (Cajas Sarria, 2015).

Por otro lado, el historiador Marco Palacios en lo relacionado con la administración de justicia administrativa sostiene que “[e]l Consejo de Estado no es un capricho sino una necesidad historia latente en proceso de regeneración de la vida política y jurídica del país en un momento de deslegitimación institucional por el vaivén de las violencias”. (Palacios, 1995, p. 67).

El Consejo de Estado como institución socio jurídico nace en Colombia como una expresión republicana y libertaria, aparece y desaparece producto de las dinámicas de los hechos y acontecimientos, en ese mismo sentido lo define Armando Martínez Garnica cuando afirma que:

La creación, evolución, desaparición y posterior resurgimiento de la corporación de Consejo de Estado, como institución que legislara sobre los destinos de las provincias recién liberadas de la monarquía española en lo que hoy son Colombia y Venezuela. Son dos los momentos coyunturales que configuran este acontecimiento institucional (2017, p. 121).

La primera experiencia se da en 1817, en la provincia recién liberada de Angostura. Promovido por Bolívar, este Consejo provisio-

nal de Estado se da dentro de las limitaciones institucionales de un gobierno aún insurgente, en la emergencia de un estado de guerra y cuartel. (Martínez Garnica, 2017).

La tradición jurídica colombiana en cuanto justicia administrativa, ha estado fluctuante institucionalmente entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, pues en estas dos corporaciones se han adelantado los juicios tanto de responsabilidad estatal, como de legalidad de los actos administrativos. El Consejo de Estado, tal y como hoy se conoce, es un híbrido entre lo consultivo y lo jurisdiccional porque cumple ambas funciones perteneciendo al poder judicial. Este es su sello distintivo en comparación al modelo de Francia, caracterizado por el autocontrol de la administración.

La Constitución de 1886 significó el resurgir de esta institución jurídica, la desaparición del Consejo de Estado en 1843 hizo que se perdiera ese carácter especializado del derecho administrativo, en cierta medida porque acabó con el sitio de privilegio en el que estaba el control de legalidad y de responsabilidad de los actos de la administración; al fin de cuentas, la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, podría hacerlo. Aunque el problema de fondo no son los órganos, sino los criterios.

La carta política de 1886 le atribuyó unas funciones que afirmarían que este, el tribunal de justicia administrativa, tenía funciones especializadas que justificarían su segunda creación:

Artículo 141. Son atribuciones del Consejo de Estado:

1ª. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que determinen la constitución y las leyes. Los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el Gobierno, excepto cuando vote la conmutación de la pena de muerte. 2ª. Preparar los proyectos de ley y códigos que deban presentarse a las cámaras y proponer las reformas que juzgue convenientes en todos los ramos de la legislación. 3ª. Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, si la ley estableciere esta jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primera y única instancia o ya en grado de apelación. En este caso el Consejo tendrá una sección de lo contencioso-administrativo con un fiscal, que serán creados por la ley. 4ª. Llevar un registro formal de sus dictámenes y resoluciones y pasar copia exacta de él, por conducto del Gobierno, al Congreso en los primeros quince días de sesiones ordinarias, exceptuando lo relativo a negocios reservados mientras haya necesidad de tal reserva. 5ª.

Darse su propio reglamento, con la obligación de tener en cada mes cuantas sesiones sean necesarias para el despacho de los asuntos que son de su incumbencia. (Constitución Política de Colombia, 1886).

Obsérvese que el marco constitucional de las funciones del Consejo de Estado en la Carta política de 1886, son poco específicas en cuanto a la función de control de legalidad de los actos administrativos, no así para las funciones consultivas o de otra índole. Pareciera que el constituyente de esa época estaba en el mismo dilema francés respecto del autocontrol de la administración pública o su judicialización (Palacios, 1995).

Para finalizar con la reseña histórica del Consejo de Estado, es trascendental reflexionar sobre su rol en el orden constitucional incorporado por la Constitución Política de 1991, en tanto que en este modelo organizacional, jurídico, social y político el control de los actos de la administración tiene un nuevo fundamento de validez: los derechos fundamentales y su dimensión en el derecho internacional público a partir de la relación multinivel con los derechos humanos.

Las instituciones jurídicas no pueden entenderse aisladas de los cambios sociales y las dinámicas de la población, de otro modo, la consecuencia sería su ineficacia. Así lo sostiene el profesor Carlos López cuando afirma: “los derechos fundamentales deben ser considerados como entes mutables, los derechos en Colombia se fundan en una teoría dinámica normativa si es que pretenden tener una conexión con la realidad”, (López Cadena, 2015) a lo anterior, podría agregarse que no solo los derechos son mutables sino las corporaciones orgánicamente constituidas, tal es así que el rol del Consejo de Estado no es el mismo en el marco de la Constitución Política de 1991 pues ya no será solo un mero garante de legalidad sino de convencionalidad y constitucionalidad de los actos administrativos (véase los Derechos fundamentales en el derecho interno, derecho internacional de los derechos humanos vía bloque de constitucionalidad).

La Constitución Política de 1991 convierte al Consejo de Estado en un garante de la constitucionalidad de los actos de la administración pública, cuando los ciudadanos acceden a la jurisdicción contencioso administrativa para que se hagan juicios de contraste entre un acto administrativo y la legalidad, este funge como intérprete de

la voluntad de las autoridades públicas invalidándola cuando atente contra el marco jurídico colombiano.

Sectores de la doctrina administrativista resaltan ese rol del Consejo de Estado como guardián de la Constitución cuando se trata de actos administrativos: el Consejo de Estado es claro al afirmar que realiza el juicio de constitucionalidad mediante la comparación de las normas contenidas en la ley y los actos administrativos que la desarrollan y que, una vez realizada dicha evaluación, procede a analizar la constitucionalidad del acto administrativo sometido a su consideración. Es por esto que en la mayoría de sus sentencias declara la nulidad por inconstitucionalidad de la disposición acusada por motivos de extralimitación de funciones por parte del ejecutivo que ha querido desplazar al legislador, con lo cual posibilita la declaración de nulidad por inconstitucionalidad de apartes de una disposición, de frases o de palabras concretas y, en consecuencia, estar eventualmente frente a decisiones interpretativas (Escobar Martínez, 2006).

En la estructura orgánica del texto constitucional colombiano, se le han asignado funciones al Consejo de Estado que, sin ambages, lo reflejan como un juzgador de las decisiones emanadas de las entidades y particulares con funciones administrativas:

Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado. 4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley. 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley. 6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley

Nótese que el numeral 2 especifica la función del máximo tribunal de lo contencioso administrativo en materia de control de constitucionalidad de los actos del gobierno cuando la competencia

no sea de la Corte Constitucional, lo que hace que su importancia histórica en la cultura jurídica del país mute hacia la de garante de la integridad del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como la jurisdicción contencioso administrativa no solo integra al Consejo de Estado, sino que dentro de su andamiaje están los tribunales y juzgados administrativos, se hace necesario acotar su competencia en el marco de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)⁵, frente a los medios de control contra los actos administrativos, aspecto que resulta importante para esta investigación, porque en acápite siguientes, se podrá determinar si ese régimen es aplicable o no a las órdenes de operaciones de las FFMM.

El artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 establece la competencia de los tribunales administrativos en materia de la nulidad de los actos administrativos: 1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden departamental, o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes.

Así mismo, el artículo 155 de esta misma normatividad, menciona que los jueces administrativos también tienen competencia para estudiar la legalidad y declarar la nulidad de los actos de la administración pública: Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas privadas sujetas a este régimen del mismo orden cuando cumplan funciones administrativas.

Es evidente que la jurisdicción contencioso administrativa de hoy, es el reflejo de una construcción histórica que ha estado sujeta a cambios por las fluctuaciones y las dinámicas de la realidad política, jurídica e institucional del país, incidida a su vez por hitos históricos en Europa, como la revolución francesa, que su existencia asegura no solo la viabilidad del Estado de Derecho, sino del Estado Constitucional de Derecho.

5 Modificado por la Ley 2080 de 2021

Ahora, es menester y plausible hacer una referencia desde la doctrina ius administrativista, a la definición teórica de acto administrativo, concepto núcleo de esta disertación, en la medida en que a partir de su análisis podrá determinarse si las órdenes de operaciones de las FFMM se encuadran dentro de esta modalidad de la acción jurídica de la administración o si definitivamente debe apelarse a categorías propias del derecho operacional para su delimitación conceptual y epistémica.

2. El Acto Administrativo

En el derecho privado, la voluntad de los particulares tendiente a generar, modificar o extinguir efectos jurídicos, se le llama acto o negocio jurídico, expresión de la autonomía privada en las órbita negocial, en derecho administrativo se aduce que la administración pública despliega su accionar de diferentes maneras: acto administrativo, hecho administrativo, operación administrativa, contrato estatal y vías de hecho; en lo que respecta al presente análisis, es necesario centrarse en la teoría del acto administrativo.

El tratadista español Luciano Parejo Alfonso, propone un concepto de acto administrativo vanguardista, porque refleja su naturaleza sustancial y procesal, lo relaciona directamente con la posibilidad de su impugnación ante la administración de justicia: cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la administración pública en ejercicio de una potestad administrativa susceptible de revisión judicial. (Parejo Alfonso, 2003).

Es importante destacar que, en las visiones modernas del acto administrativo fundamentadas en lógicas de derecho público, este siempre está caracterizado por el elemento voluntad de la administración y de su respectivo eventual control de legalidad. (Guatía, 2013).

Bocanegra Sierra, citado por Gasnell, defiende la necesidad de la adopción de un concepto restringido de acto administrativo reconociendo que solamente puede considerarse como tales los que tienen carácter regulador, es decir, los destinados a la creación, modificación o extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración, o a la negación de la declaración de un derecho, o de otra

circunstancia jurídicamente relevante, respecto de una persona, cosa o situación. (Bocanegra Sierra, 2012).

García de Enterría, define el acto administrativo como: “Acto administrativo es toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”. (García de Enterría, 2002).

Para Enterría, el acto administrativo es un acto de gobierno y de ejecución de las decisiones de quienes ejercen funciones administrativas, asunto que difiere de la visión colombiana, porque doctrinal y jurídicamente se entiende que una cosa es la voluntad de la administración tendiente a generar, modificar o extinguir efectos jurídicos y otra su materialización, Alejandro Gaviria, Ex Ministro de Salud, sin proponérselo, lo explica cuando afirma: “entre él dígame y cúmplase, pueden pasar años”(Gaviria, 2016).

Por su parte, el profesor Español Velasco Caballero, en su tesis doctoral, argumenta las razones por las cuales el acto administrativo no podrá enmarcarse en la categoría del negocio jurídico de derecho privado: Sin autonomía de la voluntad, no hay negocio jurídico, en el acto administrativo no se puede hablar de autonomía de la voluntad ni de “libertad de configuración” (Gestaltungsfreiheit). Pues la configuración de las relaciones jurídicas no deriva del acto administrativo, sino -básicamente- de la ley (Velasco Caballero, 1994).

Vidal Parody reivindica el elemento común en todas las definiciones sobre acto administrativo: el acto administrativo es una declaración, se entiende como la manifestación de voluntades, que obtienen crear derechos o atribuir obligaciones para los particulares y/o administrados, el acto administrativo se define como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria. (Vidal Parody, 2017).

La doctrina administrativista colombiana también mantiene la idea de acto administrativo relacionada con la voluntad de la administración pública, el profesor Libardo Rodríguez, muestra una noción de acto administrativo coherente o en la misma línea argumentativa

de la doctrina extranjera: El acto administrativo, como acto jurídico estatal, consiste en una expresión de voluntad, generalmente unilateral, en ejercicio de función administrativa, bien por parte de las autoridades estatales o por particulares expresamente investidos de esa específica función, cuyo contenido radica en una decisión que crea, modifica o extingue una situación jurídica, ya sea de carácter general o particular, según su destinatario sea una persona o conjunto de personas determinadas o, por el contrario, que esté dirigido o tenga por titular a la comunidad en general en forma impersonal, cuyos atributos básicos, en ambas hipótesis, son la obligatoriedad, la presunción de legalidad y la ejecutoriedad. (Rodríguez, 1994).

Es interesante destacar la noción de acto administrativo propuesta en Colombia, habida cuenta de que para entender el acto administrativo de una forma omnicomprendiva y no acotada en su alcance, debe precisarse que también puede tener origen en quienes ejercen funciones administrativas, a partir del diseño constitucional construido por el constituyente de 1991, la función administrativa radica en la rama ejecutiva del poder público, pero excepcionalmente, por otras ramas de la estructura estatal y los particulares.

Romeo Pérez, plantea el acto administrativo como un instrumento para lograr los fines esenciales del Estado, en tanto da importancia a la causa del mismo: que el nacimiento del Acto Administrativo en su origen, depende de aquello que lo motiva y de la valoración fáctica, jurídica y normativa que la administración haga en los diversos órdenes jerárquicos y de competencia, para efectos de concebir un Acto Administrativo específico, en una materia determinada. (Pérez Ortiz, 2013).

Para el doctrinante mexicano Calafell, la definición de acto administrativo, es una decisión administrativa dando relevancia a su contenido específico, a los efectos jurídicos que pretende desplegar la administración pública frente a los ciudadanos:

la forma es la manifestación material en donde se plasma objetivamente el acto administrativo y en ella quedan comprendidos todos los requisitos de carácter externo que la ley señala como necesarios para la expresión de la voluntad que genera la decisión administrativa...La forma que es parte de la formalidad se refiere estrictamente al modo como debe acreditarse la voluntad administrativa que origina el acto[...] La forma en el derecho administra-

tivo tiene normalmente el carácter de una solemnidad necesaria tanto para la prueba como para la existencia del acto. (1995, p. 135).

En la doctrina argentina, esta expresión de la voluntad de la es entendida como una forma de interacción entre las autoridades públicas y los particulares, porque la exteriorización de las decisiones tiene un efecto en la población desde lo social, lo económico, lo político y sin duda, lo jurídico:

Para que la voluntad humana sea captada por el derecho y se traduzca en un acto jurídico es preciso que se opere la exteriorización de la misma al mundo externo. La exteriorización de la voluntad al plano jurídico recibe el nombre de forma, la cual constituye el elemento aglutinante de dicha voluntad en el acto administrativo, en miras a la consecución de un objeto determinado a través de una finalidad de interés público [...] cualquiera sea esta (escrita o verbal), ella constituye un requisito esencial de validez del Acto Administrativo. (Cassagne, 2009).

El jurista colombiano Luis Enrique Berrocal, habla del acto administrativo como un acto jurídico de la administración producto del intelecto, esta visión es absolutamente importante en términos filosóficos, porque lo define como una expresión de la racionalidad del poder público: “El Acto Administrativo es siempre una declaración intelectual, cualquiera sea su formalización externa y, consecuentemente, tanto las que sean expresas como presuntas...” (2009, p. 102).

Una vez precisada la noción de acto administrativo en el derecho vernáculo y foráneo, corresponde analizar sus elementos a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina, amén de que producto de la interpretación de este alto tribunal se puede tener mayor claridad sobre los alcances de cada componente y así establecer si es plausible asociar a las órdenes operacionales de las FFMM como un acto administrativo.

Primero sería importante destacar que, en la Sentencia del 18 de julio de 2018, el Consejo de Estado colombiano definió el acto administrativo, vale la pena recalcar este referente jurisprudencial, porque ahí se presenta una noción completa que trasciende a consolidar estado del arte en la doctrina ius administrativista colombiana:

Naturaleza del presupuesto de existencia del acto administrativo. Se explicó que el presupuesto de existencia del acto administrativo se relaciona con la manifestación de la voluntad de la administración

materializada en una decisión, lo que quiere significar que el nacimiento a la vida jurídica del acto se origina una vez es expedido por la respectiva autoridad. Así mismo, el acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la constitución política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. Es decir, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. De igual forma, la voluntad se presenta como un presupuesto esencial de la existencia del acto administrativo, en tanto que el acto administrativo es voluntad, reflexión, conocimiento o inteligencia que se declara en el ejercicio de la función administrativa y que produce efectos jurídicos de carácter general o individual. (Consejo de Estado, 2018).

En el mismo sentido el profesor Carlos Ariel Sánchez, (2010) define de forma precisa y pedagógica los elementos del acto administrativo:

- Elemento Subjetivo: Responde a Quién expide el acto.
- Elemento Objetivo: Responde al Qué del acto administrativo.
- Elemento Formal: Responde al Cómo se expide el acto administrativo.
- Elemento finalista: Responde al Para qué se expide el acto administrativo.
- Elemento causal: Responde al Por qué se expide el acto administrativo. (p,67).

Los elementos del acto administrativo justifican su existencia en el mundo jurídico, en una noción politológica, podría concebirse como un acto de poder emanado de los poderes constituidos y en términos sociológicos es una forma de determinar los destinos de la ciudadanía con los límites propios del ejercicio de la función administrativa. Es importante resaltar dentro de sus elementos el finalista porque los fines del acto administrativo deben estar coherentes con las pretensiones constitucionales de la efectividad de los derechos humanos, los pilares axiales de un estado social de derecho, la democracia y el pluralismo.

La defensa y seguridad nacional, son finalidades esenciales de un Estado constitucional, en el aseguramiento de un orden democrático es indispensable el rol de las FFMM, en su actuar pueden expedir actos administrativos en aras de la efectividad de sus funciones operacionales, así por ejemplo las órdenes de operaciones, no

son meros actos de trámite o de directriz militar, sino que tienen naturaleza jurídica, ya que son expresión de voluntad y que generan efectos jurídicos en el ámbito operacional. Dentro de sus contenidos, hay información de carácter sensible relacionada con la inteligencia militar o asuntos que de ser conocidos podrían poner en riesgo la seguridad, razón que justifica que los ciudadanos vean restringido de forma proporcional su derecho a acceder a la información y presentar peticiones porque hay intereses que en un ejercicio ponderativo pueden resultar vencedores.

Se procederá entonces a establecer la relación existente entre información militar y órdenes operacionales sometidas a reserva y las razones que justifican que los ciudadanos no puedan acceder a actos administrativos de contenido militar, ni muchos menos puedan ejercer los medios de control de la Ley 1437 de 2011, denominados nulidad por inconstitucionalidad, nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho.

3. Orden de operaciones y la reserva legal de la información

No es el objetivo en este punto de la investigación, entrar a definir doctrinalmente la orden de operaciones, en el siguiente acápite de este artículo, se profundizará sobre el particular; No obstante, es preciso establecer su relación con la reserva legal de la información en el entendido de que hoy se evidencia la necesidad de hacer una propuesta epistémica frente a la orden de operaciones como acto administrativo, segundo, porque es determinante para entender por qué estaría exenta de control judicial y tercero, porque habría que fijar unas reglas de autocontrol que graviten entorno al derecho operacional.

En Colombia, bajo el artículo 23 superior es un derecho fundamental presentar peticiones respetuosas ante las autoridades públicas o privadas con el fin de obtener información o respuesta a interrogantes específicos que formule cada peticionario (Asamblea Nacional Constituyente, 1991); Sin embargo, como sucede con los derechos humanos en una democracia, son susceptibles de restricción cuando exista una tensión de intereses jurídico constitucional que la justifiquen.

El principio de proporcionalidad ha sido la herramienta utilizada en diferentes latitudes para restringir derechos humanos sin arbitrariedad o con legitimidad constitucional, uno de sus mayores exponentes en Europa es Robert Alexy, en Colombia, Carlos Bernal Pulido y en Perú, Marcial Antonio Rubio.

Robert Alexy afirma que el principio de proporcionalidad impone que las medidas de intervención en los derechos fundamentales, aprobadas por la mayoría parlamentaria, deben evidenciar una fundamentación acertada para que no sean declaradas inconstitucionales. (Alexy, 2005).

Siguiendo el discurso de Alexy, la restricción del derecho fundamental de petición establecido en el artículo 23 del texto constitucional colombiano, debe tener una fundamentación constitucional que no la invalide.

El doctrinante colombiano Carlos Bernal Pulido, respecto del principio sostiene que:

La clasificación del principio de proporcionalidad como un límite de los derechos fundamentales, sugiere que las relaciones que se establecen entre el sistema político y el sistema de controles jurídico-constitucionales cuando se introducen restricciones legislativas a tales derechos, se pueden comprender mediante un esquema compuesto por tres elementos: objeto del límite: los derechos fundamentales, límite: la intervención legislativa, límite del límite: principio de proporcionalidad. (Bernal Pulido, 2014).

En la misma línea argumentativa de Pulido, se puede sostener que restringir el acceso a la información contenida en una orden de operaciones, está fundamentada en los siguientes elementos: 1) objeto: el derecho fundamental de petición, 2) límite: la negativa de suministrar la información por razones de seguridad y defensa nacional, 3) límite del límite: la justificación constitucional.

Rubio Correa planea que el principio y test de proporcionalidad, es una alternativa para evaluar las razones que legitiman en una democracia la restricción de los derechos fundamentales de acuerdo a los intereses que, de predominar en un caso en concreto, no es un ejercicio de eliminación de derechos sino de priorización en ciertos supuestos de hecho. (Rubio Correa, 2011).

La Corte Constitucional colombiana identifica a la proporcionalidad como un test de aplicación jurisprudencial al que hay que acudir cuando existe colisión entre los derechos fundamentales:

En la jurisprudencia han sido reconocidos como elementos fundamentales o esenciales que deben ser considerados por el juez constitucional a la hora de realizar un test de proporcionalidad: a. La idoneidad o adecuación de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir”. Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución. (Corte Constitucional, 2015).

En Colombia, el ordenamiento jurídico contiene intervenciones legislativas que restringen el derecho de petición cuando los ciudadanos pretendan acceder a información especial o que por su naturaleza está sometida a reserva, además que el artículo 23 constitucional faculta al legislador para regular este derecho fundamental:

Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, era el marco jurídico aplicable a los asuntos relacionados con el derecho de petición, sin embargo, la Corte Constitucional sacó del mundo jurídico los artículos en comento, porque la regulación debió haberla hecho el legislador por medio de ley estatutaria tratándose de un derecho fundamental, es así como se expidió la Ley 1755 de 2015, ley especial que se refiere puntualmente a la materia de peticiones.

Lo relacionado con las órdenes de operaciones puede enmarcarse dentro la categoría del artículo 24 de la ley 1755 de 2015 referente a la información de documentos reservados, es un claro ejemplo de una intervención legislativa que restringe el derecho fundamental de petición, pero incorporando las razones jurídicas de su limitación, así a modo ejemplo, la enunciada en el numeral 1: Los relacionados con la defensa o seguridad nacional.

El artículo 24 la Ley 1755 de 2015 es el fundamento normativo que justifica que la información contenida en las órdenes de operaciones no sea facilitada a los ciudadanos y que no sea de dominio público, lo que la convierte en un acto administrativo que no es sujeto del tradicional control de legalidad propio del Estado de derecho francés, lo genera la necesidad de definir la orden de operaciones como un acto administrativo de carácter especial.

Ahora bien existe un marco de normatividad especial que modula, gradúa y clasifica la información de los organismos de inteligencia y contrainteligencia lo cual representa una restricción justificada al derecho fundamental a ejercer el control judicial de los actos administrativos de contenido militar, por prevalencia de principios constitucionales de seguridad y defensa nacional, el Decreto 1070 de 2015 regula la información sometida a reserva en los artículos 2.2.3.6.1 y 2.2.3.6.2, esa modulación legal establece los niveles de restricción, lo cual deberá analizar un juez administrativo en caso de que se enjuiciara ante su competencia una orden de operaciones.

La ley 1712 de 2014 de transparencia y acceso a la información pública preexistente antes de la ley estatutaria del derecho de petición, también restringe el derecho fundamental de petición por razones de seguridad, lo que permite concluir que existe un andamiaje normativo asaz para justificar racionalmente la imposibilidad de acceder a la información.

4. La orden de operaciones un Acto Administrativo con naturaleza especial

La orden de operaciones es un acto administrativo en el ejercicio de la función militar, emanado de la autoridad competente que pretende generar efectos jurídicos en el ámbito de las funciones de las FFMM y que, por tener finalidades intrínsecas de garantía de la seguridad nacional, no puede ser demandado como los demás actos de la administración.

Existen posiciones doctrinales diversas que niegan la calidad de la orden de operaciones como acto administrativo, porque no cumple con sus elementos tradicionales: susceptibilidad de ser un

acto controlado judicialmente, ni con los parámetros de publicidad y notificación del procedimiento administrativo tradicional.

Sin embargo, la administración pública militar en el ejercicio de sus competencias constitucionales especiales emite decisiones que tienen efectos jurídicos, su validez y fundamentación depende del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho constitucional como es el caso de las órdenes de operaciones.

La actividad militar es ante todo administración pública con funciones especializadas, así lo entiende el profesor Aurelio Guaita cuando sostiene que:

En sentido objetivo, entendemos por Administración militar el sector de la actividad de la Administración que provee a la seguridad y defensa exterior e interior del Estado. En sentido objetivo, el conjunto de órganos públicos cuya competencia estriba y consiste fundamentalmente y de modo excluyente en la realización de aquella defensa. (2003, p. 107).

Las dinámicas de la función pública en el campo militar no deben ser analizadas con un enfoque reduccionista de derecho administrativo tradicional, sino que, su categorización y fundamentación epistémica están ligadas al derecho operacional, entendido como un marco jurídico descriptivo y explicativo de la realidad del que hacer de la fuerza pública en lo sustancial y en lo procedimental, de ahí que la orden de operaciones es un acto administrativo pero sujeto a estándares y parámetros del derecho aplicable a la actuación militar. (Dempsey, R., y Chavous, 2013).

De hecho, existen actividades especializadas de la administración que deben encontrar soporte legal en otras categorías formuladas por un derecho administrativo contemporáneo, a modo de ejemplo: la gobernanza digital, la relación de la ciudadanía con las tecnologías de la información y la comunicación, la regulación del ejecutivo sobre las prácticas biomédicas, la permisividad de intervenciones sobre el medio ambiente y porque no la toma de decisiones en la actividad militar.

El profesor Briceño plantea la necesidad de que el Estado asuma su rol regulatorio con criterios técnicos y científicos, asociando la validez del acto administrativo a la racionalidad, hoy por hoy la justificación jurídica de una manifestación de voluntad de la administración pública no solo se deriva de la legalidad sino de su pertinencia técnica:

La responsabilidad política del Estado en la organización e incorporación de dos dimensiones de racionalidad (científica, y jurídico-social) para lograr la concreción de los principios democráticos del Estado moderno, comprende: la necesidad de crear confianza a la sociedad respecto a la ciencia, a las tecnologías, técnicas e innovaciones. (Briceño Chávez, 2017).

Siguiendo la línea del profesor Briceño, se puede afirmar que la actividad militar es ante todo técnica, que las órdenes de operaciones son actos administrativos a los cuales debe aplicarse el derecho operacional, por el contenido especializado de sus disposiciones y porque su control de legalidad implica un ejercicio de autotutela de las FFMM y no un control externo vía judicial, no obstante, el derecho procesal administrativo colombiano sí contempla acciones para exigir la reparación cuando el Estado causa un daño con ocasión de una orden de operaciones.

La orden de operaciones no es un acto administrativo tradicional porque esta mediada por criterios de inteligencia militar, el aseguramiento de los principios de seguridad y defensa nacional intrínseco en estas disposiciones, le revisten de un carácter especial que justifican su reserva legal, pero sin duda deben crearse mecanismos de control interno de legalidad *ex ante*⁶ y no *ex post*, primero, porque hacerlo de manera previa asegurará una cautelara acción de la actuación militar y segundo porque de hacerlo de manera posterior se estaría generando un riesgo de causación de daños derivados de la infracción al derecho operacional.

El carácter científico de la actividad militar no está en discusión, la literatura del derecho operacional que en el contexto colombiano es escasa, sostiene que las operaciones militares son producto de una estrategia construida interdisciplinariamente, no es un asunto de

6 No se puede desconocer que, en la actualidad, la mayoría de los comandantes militares acuden al asesoramiento jurídico operacional, como mecanismo de control previo.

decisión de mando únicamente sino una concertación a partir de la experticia: En ese sentido, la toma de decisiones en el nivel estratégico operacional es tanto un arte como una ciencia, ya que involucra las capacidades propias de la fuerza pública, como movimientos aéreos, motorizados, a pie, el consumo de combustible, los efectos de las armas, los efectos del liderazgo, el grado de dificultad de las operaciones y la incertidumbre relacionada con las intenciones del enemigo. Estos escenarios de la estrategia, corresponden a una secuencia analítica, singular, sistemática y comprobada de variables normativas, políticas y fácticas que en su integridad constituyen el Derecho operacional -DOPER-. (Chiquiza Gómez & Gil Osorio, 2019). En este escenario el derecho operacional debe otorgar una respuesta consolidada respecto a cómo controlar una orden de operaciones, atendiendo su particular situación de reserva y de manejo de datos sensibles, y los intereses jurídico-sociales que pueden verse afectados con su puesta en marcha sino se atiende a la legalidad, siendo un deber de la administración pública militar garantizar la estricta aplicación de los estándares internacionales y convencionales de DDHH y de DIH.

En ese sentido, el derecho operacional tiene una función en doble vía: dotar de juridicidad las órdenes operacionales y controlarlas ante la imposibilidad de que los ciudadanos puedan demandarla ante el juez contencioso administrativo como sería el caso de un acto administrativo sujeto a las reglas del derecho administrativo tradicional.

Bouthol respecto de las funciones del derecho operacional, señala que “Generalmente, el Derecho Operacional contextualiza adecuadamente el quehacer bélico, ayuda a entender la interpretación sobre el uso de la fuerza, y se erige en una herramienta polemológica esencial” (Reyes Paz, 2016, p. 69). Esa polemológica propia de las órdenes de operaciones debe ser analizada en detalle al momento de establecer su naturaleza jurídica, al ser producto de la inteligencia militar no se la puede circunscribir a un mero acto ejecución, sino que es una expresión de voluntad tendiente a generar, modificar o extinguir efectos jurídicos en el ámbito castrense, esa definición la muestra como un acto ubicado en una estructura basada en la racionalidad científica de la guerra.

El derecho operacional como marco jurídico de las órdenes de operaciones es incluso un criterio técnico y jurídico para juzgar la legalidad de su ejecución y la conducta de los miembros de las FFMM, ello corrobora su especialidad por lo cual se asegura que: el Manual de Derecho Operacional, además de dar claridad a los comandantes de las fuerzas sobre procedimientos, también se convierte en una guía indispensable para la justicia ordinaria, pues provee herramientas que ayudan a los miembros de las FFMM a asegurar la juridicidad de las operaciones y facilitan el acceso a un compendio que presenta de manera ordenada las normas nacionales e internacionales y la doctrina operacional aplicable a la conducción de operaciones militares. (Melo Lugo, 2016).

La orden de operaciones como acto administrativo especial por sus características tiene sus propios dilemas, por ejemplo es importante determinar quién hace su respectivo juicio de legalidad, si quien la expide es quien está facultado para determinar su ajuste con el ordenamiento jurídico o si debería haber alguien más que cuestione la OP, ¿Cuáles son los mecanismos para ejercer el control de legalidad de las órdenes de operaciones, ya que no pueden ser conocidas por la ciudadanía para el ejercicio de las nulidades?

El anterior interrogante es una de las principales preocupaciones para el derecho operacional en la actualidad, en la medida en que se le reconoce naturaleza jurídica de acto administrativo a la orden de operaciones, lo que hace sumamente necesario establecer baremos o parámetros de control, de acuerdo a cada caso en concreto.

La legalidad de las órdenes de operaciones está ligada a la legitimidad de las actuaciones de las FFMM, así lo sostiene el profesor Mejía cuando afirma:

Igualmente se ha aprendido por parte de los miembros de la Fuerza Pública, que cumplir con la misión, neutralizar el objetivo militar, y al mismo tiempo satisfacer las exigencias del DIH y el DICA, no es para nada contradictorio ni excluyente, todo lo contrario los Ejércitos en el sentido amplio del término, se legitiman aplicando el derecho a la guerra, no violándolo como algunos todavía piensan. (Mejía Azuero, 2008, p. 22).

De modo que, garantizar la legitimidad de las órdenes de operaciones genera mayores retos para la actividad militar porque se debe sostener la eficacia de las actuaciones y la impecable coherencia

con los derechos humanos, de ahí que la racionalidad del derecho operacional es un elemento clave para controlar y asegurar que no se vulneren los principios del Estado constitucional de derecho.

La espina dorsal de un acto administrativo es la voluntad, el elemento cognitivo es el factor racional para la producción de efectos jurídicos dirigido a los ciudadanos, así la orden de operaciones es una expresión decisoria, racional y técnica con efectos jurídicos en el ámbito de la guerra. Diferente es el caso de los hechos administrativos o de las vías de hecho que producen efectos en el mundo jurídico, pero no son producto de un acto inteligible ni reflexivo sino de una falla de la administración, lo cual nunca podría relacionarse con la orden de operaciones.

Así las cosas, la orden de operaciones tiene una estructura y requiere de unos pasos procedimentales para su emisión y ejecución⁷ (CEDOE- Ejército Nacional, 2017):

1. Determinación del rango de quién profiere la orden, dentro de la estructura de las Fuerzas Militares.
2. Organización para el combate. Se establece quién ejecutará la orden y la organización que la unidad llevará para llevar a cabo el cumplimiento de la misión, de acuerdo con el tamaño como: determinación del enemigo, determinación de aspectos puntuales de las propias tropas.
3. Misión: es un párrafo que debe resolver los siguientes interrogantes (quién, qué, cuándo, dónde, para qué).
4. Ejecución: intención del comandante, propósito de la operación, concepto de la operación y determinación de la normatividad. Siendo este aparatado el que responde el interrogante para qué.
5. Mando y comunicaciones.
6. Firmas: del comandante y la de quien autentica. En este punto se identifica la responsabilidad del quién, o del agente que da la orden.

7 Si bien es cierto en la Doctrina Damasco se establecen los pasos o PRODOP, también lo es que, esta Doctrina aún no puede aplicarse del todo a nivel táctico, por tal razón, aún continúa vigente el Reglamento de Operaciones y Maniobras de Combate Irregular 3-10-1, donde se establece el PMTD y el procedimiento de Comando.

De los anteriores elementos se extrae que, en efecto, la orden de operaciones cumple con las características tradicionales del acto administrativo a la luz de la doctrina ius administrativista, con particularidades propias de las lógicas de la actividad militar, pero sustancialmente se enmarcan cada uno de sus elementos estructurales.

El planeamiento, preparación, ejecución, evaluación y seguimiento de una orden de operaciones es una responsabilidad del oficial de operaciones, quien recibe e integra las partes o párrafos que deben ser preparados por el estado mayor o plana mayor, bajo la acción coordinada. La aprobación del documento es facultad potestativa del comandante, quien la protocoliza firmando de su puño y letra el original de las órdenes y anexos escritos o gráficos; en cuyo caso el oficial de operaciones autentica con su rúbrica las copias correspondientes.

Esta comprensión epistemológica de la orden de operaciones se acompaña con lo afirmado por la Corte Constitucional respecto a lo que es un acto administrativo donde sigue siendo resaltado el factor de la voluntad:

Recuérdese que la regla general es que los actos administrativos no tienen un modelo específico, la excepción es que algunos la tengan, que no es el caso de la autorización que debe proferir la entidad que aquí se acusa. Así, teniendo en cuenta que los actos de la administración pueden revestir una u otra forma, lo importante es que en ellos se puede identificar una manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos, para que los mismos sean catalogados como actos administrativos” (Corte Constitucional, 2000, pp. Sentencia T-807 de 2000).

En esa misma línea de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado colombiano recalca los elementos del acto administrativo, haciendo un juicio de contraste entre lo dicho por estas dos corporaciones y la estructura de la orden de operaciones, se puede concluir que la segunda es una modulación especial de la primera:

El sistema colombiano no exige formalidades determinadas para la conformación del acto administrativo, de tal manera que puede ser verbal, escrito y hasta simbólico. Lo único que importa, que reúna los requisitos esenciales que la doctrina y la jurisprudencia le han venido indicando, esto es que sea una declaración de la voluntad administrativa con consecuencias jurídicas. (Consejo de Estado, 1999).

Contrario a lo anterior, Vásquez Hincapié niega la naturaleza jurídica de acto administrativo inherente a la orden de operaciones por la imposibilidad de su control judicial, asunto que resulta rebatible porque aun cuando esta no pueda ser demandada por los particulares si debe haber mecanismos para el control de su legalidad mediante alternativas de auto control:

Está claro que la orden de operaciones hace parte de las actuaciones de poder del Estado que no pueden ser controladas por él mismo, pues estaría negándose a sí mismo; hacen parte de las actividades de poder del Estado a las que se aplican los principios y normas especiales del derecho administrativo, y los litigios que de allí se generan, serían de competencia del Consejo de Estado. (Vásquez Hincapié, 2018, p. 12).

Se desconoce que la orden de operaciones puede ser auto controlada por quien la emite, a partir de una estrategia de autocritica de la decisión de la actividad militar que conste de los siguientes parámetros: i) contraste de la decisión con las obligaciones internacionales, que se tiene el Estado en materia de DDHH y DIH, ii) cumplimiento de los requisitos del derecho operacional, iii) la posibilidad de la no ejecución o no cumplimiento de los subordinados, frente a ORDOP contrarias a los DDHH-DIH.

La orden de operaciones debe comprenderse y entenderse como un acto administrativo militar tendiente a generar, modificar o extinguir efectos jurídicos en el ámbito de la seguridad y la defensa nacional, regida por estándares del DIDH, el DIH y el DOPER, producto de un acto intelectual, estratégico y reflexivo, susceptible de auto control de legalidad por los intervinientes presentes en su faceta decisional.

Conclusiones

El acto administrativo es un tema secular del derecho administrativo contemporáneo, sin embargo, hoy debe analizarse si hay otras de sus modulaciones que merecen un tratamiento jurídico especial como el caso de las órdenes de operaciones de las FFMM, determinando sus características y especificidades. La orden de operaciones al responder a necesidades de defensa y seguridad nacional no puede ser susceptible de control judicial posterior por parte de los ciudadanos, lo que comporta para las FFMM una obligación de autotutela de

sus decisiones. Las órdenes de operaciones son actos administrativos producto de la estrategia militar, racionalidad e inteligencia de las FFMM, los intereses constitucionales intrínsecos en estas actuaciones de la administración pública militar justifican su reserva, o al encontrarse información confidencial, lo cual impone mayores deberes de auto control de legalidad; requiriéndose un análisis desde el DIDH, el DIH, el derecho constitucional y el DOPER para determinar validez y legitimidad. El derecho operacional es el punto epistemológico de partida de las órdenes de operaciones, dentro de un contexto jurídico que comprenda la actividad militar como técnica, es plausible crear un mecanismo de control previo de legalidad de las ORDOP, garantizando la legitimidad de la FFMM.

La orden de operaciones como verdadero acto administrativo, incorpora los pasos del proceso de operaciones: planear, preparar, ejecutar y evaluar, y las actividades del comandante: entender, visualizar, describir, dirigir, liderar y evaluar, como parte de la auto tutela. Los comandantes, apoyados en sus estados mayores y planas mayores, emplean el proceso de operaciones a fin de dirigir el planeamiento conceptual y el planeamiento detallado necesarios para entender, visualizar y describir su ambiente operacional, lo que significa que dicho proceso permite articular las decisiones, y dirigir, liderar y evaluar las operaciones, reconociendo así, la importancia del auto control.

El hecho de que un comandante emita una ORDOP de forma verbal o escrito, no desnaturaliza su carácter jurídico, en cuanto que, el ordenamiento jurídico colombiano no exige formalidades determinadas para la conformación del acto administrativo, de tal manera que puede ser verbal, escrito y hasta simbólico. Es entonces lo que determina, el carácter de acto administrativo de la ORDOP, es el que se trate efectivamente de una declaración de la voluntad de la administración con consecuencias jurídicas; presupuesto que indudablemente cumple la ORDOP.

Caracterizada la ORDOP como acto administrativo, se reconocen en esta todos los elementos que caracterizan a cualquier manifestación unilateral de la administración pública tendiente a generar, modificar o extinguir efectos jurídicos.

Finalmente, y como derrotero de sus actuaciones, las FFMM han incorporado en la ORDOP de manera acertada, tanto el derecho administrativo, como el DOPER a su doctrina, a la luz de las experiencias nacionales, mediante un conjunto de concepciones derivadas de principios, normas y valores que el Estado ha considerado necesario para garantizar el desarrollo integral del hombre y de la colectividad nacional; resguardándolo de interferencias o perturbaciones de cualquier origen y todo ello, en últimas, para preservar el compromiso de respeto a los derechos de los ciudadanos.

Pese a lo considerado por muchos, las FFMM como parte integral del sector defensa, han desarrollado y fortalecido sus actuaciones en el ámbito operacional, teniendo como marco referencial por naturaleza los DDHH-DIH-DOPER. Las FFMM nunca han sido ajenas a esta temática, la cual está presente como pilar fundamental en el proceso de formación de todos sus integrantes, pero más aún, se encuentra presente en todas las operaciones que realizan las unidades militares, permitiendo la consolidación del Derecho Operacional como una muestra especializada de su competencia profesional.

REFERENCIAS

- ALEXY, R. Teoría de los Derechos Fundamentales. (C. Bernal Pulido, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. 2005
- BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (Cuarta ed.). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2014
- BERROCAL GUERRERO, L. E. Manual del Acto Administrativo. Bogotá, D.C.: Librería Ediciones del Profesional. 2009
- BOCANEGRA SIERRA, R. Lecciones sobre el Acto Administrativo (Cuarta ed.). Navarra, España: Aranzadi S.A. 2012
- BRICEÑO CHÁVEZ, A. M. El principio de precaución en una sociedad de riesgos ambientales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017
- CABEZAS, N., & MAYORGA, D. La génesis del derecho administrativo: ¿fenómeno y derecho de la administración romana? Revista Digital de Derecho Administrativo, 1(1), 59-72. 2016. [Consultado el 28 de mayo de 2020] Disponible en: <https://doi.org/10.18601/21452946.n16.14>
- CAJAS SARRIA, M. La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991, *Tomo II*. Bogotá: Universidad de los Andes. 2015
- CALAFELL, J. E. La teoría del acto administrativo jurídico anuario. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 24, 121-148. 1995. [Consultado el 29 de mayo de 2020] Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11228/10280>
- CASSAGNE, J. C. Derecho administrativo. Tomo II (Novena ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2009
- CHEVALLIER, J. El Estado Posmoderno. (O. Pérez, Trad.) Bogotá. D.C., Trad. Pérez, Oswaldo.: Universidad Externado de Colombia. 2014
- CHIQUIZA GÓMEZ, A., y GIL OSORIO, J. F. El derecho operacional como una categoría dentro de la taxonomía del derecho. Revista Vniversitas, 68(139). 2019
- DEMPSEY, R., y CHAVOUS, J. El concepto de operaciones y la intención del comandante. Soldados del 2º Equipo de Combate en el nivel de Brigada, 1ª División de Infantería, del Fuerte Riley, Kan., cerca de sus vehículos de combate Bradley, en el entrenamiento nacional en el. *Fuerte Irwin, estado de California*. David Vergun, Army News Service. 2013
- ESCOBAR MARTINEZ, L. M. La actividad Constitucional del Consejo de Estado Colombiano. Revista Vniversitas, núm. 111, 65-94. 2006 [Consultado el 18 de abril de 2020] Disponible en <http://hdl.handle.net/10554/32360>
- FUENTES, C. Montesquieu: teoría de la distribución social del poder. Revista de Ciencia Política 31(1), 47-61. 2011. [Consultado el 19 de abril de 2020] Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2011000100003>
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. El Acto administrativo en modelo Español. Comillas. 2002

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Problemas de Derecho Público al Comienzo de Siglo. Madrid: Civitas. 2003
- GASNELL ACUÑA, C. El acto administrativo y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá. *Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Madrid.*, 2-474. 2015
- GUATIA, A. La Administración Militar. *Revista de administracion publica*, núm. 7, 105-128. [Consultado el 20 de abril de 2020] 2003
- LÓPEZ CADENA, C. A. Mutación de los Derechos Fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2015
- MARTÍNEZ GARNICA, A. Orígenes del Consejo de Estado. Artículo de investigación. *Revista Precedente. Universidad ICESI.* 2017 [Consultado el 18 de abril de 2020] Disponible en <https://doi.org/10.18046/prec.v13.3022>
- MEJIA AZUERO, J. C. Armas de precisión y respeto al derecho operacional en Colombia. Tiradores escogidos, garantía del cumplimiento del derecho internacional de los conflictos armados. *Revista Prolegómenos: Derechos y valores*, 11(21), XI, 1-29. 2008. [Consultado el 19 de abril de 2020] Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602103>
- MELO LUGO, J. A. La legítima aplicación del derecho operacional en los procesos contra militares a propósito de la jurisdicción especial para la paz. *Revista Ciencia y Poder Aéreo*, 11(1), 82-91. 2016. [Consultado el 20 de abril de 2020] Disponible en: <https://doi.org/10.18667/cienciaypoderaereo.527>
- MOLINA BETANCUR, C. El control de legalidad de los actos administrativos en Colombia. *Revista Opinión Jurídica*, 1(2). 1999. [Consultado el 18 de mayo de 2020] [Consultado el 23 de mayo de 2020] Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1297>
- MONTAÑA PLATA, A. Fundamentos de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010
- PALACIOS, M. Entre la Legitimidad y Violencia. Colombia 1875-1994. Bogota D.C.: Norma, p. 67. 1995
- PAREJO ALFONSO, L. Derecho Administrativo. Ariel. 2003
- PÉREZ ORTIZ, R. É. Eficacia y Validez del Acto Administrativo. *Tesis de Maestría. Universidad Nacional de Colombia.*, 1-151. 2013 [Consultado el 20 de agosto de 2020]
- REYES PAZ, Y. Colombia: Nueva concepción del derecho operacional para las fuerzas terrestres en la era del Posconflicto. *Revista Ciencia y Poder Aéreo*, 11(1), pp. 1-16. 2016. [Consultado el 28 de agosto de 2020] Disponible en: <https://doi.org/10.18667/cienciaypoderaereo.526>
- RODRÍGUEZ, L. Derecho Administrativo General. Bogota D.C.: Temis. 1994

- RUBIO CORREA, M. A. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Perú: Fondo de la Universidad Católica del Perú. 2011
- VÁSQUEZ HINCAPIÉ, D. J. La orden de operaciones militares y el acto administrativo: aclaración de los conceptos y repercusiones. *Revista Republicana*, núm. 24, pp. 83-103. 2018. [Consultado el 28 de agosto de 2020] Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2018.v24.a41>
- VELASCO CABALLERO, F. Las cláusulas accesorias del acto administrativo. *Tesis Doctoral presentada para optar al título de Doctor en Derecho*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. 1994
- VIDAL PARODY, J. Procedimientos administrativos y su influencia en los actos administrativos en los trabajadores del Decreto Legislativo 276 del Gobierno Regional de Ancash. Universidad Cesar Vallejo. 2017

JURISPRIDENCIAL

- Consejo de Estado, Providencia. Rad. Núm.: 2074 C.P.: Roberto Medina López. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, 25 de febrero de 1999.
- Consejo de Estado, Dpt. Antioquia Vs. CNSC. Sentencia No. 11001032500020160107100. C.P.: Rafael Francisco Suarez Vargas. Consejo de Estado 18 de Julio de 2018.
- Corte Constitucional, Sentencia T-807 de 2000. Ref.: Expediente T-298.017. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra] Corte Constitucional. Sala Plena de Constitucionalidad 29 de junio de 2000.
- Corte Constitucional, Sentencia C-144. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. 6 de abril de 2015

NORMAS O INFORMES

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitucion Polica de Colombia*. San tefe de Bogota: Temis S.A. 1991
- CEDOE- Ejército Nacional. Manual Fundamental de Referencia del Ejército, MFRE 5-0 Proceso de Operaciones, Público. Bogotá D.C.: Imprenta Ejército. 2017
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1886. [Consultado el 8 de septiembre de 2020] 5 de agosto de 1886

La inteligencia artificial como prueba en el proceso penal colombiano: una propuesta interpretativa para su producción epistémica a partir de la prueba novel¹

Dubán Arturo Granados Alfonso²

María Alejandra Parra Celis³

Resumen: En la presente investigación, se ha tenido en el horizonte dos panoramas que, aunque disimiles, no son incompatibles, el Derecho Procesal desde su ámbito penal y la inteligencia artificial, puesto que, ante el inicio de la cuarta revolución industrial y tecnológica, estos temas ya no son ajenos al ejercicio práctico o académico del derecho. Siendo ello, una de las nuevas perspectivas procesales a evaluar en el presente y con vistas al futuro, para con ese cometido lograr una maximización de las garantías y principios fundamentales del proceso judicial. Por lo tanto, bajo esa perspectiva positiva que trae consigo la implementación de inteligencia artificial y su relación con el proceso judicial, puntualmente, en Colombia lo que se regula por el Código de Procedimiento Penal de la Ley 906 de 2004 en materia probatoria, cuestión por la cual, en esta investigación se ha puesto en tela de juicio la aplicabilidad de la normativa procesal vigente respecto a la admisión y valoración de medios de prueba derivados de la inteligencia artificial para así, proponer desde la interpretación normativa la aplicación de una metodología consistente en un *check list* para el juicio de admisibilidad y la valoración en juicio oral de estas “pruebas novedosas”.

Palabras clave: Inteligencia artificial; proceso penal colombiano; prueba novel; admisibilidad; valoración.

1 La presente investigación fue presentada como ponencia en el Congreso de la Red interinstitucional de Derecho Procesal y Justicia, del año 2020, ocupando el segundo lugar. Aunado a ello, hace parte del grupo de investigación en derecho procesal -GIDPRO-, de la línea investigación justicia, derecho procesal y sistema penal acusatorio, de la Universidad Libre seccional Cúcuta. Como coordinador de la investigación, el Doctor Juan Camilo Páez Jaimes y como auxiliar de la investigación, la estudiante de cuarto año María Camila Neira Londoño.

2 Estudiante de quinto año de Derecho, Universidad Libre seccional Cúcuta. Monitor del Semillero en Derecho Procesal “Hernando Devis Echandía”. Segundo lugar en el concurso de la Red Interinstitucional de Derecho Procesal y Justicia. Año 2020. Adscrito al grupo de investigación en derecho procesal -GIDPRO-, de la misma universidad. Dirección electrónica: dubana-granadosa@unilibre.edu.co

3 Egresada no graduada de la Universidad Libre, seccional Cúcuta. Monitora del Semillero en Derecho Penal “Claus Roxín”. Adscrita al grupo de investigación en derecho procesal -GIDPRO-, de la misma universidad. Dirección electrónica: mariaa-parrac@unilibre.edu.co

Artificial intelligence as evidence in the Colombian criminal process: an interpretive proposal for its epistemic production from the novel evidence

Abstract: In the present investigation, there have been two scenarios on the horizon that, although dissimilar, are not incompatible, the Procedural Law from its criminal sphere and artificial intelligence, since, before the beginning of the fourth industrial and technological revolution, these issues they are no longer alien to the practical or academic exercise of law. This being one of the new procedural perspectives to be evaluated in the present and with a view to the future, in order to achieve a maximization of the guarantees and fundamental principles of the judicial process. Therefore, under that positive perspective that the implementation of artificial intelligence and its relationship with the judicial process brings with it, specifically, in Colombia what is regulated by the Criminal Procedure Code of Law 906 of 2004 on evidentiary matters, a matter for which, in this research, the applicability of the current procedural regulations regarding the admission and assessment of evidence derived from artificial intelligence has been questioned in order to propose, from the normative interpretation, the application of a methodology consisting of a check list for the admissibility judgment and the assessment in oral proceedings of these “novel evidence”.

Key Words: Artificial intelligence; Colombian criminal process; evidence novel; admissibility; assessment.

Cuan maravilloso es el hombre, por todas sus invenciones e innovaciones, pero depende exclusivamente de él, usarlas para hacer el bien o hacer el mal.

Sófocles- Oda al hombre en la Antígona

Introducción

La inteligencia artificial al ser hoy en día imprescindible en la sistematización de funciones desde industriales hasta educativas, y en la producción de conocimiento científico, hace mostrar atractiva su implementación en el campo judicial. Pensar en cómo, por ejemplo, el diagnóstico médico en algunos aspectos puntuales podría realizarse de forma más precisa y rápida, y cómo la identificación de los rostros en una grabación de video podría llevarse a cabo a través de patrones precodificados, generando así una individualización del posible autor de una conducta punible en segundos, dicho panorama nos hace cuestionar, las razones por las que no se implementa la inteligencia artificial en los procesos judiciales como medio de prueba

Frente a esto, el grupo de investigación considera que es una idea que debe tratarse a través de un criterio razonado y científico. Precisamente, el gran poder demostrativo que podría tener la inteligencia artificial, o al menos la idea que se tiene sobre esta, podría poner en riesgo los criterios más elementales de la valoración de la prueba, debido a que, podría incurrirse en falacias de autoridad (Copi & Cohen, 2013), que lleven a sustituir la sana crítica y los principios técnico-científicos, por una nueva tarifa legal probatoria implícita, basada en una premisa: lo demostró la inteligencia artificial.

Por otro lado, el sistema procesal penal colombiano, ha sufrido múltiples variaciones a lo largo de su configuración; quizá la más importante, es la que conllevó la Ley 906 de 2004, que estableció el sistema penal acusatorio y sus avances en comparación al anterior sistema; y que en materia pericial, implementó figuras como la innecesaridad del *perito oficial* y el cuestionario al perito, y se incluyó un avance normativo con miras, si se quiere, futuristas, la admisibilidad de publicaciones científicas y de pruebas novel; esta

señala que las partes se encuentran habilitadas para solicitar, -y por lo tanto exigir el decreto, práctica y valoración-, de conceptos periciales referidos a pruebas noveles⁴, es decir, que comienzan a practicarse o producirse en un arte o profesión específico. (Diccionario de la Real Academia Española, 2020)

De esta manera, en la presente investigación se usó el método de investigación cualitativo. A su vez, el tipo de investigación es socio-jurídica con enfoque jurídico-propositivo pues esta se encarga de *evaluar fallas de los sistemas o normas, a fin de proponer o aportar posibles soluciones* (Clavijo Cáceres, Guerra Moreno, & Yáñez Meza, 2014, pág. 50) puesto que, la investigación propone un *check list* para la producción de la prueba novel que se derive de sistemas de inteligencia artificial en el proceso penal colombiano. Así, la técnica de investigación del presente escrito es documental de tipo bibliográfica, pues se acudió a la doctrina especializada en el tema y legislativa, se hizo un análisis interpretativo de las disposiciones probatorias de la legislación procesal penal vigente en Colombia.

Debe aclararse que, es realmente escasa, la jurisprudencia nacional sobre la aplicación de este concepto, lo que sirve como indicador del escaso conocimiento que puede tenerse sobre las reglas para su aplicación práctica. Es precisamente por esta preocupación, que la investigación ha planteado el siguiente problema jurídico: ¿Cuáles deben ser los criterios de admisibilidad y valoración de los medios de prueba derivados de la inteligencia artificial en el proceso penal colombiano?

Este problema será resuelto analizando, primero el concepto de inteligencia artificial, y su conformación, luego el régimen probatorio penal colombiano respecto a prueba pericial y prueba novel, y finalmente el análisis a la prueba realizada mediante inteligencia artificial, queriendo lograr así un impacto al entendimiento que debe darle el proceso judicial a la admisión, producción y valoración de la inteligencia artificial como medio de prueba.

4 No debe confundirse este término con la palabra nobel. Las diferencias son muchas, desde su pronunciación: el referido a la novedad, *novél*, y el que hace alusión al prestigioso premio sueco, *nóbel*.

1. La inteligencia artificial

1.1. Concepto

El mundo cambió, la forma en que concebimos los fenómenos sociales, económicos, políticos y jurídicos, dándole paso a lo que Klaus Schwab ha denominado la cuarta revolución industrial. Revolución a la que pertenecen las innovaciones tecnológicas y científicas de la inteligencia artificial, panorama al cual, el derecho no puede ser ajeno, dado que debemos abandonar el “antiguo” paradigma que lo define como un escenario únicamente de humanos y leyes.

En esa medida, debe precisarse, desde una noción sencilla y básica para el entendimiento jurídico, sobre la definición de este concepto la doctrina especializada, ha dicho que es: “la Inteligencia Artificial (IA) es la rama de las ciencias de la computación que estudia el software y hardware necesarios para simular el comportamiento y comprensión humanos. (Malpica Velasco, 2017)

Además de lo anterior, otra definición acerca de la inteligencia artificial, según la empresa de desarrollo informático mexicana, *Salesforce*, expresa que:

La inteligencia artificial es el campo científico de la informática que se centra en la creación de programas y mecanismos que pueden mostrar comportamientos considerados inteligentes. En otras palabras, la IA es el concepto según el cual las máquinas piensan como seres humanos. (Salesforce Latinoamérica, 2017).

Desde una contextualización de los antecedentes históricos de la inteligencia artificial, aparece Alan Turing⁵ quien introduce a la comunidad académica en 1936 el término de algoritmo en su ensayo *Computing Machinery and Intelligence*, publicado en 1950. Luego, solo hasta 1956 el término inteligencia artificial fue empleado en la conferencia *Dartmouth Summer Research Conference on Artificial Intelligence* (2006).

En esta conferencia, realizada en Estados Unidos, los científicos *L. Minsky*, *John McCarthy*, *Hebert Simón* y *Allen Newell* presentaron un programa de ordenador, denominado *Logic Theorist*

5 Creador en 1950 del *Test Turing* aplicado desde entonces para evaluar a los sistemas de inteligencia artificial.

(McCorduck, 2004) que emulaba características propias del cerebro humano. Este programa es considerado el primer sistema de inteligencia artificial, que fue capaz de demostrar los teoremas sobre lógica matemática, estos fueron expuestos en los tres volúmenes de los *Principia Mathematica* de Alfred N. Whitehead y Bertrand Russell en 1910 hasta 1913. Por su parte, los profesores Marvin L. Minsky y John McCarthy, fundaron más tarde el laboratorio de inteligencia artificial del *Massachusetts Institute of Technology*.

A partir de esas primeras concepciones de la inteligencia artificial, el uso de esta innovación tecnológica ha tenido múltiples implicaciones en diversos campos científicos y de producción como la medicina, la ingeniería, la matemática, la robótica, la electrónica, la propia informática, el sector de alimentos comestibles, manufacturero, de automóviles, combustibles y en casi cualquier sector de productividad industrial en masa.

1.2. Acerca de su funcionamiento

El derecho debe familiarizarse con un concepto base de la inteligencia artificial, el concepto de algoritmo, en entender, a este concepto como aquellos elementos que componen de forma estructural y programada los sistemas de inteligencia artificial y que, en palabras del ingeniero Balderrama Vásquez es la aplicación de pasos lógicos, secuenciales y metódicamente aplicados para dar solución a un problema en cuestión. En otras palabras, un algoritmo es una fórmula para resolver problemas (2009, pág. 44), sobre su funcionamiento y *modus operandi*, la empresa desarrolladora de software especializado *Bluumi*, conceptualiza:

La inteligencia artificial está basada en datos y algoritmos que funcionan a partir de ellos mediante el proceso que detallamos a continuación:

Identifica el problema importante, analiza situaciones del pasado y se estudia todas las posibles variables relacionadas con el problema que se quiere analizar, a través de un sistema de estadísticas predice el resultado futuro de ese problema, partiendo siempre de datos conocidos. Una vez el sistema tiene todos los datos, proporciona la solución más factible para el problema. Así, la IA aprende cómo solucionar el problema para la próxima situación similar que encuentre. (Bluumi, 2017)

Ahora, para el desarrollo de esta investigación se entiende que la función del derecho no es estructurar o crear algoritmos, eso corresponde a la ingeniería, robótica y la informática. Para el derecho y su beneficio en la administración de justicia deben centrar su atención en la gestión que los sistemas de inteligencia artificial pueden ofrecer como herramientas procesales. También, cabe recalcar que la mayoría de los mecanismos de inteligencia artificial que existen actualmente poseen un sistema de *black box* o en su traducción, cajas negras, este sistema se ha definido de la siguiente manera:

Proviene de la informática y de la ingeniería. Hace referencia a artefactos o partes de procesos en cuyo detalle interno no reparamos y solo tenemos en cuenta lo que entra o lo que sale: el input y el output. Respecto a lo que pase ahí dentro, puede que no lo sepamos o puede que no nos importe para nuestros fines. Este podría ser un ejemplo visual: alguien que monta un circuito eléctrico y en él coloca condensadores, resistencias, etc., que en este contexto actúan como cajas negras. Importa lo que entra y lo que sale, pero no lo que hay dentro. “Lo que se considere como caja negra depende del punto de vista de cada uno; lo que para un ingeniero puede ser un sistema completo, para otro puede ser solo un componente” (Fanjul, 2018).

Lo anteriormente expuesto acerca del *black box* y la inteligencia artificial, hace prácticamente imposible conocer para la ciencia jurídica la composición o programación de dichos algoritmos, dado, que existen expertos en la materia que pueden llevar y explicar la información procesal pertinente.

Como se ha reiterado, no es tarea del juzgador, ni los abogados litigantes, tampoco de la Fiscalía General de la Nación, conocer la composición interna de los mismos, lo que sí, es muy relevante para el proceso judicial es conocer la calidad epistémica de la información probatoria que se deriven de estos mecanismos de inteligencia artificial y la relación que tenga con los hechos jurídicamente relevantes, es decir, con el objeto de prueba que se quiere demostrar en el proceso judicial.

1.3. Alcance de la inteligencia artificial en el proceso judicial

En cuanto a los usos judiciales de la inteligencia artificial, se tiene su injerencia en diversos campos, pues se aprecia la magnitud e importancia de la implementación de estas plataformas en el proceso judicial. El grupo de investigación encuentra que podrían darse

los siguientes usos que resultan bastante productivos en cuanto al proceso judicial, por parte los sistemas de inteligencia artificial.

Así, el primero será el de gestión procesal de información, el cual es un aspecto relevante y consecuente que justifica el uso de inteligencia artificial⁶, considerando que es difícil dentro de las capacidades humanas que un sujeto almacene todos los datos de un expediente judicial, razón por la que la administración de justicia, ha optado por el uso del expediente digital dado que la introducción de la tecnología lleva un costo, rescatándose de la inteligencia artificial la capacidad de almacenamiento de datos y de selección de datos. Sobre este punto de discusión, la revista especializada en tecnología Byte afirmó que:

Un magnífico ejemplo de cómo inteligencia artificial y almacenamiento están relacionados es que los algoritmos que utilizan los sistemas más modernos, que identifican automáticamente donde debe estar el dato para que sea accesible, para que su almacenamiento y gestión supongan el menor impacto posible en el rendimiento global y, por supuesto, en los costes de las infraestructuras. Dada la enormidad de los datos a manejar, decidir de forma precisa dónde deben residir desborda al ser humano. (Redacción Byte TI., 2019).

En cuanto a la gestión de funciones judiciales de selección y organización, se tiene al modelo piloto *Prometea* en Colombia, que realizó una labor de selección de tutelas de salud que serán revisadas por la Corte Constitucional, al respecto Grenfieth Sierra, director del proyecto ha expresado que:

Su incidencia en la alta corporación sería disruptiva, es decir, el cambio es sustancial. Con *Prometea* ya comprobamos que la Corte mejora en un 900 % en materia de gestión de tutelas sobre salud, significaría que se pueda responder en tiempo real a las solicitudes. Los cambios estarían también en que los jueces contarían con mayor capacidad de análisis, de tiempo y de investigación en las decisiones de fondo. Estos cambios, vuelvo y lo repito, no modifica la decisión del togado, simplemente lo apoya en términos de precisión jurídica. (Rivadeneira, 2019).

Estos mecanismos de inteligencia artificial en una función judicial que pareciere simple como lo es la selección de tutelas que entrarán en conocimiento de la Corte Constitucional, se puede evidenciar

6 Es importante destacar que con la situación sanitaria del *Covid-19* que atraviesa el mundo, se ha incentivado a la digitalización e innovación en plataformas tecnológicas de la administración de justicia en el mundo, Colombia no es ajeno a ello, lo que hace pensar que el mundo cambia y el derecho también dándole paso a la revolución tecnológica de la cual hacen parte las plataformas de inteligencia artificial.

que, a partir de sus funciones, maximiza y garantiza la celeridad procesal de esta labor. Actualmente este sistema ya se implementó con el nombre de *Pretoria*⁷, el cual se espera que cumpla con:

“(…) agrupar, analizar y clasificar información de más de 2.500 sentencias diarias que recibe la Corte, organizándolas por casos similares y criterios priorizados por la Corporación, para que esta pueda identificar los casos más relevantes en su función de fortalecer el precedente judicial y garantizar en última instancia la justicia material.” (Corte Constitucional, 2020).

Cabe agregar que, desde la experiencia colombiana, se tiene recientemente el sistema experto denominado El Juez Inteligente⁸, propuesto por el profesor Orión Vargas Vélez⁹, que permite organizar el razonamiento de la valoración probatoria, mediante un sistema de pasos algorítmicos y probabilísticamente enlazados mediante cadenas de razonamiento, función o como también los denomina su creador, en receta. Esto permitiría al juez inteligente asignarle valor probatorio a las pruebas, asistiendo así al juez natural en el ejercicio de la valoración a través de unos ingredientes y secuencia de pasos lógicos, la razón de esto, es que el juez natural asigna los valores de pertinencia y credibilidad a las pruebas, acorde a la pretensión del proceso y el juez inteligente lo que hace es calcular el peso probatorio en individual y en conjunto de acorde a lo regulado por el Código General del Proceso. (Vargas Vélez, 2020).

Finalmente, con este panorama tanto judicial, como académico se puede afirmar que la inteligencia artificial produce gran utilidad a la decisión judicial y a la misma actividad litigiosa, sirviendo como un mecanismo de producción probatoria, por ello, su capacidad algorítmica para la resolución de problemas, gestión de información y toma de decisiones, podría producir también conocimiento valorable en el proceso judicial, que sirva como fundamento para la toma de la decisión y en consecuencia para el otorgamiento de un derecho. Este es el principal tema de investigación que se aborda, puesto que genera múltiples interrogantes a la hora de compatibilizar este esce-

7 La plataforma cuyo nombre se inspira en el auxiliar de la justicia romana “Pretor” (Corte Constitucional, 2020)

8 También denominado este sistema como el asistente sinérgico para el juez. (Juez Inteligente (sistema experto), 2021)

9 La explicación y fundamentación de este proyecto fue ponencia en el Congreso Internacional XIII Internacional de Derecho Procesal de 2020 de la Universidad de Medellín, donde se dio a conocer por primera vez la receta del juez inteligente. A su vez, el desarrollo que se ha expuesto de este sistema en el canal académico de YouTube del profesor Orión Vargas Vélez.

nario con el régimen probatorio del proceso penal ¿cómo se aduce? ¿cómo se admite? ¿cómo se valora? y ¿qué requisitos deben suplirse para cada una de las etapas procesales? Estas preguntas pasarán a ser abordadas en los próximos acápite.

2. La inteligencia artificial y el Derecho Probatorio

2.1. La inteligencia artificial como prueba

Ver la concepción de la inteligencia artificial como prueba, es también tener en cuenta que la prueba en lo fáctico es fuente de conocimiento, es decir, en el mundo de los hechos, es acción, es verbo y es actividad (Ramírez Carvajal, 2019) por ello, en la actualidad como pioneros en la utilización investigativa de tecnología de inteligencia artificial, se encuentra el programa al servicio policial *Veripol*¹⁰ creado en España, que se encarga de detectar la falsedad de las denuncias analizando variables a partir de una base de datos con denuncias ficticias y teniéndose en cuenta las denuncias entrantes, en las cuales realiza un cotejo de características, allí el algoritmo de forma matemática, probabilística e investigativa, decidirá sobre la falsedad de la noticia criminal y como consecuencia, su rechazo.

Con respecto a lo anterior, analistas del programa mencionado, como Lara Quijano, investigadora en la Universidad Autónoma y parte del Instituto Big Data de la Universidad Carlos III de Madrid, manifestó:

Empezamos a trabajar hablando con expertos de la Policía, entrevistándolos y viendo qué patrones podríamos sacar para automatizar lo que hacían algunos policías, que eran muy buenos detectando mentiras, e intentamos imitarlos, para tal fin, utilizamos técnicas de procesamiento del lenguaje natural, y luego hicimos el análisis con algoritmos de la inteligencia artificial y conseguimos sacar los patrones, vimos que había patrones claros: la gente, cuando mentía, mentía siempre igual. Citado en (Kolostúshkina, 2018).

10 Actualmente, el sistema de inteligencia artificial Veripol atraviesa por múltiples críticas de diferentes ópticas, específicamente, el impacto social y ético del mismo. Entre esas, se ha destacado que según expertos como Lorena Jaume-Palasi y Baeza-Yates, han afirmado que: i) la cobertura de todo el espacio maestro del lenguaje no está reflejada en el sistema, esto porque no se encuentran agregados todos los múltiples vocablos que se puedan emplear en España al momento de interponer una denuncia, y ii) por lo tanto Veripol requiere unos datos dinámicos, capaces de atender a todo tipo de culturas sociolingüísticas. Ahora, desde el punto de vista ético se ha constatado mediante datos estadísticos que de 100 denuncias Veripol falla en 9, lo que representa un conflicto ético-moral, bastante grave. (García, 2021)

Adicionalmente el grupo de investigación encontró a *COMPAS* un algoritmo que se encarga de recopilar información de perfiles criminales a partir de personas ya condenadas, para crear patrones que busquen predecir la criminalidad y su reincidencia. Sobre este sistema de inteligencia artificial, explica el doctrinante Jordi Nieva Fenoll que este algoritmo intenta predecir las tendencias criminales de las personas en diferentes tipos de delitos. Para poder predecir esta información tiene en cuenta 137 ítems. (Nieva Fenoll, 2018, pág. 69).

Algunos de estos ítems son: Si algún miembro de la familia ha cometido un crimen o ha sido arrestado, si la vivienda está ubicada en un barrio peligroso, el historial académico y laboral, criminalidad en la zona de residencia, capacidad de compromiso y honestidad o franqueza en la vida cotidiana, consumo de drogas o alcohol, antecedentes de condenas o la situación financiera. No obstante, siendo estas variables conflictivas, este mecanismo de inteligencia artificial se ha empleado de forma gradual y con niveles de aceptación judicial en Estados Unidos, pero ello, no significa, que se deban hacer varias acotaciones sobre esta innovación tecnológica, las cuales la hace sumamente criticable en su aplicación judicial y debido a su nula contrastación epistémica se hace inaplicable en un sistema procesal y probatorio como el colombiano.¹¹

La siguiente tecnología analizada, es una herramienta que empezó a utilizar *Marinus Analytics*, mediante la plataforma de Inteligencia artificial de *Amazon Rekognition*, llamado *Traffic Jam Search* compañía que se dedica a investigar y buscar herramientas derivadas de la inteligencia artificial que puedan dar información judicialmente relevante (*Marinus Analytics*, 2020) de la cual se encontró que ha mostrado los siguientes avances:

11 A criterio de la presente investigación, *COMPAS* entra en conflicto con las disciplinas de la criminología al crear perfiles delictivos sin mayor información más allá de un cuestionario de preguntas sin analizar variables que realmente pudieran determinar la delictualidad. Asimismo, se encuentra que el algoritmo en ciertos casos incurre en sesgos raciales, lo que no me permite que una predicción del delito objetiva. También, desde la teoría del delito al rozar de forma muy cercana los límites del derecho penal del enemigo o derecho penal de autor, y por ultimo desde el aspecto procesal-probatorio la idoneidad y validez probatoria de dichas conclusiones que genera *COMPAS*, son muy discutibles dado que su utilización tiene una relación muy débil con los hechos jurídicamente relevantes que pudieran darse en un caso concreto, pues no tendría sustento en audiencia preparatoria, puesto que, sería argumentar ante un juez de conocimiento algo en sede de audiencia preparatoria, algo como: su señoría, esta información es pertinente, útil y conducente pues el procesado cumplió con 70 ítems de los 137 del cuestionario de *COMPAS*. El anterior ejemplo esperamos que nunca suceda, ¿se imaginan una argumentación así de la prueba?, es impensable en un sistema de valoración racional de la prueba.

Marinus Analytics utiliza inteligencia artificial, como Amazon Rekognition, para proporcionar a las agencias herramientas que les ayuden a identificar y encontrar víctimas, Rekognition potencia Traffic Jam a través de una función de reconocimiento facial llamada Face Search, con esta herramienta, los investigadores ahora pueden ahorrar un tiempo invaluable al usar el análisis de imágenes para buscar automáticamente en millones de registros en segundos. Esta es una mejora significativa en comparación con los métodos que los investigadores tendrían que usar sin Traffic Jam. (Larsen, 2018).

Con respecto a ello, desde la experiencia española y anglosajona, los cuales son sistemas que no son tan ajenos a la dogmática penal y el sistema penal acusatorio en Colombia, en la mayoría de los casos, ha agilizado eficientemente en la aplicación de la administración de justicia. Debido a que su celeridad en la sistematización de datos y la certeza de sus conclusiones probatorias ha contribuido a un menor desgaste jurisdiccional, lo cual repercute en una celeridad procesal sin precedentes, producto de la cuarta revolución industrial que cambiará la perspectiva en todos los ámbitos la vida humana, incluido el derecho.

Para concluir, el estudio de plataformas de inteligencia artificial, que pueden llegar a tener implicaciones probatorias en un proceso judicial, permite afirmar la cercanía del campo de la prueba judicial con relación a los sistemas de inteligencia artificial.

2.2. ¿Medio de prueba típico o atípico?

En este acápite de la investigación, hay que recalcar que el tratamiento en casos concretos de medios de prueba derivados de la inteligencia artificial, que puedan admitirse, decretarse y practicarse en un proceso penal colombiano, será el tratamiento de prueba pericial debido a que esta innovación no puede considerarse un testigo que va a la audiencia y se somete a la práctica probatoria, tampoco podrá considerarse un documento, dado que si bien esta produce información a través de documentos, la inteligencia artificial no es en sí el documento.

Ya que, al tratarse de una disciplina innovadora que está teniendo repercusiones judiciales a nivel global, y que su aplicación depende primero, de una persona que dirija el funcionamiento del

sistema y segundo esta misma tenga la calidad de testigo de acreditación que explique la información derivada del sistema.

En este orden de ideas, las innovaciones tecnológicas que se están aplicando hoy en día aun no tienen la autonomía y suficiencia explicativa para catalogarse como medio de prueba independiente, pues las conclusiones que provengan de la inteligencia artificial requerirán pericia, pues aún no ha alcanzado tal autonomía que permita inferir que sí la prueba proviene de un sistema de inteligencia artificial, se tenga como probado el hecho y tampoco la posibilidad de que el sistema de inteligencia artificial fuere interrogado en la práctica de la prueba, por lo tanto, se concluye que todo medio de prueba derivado de la inteligencia artificial será típico mediante la tipología de la prueba pericial, pero no una prueba pericial cualquiera, como se verá a continuación en el desarrollo investigativo.

3. Régimen probatorio del proceso penal en Colombia

3.1 Libertad Probatoria

En el proceso penal colombiano se contempló en su régimen probatorio, la posibilidad de que las partes tengan libertad de prueba con los medios que consideren apropiados para su teoría del caso, siempre que estos medios de prueba estén contemplados por el ordenamiento jurídico, el Código de Procedimiento Penal ha previsto esta libertad probatoria, así *los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.* (Ley 906, 2004).

3.2 La prueba pericial en Colombia

A partir de la llegada de la prueba científica al proceso judicial, con el fin de aclarar o demostrar ciertos hechos jurídicamente relevantes, a través las conclusiones que arrojan los métodos científicos aplicados en distintas disciplinas, punto en el que es posible adentrar una revolución tecnológica en el derecho, tanto así que los jueces de muchas partes del mundo ya son conscientes de ello. Pero

llevar al mundo del conocimiento científico al proceso, no es una tarea fácil. (Simons Pino, 2019).

De dicha revolución técnico-científica, la legislación colombiana innovó y dentro de sus modificaciones legales, específicamente, en materia procesal penal, la prueba pericial, que se realiza mediante un dictamen que se sustenta en juicio oral por el perito, y expone un conocimiento especializado o técnico que pretende demostrar un hecho de disputa en el litigio.

En Colombia, mediante el Código de Procedimiento Penal se introdujo este medio de prueba como una revolución y novedad probatoria, como diversos autores lo exponen (Peláez Mejía & Sanabria Villamizar, 2017). Por su parte, el Código de Procedimiento Penal lo enuncia así:

“Artículo 405. Procedencia. La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran de conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio.” (Ley 906, 2004).

Por último, aún cuando existe una disimilitud en las posturas jurisprudenciales en Colombia en torno a la prueba pericial, para efectos de esta investigación se acoge la postura de que esta prueba pericial se compone por el informe pericial y la declaración del perito en audiencia de juicio oral, ya que el informe por sí solo constituiría prueba, sino que su valoración sería en conjunto con lo dicho por el perito. (Peláez Mejía & Sanabria Villamizar, 2017, pág. 122)

4. La Prueba Novel en Colombia

Una vez aproximado el concepto de prueba pericial, se deriva la prueba novel, esta se puede denominar una especie o subgénero de la pericial, pues se distingue que la prueba novel posee una base científica novedosa la cual debe acreditarse bajo la aceptación y fiabilidad que la comunidad científica le otorgue a dicha ciencia novel o también llámese novedosa.

4.1.1. En la Ley

La prueba novel se encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano con la ley 906 de 2004 en su artículo 422. Sobre la

admisibilidad de publicaciones científicas, que establece los criterios para su admisión en la práctica de la prueba –la parte que la solicite deberá satisfacer alguno de ellos y no todos en conjunto-, siendo los siguientes: Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada, que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica, que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial, que goce de aceptabilidad en la comunidad académica. (Ley 906, 2004).

4.1.2. En la jurisprudencia

En la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia acerca de *Prueba Novel*, se complementó el entendimiento del artículo 422 del Código de Procedimiento Penal de la siguiente manera:

“(i) la opinión se soporta en áreas del conocimiento poco difundidas, (ii) frente a las mismas no existen consensos consolidados, (iii) los procedimientos que sirven de soporte a la conclusión no están suficientemente estandarizados, etcétera.” (Sentencia 50637, 2018).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia en la misma providencia, hace alusión a lo que debe rendir el perito en audiencia, así:

“El perito debe explicar la relación que existe entre la base técnico-científica y la base fáctica, lo que incluye la determinación de si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza. De igual forma, debe sustentar por qué el caso objeto de opinión encaja en las reglas técnico-científicas que ha explicado.” (Sentencia 50637, 2018).

En conclusión, la postura de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto de la prueba novel destaca su valor técnico científico, teniendo en cuenta la fiabilidad y aplicabilidad según los criterios del artículo 422 del C.P.P., recalando la Corte que, estos proceden siempre que sean ciencias o técnicas novedosas, y que no exista una estandarización en sus métodos, además el perito deberá fundamentar sus técnicas investigativas en probabilidad o certeza respecto de la ciencia que analiza, con la finalidad de que el juez valore en sana crítica la calidad epistémica de lo expuesto por la prueba novel.

4.1.3. En la doctrina

Destáquese que ley 906 de 2004 adopta los criterios del *Test Daubert*, que son tomados de la jurisprudencia norteamericana, tras plantearlos como criterios de recomendación en el caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals* en 1993, con el fin de tener un mayor control judicial en las pruebas periciales allegadas al proceso y así analizar la admisibilidad de la misma, teniéndose como aspectos meramente objetivos que buscan conocer los fundamentos y sustentaciones en las que se basan las afirmaciones del experto. Dichos criterios son acogidos también por la doctrina de la teoría general de la prueba, y sus críticas, por ejemplo, como la de la profesora Carmen Vázquez, que manifestó de cada criterio, en síntesis, lo siguiente:

Primero, que, respecto al criterio de fiabilidad, considera la profesora que no todo lo científico es fiable, este criterio es graduable. Segundo, en cuanto a la revisión por pares, se cuestionó como el juez puede llegar a saber si el conocimiento fue publicado o ha de encontrarse en una revista indexada. Del mismo modo, Carmen Vázquez con el rango de error, consideró que la acreditación del perito no es suficiente para analizarla, pues toda técnica tiene un rango error. Por último, en el consenso de la comunidad científica criticó que no todos los jueces tienen la capacidad de entender la relevancia entre quienes hacen parte de las comunidades expertas y las comunidades académicas. (Vázquez, 2017).

Los criterios de valoración de la prueba se predisponen como esenciales en el ejercicio de la valoración de las pruebas de carácter novel, ya que, mediante los criterios de la *Sana Critica* y específicamente, bajo la utilización de las llamadas reglas de generalización científica, es que se realiza el mayor ejercicio valorativo sobre estos medios de prueba. Sobre su aplicación práctica en el proceso –en lo atinente al juicio de admisión y valoración–, sus premisas son X tiene validez científica o X está científicamente probado, lo que entonces ha suscitado discusión en la comunidad académica, al suponer que esto da por entendido que el conocimiento al tener carácter científico, es certero, por lo que la tarea del juez ha de consistir en hacer congruente la idea de que, pese a que el conocimiento científico es

quizá el mejor que tenemos, tanto ese conocimiento como su aplicación son falibles. (Vázquez Rojas, 2014).

También respecto al carácter novel, la doctrina nacional colombiana lo ha definido como la evidencia cuya fuerza de convencimiento radica en principios novedosos de la ciencia, matemática o técnica que se hacen comprensibles porque un experto explica los datos, resultados o principios en los que reposa su confiabilidad como prueba. (Granados Peña, 2005).

En conclusión, se debe hacer énfasis en que la prueba novel según la posición doctrinal internacional y nacional, reviste un carácter científico reforzado a diferencia de su prueba *sui generis*, la prueba pericial. En la medida, en que, tiene una base técnico-científica que ha sido poco usada o puesto en práctica en los contextos o judiciales, por lo que, es una tarea argumentativa por parte del solicitante de las mismas, cumplir en mayor medida con los criterios que internacionalmente se han conocido como el “*Test Daubert*”, los cuales vienen a dar peso argumentativo respecto a la pertinencia, utilidad e idoneidad de la utilización de estos medios de prueba poco usuales en el plano del proceso judicial, pero sobre todo en el plano de la prueba judicial.

5. Propuesta interpretativa sobre el estándar de admisión y valoración de la prueba pericial derivada de los sistemas de inteligencia artificial

A continuación, en este tramo del trabajo investigativo bajo una percepción interpretativa de la normativa que regula la pericia novel, dilucidaremos los criterios de la *sana critica* que el Juez deberá apreciar en el juicio de admisibilidad y valoración probatoria, primero, a la hora de ordenar su práctica en juicio y posteriormente para valorarla en la asignación del valor o quantum probatorio en individual y en conjunto de la respectiva motivación de la sentencia.

5.1. Criterios de admisibilidad

La admisibilidad de la prueba que se deriva de los sistemas de inteligencia artificial tendrá satisfacer la pertinencia, utilidad y con-

ducencia de la misma que fue descubierta en audiencia preparatoria, de manera que deberá soportarse en alguno de los criterios que establece la norma, artículo 422 del Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia reciente.

A su vez, estas pruebas de inteligencia artificial deberán cumplir con los criterios de legalidad y licitud mínima respecto al **debido proceso probatorio**¹², puesto que, en caso contrario, se aplicará la regla de exclusión, debido a que, no es concebible desde una visión racional y garantista de la prueba, la adopción de novedosos criterios de admisión de evidencia ilícita creados en el derecho comparado y que han tenido como base la finalidad disuasiva de la cláusula de exclusión. (Sanabria Villamizar, 2014)

5.2. Criterios de valoración.

Referente a la valoración de la prueba novel, se afirma que se ciñe bajo los mismos presupuestos de apreciación probatoria de la prueba pericial, pero es importante hacer énfasis en que las críticas de valoración probatoria y de legalidad tienen que estar dirigida hacia la prueba pericial y no contra el informe pericial (Sanguino, Peláez, & Mora, 2019, pág. 70). Por ende, dicha valoración se divide en dos aspectos, el primero de carácter subjetivo enfocado en las calidades profesionales del perito, y el segundo de carácter objetivo, sobre la idoneidad epistémica y la suficiencia científica de la prueba novel que se ha llevado al caudal probatorio.

Así entonces, el juez durante la valoración de la prueba novel deberá cotejarla bajo los postulados las reglas de la ciencia, que se encuentran constituidas por el conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento sistemáticamente estructurado, del que se deducen principios y leyes generales (Guía de estándares jurisprudenciales sobre conceptos acusatorios, 2017).

Las reglas de apreciación de la prueba pericial que el código de procedimiento penal establece en su artículo 420, así:

12 Terminología muy común desde la academia del proceso y la prueba contemporánea de la Universidad de Medellín.

- i. la idoneidad técnico-científica y moral del perito,
- ii. la claridad y exactitud de sus respuestas,
- iii. su comportamiento al responder,
- iv. el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito,
- v. los instrumentos utilizados.
- vi. la consistencia del conjunto de respuestas.” (Ley 906, 2004).

De esta manera, la valoración del juez de las pruebas periciales deberá tenerse en cuenta los criterios técnicos científicos de la sana crítica y las reglas de apreciación que el mismo Código de Procedimiento Penal establece, pues por medio de ellos, es que, se establecerá si tienen la suficiencia probatoria para demostrar los hechos objeto del litigio o no.

5.3. Proposición interpretativa: un check list para la admisión y valoración de la prueba pericial derivada de la inteligencia artificial

Cuadro 1 un check list para la admisión y valoración de la prueba pericial derivada de la inteligencia artificial:

Paso uno: etapa de admisión de la prueba en audiencia preparatoria	
<p>La prueba producida mediante inteligencia artificial debe ser pertinente, debe estar directa o indirectamente relacionada con los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores o dirigirse a la credibilidad de alguno de los testigos.</p> <p>Seguido, las partes deberán argumentar para la admisión, algunos de los criterios del artículo 422 del C.P.P, orientados a la carga argumentativa de fiabilidad científica de la prueba novel, en consecuencia, deberá también satisfacer los criterios intrínsecos de la prueba: conducencia, utilidad, licitud y legalidad.</p>	<p>En caso positivo: satisfecho lo anterior, el juez procederá al decreto de la prueba novel derivada de la inteligencia artificial. Este deberá verificar que no proceda alguna causal de inadmisión del artículo 376 del C.P.P.</p> <p>En caso negativo: de no cumplirse algunos de los criterios expuestos, no será admitida la prueba, <i>so pena</i> de exclusión, al tratarse de ilicitud o ilegalidad.</p>

Una vez decretadas las pruebas en audiencia preparatoria, se procede a:

Paso dos: etapa de juicio oral y la práctica de la prueba	
<p>✓ Tratándose de inteligencia artificial ocurre algo particular: la prueba derivada de estos sistemas, se practica bajo las reglas de producción del documento, este debe ser incorporado, y a la vez, debe practicarse el peritaje que soporte la acreditación del mecanismo de inteligencia artificial que produjo la conclusión ya incorporada, una vez se surta el interrogatorio y contrainterrogatorio al perito, según el artículo 417 del C.P.P.</p>	<p>✓ Debe tenerse en cuenta que, en el proceso penal, el informe pericial no es <i>per sé</i> la prueba pericial; puesto que esta la constituye el dicho propio del perito, por otro lado, el documento que pueda incorporarse solamente establecerá las bases científicas que sustentan la opinión del perito.</p> <p>✓ Deberá practicarse con el cumplimiento de las reglas de producción del documento: Artículos 424 al 434 del C.P.P.</p>

Luego de practicadas las pruebas, el juez procede a:

Paso tres: valoración de la prueba	
<p>✓ La valoración de la prueba será a partir de las reglas de la ciencia, las cuales, tendrán en cuenta lo dicho por el perito que sustenta las conclusiones a las que ha llegado a la plataforma, su idoneidad epistémica, científica y la fiabilidad del mismo. Además, se deberá respetar las reglas de producción de estos medios de prueba, respectivamente Arts. 383 y subsiguientes, 405 y ss., 420, 422 del C.P.P</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ En últimas, valorar una prueba producida por inteligencia artificial, requerirá del juzgador la aplicación concomitante de <u>los criterios de valoración en sana crítica</u>: pues deberá en la motivación final de la decisión en la que resuelve el objeto del litigio –en materia de proceso penal, la culpabilidad- contrastar el perito, la pericia y su relación con principios técnico científicos, para así determinar su fiabilidad y peso probatorio. 	<p>✓ Para tener en cuenta respecto al razonamiento probatorio: Ahora, tratándose de valoraciones de carácter libre de la prueba, es decir, de la apreciación de los criterios [que responden a la pregunta cómo valorar] los cuales orientan la decisión del juez sobre la fiabilidad de estas pruebas, pero no quiere decir, que se haya generado una tarifa legal probatoria [que responde a la pregunta con qué debía probarse un hecho]</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <u>La diferencia es sustancial:</u> los criterios de valoración tienden a racionalizar el libre ejercicio del juzgador para la asignación del peso y el valor probatorio, que motivan la decisión de fondo en la sentencia, mientras que la tarifa legal, por el contrario, elimina los escenarios de libertad al juzgador para la valoración de la prueba.

Fuente: Autoría propia.

6. Conclusiones

1. La pandemia originada por el *Sars-Cov-2*, aceleró el proceso de digitalización e innovación en la administración de justicia en el mundo, Colombia no es ajeno a ello, lo que hace pensar que el mundo cambió y el derecho también, dándole paso a la cuarta revolución industrial y tecnológica de la cual hacen parte las plataformas de inteligencia artificial, como lo es, el sistema *pretoria* utilizado en la Corte Constitucional de Colombia, proyecto en que fue gran participante la academia de la Universidad del Rosario.

2. La inteligencia artificial es una tecnología derivada de la cuarta revolución industrial, innovación en la cual el proceso judicial debe participar, con la finalidad de maximizar la celeridad y eficiencia procesal, que contribuyan al menor desgaste jurisdiccional, en pro de una garantía mayor de la tutela judicial efectiva.

3. En Colombia desde la academia, más específicamente desde la Universidad de Medellín, el profesor Orión Vargas Vélez ha propuesto la implementación de un “juez inteligente” que ayude y sirva de apoyo al juzgador en la asignación del valor y el peso probatorio en individual y en conjunto de la motivación de las pruebas en la sentencia, dicho proyecto lo hizo público en el Congreso Internacional XIII Internacional de Derecho Procesal del 2020 de la misma Universidad, aporte en el cual sigue trabajando y dando a conocer mediante sus redes sociales y canal de YouTube.

4. La composición de la inteligencia artificial se constituye a partir de algoritmos, los cuales, son un conjunto de procedimientos programados que buscan tomar una decisión; debe resaltarse que la función del derecho no es diseñar algoritmos, sino buscar el mayor beneficio de estos sistemas en la administración de justicia y el litigio para la gestión de procesal de las pruebas.

5. En el régimen probatorio penal colombiano, al contemplarse la libertad probatoria, resulta compatible que se permitan pruebas periciales derivadas de inteligencia artificial. Además, el código de procedimiento penal colombiano, en su artículo 422 positivizó criterios de las cortes norteamericanas, es decir, el *Test Daubert*, con la intención de que sean un filtro a la información científica novedosa

que se quieran llevar al campo del proceso judicial con miras a lograr pruebas científicas más fiables y novedosas.

6. Ahora, como se analizó en el desarrollo de la investigación, la prueba a partir de la inteligencia artificial debe catalogarse como prueba pericial debido a la imposibilidad de que sea testigo, además de que esta produce su información mediante documentos sin ser el documento en sí, siendo las reglas de producción propicias, las de la prueba *novel*.

7. La prueba producida por inteligencia artificial debe ser valorada, criticada y razonada, esto quiere decir que no sustituye al juzgador en ninguno de los escenarios posibles; sino que se convierte en un reto epistémico del siglo XXI, consistente en racionalizar los criterios de valoración para la información producida por una *inteligencia superior*.

8. Se planteó dentro de la proposición final de la investigación, la aproximación teórico-interpretativa de que la prueba derivada de inteligencia artificial, tenga el mismo tratamiento que la prueba pericial *novel* en el contexto proceso penal de la Ley 906 del 2004, en este orden de ideas, lo que se propone genera un impacto jurídico en la medida en que se plantea a través, del “*check list*” una metodología de la admisión, práctica y valoración de la prueba *novel* derivada de la inteligencia artificial, contribuyendo así significativamente al debido proceso probatorio de estos medios de prueba.

9. Debido a su sistema *black box* –la imposibilidad de saber su composición algorítmica interna-, y al tener un carácter ajeno al derecho no es tarea del juez, de los abogados litigantes o de la Fiscalía General de la Nación, tener un conocimiento avanzado sobre los sistemas de inteligencia artificial. Lo que sí es muy relevante, para el proceso judicial es conocer la calidad epistémica de la información probatoria que generaren estos sistemas y la relación que tenga dicha información con los hechos jurídicamente relevantes, es decir, con el objeto de prueba que se quiere demostrar en el proceso judicial, utilizando para tal finalidad, la figura de la *prueba pericial novel*.

10. Del *check list* propuesto se puede concluir que este en su implementación tendrá en el norte de su aplicabilidad a la valo-

ración racional de la Prueba como dirían los referentes del razonamiento probatorio moderno, los profesores Jordi Nieva Fenoll, Jordi Ferrer Beltrán, Carmen Vásquez y Michele Taruffo, que sea una valoración que no podrá depender de corazonadas o subjetividades del juzgador (Laudan, 2013). Pues ante el inicio de la revolución industrial y tecnológica, nuestros jueces deben tener los insumos jurídicos mínimos (que permitan asignar *fiabilidad*) para poder admitir y valorar estos medios de prueba novedosos, para de ese modo, minimizar a escala nula la utilización de apreciaciones personales o individuales del juez, apreciaciones que al final producto del desconocimiento de la entrada de múltiples campos científicos y novedosos al campo del Derecho.

REFERENCIAS

- Balderrama Vázquez, C. (2009). Metodología de la programación. *Algoritmos*. Obtenido de <https://www.lawebdelprogramador.com/pdf/16909-Tema-2-Algoritmos.html>
- Blummi. (2017). ¿Qué es la inteligencia artificial y cómo funciona? Obtenido de <https://bluumi.net/la-inteligencia-artificial/>
- Clavijo Cáceres, D., Guerra Moreno, D., & Yáñez Meza, D. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho*. Cúcuta: Grupo Editorial Ibañez. Obtenido de http://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/31-08-2017_7b9061_60327073.pdf
- Copi, I., & Cohen, C. (2013). *Introducción a la Lógica*. Ciudad de México: Editorial Limusa. Obtenido de <http://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/copicap1.pdf>
- Corte Constitucional. (27 de Julio de 2020). PRETORIA, un ejemplo de incorporación de tecnologías de punta en el sector justicia. *Boletín Informativo*. Bogotá D.C., Colombia: No. 128. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?PRETORIA,-un-ejemplo-de-incorporaci%C3%B3n-de-tecnolog%C3%ADas-de-punta-en-el-sector-justicia-8970>
- Diccionario de la Real Academia Española. (2020). Concepto de Novel. Obtenido de <https://dle.rae.es/novel>
- Fanjul, S. (10 de Mayo de 2018). Cajas negras y sonámbulos: ¿sabemos lo que hay dentro de la tecnología? *Artículo de Ciencia*. Madrid, España: El País. Obtenido de https://retina.elpais.com/retina/2018/05/04/tendencias/1525453816_399045.html#:~:text=El%20concepto%20de%20caja%20negra,el%20input%20y%20el%20output
- García, J. (8 de Marzo de 2021). VeriPol, el polígrafo ‘inteligente’ de la policía, puesto en cuestión por expertos en ética de los algoritmos. *Artículo de Inteligencia Artificial*. Madrid, España: El País. Obtenido de https://elpais.com/tecnologia/2021-03-08/veripol-el-poligrafo-inteligente-de-la-policia-puesto-en-cuestion-por-expertos-en-etica-de-los-algoritmos.html?ssm=TW_CC
- Granados Peña, J. (2005). La prueba pericial y la prueba novel en el marco del nuevo proceso penal en Colombia. *Revista de Derecho Penal*.
- Kolostúshkina, N. (2 de Noviembre de 2018). VERIPOL: la herramienta de la Policía para detectar denuncias falsas. *RTVe Noticias*. España. Obtenido de <https://www.rtve.es/noticias/20181102/veripol-herramienta-policia-para-detectar-denuncias-falsas/1831344.shtml>
- Larsen, K. (9 de Agosto de 2018). Marinus Analytics fights human trafficking using Amazon Rekognition. *AWS Machine Learning Blog*. Obtenido de <https://aws.amazon.com/es/blogs/machine-learning/marinus-analytics-fights-human-trafficking-using-amazon-rekognition/>
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.

- Ley 906. (1 de Septiembre de 2004). Código de Procedimiento Penal. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.658. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/base-doc/ley_0906_2004.html
- Malpica Velasco, J. A. (2017). Inteligencia artificial y conciencia. *Profesor Titular en el Departamento de Matemáticas de la UAH, en el área de conocimiento Ingeniería Cartográfica, Geodesia y Fotogrametría.*. Obtenido de http://www3.uah.es/benito_fraile/ponencias/inteligencia-artificial.pdf
- Marinus Analytics. (2020). Acerca de Nosotros. Obtenido de <https://www.marinusanalytics.com/>
- Nieva Fenoll, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- Peláez Mejía, J. M., & Sanabria Villamizar, R. J. (2017). Configuración de la prueba pericial en el proceso penal colombiano. *Prolegómenos: Derechos y Valores*, 105-124. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5820617.pdf>
- Ramírez Carvajal, D. M. (2019). La Prueba del hecho fragmentado, una analisis a partir de la responsabilidad medica. *Constitución y hechos en el proceso*.
- Redacción Byte TI. (6 de Mayo de 2019). Inteligencia artificial y almacenamiento: ¿cuál es su relación? *Revista Byte*. Obtenido de <https://revistabyte.es/actualidad-it/inteligencia-artificial-y-almacenamiento/>
- Rivadeneira, J. C. (22 de Marzo de 2019). Prometea, inteligencia artificial para la revisión de tutelas en la Corte Constitucional. *Informe*. Bogotá D.C.: Ambito Jurídico. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/prometea-inteligencia-artificial-para-la>
- Salesfore Latinoamérica. (22 de Junio de 2017). Inteligencia artificial ¿Qué es? *Blog de Salesfore*. Obtenido de <https://www.salesforce.com/mx/blog/2017/6/Que-es-la-inteligencia-artificial.html#:~:text=1.-,Definici%C3%B3n%20de%20Inteligencia%20artificial,m%C3%A1quinas%20piensan%20como%20seres%20humanos%E2%80%9D>.
- Sanabria Villamizar, R. J. (2014). Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia. *Academia y derecho*, 83-110.
- Sanguino, K., Peláez Mejía, J. M., & Mora, H. (2017). Guía de estándares jurisprudenciales sobre conceptos acusatorios. Cúcuta: LEGIS S.A.
- Sentencia 50637. (11 de Julio de 2018). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Patricia Salazar Cuellar*. Bogotá D.C., Colombia.
- Simons Pino, A. (2019). Memorias Congreso de Derecho Procesal. *La prueba científica*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

- The Dartmouth College Artificial Intelligence Conference. (13-15 de July de 2006). The conference had three objectives: to celebrate the Dartmouth Summer Research Project, which occurred in 1956. *The next 50 years*.
- Vargas Vélez, O. (21 de Agosto de 2020). Juez Inteligente (Orión Vargas). *Ponencia presentada en el XXIII Congreso Internacional de Derecho Procesal “Nuevas Dinámicas del Derecho Procesal”*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=Do1PkWLWUJg>
- Vargas Vélez, O. (22 de Enero de 2021). Juez Inteligente (sistema experto). Medellín, Colombia. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=L4wdn-ZepXus>
- Vázquez, C. (31 de Enero de 2017). La prueba pericial en la experiencia estadounidense. *Catédra de Cultura Jurídica*. Universidad de Girona. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=IBJ-bhYVyA8>
- Vázquez Rojas, C. (2014). Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica*, 65-73. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/3150/315031876009.pdf>

Medios alternativos de solución de conflictos y personas con discapacidad

José Caro Catalán¹

Resumen: En este artículo se analiza la idoneidad de los medios alternativos de solución de conflictos para garantizar la tutela de los derechos de las personas con discapacidad. Aunque inicialmente se parte desde una perspectiva internacional, termina enfocando el análisis en el ordenamiento español y, en particular, en el sistema arbitral de discapacidad.

Palabras claves: MASC, arbitraje, discapacidad, acceso a la justicia.

Alternative dispute resolution and persons with disabilities

Abstract: This paper analyses the suitability of alternative means of conflict resolution to guarantee the protection of the rights of people with disabilities. Although the paper starts from an international perspective, it ends by focusing the analysis on the Spanish legal system and, in particular, on the disability arbitration system.

Key words: ADR, arbitration, disability, access to justice.

¹ Universidad de Cádiz. Correo electrónico: jose.caro@uca.es

1. Introducción

El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución española (en adelante, CE) incluye como *prius* lógico el derecho de acceso a la justicia (Moreno Catena, V., 2017, p. 210). Según el Tribunal Constitucional, esta primera vertiente del derecho a obtener una tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales del Estado se concreta “en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas”.

En el plano internacional, el derecho de acceso a la justicia también ha sido ampliamente reconocido. Una muestra de ello la encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que viene señalando que en el contenido esencial del art. 6.1 del Convenio también se comprende el derecho a acceder a la justicia ya que, como puso de manifiesto en el asunto *Golder c. Reino Unido*, “no se puede entender que el art. 6.1 describa en detalle las garantías de procedimiento otorgadas a las partes en una acción civil ya iniciada y deje de proteger aquello que es necesario para gozar de dichos beneficios: el acceso al juez”².

Este derecho está sujeto a una serie de condicionantes que, en determinadas circunstancias, se convierten en auténticos obstáculos para su ejercicio. No es difícil deducir que esos condicionantes –en principio comunes a todos los ciudadanos– son más propensos a transformarse en obstáculos cuando los ciudadanos que pretenden acceder a la justicia se encuentran en una posición de vulnerabilidad. Este es el caso, entre otros colectivos, de las personas con discapacidad (Roca Martínez, J., 2014, p.219).

Según el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGPD), la discapacidad es aquella “situación que resulta de interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

2 TEDH, *Golder c. Reino Unido*, (nº 4451/1970), sentencia de 21 de febrero de 1975, párr. 35.

En este contexto, una barrera es un obstáculo que dificulta o impide, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, el acceso de las personas a algunos de los ámbitos de la vida social. Las barreras pueden ser divididas en varias categorías. Así, se habla de barreras en la movilidad, barreras en la comunicación e información, barreras en el acceso a bienes y servicios; y barreras presentadas por las actitudes negativas hacia la discapacidad (De Asís, R., *et. al.*, 2007, p.66).

Las barreras están presentes en todos los ámbitos de la vida social, también, por supuesto, en la administración de justicia. Por la especial trascendencia que tiene el acceso a la justicia como garante del resto de derechos fundamentales de las personas con discapacidad, los Estados han centrado sus esfuerzos en asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer en igualdad de condiciones el derecho a la tutela judicial efectiva. Muestra de ello es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (en adelante, CIDPD), que en su art. 13, bajo el rótulo de “Acceso a la justicia”, establece que “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”. En esta línea, en el ámbito iberoamericano, merecen ser destacadas las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad aprobadas en el mes de marzo de 2008 en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

Estos textos internacionales comparten una visión amplia del concepto de justicia. Es decir, no solo se centran en garantizar el acceso de las personas con discapacidad a la jurisdicción, sino que también apuestan por la implementación de sistemas alternativos con los que se pueda lograr un resultado equivalente (Aguirre Zamorano, P., Torres Vela, M., 2011, p.9)³. En este trabajo, nos proponemos

3 Según estos autores, el CIDPD “plantea una revisión general de los procedimientos estatales por los que se garantiza el derecho a una tutela judicial efectiva (en el sentido general –proceso civil, penal, administrativo, arbitral etc.). Por ello, no busca garantizar el acceso formal de las personas con discapacidad sino más bien el acceso real”.

analizar cuál es el papel que le corresponden a estos medios alternativos a la hora de garantizar la tutela de los derechos de las personas con discapacidad, prestando especial atención al arbitraje.

2. Los MASC y las personas con discapacidad

Existe una línea de pensamiento que aboga por la transición del modelo de justicia actual, estrictamente procesal y estatalizado, a un modelo integral en el que convivan los sistemas jurisdiccionales públicos y dependientes del Estado con los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos (en adelante, MASC) (Martín Diz, F., 2019, p. 13-42; Barona Vilar, S., 2016, p. 34-55). Este cambio de paradigma llevaría consigo la transformación del derecho a la tutela judicial efectiva –y del derecho a acceder a la justicia– en un derecho más amplio que no se circunscribiría a garantizar el acceso a los juzgados y tribunales del Estado.

Como hemos comentado, algunos textos internacionales parecen avanzar en esa dirección, especialmente en el ámbito de las personas en condición de vulnerabilidad. En el ámbito iberoamericano merecen ser destacadas las reglas 43 y 44 de las Reglas de Brasilia, que conminan a los Estados a impulsar las formas alternativas de resolución de conflictos para aquellos supuestos en los que resulte “apropiado”⁴, exigiendo que antes de la utilización de “una forma alternativa en un conflicto concreto” se tome en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas⁵.

La apuesta por los MASC como instrumento para tutelar los derechos de las personas con discapacidad va en consonancia con el cambio de perspectiva en el modo de entender la discapacidad. Con la superación del modelo médico o rehabilitador y la implantación

4 A este respecto, la regla 44 recoge que “En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto”.

5 La regla 43 establece que “Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia”.

del modelo social, la discapacidad se ha convertido en una cuestión de derechos humanos (Palacios, A., Bariffi, F., 2007, p. 15-18)⁶. Como recoge la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁷, en términos jurídicos este cambio de paradigma supone “el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”.

El fundamento de los MASC se encuentra en la libertad y en la dignidad de las personas como principios configuradores del ordenamiento jurídico (Álvarez Alarcón, A., 2020, p. 23-24). Tal es así, que su imposición, ya sea por vía legal o contractual, puede acarrear una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, esa mayor incidencia y reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad es un presupuesto ineludible para el fomento y el desarrollo de los MASC en este ámbito (Álvarez Ramírez, G., 2013, p. 23-24).

Es cierto que si pensamos en los MASC que pueden ser más apropiados para resolver los conflictos en los que se vean involucradas personas con discapacidad, es posible que el primero que se nos venga a la mente sea la mediación. Por las características que presenta este medio autocompositivo de resolución de controversias, se presenta como un instrumento idóneo para este fin. Sin embargo, en la práctica pueden concurrir una infinidad de circunstancias que imposibiliten la solución del conflicto a través de la mediación u otros cauces autocompositivos. En esos supuestos en los que las posiciones están enconadas, la única alternativa legítima para resolver el conflicto es que un tercero

6 Como explican estos autores el modelo rehabilitador es aquel que tiene por fin primordial “normalizar a las personas con discapacidad, aunque ello implique forjar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa”. En cambio, el modelo social “es aquel que considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales; y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas”. En: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 2007, pp. 15-18

7 Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de julio de 2020.

imponga la solución de forma irrevocable. Y ese resultado, hasta el momento, solo se puede obtener a través de dos formas: acudiendo a la jurisdicción o sometiendo la cuestión a arbitraje.

En la jurisdicción, el rol de tercero imparcial lo desempeña un juez o tribunal al que el Estado atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). En cambio, en el arbitraje, el tercero imparcial es un sujeto al que las partes, directa o indirectamente, encomiendan la labor de dictar un laudo que resuelva su controversia (Gisbert Pomata, M., 2015, p. 22). A pesar de sus similitudes –en ambas se lleva a cabo un juicio jurídico por parte de un tercero imparcial que resuelve la controversia de forma irrevocable–, les separan importantes diferencias que derivan de la falta de *potestas* del árbitro y que conviene tener presentes en este estudio. Las dos diferencias principales son, en primer lugar, que los árbitros no pueden llevar a cabo la ejecución forzosa del laudo y, en segundo lugar, que no se puede someter a arbitraje controversias sobre derechos no disponibles.

Antes de detenernos a analizar las posibilidades del arbitraje en esta materia, debemos dejar clara una idea que nos debe servir de premisa cuando se estudian estos mecanismos no jurisdiccionales de resolución de controversias, especialmente cuando las personas que acuden a él se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Las personas con discapacidad son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva y, por lo tanto, como ha apuntado (López Guerra, L., 2000, p. 37) la obligación del Estado de procurar una tutela efectiva de sus derechos no forma parte de un régimen excepcional derivado de las exigencias del Estado social, sino de la protección general a todos los ciudadanos derivadas del Estado de Derecho.

Con esto queremos decir que la opción por los MASC, aún más cuando hablamos del arbitraje por su naturaleza de equivalente jurisdiccional (Merino Merchán, J. F., 2002), debe ser precisamente eso, una opción. Una opción que sirve al objetivo general de tutelar los derechos de las personas con discapacidad y que se presenta de forma paralela al deber de los Estados de promover las condiciones necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, la implantación de

estos mecanismos en ningún caso se puede utilizar por parte de los Estados como un remedio ante las barreras a las que se enfrenta este colectivocando ejercen su derecho a la tutela judicial efectiva ante los órganos jurisdiccionales del Estado.

Tomando esta idea como punto de partida, estamos en posición de seguir avanzando.

3. El arbitraje como cauce para tutelar los derechos de las personas con discapacidad

Pese a que el arbitraje como institución jurídica tiene un origen remoto (Fernández Buján, A., 2006, p. 199)⁸, en los últimos tiempos ha vivido su época de mayor expansión y desarrollo, gracias en buena medida a su utilización en el ámbito del comercio internacional. Por este motivo, su práctica se ha vinculado a sectores que poco o nada tienen que ver con las personas vulnerables en general, ni con las personas vulnerables en particular (ej. arbitraje comercial internacional, arbitraje de inversiones, arbitraje societario, etc.). No obstante, como vamos a comprobar en este trabajo, el arbitraje es un instrumento versátil y presenta una serie de potencialidades que, en los últimos años, quizás por la predilección de las instituciones europeas por la mediación, están pasando algo desapercibidas (Dávila Fernández, M., 2007, p. 239).

No debemos olvidar que, además de ese arbitraje internacional en el que las grandes corporaciones multinacionales resuelven sus conflictos comerciales, existe en España –y en otros países– arbitrajes sectoriales de naturaleza pública integrados en el seno de la administración. Es el caso, principalmente, del sistema arbitral de consumo⁹ y del sistema de arbitraje de transporte¹⁰. Los sistemas arbitrales de este corte guardan una serie de características –voluntario, gratuito, flexible y confidencial– que pueden ser idóneas para ofrecer una tutela jurídica eficiente a las personas con discapacidad.

8 Según este autor el origen de la institución en el derecho griego y apunta que ya era utilizado en la antigua Roma en el Siglo VIII a.C. En: *Jurisdicción y arbitraje en derecho romano*, Iustel, 2006, pp. 199 y ss.

9 Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

10 Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres.

Esta aparente idoneidad de un sistema público arbitral como mecanismo para tutelar los derechos de las personas con discapacidad no ha pasado inadvertida para el legislador español.

4. El sistema arbitral de discapacidad

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGDPD), en su art. 74, entre las medidas de defensa para garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, prevé la creación de un sistema arbitral para la resolución de las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación. En su apartado primero señala que “previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda”. Si bien, conviene apuntar que la creación de este sistema arbitral no fue una novedad de la LGDPD. El arbitraje como instrumento en defensa de los derechos de las personas con discapacidad ya figuraba en términos idénticos en el art. 17 de la derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante, LIO).

Aparte del mandando al Gobierno para crear e implantar este mecanismo, el desarrollo legislativo del sistema arbitral es mínimo. De hecho, el art. 74 LGDPD solo establece dos exigencias para su desarrollo reglamentario¹¹. En primer lugar, que el sometimiento de las partes al sistema arbitral sea voluntario y conste por escrito, resultado al que, por otra parte, se podría llegar aplicando el régimen general del arbitraje previsto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre,

¹¹ Las mismas que fijaba el art. 17 LIO.

de Arbitraje (en adelante, LA). Y, en segundo lugar, que “los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias”.

Es evidente que la instauración de un sistema arbitral requiere de una regulación más detallada. A tal efecto, la Disposición final decimotercera de la LIO, establecía que “en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno, previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, establecerá el sistema arbitral previsto en el artículo 17 de esta ley”. A pesar de este plazo, el Gobierno no desarrolló reglamentariamente el sistema arbitral hasta tres años más tarde, con la aprobación del Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad (en adelante, RD 1417/2006).

El RD 1417/2006, siguiendo el mandato legal, fue aprobado previa consulta de las comunidades autónomas, de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa y del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, y previo informe favorable del Consejo Nacional de la Discapacidad¹². Con un modelo muy similar al del arbitraje de consumo, el RD 1417/2006 regula un sistema arbitral doblemente sectorial, tanto por el objeto de las reclamaciones, como por los sujetos que pueden acudir a él. Incorporando algunas especialidades relevantes que merecen ser analizadas (Roca Martínez, J., 2014, p. 276).

Ante las dudas planteadas al respecto (Pindado García, F. G., 2020, p. 110), conviene precisar que, pese a la aprobación en 2013 de la LGDPD, este reglamento sigue vigente. La LGDPD en su disposición derogatoria única deja sin efecto “cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión

12 Así lo recoge el preámbulo del RD 1417/2006.

social”, así como las leyes que se integran en él¹³. Como hemos comentado, el RD 1417/2006 es el desarrollo reglamentario del art. 17 LIO, artículo que se incorporó en los mismos términos en el art. 74 LGDPD. Por lo tanto, no cabe interpretar en ningún caso que lo dispuesto en el RD 1417/2006 pueda contrariar disposición alguna de la LGDPD.

Una cuestión diferente es si este sistema arbitral ha llegado a ser efectivamente implantado. El RD 1417/2006 concedía un plazo de seis meses para la creación de la Junta Central de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. Este plazo fue incumplido por la Administración General del Estado, sin embargo, previo requerimiento del Defensor del Pueblo, la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, mediante la Resolución de 2 de diciembre de 2008, nombró a los miembros de la Junta Arbitral Central. Si bien, en el organigrama previsto en el RD 1417/2006, la Junta Arbitral Central tiene atribuida una competencia muy residual, recayendo el peso del sistema en las juntas arbitrales autonómicas. En este ámbito la implantación ha sido muy deficiente. Salvando el caso de la Ciudad Autónoma de Melilla, que en 2008 puso en marcha la junta arbitral de discapacidad incorporándola como sección adscrita a la junta arbitral de consumo, en el resto de autonomías la implantación del sistema ha sido prácticamente nula (Grande Sanz, M., 2018, p. 76-77).

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Defensor del Pueblo Andaluz, en diciembre de 2016 a través de la resolución 16/2259, formuló una queja dirigida a la Dirección General de Personas con Discapacidad de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales en la que solicitaba información “sobre los motivos por los que la Comunidad Autónoma de Andalucía aún no había desarrollado un Sistema Arbitral de carácter autonómico para la resolución de las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación y sobre la existencia de alguna iniciativa en ese sentido y, en tal caso, las previsiones temporales para

13 La disposición derogatoria se refiere expresamente a “a) La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; b) La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; c) La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

su puesta en marcha”¹⁴. Esta sugerencia fue aceptada por la referida Dirección General y el Defensor del Pueblo dio por concluida la queja¹⁵. Probablemente a consecuencia de estas actuaciones, la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, en su art. 13 ha dispuesto la creación de la Junta arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de Andalucía¹⁶. No obstante, a día de hoy no tenemos noticia de la puesta en marcha de este órgano¹⁷.

En el ámbito internacional, la falta de implantación del sistema en España fue denunciada en el año 2011 por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, que en sus observaciones finales del 6º periodo de sesiones declaró su inquietud “por la lentitud del desarrollo y la falta de promoción de este sistema de arbitraje en el plano de las comunidades autónomas, por la falta de información sobre el número de sanciones y por el hecho de que el Estado parte no informa sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento a esa ley”¹⁸.

14 Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 16/2259 dirigida a Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Dirección General de Personas con Discapacidad de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales. (<https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sugerimos-el-inicio-de-un-sistema-arbitral-de-la-discapacidad-en-andalucia>; última consulta: 14/01/2021).

15 Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 16/2259 dirigida a Consejería de Salud, Dirección General de Personas con Discapacidad. (<https://www.defensordelpuebloandaluz.es/quere-mos-conocer-los-motivos-del-retraso-para-implantar-un-sistema-arbitral-de-la-discapacidad-en>; última consulta: 14/01/2021). Esta actuación tuvo cierto eco mediático, *vid.* “El Defensor cierra queja de oficio tras aceptar la Junta “impulsar” el sistema arbitral de discapacidad en Andalucía”, *La Vanguardia*, 6 de mayo de 2017. (<https://www.lavanguardia.com/vida/20170506/422326896561/el-defensor-cierra-queja-de-oficio-tras-aceptar-la-junta-impulsar-el-sistema-arbitral-de-discapacidad-en-andalucia.html>; última consulta: 21/01/2021).

16 Art. 13: “1. La Junta arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de Andalucía es el órgano al que le corresponde la gestión y administración autonómica del sistema arbitral regulado en el artículo 74 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y su normativa de desarrollo.

2. La Junta arbitral es competente para resolver, con carácter ejecutivo y vinculante para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación que afecten al ámbito territorial de Andalucía y no sean competencia de la Junta Arbitral Central de ámbito estatal, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda.

3. La Junta arbitral se adscribe a la Consejería competente en materia de servicios sociales”.

17 A los efectos de esta investigación, se ha contactado con la oficina del Defensor del Pueblo Andaluz para solicitar información acerca de la implantación de este sistema en la Comunidad Autónoma. A la fecha de remisión de este trabajo no hemos recibido respuesta.

18 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2011). Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sexto período de sesiones, 10 a 23 de septiembre de 2011. (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbol-no=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=Sp; última consulta: 17/1/2021).

Ante la ausencia de información oficial acerca de la implantación real de este sistema arbitral, nos hemos dirigido al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, para interesarnos sobre su funcionamiento. El Ministerio, a través de su Oficina de Información y Atención al Ciudadano, nos ofreció la respuesta que transcribimos a continuación:

Una vez que hemos recibido la respuesta de la unidad competente en la materia a la que hace referencia su correo, le informamos que desde la aprobación del Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, el arbitraje en materia de discapacidad no ha tenido una efectiva implantación debido a que ninguna persona, ni física ni jurídica, ha solicitado la adhesión al mismo, ni ha habido demanda de mediación arbitral para la resolución de conflictos. Por su parte, algunas comunidades autónomas han previsto en su legislación un sistema arbitral específico en discapacidad, pero no se ha materializado ningún convenio con la Administración General del Estado, que sería el paso necesario para su puesta en marcha. No obstante, puesto que el sistema se encuentra vigente, cabe la posibilidad de que se active en el futuro¹⁹.

Esta respuesta nos sirve para confirmar nuestras sospechas. El sistema arbitral de discapacidad no está operativo porque no se han constituido las juntas de arbitraje autonómicas que, según el RD 1417/2006, son las encargadas de conocer de la inmensa mayoría de reclamaciones. Por lo tanto, no es que el sistema haya fracasado por falta de uso, sino que este no ha llegado a ponerse en marcha.

Siendo realistas, parece complicado que el sistema arbitral de discapacidad pueda llegar a funcionar algún día. La falta de voluntad política para dotarlo de los medios materiales y personales necesarios para su funcionamiento no es achacable a un territorio o a un determinado partido político, sino a la práctica totalidad de ellos. No obstante, es cierto que la norma sigue vigente y que no es descartable que este sistema arbitral se reactive en el futuro. Por lo tanto, un análisis de sus elementos fundamentales a través del RD 1417/2006 está más que justificado.

19 Respuesta de la Oficina de Información y Atención al Ciudadano recibida el 1/12/2020, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social [expediente: 15356/2020/fe/rg].

4.1. Ámbito de aplicación

El art. 2.1 RD 1417/2006 establece que “serán objeto del sistema de arbitraje regulado en este real decreto las quejas y reclamaciones que surjan en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”²⁰. Así, por inspiración del sistema arbitral de consumo, el RD 1417/2006 regula un sistema arbitral doblemente sectorial, tanto por el objeto de las reclamaciones como por los sujetos que pueden acudir a él (Roca Martínez, J., 2014, p. 276).

En lo que se refiere al requisito subjetivo, el reclamante debe ser una persona con discapacidad. A este respecto, es importante destacar que la ley no exige que se acredite el reconocimiento oficial de la situación de discapacidad, al menos en cuanto a las reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades. Como señala el art. 64.2 LGPD, “las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta ley serán de aplicación a las situaciones previstas en el artículo 63 [vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades], con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad”.

En cuanto al requisito objetivo, el art. 2.1 RD 1417/2006, además de enunciar en términos generales su ámbito de aplicación, incorpora una lista de materias *numerus clausus* a las que necesariamente se deben referir las controversias. Las materias son las siguientes: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes muebles e inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, comercializados directamente a los consumidores como destinatarios finales, que las personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas, profesionales o titulares de establecimientos públicos o privados, fijos o ambulantes, produzcan, faciliten, suministren o expidan, en régimen de derecho privado; e) Relaciones con las Administraciones públicas en el ámbito del Derecho privado.

20 En términos muy similares, el art. 74 LGPD establece que el sistema arbitral resolverá “con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación”.

Tras delimitar de forma positiva el ámbito de aplicación del sistema arbitral de discapacidad, el art. 2.2 RD 1417/2006 excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las controversias sobre las que recaiga cosa juzgada, en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal o concurren indicios racionales de delito. Y, como cláusula de cierre, aquellas cuestiones que no sean de libre disposición conforme a derecho.

Este artículo, en realidad, no es más que una reiteración de la norma general del art. 2.1 LA, que limita la aplicación del arbitraje a las controversias disponibles. Si bien, el art. 2.2 RD 1417/2006 resulta ser algo más pedagógico, ya que no se limita a exigir el carácter disponible de la controversia, sino que además enumera algunos supuestos de indisponibilidad, como es el caso de los procesos en los que deba intervenir el Ministerio Fiscal.

4.2. Organización del sistema arbitral de discapacidad

La vertiente orgánica del sistema arbitral de discapacidad no plantea demasiados problemas. Su composición se sustenta en dos tipos de órganos: las juntas arbitrales de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal; y los órganos arbitrales. Los primeros tienen naturaleza administrativa y los segundos naturaleza arbitral. En este apartado vamos a referirnos únicamente a las juntas arbitrales, dejando el análisis de los órganos arbitrales para el apartado referente a los árbitros.

Las Juntas Arbitrales de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal por razón de discapacidad son los órganos encargados de la gestión y administración del sistema arbitral. El art. 3.2 RD 1417/2006 ordena la creación de una Junta Arbitral Central de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de ámbito estatal, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Familias y Discapacidad. Esta Junta Arbitral es competente para conocer de las solicitudes de arbitraje que se refieran a reclamaciones que afecten a un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma, así como de las reclamaciones que afecten a materias de competencia estatal de ejecución. Como hemos

comentado *supra*, la Junta Arbitral Central se creó en 2007 pero no ha tenido actividad alguna hasta el momento.

Más allá de esta Junta Arbitral Central, que tiene un ámbito de competencia muy reducido, el art. 3.3 RD 1417/2006 prevé la creación de las juntas arbitrales de ámbito autonómico. A tal efecto, el art. 3.3 RD 1417/2006 indica que “en cada comunidad autónoma y en las ciudades de Ceuta y Melilla, se constituirá una junta arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, cuyo ámbito de actuación territorial coincidirá con el correspondiente a aquéllas”. Para la creación de estos organismos, el reglamento exige la celebración de un convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las respectivas comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla²¹.

Las juntas arbitrales, además de las funciones típicas que corresponden a las instituciones de arbitraje –la designación de los árbitros y la gestión y administración de los procedimientos–, tienen asignadas otras funciones. En concreto, el art. 4 RD 1417/2006 atribuye a estas entidades las funciones de fomento del sistema arbitral de discapacidad; la elaboración y actualización del registro de personas físicas y jurídicas que hayan realizado las ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral en su ámbito territorial; la elaboración y puesta a disposición de los modelos de documentos de oferta pública de sometimiento al sistema y el de formalización de dicho sometimiento; la elaboración y mantenimiento actualizado de las listas de los árbitros acreditados; así como la gestión de un registro de laudos emitidos.

El reglamento también se encarga de establecer la composición de las juntas arbitrales. A tal efecto, su art. 5 regula la composición de la Junta Arbitral Central y el art. 6 la de las juntas arbitrales de ámbito autonómico. Aunque la composición no es idéntica, en ambos casos los cargos de presidente y secretario son designados entre el

21 El art. 3.3 RD 1417/2006 *in fine* establece el contenido mínimo con el que deben cumplir estos convenios. En los convenios de colaboración “se fijará el ámbito funcional y las demás condiciones de funcionamiento de las juntas arbitrales. Asimismo, se fijarán, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda, los honorarios de los árbitros y las compensaciones económicas que procedan, en su caso, para los integrantes de las juntas arbitrales y de los colegios arbitrales a que se refiere el artículo 12, para lo que será de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio”.

personal al servicio de las administraciones públicas competente, y los vocales son nombrados a propuesta de las organizaciones representativas de las personas con distintos tipos de discapacidad y por las organizaciones de carácter económico sin ánimo de lucro más representativas en el ámbito de la competencia de la Junta Arbitral.

4.3. El convenio arbitral

El convenio arbitral es la piedra angular de todo arbitraje (Cremades, B., 2006, p. 185). A través de él se plasma la renuncia transitoria a plantear una determinada pretensión ante los tribunales de justicia y su consiguiente sumisión a arbitraje. De ahí que se haya dicho que su virtualidad va más allá de la de un mero contrato, al ser el “origen y la causa legitimadora de la exclusión inicial de la jurisdicción” (Almagro Nosete, J., 2008, p. 526).

En el sistema arbitral de discapacidad, en línea con otros sistemas similares, el convenio arbitral se suscribe a través de un proceso de oferta pública. De esta forma, el art. 7 RD 1417/2006 establece “las personas, físicas o jurídicas, de carácter privado que importen, produzcan, suministren o faciliten entornos, productos, bienes y servicios a las personas con discapacidad podrán efectuar oferta pública de sometimiento al sistema arbitral” en su ámbito territorial respecto de futuras controversias encuadrables en el ámbito de aplicación del reglamento (*vid. supra*)²².

Esta oferta pública debe cumplir, según el art. 7.3 RD 1417/2006, con los siguientes requisitos: a) Sometimiento expreso por escrito al sistema arbitral regulado por el presente real decreto; b) Ámbito de la oferta; c) Compromiso de cumplimiento del laudo arbitral; d) Plazo de validez de la oferta –en caso de que no conste este requisito la oferta se entenderá realizada por tiempo indefinido–. A esta oferta que, como es lógico, queda supeditada a su aceptación o rechazo por parte de la junta arbitral competente (art. 7.4 RD 1417/2006), se puede renunciar de la forma prevista en el art. 8.1 RD 1417/2006, con efectos a partir de los treinta días naturales de su comunicación a la junta arbitral.

22 En este mismo artículo, se introduce un inciso para permitir que las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, así como las organizaciones de carácter económico, puedan formular también oferta pública de sometimiento (art. 7.1 RD 1417/2006).

Con la aceptación de la oferta pública por parte de la Junta Arbitral, el art. 9.2 RD 1417/2006 prevé la concesión de un distintivo oficial de adhesión al sistema arbitral de discapacidad, que puede ser retirado por la concurrencia de alguna de las casusas previstas en el mismo artículo. Por último, el reglamento ordena la creación de un Registro Central de ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral de discapacidad (art. 10 RD 1417/2006).

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que la oferta pública por definición únicamente expresa el consentimiento de sumisión a arbitraje de la parte que la emite, que en este caso será la persona física o jurídica de carácter privado que importe, produzca, suministre o facilite entornos, productos, bienes y servicios a las personas con discapacidad, que se quieran adherir a este sistema (art. 7.1 RD 1417/2006). Para que exista convenio arbitral válido es imprescindible que la persona con discapacidad o su representante legal preste también su consentimiento para someter la controversia a arbitraje. El RD 1417/2006 no prevé ninguna forma especial para ello, por lo que debemos entender que el consentimiento se presta tácitamente cuando se presenta la solicitud de arbitraje²³.

Por otro lado, aunque el reglamento tampoco lo especifique, entendemos que también son válidas otras modalidades de convenio arbitral, ya sea como cláusula arbitral incorporada a un contrato o como un acuerdo independiente entre las partes²⁴. Sí prevé el art. 18.3 RD 1417/2006 una modalidad de convenio arbitral particular, cuando establece que “en caso de inexistencia de convenio arbitral previo, se notificará la solicitud de arbitraje al reclamado, dándole un plazo de días hábiles desde el siguiente a la notificación, para la aceptación de la solicitud de arbitraje”. En ese supuesto, “si el demandado contestara aceptando la invitación al arbitraje, el presidente de la junta arbitral acordará el inicio del procedimiento arbitral”, es decir, se habrá celebrado un convenio arbitral válido.

23 El art. 15 RD 1417/2006, dispone que “si existiera oferta pública de sometimiento a arbitraje de derecho, se presumirá, salvo manifestación en contrario, que el reclamante acepta este arbitraje en derecho”. Aunque no se refiere a la sumisión a arbitraje en general, el precepto no sirve para extraer esa conclusión.

24 El art. 24 del Real Decreto 231/2009, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de consumo, establece que “el convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente de las partes”.

4.4. Los árbitros

Por norma general, los arbitrajes celebrados en este sistema arbitral serán de equidad (art. 15 RD 1417/2006). En congruencia con esta regla, el art. 11.2 RD 1417/2006 no exige que los árbitros sean juristas en todo caso. Establece este precepto que “los árbitros deberán ser licenciados en derechos o expertos o profesionales en alguna de las materias a que se hace referencia en el artículo 2.1 de este real decreto”. No obstante, si el arbitraje fuera de derecho porque así lo acordaran las partes –posibilidad que prevé el art. 15.1 RD 1417/2006²⁵– los árbitros deberán ser juristas (art. 20.3 RD 1417/2006).

La propuesta de los árbitros corresponde a las Administraciones públicas, a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y a las organizaciones de carácter económico sin ánimo de lucro. Una vez propuestos, los árbitros deben solicitar a la junta arbitral su acreditación para actuar ante ella y, en su caso, serán incorporados a la lista de árbitros acreditados.

Desde nuestro punto de vista, que los árbitros puedan ser expertos o profesionales en la materia sobre la que versa la queja y que estos puedan decidir conforme a criterios de equidad sin aferrarse a la norma aplicable es una de las principales ventajas de este mecanismo frente a la jurisdicción. De este modo, se pueden alcanzar soluciones adecuadas y proporcionadas que vayan más allá de la estricta aplicación del derecho al caso concreto.

4.5. Procedimiento arbitral

En los arts. 14 a 28 RD 1417/2006 se regula el procedimiento arbitral para el sistema arbitral de discapacidad. Tal y como enuncia el art. 14.1 RD 1417/2006, se trata de un procedimiento basado en los principios de gratuidad, voluntariedad, igualdad entre las partes, audiencia, contradicción, ausencia de formalismos, normalización y accesibilidad (art. 14.1 RD 1417/2006). No es este el lugar para realizar un análisis exhaustivo de las diferentes fases de este procedimiento, sin embargo, sí nos parece oportuno realizar una descrip-

25 Art. 15.1 RD 1417/2006 establece que “El árbitro o colegio arbitral decidirá en equidad, salvo que las partes optaran expresamente por la decisión en derecho”.

ción sucinta de su desarrollo y subrayar algunos de los aspectos que consideramos más relevantes.

El procedimiento se inicia necesariamente a través de una solicitud de arbitraje que debe presentar la persona con discapacidad directamente o a través de una de las organizaciones representativas de este colectivo (art. 16 RD 1417/2006). Recibida la solicitud, el presidente de la junta arbitral es el encargado de su admisión, debiendo comprobar en ese momento la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 16 (art. 17 RD 1417/2006). Una vez admitida a trámite la solicitud, se acuerda el inicio del procedimiento arbitral y el presidente de la junta arbitral designa los miembros del colegio arbitral (art. 20 RD 1417/2006)²⁶. Constituido el colegio, se le traslada la queja al reclamado y se le concede un plazo de quince días para contestar (art. 22 RD 1417/2006).

Agotada esa primera fase, el art. 22.2 RD 1417/2006 establece que el colegio arbitral “convocará, si lo estima necesario, a una audiencia presencial o, en otro caso, concederá un plazo que no excederá de quince días a ambas partes para formular alegaciones”. De esta forma, se deja abierta la posibilidad a que el procedimiento transcurra íntegramente por escrito si el colegio arbitral lo estima conveniente. En cuanto a la adopción de decisiones, el art. 26 RD 1417/2006 apuesta por el criterio de la mayoría, señalando que “el laudo arbitral, o cualquier acuerdo o resolución diferentes a la ordenación, impulso o tramitación del procedimiento, se adoptarán por mayoría. Si no existiera acuerdo de la mayoría sobre el alcance de la estimación de la pretensión, decidirá el presidente”.

Más allá de su reglamentación, entendemos que este procedimiento tiene tres características que merecen ser destacadas por su adecuación con el fin perseguido: una tutela efectiva y eficaz de los derechos de las personas con discapacidad.

a) *Confidencialidad*

Frente al principio general de publicidad propio de los procesos judiciales, el art. 14.2 RD 1417/2006, los árbitros, las partes y las institu-

²⁶ Es importante tener en cuenta que, según la Disposición adicional segunda de este reglamento, cuando la cuantía de la pretensión sea inferior a tres mil euros, solo conocerá un árbitro, salvo que el presidente de la junta arbitral decida que el caso merece ser resuelto por un colegio arbitral.

ciones arbitrales están obligados a respetar la confidencialidad. Se trata de una regla que no aporta nada al deber de confidencialidad sentado en el art. 24.2 LA²⁷, pero que es un gran activo de este medio de resolución de controversias, especialmente cuando el objeto de las reclamaciones se pueden referir a circunstancias personales que no tienen por qué ser de dominio público (Álvarez Ramírez, G., 2013, p. 196).

b) *Rapidez*

Además de la simplicidad de las reglas procedimentales que hemos comentado, el art. 27 RD 1417/2006 impone un plazo máximo de cuatro meses desde el acuerdo del inicio del procedimiento para dictar el laudo. Aunque desconocemos las consecuencias de su incumplimiento –el RD 1417/2006 no dice nada al respecto–, su inclusión nos hace ver la finalidad con la que el procedimiento fue diseñado.

c) *Gratuidad*

Como hemos comentado, uno de los principios inspiradores de este procedimiento es la gratuidad. A este respecto, el art. 24.3 RD 1417/2006 incorpora la única referencia a los costes derivados del procedimiento, al establecer que “cada parte costeará la prueba que hubiera propuesto”, por lo que debemos asumir que el resto de costes los asume la administración (honorarios de los árbitros, gastos administrativos, pruebas propuestas de oficio, etc.). Nada dice el reglamento acerca de la asistencia letrada, por lo que debemos entender, en consonancia con el art. 30.2 LA, que la intervención de estos profesionales no es preceptiva. Como es lógico, en caso de acudir al procedimiento asistida de letrado, cada una de las partes debería asumir los gastos derivados de su intervención.

4. Valoraciones finales

Desde nuestro punto de vista, el sistema arbitral de discapacidad podría resultar un instrumento adecuado para promover la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Su diseño sigue las pautas generales del sistema arbitral de consumo, basado en un procedimiento ágil y flexible que articula un cauce idóneo para resolver los conflictos relacionados con la adopción de medi-

²⁷ De hecho, ambos preceptos son exactamente idénticos.

das de ajustes razonables (Pindado García, F. G., 2020, p. 124). Es cierto que, quince años después de la aprobación del RD 1417/2006, las posibilidades de que este sistema arbitral llegue a implantarse son muy limitadas. Sin embargo, como nos han informado desde el Ministerio, el sistema sigue vigente y no es descartable su puesta en marcha por parte de las comunidades autónomas.

Si finalmente en los próximos años se toma la determinación política de poner en marcha este sistema arbitral u otro similar, entendemos que sería aconsejable incorporar algunas mejoras a fin de garantizar los derechos de las personas con discapacidad y lograr un mejor funcionamiento del sistema.

a) *Ámbito de aplicación*

Uno de los aspectos que nos parecen menos acertados es su ámbito de aplicación. Consideramos que el listado de materias previsto en el art. 2.1 RD 1417/2006 podría convertirse en una fuente de problemas. En este sentido, (La Moneda, F., 2009) ha señalado que la deficiente redacción de este precepto puede suponer que el ámbito de aplicación se convierta en “un verdadero caballo de batalla que dé lugar a inadmisiones discutibles, o a sensu contrario, a admisiones poco comprensibles”. Este autor, para salvar el problema propone utilizar el mismo ámbito de aplicación que en el sistema arbitral de consumo, si bien circunscrito al campo de la discapacidad. Desde nuestro punto de vista, esta solución tampoco sería adecuada.

El art. 7 permite la adhesión al sistema arbitral de discapacidad a tres tipos de usuarios: 1) personas físicas o jurídicas, de carácter privado que importen, produzcan, suministren o faciliten entornos, productos, bienes y servicios a las personas con discapacidad, 2) organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, 3) organizaciones de carácter económico sin ánimo de lucro. Al no ser imprescindible la condición de empresario o profesional, el sistema arbitral de discapacidad puede ser utilizado para resolver conflictos que no deriven de una relación de consumo. Esta ampliación del ámbito objetivo respecto del arbitraje de consumo es lógica, ya que los conflictos en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad se pueden plantear también en otros ámbitos. Por lo tanto, no nos parecería procedente configurar

este sistema arbitral como una suerte de sistema arbitral de consumo para personas con discapacidad. Entendemos que lo más acertado sería eliminar el listado del art. 2.1 RD 1417/2006, dejando como regla para la determinación del ámbito objetivo lo dispuesto en el apartado primero de ese artículo, es decir, “serán objeto del sistema de arbitraje regulado en este real decreto las quejas y reclamaciones que surjan en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

b) *Consentimiento*

El consentimiento de las partes que se someten a arbitraje es un requisito esencial para la validez del convenio arbitral y, por lo tanto, para la legitimidad de cualquier proceso arbitral. En este tipo de arbitrajes, en los que una de las partes se encuentra en una posición de especial vulnerabilidad, el ordenamiento debe incorporar todos los mecanismos que sean necesarios para garantizar que la persona vulnerable que acude al arbitraje –en este caso, la persona con discapacidad– lo haga porque realmente considera que ese es el medio más adecuado para tutelar sus derechos.

En este sentido, podría ser conveniente ampliar la excepción relativa a los sujetos legitimados para proponer declinatoria del art. 63.1 LEC²⁸ *in fine* a los supuestos en los que el la persona con discapacidad sea la demandante y exista un pacto previo entre las partes de sumisión al sistema arbitral de discapacidad. De esta forma se reforzaría la posición procesal de las personas con discapacidad porque se les permitiría, llegado el caso, elegir entre jurisdicción y arbitraje hasta el mismo momento de presentación de la demanda o de la solicitud de arbitraje²⁹.

Otro aspecto que merece atención es el de la sumisión a arbitraje de las personas con discapacidad con la capacidad modificada

28 Art. 63.1 LEC: “demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de esta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores, excepto en los supuestos en que exista un pacto previo entre un consumidor y un empresario de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de litigios de consumo y el consumidor sea el demandante”.

29 Conviene aclarar que esta modificación solo sería necesaria para aquellos supuestos excepcionales en los que la sumisión a arbitraje se produzca por la introducción de una cláusula arbitral en el contrato celebrado entre la persona con discapacidad y el prestador del servicio. Para el supuesto normal, esto es, para el convenio arbitral celebrado a través de oferta pública de sometimiento, esta previsión no sería necesaria porque en estos casos la persona con discapacidad mantiene abierta la posibilidad de elegir entre arbitraje y jurisdicción hasta el momento de presentar la solicitud de arbitraje.

judicialmente. En estos supuestos, el art. 271.3 del Código Civil exige al tutor autorización judicial previa para “transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado”. Entendemos que esta regla es adecuada para aquellos arbitrajes en los que se discutan cuestiones relativas al patrimonio de la persona con discapacidad. Sin embargo, resulta un requisito excesivo para el sistema arbitral de discapacidad, que no parece estar configurado para quejas o reclamaciones de importancia económica. Este obstáculo para el funcionamiento del sistema arbitral de discapacidad puede desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico si finalmente el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica es aprobado. En su art. 287, al regular las funciones de representación del curador, establece que será preceptiva la autorización judicial para “renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica”.

c) *Mediación previa*

El sistema arbitral de discapacidad, tal y como está configurado, no prevé el uso de la mediación. A nuestro juicio, esto es una debilidad del sistema. La mediación, que encuentra su fundamento en la libertad de las personas, permite a las partes en conflicto alcanzar una solución consensuada sin necesidad de que un tercero se la imponga. Esta es una idea que sintoniza a la perfección con las nuevas tendencias legislativas en la materia, centradas en promover la autonomía de las personas adultas con discapacidad³⁰.

A nuestro juicio, el futuro del sistema arbitral de discapacidad pasa por convertirse en un sistema integral de resolución alternativa de conflictos. En realidad, este cambio de concepto no requeriría grandes modificaciones en el sistema vigente. Sería suficiente si se incorporara, con carácter previo al arbitraje, la posibilidad de acudir a mediación. Ese servicio de mediación lo debería prestar

³⁰ A este respecto, *vid.* la Exposición de Motivos de Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de julio de 2020).

la propia junta arbitral de discapacidad, a través de profesionales habilitados para ello y, en todo caso, diferentes a los que compongan el colegio arbitral³¹.

Ahora bien, ese mecanismo de mediación previa no debería configurarse como un presupuesto necesario para iniciar el arbitraje. La mediación, por su propio concepto, debe ser voluntaria. De lo contrario, correría el riesgo de convertirse en un trámite estéril, que únicamente serviría para restar eficacia y rapidez al sistema de resolución de conflictos (Álvarez Alarcón, A., 2020, p. 45-46). Lo ideal sería que la junta arbitral o, incluso, el propio colegio arbitral, invitaran a las partes a acudir a la mediación en aquellos supuestos en los que el conflicto sea susceptible de ser resuelto por esa vía. Quedando en todo caso abierta la posibilidad de iniciar o reanudar el procedimiento arbitral.

31 Conviene recordar la regla del art. 17.4 LA: “el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre estas”.

REFERENCIAS

- Aguirre Zamorano, P., Torres Vela, M., (2011) *Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los Derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, Consejo General del Poder Judicial.
- Almagro Nosete, J., (2008) Derecho a utilizar instrumentos jurídicos no jurisdiccionales, *Sistema de Garantías Procesales*, Dijusa.
- Álvarez Alarcón, A., (2020) La mediación desde el punto de vista jurídico procesal, *Mediación y Derecho*, Aranzadi.
- Álvarez Ramírez, G., (2013) *Discapacidad y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Ediciones Cinca.
- Barona Vilar, S., (2016) “Justicia integral” y “access to justice”: crisis y evolución del paradigma, *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Civitas.
- Cremades, B., (2006) El arbitraje en la doctrina constitucional española, *Lima Arbitration*, núm. 1.
- Dávila Fernández De Marcos, M. A., (2007) Arbitraje y recientes desarrollos en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* 1º T., Palestra.
- De Asís, R., Aiello, A. L., Bariffi, F., Campoy, I. y Palacios, A., (2007) La accesibilidad universal en el marco constitucional español”, *Derechos y Libertades*, núm. 16, época II.
- Fernández De Buján, A., (2006) *Jurisdicción y arbitraje en derecho romano*, Iustel.
- Gisbert Pomata, M., (2015) *El contrato arbitral*, Civitas.
- Grande Sanz, M., (2018) El sistema arbitral de discapacidad: una oportunidad desaprovechada, *El empleo de las personas con discapacidad: Oportunidades y desafíos*, Dykinson.
- La Moneda, F., (2009) El arbitraje para los discapacitados (I), *Legal Today*, 14 de abril de 2009. (<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/el-arbitraje-para-los-discapacitados-i-2009-04-14/M>; 25/02/2021).
- López Guerra, L., (2000) Discapacitados, Derechos fundamentales e igualdad en el marco de la administración de justicia, *La administración de justicia y las personas con discapacidad*, Escuela Libre Editorial.
- Martín Diz, F., (2019) El Derecho fundamental a la justicia: Revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva, *Revista de Derecho Político*, núm. 106.
- Merino Merchán, J. F., (2002) *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho Público Español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Moreno Catena, V., (2017) *Introducción al derecho procesal*, 9º ed. Tirant lo Blanch.
- Palacios, A., Bariffi, F., (2007) *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, (https://www.sindromedown.net/wp-content/uploads/2014/09/19L_Ladiscapacidad.pdf; última consulta: 5/1/2021).
- Pindado García, F. G., (2020) El arbitraje como medio de solución de conflictos sobre discapacidad, *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 5.
- Roca Martínez, J., (2014) Vulnerabilidad y garantías procesales. Respuesta procesal frente a la vulnerabilidad, *Justicia*, núm. 2.
- Sánchez Pos, M.^a V., (2009) *El control judicial en la ejecución del laudo arbitral*, Aranzadi.
- Verdera Server, R., (2009) *El convenio arbitral*, Civitas.

Responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional, cuando el proceso concluye con sobreseimiento o absolució¹

Olga Fuentes Soriano²

Resumen: El padecimiento de una medida de prisión provisional con ocasión de la tramitación de un procedimiento que concluye mediante sobreseimiento o sentencia absolutoria genera unos daños en el imputado que la ha sufrido, en relación con los cuales cabe preguntarse desde cuándo y hasta dónde alcanza la responsabilidad del Estado y, con ella, la consiguiente indemnización. En los últimos tiempos, este debate ha cobrado actualidad en el ordenamiento jurídico español por cuanto la normativa que lo regulaba, amén de merecer la condena reiterada por parte del TEDH fue, finalmente, declarada parcialmente inconstitucional. A raíz de las distintas interpretaciones que la Jurisprudencia española realizó de la normativa, se analizan en el presente trabajo la diversas posibilidades indemnizatorias ensayadas y las razones que llevaron, finalmente, a entender: 1) que la prisión provisional seguida de sobreseimiento o sentencia absolutoria debe ser indemnizada, en todo caso, como regla general; 2) que el fundamento de dicha indemnización no se justifica desde la teoría del error judicial; 3) que establecer distinciones basadas en la causa de la absolució o la no culpabilidad para reconocer (o no) el derecho resarcitorio vulnera el Derecho fundamental a la igualdad de trato; y 4) que negar el derecho a percibir indemnización a quien resultara absuelto por falta de pruebas o respecto de quien la causa hubiera resultado sobreseída, sin ulteriores consideraciones, vulneraría su derecho a la presunción de inocencia en su vertiente, o como regla de tratamiento.

PALABRAS CLAVE: Prisión provisional; proceso penal; daños y perjuicios; responsabilidad patrimonial del Estado; derecho de daños; error judicial; Presunción de inocencia; igualdad ante la Ley.

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco de dos Proyectos de investigación: *Realidades y retos de la justicia en la sociedad del riesgo. Una perspectiva procesal del Derecho de daños* (DER 2017-87516-P.Mineco) y *Estudio comparado de modelos procesales desde la perspectiva de los ODS. Una mirada a la inteligencia artificial*, beneficiario de ayuda en la convocatoria de "Ayudas UMH para financiar proyectos de investigación de carácter internacional para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la agenda 2030 de las Naciones Unidas" (Ref. SOLCIF/2019/0005).

2 Catedrática de Derecho Procesal. Universidad Miguel Hernández, España.

State liability for provisional detention, when the process concludes with dismissal or acquittal

Abstract: The suffering of a provisional detention during the processing of a proceeding that concludes with a dismissal or acquittal generates damage to the accused, in relation to which the question arises as to what is the extent of responsibility of the State and the consequent compensation. In recent times, this debate has become topical in the Spanish legal system because the regulations that regulated it, in addition to being repeatedly condemned by the TEDH, were finally declared partially unconstitutional. As a result of the different interpretations that the Spanish jurisprudence made of the regulations, this paper analyzes the various possibilities for compensation that were tried and the reasons that led, finally, to understand: 1) that provisional detention followed by dismissal or acquittal must be compensated as a general rule; 2) that the basis for such compensation is not justified from the theory of judicial error; 3) that establishing distinctions based on the cause of acquittal or not guilty in order to recognize (or not) the right to compensation violates the fundamental right to equal treatment; and 4) that denying the right to receive compensation to a person who is acquitted for lack of evidence or whose case has been dismissed, without further consideration, would violate his right to the presumption of innocence in its dimension, or as a rule of treatment.

Key Words: Provisional detention; criminal proceedings; damages; state liability; tort law; miscarriage of justice; presumption of innocence; equality before the law.

Abreviaturas

AN: Audiencia Nacional

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

ATS: Auto del Tribunal Supremo

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

Coord: Coordinador/a

Dir: Director/a

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

P: Página

PP: Páginas

SAP: sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

Vid: Véase

Vs: Contra

Introducción

En los últimos tiempos, ha cobrado actualidad en España, el debate sobre si la prisión provisional debe, o no, ser indemnizada en todos los casos en los que tras el padecimiento de la misma, el proceso concluye por absolución o sobreseimiento.

Parece incuestionable –y en ese sentido se encauzaba la legislación española- que, desde luego, si la prisión provisional se decretaba y posteriormente el procedimiento terminaba con la absolución o el sobreseimiento fundado en la inexistencia del hecho o bien en la atipicidad del mismo, los daños y perjuicios causados al imputado como consecuencia de dicha prisión, debían ser indemnizados. En todos estos supuestos, más allá de la posición que se tenga respecto de si constituyen o no manifestaciones específicas de un “error judicial” –de donde derivaría la necesidad de su indemnización³, lo que parece quedar fuera de toda duda es que el imputado que ha estado en prisión provisional ha padecido toda una suerte de perjuicios (ya sean morales, por la repercusión social que dicha entrada en prisión pueda conllevar; personales, por el tiempo de separación de su familia y por la ruptura de su cotidianidad; o económicos por la pérdida plausible de empleo o, desde luego, de las rentas o salarios que en dicho tiempo dejó de percibir) a cambio de nada, o en mejor expresión, en función de un proceso en el que obviamente no tuvo responsabilidad alguna porque o bien, simplemente, los hechos delictivos no existieron o, habiéndose dado los hechos no fueron estos constitutivos de delito.

A estas situaciones de lógica indemnización estatal como expresión de responsabilidad objetiva por los perjuicios causados, pronto sumó la Jurisprudencia los casos en los que tras el padecimiento de una prisión provisional, el imputado resultaba absuelto por resultar acreditada su no participación en los hechos; esto es lo que se conoció en la común y asentada terminología judicial, como “inexistencia subjetiva del hecho”. Tan justificada resultaba la indemnización en

3 Esta es, como se verá, la argumentación de fondo en la que se justificaba la regulación en España de la indemnización por prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento (arts. 292 y ss LOPJ; y, concretamente, art. 294.1, en relación con el 293, antes de la STC 85/2019, de 19 de junio, que lo declaró parcialmente inconstitucional y que se analizará). Argumentación, por cierto –la de encontrar en el error judicial la justificación de la indemnización-, de la que discrepo, por las razones que quedarán apuntadas en las líneas del presente estudio.

unos, como en otros casos: es decir, en los supuestos de inexistencia del hecho o atipicidad del mismo, como en los de probada ausencia de participación del imputado.

Sin embargo, mayores problemas suscitaba la interpretación de si debía o no indemnizarse la prisión provisional padecida en un proceso que terminaba con absolución o sobreseimiento cuando este se fundaba en la aplicación del derecho a la presunción de inocencia o –en su caso- del principio *in dubio pro reo*, como consecuencia de una situación clara de insuficiencia probatoria fuera, esta cuantitativa o cualitativa. En relación con ello, de forma constante y consolidada entendió el TS desde 1989 (y hasta 2010, según se verá) que estos supuestos debían quedar fuera de los casos que, automáticamente, deberían resultar indemnizables por el Estado (y que se ceñían a los anteriormente comentados: inexistencia o atipicidad del hecho, o probada falta de participación del imputado); lo cual no excluía la posibilidad de que el afectado pudiera acudir a la vía general prevista para el error judicial e instar así, en primer lugar, la pertinente declaración de error por el TS, a través del art. 293 LOPJ y, tras ella y previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, en segundo lugar, la subsiguiente indemnización ante el Ministerio de Justicia.

Esta es, muy resumidamente, la interpretación que la Jurisprudencia española venía dando a la expresión “inexistencia objetiva del hecho” que contemplaba expresamente, como único supuesto indemnizatorio, el art. 294.1 LOPJ, en su redacción inicial –hoy modificada como consecuencia de la STC 85/2019 que se analizará-.

Efectivamente, el art. 294.1 LOPJ establecía que “tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

Desde la entrada en vigor del precepto en el texto de la LOPJ de 1985 se consideró que la previsión contemplada en el art. 294.1 (“inexistencia objetiva del hecho imputado”) constituía un supuesto específico de error judicial que no necesitaba ser previamente declarado por el TS conforme al procedimiento previsto en el art. 293

LOPJ para resultar indemnizable, por cuanto su declaración vendría impuesta *ex lege* por mandato, precisamente, de dicho precepto legal. Nótese en este sentido, que el mencionado art. 293 LOPJ establece que “la reclamación de indemnización por causa de error judicial deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca”; y así, la interpretación que se hizo de la normativa, entendía que los casos de absolución (o sobreseimiento) por inexistencia objetiva del hecho tras el padecimiento de prisión provisional constituían supuestos de error judicial que, para ser indemnizable no requerían, sin embargo, de la pertinente declaración del error mediante sentencia, por cuanto ya existía una previsión legal específica que así lo consideraba (el art. 294.1 LOPJ).

Las diversas posibilidades indemnizatorias que al abrigo de esta normativa podían encontrar cabida provocaron notables vaivenes jurisprudenciales en los últimos años que amén de la inseguridad jurídica que generaban y merced a las llamadas de atención del TEDH sobre el tema, motivaron por parte del TC el planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad⁴ cuya respuesta vino de la mano de la STC 85/2019, de 19 de junio, declarando la inconstitucionalidad de las referencias a la “inexistencia objetiva del hecho imputado” y “por esta misma causa” contenidas en el aludido art. 294.1 LOPJ. Tras la mencionada Sentencia, el tenor literal del precepto reconocerá, pues, que “tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

1. Prisión provisional y sobreseimiento o sentencia absolutoria: los distintos escenarios indemnizatorios

A la vista de las consideraciones expuestas con carácter introductorio, el padecimiento de una prisión provisional con ocasión de la tramitación de un procedimiento que concluye mediante sobreseimiento o sentencia absolutoria ha generado siempre, con mayor o menor amplitud, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado de la que derivaba el consiguiente derecho a indemnización.

⁴ ATC 79/2018, de 17 de julio

Las distintas interpretaciones respecto de la flexibilidad con que debe interpretarse la normativa que da acceso a dicho resarcimiento ocuparán las páginas que siguen a continuación.

A) primer escenario indemnizatorio: interpretación amplia del art. 294.1 LOPJ

Efectivamente, y según se ha tenido ocasión de adelantar, prácticamente desde el momento de la entrada en vigor del art. 294.1 LOPJ (año 1985) y de forma constante hasta 2010, la Jurisprudencia española se acogió a una interpretación amplia del precepto que admitía el reconocimiento, en la expresión “inexistencia objetiva del hecho imputado”, tanto de los supuestos de inexistencia estricta del hecho, cuanto de los de atipicidad o probada ausencia de participación delictiva del imputado. De conformidad con ello, toda prisión provisional padecida en un proceso que terminara por absolución o sobreseimiento fundado en alguna de estas causas, se convertía automáticamente en indemnizable por el Estado; sin tener que acudir, por tanto, a la larga y compleja vía regulada en el art. 293 para reclamar la responsabilidad estatal por el reconocimiento de un error judicial⁵.

Esta es la posición en la que se vino reafirmando la Jurisprudencia desde la, prácticamente pionera, STS de 27 de enero de 1989 cuando sostuvo que “la inexistencia subjetiva aunque está al margen de la literalidad del art. 294 queda plenamente amparada por su espíritu (...). Prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación del sujeto son pues dos supuestos equiparables y subsumibles ambos en la regulación del art. 294”; y así se recogió reiteradamente en Sentencias posteriores como las de 25 de Abril de 2.006 (Rec.1371/2002), 22 de Marzo de 2.007 (Rec.6260/2002), o 22 de mayo de 2007 en la que puede leerse que: “son subsumibles en el artículo 294 de la mentada Ley Orgánica y por tanto deben generar derecho a la correspondiente indemnización, los supuestos en que se prueba la inexistencia del hecho imputado «inexistencia objetiva» y aquéllos en que resulte probada la falta de participación

⁵ Así se había entendido, también desde un primer momento, por el Consejo de Estado en la interpretación que realizó de dicha normativa y que puede consultarse, entre otros, en los dictámenes núms. 49220 y 49283, ambos de 9 de octubre de 1986.

del inculpado, procesado o acusado en el hecho que se le hubiese atribuido, «inexistencia subjetiva», es decir, hecho delictivo existente con prueba de no haber participado en él. Como decimos además en esas sentencias para apreciar si nos hallamos en uno de los dos supuestos referidos, que según el art. 294 LOPJ comportarían la obligación de indemnizar, se ha de examinar el auténtico sentido de la resolución pronunciada en el ámbito de la jurisdicción penal”.

Pero la amplitud de esta interpretación, si bien loable desde una perspectiva teleológica, encontraba una falla fundamental en su argumentación que hacía difícil -por no decir imposible- encajarla en el engranaje del sistema de derechos y garantías fundamentales. Concretamente, porque esta amplia interpretación de los supuestos indemnizables dejaba fuera de la cobertura automática del Estado a todos aquellos supuestos de absolución o sobreseimiento por falta de pruebas.

Se establecía, pues, una distinción clave entre la absolución por probada inexistencia del hecho o por ausencia probada de participación del imputado y la absolución por falta de pruebas; siendo la consecuencia inmediata en relación con la responsabilidad del Estado que ahora nos ocupa, que si bien, este respondía automáticamente en el primer caso (inexistencia probada del hecho o ausencia probada de participación del imputado en el mismo), no lo hacía -o no necesariamente- en el segundo (absolución por falta de pruebas). Así se sostuvo también, ya desde los inicios, en la anteriormente citada STS de 27 de enero de 1989 cuando tras sumar los casos de “inexistencia subjetiva del hecho” a los de “inexistencia objetiva” que regulaba el art. 294.1 argumentó el TS que “no resulta en cambio viable extender su virtualidad a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho en los que la reclamación de una posible indemnización derivada de la prisión preventiva habrá de discurrir por el cauce general del art. 293.1”.

Como bien puede apreciarse, no es que se niegue al imputado absuelto por falta de pruebas la posibilidad de obtener una indemnización por el tiempo padecido en situación de prisión provisional; lo que se le veda, sobre la base de esta interpretación, es la posibilidad de acceder a dicha indemnización de forma directa, como sí se reconoce a quienes resulten absueltos por la probada inexistencia

de los hechos, su atipicidad o su probada falta de participación en los mismos. A diferencia de esta solución expeditiva, se remite al absuelto por falta de pruebas a la tortuosa vía de obtener la declaración de error judicial por parte del TS y, en caso positivo, a tramitar la consiguiente indemnización ante el Ministerio de Justicia a través del procedimiento administrativo habilitado al efecto (art. 293 LOPJ).

Como con acierto se ha sostenido, esta solución generaba absueltos de primera y segunda categoría, resultando así, claramente atentatoria contra el derecho a la igualdad por una parte y a la presunción de inocencia, por otra⁶.

En todo caso y pese a la reflexión anterior, en la que se profundizará en las páginas siguientes, lo cierto es que esta tesis de diferenciar entre la probada inexistencia objetiva o subjetiva del hecho, por un lado, y la absolución como consecuencia de la aplicación del derecho a la presunción de inocencia, por otro, a efectos de conceder (en el primer caso), o no (en el segundo) la indemnización por la prisión provisional sufrida, tuvo también su correspondiente reflejo en la doctrina del TC, en cuya Sentencia de 22 de junio de 1992 ya podía leerse que, “una cosa es que exista prueba positiva de un hecho negativo -no existencia del hecho o no participación del acusado- y cosa bien distinta es la ausencia de prueba de un hecho positivo -existencia del hecho o participación del acusado-, pues esta última no es acreditativa del error judicial que contempla el art. 294 de la LOPJ”.

Como bien puede apreciarse, aparece aquí de nuevo, con el fin de justificar la obligación del Estado de indemnizar al imputado absuelto, esa concepción –de efectos ciertamente tan distorsionadores– de la prisión provisional como error judicial, cuando el proceso termina con absolución o sobreseimiento.

Quizás conviniera detenerse en la naturaleza y fines de la prisión provisional, e intentar aportar así algo de luz no solo respecto de la institución que nos ocupa sino también respecto de los motivos que justifican la indemnización o la responsabilidad del Estado ante su padecimiento.

6 En este sentido CAMPANER MUÑOZ, J., “La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana (1)”, LA LEY Penal nº 129, noviembre-diciembre 2017, Nº 129, 1 de nov. de 2017, Editorial Wolters Kluwer, p. 5.

Y ciertamente, y sin ánimo de exhaustividad, valga como apunte a vuelapluma que no se aprecia ni el por qué, ni la necesidad, de articular una interpretación de la prisión provisional como “error judicial” por el hecho de que el proceso concluya con sentencia absolutoria, salvo que fuera entendida esta –la prisión provisional– como un auténtico anticipo de la pena⁷ y no *strictu sensu*, como una verdadera medida cautelar. Solo desde el entendimiento de la prisión provisional como el anticipo de una pena que –en los casos de absolución o sobreseimiento– finalmente resulta inmerecida y, por tanto, no se impone, tendría justificación la consideración de esta como un error judicial. Pero esta concepción de la prisión provisional como anticipo de pena solo podría ser aceptada desde una perspectiva material que, en una interpretación *pro reo*, permitiera justificar, en caso de condena, el abono del tiempo transcurrido en la pena finalmente impuesta. Porque la prisión provisional no puede –no debe– dejar de ser vista como una medida cautelar cuyo fundamento y fines se explican desde los presupuestos que legitiman su adopción y que no son otros, como en toda medida cautelar –por grave que sea esta; y la prisión provisional es la de mayor gravedad–, que el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Comparto, pues, la naturaleza cautelar de la prisión de provisional así como su consideración instrumental respecto del fin esencial que es la protección del proceso, el aseguramiento de su desarrollo y de su resultado⁸. Y ello, aun reconociendo el craso error cometido por el legislador de 2003, al introducir entre los fines de dicha medida, el riesgo de reiteración delictiva como presupuesto habilitante para su adopción que, además, de encubrir una presunción de culpabilidad irreconci-

7 Sobre el tema, vid. la argumentación de RODRIGUEZ RAMOS, L., en “¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019 de 19 de junio: sumarias loas y críticas”, Diario LA LEY, nº 9477, de 13 de septiembre de 2019, Nº 9477, 13 de sep. de 2019, Editorial Wolters Kluwer. Posición posteriormente reiterada en “Responsabilidad patrimonial del Estado-juez por padecer prisión preventiva el luego absuelto”, en www.abogacia.es, 12 de noviembre 2019 (<https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/responsabilidad-patrimonial-del-estado-juez-por-padecer-prision-preventiva-el-luego-absuelto/>). Fecha última consulta, 22/09/2020. La consideración de la prisión provisional como anticipo de pena ha sido sostenida también por ANDRÉS IBÁÑEZ, P., en “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, Detención y Prisión provisional. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996. Una posición, sin duda más radical, es la sostenida por FERRAJOLI para quien la prisión provisional resulta una institución irreconciliable con el derecho a la presunción de inocencia y, por tanto, incompatible con un sistema procesal penal garantista FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 551 y ss.

8 DEL RÍO LABARTHE, G., *Derecho procesal Penal* (ASENCIO MELLADO, Dir., FUENTES SORIANO, Coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª Edición, 2020, pp. 292 y 293

liable con el art. 24.2 CE desnaturaliza la esencia de la medida al no constituir, en modo alguno, una función cautelar⁹.

En todo caso, la apreciación *del fumus* (o apariencia de buen derecho) así como del peligro que corre el proceso por la mora o el paso del tiempo depende de valoraciones que debe el Juez tomar en consideración en la fase instructora y sobre la base de unos datos interinos o provisionales que serán, o no, corroborados en el acto del juicio oral, tras la práctica de la prueba. Practicada y valorada esta y dictada la correspondiente sentencia, no cabe aplicar “sesgo retrospectivo” alguno que permita ponderar entonces, a la vista de esos nuevos elementos de juicio –es decir, no puede revisarse entonces-, la corrección de la decisión adoptada en la fase instructora ni sobre el riesgo que corría el proceso y que justificaba el ingreso cautelar del imputado en prisión, ni sobre las circunstancias que justificaban dicha toma de decisión. La prisión provisional legítimamente acordada, razonada y fundamentada, tanto en el *fumus*, cuanto en el *periculum*, no constituye –no tiene porqué constituir- error judicial alguno por mucho que a la vista de las pruebas practicadas con posterioridad, en otro estadio del proceso –el juicio oral- el imputado resulte absuelto o la causa se sobresea¹⁰.

9 En esta misma línea, ASENCIO MELLADO J.M., “La Reforma de la prisión provisional: El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 2, 2005, pp. 1584-1595. Del mismo autor, también “Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003”, en *Nuevos retos de la Justicia penal*, ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO, Dirs., pp 123 a 160. En este último trabajo puede leerse, en relación con la finalidad de evitar la reiteración delictiva, que “existe acuerdo general en negar que se trate de un fin cautelar, ni siquiera indirectamente, en tanto falta un elemento esencial para ello como es la instrumentalidad. Este fin entraña una medida de seguridad predelictual y una presunción de culpabilidad (...). Por ello, por su complejidad, por su naturaleza difícilmente justificable en orden a restringir la libertad de un no culpable, tanto el TEDH, cuanto nuestro TC, ha dedicado, cuando ha tenido que abordarla, pocas y confusas palabras a esta finalidad, no obstante lo cual y siguiendo lo que ya han hecho otras legislaciones como la alemana, francesa o italiana entre otras, la admiten como justificativa de la privación de libertad” (p. 28)

10 Discrepo, pues, de la tesis argumentada por RODRÍGUEZ RAMOS al plantear la prisión provisional como un anticipo de pena y, por tanto, como un error judicial que queda, en su opinión, patentemente expuesto en todos los casos de absolución o sobreseimiento. Sí comparto sin embargo, la afectación que la regulación de la indemnización de la prisión provisiona realizada por el art. 294.1 LOPJ y por su interpretación jurisprudencial provocaba en determinados derechos fundamentales como la igualdad o la presunción de inocencia. A juicio del autor “parece pues evidente que tal error cometido por el juzgador [*en referencia a la prisión provisional*] afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, aun cuando al dictarse tal resolución se hubieran cumplido todos los requisitos legales para la adopción de tal medida cautelar personal, pues en este caso es legítimo utilizar el «sesgo retrospectivo» al tratarse de un error objetivo no necesariamente reprochable por negligencia u otro título de imputación subjetiva; se trata de un error porque se ha impuesto anticipadamente una «pena privativa de libertad» a una persona, pensando que terminaría confirmándose su imposición y, al no haberse cumplido la previsión, no cabe dudar que se trata de un craso error de cálculo, aun cuando la prisión preventiva haya sido acordada legalmente. Lógicamente esta tutela judicial frustrada concurre con la afectación de los

Y nótese que el hecho de que la prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento no constituya –o no necesariamente– error judicial alguno, no supone negar la evidencia de los perjuicios causados al imputado y la necesidad de su indemnización. Lo que no se alcanza a ver es la necesidad de argumentar estructuralmente la obligación del Estado de indemnizar en tales casos, acudiendo al (falso) entendimiento de que lo que se ha cometido es un error judicial¹¹. Idéntica obligación de indemnizar y, sin duda, ajustada en mayor medida a la realidad, se alcanzaría desde una concepción de la responsabilidad del Estado-Juez por los daños y perjuicios ocasionados.

B) Segundo escenario indemnizatorio: la doctrina del TEDH

El diferente trato indemnizatorio de la prisión provisional que, con la interpretación amplia del art 294.1 LOPJ, los Tribunales españoles dispensaban a quienes la padecieron en función de cuál fuera el motivo de la absolución (o del sobreseimiento) llegó finalmente al TEDH y este, lo consideró atentatorio contra el derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 del CEDH.

La primera Sentencia en la que el TEDH aborda esta cuestión es la Sentencia *Puig Planella C España*¹². En ella se reconoce con absoluta claridad que la interpretación por la que los Tribunales españoles niegan la indemnización por prisión provisional al imputado absuelto por falta de pruebas, argumentando carecer de una absoluta certeza sobre su inocencia, resulta vulneradora del Derecho a la presunción de inocencia contenido en el art. 6.2 CEDH.

demás derechos ya mencionados: a la libertad y a la presunción de inocencia, y en este caso particular también al derecho a la igualdad”. RODRIGUEZ RAMOS, L., “¿Ciudadanos (...)”, Cit., p. 8

11 La justificación en el error judicial, del derecho resarcitorio tras la prisión provisional cuando el proceso termina con absolución o sobreseimiento ha sido definitivamente superada por la STC 85/2019 que entiende que el derecho a percibir dicha indemnización procede del sacrificio exigido y padecido por el sujeto legítimamente privado de libertad, en aras del interés general, en busca de un beneficio colectivo. Así, “en este contexto de justificación por el interés general, el ciudadano tiene el deber de tolerar las medidas legítimas de investigación que se adopten por los órganos estatales que ejercen el *ius puniendi* en aras del interés de la sociedad en el esclarecimiento de los hechos delictivos. Ese deber, sin embargo, conforme dispone el art. 294.1 LOPJ, va unido a un derecho a ser indemnizado en el caso de la prisión provisional, no en otros casos de injerencia, en atención a la especialidad del daño sufrido en aras del interés público prevalente que encarna el buen fin del proceso y, en último término, el aseguramiento o eficacia del ejercicio del mencionado *ius puniendi*” (FJ 5, CTC 85/2019).

12 Sentencia *Puig Planella C España*, de 25 de abril de 2006 (núm. 1483/02)

El TEDH suscribe la tesis de que el derecho a la presunción de inocencia, además de operar a nivel probatorio como regla de distribución de la carga de la prueba y, en su caso, también como regla de juicio indicando al Juez hacia dónde debe orientar su Sentencia en los supuestos de duda razonable, despliega además sus efectos –con una importancia prioritaria en el análisis que no ocupa– como regla de tratamiento¹³. Analizado desde esta perspectiva, el TEDH insiste en que el derecho a la presunción de inocencia exige que, en todo supuesto y por parte de cualquier autoridad pública, el ciudadano debe ser tratado como no culpable mientras no exista una sentencia condenatoria que así lo declare. En el caso que nos ocupa (Puig Planella c. España), insiste el TEDH que esa “ausencia de total certeza” sobre la inocencia de Puig Planella (firmemente absuelto tras haber padecido una situación de prisión provisional), en la que se amparan para denegar la indemnización tanto el Ministerio de Justicia, cuanto posteriormente por vía de recurso, la AN, es incompatible con el derecho a la presunción de inocencia que impone el art. 6.2 CEDH¹⁴.

La tesis del TEDH sostenida en esta Sentencia podría resumirse del siguiente modo:

1. Ni el art. 6.2 CEDH, ni ninguna otra disposición de dicho convenio establecen una obligación a los Estados miembros de regular un sistema resarcitorio, ni por las costas, ni por la prisión provisional padecida en un proceso finalmente sobreesido o en el que, posteriormente, el imputado resulte absuelto. No existe, pues, en tesis del TEDH, un derecho del imputado absuelto a obtener una indemnización, ni por las costas del proceso, ni por el padecimiento de una prisión provisional como consecuencia del mismo¹⁵. Y ello no

13 Sobre las distintas manifestaciones de la presunción de inocencia –como principio informador del proceso penal, como regla de tratamiento del imputado, como regla probatoria y como regla de juicio– *in extenso*, vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Istel, 2005, pp. 117 a 160.

14 Para el desarrollo de esta argumentación vid. Apartado 57 STEDH Puig Planella c España, de 25 de abril de 2010.

15 En la línea de la confusión que puede generar, ligar la justificación de la indemnización en estos supuestos al padecimiento de un supuesto error judicial, alerta COBREROS MENDAZONA, a mi juicio con razón, que no cabe confundir esta apreciación del TEDH con el hecho de que no reconozca Derecho a indemnización por error judicial. Como con acierto señala, este derecho a indemnización por error judicial se regula en el art. 3 del Protocolo núm. 7 y establece que “Cuando una condena penal definitiva sea ulteriormente anulada o cuando se produzca una medida de gracia porque un nuevo hecho o una nueva revelación prueben que se ha producido un error judicial, la persona que ha sufrido una pena en razón de dicha condena debe ser indemnizada conforme a la ley o los usos en vigor en el Estado de que se trata, a menos que se pruebe que la no revelación en tiempo útil del hecho desconocido le sea imputable en todo o en parte”. “Adviértase, en cualquier caso, que

vulnera en modo alguno su derecho a la presunción de inocencia: “el simple rechazo de una indemnización no es contrario, por tanto, en sí mismo, a la presunción de inocencia”¹⁶.

2. Pero, si un Estado regula en algún modo esa indemnización resarcitoria, la normativa que establezca debe ser respetuosa con todos los principios del Convenio entre los que se encuentra, obviamente, el derecho a la presunción de inocencia.

3. Y el derecho a la presunción de inocencia no afecta solo, en interpretación del TEDH, al proceso penal sino también a actuaciones posteriores; de forma tal que si una actuación posterior da la sensación de estar considerando culpable a un ciudadano en relación con el cual no ha existido declaración de culpabilidad, esa actuación, y por tanto, esa regulación sí resultaría vulneradora de su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Por ello, como se ha anotado con anterioridad, en el supuesto que analizaba esta Sentencia, en el que tanto el Ministerio de Justicia cuanto, posteriormente, la AN denegaron la indemnización solicitada por el Sr. Puig Planella basándose en la falta de una certeza absoluta respecto de su inocencia, el TEDH sostuvo que se vulneró el derecho a la presunción de inocencia del solicitante, conforme a las previsiones del art. 6.2 del CEDH. En su argumentación, puede leerse que “la presunción de inocencia se vulnera si una decisión judicial relativa a un acusado refleja el sentimiento de que es culpable, cuando su culpabilidad previamente, no ha sido legalmente establecida. Basta, incluso en ausencia de una constatación formal, con una motivación que conduzca a pensar que el juez considera al interesado culpable. El campo de aplicación del art. 6.2 se limita, por tanto, a los procesos penales que continúan pendientes, pero se extiende a las decisiones judiciales adoptadas tras la suspensión de las diligencias, o tras una absolución. Así, una decisión que niegue al acusado, tras la suspensión de las diligencias, una indemnización por

este sería un supuesto distinto del que nos ocupa, que concuerda más con las previsiones establecidas para el recurso extraordinario de revisión en el art. 960 LECrim, cuyo segundo párrafo, referido precisamente a la consecuencia indemnizatoria del *iudicium rescindens*, fue introducido en nuestro ordenamiento por ley de 24 de junio de 1933, a raíz del «crimen de Cuenca”. COBREROS MENDAZONA, E., El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”, Revista de Administración Pública, 209, pp.13-44 (p. cit. 21).

16 STEDH Puig Planella c. España, de 25 de abril de 2006, apartado 52.

el ingreso en prisión preventiva, puede plantear problemas bajo el ángulo del art. 6.2 si motivos indisociables del dispositivo equivalen en sustancia a una constatación de culpabilidad sin que esta haya sido previamente establecida de manera legal”¹⁷.

La consecuencia lógica que cabía esperar de esta Sentencia pasaba por que la Jurisprudencia Española hubiera admitido que la exclusión de la indemnización en los supuestos de sobreseimiento o absolución por falta de pruebas no podía tener cabida en la interpretación del art. 294.1 LOPJ. Sin embargo, lo cierto es que esta Sentencia no tuvo consecuencias directas en nuestra Jurisprudencia, que permaneció inalterada sosteniendo su amplia interpretación del precepto y, con ella, una diferencia de trato insoportable y atentatoria contra el derecho a la presunción de inocencia de aquellos absueltos por falta de pruebas a quienes se negó la indemnización. El viraje jurisprudencial, en una dirección por otra parte sorprendente –según se verá a continuación–, no llegó hasta después del pronunciamiento del TEDH en su Sentencia de 13 de julio de 2010 (asunto *Tendam c España*; núm. 25720/05).

A partir de la idea ya asentada en la STEDH de 2006 (Puig Planella c. España) de que la presunción de inocencia se vulnera si una decisión judicial refleja la culpabilidad de una persona que no ha sido probada –y declarada– con anterioridad, en la Sentencia *Tendam c. España*, el Tribunal añade el plus cualitativo de que no cabe establecer –no se justifica– diferencia alguna entre las consecuencias que puedan derivar de una absolución por falta de pruebas o de una absolución tras la inocencia probada del acusado: “no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución resultante de una constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona (...) las sentencias de absolución no se diferencian en función de los motivos tenidos en cuenta en cada ocasión por el Juez penal. Al contrario, en el marco del artículo 6.2 del Convenio, el fallo de una sentencia absolutoria debe ser respetado por toda autoridad que se pronuncie directa o incidentalmente sobre la responsabilidad penal del interesado (...). Exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de

17 Apartado 51, STEDH Puig Planella c. España

indemnización por prisión preventiva no parece razonable y denota una violación de la presunción de inocencia”.¹⁸

Esta es, finalmente, la posición asumida y asentada por el TEDH respecto de la indemnización que, en su caso, pueda corresponder por la prisión provisional sufrida en supuestos de posterior sobreseimiento o absolución del imputado. Así, esta tesis será reafirmada por el propio Tribunal en sentencias posteriores como en el caso (asuntos acumulados) *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*¹⁹, en el que, de nuevo se condenó a España por vulneración del art. 6. 2 del Convenio recalcando, una vez más el Tribunal, que “no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución fundamentada en ausencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación incontestable de la inocencia”. Recuerda asimismo que, como ya sostuvo en la Sentencia *Capeau c. Bélgica*²⁰, “exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de una reclamación de indemnización por prisión provisional no parece razonable y revela una vulneración de la presunción de inocencia”²¹.

En conclusión, pues y según doctrina reiterada del TEDH, de conformidad con la regulación del convenio:

a. No existe una obligación para los Estados miembros de regular un sistema indemnizatorio por la prisión provisional padecida en un proceso que finalmente termine con sobreseimiento o en el que, finalmente, el imputado resulte absuelto. De otro modo expresado: no existe un derecho de resarcimiento por la prisión provisional padecida en casos de absolución o sobreseimiento; y ello no vulnera el Derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH

b. Pero si algún Estado regula ese derecho resarcitorio, no puede hacerlo estableciendo distinciones que excluyan de dicha indemnización a quien resultare absuelto por falta de pruebas o cuyo proceso resultare, por tal motivo, sobreseído. Esa exclusión sí supone una vulneración de derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de tratamiento, al fundamentarse en la duda

18 STEDH *Tendam c España*, apartado 14.

19 STEDH, Sección 3ª, de 16 de febrero de 2016, caso *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*

20 STEDH, *Capeau c. Bélgica*, nº 42914/98, enero de 2005. Apartado 25

21 STEDH *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, apartado 40.

sobre la inocencia de una persona cuya culpabilidad no ha sido declarada por Sentencia alguna.

Y este es, exactamente, el punto en el que fallaba la normativa española sobre la materia. El art. 294.1 LOPJ reconocía tan solo el derecho a indemnización de “quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”. Pero los Tribunales españoles, con el fin de ampliar esa indemnización a quienes resultaren absueltos por su probada no participación en los hechos, establecieron una diferenciación -injustificada según la tesis del TEDH- entre estos últimos (a quienes sí reconocía derecho a indemnización) y los imputados absueltos por falta de pruebas o sobre cuyas causas se decretó el sobreseimiento (a quienes no se reconocía tal indemnización por carecer de certeza absoluta sobre su inocencia).

Así, las cosas, resultaba evidente la necesidad de acomodar la interpretación de la normativa española a las exigencias del TEDH sobre el derecho a la presunción de inocencia, y aunque lo lógico hubiera sido incluir como supuesto indemnizatorio los casos de sobreseimiento o de imputados absueltos por falta de pruebas, no fue esa –sorprendentemente- la opción escogida por el TS Español. Veámoslo a continuación

C) Tercer escenario indemnizatorio: interpretación restrictiva del art. 294.1

En el año 2010, el TS imprimió un viraje inesperado a su Jurisprudencia respecto de la responsabilidad del Estado por la prisión provisional padecida en casos de sobreseimiento o absolución. El cambio de orientación vino de la mano de dos sentencias de la Sala 3ª –sección 6ª-, ambas de 23 de noviembre de 2010; a partir de ellas, la nueva tesis se asentó y consolidó en sucesivas y reiteradas resoluciones del propio Tribunal. Lo inesperado de esta nueva tendencia no lo fue por su necesidad de adaptación a las tesis del TEDH cuya divergente interpretación respecto de la presunción de inocencia se puso

de manifiesto en 2006 (con la Sentencia Puig Planella c. España) y alcanzó su máxima expresión en el propio año 2010 con la Sentencia *Tendam* c España. Lo inesperado fue, sin duda, la dirección que tomó el TS para tratar de adaptarse a los postulados del TEDH.

Asume el TS, como no podía ser de otro modo, que la interpretación del art. 294.1 LOPJ que le permitía indemnizar en los supuestos de inexistencia o atipicidad del hecho, así como de ausencia probada de participación del imputado en el mismo por un lado, y no indemnizar en los supuestos de absolución por falta de pruebas por otro, vulneraba -a juicio del TEDH-, el derecho a la presunción de inocencia al no considerar, en este último caso, acreditada con “absoluta certeza” la inocencia del imputado absuelto o cuyo asunto resultó sobreesido. Sin embargo, ante dicha evidencia, en lugar de optar -como sin duda hubiera sido razonable- por reconocer ese mismo derecho resarcitorio a quién resultó absuelto por falta de pruebas, el TS decide apostar por una interpretación restrictiva del precepto de forma tal que, conforme a su dicción literal, se limiten los supuestos indemnizatorios por esta vía directa del art. 294.1, a tan solo los de “inexistencia objetiva del hecho imputado” relegando la eventual indemnización de los casos de inexistencia subjetiva del hecho a lo que resulte de la tramitación del correspondiente error judicial por la vía del art. 293 LOPJ.

Sostiene así nuestro Alto Tribunal que, ante la doctrina del TEDH recientemente expuesta “no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 LOPJ, acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado, es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo resulta inexistente, (...) Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de la responsabilidad patrimonial amparado por el art. 294 LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la Jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por la doctrina

del TEDH que venimos examinando, junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que haya absolución”.

Como era de esperar, no tardaron en alzarse las voces que, desde la doctrina, criticaron este incomprensible viraje jurisprudencial²². Efectivamente, lo que el TEDH cuestionaba era que se excluyera de la indemnización a quienes resultaban absueltos por no haberse podido probar su participación en los hechos, dándoseles, de este modo, un tratamiento resarcitorio diferente del que recibían quienes resultaban absueltos tras probarse su no participación en los mismos; pero en modo alguno cuestionaba la indemnización reconocida en este último caso²³. Ante una situación como la expuesta, la salida de los Tribunales españoles podría haber sido muy fácil y distinta de la escogida: incluir en el reconocimiento de este derecho a obtener indemnización directa del Estado por la prisión provisional padecida, también a aquellos imputados que finalmente resultaron absueltos por falta de pruebas o en relación con los cuales se decretó el sobreseimiento libre²⁴. Como con acierto se ha sostenido “resulta ciertamente paradójico (y lamentable, en nuestro caso) que un superior nivel de garantía de los derechos fundamentales —*sub specie* protección de la presunción de inocencia— haya generado un retroceso en el sistema indemnizatorio del Estado por la pérdida de libertad indebida”²⁵.

22 Vid., por todos, TAPIA FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia en el ordenamiento jurídico español”, Justicia, 2013, núm. 2, pp. 139 y ss

23 Sobre el tema, vid. GONZÁLEZ PEDRAZ, J., “Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia por prisión preventiva indebida TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6.ª, 23-11-2011”, Editorial jurídica Sepin, TOP Administrativo, Documento referencia SP/SENT/533119. Con carácter más divulgativo, pero con meridiana claridad y concisión, LÓPEZ, J., “El derecho a ser indemnizados (ahora sí) se reconoce a todos los que sufran indebidamente prisión preventiva”, Editorial jurídica Sepin, www.sepin.es, <https://blog.sepin.es/2019/07/derecho-indemnizacion-prision-preventiva/>, 9 julio, 2019, pp. 5 y 6 (fecha última consulta: 21/09/2020)

24 En el fundamento de esta restrictiva interpretación por parte del TS respecto del derecho a obtener la indemnización, se han querido ver desde razones estratégicas (tendientes a forzar la modificación legislativa del precepto), hasta razones presupuestarias (no es desdeñable la influencia económica de estas decisiones en las arcas públicas), pasando por el inevitable rechazo social que puede provocar la generalización de la indemnización en determinados supuestos de absolución, como pueden ser, por ejemplo, los derivados de la apreciación de una prueba prohibida. De todos ellos da cuenta DE HOYOS SANCHO, M, en “La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas”, Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, nº1, pp. 143 a 145.

25 COBREROS MENDEZONA, E., “El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”, Revista de Administración Pública, 209, 2019, pp. 13-44, p.9. Anota este mismo autor el significativo dato de que “para hacernos una mejor idea del alcance de este giro jurisprudencial operado a partir de 2010, podemos señalar que, desde entonces (y salvo error), el Tribunal Supremo solo ha concedido una solicitud de indemnización basada en el art. 294 LOPJ [con cita de la STS de 17 de mayo de 2016, rec. 3696/2014, ponente

En un panorama como el descrito, el siguiente paso venía servido en bandeja: muchos de los imputados absueltos por inexistencia subjetiva del hecho a los que se negó indemnización por la prisión provisional sufrida –no ya solo por la imposibilidad de acudir a la vía del art. 294, sino también por la práctica imposibilidad de reconducir estos supuestos a los de error judicial (art. 293) con las exigencias que la Jurisprudencia requiere para ello- acudieron en amparo ante el TC. Alegaban éstos vulnerado, no solo su derecho a la presunción de inocencia sino también su derecho a la libertad y los principios de legalidad y seguridad jurídica. En la resolución de tales pretensiones, son de destacar dos Sentencias del TC, ambas de 2017²⁶, en las que el Tribunal estima el amparo solicitado al entender que, efectivamente, con la denegación de la indemnización y la argumentación a tal fin utilizada, la Sala 3ª del TS “emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho precepto como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa, ni indirectamente, afecten a la presunción de inocencia”²⁷. Insiste así el TC en que, las decisiones por las que los Tribunales y órganos administrativos han denegado la indemnización tras la absolución del reclamante, suscitan dudas sobre la inocencia del demandante, razón por la que deben ser anuladas a efectos de que sean sustituidas por otras compatibles con el derecho del actor a la presunción de inocencia”²⁸.

Será en estas Sentencias de 2017, en las que el TC encuentre el camino para plantearse, definitivamente, la necesidad de dotar al ordenamiento de una interpretación de la normativa acorde con el derecho a la presunción de inocencia; y, de conformidad con ello, se planteará la adecuación a la Constitución del art.

Trillo Alonso]. Aunque también hay que reconocer que la Audiencia Nacional sí lo ha hecho en una treintena de sentencias de instancia, bien que probablemente reconduciendo, ahora, a supuestos de inexistencia objetiva diversos casos que antes eran considerados como de inexistencia subjetiva: retirada de la acusación fiscal, inexistencia de pruebas, apartamiento del proceso penal o delito provocado, por ejemplo”.

26 SSTC 8/2017, de 19 de enero; y 10/2017, de 30 de enero

27 STC 8/2017, de 19 de enero

28 STC 10/2017, de 30 de enero

294.1 en una autocuestión de inconstitucionalidad²⁹ que resolverá en la STC 85/2019, de 19 de junio.

D) Cuarto escenario indemnizatorio: stc 85/2019, inconstitucionalidad parcial del art. 294.1 y ampliación *prima facie* a todos los supuestos

La Sentencia 85/2019, de 19 de junio, por la que se declara la inconstitucionalidad parcial del art. 294.1 LOPJ trae causa de una autocuestión de inconstitucionalidad que el TC se plantea, a partir del recurso de amparo interpuesto por un ciudadano al que se denegó la indemnización por la prisión provisional padecida³⁰ argumentando, tanto el Ministerio de Justicia cuanto posteriormente la AN en el recurso interpuesto contra dicha resolución, que al haber sido absuelto por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia (la prueba practicada en el juicio oral no permitía estimar acreditada su participación en los hechos) su ausencia de participación en los hechos imputados no había resultado finalmente probada; hechos, los que se le imputaron, que, por otra parte, sí se probó que existieron. Y en tal caso, no dándose la situación típica exigida por el art. 294.1 (“inexistencia objetiva del hecho imputado”) no cabe reconocer el derecho a la indemnización reclamada. Según la resolución del Ministerio de Justicia, corroborada por la instancia judicial subsiguiente -la AN-, “estamos ante el supuesto de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria sin que se haya acreditado la total desconexión de la reclamante respecto de los delitos que se le imputaban. Por otra parte, tampoco la sentencia [penal] declara la inexistencia de los hechos imputados, requisito fijado por el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”³¹.

De los tres Derechos Fundamentales que el demandante de amparo considera vulnerados (el derecho a la igualdad del art. 14

29 ATC 79/2918, de 17 de julio

30 El demandante de amparo había reclamado indemnización por la prisión provisional en la que permaneció 358 días, acordada en un procedimiento penal en el que fue absuelto de todos los cargos por la SAP Barcelona (Sección 10ª), de 13 de octubre de 2009.

31 Resolución del Secretario de Estado de Justicia, de 11 de mayo de 2011; confirmada posteriormente por la SAN, sección 3ª, de 24 de mayo de 2012, contra la que se interpone el recurso de amparo, antecedente de la autocuestión de inconstitucionalidad que nos ocupa.

CE³², el derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE³³ y el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, del art. 24.2 CE³⁴) el TC fundamenta la argumentación sobre la inconstitucionalidad del precepto en tan solo dos de ellos: el derecho a la igualdad y el derecho a la presunción de inocencia³⁵.

Ambos derechos, considera el TC que quedan afectados al reconocer el art. 294.1 LOPJ que la indemnización por la prisión provisional, por esta vía directa y expeditiva (al margen, por tanto, de la consideración del error judicial por la vía del art. 293), tan solo concurrirá en aquellos supuestos en los que la absolución o el sobreseimiento deriven de la inexistencia objetiva del hecho imputado. De ahí que finalmente, la Sentencia declare la inconstitucionalidad parcial del precepto que deberá leerse, a partir de ese momento, con el siguiente tenor literal: “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

Corrige así el TC, no solo un problema legal –el del art. 294.1 LOPJ- al que hace décadas debiera haber atendido el legislador ordinario, sino la propia interpretación regresiva que del mismo venía haciendo el TS a partir de la Jurisprudencia asentada tras 2010. La razonable posición del TC, al margen de lo que legislativamente

32 Fundamenta la vulneración del Derecho a la igualdad en que se discrimina en materia de responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la administración de Justicia los supuestos de indemnización por prisión provisional y por dilaciones indebidas.

33 Fundamenta la vulneración del Derecho a la libertad personal en que la prisión provisional supone el sacrificio del interés individual en beneficio general de la sociedad, sacrificio este que debe indemnizarse cuando se absuelve o se sobresee; lo que enlaza con el carácter objetivo de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la administración de Justicia y el art. 121 CE.

34 Alega que según el TEDH se vulnera el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que opera en el procedimiento administrativo, cuando se deniega la indemnización por haber sufrido prisión provisional por considerar que existen indicios de participación en un delito a pesar de existir una sentencia absolutoria.

35 La justificación sobre la indemnidad del Derecho a la libertad en los supuestos de prisión provisional, la argumenta el TC (FJ 5º de la Sentencia 85/2019) haciendo referencia al hecho de que la libertad, constitucionalmente entendida, admite una serie de limitaciones, entre las que se encuentra la situación de prisión provisional, que de adoptarse conforme a las exigencias legales y previa motivación y razonamiento de sus circunstancias y su proporcionalidad, no supone vulneración alguna de dicho derecho constitucional; antes al contrario es ejemplo de un sacrificio personal exigido por el sistema en aras de un interés superior o colectivo como es el ejercicio del ius puniendi en beneficio, o para protección, de la ciudadanía. “En suma [reconoce el propio TC], la persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad permite la limitación del derecho inviolable a la libertad, en las condiciones y en los casos previstos por la ley, pero también activa un mecanismo de compensación del extraordinario sacrificio que impone”.

resulte cuando, como es debido, las Cortes generales aborden el problema, pasa por excluir cualquier posible diferenciación respecto del origen de la absolución llegado el momento de reconocer el derecho al resarcimiento por la prisión provisional padecida.

En todo caso, esta posición genérica y amplia –o amplísima– respecto del reconocimiento de este derecho resarcitorio, no puede quedar exenta de algunos matices que impidan que pueda llegar a convertirse en una absoluta responsabilidad objetiva del Estado por la prisión provisional padecida en supuestos de absolución o sobreseimiento. Habrá que reconocer la especificidad que puede plantearse en absoluciones derivadas de la ilicitud de una prueba, de la prescripción o de algunos otros supuestos concretos que puedan excepcionar esa regla general indemnizatoria³⁶. De hecho, sostiene el propio TC en su Sentencia 85/2019 que “el hecho de que la compensación no sea automática en todo supuesto de prisión preventiva legítima no seguida de condena es un escenario plausible y acorde con el panorama aplicativo habitual en los países de nuestro entorno, donde tampoco se contempla una práctica indemnizatoria mecánica y sin excepciones por la privación de libertad en un proceso penal no seguida de condena más allá de las diferencias regulativas existentes”³⁷.

Profundicemos, seguidamente, en lo dicho (y lo no dicho) por el TC sobre el derecho a obtener una indemnización por la prisión provisional padecida en los casos de sobreseimiento o de sentencias finalmente absolutorias.

2. Igualdad e indemnización por prisión provisional tras sobreseimiento o sentencia absolutoria.

De los tres derechos fundamentales que, según el TC se plantea en la autocuestión de inconstitucionalidad, pudieran quedar afectados por el art. 294.2 LOPJ en la redacción del momento (el derecho a la libertad –art. 17 CE–, el derecho a la igualdad –art. 14 CE– y el derecho a la presunción de inocencia –art. 24.2 CE–) y descartada en la Sentencia la afección del primero de ellos, veamos a continuación cuál es la argumentación en la que sustenta este Tribunal la vulneración del derecho a la igualdad.

³⁶ Sobre el tema, DE HOYOS SANCHO, M., “La indemnización (...)”, cit., pp. 164 y ss.

³⁷ STC 85/2019, de 19 de junio. FJ 4

El punto de partida lo sitúa el Alto Tribunal en torno a si la selección de supuestos indemnizables introduce diferencias de trato arbitrarias en función de cuáles hubieran sido las razones de la absolución o el sobreseimiento; pudiendo resultar, en tal caso, contrario al art. 14 CE que se indemnice cuando el privado de libertad y posteriormente absuelto (o sobreseído) lo ha sido por inexistencia del hecho objetivo y no se indemnice, sin embargo, cuando lo hubiera sido por otras causas. El objetivo de su análisis queda enmarcado, así, en los siguientes parámetros: “examinar si la concreta decisión del legislador introduce diferencias injustificadas, irrazonables o desproporcionadas entre situaciones equiparables”³⁸.

El razonamiento del TC pasa por asumir que todas las personas que han sufrido una privación de libertad como consecuencia de una prisión provisional y que luego han resultado absueltas (o cuya causa ha resultado sobreseída) se encuentran en una situación homogénea respecto de los daños causados por el padecimiento de esa prisión provisional, con independencia de cuál fuera la causa de la absolución o del sobreseimiento. Se reafirma así el propio Tribunal en la idea de que, atendiendo, pues, al resultado, la situación de todos estos imputados absueltos resulta homogénea tal y como tuvo ya ocasión de analizar y argumentar en su Sentencia 89/1992. Sin embargo, en aquella ocasión –y la diferencia es fundamental-, la interpretación del Tribunal partía de la justificación de la prisión provisional en tanto supuesto de error judicial. Superada ahora esa antigua concepción de la prisión provisional como error –considerada entonces como necesaria para justificar su indemnización³⁹ y

38 FJ 6, in fine, STC 85/2019 de 19 de junio

39 Especialmente ejemplificativo de la superación de esta tesis que encuentra la justificación de la prisión provisional indemnizable en la comisión de un error judicial, resulta el decir de la STC 85/2019, en su FJ 3º: “el art. 294 LOPJ constituye una previsión normativa específica que permite indemnizar supuestos de prisión preventiva legítima, caracterización en la que han coincidido tanto el abogado del Estado como la fiscal general del Estado. Esas situaciones de prisión provisional constitucionalmente legítimas obedecen a decisiones judiciales irreprochables, adecuadas en tanto se dan los presupuestos y requisitos para adoptar la medida cautelar en el proceso penal. No existe, pues, ni error del órgano judicial que acuerda la prisión preventiva ni funcionamiento anormal en su comprensión habitual. A esa caracterización no obsta el dato de que posteriormente el imputado en prisión provisional resulte absuelto o ni siquiera sea finalmente acusado y enjuiciado (STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 4). La corrección de la medida debe evaluarse sobre la base de lo conocido por el juez en el momento de su adopción (...). No puede enjuiciarse ex post la corrección de la decisión judicial de acordar la prisión, introduciendo circunstancias que no existían en el momento de su adopción, como el sobreseimiento o la absolución”. Cita en este sentido también, doctrina del TEDH en las Sentencias de 6 de abril de 2000, asunto *Labita c. Italia* (§§ 153, 155) y de 22 de diciembre de 2004, asunto *Iliev c. Bulgaria* (§ 40)”.

más allá, por tanto, de la homogeneidad de situaciones en atención a los resultados, el TC advierte (STC 85/2019) que también en atención a la finalidad de la norma (compensar el sacrificio individual de quien ha padecido prisión provisional en aras de un interés colectivo en el ejercicio del *ius puniendi*), las situaciones indemnizables son igualmente comparables; o, dicho de otro modo, resultan también homogéneas: “Desde esa premisa, pero ya en las coordenadas teleológicas más precisas en que hemos localizado el precepto con anterioridad, esto es, como mecanismo de compensación del sacrificio legítimo de libertad y no como indemnización de una prisión defectuosamente acordada, no se alcanza una justificación objetiva y razonable para excluir los supuestos de acreditada no participación en los hechos. Incluso si el ámbito indemnizable fijado por el art. 294.1 LOPJ con la referencia a la «inexistencia del hecho imputado» se extiende tanto a la inexistencia objetiva del hecho como a la subjetiva, no resulta razonablemente justificado con la sola base de la finalidad indemnizatoria de la norma excluir los supuestos de absolución o de sobreseimiento por insuficiencia de la prueba de cargo, atañe dicha insuficiencia al hecho o a la participación. En un sentido análogo, la lectura de los supuestos de inexistencia del hecho imputado como traducción de la prueba de la inocencia del sujeto deja fuera los casos en que la ausencia de condena se debe a que se aprecia una causa de justificación, esto es, de los supuestos en los que el comportamiento del sujeto es conforme a Derecho”⁴⁰.

La consecuencia lógica que, al abrigo del art. 14 CE, cabe extraer de la anterior doctrina no puede ser otra distinta que la de dispensar un tratamiento homogéneo a situaciones homogéneas. En este sentido, razona el TC que si cualquier diferencia de trato que pueda introducirse entre la posible indemnización de unos daños producidos en situaciones homogéneas, atenta al derecho a la igualdad de trato que consagra el art. 14 CE, la diferenciación de supuestos para obtener la indemnización por prisión provisional que ampara la redacción del art. 294.1 LOPJ debe reputarse inconstitucional. En palabras, pues, del propio TC y a modo de conclusión: “No se encuentra motivación alguna por el que no activar el mecanismo de

⁴⁰ FJ 7, STC 85/2019 de 19 de junio.

reparación del sacrificio introducido para casos análogos”⁴¹. Como argumenta en la propia Sentencia, “La diferencia de trato desde una perspectiva indemnizatoria entre quienes, después de sufrir prisión preventiva, no resultan condenados por haberse probado la inexistencia del hecho y quienes lo han sido por otras razones de fondo es, además, radical, pues solo los primeros pueden ver satisfecha su pretensión de ser indemnizados. Esa diferencia no solo carece de justificación desde la finalidad del precepto que recoge el derecho a la indemnización de quienes se vieron privados de su libertad en aras el interés común, sino que resulta evidentemente desproporcionada en sus consecuencias, de un carácter gravoso extraordinario, ya que quedan excluidos del derecho a la indemnización, por lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE)”⁴².

3. Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional tras sobreseimiento o sentencia absolutoria

Explicar la incidencia que en el derecho a la presunción de inocencia pueda tener el derecho a obtener una indemnización por la prisión provisional padecida, en los supuestos en los que el proceso termina por sobreseimiento o sentencia absolutoria, pasa por aclarar el marco interpretativo en el que, según el TEDH, este se desenvuelve. La clave se sitúa, pues, en la interpretación que dicho Tribunal efectúa del art. 6.2 CEDH.

En relación con ello, debe tomarse como punto de partida que para el alto Tribunal europeo, el art. 6.2 no obliga a los Estados a regular sistema indemnizatorio alguno; y, en tal sentido, el hecho de que no exista el reconocimiento a un derecho resarcitorio tras el padecimiento de una prisión provisional en las condiciones descritas, no supone vulneración alguna del Derecho a la presunción de inocencia⁴³.

Sin embargo, de establecerse un sistema resarcitorio de la prisión provisional padecida, de la doctrina del propio Tribunal derivan dos extremos que necesariamente deberán ser tomados en consideración.

41 FJ 7, in fine, STC 85/2019 de 19 de junio.

42 FJ 9, STC 85/2019, de 19 de junio.

43 STEDH *Puig Planella* c. España, de 25 de abril de 2006, apartado 52. Cuestión desarrollada en páginas anteriores de este mismo texto, a cuyo análisis me remito para evitar reiteraciones.

Primero, que a juicio del TEDH, el derecho a la presunción de inocencia opera *ad extra* del proceso penal, como regla de tratamiento, en el sentido de que, declarada mediante sentencia la absolución del imputado (o no declarada su culpabilidad como consecuencia de un posible sobreseimiento de la causa), cualquier interpretación posterior que albergue dudas al respecto resultaría vulneradora del Derecho a la presunción de inocencia del art 6.2 CEDH. Literalmente sostiene el Tribunal que resultaría vulneradora del art. 6.2 cualquier actuación posterior “que refleja el sentimiento de que es culpable, cuando su culpabilidad previamente, no ha sido legalmente establecida”⁴⁴.

Y, segundo, que –a juicio del TEDH– el derecho a la presunción de inocencia no admite distinciones en función de la causa o el motivo en el que se funde la declaración formal de la misma. En tal sentido, tan inocente debe considerarse al imputado absuelto por la probada inexistencia del hecho o la atipicidad del mismo (“inexistencia objetiva del hecho”), cuanto al imputado absuelto por su probada no participación en los hechos (“inexistencia subjetiva del hecho”) cuanto, por último, al imputado absuelto por falta de prueba o incluso no declarado culpable como consecuencia del sobreseimiento de la causa. En todos estos supuestos, la inexistencia de una condena hace que rija en toda su extensión el derecho a la presunción de inocencia sin que quepa establecer distinción alguna en función de la causa de la no condena⁴⁵. Como reitera, lapidariamente, el propio

44 Así lo establece el apartado 51 de la STEDH *Puig Planella* c. España que, a renglón seguido y para explicar esa vertiente del Derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, reconoce que “el campo de aplicación del art. 6.2 se limita, por tanto, a los procesos penales que continúan pendientes, pero se extiende a las decisiones judiciales adoptadas tras la suspensión de las diligencias, o tras una absolución. Así, una decisión que niegue al acusado, tras la suspensión de las diligencias, una indemnización por el ingreso en prisión preventiva, puede plantear problemas bajo el ángulo del art. 6.2 si motivos indisolubles del dispositivo equivalen en sustancia a una constatación de culpabilidad sin que esta haya sido previamente establecida de manera legal”. Sobre ello nos hemos detenido en páginas anteriores de este trabajo a las que ahora me remito.

45 En palabras del TEDH, “no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución resultante de una constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona (...) las sentencias de absolución no se diferencian en función de los motivos tenidos en cuenta en cada ocasión por el Juez penal. Al contrario, en el marco del artículo 6.2 del Convenio, el fallo de una sentencia absolutoria debe ser respetado por toda autoridad que se pronuncie directa o incidentalmente sobre la responsabilidad penal del interesado (...). Exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva no parece razonable y denota una violación de la presunción de inocencia” (STEDH *Tendam* c España 13 de julio de 2010, núm. 25720/05, apartado 14). Esta posición, resultó ratificada por el propio Tribunal en Sentencias posteriores como la STEDH, Sección 3ª, de 16 de febrero de 2016, caso *Vieeland Boddy y Marcelo Lanni* c. España, en la que se insiste en que “no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución fundamentada en ausencia de pruebas y una abso-

Tribunal en sus sentencias: “exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva no parece razonable y denota una violación de la presunción de inocencia”⁴⁶.

En ambos requisitos, consideró el TEDH que fallaba la legislación Española⁴⁷ y por ambos motivos consideró finalmente el TC que la normativa que regulaba el acceso a la indemnización por la prisión provisional padecida, cuando el proceso concluía por sentencia absolutoria o sobreseimiento no respetaba la exigencias del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. Constata así la STC 85/2019⁴⁸, que el art. 294.2 LOPJ, declarado parcialmente inconstitucional, en la interpretación que de él hacían los Tribunales, lo que permitía, precisamente, era valorar los motivos en los que se fundaba la absolución o la no declaración de culpabilidad y en tal caso, reconocer tan solo derecho a indemnización a aquellos imputados absueltos por inexistencia objetiva del hecho, atipicidad del mismo o probada ausencia de participación subjetiva en los hechos delictivos acaecidos, dejando así, al margen de una posible indemnización, a todos los imputados absueltos por falta de prueba. Y con ello, generaba la “sensación” –por utilizar las palabras del TEDH- de que se les estaba tratando como posibles culpables o como “dudosos” inocentes. Tratamiento que, según se ha visto, resulta vulnerador del Derecho a la presunción de inocencia, según interpretación del TEDH, sobre el art. 6.2 del Convenio, que acoge el TC para el art. 24.2 de la CE.

En realidad y si bien se observa, esta interpretación del TEDH aboca a los Estados que decidan reconocer un derecho resarcitorio por la prisión provisional padecida cuando el proceso termina por absolución o sobreseimiento, a una suerte de responsabilidad patrimonial del

lución resultante de una constatación incontestable de la inocencia”; recuerda también, como ya sostuvo en la Sentencia *Capeau* contra Bélgica, que “exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de una reclamación de indemnización por prisión provisional no parece razonable y revela una vulneración de la presunción de inocencia” (apartado 40)

46 Así, SSTEEDH *Tendam* c España, *Vlieeland Boddy* y *Marcelo Lanni* c. España, o *Capeau* contra Bélgica.

47 De ahí las condenas en las Sentencias *Puig Planella* c. España (en relación con la primera de las exigencias) y *Tendam* c. España y en los asuntos acumulados *Vlieeland Boddy* y *Marcelo Lanni* c. España (en relación específicamente con la segunda de las exigencias pero recordando también el incumplimiento de la primera, por parte de la legislación española)

48 Esta interpretación, no obstante, tuvo sus antecedente en dos sentencias de 2017; las SSTC 8/2017, de 19 de enero; y 10/2017, de 30 de enero

Estado de carácter objetivo: Decretada la prisión provisional y acaecida la absolución (o el sobreseimiento) no cabe realizar interpretación o valoración alguna que afecte a la absolución o a la no culpabilidad; si no es culpable goza de la presunción de inocencia –independientemente de los motivos por los que no haya sido declarado culpable- y si goza del derecho a la presunción de inocencia, cualquier valoración que la ponga en duda –y condicione, por tanto, el reconocimiento de la indemnización- atentaría contra el art. 6.2 CEDH.

Al margen pues de las posibles modulaciones de la cuantía indemnizatoria en función del caso concreto, así como de las posibles excepciones que por causas diversas quepa admitir frente a la regla general (*v.gr.* prescripción, indulto, prueba prohibida...), esa es la línea, pues, en la que habrá de interpretarse el redactado del art. 294.2 LOPJ tras su declaración de inconstitucionalidad parcial y la línea que deberá tener presente el legislador español cuando aborde esperemos que, de forma inminente- la regulación de esta materia.

Conclusiones

PRIMERA: El padecimiento de una situación de prisión provisional genera unos daños en la persona que la sufre que, en caso de que el proceso concluya por sobreseimiento o sentencia absolutoria, deben hacer surgir la consiguiente responsabilidad indemnizatoria por parte del Estado.

SEGUNDA: El fundamento de dicha indemnización no se justifica desde la teoría del error judicial. Hasta fechas recientes tanto desde una perspectiva legislativa, cuanto desde la jurisprudencia, apoyada también por la opinión de un importante sector doctrinal, se consideraba que la responsabilidad del Estado por la prisión provisional padecida cuando el procedimiento concluía por absolución o sobreseimiento, encontraba su fundamento en el error judicial cometido por este al acordar la medida cautelar. Sin embargo, precisamente por esa naturaleza cautelar de la prisión provisional, es posible y sucede que aun estando correctamente acordada, decretada conforme a las exigencias y requisitos legales y en persecución de un fin propiamente cautelar, quien la padece sufra unos daños de los que el Estado debe responder. Carece de sentido en la situación expuesta, tratar de justi-

ficar esa responsabilidad patrimonial del Estado en la existencia de un error que, en puridad, no se ha cometido; lejos de ello, tal fundamento ha de buscarse en la necesidad de resarcir al ciudadano por la exigencia de un sacrificio personal en aras de un beneficio o interés colectivo (el ejercicio del *ius puniendi* del Estado; el objetivo de garantizar la paz social mediante el proceso).

TERCERA: Sobre la base del Derecho Fundamental a la presunción de inocencia, cuanto del también Derecho Fundamental a la igualdad de trato, no cabe establecer distinciones basadas en la causa de la absolución o la no culpabilidad para reconocer (o no) el derecho resarcitorio; tan indemnizables (o no indemnizables) resultarán, pues, los daños padecidos por un imputado absuelto tras probarse indubitadamente su falta de participación en los hechos, cuanto el imputado absuelto por falta de pruebas. Así lo establece con total claridad la doctrina del TEDH y, sin embargo, este constituyó el punto de inflexión en el que la reacción del TS español resultó más criticable: frente a la interpretación que venía haciendo de la normativa vigente (art. 294.1 LOPJ) y que le permitía indemnizar en los supuestos de inexistencia o atipicidad del hecho, así como de ausencia probada de participación del imputado en el mismo por un lado, y no indemnizar en los supuestos de absolución por falta de pruebas por otro, en lugar de optar –como sin duda hubiera sido razonable– por reconocer ese mismo derecho resarcitorio a quién resultara absuelto por falta de pruebas, el TS decidió apostar por una interpretación restrictiva del precepto que limitara los supuestos indemnizatorios por esta vía directa del art. 294.1 a, tan solo, los de “inexistencia objetiva del hecho imputado” relegando la eventual indemnización de los casos de inexistencia subjetiva del hecho a lo que resultara de la tramitación del correspondiente error judicial por la vía del art. 293 LOPJ. Si bien se observa, lo que el TEDH cuestionaba era que se excluyera de la indemnización a quienes resultaban absueltos por no haberse podido probar su participación en los hechos, dándoseles, de este modo, un tratamiento resarcitorio diferente del que recibían quienes resultaban absueltos tras probarse su no participación en los mismos; pero en modo alguno cuestionaba la indemnización reconocida en este último caso. Ante una situación como la expuesta,

la salida de los Tribunales españoles podría haber sido muy fácil y distinta de la escogida: incluir en el reconocimiento de este derecho a obtener indemnización directa del Estado por la prisión provisional padecida, también a aquellos imputados que finalmente resultaron absueltos por falta de pruebas o en relación con los cuales se decretó el sobreseimiento libre.

CUARTA: Tras la STC 85/2019, de 19 de junio, por la que se declara la inconstitucionalidad parcial del art. 294.1 LOPJ, el derecho a obtener indemnización del Estado por la prisión provisional padecida cuando el proceso concluye por sobreseimiento libre o sentencia absolutoria se generaliza siendo, a partir de ahí, labor del legislador ordinario –esperemos que perseguida con mayor éxito e interés que la de determinar los supuestos indemnizatorios- la de precisar, más allá de los criterios de modulación de la cuantía, los diversos condicionantes que pudieran recaer sobre el desarrollo de dicho derecho resarcitorio. Y son muchos los interrogantes que se abren: supuestos de prescripción, indulto, prueba prohibida...

REFERENCIAS.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1996). “Presunción de inocencia y prisión sin condena, Detención y Prisión provisional”. En *Cuadernos de Derecho Judicial*. No 18 pp. 13-46.
- ASENCIO MELLADO J.M. (2005) “La Reforma de la prisión provisional: El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 2, pp. 1584-1595.
- ASENCIO MELLADO J.M. (2008). “Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003”, en *Nuevos retos de la Justicia penal*, ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO, Dirs., pp 123 a 160.
- CAMPANER MUÑOZ, J. (2017). “La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana (1)”, *LA LEY Penal* n° 129, noviembre-diciembre 2017, N° 129, 1 de nov. de 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- COBREROS MENDAZONA, E. (2019). “El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”, *Revista de Administración Pública*, 209, pp.13-44.
- DE HOYOS SANCHO, M. (2020). “La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas”, *Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n°1.
- DEL RÍO LABARTHE, G. (2020). *Derecho procesal Penal* (ASENCIO MELLADO, Dir., FUENTES SORIANO, Coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª Edición, 2020.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Ed. Iustel.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- GONZÁLEZ PEDRAZ, J., “Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia por prisión preventiva indebida TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6.ª, 23-11-2011”, *Editorial jurídica Sepin, TOP Administrativo*, Documento referencia SP/SENT/533119.
- LÓPEZ, J. (2019). “El derecho a ser indemnizados (ahora sí) se reconoce a todos los que sufran indebidamente prisión preventiva”, *Editorial jurídica Sepin*, www.sepin.es, <https://blog.sepin.es/2019/07/derecho-indemnizacion-prision-preventiva/> 9 julio, 2019, pp. 5 y 6 (fecha última consulta: 21/09/2020).
- RODRIGUEZ RAMOS, L. (2019) “¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019 de 19 de junio: sumarias loas y críticas”, *Diario LA LEY*, n° 9477, de 13 de septiembre de 2019, N° 9477, 13 de sep. de 2019, Editorial Wolters Kluwer.
- RODRIGUEZ RAMOS, L. (2019) “Responsabilidad patrimonial del Estado-juez por padecer prisión preventiva el luego absuelto”, en www.abogacia.es, 12 de noviembre 2019 (<https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/>

[responsabilidad-patrimonial-del-estado-juez-por-padecer-prision-preventiva-el-luego-absuelto/](#)). Fecha última consulta, 22/09/2020.

TAPIA FERNÁNDEZ, I. (2013). “La responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia en el ordenamiento jurídico español”, Justicia, 2013, núm. 2.

Asunción de responsabilidad por el daño en el uso de la robótica

Alix Johana Pedraza Guacaneme¹

Resumen: En desarrollo del Semillero de Investigación se planteó establecer quién responde por los daños causados con la implementación de la Inteligencia Artificial, desde una metodología descriptiva analítica se pudo realizar esta exposición académica. Sin duda la introducción de tecnología con Inteligencia Artificial, que se incorporan cada vez más en la cotidianidad del mundo en que convivimos, implica riesgos y daños ocasionados directa o remotamente, que ya empiezan a presentarse y se vislumbran otros tantos en el futuro, creando problemas que difícilmente se resuelven con los mecanismos jurídicos existentes, por ello, es preciso ser proactivos y no reactivos ajustando o concibiendo nuevas alternativas jurídicas, nuevas reglas que permitan soluciones efectivas bajo la interpretación de estos nuevos escenarios económicos, sociales y jurídicos. Cumpliendo con la finalidad de proteger la integridad y el equilibrio-patrimonial de la colectividad manteniendo una convivencia pacífica. La inteligencia artificial corresponde al desarrollo de herramientas tecnológicas que avanza a pasos agigantados, con el objetivo de proporcionar beneficios a la humanidad, pero como propósito puede traer inmersos efectos secundarios, cambios que de momento solo se intuyen, aun cuando algunos ya se materializan, entre ellos el daño a consecuencia de su implementación, en la órbita patrimonial y extrapatrimonial, llegando a afectar la dignidad de las personas. Siendo una tendencia que, en los daños causados por el uso de la Inteligencia Artificial, la responsabilidad que se asume será la establecida por el régimen de responsabilidad objetiva, lo importante que hay que dilucidar es quién asume esta responsabilidad.

Palabras Clave: Asunción de responsabilidad; daño; inteligencia artificial.

¹ Estudiante de Séptimo Semestre de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. Integrante del Semillero Derecho Privado - Revolución 4.0 en el contexto jurídico y social. Grupo de Investigación que avala al Semillero - Auditorio Constitucional. ajpedraza@correo.iue.edu.co

Assumption of responsibility in damages caused by Artificial Intelligence

Abstract: In the development of the research group, it was proposed to establish responsibility for the damages caused by artificial intelligence implementation. From a descriptive-analytic methodology, this academic presentation could be made. Undoubtedly, the introduction of technology with Artificial Intelligence, which is increasingly incorporated into the daily life of the world in which we live, implies risks and damages caused directly or remotely. Some of them are already beginning to appear, and many others are envisioned in the future, creating problems that are difficult to solve with existing legal mechanisms. Therefore, it is necessary to be proactive and not reactive, adjusting or conceiving new legal alternatives. These new rules allow effective solutions under the interpretation of contemporary economic, social, and legal scenarios. They are fulfilling the purpose of protecting the community's integrity and patrimonial balance by maintaining a peaceful coexistence. Artificial intelligence corresponds to the development of technological tools that advances by leaps and bounds, intending to provide benefits to humanity. However, it can bring immersive side effects, only intuited changes, and just a few were materialized. Among them, the damage resulting from its implementation, in the patrimonial and extra-patrimonial orbit, or even in the people's dignity. Being a tendency that, in the damages caused in the use of Artificial Intelligence, the responsibility that is assumed will be established by the strict liability regime, the critical thing to be clarified is who takes.

Key Words: assumption of responsibility; tort law; damages; Artificial Intelligence,

1. Generalidades frente al daño

Entendiendo que, se requiere identificar qué es el daño como posibilidad de menoscabo en el patrimonio o en la integridad de un tercero, se hace necesario entender que cuando se habla del daño, es apropiado identificar los elementos necesarios para que en la responsabilidad civil se configure; En el desarrollo de este escrito, tres son esenciales: el hecho, modificación de una situación anterior, ejecutado por una persona, bien sea directa, indirectamente o mutación física producida por una cosa (impacto, contacto, objeto o bien); el nexo causal, y obviamente el daño, en ocasiones se puede identificar un cuarto elemento que no es exigible en todos los eventos en que se causa daño y es la culpa.

En la responsabilidad civil extracontractual, el hecho puede ser: propio, en este caso es importante identificar el elemento culpa y por ende se pudiera hablar de una culpa probada. Así mismo en la extracontractual, se encuentra también el hecho ajeno o de terceros, hecho de las cosas animadas o inanimadas y por último se tiene las actividades peligrosas, en donde, el elemento culpa no es exigible y por ello se puede hablar de que se presume la responsabilidad.

Ahora frente al nexo causal, es aquella necesaria e indispensable “relación entre el daño causado y la conducta del que está llamado a responder” (Quintero,1994, p.89), pero cuando el nexo causal se rompe o se interrumpe bien sea por el hecho exclusivo de un tercero, culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito, en otras palabras, causa ajena o causa extraña, se configuraría lo que la doctrina denomina un eximente de responsabilidad en materia civil. Resaltando que para hablar de fuerza mayor y caso fortuito es necesario identificar imprevisibilidad e irresistibilidad de manera concomitante. Sumado a esto, el elemento daño, se entiende como un “trastorno, menoscabo o lesión de un bien, un derecho o un patrimonio en su aspecto económico, pecuniario o material, o en su aspecto emocional o fisiológico” (Martínez Rave & Martínez Tamayo, 2003, p.20), sea privado, particular o colectivo.

Existe un cuarto elemento en la configuración del daño denominado la culpa (que no es esencial en el desarrollo de esta

ponencia), es ese factor subjetivo y consiste en la voluntad o querer del presunto responsable en la ejecución del hecho, aunque, dependiendo de su identificación en el daño hará que se configure bien sea, la responsabilidad culpabilística, identificándose ese factor subjetivo para la imputación o responsabilidad objetiva por su ausencia (Martínez Rave & Martínez Tamayo, 2003)

Una vez registrado el daño, este puede lesionar diversos bienes jurídico, de allí su clasificación para reparar el perjuicio causado:

Los perjuicios patrimoniales, aquellos que afectan la esfera patrimonial y la doctrina clasifica en daño emergente y lucro cesante. Y los perjuicios extrapatrimoniales, aquellos que afectan la esfera emocional, afectiva o de un buen relacionamiento con el mundo, entre ellos se distinguen: El perjuicio moral, que a su vez pueden ser objetivado o subjetivado; objetivados aquellos que resultan de las repercusiones económicas, como de las angustias o trastornos psíquicos que se padecen a consecuencia de un hecho dañoso, como por ejemplo los impactos sentimentales, afectivos o emocionales que deben ser intervenidos, y los subjetivados o precio del dolor, aquellos que lesionan aspectos sentimentales, afectivos o emocionales que originan angustias, dolores internos, psíquicos que no son fácil de describir, de definir y menos evaluar. Así mismo se tiene que entre los extrapatrimoniales a lo largo de la historia se han reconocido perjuicios como el perjuicio fisiológico, aquellos que afectan la integridad funcional o fisiológica; los estéticos, aquellos que refieren al deterioro, modificación, alteración a la integridad estética de la persona; evolucionado hoy en el perjuicio moral y el daño a la vida de relación, que es aquel que se relaciona con la imposibilidad de la persona de gozar, de la misma manera, de los placeres de la vida. (Martínez Rave & Martínez Tamayo, 2003).

Por ende, del daño es que se impone la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un acto, conducta o un hecho, esto es la responsabilidad jurídico civil. Así entonces, tradicionalmente dependiendo del origen de la obligación puede ser: Contractual, concreta por violar una obligación específica estipulada en un contrato; o la Extracontractual, abstracta pues nace de un compromiso legal

establecido por conveniencia del grupo social, el cual consiste en no causar daño a ninguna otra persona en su integridad o bienes.

Entendiendo el daño, y la teoría general de la responsabilidad civil, en el desarrollo de este trabajo, se cuestiona ¿qué sucede si un ente dotado de Inteligencia Artificial es el causante de un daño que deriva en un perjuicio? En ese orden de ideas es menester entender la Inteligencia Artificial y el Robot como partícipes cotidianos de nuestra sociedad.

2. Qué es Inteligencia Artificial y Robot

Haciendo un recuento de cómo se llegó a la denominada Revolución 4.0, se puede establecer que “entre los años 1750 a 1830, surgen la energía a vapor, trenes y nuevas máquinas, lo que denominamos la *primera revolución industrial*, más adelante para los años 1870 y 1900 en búsqueda de fuente energéticas se desarrollan la electricidad, el motor de combustión y el agua corriente lo que se conoce como la *segunda revolución industrial*; posteriormente hacia 1960 hasta llegar al año 2000 nos hallamos frente a la *tercera revolución industrial*, la cual no sigue la misma línea de las predecesoras, es decir en búsqueda de fuentes energéticas sino que se enmarca en el procesamiento y velocidad de la información, de aquí deviene el surgimiento y desarrollo de ordenadores y la internet. y finalmente en la que nos encontramos actualmente sería la *cuarta revolución industrial*. que se ocupa de los avances en tecnología, robótica e inteligencia Artificial. (Ortega, 2016, p.19).

2.1. Inteligencia Artificial

Muchas son las acepciones, pero una definición actualizada de Inteligencia Artificial se resume en “Capacidad de un sistema para interpretar datos externos correctamente, aprender de dichos datos y usar esos aprendizajes para lograr objetivos y tareas específicas a través de una adaptación flexible” (Kaplan & Haenlein, 2019). Precisamente porque lo que se ha perseguido con este tipo de tecnologías es emular los procesos mentales, empleando *Machine learning* (aprendizaje automático), como un sistema de capas, que recibe una pieza de entrada (información), realiza cálculos simples de

esa entrada y la pasa a la siguiente capa y así sucesivamente hasta llegar a la capa final que representa la respuesta (conducta). (Hutson, 2017), proceso denominado *Deep learning*.

La Inteligencia Artificial (IA) también ha tenido su evolución por describirlo de alguna manera, primero la INTELIGENCIA ARTIFICIAL ESTRECHA O DÉBIL, “aquella se centra en la especificidad de tareas, son sistemas expertos” (Kaplan & Haenlein, 2019, p.2-3); “basados en reglas y dominios bien definidos, en los que el conocimiento se recopiló de un experto humano, expresado en reglas “si-entonces”, (...) Tal razonamiento habilitado por los sistemas se aplicó con éxito a problemas estrechamente definidos, pero no tenía la capacidad de aprender o lidiar con la incertidumbre” (NSTC - NITRD subcommittee, 2016,p.12). y el segundo denominado INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERAL O FUERTE “se caracteriza por el ascenso del aprendizaje automático (*machine learning*). La disponibilidad de cantidades significativamente mayores de datos digitales, capacidades computacionales paralelas masivas relativamente económicas y técnicas de aprendizaje mejoradas” (NSTC - NITRD subcommittee, 2016, p.12).

Estos sistemas de IA se pueden integrar a estructuras denominadas robots.

2.2. Robot

“Máquina o ingenio electrónico programable que es capaz de manipular objetos y realizar diversas operaciones”. (RAE, 2019).

Japón en su ley sobre el Plan de Desarrollo de la Robótica (*New robot strategy*), define al robot clásico como aquella máquina equipada con tres elementos; sistemas de sensor, control humano y actuador, pero a su vez aclara que este concepto ha de maximizarse en congruencia con la emergente generación de IA General ya expuesta, que permite el acceso al mundo real sin la ayuda del sistema de actuación específico. En otras palabras, la definición convencional de robots ya no puede ser concluyente, se debe mantener amplias perspectivas de los robots para el futuro al mapear una forma de robots de próxima generación. (The Headquarters for Japan’s Economic Revitalization, 2015).

A los robots dotados de IA, se les estudia desde un campo denominado robótica, se han identificado diversos modelos por su aplicabilidad y utilidad, son tan amplios que prácticamente pueden ser empleados y ajustados a cualquier **ámbito**; aquí se enuncian algunos de los más representativos: los vehículos autónomos, drones, sistemas quirúrgicos con tecnología robótica, rehabilitación e intervención en el cuerpo humano (prótesis robóticas), robots asistenciales (geriátricos, compañía), robots para realizar compras virtuales, sistemas predictivos, robots médicos y robots sustitutivos de labores humanas (meseros, presentadores, recepcionista, editores), entre otros.

Los robots más autónomos tienen la posibilidad de ocasionar perjuicio, por ello es importante identificarlos.

3. Riesgos de daño identificable en la robótica con IA general

Para Vasic y Billard, 2013, citados por Palmerini, 2017:

Las tipologías de riesgos a afrontar, inicialmente, se encuentran ligados a los vicios de ingeniería o de programación (un escaso examen de los componentes mecánicos, defectos del sistema electrónico o del software, algoritmos no confiables), a errores humanos del operador, a condiciones ambientales que obstaculizan la actividad de los sensores. Un mal funcionamiento podría generar que el robot no se detenga ante la presencia de un obstáculo, que asuma una velocidad excesiva, que se ponga bruscamente en movimiento, en definitiva, que asigne una respuesta incorrecta a los estímulos que recibe. (p. 74)

Se enuncian algunos de los riesgos que se registran, asociados al uso de tecnología robóticas con IA.

1. Armas autónomas, Este tipo de riesgo ha sido advertido por Elon Musk² y reiterado en 2019 por el secretario general de la ONU António Guterres, en la reunión anual del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre las Tecnologías Emergentes en el Ámbito de los Sistemas de Armas Autónomas Letales, que se reúne en Ginebra.

2. Discriminación y sesgo informático, un ejemplo claro es COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), sistema informático inteligente empleado de manera generalizada por jueces de Estados Unidos para predecir la tasa de reincidencia de un criminal y poder tomar así decisiones fundamenta-

² Elon Musk, fundador de tesla y cofundador de Open AI

das en lo relativo a libertades condicionales o permisos penitenciarios, el cual usa datos históricos entre ellos género y etnia, información contaminada por el sesgo racial histórico y este a su vez lo replica.

3. En este tipo de riesgos también se incluye los sistemas de IA empleados en selección y contratación laboral como le sucedió a Amazon, que debió suspender el uso de esta herramienta al advertir que el algoritmo presentaba un sesgo sexista, a la hora de calificar a los candidatos para los trabajos de desarrollo de software y otros puestos técnicos.

4. Perfilamiento de Jueces y Magistrados, revelan el estándar de comportamiento de éstos, permitiendo la predicción de fallos.

5. Manipular a la sociedad: almacenan estadísticas de comportamiento, gustos intereses, hábitos de la población y así mismo filtra la información de su interés con el propósito de condicionar sus comportamientos.

6. Accidente de tránsito con vehículos autónomos, comparten espacios o ambientes con otros vehículos y peatones que actúan de manera imprevista.

7. Robots asistenciales y sociales, interactúan con las personas

8. Prótesis biónicas, interpretación de la señal que conduce el movimiento del miembro artificial o del dispositivo externo, adicional a ello se debe reflexionar en límites éticos, con una finalidad funcional y no desbordar su uso creando superhombres.

9. Accidentes en fabrica donde interactúan humanos con robot, para el 2015 en una fábrica alemana de producción de Volkswagen un hombre muere al recibir un golpe en el pecho por un robot y ser aprisionado contra una placa de metal.

10. Invasión de la privacidad para oprimir socialmente: seguimiento al usuario en red, comportamiento y reconocimiento facial, así se plantea el sistema de crédito chino “para entregar un puntaje cuantificado que crea una camisa de fuerza ideológica y consumista para cada ciudadano chino”. (Rogier Creemers, 2018, p.26).

11. Divergencia entre nuestros objetivos y los de la máquina de IA: las acciones que pedimos llevar a cabo se realizan empleando

métodos no éticos o legales, o simplemente porque el sistema considera que la acción a seguir es correcta y el humano difiere de ella.

De hecho, sobre los riesgos expuestos, algunos ya han sido objeto de intervención jurídica, por ejemplo, Francia en su reciente reforma a la justicia con la Ley No. 2019-222, en el artículo 33 establece “los datos de identidad de los magistrados y miembros del registro no pueden ser reutilizados con el propósito o el efecto de evaluar, analizar, comparar o predecir sus prácticas profesionales reales o presuntas” (Asamblea Nacional de Francia, 2019) la violación a esa prohibición es castigada con penas privativas de la libertad hasta por cinco años.

Se devela el propósito de evitar revelar públicamente patrones de comportamiento en relación con las decisiones judiciales de los jueces y magistrados que las emiten, en otras palabras, se convierte en una limitación al uso indiscriminado de la IA, para el caso concreto del *Legaltech*³.

Otra actuación relevante es *algorithmic accountability act*, proyecto de ley presentado al senado de los Estados Unidos en abril de 2019, cuyo objetivo es lograr que las grandes empresas auditen sus algoritmos e identifiquen posibles sesgos, con el fin de evitar falseo en la información que redunde en violación de derechos.

Entre los casos concretos que ya alcanzaron instancias judiciales se tiene nuevamente COMPAS, donde el Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin se pronunció sobre el uso de algoritmos y concluyó que no se violaba el derecho al debido proceso, esto fue contrario a lo argumentado por el demandante quien arguyó: *Primero*, no conocer la manera en que se calculó la puntuación en COMPAS, configurándose violación al derecho a la argumentación o motivación, pues el acusado debe tener los medios para examinar la adecuación de su sentencia y los factores que influyen en ella, *Segundo* el uso del software viola el derecho a una sentencia individualizada, pues el algoritmo genera datos basados en estadísticas de grupo y por ultimo o *Tercero* era discriminatorio ya que las evaluaciones del sistema tenían en cuenta el género (Romeo, 2018).

3 Tecnología legal, ejemplo de algunas herramientas de *Legaltech* son: la francesa [Prédicite](#), la norteamericana [Context de Lexis Nexis](#), la española [Jurimetría y en Colombia Prometea](#).

De otro lado tenemos a SyRI (*sistem risk indication*), sistema de IA que se emplea para identificar específicamente a personas con alto grado de probabilidad de cometer fraude fiscal, respecto a los beneficios que otorga el gobierno. Lo que en 2018 motivó una demanda contra el Estado holandés por considerarse que violaba normas sobre Derechos humanos como la privacidad y la seguridad social, el cual concluye en un fallo del 5 de febrero de 2020 emitido por el tribunal de la Haya.

Visto esto, se puede establecer que en el mundo se ha buscado la protección del daño por la utilización de la IA, siendo necesario una revisión a las actuaciones gubernamentales en torno a la implementación de la IA en el mundo y por último en Colombia.

4. Un breve recuento del panorama global al local en implementación de políticas entorno a la IA

Actualmente de conformidad con la información publicada por el Observatorio de la OCDE.AI (2020), 60 países del mundo cuentan con algún tipo de estrategia que enmarca políticas para impulsar el desarrollo de la IA, como motor de desarrollo económico y social, siendo éste el enfoque de las primeras políticas gubernamentales que se expidieron, sin embargo con el tiempo se hace manifiesta la preocupaciones por los impactos de tipo ético que estas tecnologías de IA conllevan, hasta el punto que algunos países ya incluyen un marco ético entorno a la IA.

Desde el 2015 ya se venía socializando y generalizando la importancia de maximizar el beneficio de la IA, así países como Japón expide en 2015 su política *Japan´s Robot Strategy*; Corea, con su ley 13744 de enero de 2016 *Intelligent robots development and distribution promotion act* y Estados Unidos, mediante su plan estratégico *the national artificial intelligence research and development strategic plan*, expedido por el NSTC (*National Science and Technology Council*) en octubre de 2016; convirtiéndose estos en los primeros países en analizar y pronunciarse internamente sobre las direcciones, consideraciones y aplicaciones futuras de la IA.

Pero es el Parlamento Europeo, pionero en abordar oficialmente el debate a nivel región, expidiendo en 2017 la Resolución con recomendaciones destinadas a la comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica; y para el mismo año, un informe del comité de ética y robótica de la UNESCO, como invitación a abordar el tema por especialistas en todas las áreas que ayuden a vislumbrar el panorama que se avecina, producto del impacto de las tecnologías dotadas de IA.

De manera que son estas actuaciones del Parlamento, las que instan interdisciplinariamente a indagar y reflexionar en perspectiva social y ética sobre la IA, y no solo como mecanismo de desarrollo económico.

Así para el año 2018, la Comisión Europea publica una estrategia europea de la IA, y en febrero de 2019 expide su libro blanco, cuya finalidad es formular alternativas políticas para adoptar la IA y abordar los riesgos vinculados a su uso; luego de tres meses la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE emite recomendación del consejo de inteligencia artificial; organismo al que recientemente se adhirió Colombia, por ello en noviembre de 2019 el Consejo Nacional de Política económica y Social, CONPES 3975 el país formula su “política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial”.

Es importante resaltar, que, en las recomendaciones emitidas por la OCDE, este organismo incluye dos secciones sustantivas, la primera sobre principios para la administración responsable de IA confiable, y la segunda de Políticas Nacionales y Cooperación Internacional para una IA confiable. Claramente el CONPES 3975, desarrolla la segunda sección, pero no la primera respecto a la implementación de los principios, justificada así “aunque el país ya se encuentra adherido a estos principios de la OCDE, dada su reciente expedición en mayo de 2019, a la fecha no están implementados ni se adelantan acciones en regulación, normatividad y mediciones específicas” (CONPES 3975, P.37); aun cuando no es necesaria esa enunciación de principios de manera expresa, porque en términos del artículo 94 de la Constitución Política de Colombia, los derechos inherentes

a las personas pueden ser protegidos así no se haya establecido en el ordenamiento jurídico de manera taxativa.

Asunto que no debe quedar de lado pues en el momento que se asume la introducción de dichas tecnologías “la robótica representa un caso especial, en el cual a la deseabilidad social de la innovación en el sector se suma la presencia de riesgos constantes y difícilmente determinables con antelación, ligados a las características propias de la tecnología” (Palmerini, 2017, p.79).

Recientemente en Colombia, en la gaceta del congreso se publicó el proyecto de ley 021 de 2020, “en el cual se establecen lineamientos de política pública para el desarrollo, uso e implementación de la Inteligencia Artificial y se dictan otras disposiciones” (Cámara de Representantes, 2020).

Puntualmente en el capítulo II precisa al régimen de responsabilidad, refiriéndose a la responsabilidad extracontractual orientado bajo un esquema de responsabilidad objetiva, haciendo alusión a garantías, la pregunta que surge es ¿con qué mecanismo se proyecta materializar las garantías?; ahora, en cuanto a la responsabilidad contractual, se habla de la teoría del riesgo, mencionando que, se han de pactar previamente los posibles riesgos frente a los eventuales daños o perjuicios por el uso de la IA.

Este panorama de la responsabilidad por el daño ocasionado por el uso de los robots con IA nos lleva a revisar lo que se plantea en el medio.

5. Visión actual frente a la responsabilidad por el daño generado en el uso de IA

Cuando se hace una revisión de proposiciones y alternativas, identificando aspectos positivos como negativos, respecto al sujeto que debería asumir la obligación de, reparar el daño ocasionado por los robots con IA general se pueden establecer, estos posibles escenarios.

Tabla 1. Productor, fabricante y/o programador

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
Eleva el nivel de esfuerzo e inversión de recursos a la investigación con la finalidad de reducir la incertidumbre; descubriendo nuevos riesgos y adoptando lo antes posible las medidas de prevención del daño.	Es excesivo atribuirle al fabricante toda la responsabilidad por los daños, de riesgos que no podían haberse evitado en el momento de la puesta en circulación del robot, por no ser predecibles.
Mayor capacidad para minimizar los riesgos y gestionar el impacto negativo.	Precios elevados a sistemas de IA.
De existir un tope, para el daño se lograría concretar un seguro de daños para garantizar la eficaz reparación a la víctima.	Podría no garantizar de manera eficiente la indemnización por falta de capacidad económica disponible al momento de la reclamación.
Actuará con mayor cautela frente a la puesta en circulación del robot, o comercializándolo hasta que tenga una certeza razonable sobre su comportamiento y decidiendo en qué momento abandonar la línea de creación en cuestión o profundizar en ella, en búsqueda de nuevos conocimientos que le permitan hacer más seguro al robot.	Si se le exige un aseguramiento, se lo cargaría a los costos del producto, siendo el consumidor quien termine asumiéndolos; esto lastra con el Derecho que tendrían todos los ciudadanos de acceder a las nuevas tecnologías, pues ya no sería accesibles desde un punto de vista económico.
Por lo general cuenta con una mayor solvencia	Aumenta la litigiosidad procesal.
Al hacer al fabricante responsable por los daños causados con independencia de si pudo o no conocer los riesgos, elimina de tajo la necesidad de presentar prueba es ese sentido al demandante.	De imponerse un límite máximo a la cuantía de responsabilidad del creador, puede derivar en que la víctima no sea realmente compensada por el daño sufrido.
	Efectos desestimulantes en el desarrollo y puesta en marcha de nuevas tecnologías.

Fuente: Elaboración propia (2020), tomada de (Coral, Diaz & Macias, 2018; Palmerini, 2017; Núñez, 2019; Parlamento Europeo, 2017, Rogel Videl, C. (Coord.), La cruz, M., Mozo, A., Diaz, S., 2018).

Se afirma que el creador por ser quien se beneficia de una tecnología susceptible de causar grandes y graves daños obtiene cuantiosas ventajas económicas, mediante la introducción del Robot en el mercado y por ello debe asumir responsabilidad.

Tabla 2. Propietario, usuario o tenedor

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
Solo en caso de serle previsible podrá activar el botón de apagado, minimizando el riesgo.	Si hablamos del consumidor final, particular sin fines lucrativos, es posible que no cuente con el respaldo económico suficiente que garantice la indemnización del daño.
Es quien mantiene el contacto y bajo custodia el Robot.	El mismo consumidor puede ser el lesionado por el Robot con IA.
	Hará que el fabricante disminuya esfuerzos en la maximización de la seguridad del producto frente a resultados dañinos, se limitara a implementar los mínimos exigidos
	Su capacidad de minimizar riesgos y gestionar el impacto negativo es casi nula, un robot solo responde a algoritmos y para el usuario común le será inviable impedir su desenvolvimiento autónomo, precisamente para ello fue diseñado.
	Desmotiva al usuario a su adquisición y por ende la finalidad de la tecnología perdería su finalidad, representar un beneficio social.
	De prosperar este modelo complicaría la obtención de la prueba en el proceso, quien tiene mayor y mejor acceso e información técnica de las características conocidas del producto es el fabricante y no el usuario. Quedando el usuario en desventaja porque esto exigiría de la participación de expertos por ambas partes y si el usuario tiene una economía modesta, desincentiva las acciones judiciales

Fuente: Elaboración propia (2020), tomada de (Coral, Diaz & Macias, 2018; Palmerini, 2017; Núñez, 2019; Parlamento Europeo, 2017, Rogel Videl, C. (Coord.), La cruz, M., Mozo, A., Díaz, S., 2018).

Aquí se establece asignarle la responsabilidad exclusivamente al propietario o usuario de la tecnología por encontrarse bajo su dominio; sin embargo en este escenario es importante hacer la siguiente salvedad, existen dos tipos de usuarios el primero es el empresario, sirviéndose de dichas tecnologías en dinámicas comerciales para obtener ventajas productivas y económicas al introducir las en su organización, y de otro lado tenemos el simple consumidor individual, que no busca un lucro económico sino una asistencia, o mejorar su calidad de vida. Por ello ¿quién es el que la asume?

Tabla 3. Aseguramiento (Póliza actualmente inexistente en el mercado)

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
Constituye garantía y confianza para la sociedad en la medida que verían garantizados sus intereses patrimoniales.	Incertidumbre en asegurabilidad de riesgos desconocidos.
	Prima de aseguramiento elevada.
	Se dificulta anticipar e internalizar los costos.

Fuente: Elaboración propia (2020), tomada de (Coral, Díaz & Macías, 2018; Palmerini, 2017; Núñez, 2019; Parlamento Europeo, 2017, Rogel Videll, C. (Coord.), La Cruz, M., Mozo, A., Díaz, S., 2018.)

Respecto al obstáculo identificado, internalización de los costos, una forma de viabilizar es establecer un piso y un techo del monto a responder, esto permitiría certeza y conocimiento al asegurador de los montos a indemnizar, lo que posibilitaría ofrecer el producto.

Tabla 4. Robot (En la medida que se le asigne una personalidad jurídica)

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
Hace posible la imputación civil por los daños causados.	No tiene capacidad para minimizar los riesgos, ni el impacto negativo.
Soluciona el aspecto de la ruptura del nexo causal, tan relevante en los otros escenarios planteados	Algunos doctrinantes afirman que el otorgamiento de una “personalidad”, abrirá la puerta en un futuro a la exigencia de derechos para estos.

	Debilitamiento de la línea que debe existir entre la humanidad y los Robots con Inteligencia Artificial
	Hay quienes lo valoran un medio excesivo (subjetividad del Robot) frente al fin (reparación).

Fuente: Elaboración propia (2020), tomada de (Coral, Diaz & Macias, 2018; Palmerini, 2017; Núñez, 2019; Parlamento Europeo, 2017, Rogel Videl, C. (Coord.), La cruz, M., Mozo, A., Diaz, S., 2018.)

Aun cuando el actual marco normativo solo contempla la posibilidad de atribuir la responsabilidad jurídico civil por la conducta del robot a un agente humano llámese productor, propietario, o usuario. Incluimos el planteamiento considerado recientemente donde se subjetiva al Robot mediante el otorgamiento de una personalidad jurídica instrumental, para los sistemas de inteligencia autónomos, es decir con Inteligencia artificial general. Obviamente para hablar de reparación del daño se debe tener un patrimonio, que más adelante se explicará cómo se plantea esta posibilidad.

6. Conectando la visión frente a la responsabilidad por el daño vs. el esquema de responsabilidad actual asumido en Colombia

Se tiene que para el daño es importante definir si se habla de una responsabilidad culpabilística u objetiva, para el caso de los robots con IA general, se dice que aparentemente no tendrían la intención de causar el daño, no poseen conciencia y por ende el elemento volitivo, que pueda generar una actuación con culpa (Rogel Videl, C. (Coord.), La cruz, M., Mozo, A. & Diaz, S. (2018). Es así como pudiera pensarse que los actos que causen daño por el uso de la IA estarían enmarcados dentro de una responsabilidad objetiva (tal como lo enuncia el proyecto de ley 021 de 2020).

Ahora bien, la teoría frente a la responsabilidad contempla que puede darse por el hecho de las cosas animadas (Artículo 2354 CC) bajo un esquema de responsabilidad objetiva, con presunción de responsabilidad. Es bajo esta comparación que se ajustaría asignar al propietario y a falta de éste, al tenedor, la responsabilidad civil

por daños, algo así como lo que se podría asimilar a una posición de garante que pudiera tener bien sea el fabricante, el usuario, el tenedor respecto al robot por el derecho real de dominio o por su simple tenencia; sin embargo frente a la comparación con los animales como seres sintientes, que responden instintivamente, el robot no tiene instinto, pues solo responde a algoritmos.

En cuanto al botón de apagado⁴, es requisito exigible a los fabricantes, pues esto le permitirá al propietario o tenedor precaver el daño, minimizando el riesgo, mas no para desvirtuar la presunción de responsabilidad.

Ahora, el hecho de las cosas inanimadas tradicionalmente refiere a los ocasionados por ruina de edificio o lo que cae del edificio, aunque se podría pensar aquí en los robots con IA general, pero igual nos remite a la responsabilidad del propietario al ejercer derecho real de dominio y por ende la posición garante.

Por último, las actividades peligrosas, integrada por aquellas que pueden previsiblemente ocasionar daño, es aquí donde halla fundamento la asignación de responsabilidad civil al fabricante y/o tenedor, de modo que debe analizarse cuidadosamente la actividad tecnológica al producir y el uso de los robots con IA general, considerando la potencialidad de ocasionar daño.

Estos son básicamente los dos escenarios posibles hasta el momento, en cuanto a asignación de responsabilidad civil, y sea cual sea el extremo elegido (llámese fabricante o propietario), se sentirán en desventaja, porque claramente el factor de imprevisibilidad e irresistibilidad estará presente provocando desestímulo. Y no solo eso, sino que, de acreditarse la ruptura del nexo causal, por parte del llamado a responder, producirá la exoneración de la responsabilidad y finalmente el afectado por el daño, no será reparado; perdiéndose así el objetivo de la responsabilidad civil. Debido a que, el actual sistema de responsabilidad presupone la posibilidad de control.

En definitiva, en este momento de presentarse una reclamación por daños ocasionada por un artefacto dotado con un sistema de Inteligencia artificial general, seguramente se regirá bajo las normas

4 Botón de apagado su objetivo es “evitar que la máquina siga una secuencia dañina de acciones para el ser humano”. (Orseau & Armstrong, 2016), investigadores de la Universidad de Oxford.

y preceptos de producto defectuoso, en consonancia con el artículo 78 de la constitución política, en “sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de abril (2009) citado por Espinosa (2015, p. 13), sobre productores y proveedores expreso:

Recae una obligación de seguridad a favor de los consumidores, esto es, que el conjunto de prestaciones a su cargo no se agota con el deber de poner en circulación cosas con la calidad e idoneidad requeridas, sino que incorpora, también, la garantía de que el consumidor no sufrirá en su persona o sus bienes ningún daño por causa de estas.

Haciendo énfasis, en que este tipo de tecnologías conllevan un factor que altera las teorías existentes en cuanto a la responsabilidad del fabricante, y lo es la autonomía, la multiplicidad de rudimentos técnicos y escenarios desconocidos en los que está llamado a operar, sirviéndose de su capacidad de aprendizaje y, en especial, de adaptación al ambiente que los rodea prescindiendo de una guía, en consecuencia, podrían mostrar “comportamientos emergentes”. (Palmerini, 2017). Resaltando igualmente que en la obtención de estas tecnologías normalmente son múltiples los intervinientes involucrados en el proceso.

En consecuencia, en lo que se lleva de investigación es pertinente llegar a las siguientes conclusiones, sin que sea un tema concluido, de modo que el debate en torno a la responsabilidad por la fabricación y uso de los Robots con IA general se encuentra abierto.

Conclusiones

Se propone un modelo de responsabilidad distributiva, recurriendo al concepto de concausa⁵; donde todos y cada uno de los interviene en la cadena de producción, comercialización y usuario final, conjuntamente, incluyendo el Robot, cuyos recursos provienen del fondo común, planteado más adelante, y la aseguradora. Participen en la reparación del daño, materializándose la solidaridad, equidad y convivencia pacífica.

Por ende, el fabricante se verá motivado a invertir en investigación, desarrollo e implementación de un sistema de trazabilidad⁶

5 Concausas, más de una circunstancia que acompañan un hecho e incide en la producción del resultado dañoso. (Quintero,1994).

6 Trazabilidad, identificar el origen y las diferentes etapas del proceso, en relación con los conjuntos de datos, los procesos y las decisiones tomadas durante el ciclo de vida del sistema de IA, para permitir el

que permita esclarecer circunstancias que determinaron la conducta desplegada por el robot, develando su contenido en la litis, facilitando identificar los niveles de injerencia y responsabilidad de cada uno de los integrantes de la cadena; surtiendo la ponderación y tasación de porcentajes a aplicar en la reparación del daño. Evitando a su vez que los involucrados argumenten ruptura del nexo causal.

“El art 2357 del código civil colombiano consagra una responsabilidad proporcional; responder proporcionalmente es responder en correspondencia con una relación o medida, de acuerdo con un parámetro: proporcionalmente al daño causado. Proporcionalmente a la intervención en la producción del perjuicio ...” (Quintero, 1994, p.92). Esta concurrencia no es necesariamente dirigida a la víctima, sino a los intervinientes en el resultado dañoso, es decir aclarando frente a quién o quiénes concurre la causación del daño.

Por ello es tan importante que Colombia,

1. Implemente un registro para los robots o tecnología robótica especialmente para aquella equipada con IA fuerte, donde mínimamente se identifiquen, intervinientes en la cadena de producción (entidades), ficha técnica, fabricante, usos del producto y riesgos identificados. Aquí parcialmente se coincide y amplía lo propuesto en el proyecto de ley 021 de 2020 de la Cámara de Representantes en su artículo 30.

2. Informar y exigir a los productores, creadores, diseñadores, desarrolladores (partes intervinientes en el proceso de creación de la tecnología robótica), el deber de incorporar mínimamente en sus distintas etapas los principios éticos establecidos en los convenios y tratados de los cuales Colombia hace parte, para el caso concreto la OCDE dando cumplimiento y garantizando confianza en el uso de estas tecnologías.

Se hace fundamental en la parametrización del desarrollo e innovación de dichas tecnologías. Pues al dar aplicación a estos principios los desarrolladores tendrán claridad sobre las características que deben cumplir sus innovaciones.

análisis de los resultados del sistema de IA (OCDE, 2019)

3. Si Colombia decide adoptar la Teoría del riesgo⁷, es importante tener en cuenta que ese modelo seguramente funcionara en ambientes industriales, porque son espacios que estarán específicamente habilitados para ello y permiten minimizar el riesgo; pero por ejemplo si se introducen robots móviles, que asisten o acompañan niños, adultos discapacitados, en espacios tales como calles urbanas, viviendas su imprevisibilidad será tal que no permitirá eliminar del todo el riesgo.

4. Crear un fondo común conformado por los aportes, en parte del Estado, el fabricante, incluidos todos aquellos que participaron en la cadena de valor hasta el distribuidor y por último el usuario que recordemos se clasifica en dos grupos diferentes, primero tenemos al empresario, industrial o comerciante, quien adquirirá la tecnología con el fin de optimizar, agilizar procesos, incluso sustituir mano de obra, lo cual le representa un elevado beneficio económico, por lo cual habrá de ponderarse su impacto y así mismo requerirle su contribución al fondo y el usuario o consumidor final que lo único que busca es satisfacer una necesidad básica y no obtendrá réditos, por lo cual la exigencia de su aporte será mucho menor.

5. Hacer un examen detallado al art 31 del proyecto de ley 021 de 2020 de la Cámara de Representantes, cuyo contenido es “Los responsables del uso, desarrollo e implementación de Inteligencia Artificial deberán radicar ante la Comisión de Tratamiento de Datos y Desarrollos con Inteligencia Artificial un Código de Ética en el que se establezcan los responsables por los daños que se generen, garantizando el cumplimiento de la presente ley”, para regular la institución de la responsabilidad distributiva o que tenga un desarrollo jurisprudencial.

Se deduce que, si son los mismos fabricantes (incluidos todos aquellos que intervienen en la cadena de valor) los responsables del uso, desarrollo e implementación de la IA, los llamados a elaborar y radicar su código de ética ante la comisión, ¿actuaran ellos mismos

⁷ La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de marzo de 1938, M.P.: Ricardo Hinestrosa Daza, XLVI, 215 y ss. Citado por FERNANDO HINESTROSA. “El Código Civil de Bello en Colombia”. Bogotá D.C., Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, No. 10, 2006, p. 22)

como juez y parte, siendo a la vez quienes establezcan los responsables por los daños que generen sus propias creaciones?

Se identifica igualmente que el instrumento jurídico hacia el que se dirige la política mundial en torno a la IA como mecanismo para enfrentar el daño es la implementación de Principios éticos incorporado en los sistemas de IA en perspectiva a la gestión del riesgo.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional de la República Francesa. (23 de marzo de 2019). Sobre programación y reforma de la justicia 2018-2022. (Ley 222 de 2019).DO: 0071 de 2019. https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2019/3/23/2019-222/jo/article_33
- Cámara de Representantes de Colombia. (4 de agosto de 2020). lineamientos de política pública para el desarrollo, uso e implementación de la Inteligencia Artificial (Proyecto de ley 021 de 2020). Gaceta del congreso 629 de 2020. <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/>
- COMEST, UNESCO. (2017). Report of comest on robotics ethics. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000253952>
- Comisión europea. (2018). Inteligencia artificial para Europa. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-237-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>
- Comisión europea. (2019). Libro blanco. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf
- Consejo de la OCDE. (2019). Recomendación del Consejo de Inteligencia Artificial. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>
- Coral, Díaz & Macías, (2018). Robótica y responsabilidad civil (Trabajo de Grado). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia
- Creemers, Rogier, (2018). Sistema de crédito social de China: una práctica de control en evolución (9 de mayo de 2018). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3175792>
- Departamento Nacional de Planeación. (8 de noviembre de 2019). Política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial. (CONPES 3975). https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-107147_recurso_1.pdf
- Espinosa. (2015). La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2011. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, no. 28, p.367-399. DOI: 10.18601/01234366.n28.11
- Hutson. (2017). Glosario de IA. Science. Vol. 357, No. 6346, págs.19. DOI: 10.1126 / science.357.6346.19
- Kaplan & Haenlein. (2019). Una breve historia de la inteligencia artificial. EBSCO HOST. Vol. 61 Edición 4, p5-14.
- Martínez Rave & Martínez Tamayo. (2003). Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá, Colombia: Temis.
- OECD.AI. (2020). Políticas y estrategias nacionales de IA. <https://oecd.ai/dashboards?selectedTab=countries>
- Núñez. (2019). Inteligencia artificial y responsabilidad civil. Madrid, España: Editorial Reus, S.A

- Ortega. (2016). La imparable marcha de los robots. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Palmerini. (2017). Robótica y derecho sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea. Revista de Derecho privado, Universidad Externado de Colombia No.32, p53-97.
- Parlamento europeo. (2017). Resolución con recomendaciones destinadas a la comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica Recuperado de https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html
- Quintero. (1994). Teoría básica de la indemnización. Medellín, Colombia: Coojurídica Editores.
- Redacción. Philip Alston. (5 de febrero de 2020). Un fallo histórico de un tribunal holandés detiene los intentos del gobierno de espiar a los pobres. Oficina del alto comisionado para las naciones unidas en Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25522>
- Real Academia Española. (2019). Robot. En Diccionario de la lengua española (edición del tricentenario). Consultado el 10 de junio de 2020 <https://dle.rae.es/robot>
- República de Corea, organismo de comercio industria y energía. (6 de enero de 2016). Ley de promoción de desarrollo y distribución de robots inteligentes. (Ley 13744 de 2016). DO: Instituto de Investigación de Legislación de Corea. http://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=39153&lang=ENG
- Rogel Videl, C. (Coord.), La cruz, M., Mozo, A., Diaz, S. (2018). Los robots y el derecho. Madrid, España: Editorial Reus S.A.
- Romeo, (2018). Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad. Revista penal N° 42, 2018, págs. 165-179. <https://dialnet-unirioja-es.ieu.basesdedatosezproxy.com/servlet/articulo?codigo=6550046>
- Senado del Gobierno Federal de los Estados Unidos. (10 de abril de 2019). Ley de responsabilidad algorítmica de 2019. (Proyecto de ley S.1108). DO: Edición Vol. 165, No 62 de 2019. <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1108/text?q=%7B%22search%22:%22algorithmic+accountability+act%22%7D&r=1&s=2>
- The Headquarters for Japan's Economic Revitalization. (2015). New Robot Strategy. https://www.meti.go.jp/english/press/2015/pdf/0123_01b.pdf
- The National Science and Technology Council (NSTC) U.S. Government. (2016). Preparing for the future of artificial intelligence. https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf
- Tribunal de la haya (5 de febrero de 2020). Sentencia ECLI: NL: RBDHA: 2020: 1878. (Sr. MC Ritsema van-Eck-van Drempt, el Sr. JS Honée y el Sr. HJ van Harten). <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:865>

Esta revista se digitalizó en Medellín, Antioquia,
el 25 de junio de 2021

Volumen

34

TEMAS PROCESALES

La Revista Temas Procesales es una publicación de divulgación científica, propuesta para servir como plataforma de intercambio de conocimientos entre los investigadores que se dedican -actualmente- al estudio del derecho procesal y la justicia. Su principal enfoque es convertirse en un importante recurso de investigación tanto para los estudiantes de pregrado como de posgrado relacionados con el derecho en Colombia; en este sentido, la revista busca ser receptora de artículos elaborados por los más importantes procesalistas a nivel mundial y nacional, al mismo tiempo que pretende ser un espacio en el que los estudiantes de derecho puedan relacionarse con la creación y publicación de artículos científicos.



Temas Procesales

— Para el Estudio del Proceso y la Justicia —

ISSN:2619-3655