

Revista

Asociación Cavelier del Derecho



ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO

Revista

Asociación Cavelier del Derecho



ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO



© Asociación Cavelier del Derecho
asociacioncavelier@cavelier.com
www.asociacioncavelier.com

Editores

Natalia Tobón Franco
www.nataliatobon.com [↗](#)

&

Santiago Guevara Rodríguez [↗](#)

Diseño y diagramación

Paula Andrea Sierra Muñoz

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de la Asociación Cavelier del Derecho. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

La Asociación Cavelier del Derecho no se hace responsable por la forma o contenido de los artículos publicados en esta revista pues cada uno refleja únicamente la opinión de su autor.

Bogotá. Diciembre de 2024.

Revista interactiva

En esta revista interactiva, encontrarás videos, documentos, hipervínculos a páginas externas con contenido complementario y de interés, entre otros elementos.

Para poder interactuar con los contenidos lo único que deberás hacer es click sobre la imagen, texto o video que vayas encontrando a lo largo de la revista:





ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO

CAVELIER

A B O G A D O S



Todo nuestro trabajo es posible gracias a Cavelier Abogados quien destina parte de sus utilidades para cubrir nuestros costos y gastos de funcionamiento, incentivando el estudio del derecho en Colombia.



Germán Cavelier Gaviria

Fundador de la Asociación Cavelier
del Derecho y Cavelier Abogados

*Esta fotografía ha sido mejorada con ayuda de Inteligencia Artificial.



Índice

Prólogo

Javier Escandón Jaramillo

Presidente de la Asociación Cavellier del Derecho

13

Ensayos

Sistema interamericano: alcance del derecho a un ambiente sano

15

Carlos Esteban Arciniegas Hurtado

Introducción

I. Caracterización del derecho a un ambiente sano

II. Sustento Jurídico

III. Obligaciones y Garantías Estatales

IV. Interrelación con otros Derechos Humanos

1. Caso del Pueblo Saramka vs Surinam (2007)

2. Caso Kawas Fernández vs Honduras (2009)

3. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs Surinam (2015)

4. Caso Lhaka Honhat vs Argentina (2017)

5. Caso Escaleras Mejía y Otros vs Honduras (2018)

V. Papel de los pueblos indígenas y tribales

1. Derecho a la propiedad colectiva

2. Derecho a una vida digna

3. Derecho a la identidad cultural

Conclusión

Bibliografía

El derecho a los antecedentes médicos de los niños adoptados

37

Pablo Galindo Lema

Introducción

I. La historia clínica y los antecedentes familiares: su importancia para tratar enfermedades genéticas y su relación con la identidad del niño adoptado.

II. La adopción en Colombia

1. El procedimiento de adopción y el trámite de búsqueda de orígenes
2. Su déficit de protección en materia de antecedentes familiares

III. El derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes adoptados a conocer sus antecedentes médicos familiares.

1. Una cara de la moneda: los derechos de los niños, niñas y adolescentes adoptados
 - a. Derecho fundamental a la salud
 - b. Derecho fundamental a la identidad (y a conocer el origen y el carácter de su vínculo familiar)
2. La otra cara de la moneda: el derecho a la intimidad de la familia biológica del adoptado
3. Los derechos de los niños versus el derecho de la familia biológica: una cuestión de ponderación.

Conclusión

Bibliografía

Régimen de responsabilidad aplicable a vehículos autoconducidos

59

Mauricio Eduardo García Caicedo

Introducción

- I. Estado del arte
- II. Responsabilidad imputable a inteligencias artificiales
- III. Responsabilidad por daños por producto defectuoso

1. Legitimación activa
 2. El defecto del producto
 3. El daño
 4. El nexo de causalidad
- IV. Responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas
1. Fundamentos en Colombia
 2. La guarda
 3. El daño
 4. El nexo de causalidad
- V. Responsabilidad contractual por obligaciones de seguridad
1. ¿Cuándo hay obligaciones de seguridad?
 2. Cargas probatorias de las partes

Conclusión

Bibliografía

El viacrucis del crucifijo de la corte constitucional

81

Carlos Fernando Gómez Riaño

Introducción

- I. Primera Estación: Colombia es condenada a la laicidad
- II. Segunda Estación: la Corte carga con el crucifijo
- III. Tercera Estación: la Corte se encuentra con la tutela, su santísima madre
- IV. Cuarta Estación: la tutela cae por primera, segunda y tercera vez
- V. Quinta Estación: el crucifijo es despojado de sus vestiduras
- VI. Sexta Estación: el crucifijo en brazos de la Corte Constitucional
- VII. Séptima Estación: la cultura limpia el rostro del crucifijo
- VIII. Octava Estación: la laicidad es clavada en el crucifijo

Conclusión

Bibliografía

La cláusula compromisoria en contratos celebrados con consumidores

105

Juan José Flórez Chica

Introducción

I. El control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores

II. Evolución del tratamiento de la cláusula compromisoria en los contratos celebrados con consumidores

III. La eficacia de la justicia arbitral de cara a los consumidores

IV. Algunas alternativas

Conclusión

Bibliografía

Arbitrabilidad de los conflictos del derecho de familia

123

Nabila Jubiz Avendaño

Introducción

I. El arbitraje en Colombia

1. Pacto arbitral

2. Cláusula compromisoria y compromiso

II. Instituciones jurídicas del derecho de familia y su arbitrabilidad

1. Nulidad del matrimonio civil

2. Divorcio del matrimonio civil o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso

3. Divorcio del matrimonio civil o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso por mutuo acuerdo

4. Proceso liquidatorio de la sociedad conyugal y patrimonial de hecho

5. Protocolo de familia

6. Capitulaciones matrimoniales parciales

Conclusión

Bibliografía

Una ley que silencia al hijo de crianza

141

Mariana Camila Sánchez Zambrano

Introducción

I. Ley 2238 del 2024: vacíos legales frente al procedimiento para la declaración de los hijos de crianza

II. Derechos de los hijos de crianza

III. Necesidad de un enfoque centrado en los hijos de crianza

Conclusión

Bibliografía

El futuro de la libertad testamentaria

157

María Camila Perdomo Forero

Introducción

I. Aproximaciones al derecho sucesoral y la figura del testamento

II. Principales argumentos de la Ley 1934 de 2018 y línea jurisprudencial de la Corte Constitucional.

III. Principales argumentos a favor de una libertad testamentaria no restringida.

IV. El uso del testamento en Colombia

Conclusión

Bibliografía

Robots, vehículos autónomos y responsabilidad civil extracontractual

173

José Fernando Velasco

Introducción

I. La expansión de la robótica y perspectiva europea sobre responsabilidad civil extracontractual

II. Casos de responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados por robots y vehículos autónomos

III. Responsabilidad aplicable en Colombia por los daños ocasionados por la robótica y los vehículos autónomos

Conclusión

Bibliografía

Sobre la responsabilidad en nanorobots médicos

194

Juan Mateo Mogollón Rico

Introducción

- I. Fundamentos teóricos de los nanorobots
- II. Estudio de regímenes de responsabilidad
- III. Aplicación y solución de la teoría del riesgo

Bibliografía

La valoración probatoria de los pantallazos de whatsapp

213

Laura Camila Villa Matajudíos

Metodología

Introducción

- I. WhatsApp: una aplicación de mensajería instantánea en el derecho probatorio
- II. Mensajes de datos ley 527 de 1999
 1. Integridad
 2. Admisibilidad.
 - a. Pertinencia
 - b. Utilidad
 - c. Conducencia
 - d. Licitud
 3. Fuerza probatoria
 4. Conservación
 - a. Metadatos
 - b. Archivos
- III. Línea jurisprudencial de los pantallazos de WhatsApp
- IV. Equivalencia funcional
- V. Documento
- VI. Autenticidad de los documentos
- VII. Sistemas en la valoración de las pruebas
 - Medios de impugnación de los pantallazos de WhatsApp
 1. Tacha de falsedad
 2. Desconocimiento del documento

Conclusión

Bibliografía

Prólogo

Javier Escandón Jaramillo

Director Ejecutivo de Cavelier Abogados y Presidente de la
Asociación Cavelier del Derecho





Sistema Interamericano: alcance del derecho a un ambiente sano

Carlos Esteban Arciniegas Hurtado

Trabajo ganador del primer puesto en el Concurso de ensayo
"Germán Cavellier" en la Universidad del Rosario, Segundo
Semestre, 2023





Sumario

Introducción

I. Caracterización del derecho a un ambiente sano

II. Sustento Jurídico

III. Obligaciones y Garantías Estatales

IV. Interrelación con otros Derechos Humanos

1. Caso del Pueblo Saramka vs Surinam (2007)

2. Caso Kawas Fernández vs Honduras (2009)

3. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs Surinam (2015)

4. Caso Lhaka Honhat vs Argentina (2017)

5. Caso Escaleras Mejía y Otros vs Honduras (2018)

V. Papel de los pueblos indígenas y tribales

1. Derecho a la propiedad colectiva

2. Derecho a una vida digna

3. Derecho a la identidad cultural

Conclusión

Bibliografía

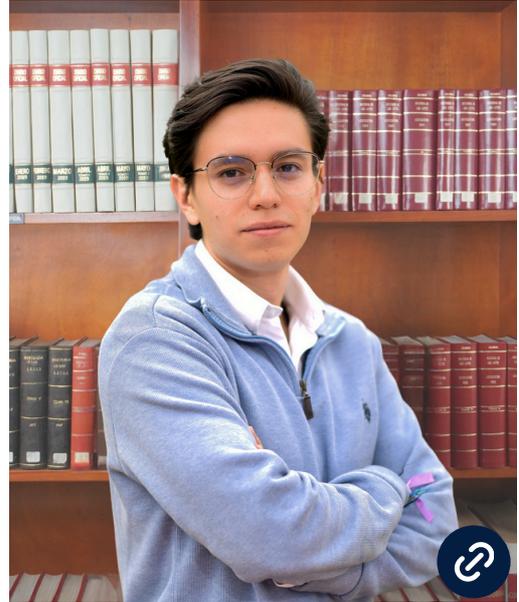
Resumen

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha robustecido el derecho a un ambiente sano. No solo por el reconocimiento de su calidad como derecho autónomo, sino también por su inclusión dentro de la categoría de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

Palabras clave: Derechos Humanos, Derecho a un Ambiente Sano, corpus iuris internacional, pueblos indígenas, Convención Americana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Sistema Interamericano, Interrelación.

Introducción

Históricamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su calidad de Tribunal regional de protección de derechos humanos, ha utilizado el término “ambiente” en cuatro contextos: (i) para referirse a delitos internos contra el ambiente (puntualmente en casos de Guatemala), (ii) hacer alusión a entidades ambientales o cargos relacionados, (iii) a modo de descripción (ej. ambiente político, laboral, familiar, cómodo y seguro, de violencia, malsano, insalubre, alta polarización, inhóspito, de impunidad, entre otros), y (iv) para referirse a un derecho que coge cada vez más fuerza e importancia, al menos desde la perspectiva del Sistema Interamericano: el derecho a un ambiente sano.



Frente a este último, cabe anotar que desde 2006 hasta la fecha, la Corte ha utilizado el término [derecho a un ambiente sano] en aproximadamente 17 oportunidades a través de su jurisprudencia; siete directamente y diez de manera indirecta. Estos números se han traducido en grandes avances por parte de la Corte IDH, que han llevado a que el ambiente sea incorporado dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESCA) que contempla el artículo 26¹ de la Convención Americana de Derechos Humanos.² Así como al reconocimiento histórico que la Corte realizó en 2020, al declarar por primera vez la responsabilidad de un Estado por la violación del derecho a un ambiente sano (Caso Lhaka Honhat contra Argentina).

Sin embargo, el alcance de este derecho dentro del Sistema Interamericano presenta dificultades a la hora de entender su aplicación, teniendo en cuenta la extensión de los cuerpos normativos o jurisprudenciales que lo regulan. En tal medida, y con el fin de sentar un criterio unificado a partir de

¹ El Artículo 26 hace referencia únicamente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). No obstante, la interpretación de la Corte ha ampliado su alcance hacia la inclusión de los derechos ambientales (DESCA). En el caso *Lagos del Campo contra Perú* (2017), la Corte anotó que, aunque ya se venía protegiendo el derecho ambiental como derecho secundario o indirecto de un derecho civil o político, se decidió agregar el Derecho Ambiental a los DESC por la emergencia existente en el enfoque y proyección del Derecho Ambiental como Derecho Humano.

² La Convención Americana, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, es el tratado internacional del cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH tienen competencia para aplicarla e interpretarla.

I. Caracterización del derecho a un ambiente sano

Después de una gran evolución normativa y jurisprudencial del Sistema Interamericano y reconociendo la cualidad de “instrumento vivo”(*) que se predica de los tratados de derechos humanos, hoy la Convención Americana ya reconoce y protege el derecho a un ambiente sano a través de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales consignados en el artículo 26 (hoy DESCAs). Así lo ha entendido la Corte IDH al definir al derecho a un ambiente sano como un derecho fundamental justiciable, autónomo y de interés universal cuya protección puede ser reconocida a través de una vía indirecta, en donde el derecho a un ambiente sano se ve vulnerado por la previa afectación de otros derechos; y otra vía directa³, por medio de la cual se protege directamente y con la vocación de ‘derecho autónomo’.

En tal medida, la Corte ha reconocido que la vulneración del medio ambiente puede presentarse tanto como causa, como consecuencia(**). Es decir, la vulneración al derecho a un medio ambiente sano puede causar la violación de otros derechos interrelacionados (como el derecho a la propiedad colectiva, identidad cultural, entre otros). Así como la vulneración de derechos autónomos (como la libertad de expresión, reunión y asociación pacíficas, garantías de no discriminación y la participación en la adopción de decisiones) pueden generar, como consecuencia, la vulneración del medio ambiente sano. Por ejemplo, por imposibilitarles a las comunidades o defensores ambientales corresponder con su rol de salvaguardar el medio ambiente.

* En el Caso Poblete Vilches y otros contra Chile (2018), la Corte IDH precisó que el Sistema Interamericano había venido consolidando paulatinamente el concepto de DESCAs (con la inclusión del derecho ambiental) desde hacía ya varios años, y afirmó que esta inclusión fue posible por el carácter de “instrumento vivo” de los tratados de derechos humanos, el cual quiere decir que la interpretación de estos textos deben estar acompañados de la evaluación de las condiciones de vida del momento en que pretendan ser aplicados.

³ RODRÍGUEZ SANMIGUEL, Santiago Humberto. Derecho a un medio ambiente sano y el caso lhaka honhat v. Argentina: implicaciones para el estado colombiano [PDF]. Pregrado en Derecho. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. 2021. 73pg. [Consultado 04 de noviembre de 2023]. Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/21528bee-edda-485d-a7e2-ff514781a138/content>.

** La jurisprudencia del Tribunal ha dividido los derechos vinculados al medio ambiente en dos grupos: derechos sustantivos y derechos de procedimiento. Por un lado, los derechos sustantivos han sido entendidos como los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente (derecho a la vida, integridad personal, salud, propiedad, entre otros). Mientras que los derechos de procedimiento buscan respaldar la mejor formulación de políticas ambientales (entre ellos se encuentran derechos relativos a libertades de expresión y asociación, información, participación y a un recurso efectivo).

Sin embargo, para poder materializar el derecho es fundamental entender su alcance, a partir de la normativa que lo protege, y las obligaciones que recaen en cabeza del Estado para garantizarlo.

II. Sustento jurídico

Si bien el derecho a un ambiente sano ha sido ampliamente desarrollado en múltiples cuerpos normativos, el Sistema Interamericano ha estructurado su alcance principalmente a partir de cinco fuentes normativas.

La primera de ellas es la Convención Interamericana de los Derechos Humanos. La Convención no solo obliga a todos los Estados parte a adoptar medidas y providencias que permitan el logro progresivo de los derechos que se deriven de los DESCAs contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA) (Art. 26, Convención Americana). Sino que, de igual manera, le abre la puerta a la Comisión y a la Corte a que reconozcan el derecho a un medio ambiente sano a través de normas nacionales o internacionales que le sean aplicables a un Estado en particular (Art. 29, Convención Americana).⁴ En otras palabras, al estudiar los DESCAs, la Convención remite a toda la normativa nacional e internacional aplicable al caso, sin limitar a la Corte o a la Comisión a atenerse a lo dispuesto en el régimen legal del sistema interamericano.⁵

Lo anterior encuentra fundamento en la interpretación sistemática, teleológica y evolutiva que viene adoptando la Corte, con base en la cual ha recurrido al corpus iuris internacional y nacional en la materia para dotar de un contenido específico el alcance de los derechos tutelados por la Convención, en este caso el derecho a un ambiente sano, y las obligaciones que emanan de ellos.⁶

Junto a ello, resulta fundamental puntualizar que el artículo 11 del Protocolo de San Salvador –incorporado a la Convención– regula expresamente el derecho a un medio ambiente sano para quienes lo hayan ratificado(*).

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Serie C No. 349. (8, marzo, 2023). En: Relatoría de Corte IDH. p. 33, párrafo 103. [Consultado: 01 de noviembre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Serie C No. 309. (25, noviembre, 2023). En: Relatoría de Corte IDH. 49 p. 174 párrafo. [Consultado: 01 de noviembre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349. (8, marzo, 2023). En: Relatoría de Corte IDH. 33 p. 103 párrafo. [Consultado: 01 de noviembre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.

* Según lo dispuesto en la Opinión Consultiva 27/03, hasta el momento, los países que han ratificado el Protocolo de San Salvador son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay. Opinión Consultiva 27/03.

Por medio este reconoce que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, así como la obligación en cabeza del Estado de promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente: una disposición que, al referirse al derecho de manera expresa y como parte de la Convención, resulta crucial para salvaguardar y proteger el derecho a un medio ambiente sano en el seno del Sistema Interamericano.

La segunda fuente hace referencia a la Carta Americana de los Derechos Humanos. Por medio de los artículos 30, 31, 33 y 34, la Carta posibilita la inclusión de otros derechos y libertades al régimen de protección de la Convención por medio de enmiendas, y faculta tanto a la Comisión como a la Corte para conocer de asuntos relacionados con el cumplimiento de compromisos contraídos por los Estados en otros cuerpos normativos diferentes a la Convención. Esto último, puede ser interpretado como una ampliación de la puerta que ya abre la Convención frente a la aplicación de normativa nacional e internacional, solo que en esta oportunidad por medio de enmiendas a la propia Convención o de obligaciones adquiridas.

Con base en lo dicho respecto a la remisión que tanto la Convención como la Carta de la OEA hacen a fuentes externas al sistema jurídico interamericano, es indispensable hacer referencia, respectivamente, a la legislación interna y al corpus iuris internacional del medio ambiente como fuentes sobre las que se sustenta el derecho a un medio ambiente sano.

Por un lado, el Sistema Interamericano dotó a la legislación interna de los Estados (3ra fuente) de un valor fundamental para definir el alcance de los derechos humanos (Artículo 29, literal b, Convención Americana). En materia ambiental, esto es perceptible a través de las diferentes normativas nacionales que la Corte ha tomado en consideración para sustentar sus decisiones –especialmente normativa constitucional–. Por solo mencionar un ejemplo, los siguientes Estados ya consagran el derecho a un ambiente sano en su Carta Política: Argentina, artículo 41; Bolivia, Artículo 33; Brasil, Artículo 225; Chile, artículo 19; Colombia, Artículo 79; Costa Rica, artículo 50; Ecuador, Artículo 14; El Salvador, artículo 117, Guatemala, artículo 97; México, artículo 4; Nicaragua, artículo 60; Panamá, artículo 118 y 119; Paraguay, artículo 7; Perú, artículo 2; República Dominicana, artículo 66 y 67, y Venezuela, artículo 127.

Por su parte, frente al corpus iuris internacional sobre el derecho al medio ambiente sano (4ta fuente), la Corte IDH ha recogido en su jurisprudencia instrumentos normativos internacionales de diferente índole en donde se protege el derecho a un ambiente sano.

Para ilustrar el desarrollo histórico que se ha realizado al respecto y su extensión, se preparó la siguiente tabla con parte del Corpus Iuris Internacional base en materia ambiental:

Tabla 1. Corpus iuris internacional que se referente al derecho a un ambiente sano.

Año	Fuente	Título
1972	Conferencia General de la UNESCO	Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural
1972	UNESCO	Convenio de Ramsar
1972	Conferencia de las Naciones Unidas	Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano
1992	Organización de las Naciones Unidas	Convenio sobre la Diversidad Biológica
1992	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo	Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo
1993	Organización de las Naciones Unidas	Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climática
2001	Asamblea General de la Organización de Estados Americanos	Carta Democrática Interamericana
2002	Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible	Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible
2005	Comisión de Derechos Humanos - Organización de las Naciones Unidas	Resolución 2005/60. Derechos humanos y el medio ambiente como parte del desarrollo sostenible

2007	Asamblea General - Organización de las Naciones Unidas	Resolución 61/295. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas
2021	Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)	Acuerdo de Escazú
2023	Consejo de Derecho Humanos - Organización de las Naciones Unidas	Resolución 2023/7. Los derechos humanos y el cambio climático.

Por último, la quinta, pero no por eso la menos importante fuente es la Opinión Consultiva 23 de 2017 (OC-23/17) expedida por la Corte IDH. Con motivo a la solicitud que le realizó Colombia a la Corte para que esta se refiriera a las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente, el Tribunal publicó una opinión por medio de la cual sentó bases fundamentales en torno al entendimiento y alcance del derecho en estudio para el Sistema Interamericano. Para hacerlo, inició por reconocer la relación entre la protección al medio ambiente y la realización de otros derechos, especialmente en aquellos casos donde se discuten derechos de pueblos indígenas. Y dotó al derecho de características tanto individuales, bajo la calidad de derecho autónomo, así como colectivas.

Además, si bien plantea obligaciones precisas que deben cumplir los Estados para poder materializar el derecho y darle un sustento garantista claro, recurre a casos homólogos en otros sistemas internacionales (Sistema Africano y Europeo) y al corpus iuris internacional existente, con el fin de nutrir el entendimiento del derecho y llenarlo de más certeza. Con todo esto, junto al resto de precisiones que se encuentran en el documento, sin duda la Opinión se ha convertido en uno de los recursos de consulta principales para entender el contenido del derecho a un ambiente sano por su precisión y detalle.

III. Obligaciones y garantías estatales

Con el fin de materializar el derecho a un ambiente sano, los Estados miembro de la Convención tienen la obligación de no solo respetar, sino asimismo garantizar los derechos que contempla el artículo 26⁷ de la

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A No. 23. (15, noviembre, 2017). En: Opiniones Consultivas de Corte IDH. p. 52, párrafo 123. [Consultado: 15 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

Convención. Esto significa adoptar las medidas tendientes a lograr su plena efectividad, bajo un criterio de progresividad y no regresividad,⁸ teniendo de presente que estos derechos no se pueden alcanzar en un periodo de tiempo corto y que su nivel de cumplimiento depende de las condiciones (dificultades) propias de cada Estado. Específicamente respecto a los recursos económicos y financieros que se dispongan para tal fin.⁹

Para los Estados esto implica la implementación de medidas generales de manera progresiva, las cuales pueden ser entendidas como la obligación de avanzar lo más “expedita y eficazmente” posible hacia la efectividad de los DESCAs –en términos no solo jurídicos, sino también políticos, administrativos y culturales–¹⁰. Y, por otro lado, medidas de carácter inmediato consistentes en garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho.¹¹

Con ello en mente y con el fin de cumplir su cometido, la Corte reconoce el deber que los Estados tienen de prevenir las violaciones del derecho a un medio ambiente sano a través de medidas que promuevan la protección y promoción de la tierra, el agua, la atmósfera, la flora y la fauna. Entre las que se incluyen la implementación de mecanismos de supervisión y fiscalización; el desarrollo de estudios de impacto ambiental que establezcan planes de contingencia; la mitigación de casos de ocurrencia de daño fiscal; el respeto de tradiciones y prácticas culturales de pueblos indígenas; y la adecuación de la legislación interna para dar cumplimiento con las diferentes aristas propias de un ambiente sano.¹²

Asimismo, la Corte insta a los Estados a implementar medidas en casos donde no exista certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad en el medio ambiente; principalmente con el fin de proteger el

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso *Lhoka Honhat Vs. Argentina*. Serie C No. 420. (24, noviembre, 2020). En: Relatoría de Corte IDH. p. 72 párrafo 208. [Consultado: 01 de noviembre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso *Acevedo Buendía y Otros Vs. Perú*. Serie C No. 210. (24, noviembre, 2009). En: Relatoría de Corte IDH. p. 33, párrafo 102. [Consultado: 06 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A No. 23. (15, noviembre, 2017). En: Opiniones Consultivas de Corte IDH. p. 50-52, párrafo 115-122. [Consultado: 15 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso *Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Serie C No. 349. (8, marzo, 2023). En: Relatoría de Corte IDH. p. 33, párrafo 104 [Consultado: 01 de noviembre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso *Lhoka Honhat Vs. Argentina*. Serie C No. 420. (24, noviembre, 2020). En: Relatoría de Corte IDH. p. 72 párrafo 207. [Consultado: 01 de noviembre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

proteger el derecho a la vida y a la integridad personal. Y, por último, reconoce la obligación de cooperación –entre Estados–, con el fin de satisfacer adecuadamente el cumplimiento del derecho a un ambiente sano, así como propender por la adopción de las medidas de prevención y mitigación que fueren necesarias,²⁶ especialmente ante posibles afectaciones transfronterizas(*).

Lo anterior nos deja entrever que el Estado, con el fin de dar cumplimiento al derecho a un ambiente sano y con ello garantizar su no vulneración, debe actuar conforme a tres principios: prevención, precaución y cooperación. Sin embargo, no solo frente al derecho a un ambiente sano visto de manera autónoma, sino entendiendo que es un derecho interrelacionado cuya vulneración puede ser visto tanto como causa como consecuencia, según se expuso anteriormente.

IV. Interrelación con otros derechos humanos

En el sistema interamericano tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte IDH han tenido un papel central en el estudio y desarrollo de la relación entre el derecho a un ambiente sano con los demás derechos humanos. Por parte de la CIDH, esta labor ha visto su aplicación a través de los esfuerzos que la Resolución 2429 de 2008 le encomendó con el fin de determinar la posible existencia de una vinculación entre los efectos adversos del cambio climático y el pleno goce de los derechos humanos.¹³ En múltiples oportunidades, la Corte ha reconocido la directa interrelación de los DESCAs con los demás derechos humanos consagrados en la Convención y cómo unos pueden afectar el goce y respeto de otros*.

Lo anterior encuentra sustento en que, según este Tribunal, la Convención niega “cualquier separación, categorización o jerarquía entre los derechos para efectos de su respeto, protección y garantía”¹⁴: todos los derechos

* Para los Estados miembro esto ha significado obligaciones de garantía, promoción, protección y mejoramiento en términos de: (i) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir, (ii) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, servicios públicos básicos, (iii) promover la protección del medio ambiente, (iv) promover la preservación del medio ambiente y (v) promover el mejoramiento del medio ambiente.

¹³ CNUR. Asamblea General. Resolución 2429 (03, junio, 2008). Derechos humanos y cambio climático en las Américas. [en línea]. [Consultado: 29 de octubre de 2023]. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6977.pdf>

* Esta posición la reitera en el Caso Lagos del Campo vs Perú (2017), en el Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile (2018) y en la Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Cucul Puvaral y Otros Vs. Guatemala. Serie C No. 359. (23, agosto, 2018). En: Relatoría de Corte IDH. p. 32, párrafo 86. [Consultado: 01 de noviembre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf.

deben ser entendidos como indivisibles e interdependientes¹⁵. Más aún para el derecho a un medio ambiente sano, teniendo en cuenta que muchos de los derechos consignados en la Convención requieren una calidad medioambiental mínima para su ejercicio¹⁶. Y así se ha visto en la jurisprudencia interamericana: en todos los casos en que la vulneración al ambiente ha sido puesto en consideración por la Corte, también se ha alegado o estudiado la afectación de otros derechos derivados(*).

Tal es el caso del derecho a la vida, la integridad personal, vida privada, derecho a la libertad de asociación, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, propiedad colectiva, identidad cultural, participación en asuntos públicos, a no ser desplazado forzosamente, entre otros. Todos ellos derechos susceptibles, aunque en diferente medida y con mayor incidencia en unos grupos poblacionales que otros, de ser vulnerados por eventuales afectaciones ambientales¹⁷.

Lo anterior, nos reafirma que la vulneración del derecho a un ambiente sano implica la vulneración de otros derechos relacionados(*). A modo de ejemplificación, vale anotar cinco casos principales en los que se evidencia la importancia que la Corte IDH le ha impreso al derecho y su evolución:

1. Caso del Pueblo Saramka vs Surinam (2007)

El Tribunal estudió el daño ambiental que ciertas concesiones madereras ocasionaron sobre tierras y recursos naturales que el pueblo Saramka había utilizado tradicionalmente, así como la falta de participación efectiva que el Estado le garantizó al pueblo en el proceso de toma de decisiones. En tal medida, reconoció: (i) el derecho del pueblo Saramka de usar y gozar de los recursos naturales dentro del territorio ocupado tradicionalmente y (ii) la capacidad del Estado de restringir tal derecho

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto concurrente. Caso San Miguel Sosa y Otras Vs. Venezuela (Juez Eduardo Ferrer MacGregor Poisot). Serie C No. 348. (08, febrero, 2018). En: Relatoría de Corte IDH. p. 76, párrafo 13. [Consultado: 18 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A No. 23. (15, noviembre, 2017). En: Opiniones Consultivas de Corte IDH. p. 22, párrafo 49. [Consultado: 11 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

* Dada su importancia, resulta de gran relevancia reconocer el papel del principio *Iura Novit Curia*, el cual le confiere competencia al Tribunal para analizar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas, cuando haya un fundamento para hacerlo. Tal y como sucedió en el caso *Lhaka Honhat contra Argentina*, al contemplar la violación al derecho humano al agua, aunque este no hubiera sido alegado.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Serie C No. 309. (25, noviembre, 2023). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 27 de octubre de 2023]. p. 55, párrafo 198. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales bajo la debida garantía del derecho de participación y beneficios al pueblo.

2. Caso Kawas Fernández vs Honduras (2009)

El Tribunal estudió la responsabilidad detrás del asesinato de Blanca Jeannette Kawas Fernández, destacada defensora ambientalista. En la providencia, la Corte reconoció la relación entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos, especialmente en los países de la región, dada la situación de vulnerabilidad a la que estos se someten por las amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas¹⁸.

3. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam (2015)

El Tribunal reconoció la vulneración de los derechos a la propiedad colectiva, identidad cultural y a la participación en asuntos públicos de los pueblos Kaliña y Lokono, principalmente por impedirles la participación y el acceso a parte del territorio y a los recursos naturales en las reservas Wan Kreek. Lo anterior, con ocasión de las concesiones que el Estado de Surinam le otorgó a una compañía para realizar actividades de minería a cielo abierto en las reservas.

En esta oportunidad, frente al derecho al medio ambiente la Corte reconoció cuatro cosas: (i) la relación entre la protección, preservación y mejoramiento del ambiente con el derecho a la vida digna. (ii) El rol que los pueblos indígenas pueden desempeñar frente a la conservación de la naturaleza¹⁹. (iii) El derecho de los pueblos indígenas de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos. Y (iv) el deber del Estado de proteger tanto áreas de reserva natural como los territorios tradicionales.

4. Caso Lhaka Honhat contra Argentina (2017)

El Tribunal estudió la interdependencia entre los derechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua y determinó que estos habían sido violados por la falta de

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Kawas Fernández vs Honduras. Serie C No. 196. (03, abril, 2009). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 05 de noviembre de 2023]. p. 47, párrafo 149. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Serie C No. 309. (25, noviembre, 2023). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 27 de octubre de 2023]. p. 48, párrafo 172. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat respecto a ciertos lotes de aproximadamente 643.000 hectáreas. Y, asimismo, por las afectaciones que la población criolla había hecho en estos a través de los años en términos de tala ilegal, ganadería e instalación de alambrados. En palabras de la Corte, esto trajo consigo la imposibilidad de las comunidades de determinar las actividades sobre su territorio.

Este caso permitió una mejor conformación del ámbito de protección del artículo 26²⁰ y se convirtió en el primer asunto contencioso en el que un tribunal internacional de derechos humanos declaró la responsabilidad de un Estado por violación del derecho a un medio ambiente sano.²¹

5. Caso Escaleras Mejía y otros vs Honduras (2018)

El Tribunal reconoció la responsabilidad internacional de Honduras por la muerte del ambientalista Carlos Escaleras Mejía y reconoció que la afectación de derechos como la libertad de asociación, puede ocasionar una afectación al derecho a un medio ambiente sano. En este caso, por la desprotección que sufrió el medio ambiente ante el homicidio de ambientalistas defensores²².

Los casos descritos dan evidencia del desarrollo que la Corte IDH le ha dado al derecho a un ambiente sano, así como su interrelación con derechos como la libertad de asociación, la identidad cultural, la alimentación, el agua, propiedad colectiva, y la vida. Sin embargo, de ellos se destaca en gran medida el papel que juegan los pueblos indígenas en su reconocimiento; pues la gran mayoría de los casos referidos hacen alusión a un pueblo indígena como víctima de vulneraciones a su derecho al medio ambiente sano.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica. Serie C No. 453. (25, noviembre, 2022). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 19 de octubre de 2023]. p. 9, párrafo 30. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf.

²¹ RODRÍGUEZ SANMIGUEL, Santiago Humberto. Derecho a un medio ambiente sano y el caso Lhaka Honhat v. Argentina: implicaciones para el estado colombiano [PDF]. Pregrado en Derecho. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. 2021. 73pg. [Consultado 04 de noviembre de 2023]. Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/21528bee-edda-485d-a7e2-ff514781a138/content>.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Escaleras Mejía y Otros Vs. Honduras. Serie C No. 361. (26, septiembre, 2018). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 11 de octubre de 2023]. p. 20, párrafo 69 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_361_esp.pdf

V. Papel de los pueblos indígenas y tribales

La Corte reconoce como grupos especialmente vulnerables de los daños ambientales a pueblos indígenas, niños y niñas, personas viviendo en situación de extrema pobreza, minorías, personas con discapacidad y mujeres bajo una calidad de impacto diferenciado²³. Sin embargo, conforme a los casos anteriormente anotados y demás jurisprudencia desarrollada por el Tribunal, se evidencia que el alcance que la Corte le ha dado al derecho ambiental ha estado íntimamente relacionado con los derechos de los pueblos indígenas. Principalmente por la importancia cultural y el rol que las comunidades cumplen, teniendo en cuenta que gran parte de sus prácticas tradicionales se engloban en el marco de la sustentabilidad y la protección al medio ambiente²⁴. Y que, por su interrelación con la naturaleza y sus formas vida, pueden contribuir de manera relevante a la conservación del medio ambiente en términos de participación efectiva, acceso y uso de sus territorios tradicionales y (beneficios a modo de contraprestación por la conservación.²⁵

Al respecto, se destacan tres derechos principales con los que la Corte ha encontrado una interrelación directa con el derecho a un medio ambiente sano en casos cuyos sujetos demandantes son pueblos indígenas: derecho a la propiedad colectiva, vida digna (dentro del cual se incluyó al derecho a la salud, a la alimentación y al agua) y derecho a la identidad cultural.

1. Derecho a la propiedad colectiva (Art. 21, Convención Americana)

La Corte ha reconocido la interrelación entre la propiedad de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas con la protección y acceso a los recursos naturales que se encuentran en estos²⁶. Fundamentalmente porque los recursos cumplen un papel muy importante para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida y cultura de los pueblos indígenas²⁷.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Serie C No. 309. (25, noviembre, 2023). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 27 de octubre de 2023]. p. 51, párrafo 181. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Serie C No. 309. (25, noviembre, 2023). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 27 de octubre de 2023]. p. 48-49, párrafo 173. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A No. 23. (15, noviembre, 2017). En: Opiniones Consultivas de Corte IDH. p. 22, párrafo 48. [Consultado: 24 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

Con ello en mente, la Corte ha dispuesto una serie de garantías específicas que deben asegurar los Estados con el fin de dar cumplimiento a este derecho. Entre ellas se encuentran: asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales; garantizarles el razonable beneficio del plan que se lleva a cabo dentro de sus territorios; y abstenerse de emitir una concesión dentro de su territorio salvo que haga un estudio previo de impacto ambiental que respete y reconozca las tradiciones y culturas de los pueblos indígenas²⁸

Estos estudios, según la Corte, constituyen una de las principales salvaguardas “para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo”²⁹.

2. Vida Digna (Art. 4, Convención Americana)

En múltiples oportunidades, la Corte ha reconocido la relación entre el derecho a una vida digna con la protección del medio ambiente de un territorio ancestral. Para el Estado, esto supone una obligación de proteger la tierra y garantizar las condiciones necesarias para lograr el desarrollo del proyecto de vida de las personas³⁰, y así evitar que un descuido del medio ambiente traiga consigo condiciones de vida precarias, mayor vulnerabilidad ante enfermedades, epidemias, entre otras.³¹ En otras palabras, y tal como lo ha reconocido el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, existen amenazas ambientales que pueden afectar, de manera directa o indirecta, el goce efectivo de derechos humanos concretos.

Sin embargo, dado que el alcance del derecho a una vida digna carece de una limitación precisa, su interrelación con otros derechos es

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Serie C No. 309. (25, noviembre, 2023). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 27 de octubre de 2023]. p. 56, párrafo 201. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Serie C No. 245. (27, junio, 2012). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 02 de noviembre de 2023]. p. 64, párrafo 204. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Serie C No. 125. (17, junio, 2006). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 06 de noviembre de 2023]. p. 84, párrafo 157. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A No. 23. (15, noviembre, 2017). En: Opiniones Consultivas de Corte IDH. p. 22, párrafo 48. [Consultado: 24 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

sumamente amplia, más aún teniendo en consideración cada contexto o grupo poblacional al que se hace referencia. Tal realidad se pudo constatar en el caso Lhaka Honhat contra Argentina, dentro del cual el derecho a la vida digna –amenazado por las afectaciones medio ambientales– se desprendieron tres derechos directamente relacionados: (i) derecho a la salud, (ii) derecho a una alimentación adecuada y (iii) derecho al agua.

En dicha oportunidad, la Corte estableció que la salud requiere de ciertas precondiciones necesarias para una vida saludable que pueden verse minadas por la falta de un ambiente sano³², en caso que –por poner un ejemplo– la contaminación limite la disponibilidad de alimentos o el agua, o se afecte la calidad de estos.³³

Por su parte, frente al derecho a los alimentos y su interdependencia con el cuidado del medio ambiente, la Corte puntualizó que, bajo un contexto indígena, el derecho a la alimentación suele depender “de sus posibilidades de acceder a los recursos naturales existentes en la tierra o los territorios que ocupan o usan, y del control que ejercen sobre esos recursos. Solo así pueden mantener sus actividades económicas y de subsistencia tradicionales como la caza, la recolección o la pesca, que les permite alimentarse y preservar su cultura e identidad”³⁴

3. Derecho a la identidad cultural

Por último, resulta indispensable hacer referencia al derecho a la identidad cultural. Como se ha precisado, la violación al derecho a un ambiente sano, dentro de un contexto donde se ubique una población indígena, puede traer consigo la vulneración de múltiples derechos relacionados con sus prácticas y desarrollos, entre los cuales resalta el derecho a la identidad cultural. Se dice ello, teniendo en cuenta que el disfrute de la cultura de comunidades indígenas puede estar estrechamente relacionados con el territorio, uso, protección y acceso a sus recursos³⁵.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Lhoka Honhat Vs. Argentina. Serie C No. 420. (24, noviembre, 2020). En: Relatoría de Corte IDH. p. 77 párrafo 222. [Consultado: 09 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

³³ Opinión Consultiva OC-23/17, párrs. 66, 54, 111. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A No. 23. (15, noviembre, 2017). En: Opiniones Consultivas de Corte IDH. p. 25, 30 y 48; párrafos 54, 65 y 111. [Consultado: 24 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Lhoka Honhat Vs. Argentina. Serie C No. 420. (24, noviembre, 2020). En: Relatoría de Corte IDH. p. 88 párrafo 252. [Consultado: 09 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

³⁵ *Ibíd.*, p. 88, párrafo 251.

De esta manera, en la identidad cultural se enlazan múltiples derechos como el ya referido derecho a la alimentación. Ello encuentra sustento en que los pueblos indígenas “normalmente consideran que las actividades de subsistencia como la caza, la pesca y la recolección son fundamentales no sólo para garantizar su derecho a la alimentación, sino también para nutrir sus culturas, idiomas, vida social e identidad”³⁶.

Conclusión

La jurisprudencia de la Corte IDH, da evidencia del avance que el Tribunal ha logrado respecto a la protección y garantía del derecho a un ambiente sano, pues este no solo ha adquirido la calidad de derecho autónomo de interés universal, sino que asimismo hace parte de la categoría de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y ahora Ambientales (DESCA) que la Convención consagra en su artículo 26, con unas obligaciones específicas en cabeza de los Estados para asegurar su cumplimiento.

Este desarrollo ha dado pie a que las fuentes sobre las que se fundamenta el derecho hayan ido reconociendo cada vez más cuerpos normativos(*); la Convención Americana no es la única fuente sobre la que la Corte puede dar alcance a sus derechos a día de hoy, por el contrario, la legislación interna, el marco normativo internacional y las mismas opiniones consultivas fungen como una de las diferentes herramientas que el Sistema Interamericano ya cuenta para hacerlo y sobre las cuales el derecho a un ambiente sano ha adquirido una robustez mucho más contundente.

Además, resulta fundamental dar cuenta de la importancia de los pueblos indígenas para el reconocimiento y protección del derecho a un ambiente sano; así como del derecho en sí para mermar las afectaciones negativas en la vida de los pueblos y de las demás víctimas. Los principios de prevención, precaución y cooperación sobre los que tiene que actuar un Estado, deben ser garantizados, en mayor medida, en casos relativos a la protección de derechos relativos al medio ambiente que versen sobre pueblos indígenas.

Con base en lo dicho, sin duda alguna el caso Lhaka Honhat contra Argentina resulta uno de los casos hito en materia del derecho a un ambiente sano. Por medio de él es evidente no solo las obligaciones que

³⁶ *Ibíd.*, p. 89, párrafo 254.

* *En materia ambiental, esto ha sido perceptible fundamentalmente a través de los artículos 26 y 29 de la Convención Americana, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, y la Opinión Consultiva OC-23/17. Todas ellas fuentes sobre las cuales la Corte se ha agarrado para desarrollar sus casos hasta tal punto de reconocer la responsabilidad a un Estado ante la vulneración del derecho a un ambiente sano, en concurrencia con otros derechos humanos que, por su calidad de interdependencia, también se ve afectado.*

emanan de los Estados y la eventual responsabilidad que se les puede endilgar por afectaciones medioambientales, sino asimismo el papel que los pueblos indígenas cumplen a la hora de garantizar el cumplimiento del derecho. En este caso es perceptible el desarrollo que ha tenido el medio ambiente dentro del sistema interamericano y su interrelación con los demás derechos humanos, lo cual hace del derecho a un medio ambiente sano uno de los derechos base para de una vida digna, del acceso a la alimentación, al agua, a la propiedad colectiva, a la identidad cultural entre otros.

Sin duda alguna, debemos instar a los diferentes tribunales y jurisdicciones a que continúen buscando medios que garanticen, desarrollen y protejan el derecho a un ambiente sano, no en el ámbito del derecho internacional, sino asimismo dentro de la legislación interna de los Estados. Y motivar a que los Sistemas Internacionales busquen el amparo de los derechos bajo un término mucho más expedito y eficiente.



Bibliografía

- ACNUR. Asamblea General. Resolución 2429 (03, junio, 2008). Derechos humanos y cambio climático en las américas. [en línea]. [Consultado: 29 de octubre de 2023]. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6977.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Acevedo Buendía y Otros Vs. Perú. Serie C No. 210. (24, noviembre, 2009). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 06 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Serie C No. 125. (17, junio, 2006). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 06 de noviembre de 2023]. p. 84, párrafo 157. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Cucul Puvaral y Otros Vs. Guatemala. Serie C No. 359. (23, agosto, 2018). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 02 de noviembre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Escaleras Mejía y Otros Vs. Honduras. Serie C No. 361. (26, septiembre, 2018). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 11 de octubre de 2023]. p. 20, párrafo 69 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_361_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica. Serie C No. 453. (25, noviembre, 2022). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 19 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Kawas Fernández vs Honduras. Serie C No. 196. (03, abril, 2009). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 05 de noviembre de 2023]. p. 47, párrafo 149. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Lhoka Honhat Vs. Argentina. Serie C No. 420. (24, noviembre, 2020). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 01 de noviembre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso San Miguel Sosa y Otras Vs. Venezuela. Serie C No. 348. (08, febrero, 2018). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 18 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Serie C No. 349. (8, marzo, 2018). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 04 de noviembre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Serie C No. 309. (25, noviembre, 2015). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 27 de octubre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Serie C No. 245. (27, junio, 2012). En: Relatoría de Corte IDH. [Consultado: 02 de noviembre de 2023]. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A No. 23. (15, noviembre, 2017). En: Opiniones Consultivas de Corte IDH. [Consultado: 01 de noviembre de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf
- RODRÍGUEZ SANMIGUEL, Santiago Humberto. Derecho a un medio ambiente sano y el caso Lhaka Honhat v. Argentina: implicaciones para el estado colombiano [PDF]. Pregrado en Derecho. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. 2021. 73pg. [Consultado 04 de noviembre de 2023]. Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/21528bee-edda-485d-a7e2-ff514781a138/content>.



El derecho a los antecedentes médicos de los niños adoptados

Pablo Galindo Lema

Trabajo ganador del primer puesto en el Concurso nacional de
ensayo "Germán Cavellier" 2024-1.





Sumario

Introducción

I. La historia clínica y los antecedentes familiares: su importancia para tratar enfermedades genéticas y su relación con la identidad del niño adoptado

II. La adopción en Colombia

1. El procedimiento de adopción y el trámite de búsqueda de orígenes

2. Su déficit de protección en materia de antecedentes familiares

III. El derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes adoptados a conocer sus antecedentes médicos familiares

1. Una cara de la moneda: los derechos de los niños, niñas y adolescentes adoptados

a. Derecho fundamental a la salud

b. Derecho fundamental a la identidad (y a conocer el origen y el carácter de su vínculo familiar)

2. La otra cara de la moneda: el derecho a la intimidad de la familia biológica del adoptado

3. Los derechos de los niños versus el derecho de la familia biológica: una cuestión de ponderación

Conclusión

Bibliografía

Resumen

Los derechos fundamentales a la salud y a la identidad de los niños adoptados son vulnerados cuando no se les permite el acceso a información vital sobre sus antecedentes médicos familiares. En este texto, a través de un análisis de ponderación de derechos, se llega a la conclusión de que permitir a los niños adoptados el acceso a estos datos es jurídicamente posible y necesario. El autor logra equilibrar el derecho a la salud y a la identidad con el derecho a la intimidad de la familia biológica, privilegiando el bienestar y desarrollo integral de los niños como un interés superior.

Palabras clave: derechos de los niños, adopción, antecedentes médicos familiares, niños adoptados, derecho a la salud, derecho a la identidad, derecho a la intimidad, ponderación de derechos.

Introducción

Se están vulnerando los derechos de los niños, niñas y adolescentes adoptados en Colombia. Ello, debido a la imposibilidad jurídica y práctica de que accedan a sus propios antecedentes médicos familiares. Por un lado, el desconocimiento de tales antecedentes implica una vulneración a su derecho fundamental a la salud, en la medida en que los niños quedan excluidos de la posibilidad de prevenir y tratar a tiempo enfermedades de carácter genético, lo cual puede suponer futuras complicaciones médicas o incluso a la muerte. Por otro lado, implica una

vulneración a su derecho fundamental a la identidad, puesto que se le está negando el conocimiento de su pasado al niño, pasado que incluye, cómo no, sus antecedentes familiares.

Desde 1997, más de 52.452 niños hemos sido adoptados en Colombia (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF], 2022). Hasta el 2013, alrededor del 12.5% de las personas adoptadas hemos buscado a nuestra familia biológica para conocer nuestros antecedentes médicos (Sepúlveda y Ramírez, 2013); sin embargo, nunca se menciona cuántos de ellos los lograron conseguir. Mediante una simple deducción, es posible afirmar que la regla generalísima es que no los consiguieron, pues para lograrlo, haría falta que ocurrieran una serie de circunstancias, una más excepcional que la otra, lo cual deja como imposible que se de esa situación. Tal imposibilidad, en un primer momento se debe a que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no está habilitado para realizar esa búsqueda, y en un segundo momento, se debe al hecho de que un adoptado logre conocer a su familia biológica es más bien excepcional. Esto, desconoce por completo los derechos de los niños y de aquel mandato constitucional que ordena la prevalencia de aquellos sobre los derechos de los demás (Const., 1991, art. 44).



¹ El problema que se describe a lo largo del artículo, también afecta a los adoptados que a día de hoy son adultos, sin embargo, se enfocó en los niños, niñas y adolescentes ya que son una población especialmente vulnerable, y es responsabilidad del Estado, la familia y la sociedad garantizar sus derechos.

² La información es relativamente desactualizada, ya que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no ha publicado recientemente mayor información sobre este respecto.

³ De ahora en adelante "ICBF".

⁴ Es más, incluso hasta se prohíbe.

I. La historia clínica y los antecedentes familiares: su importancia para tratar enfermedades genéticas y su relación con la identidad del niño adoptado

La historia clínica es el primer paso para realizar el estudio diagnóstico de una enfermedad, y por eso se dice que “hacer una buena historia es probablemente la tarea más importante en el estudio” (Chaudhry *et al.*, 2005, p. 31), he allí su importancia. En el contexto colombiano, la Resolución 1995 de 1999 definió la historia clínica como “Un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención” (Art. 1).

Además, tal historia deberá reposar en una serie de archivos con el fin de llevar control de ella y tenerla a la mano en caso de ser requerida (Resolución 1995, 1999, arts. 1 y 6). Se resalta que goza de reserva legal en virtud del derecho a la intimidad, en la medida en que “es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley” (Ley 23, 1981, art. 34), y adelanto que, la persona adoptada no está en esos casos previstos por la Ley.

Por otro lado, las enfermedades genéticas son aquellas que contienen un alto componente genético y que se transmiten a la descendencia (Pérez, 2006), entre las cuales se encuentran, entre otras, el Cáncer, afectaciones cardíacas, Diabetes, Hemofilia, Fibrosis o la Anemia (Chapelle *et al.*, 2009, p. 17). Son patologías de especial atención, pues según la Organización Mundial de la Salud (OMS), en 2023 “hubo 20 millones de nuevos casos de cáncer y 10 millones de muertes por cáncer” (2023). Por lo tanto, conocer la situación de salud y la historia clínica de la familia biológica del adoptado resulta crucial para el bienestar del niño, puesto que muchas de las enfermedades genéticas obedecen a los antecedentes familiares (Abarca *et al.*, 2018, p. 44), y conocidos éstos, se pueden detectar oportunamente las enfermedades hereditarias y tomar las medidas necesarias para reducir el riesgo de ellas (Urriza *et al.*, 2016, p. 112; Chapelle *et al.*, 2009, p. 18).

En segundo lugar, los antecedentes familiares hacen parte de la identidad del niño, pues su genética es uno de los elementos que lo diferencia de los demás. En ese sentido, González y Delgado (2022) afirman que:

“Todas las personas, incluidas, desde luego, los adoptados y nacidos por medio de reproducción asistida, tienen el derecho a conocer sus orígenes biológicos⁵ (...)”

Este derecho forma parte del derecho fundamental a la identidad personal, es decir, de todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. (2022, p. 117)

De esa manera, la identidad de una persona está compuesta por una serie de características sine qua non una persona no se pudiera diferenciar de otra. Aristóteles (2014) diría que se trata pues de la esencia⁶ del individuo (p. 83). La identidad de una persona se compone pues, entre otras, de sus antecedentes familiares.

II. La adopción en Colombia

La adopción tiene su fundamento en la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y Adolescencia⁷, la cual establece que “La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza” (CIA, 2006, art 61). Así pues, se trata de una verdadera medida de protección del niño, por medio de la cual se busca restablecer sus derechos, particularmente el derecho a tener una familia y no ser separado de ella (art. 22), estableciendo un vínculo de parentesco adoptivo y de filiación entre el adoptante y el adoptado⁸.

1. El procedimiento de adopción y el trámite de Búsqueda de Orígenes.

⁵ Últimamente, la doctrina internacional ha venido construyendo el “derecho a conocer los orígenes biológicos” del adoptado (en la doctrina nacional, poco o nada se ha hablado al respecto), sin embargo, para este estudio se hablará es del derecho a conocer los antecedentes familiares, pues: 1) podría decirse que aquel se incluye dentro del conocimiento de sus orígenes biológicos, y 2) a mi juicio, los antecedentes médicos es aquel elemento crucial, de vida o muerte, dentro del conocimiento de los orígenes biológicos, por lo que me centré en él.

⁶ La esencia aristotélica hace referencia a aquello que define el objeto, es decir, “para un X ¿qué es ser X? responde y corresponde a la definición de X” (Aristóteles, 2014, p. 84).

⁷ De ahora en adelante “CIA”.

⁸ Extinguiendo, evidentemente, el vínculo de parentesco por consanguinidad entre el adoptado y su familia biológica (CIA, 2006, art. 64, núm. 4).

Regulado por el Lineamiento Técnico Administrativo del programa de adopción, el procedimiento de adopción, en resumidas cuentas, consiste en una serie de entrevistas y talleres con el fin de preparar a los padres adoptivos en su labor de crianza, así como para evaluar la idoneidad de estos con el fin de determinar si son aptos para adoptar o no. Luego de ello, se programa un encuentro entre la familia adoptante y el adoptado, para después tramitar todos los documentos y procedimientos necesarios para obtener la sentencia de adopción y acoger a ese nuevo miembro de la familia en el calor de un hogar.

Ya habiendo sido adoptado el niño, “tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar” (CIA, 2006, art. 76), y para garantizar tal derecho es que surgió el trámite de Búsqueda de Orígenes liderado por el ICBF (2016), con el objetivo de “Realizar búsqueda activa de los miembros de la familia biológica y brindar orientación al adoptado, familia adoptante y familia biológica” (p. 1). En ese sentido, lo que se pretende son dos cosas: que el adoptado entre en contacto con su familia biológica, y segundo, que reciba su Historia de Atención⁹. El trámite se inicia con una solicitud vía correo electrónico al ICBF aportando una serie de documentos¹⁰ para facilitar la ubicación de la Historia de Atención y de la familia biológica. Cabe resaltar, que “La búsqueda de familia biológica aplicará únicamente para mayores de edad, porque para menores se analizará cada caso en particular” (ICBF, 2016, p. 1). Después de tramitada la solicitud, se verifica si se cumplen los requisitos para acceder a su Historia de Atención y para la búsqueda de la familia biológica¹¹; en caso positivo, se entregará tal historia y/o se iniciará tal búsqueda. De ser ubicada la familia, se realizan una serie de orientaciones previas para luego establecer el correspondiente contacto.

2. Su déficit de protección en materia de antecedentes familiares

Luego de esta breve descripción de los procedimientos, veamos los problemas que surgen. Primero dentro del procedimiento de adopción, no

⁹ La historia de atención, según ICBF (2019), es aquel “documento único, nacional, individual, obligatorio, confidencial y sometido a reserva en los casos que determina la Ley, en la cual se registran cronológicamente las condiciones, situaciones, hechos, conceptos, ubicaciones y evolución de las actuaciones legales y del proceso de atención de los beneficiarios del SNBF” (p. 8). Cabe resaltar, que allí no se incluyen los antecedentes familiares del adoptado.

¹⁰ Que de acuerdo con el formato brindado por el ICBF, al menos la solicitud debe contener la copia de la sentencia de adopción, el registro civil de nacimiento previo y posterior a la adopción, documento

¹¹ de identidad de los padres adoptantes, entre otros (ICBF, 2016).

Que principalmente se refiere a la preparación psicológica del adoptado, por las implicaciones psicológicas que ello pudiese conllevar.

se menciona absolutamente nada respecto de los antecedentes familiares del adoptado. Esto, se debe a la ausencia de regulación en el tema, que lamentablemente puede implicar para el adoptado problemas médicos posteriores, así como preocupaciones a los padres adoptantes, que de alguna u otra manera se pudieron haber evitado.

Ahora, es en el trámite de Búsqueda de Orígenes donde está el *quid* del asunto y donde se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes adoptados. Para empezar, la Historia de Atención no contiene los antecedentes familiares, por lo que no nos ayuda a solucionar este problema. Por otro lado, para que ocurra el único caso donde siquiera se contempla la posibilidad de que un niño conozca sus antecedentes médicos, haría falta que ocurran una serie de eventos, cada uno más excepcional que el otro, lo cual en la práctica hace casi imposible acceder a los antecedentes familiares. Primero, haría falta que al niño se le admitiese bajo la excepción el trámite para buscar a su familia siendo menor de edad, además haría falta que se logre ubicar a su familia biológica¹², aparte que su familia biológica acceda establecer contacto con él¹³, y finalmente, que una vez establecido el contacto ellos accedan a compartir tal información. A modo de metáfora, haría falta que se alinearan todos los astros para que logremos acceder a nuestros antecedentes médicos familiares.

Además, para eliminar cualquier posibilidad de conocer tales antecedentes, el instructivo declara que “En ningún caso se podrá entregar copia al adoptado respecto a la información obtenida a través de las entidades oficiales, públicas o privadas como: (...) copia de la certificación de la entidad prestadora de salud de la persona buscada, entre otras” (ICBF, 2016, p. 7). Aquel postulado no deja duda alguna sobre la desprotección del niño adoptado respecto de su salud, y pareciese que quien escribió y aprobó este lineamiento, nunca pensó las consecuencias tan graves que tal omisión¹⁴ pudiese implicar al dejar por fuera los antecedentes médicos.

Pero fuera de todo lo anterior, además de estos problemas jurídicos hay otros de índole práctica, que quedaron en evidencia con ocasión de la

¹² Que en muchos casos es como buscar una aguja en un pajar.

¹³ Digo “y su familia biológica acceda establecer contacto con él”, pues si bien nosotros los adoptados tenemos el derecho a entablar contacto con nuestra familia biológica, ellos no están en la obligación de acceder, ya que de acuerdo con el Lineamiento Técnico, estos se pueden negarse (ICBF, 2016, p. 8). Ello me parece completamente válido, ya que puede haber mil y una circunstancias que no hagan viable el establecer contacto con el adoptado para la familia biológica, pero como se verá más adelante, lo que sí no es válido es que aun así nosotros los adoptados no podamos acceder a nuestros antecedentes médicos familiares.

¹⁴ ¿o más bien acción?

entrevista realizada a la ex directora del ICBF Elvira Forero: El ICBF “es una entidad pública con las virtudes y dificultades de las entidades públicas, ineficiencias y burocratización” (Galindo, 2024, 33:14). Tales palabras me llevan a pensar que, aun teniendo vía libre a acceder a tales antecedentes, el trámite será engorroso y demorado. Se dice también, que eso “Tiene que ver con la ineficiencia del Estado. Las entidades que son indolentes y no ven que detrás de una solicitud de estas hay toda una necesidad, carga emocional, interés de vida” (Galindo, 2024, 32:47). Esto me recuerda lo que me está ocurriendo hoy: estoy tramitando mi Búsqueda de Orígenes con el ICBF, pero es tan lento el proceso, que sólo mediante derechos de petición y tutelas es que se puede lograr avanzar. Sin embargo, Forero afirmó con esperanza lo que me motiva a seguir con la investigación, y es que “en Colombia vale la pena darse la pela por los derechos de los niños” (Galindo, 2024, 39:50).

III. El derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes adoptados a conocer sus antecedentes médicos familiares

Surge ahora la pregunta, ¿hasta qué punto tienen los niños, niñas y adolescentes adoptados el derecho a conocer sus antecedentes médicos familiares en Colombia? Para responder este problema jurídico, que es una colisión de derechos como se explicará después, hay que acudir a la teoría de la ponderación expuesta por Robert Alexy, para dar cuenta qué derecho debe ceder ante el otro en el caso concreto. Así pues, analicémoslo.

1. Una cara de la moneda: los derechos de los niños, niñas y adolescentes adoptados

A la hora de analizar los derechos de los niños adoptados, hay que tener en cuenta una serie de principios que guían la interpretación y aplicación de tales prerrogativas. Para el caso concreto, serán la prevalencia de los derechos de los niños, su protección integral y el interés superior del menor, en la medida en que son aquellos relevantes a la hora de su ponderación.

Para empezar, la Constitución en su artículo 44 consagra una serie de derechos fundamentales no taxativos de los que son particularmente titulares los niños¹⁵, y finaliza estableciendo un principio primordial para la presente investigación, pues se dice que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Const., 1991, art. 44).

¹⁵ Dentro de los cuales se encuentran la vida, la salud, a tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, entre otros.

Tal principio es el de prevalencia de los derechos de los niños, el cual fue especificado en el CIA al decirse que, en toda decisión relativa a los niños “prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona” (CIA, 2006, art. 9). De esta manera, este principio se instituye como un criterio de interpretación normativa, así como un criterio de peso a la hora de ponderar sus derechos, pues en ambos casos se preferirán los derechos de los niños frente a cualquier otro. En otras palabras y como diría el Dr. Jorge Enrique Ibáñez (1997), “tienen un plus respecto de los derechos de los demás” (p. 78).

Por otro lado, el CIA en sus artículos séptimo y octavo consagró los principios de protección integral y el de interés superior del menor respectivamente. El primero, versa sobre el reconocimiento del niño como un sujeto de derechos y garantías, que deben ser defendidas a través de políticas públicas. El segundo, se refiere a aquel imperativo que obliga a todas las personas a la satisfacción integral de los derechos fundamentales de los niños. En virtud de lo anterior, la Corte ha dicho que cuando los intereses del menor entren en conflicto con los de otro, el ejercicio de ponderación deberá ser guiado por la protección de derechos del menor (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, ST 408/95, 1995).

De este modo, la Constitución “reconoce el valor y la fragilidad de los niños” (Corte Constitucional, Segunda Sala de Revisión, ST 531/91, 1992), y por ende, han sido declarados como sujetos de especial protección constitucional (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, ST 133/13, 2013; Corte Constitucional, Segunda Sala de Revisión, ST 468/18, 2018). Así, “al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección” (Cardozo, 2011, p. 36).

a. Derecho fundamental a la salud

La Constitución consagra la salud como derecho fundamental de los niños en su artículo 44, dejando atrás la discusión sobre la fundamentabilidad de tal derecho¹⁶. Es así, como la salud ha llegado a ocupar un puesto esencial en la vida los colombianos, pues “la nueva orientación filosófica de la Carta de 1991 lo ubica en un lugar privilegiado, gracias a los principios plasmados en el preámbulo y los artículos 1 al 95” (Galindo, 2011, p. 72).

¹⁶ Además, la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 (la cual en su artículo 2do dice que “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”), la extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional y los diversos tratados internacionales al respecto (entre otros, la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), dan punto final a la discusión sobre si la salud es o no un derecho fundamental.

La salud como derecho “comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud” (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, ST 320/11, 2011). En ese orden de ideas, y en concordancia con los principios de prevalencia de los derechos de los niños y de su interés superior, la Corte ha reiterado que la salud de los niños ostenta “un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses” (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, ST 036/13, 2013).

Para garantizar el pleno ejercicio de tal derecho, la Corte estableció que la salud del niño debe tutelarse, incluso ante ausencia de obligación legal específica, reglamentaria o contractual que ordene aquello (Corte Constitucional, Sala Plena, SU 043/95, 1995), por lo que el Estado no puede excusarse en ello para no facilitar el servicio de salud. Así mismo, la Ley Estatutaria de Salud formuló un principio del sistema de salud, el de integralidad, el cual implica que el servicio de salud deberá ser suministrado plenamente con el fin de prevenir o curar la enfermedad, sin importar su origen (Ley Estatutaria 1751, 2015, art. 8).

Por lo anterior, se puede concluir que para el caso estudiado el derecho a la salud de los niños adoptados es vulnerado debido al incumplimiento de la obligación estatal de garantizarles la salud, pues no facilitar el conocimiento de su historia familiar conlleva a que no se puedan prevenir enfermedades que, en el peor caso, podrían llevarlos a una vida de sufrimiento o a la muerte.

b. Derecho fundamental a la identidad (y a conocer el origen y el carácter de su vínculo familiar)

El constituyente declaró que toda persona tiene derecho a su personalidad jurídica (Const., 1991, art. 14). De esa manera, el ordenamiento jurídico colombiano reconoce que la persona humana, como ser dotado de dignidad, solo por el mero hecho de existir como tal, goza de determinadas características inseparables de la persona, que le permiten, por un lado, individualizar e identificarse ante los demás, así como de ser titular de derechos y obligaciones (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, ST 719/17, 2017)¹⁷.

¹⁷ Sobre esta perspectiva del derecho a la identidad, es que la Corte Constitucional construye las líneas jurisprudenciales relacionadas al derecho a tener una identificación (cédula de ciudadanía), nacionalidad (pasaporte) y demás documentos que permitan identificar y diferenciar a una persona de otra, con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva

Sin embargo, el derecho a la personalidad jurídica no se limita a la capacidad de ingresar al tráfico jurídico, sino que también implica el reconocimiento de aquellos atributos que hacen que la persona sea aquella y no otra (Sessarego, 1992, p. 113).

En estrecha relación con lo anterior, el CIA consagró el derecho que "(...) todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar" (CIA, 2006, art. 76). La historia de una persona adoptada no empieza desde que es acogida en su nueva familia; su vida es como un rompecabezas al que le faltan algunas piezas, a veces más a veces menos, pero ninguna de ellas es menos importante que la otra. Supo entonces el legislador percatarse de ello, y plasmó tal derecho reconociendo la necesidad, apenas humana, de que el adoptado pueda conocer su origen.

Este derecho y la identidad del adoptado van de la mano, pues, y de nuevo citando a Aristóteles (2014), "Todos los hombres por naturaleza desean saber" (p. 73), ¿saber qué?, las causas de las cosas, y que causa más importante que la de uno mismo. En ese sentido, los antecedentes familiares son necesarios para conocer íntegramente la historia de vida de un adoptado, pues se trata de una de esas piezas del rompecabezas, que a día de hoy, para los adoptados aún sigue extraviada.

Con base en lo dicho, el derecho fundamental a la identidad y a conocer el origen y carácter del vínculo familiar del adoptado es vulnerado a causa de la imposibilidad de conocer esa pieza faltante en el gran rompecabezas de la vida del adoptado. Todo niño, niña y adolescente tiene el derecho a que se le garantice, en la medida de lo posible, el conocimiento de todos los elementos básicos y constitutivos de su identidad. De tal suerte, De Lorenzi (2015) en su tesis doctoral afirma que "sería absurdo pensar que pueda ser reconocido uno de sus aspectos y negados otros. De allí la necesidad de garantizar el derecho a conocer los orígenes biológicos como reconocimiento de la identidad personal" (p. 127).

2. La otra cara de la moneda: el derecho a la intimidad de la familia biológica del adoptado

El derecho a la intimidad, establecido en el artículo 15 de la Constitución, es definido como aquel derecho fundamental del que es titular toda persona y familia, de poder contar con una esfera privada que, salvo las excepciones contenidas en la ley, no puede ser interferida arbitrariamente por terceros (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, ST 517/98, 1998); es el derecho a no ser invadido en lo personal por personas a las que no les compete.

Ahora, la historia clínica hace parte de aquella información privada de la familia, y por ende, la Corte ha establecido que:

El carácter reservado de la historia clínica, entonces, se funda en la necesidad de proteger el derecho a la intimidad del individuo sobre una información que, en principio, únicamente le concierne a él y que, por tanto, debe ser excluida del ámbito de conocimiento público. (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, ST 158A/08, 2008)

Además, es importante recordar que la historia clínica¹⁸ goza de reserva legal, y que solo puede ser conocida por su titular y por los casos establecidos por la norma. Tales casos donde se permite su conocimiento a terceros son, a saber: los auxiliares del médico o de la institución en que trabaja (Decreto 3380, 1981, art. 23), las entidades administradoras de recursos del sistema general de seguridad social¹⁹ (Decreto 1725, 1999, art. 5), y en general, el equipo de salud, las autoridades judiciales y de salud” (Resolución 1995, 1999, art. 14). Ahora, si bien por regla general se prohíbe cualquier injerencia sobre aquello que es privado, se permite una intromisión siempre y cuando ésta “sea proporcionada, esto es, se realice con medios necesarios, adecuados y que produzcan la menor lesión del derecho fundamental” (Corte Constitucional, Sala Plena, SC 489/95, 1995).

Con todo la anterior, es razonable afirmar que, en dado caso en que el hijo biológico de algún miembro de la familia, que de acuerdo con la ley es un tercero ajeno a ella²⁰, acceda a la historia clínica de esta, como ello no está contemplado por la ley, infringir tal reserva implica una vulneración al derecho fundamental a la intimidad familiar.

3. Los derechos de los niños versus el derecho de la familia biológica: una cuestión de ponderación

Las normas jurídicas pueden catalogarse en dos: reglas²¹ y principios. Los derechos fundamentales son, por excelencia, principios y, por ende, las colisiones entre ellos se solucionan a través de la ponderación²¹, cuyo máximo exponente es Robert Alexy. Así pues, repasemos brevemente su teoría para así aplicarla al caso concreto.

¹⁸ La cual, recordemos, contiene en sí los antecedentes familiares.

¹⁹ Tales como EPS, ARS, ARP, etc.

²⁰ Ello, en virtud de que la adopción, entre otros efectos jurídicos, implica que “el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad” (CIA, 2006, art 64, núm. 4), ergo, el adoptado es jurídicamente “ajeno” a su familia biológica.

²¹ Las reglas son mandatos determinados que prohíben, permiten o autorizan un determinado comportamiento. Se fundan en el principio de imputación (Kelsen, 2011, pp. 55-56) y su estructura se compone de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. (...)

Los principios, dice Alexy (1997), “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (p. 86). Entonces, una colisión de principios ocurre cuando al aplicar al caso concreto dos principios de manera independiente, cada uno de ellos llega a un resultado opuesto (Bernal, 2009, p. 29). En el caso estudiado, tal colisión ocurre en la medida en que, si se analiza si los niños adoptados tienen el derecho a conocer sus antecedentes médicos familiares, bajo la lupa de los derechos de los niños tal derecho es apenas obvio, pero bajo la lupa del derecho a la intimidad de la familia biológica nos arroja un resultado contradictorio, no es posible que un tercero ajeno a la familia conozca tales antecedentes. Por ende, para solucionar tal colisión se aplica la teoría de la ponderación, para así darle prevalencia en el caso concreto al que mayor peso tenga, es decir, la procedencia condicionada .

Para determinar la relación de precedencia condicionada hay que analizar los tres elementos de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula de peso y las cargas de argumentación²³ (Bernal, 2013, p. 99). Para empezar, la ley de ponderación establece que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro” (Alexy, 1997, p. 161). Ello, en la práctica justifica que si el peso concreto de un principio es mayor que el de otro, debe este ceder ante aquél. Ahora para saber el peso concreto de cada principio en colisión, habrá que analizar el caso concreto a la luz de la fórmula de ponderación, que a saber, se expresa²⁴:

A esto se le llama “estructura condicional hipotética”. El mejor ejemplo son las normas del código penal; el que matare a otro (supuesto de hecho), incurrirá en prisión de doscientos ocho a cuatrocientos cincuenta meses (consecuencia jurídica). Tales reglas se aplican a través de la subsunción, que es una especie de silogismo donde la premisa mayor es la regla en su sentido condicional hipotético, una premisa menor consistente en que una realidad material se ajuste al supuesto de hecho de la norma, y una conclusión consistente en la imputación de la consecuencia jurídica asignada por la norma al supuesto de hecho. Por otro lado, los conflictos entre ellas se solucionan a través de una cláusula de excepción, que elimina el conflicto o declara al menos inválida una de ellas (Alexy, 1997, p. 88). Con los principios, como ya veremos, los conflictos se solucionan de otra manera debido a su distinta naturaleza. Ello es así, pues contrario a las reglas, los derechos fundamentales cuentan con un alto nivel de abstracción que imposibilita su aplicación a través de la subsunción, y debido a su carácter de igualdad jerárquica, no hace posible el uso de las cláusulas de excepción para solucionar sus colisiones.

²² La procedencia condicionada es que “teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se indican las condiciones dónde un principio precede a otro” (Alexy, 1997, p. 92). Es decir, bajo qué escenarios un determinado principio debe ceder ante el otro. La relación de precedencia condicionada puede expresarse de la siguiente manera: (P1 P P2) C

²³ Este elemento se usa para decantar por un principio u otro en caso de que el peso concreto de cada uno de ellos sea el mismo, es decir, cuando hay un empate (Bernal, 2013, pp. 102-103). Ahora bien, adelanto que en la investigación tal supuesto no ocurre, por lo que omitiré trabajar este elemento ya que para el caso concreto no es relevante.

²⁴ Para efectos de la investigación, se seguirá la terminología expuesta por Carlos Bernal Pulido en su libro *El derecho de los derechos*.

$$P1: GP_{i,\#}C = \frac{G_{i,j} \cdot I_{i,j} \cdot A}{C \cdot GP_{j,A} \cdot SP}$$

$$P2: GP_{\#,i}C = \frac{G_{j,A} \cdot I_{j,i} \cdot A}{C \cdot GP_{i,A} \cdot SP}$$

Y si $GP_{i,\#}C > GP_{\#,i}C$, entonces prevalece P1.

Y si $GP_{\#,i}C > GP_{i,\#}C$, entonces prevalece P2.

Donde:

P1= Principio 1.

P2= Principio 2.

P = Relación de precedencia, es decir, que a P1 se le debe dar prevalencia sobre P2. C = Las condiciones particulares o concretas donde un principio cede ante el otro.

Lo anterior se lee: bajo ciertas condiciones (C), un principio (P1) debe prevalecer sobre otro (P2). Tales circunstancias están determinadas por el caso concreto, y son analizadas por la fórmula de ponderación para saber cuál principio “pesa” más.

- “ $GP_{i,\#}C$ ” es el peso concreto del primer principio y el del segundo “ $GP_{\#,i}C$ ”.
- “ $I_{i,j}$ o j,i ” es el grado de afectación de cada principio, o sea que tanto la realización de un principio afecta al otro. A tal grado de afectación deberá asignársele un valor dependiendo de si es grave, leve o medio²⁶.
- “ $G_{i,j}$ o j,i A” se refiere al peso abstracto de cada principio. Si bien tales principios dentro de la pirámide jurídica pueden tener la misma jerarquía, “en ocasiones uno de ellos puede tener mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de valores predominantes en la sociedad” (Bernal, 2013, p. 100). De nuevo, se valorará con base a la misma escala triádica que la del grado de afectación.

²⁶ Con base a la siguiente escala triádica (Bernal, 2013, p. 102):

- Si es leve: 1.
- Si es medio: 2.
- Si es grave o intenso: 4.

- “SP!- #C” es la seguridad de las premisas empíricas; que tanta certeza se tiene sobre la afectación de los principios en colisión con base a las pruebas o información existente. También sigue una escala triádica pero con valores diferentes a las anteriores²⁷.

Ahora lo que se hará es, con base al caso concreto, asignar los valores de cada elemento. Por razones metodológicas, como hay varios derechos de los niños en colisión con la intimidad de la familia biológica, se tomará para analizar el que, según mi criterio, es el más afectado: la salud. Llamaré al derecho a la salud de los niños P1 y al derecho a la intimidad de la familia biológica P2.

Para empezar, el grado de afectación que genera la realización de P2 sobre P1 es alto (4), puesto que el desconocimiento de los antecedentes familiares puede ocasionar en el adoptado complicaciones de salud graves e incluso la muerte. El grado de afectación de P1 sobre P2 es leve (1), pues si bien conlleva la intromisión de un sujeto no autorizado a conocer un documento que goza de reserva,

el titular de la historia clínica no se ve afectado materialmente, pues el conocimiento del adoptado de los antecedentes familiares no implica que sepa quién es el titular, solo se le revelará el contenido de la historia clínica.

En cuanto al peso abstracto de P1, es un derecho del que son titulares los niños, sujetos de especial protección constitucional y amparados bajo el principio de prevalencia de sus derechos y su interés es superior. Ergo, su peso abstracto es intenso (4). Por el contrario, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y sus derechos son de suma importancia, su intimidad es un valor bien respetado por nuestra sociedad, pero de ninguna manera lo es por encima del de los niños. Su peso abstracto será medio (2).

La afectación de P1 es plausible (0.5) según las investigaciones científicas mencionadas porque, pues aunque no son comunes las enfermedades genéticas, gran cantidad de la población las padece. Ahora, respecto de P2, existe la certeza de que, si una persona no autorizada por la ley conoce la historia clínica de otra sin su autorización, la vulneración ocurrirá necesariamente; su grado será seguro (1).

²⁷ Con base a los siguientes valores:

- Si es segura: 1.
- Plausible: 0.5.
- No evidentemente falso: 0.25.

Con base a lo anterior, la fórmula de peso arroja el siguiente resultado:

$$\text{Derecho a la salud de los niños (P1): } \frac{4 \cdot 0.5}{1 \cdot 2 \cdot 1} = 4$$

$$\text{Derecho a la intimidad de la familia biológica (P2): } \frac{1 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 0.5} = 0.25 \square$$

Entonces, como el peso concreto del derecho a la salud de los niños es de 4, y el peso del derecho a la intimidad de la familia biológica es de 0.25, el derecho a la intimidad debe ceder ante el derecho a la salud en el caso concreto. Se ha evidenciado entonces, que es jurídicamente posible que los niños, niñas y adolescentes accedan a la historia clínica de su familia biológica con el fin de conocer sus antecedentes familiares en pro de su salud (e identidad).

Conclusión

El adoptar es un acto de amor puro, es darle la esperanza a un niño y que sus sueños aún son posibles. Sin embargo, tal como se ha demostrado, no todo queda solucionado una vez ocurrida la adopción, ya que en cualquier momento una enfermedad genética puede salir a la luz y ocasionar situaciones médicas delicadas o incluso la muerte. Todo ello, como consecuencia de la imposibilidad que tiene el adoptado en conocer sus antecedentes médicos familiares. El problema es que a día de hoy en Colombia no hay ninguna norma o procedimiento que tutele su derecho a conocerlos; todo lo contrario, se le prohíbe expresamente, tanto por vía legal como administrativa. De esa manera, el Estado colombiano está vulnerando los derechos a la salud e identidad de los niños adoptados, desconociendo su carácter de especial protección y de prevalencia de sus derechos. Pero no todo son malas noticias, puesto que se ha demostrado que es posible jurídicamente tutelar tales derechos, sin que ello signifique un menoscabo grave al derecho de la intimidad de la familia biológica.

Todo lo anterior me recuerda aquello que decía Ihering (2018) tiempo atrás, de que el derecho es una lucha, una “lucha contra la injusticia” (p. 49), y que por eso este se representa con una balanza y una espada. Así pues, como persona adoptada, me comprometo a seguir luchando por nuestros derechos, pero invito a todo aquel que haya leído estas líneas a empuñar la espada del derecho en nombre de quienes por tanto tiempo hemos sido desprotegidos.

Bibliografía

- Abarca, H., Chávez, M., Trubnykova, M., La Serna-Infantes, J. y Poterico, J. (2018). Factores de riesgo en las enfermedades genéticas. *Revista Acta Médica Peruana*, 35(1), 43-50. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172018000100007
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aristóteles. (2014). *Metafísica* (Trad. T. Calvo). Editorial Gredos.
- Bernal, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2013). *El Derecho de los derechos*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Cardozo, N. (2011). *La filiación adoptiva en Colombia*. Editorial Ibañez.
- Chaudhry, H., Gireco, A., Macklis, R., Mendelsohn, M. y Mudge, G. (2005). *Fundamentos de medicina clínica*. Editorial Amolca.
- Chapelle, A., Terry, S., Burke, B., Christensen, K., Garrison, A., Hawkins, A., Rifaey, H, Terry, E., Waite, M., Wise, L., Haga, S., Djurdjinovic, L., Faucett, W., Green, N., Hoffman, M., Lea, D., Lloyd-Puryear, M. y Weiss, J. (2009). *Cómo entender la genética*. Editorial Genetic Alliance.
- Código de Infancia y Adolescencia [CIA]. Ley 1098 de 2006 [Código]. (2006, noviembre 8). Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/codigoinfancialey1098.pdf>
- Congreso de Colombia. (1981, febrero 18). Ley 23 de 1981: por la cual se dictan normas en materia de ética médica. DO: 35 711.
- Congreso de Colombia. (2015, febrero 16). Ley Estatutaria 1751 de 2015: por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. DO: 49 427.
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). 2.a ed. Legis.
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (1992, septiembre 23). Sentencia T-531/92 [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-531-92.htm>

- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (2018, diciembre 7). Sentencia T-468/18 [M. P. Diana Fajardo Rivera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-468-18.htm>
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (1995, septiembre 12). Sentencia T-408/95 [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-408-95.htm>
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (2008, febrero 15). Sentencia T-158A/08 [M. P. Rodrigo Escobar Gil]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-158A-08.htm>
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (2011, mayo 4). Sentencia T-320/11 [M. P. Jorge Iván Palacio Palacio]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2011/T-320><https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2011/T-320-11.htm>
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (2013, enero 28). Sentencia T-036/13 [M. P. Jorge Iván Palacio Palacio]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-036-13.htm>
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (2013, marzo 13). Sentencia T-133/13 [M. P. Jorge Iván Palacio Palacio]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-133-13.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (2017, diciembre 11). Sentencia T-719/17 [M. P. José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-719-17.htm>
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia. (1998, septiembre 21). Sentencia T-517/98 [M. P. Alejandro Martínez Caballero]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-517-98.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (1995, febrero 9). Sentencia SU-043/95 [M. P. Fabio Morón Díaz]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/SU043-95.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (1995, noviembre 2). Sentencia C-489/95 [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-489-95.htm>

- De Lorenzi, M. (2015). El derecho a conocer los orígenes biológicos: la necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida [Tesis de doctorado, Universitat de Barcelona]. Dipòsit Digital de la Universitat de Barcelona.
- Galindo, J. C. (2011). Amparos y coberturas de salud. Editorial Ibañez y Pontificia Universidad Javeriana.
- Galindo, P. [pablo_galindo]. (2024, mayo 5). Entrevista a la ex directora del ICBF Elvira Forero por Pablo Galindo sobre la adopción en Colombia [archivo de video]. YouTube. https://youtu.be/OwtUMqWjL_E
- González, M. y Delgado, A. (2022). Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada. Revista de Derecho, 21(Especial), 115-136. <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/2907>
- Ibáñez, J. E. (1997). La vida de los derechos de la niñez (Tomo 1). Editorial del Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Ihering, R. V. (2018). La lucha por el Derecho. Editorial Universidad Carlos III de Madrid.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2016, octubre 5). Instructivo búsqueda de orígenes niños, niñas, adolescentes y adultos adoptados. Versión 1. <https://www.icbf.gov.co/el-instituto/sistema-integrado-de-gestion/instructivo-busqueda-de-origenes-ninos-ninas-adolescentes>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2019, diciembre 13). Procedimiento conformación historia de atención y procesos de adopción. Versión 2. https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/p46.sa_procedimiento_conformacion_hist_orias_atencion_y_proceso_adopcion_v2.pdf
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2021, enero 19). Lineamiento Técnico Administrativo del programa de adopción. Versión 4. https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/lm16.p_lineamiento_tecnico_administrativo_programa_de_adopcion_v4_0.pdf

- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2022, septiembre 30). Subdirección de Adopciones. Programa de Adopción [presentación de diapositivas]. https://www.icbf.gov.co/system/files/estadisticas_p_adopciones_al_30-09-2022.pdf
- Kelsen, H. (2011). Teoría pura del derecho. Editorial Trotta.
- Ministerio de Salud. (1999, julio 8). Resolución 1995 de 1999: por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica.
- Organización Mundial de la Salud. (2023, febrero 4). Día Mundial contra el Cáncer 2023: Por unos cuidados más justos. <https://www.paho.org/es/campanas/dia-mundial-contra-cancer-2023-por-unos-cuidados-mas-justos>
- Pérez, J. (2006). Manual de patología general. Masson.
- Presidencia de la República de Colombia. (1981, noviembre 30). Decreto 3380 de 1981: por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981. DO: 35 914.
- Presidencia de la República de Colombia. (1999, septiembre 3). Decreto 1725 de 1999: por el cual se dictan normas de protección al usuario y se dictan otras disposiciones. DO: 43 695.
- Sepúlveda, P. y Ramírez, L. (2013, diciembre 19). Más de 800 personas adoptadas han buscado a sus padres biológicos. La Tercera. <https://www.latercera.com/noticia/mas-de-800-personas-adoptadas-han-buscado-a-sus-padres-biologicos/>
- Sessarego, F. (1992). Derecho a la Identidad Personal. Editorial Astrea.
- Urriza, I., Villarreal, M., Álvarez, J., Durán, G., Ramos, M. y Herranz, M. (2016). Enfermedad de Bruton de diagnóstico precoz: importancia de una adecuada historia clínica y los antecedentes familiares. Revista de Pediatría de Atención Primaria, 18(71), 111-114. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1139-76322016000300013

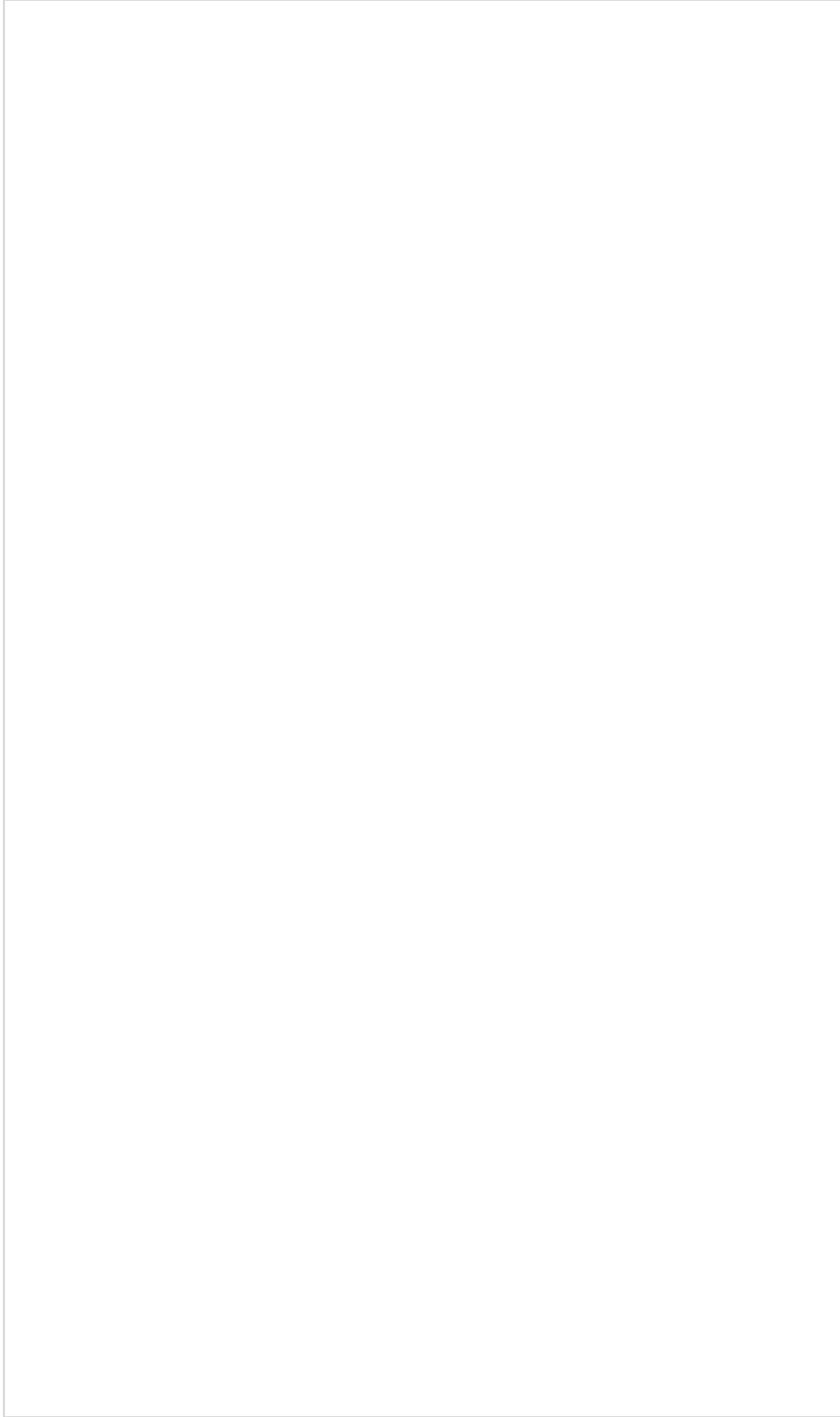


Régimen de responsabilidad aplicable a vehículos autoconducidos

Mauricio Eduardo García Caicedo

Trabajo ganador del segundo puesto en el Concurso nacional de ensayo "Germán Cavellier" 2024-1.





Sumario

Introducción

I. Estado del arte

II. Responsabilidad imputable a inteligencias artificiales

III. Responsabilidad por daños por producto defectuoso

1. Legitimación activa
2. El defecto del producto
3. El daño
4. El nexo de causalidad

IV. Responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas

1. Fundamentos en Colombia
2. La guarda
3. El daño
4. El nexo de causalidad

V. Responsabilidad contractual por obligaciones de seguridad

1. ¿Cuándo hay obligaciones de seguridad?
2. Cargas probatorias de las partes

Conclusión

Bibliografía

Resumen

Los vehículos autónomos plantean un reto significativo para las instituciones de responsabilidad civil. Este ensayo analiza los enfoques adoptados a nivel mundial para gestionar los daños causados por estos vehículos, incluyendo modelos regulatorios y normativas específicas que buscan delimitar la responsabilidad. También evalúa las cuatro soluciones más relevantes, considerando su viabilidad dentro del contexto colombiano. Finalmente, examina las particularidades del derecho civil colombiano, que, con su estructura normativa y sus principios de responsabilidad, ofrece una base potencial para afrontar eficazmente los desafíos que plantea el uso de vehículos sin conductor.

Palabras clave: Vehículo autoconducido, producto defectuoso, actividad peligrosa, obligaciones de seguridad

Debemos abandonar la idea de que el hombre debe comportarse bien; nosotros le deberíamos decir: concúctete como te plazca a tus riesgos y peligros; si lastimas a otro pagarás.

~ Georges Ripert

Introducción

Los vehículos autoconducidos (VA), también llamados vehículos autónomos o vehículos sin conductor, son automóviles que pueden operar, ya sea durante un trayecto completo o bajo ciertas

circunstancias, sin la intervención de un humano (Vellinga, 2017)¹. Si bien una vez fueron un sueño de la humanidad visto solo en la ciencia ficción, hoy son una realidad y circulan activamente en China, Estados Unidos, Corea y más países. Esto genera bastante emoción ya que la automatización de la conducción de automóviles puede generar ventajas y eficiencias en nuestras vidas. Tal vez en el futuro sea un programa de computador quien nos conduzca al trabajo, provea el servicio público de transporte masivo e incluso nos traiga nuestro almuerzo. Sin embargo, tanta esperanza viene acompañada de peligros innegables y retos regulatorios que los Estados deberán afrontar.

El 20 de agosto de 2021 un bus autoconducido de la empresa Toyota se estrelló contra Aramitsu Kitazono, un hombre ciego que además iba en camino a participar en los juegos paralímpicos de Tokio (The Guardian, 2021). Al año siguiente, el 28 de noviembre de 2022 un vehículo Tesla 2021 modelo S transitaba el Puente de la Bahía de San Francisco. Encontrándose en modo de conducción autónoma, el vehículo repentinamente cambió de carril y frenó, causando un accidente que involucró a 8 carros más (The Guardian, 2022). En todos estos casos, las víctimas del accidente ciertamente se preguntaron: ¿Quién debe responder por los daños que he recibido? Si un conductor imprudente hubiera causado el accidente, sería fácil dirigirse contra él. No obstante, en esta situación no parecía justo dirigirse contra el propietario o los pasajeros que no controlaban el rumbo del vehículo.



¹ Internacionalmente, se encuentran en los niveles 4 y 5 de automatización según la regulación J3016 de la Sociedad de Ingenieros de Automoción (SAE International) y en el nivel 4 según la clasificación de la National Transport Safety Authority (NTSA) de Estados Unidos

Cuando los vehículos autoconducidos se asienten en Colombia, no hay duda de que la responsabilidad por los daños que generen será un tema difícil de afrontar. Este ensayo buscará determinar el régimen de responsabilidad aplicable e identificar quién debe asumir las consecuencias económicas de los daños generados por estos vehículos. Primero se hará un recuento de la literatura internacional sobre el tema. Luego se identificarán soluciones posibles. Estas serán la imputabilidad del daño directamente a la inteligencia artificial, la responsabilidad por daños por producto defectuoso, la responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas y la responsabilidad contractual por obligaciones de seguridad. Se evaluará la aplicabilidad y conveniencia de cada una para buscar una solución justa y equitativa al problema planteado.

I. Estado del arte

Los VA y el software de conducción que incorporan tienen características especiales que dificultan regular la responsabilidad por los daños que generan. El vehículo no depende de un ser humano controlándolo ni que esté listo para tomar el volante ante una eventualidad, desdibujando la idea de un conductor a quien normalmente se le atribuiría la responsabilidad (Lee, 2016). Otro rasgo problemático es la forma en que se programan los softwares de conducción. Estos utilizan sistemas de machine learning que por su naturaleza no permiten conocer las razones por las que el vehículo tomó cierta decisión y no otra (Cummings, 2023).

Los países europeos han intentado dar respuesta a estos problemas a través de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos. Siendo una norma "completamente armonizante" se aplica en toda la UE por encima de las legislaciones nacionales (Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE], 2002). Esta directiva, modificada el pasado 12 de marzo de 2024, creó un régimen de responsabilidad solidaria aplicable a todos los agentes económicos que intervienen en la cadena de creación y distribución del producto. Se caracteriza por aliviar las cargas probatorias del consumidor, presumiendo la existencia del defecto del producto en algunas situaciones y presumiendo igualmente el nexo de causalidad cuando el daño es típicamente consistente con el defecto. Por último, considera que los softwares de conducción pueden aprender por su cuenta o actualizarse de forma constante, así que en esos casos no podrá el demandado exonerarse demostrando la inexistencia del defecto cuando se puso en circulación el producto (Centeno y García 2024; Hacker 2023; Parlamento Europeo [PE], 2024).

Toda situación no regulada por la directiva de productos defectuosos se resuelve según el derecho interno de cada Estado europeo. Algunos, como Alemania y España, han adoptado legislaciones que establecen la responsabilidad objetiva en cabeza del propietario o poseedor del automóvil (Grau 2023; Juhasz, 2019). Otros contemplan un régimen de actividades peligrosas que permitiría responsabilizar a un guardián diferente al propietario, pero cuya aplicación se limita a hipótesis especiales. Muestra de ello es Estonia, donde la Ley de Obligaciones de 2017 condiciona la aplicación de la responsabilidad objetiva a supuestos de muerte, lesiones, enfermedad y daño a la propiedad; u Holanda que solo lo permite si la víctima del accidente es un sujeto de especial protección como un menor de edad (Liivak, 2019). Esta multiplicidad de regímenes en la UE pronto tendrá un nivel mínimo de armonización, ya que está a punto de aprobarse la Directiva de la Unión Europea sobre Responsabilidad por el Hecho de Inteligencias Artificiales, que fue presentada en conjunto con la reciente directiva sobre productos defectuosos. Esta crea algunos remedios procesales como la obligación del productor de exhibir documentos y la presunción de culpa y nexo de causalidad en ciertas circunstancias² (PE, 2024).

Países como Alemania, Filipinas, Corea del Sur, Reino Unido y Estados Unidos tienen leyes que presuponen la presencia de un conductor dirigiendo el vehículo. Frente a esta limitación, algunos han optado por prohibir los vehículos sin una persona lista para tomar el volante; efectivamente limitando el avance de tecnología a niveles intermedios de automatización (Kaufman, 2020). Estados Unidos y Reino Unido permitieron una interpretación extensiva del término "conductor" para incluir sistemas de conducción automatizada (Grau, 2023). Esto últimamente ha permitido que el derecho se actualice sin la necesidad de leyes nuevas. En Corea del Sur e India, para cubrir el actual vacío normativo, se ha propuesto una reforma al código civil que considere a las inteligencias artificiales como personas jurídicas con la capacidad de adquirir obligaciones. Esta idea ha sido muy criticada (Nandi, 2024; Oh, 2021).

Australia, Estados Unidos y Hong Kong contemplan versiones de la responsabilidad por productos defectuosos inspiradas en la hoy derogada directiva 85/374 de la Unión. Su aplicación a los VA se ha enfrentado a problemas similares.

² La propuesta de Directiva crea una presunción de culpa cuando el demandado incumple sus deberes de exhibir o preservar evidencia y otra presunción del nexo causal para cuando se ha acreditado la culpa, la intervención de esta culpa en la cadena de causas y que la actuación de una IA causó el daño.

Primero, la dificultad de demostrar el defecto cuando esto requiere conocimientos especializados y en ocasiones la ayuda de expertos a los que el consumidor o usuario no tiene acceso³.

Segundo, algunas veces no es suficiente con acreditar el defecto en el producto, sino que también se debe hacer un examen de razonabilidad y/o de costo beneficio. Estos exámenes implican verificar si un productor razonable puesto en las mismas circunstancias hubiera identificado el defecto, y si la seguridad adicional de un diseño alternativo es mayor al aumento de costos que este traería. Esta carga probatoria fue aliviada en Estados Unidos con la teoría del mal funcionamiento, según la cual un comportamiento claramente anormal del producto ya da cuenta de un defecto en su diseño (Boeglin, 2015; Mackie, 2018; Ross, 2018; Yin 2023).

Ambos contienen un solo artículo sobre el tema. Por un lado, el proyecto 059/2023 crea una comisión encargada de expedir las normas de responsabilidad extracontractual aplicables, pero cumpliendo con la exigencia mínima de incluir "al régimen de responsabilidad objetiva" y obligar a los responsables a "garantizar por

“En Colombia se encuentran en trámite los proyectos de ley 059 y 200 de 2023 que intentan regular la responsabilidad por el hecho de inteligencias artificiales.”

medio de garantías la reparación de perjuicios. (art. 28)"⁴. Por otro lado, el proyecto 200/2023 aclara que la responsabilidad no recaerá sobre las inteligencias artificiales sino sobre las entidades públicas o privadas que las desarrollen y contraten⁵.

III. Responsabilidad imputable a inteligencias artificiales

³ Hacker (2023) explica que el defecto del producto está cubierto por una "doble opacidad": opacidad en el proceso de decisión de la IA y opacidad en los secretos institucionales de la empresa productora.

⁴ La redacción de este artículo es criticable en tanto se refiere a "el régimen objetivo", en lugar de "un régimen objetivo", siendo que en el derecho colombiano hay varios regímenes objetivos de responsabilidad y esto por sí solo alusión no explica las cargas probatorias de las partes. Adicionalmente, no precisa el alcance de esta obligación de prestar garantías (posiblemente constituyendo seguros).

⁴ Es aplaudible la atribución de responsabilidad a los desarrolladores de IA, aunque la expresión "entidades que las contraten" presenta cierta ambigüedad. Tampoco se clarifica cuál será el régimen de responsabilidad aplicable.

⁵ *Ibíd.*

Ya habiendo identificado las propuestas principales en el mundo, se procederá con su análisis para el caso colombiano. La primera solución estudiada será el reconocimiento de personería jurídica a los programas de inteligencia artificial, imputándoles el daño tal y como si fueran un humano al volante de un vehículo.

Esta idea fue gestada en el campo de la filosofía y se está abriendo paso en los debates legales. Se anticipa al desarrollo futuro de “Inteligencia Artificial General” (IAG), que tendrá capacidad mental muy similar a la humana y le permitirá tomar decisiones totalmente autónomas (Chesterman, 2020). Crimmins (2019) señala que el salto de IA a IAG no se ve venir en un tiempo cercano, por lo que la discusión puede tornarse obsoleta.

Además, el debate sobre la capacidad de las IA deja como consideración residual al patrimonio como atributo de la personalidad cuando este es el que presenta mayores dificultades.

Hay que mencionar, además, que las IA podrían utilizarse de forma fraudulenta para que quienes desarrollen y pongan en el mercado dichos programas no deban responder con su patrimonio por los riesgos que generen.

El Ministerio de Tecnologías de India (2022) propuso que las IA sean personas jurídicas, pero

que deban tener un seguro que cubra todas las obligaciones que contraigan. Esto es insuficiente porque los seguros no son garantías infalibles; pueden tener topes o dar lugar a la exoneración del asegurador, dejando a los acreedores de la IA en situación de indefensión. Por todas estas razones, esta primera propuesta debe ser rechazada.

“Crear una nueva persona con capacidad de contraer obligaciones conlleva el riesgo de que no tenga una prenda general suficiente para satisfacer a sus acreedores.”

IV. Responsabilidad por daños por producto defectuoso

La segunda solución analizada será la responsabilidad por daños por producto defectuoso. Este es un régimen objetivo consagrado en la ley 1480 de 2011. Merece ser considerado porque la mayoría de los vehículos autoconducidos serán adquiridos o utilizados en el contexto de relaciones de consumo, además de que esta ha sido la solución dada en la Unión Europea y Estados Unidos.

Ofrece como ventajas la reducción de las cargas probatorias, la limitación de las causales de exoneración y la solidaridad entre productor y expendedor. Para evaluar su conveniencia en el caso de los vehículos sin conductor se examinará primero quiénes pueden reclamarla. Luego, se verificará que estén presentes los elementos de este tipo de responsabilidad, que son justamente las cargas probatorias del demandante: El defecto del bien, el daño y el nexo de causalidad.

1. Legitimación activa

La ley 1480 señala que los productores y expendedores “serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos (art. 20)”. No hace alusión a quién puede reclamar este tipo de responsabilidad. Sin embargo, este aparente vacío normativo puede solucionarse recordando la ubicación del artículo dentro del Estatuto del Consumidor. Esta ley reduce su ámbito de aplicación a “la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor (art. 2)”. Así mismo, tiene como principio general “la protección del consumidor frente a riesgos para su salud e integridad (art. 1)”. Más aún, esta norma es un desarrollo del artículo 78 constitucional, que encarga al legislador regular la responsabilidad de quienes “atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.

De ahí que la responsabilidad por daños por producto defectuoso solo podría ser reclamada por los consumidores que usen el VA; no por los terceros dañados en un siniestro vial. Este concepto de consumidor cobija a todos los que estén a bordo del vehículo, ya que consumidor no solo es quien adquiere el bien sino también aquel que lo disfrute o utilice (Ley 1480, art. 5).

2. El defecto del producto

Este elemento demuestra una dificultad para aplicar la responsabilidad por productos defectuosos a los vehículos autoconducidos⁶. La Corte Constitucional en sentencia C-1141-00 ha reconocido que el consumidor no conoce especificaciones técnicas ni situaciones internas de la producción del bien, así que le es muy difícil demostrar cuál fue el defecto. Por esa razón, el defecto no ha sido entendido como el error puntual en el diseño, fabricación, información o embalaje, sino como la falta de seguridad que

⁶ En su reporte de evaluación de la Directiva 85/374/EEC, la Comisión Europea (2018) presentó críticas similares a las que se expondrán en este título. Esta directiva contenía normas parecidas a las que hay en Colombia y fue reformada en marzo de 2024 para adaptarse mejor a los avances tecnológicos.

razonablemente puede esperar el consumidor (Corte Suprema de Justicia [CSJ], 2009).

Aun así, no se puede esperar que el consumidor demuestre la inseguridad de un vehículo autoconducido cuando esta está ligada al funcionamiento de sistemas tecnológicos complejos (Buitrón et al., 2024). Sería razonable que el juez, inclusive de oficio, redistribuya la carga de la prueba en atención a la indefensión del consumidor, la necesidad de conocimientos técnicos y la mayor cercanía del demandado con la creación del producto. Todas estas circunstancias son contempladas por el artículo 167 del Código General del Proceso como criterios posibles para decretar la carga dinámica de la prueba. Sin embargo, esto queda sometido a la discrecionalidad del juez y podría ser un obstáculo para el resarcimiento de perjuicios sufridos por el consumidor.

Cabe señalar que la exigencia de un defecto del producto también deja por fuera ciertos supuestos de hecho que involucran vehículos autoconducidos. La SIC (2016) ha indicado que un producto defectuoso no es lo mismo que un producto peligroso. Los productos peligrosos, como los automóviles o cuchillos, implican peligros para las personas por su propia naturaleza; no en razón de un defecto. Estos productos únicamente crean el deber de diseñar, fabricar y embalarlos adecuadamente, adoptando suficientes medidas preventivas. Cumplida esta carga, el productor no deberá indemnizar los daños causados por riesgos naturales de la conducción de vehículos, ya que no fueron causados por un defecto del producto (Tamayo, 2016)⁷.

3. El daño

Por esta vía es posible indemnizar los daños surgidos de la muerte o lesiones corporales y el deterioro o destrucción de bienes diferentes al producto defectuoso. Ello excluye que se reclame el precio del vehículo dañado y el lucro cesante derivado del defecto (Espinosa, 2015). Se ha debatido si también quedan excluidos los daños extrapatrimoniales, que según el caso podrían guardar relación con la muerte o lesiones personales (Caycedo, 2013)⁸.

⁷ Un ejemplo de riesgo propio de la actividad de conducción es el hidroplaneo, que hace a un vehículo perder la tracción a causa de condiciones meteorológicas.

⁸ El artículo 9 de la Directiva 85/374/EEC tenía la misma expresión "muerte o lesiones corporales" del artículo 20 de nuestra ley 1480. El TJUE lo interpretó de forma que excluía los daños psicológicos y en consecuencia los daños extrapatrimoniales, que sí fueron incluidos en la última reforma (PE, 2024)

En caso de que también queden excluidos, invocar esta responsabilidad dejaría de lado la posibilidad de reclamar perjuicios posiblemente muy elevados con fuentes como el daño moral, el daño a la vida en relación y el daño a los derechos constitucional y convencionalmente protegidos. Para indemnizar todos estos daños sería necesario acudir a otro régimen especial.

4. El nexo de causalidad

Para dar lugar a la responsabilidad por daños por producto defectuoso debe comprobarse el nexo de causalidad entre el defecto y el daño. Esto es diferente del nexo entre el producto defectuoso y el daño (Villalba, 2014). En otras palabras, no es suficiente con demostrar que el vehículo autoconducido dio lugar al accidente. Debe comprobarse que los movimientos del vehículo fueron determinados por el defecto en sus llantas, sistemas de ubicación, herramientas de detección del entorno, u otro componente. Esta diferenciación es especialmente importante para el caso de vehículos autoconducidos, porque involucran programas de *machine learning* que toman decisiones sin poder identificar los criterios puntuales que utilizaron.

La imposibilidad de conocer el proceso de toma de decisiones de la IA potencialmente dificultará el establecimiento de este nexo de causalidad. Ahora bien, habrá casos como una llanta estallada donde el nexo de causalidad entre la inseguridad del producto y el daño sea evidente sin mayor análisis. En todo caso, el alcance de esta exigencia probatoria será una consideración necesaria al momento de elegir la acción utilizada para reclamar daños que un vehículo sin conductor haya causado al consumidor. Visto en conjunto con la dificultad en la prueba del defecto y la limitación del daño indemnizable, la responsabilidad por daños por producto defectuoso solo soluciona parcialmente el problema estudiado y en todo caso no protege a los terceros dañados por el vehículo.

V. Responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas

La tercera solución estudiada será la responsabilidad por actividades peligrosas. Este es un régimen objetivo que obliga al guardián de una actividad a responder por los daños que esta genere. Es una solución atractiva para el caso porque la conducción de automóviles ya es considerada una actividad peligrosa en Colombia (CSJ, 2020). Adicionalmente, como se verá más adelante, permite ubicar la responsabilidad en cabeza de la empresa productora de los automóviles o productora del software en lugar del dueño del automóvil.

1. Fundamentos en Colombia

La Corte Suprema de Justicia (1940) considera que la teoría del riesgo no aplica plenamente en Colombia por ser incompatible con la redacción del Código Civil. En cambio, ha encontrado otros fundamentos para la responsabilidad por actividades peligrosas. Ha mencionado primero la peligrosidad anormal de la actividad desarrollada, que debe tener cierto carácter incontrolable incluso cuando se toman todas las medidas de precaución necesarias.

En segundo lugar, menciona la simetría entre la actividad y el beneficio económico que alguien obtiene. En tercer lugar, echa mano del análisis económico del derecho para traer a Colombia el “argumento de los bolsillos profundos” (*Deep pocket argument*); una construcción del *common law* que busca asignar las consecuencias económicas del daño en la persona que se encuentra en mejor condición de asumirlas. También se apoya en la asegurabilidad de la actividad. No se está imponiendo una carga excesiva al guardián si este tiene la facilidad de contratar un seguro que cubra sus riesgos jurídicos (Compagnucci de Caso, 2002; CSJ 2021a; Schwartz, 2017). Finalmente, presenta como fundamento la justicia distributiva. Esta forma de justicia aboga por asignar con equidad las cargas accidentales de la sociedad, “esto es, decidir a quién le compete responder por los daños ocasionados sin culpa (CSJ, 2021a)”.

Todo esto es perfectamente aplicable a los vehículos autoconducidos. Se ha cuestionado la peligrosidad de la actividad en razón de que las IA toman decisiones usando criterios objetivos y hacen de la conducción tan segura que ya no puede considerarse anormalmente peligrosa (Boeglin, 2015). Esta posición es incorrecta, ya que ignora el hecho de que los programas son susceptibles de cometer errores y tener sesgos. Esto lo confirman los datos de la NHTSA en EE.UU. (como se citó en Cummings, 2023), que reportó que el 28% de los vehículos terminan en colisiones traseras cada año, pero esta cifra aumenta a 56% en vehículos autónomos.

Además, independientemente de lo superiores que estos automóviles sean a los conductores humanos, hay que recordar que la habilidad del conductor nunca ha sido un criterio para clasificar la conducción como actividad peligrosa. Los vehículos autoconducidos tienen una fuerza desequilibradamente superior a la del hombre que no le permite defenderse de una colisión (Valencia Zea, 2010); alcanzan velocidades elevadas; ponen en riesgo intereses jurídicos del más alto rango como la vida y la integridad personal; y traen consigo el riesgo de causar daños que no pudieron haberse evitado con la sola prudencia (CSJ, 2021b).

Con respecto al interés económico en la actividad, inicialmente hay varios sujetos obteniendo un beneficio por la circulación de los VA: El propietario, que obtiene un transporte cómodo y rápido, y el proveedor, que se lucra de poner en circulación el automóvil y el software. La clave para encontrar al responsable entre ellos está en el análisis económico del derecho y la justicia distributiva. Se debe buscar a la persona en mejores condiciones de responder. Es la empresa que pone en circulación el vehículo quien tiene los bolsillos profundos para reparar los daños enormes que puede causar.

También es ella quien puede contratar un seguro para todos sus automóviles a un costo menor y sin exponerse a tantos abusos como si cada usuario contratara directamente con una compañía aseguradora. Por otro lado, sería contrario a los mandatos antes mencionados imponerle todas las cargas al propietario del vehículo. Él tendría que reparar daños probablemente por encima de su capacidad económica, cosa que rechaza la justicia distributiva.

2. La guarda

Ya se han expuesto algunos de los argumentos por los que la guarda de la actividad debe estar en cabeza de la empresa que comercializa los automóviles y el software. Esto puede ser confirmado revisando el concepto de guarda que ha construido la jurisprudencia colombiana.

Esta ha sido entendida como un “poder efectivo e independiente de dirección, gobierno y control (CSJ, 2018)” sobre la actividad. Justamente quien diseña los componentes del vehículo y crea los programas que llevan a cabo la conducción es quien detenta ese control efectivo que antes tenía el conductor. Hay que añadir que la guarda no es única. Puede ser compartida entre varios sujetos mientras estos “desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, [puedan] ejercer, al tiempo y a su manera, la dirección o control efectivo (CSJ 1997, 2018)”.

En el caso de que quien provea el software sea diferente a quien produce los automóviles, esto podría dar lugar a una responsabilidad solidaria entre ambos a la luz del artículo 2344 del Código Civil⁹. Son ellos quienes pueden tomar las medidas preventivas suficientes para evitar la causación de daños a terceros, detentando la dirección o control efectivo de la actividad. Además, su interés económico se hace claro al advertir que muchos de los VA están acompañados de suscripciones y otros pagos periódicos por

⁹ Un caso real donde esta responsabilidad solidaria puede encontrarse son los automóviles Tesla en China. La compañía estadounidense obtuvo aprobación de poner a circular sus automóviles en China, pero bajo la condición de que una empresa china proveyera el software de conducción (AP News, 2024)

acceso a internet, mantenimientos e incluso para instalar softwares de conducción más avanzados. Agregando a ello, se lucran de la recolección de datos personales del usuario (Li, 2018).

No hay lugar a asignar la guarda en cabeza del propietario del vehículo por el solo hecho de serlo. La jurisprudencia ha sido consistente en rechazar la tenencia y propiedad de la cosa como determinantes de la guarda, prefiriendo el criterio antes mencionado de poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control. Se ha hablado del derecho de propiedad como hecho indicativo que da lugar a una presunción de guarda, pero esta presunción es fácilmente desvirtuable demostrando la ausencia de control efectivo (CSJ 2019).

Ello ocurre con la prueba de que la cosa haya sido robada, entregada a otro, o probando el nivel de automatización del vehículo. El propietario en este caso es más asimilable a un pasajero siendo transportado de un punto a otro. No toma decisiones sobre la forma en que se lleva a cabo la actividad de conducción, impidiendo que se le asigne la guarda de la actividad.

3. El daño

Este elemento no presenta dificultades adicionales para la utilización del régimen de actividades peligrosas. Siendo aplicables las normas generales de responsabilidad extracontractual, es posible indemnizar todas las especies de daño; a diferencia de cuando se acude a la responsabilidad por daños por producto defectuoso.

4. El nexo de causalidad

En este régimen existe un “nexo de causalidad atenuado”. La víctima no debe puntualizar la conducta del demandado que dio lugar al daño, sino solo que el ejercicio de la actividad peligrosa fue la causa del daño que sufrió (Tamayo, 2007). En atención a la dificultad de demostrar el defecto del automóvil o de conocer el proceso de decisión de los programas de machine learning, se puede afirmar que esta concepción del nexo causal atiende a las necesidades de las víctimas de daños causados por vehículos autoconducidos.

VI. Responsabilidad contractual por obligaciones de seguridad

Antes de decidir sobre la aplicación del régimen de actividades peligrosas a los daños causados a los pasajeros, es necesario preguntarse si estos no pertenecen más a un escenario contractual. Salta a la vista la dificultad de que aún no conocemos el clausulado de los contratos entre usuarios y empresas productoras de vehículos autoconducidos.

Esto permitiría clasificar el contrato y de ahí deducir las obligaciones de las partes. Sin embargo, aún sin encuadrarse en un tipo contractual, es posible realizar acercamientos a la existencia de una obligación de proteger a las personas dentro del vehículo y a sus bienes. Estas han sido llamadas obligaciones de seguridad (Hinestrosa, 2002). Se estudiarán primero los criterios de identificación de una obligación de seguridad, para luego analizar su efecto sobre las cargas probatorias de las partes.

1. ¿Cuándo hay obligaciones de seguridad?

Las obligaciones de seguridad pueden ser de origen legal, convencional o aparecer implícitamente en algunos contratos sin necesidad de estipulación. Comúnmente se propone que la obligación de seguridad aparece necesariamente en contratos cuya ejecución requiere que el acreedor se ponga físicamente a disposición del deudor (Prevot, 2012).

Similarmente se ha planteado que hay una obligación tácita de seguridad cuando la naturaleza del contrato crea riesgos de dañar físicamente al acreedor (Le Tourneau, 2003).

Estos criterios permitirían encontrar una obligación de seguridad en cabeza de quien presta el software de conducción, ya que este no puede ser usado sin que el usuario se ponga físicamente bajo su control y se exponga a riesgos elevados. No ocurre lo mismo con quien es productor o proveedor del automóvil sin participar en la creación del software.

Esto se dificulta aún más en cuanto el derecho colombiano ha rechazado la existencia de una obligación de seguridad en el contrato de compraventa, que sí es aceptada en Chile y Francia (Ubiría, 2006). Pérez Vives (1955) propone un criterio diferente y de interés para este caso, afirmando que la realización de actividades peligrosas genera obligaciones de seguridad en virtud del artículo 2356 del Código Civil, sin importar si se está dentro o fuera de la ejecución de un contrato. La falta de unidad de criterios genera cierta incertidumbre respecto a la existencia de obligaciones tácitas de seguridad, pero esto no es una preocupación principal para el tema de este ensayo por lo que se expondrá más adelante.

2. Cargas probatorias de las partes

Las obligaciones de seguridad pueden ser de medio y de resultado. Ante un primer análisis resultaría contraproducente encontrar una obligación de medio en el contexto de vehículos autoconducidos, ya que exigiría de los pasajeros del automóvil la prueba de la culpa si resultan dañados.

Esto los pondría en una situación de desigualdad frente a los terceros cobijados por el régimen de actividades peligrosas. La jurisprudencia colombiana no ha adoptado un estándar único para clasificar las obligaciones de seguridad como de medio o resultado, optando por reconocer la existencia de criterios múltiples que pueden servirle de ayuda al intérprete (CSJ, 2005). A continuación se enumerarán las propuestas más prominentes, mostrando que no importa qué criterio se aplique, siempre se debe concluir que la obligación de seguridad frente a quienes abordan un vehículo autoconducido es de resultado:

- Geneviève Viney (1988) encuentra obligaciones de resultado cuando el acreedor pierde toda su libertad de movimiento, y de medio cuando este aún se mueve y desempeña un papel activo en la ejecución del contrato. En el caso estudiado, los pasajeros pierden totalmente su libertad de movimiento.
- Tamayo Jaramillo (2007), citando a Mazeaud-Tunc-Chabas, propone que la obligación sea de resultado cuando la seguridad del acreedor pueda ser garantizada con una alta probabilidad. Esto lo puede hacer el automóvil si mantiene una velocidad prudente y respeta las normas de tránsito.
- Pérez Vives (1955), con el mismo criterio mencionado atrás, encuentra que la obligación será invariablemente de resultado cuando la prestación principal involucre una actividad peligrosa.

Hecha esta revisión, se ha establecido que, de existir una obligación de seguridad frente a los pasajeros del automóvil, esta sería necesariamente de resultado. Por esa razón, las cargas probatorias del demandado deben ser: La existencia del contrato, la conducta dañosa, el daño y el nexo de causalidad. Por su parte, el demandado podrá liberarse con la prueba de causa extraña. Con todo lo anterior,

“el análisis de las obligaciones de seguridad termina en una conclusión muy similar a la del régimen de actividades peligrosas, ya que opera una presunción de culpa que no puede ser desvirtuada por la debida diligencia.”

Conclusión

Este ensayo ha analizado 4 soluciones aplicables a la responsabilidad por los daños generados por vehículos autoconducidos. Se encontró que la responsabilidad por actividades peligrosas es la mejor solución al caso porque no crea cargas probatorias excesivas para la víctima, permite la indemnización de todo tipo de daños y asigna la guarda de la actividad en las empresas que están en mejor condición de asumirla. También comprendimos cómo mediante este régimen se pueden beneficiar tanto los terceros dañados por el vehículo como los pasajeros. Es posible que la responsabilidad frente a estos últimos sea sustraída al campo contractual, pero en todo caso derivará en situaciones muy similares para las cargas probatorias y exonerativas de las partes.

Puede aplicar concurrentemente la responsabilidad por daños por producto defectuoso, pero en la mayoría de casos no es más ventajosa que las dos soluciones anteriores.

Principalmente porque solo puede reclamarla el consumidor, las cargas probatorias son mayores en lo que respecta al defecto del bien y el nexo de causalidad y los daños que se pueden reclamar por esta vía son limitados. Con todo lo anterior, el derecho colombiano ya tiene las herramientas suficientes para dar una solución completa y justa a los daños generados por vehículos autónomos; no siendo necesaria la creación de nuevos regímenes de responsabilidad.



Bibliografía

- AP News. (2024). Tesla's stock leaps on reports of Chinese approval for the company's driving software. Business. 29 de abril de 2024.
- Boeglin, J. (2015) The Costs of Self-Driving Cars: reconciling freedom and privacy with tort liability in autonomous vehicles. Yale Journal of Law and technology
- Buitrón, E., Carrión, K. y González, M. (2024). Aprobación por el Parlamento Europeo de la propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Lefebvre Caycedo, C.G. (2013) Principios e instituciones del Derecho de Protección del Consumidor en Colombia. Lineamientos del sistema legal de protección a consumidores y usuarios en colombia, conforme con la Doctrina Constitucional y de Casación Civil, en Perspectivas del derecho del consumo, dir. Valderrama Rojas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, 159-225.
- Centeno, Sonsoles y García, Beatriz. (2024). La Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Nota Jurídica. Pérez-Llorca abogados.
- Chesterman, Simon. (2020). Artificial intelligence and the limits of legal personality. International & Comparative Law Quarterly, 69(4), 819-844.
- Comisión Europea. (2018). Evaluation of Council Directive 85/374/EEC on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. 94-97
- Compagnucci de Caso, R.H. (2002). Fundamentos de la responsabilidad civil: Culpa y riesgo. En: Derecho de Daños. Daños en el Derecho Comercial. Quinta Parte. Ediciones La Roca. 57-72
- Congreso de la República. Proyecto de ley 059 de 2023.
- Congreso de la República. Proyecto de ley 200 de 2023.
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 78. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1141/00. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. G.J. L. p. 437-443. M.P. Liborio Escallón; 18 de noviembre de 1940.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia 0500-31-03-014-2011-00112-01, M.P. Margarita Cabello Blanco; 31 de octubre de 2018.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia 05001-31-03-003-2004-00273-02, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo; 22 de septiembre de 2021.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia 11001-3103-035-2000-00899-01, M.P. William Namén Vargas; 01 de diciembre de 2011.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia 1101-31-03-017-2011-00298-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta; 18 de noviembre de 2019.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia 68001-31-03-010-2011-0093-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; 17 de noviembre de 2020.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia 85162-31-89-001-2011-0016-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; 02 de junio de 2021.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia Expediente No. 4753, M.P. Nicolás Bechara Simancas; 22 de abril de 1997.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia Expediente No. 14491, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; 18 de octubre de 2005.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia Expediente No. 05360-31-03-001-2005-00060-01, M.P. César Julio Valencia Copete; 24 de septiembre de 2009.
- Crimmins, M. [Stanford Law School] (2019) Youtube. Stanford Artificial Intelligence & Law Society (SAILS) Symposium - AI & Personhood [Video]. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=p8QZJ-v7e1U&list=PLcn57XhG-2SdCp6YTikYCRz5k3_kU70yb&index=13
- Cummings, M.L. (2023) 5 conclusions from an automation expert with firsthand knowledge of highway regulation. En: IEEE Spectrum, vol. 60, no. 10, pp. 30-35
- Espinosa Apráez, B. (2015). La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2011. Explicación a partir de una obligación de origen legal y constitucional. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 367-399.

- An Arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China. PCA Case No. 2013-19
- Permanent Court of International Justice. Free City of Danzig and ILO. Advisory Proceeding. 1930. PCIJ Series B. No. 18. Disponible en: <http://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://legal.un.org/ilc/documentationGenevive> Viney (1988). *Traité de Droit Civil*. Volume 5. Les Obligations: La Responsabilité. Effets. *The American Journal of Comparative Law*.
- Grau, G. I. (2023). La responsabilidad del productor de vehículos autónomos en el marco de la (futura) legislación en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. *Revista de Derecho Civil*, 10(2), 117-161.
- Hacker, P. (2023). The European AI liability directives - Critique of a half-hearted approach and lessons for the future. *European New School of Digital Studies*, European University of Viadrina, Germany.
- Hiestrosa, F. (2002) *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*. Editorial Externado.
- Juhász, Á. (2019). The legal framework of autonomous driving in Germany. In *microCAD International Multidisciplinary Scientific Conference*, Miskolc, Egyetem.
- Kaufman, J. D. (2020). Self-driving cars and torts: determining liability in twenty-first century car accident. *Ateneo Law Journal*, 64(3), 1224-1286.
- Lee Ch.H. (2016). Study concerning civil liability for car accidents involving self-driving cars. 19(4). *Inha Law Review*. Corea del Sur. 137-159.
- LeTourneau, P. (2003). *La responsabilité civile*. Collection Encyclopédique *Que sais-je?*, Paris. Presses Universitaires de France.
- Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. 12 de octubre de 2011. *Diario Oficial* 48220
- Li, S., Sui, P. C., Xiao, J., y Chahine, R. (2019). Policy formulation for highly automated vehicles: Emerging importance, research frontiers and insights. *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, 124, 573-586.

- Liivak, T., & Lahe, J. (2019). Strict Liability for Damage Caused by Self-Driving Vehicles: The Estonian Perspective. *Baltic Journal of Law & Politics*, 12(2), 1-18.
- Mackie, T. (2018). Proving liability for highly and fully automated vehicle accidents in Australia. *Computer Law & Security Review*, 34(6), 1314-1332.
- Ministerio de Electrónica y tecnologías de la Información de India. (2022). Report of Committee - D on cyber security, safety, legal and ethical issues. Gobierno de India.
- Nandi, A. (2024). Artificial intelligence and personhood: Interplay of agency and liability. *Expert Speak*. Observer Research Foundation.
- Oh, Byoung Cheol. (2021). Changes in modern society and adaptations in Korea's civil code. *Yonsei Law Journal*, 11(2), 1-50
- Parlamento Europeo. (2024). Mejor protección del consumidor: nuevas normas de la UE sobre productos defectuosos. En: <https://www.europarl.europa.eu/topics/es/article/20231023STO08103/mejor-proteccion-delconsumidor-normas-de-la-ue-sobre-productos-defectuosos>
- Parlamento europeo. AI liability Directive. In: *Legislative Train Schedule. A Europe Fit for the digital Age*.
- Pérez Vives, A. (1955). *Teoría General de las Obligaciones. Volumen III. Parte segunda*. Segunda Edición. Editorial Temis Bogotá. 164-190
- Prevot, J.M. (2012). *La obligación de seguridad*. Temis. Segunda Edición
- Ross, B. A. (2018). Automated vehicle lawsuits: how will we litigate the auto crash of the future. *Brief*, 47(2), 42-49.
- Schwartz, V.E. (2017). Deep pocket Jurisprudence: Where tort law should draw the line. *Legal backgrounders*. Washington Legal Foundation.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2016). *Concepto Radicado 16-424467-2-0*.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*. Legis Editores. Segunda edición.
- Tamayo Jaramillo, J. (2016). *Responsabilidad por productos defectuosos*. Legis Editores. Primera edición. 70-85

- The Guardian (2022). Tesla behind eight-vehicle car crash was in 'full self-driving' mode, says driver. News. 22 de diciembre de 2022
- The Guardian. (2021). Toyota pauses Paralympics self-driving buses after one hits visually impaired athlete. News. 28 de agosto de 2021 Tribunal de justicia de la Unión Europea. Sala Quinta. Asunto C-183/00. 25 de abril de 2002
- Ubiria, F.A. (2006). Apuntes sobre la Tacita Obligación de Seguridad en el Actual Derecho de Danos. Su Particular Alcance en Materia de Transporte de Complacencia. Prudentia Iuris, 61, 49-70. Valencia Zea, A. y Ortiz, A. (2010) Derecho Civil, Tomo III De las obligaciones, Décima edición, Temis. p. 169.
- Villalba Cuéllar, J. C. (2014). La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano. Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, 14(27), 17-40.
- Yin, J. (2021). Tort Liability for Damage Caused by Self-driving Cars. In 2021 International Conference on Public Management and Intelligent Society (PMIS) (pp. 292-295). IEEE.

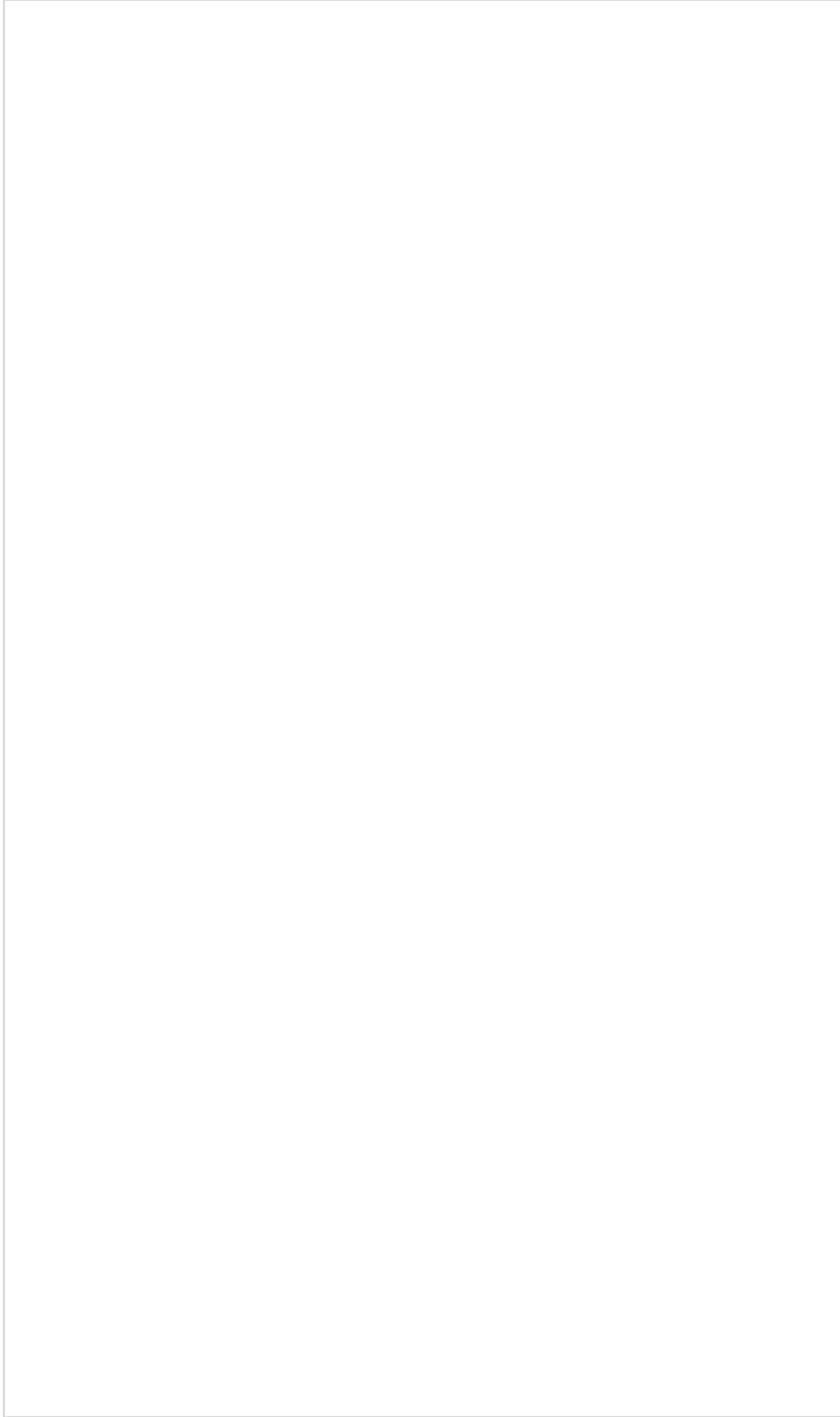


El viacrucis del crucifijo de la corte constitucional

Carlos Fernando Gómez Riaño

Trabajo ganador del tercer puesto en el Concurso Nacional de
ensayo "Germán Caveller" 2024-1.





Sumario

Introducción

I. Primera Estación: Colombia es condenada a la laicidad

II. Segunda Estación: la Corte carga con el crucifijo

III. Tercera Estación: la Corte se encuentra con la tutela, su santísima madre.

IV. Cuarta Estación: la tutela cae por primera, segunda y tercera vez

V. Quinta Estación: el crucifijo es despojado de sus vestiduras

VI. Sexta Estación: el crucifijo en brazos de la Corte Constitucional

VII. Séptima Estación: la cultura limpia el rostro del crucifijo

VIII. Octava Estación: la laicidad es clavada en el crucifijo

Conclusión

Bibliografía

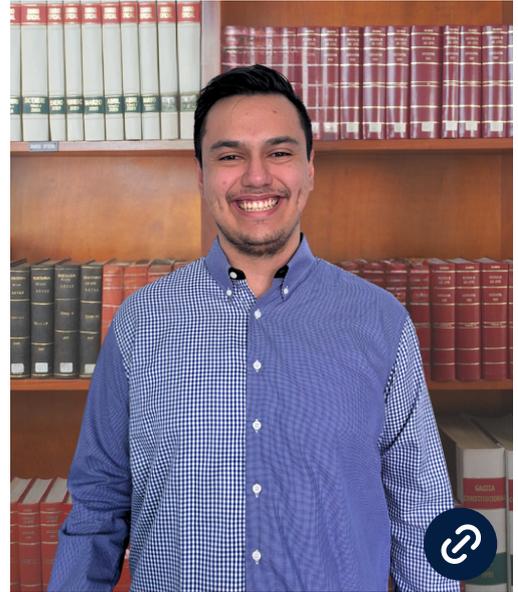
Resumen

La Corte Constitucional enfrenta un caso complejo: una acción de tutela en revisión busca retirar un antiguo crucifijo de madera ubicado en la Sala Plena, argumentando que su presencia vulnera el principio de laicidad y neutralidad del Estado en asuntos religiosos. Uno de los argumentos para rechazar esta tutela sostiene que el crucifijo posee un valor cultural indiscutible en un sentido abstracto. Sin embargo, este argumento no es suficiente para justificar su permanencia en un espacio de justicia, ya que, según la jurisprudencia constitucional, se trata de un símbolo religioso sin justificación secular, lo cual contraviene el principio de laicidad del Estado.

Palabras clave: Religión, laicidad, justificación secular, Constitución Cultural, protección constitucional de la cultura, crucifijo, Corte Constitucional.

Introducción

En el muro superior de la Sala Plena de la Corte Constitucional, sobre el asiento de su presidente, se encuentra una imagen tridimensional de Jesucristo: un crucifijo que funge como testigo silencioso de las decisiones más trascendentales de la historia de ese tribunal. Desde su atalaya, esa escultura de madera ha presenciado el desarrollo jurisprudencial del principio de laicidad y neutralidad del Estado en materia religiosa¹. Sin embargo, ¿no resulta paradójico que una Corte



doctrinaria del Estado laico exhiba una imagen católica en su cabecera? Esa aparente contradicción llevó a la Corte a enfrentar una acción de tutela que pretendía remover el emblema cruciforme, al considerarlo un sacrilegio de la laicidad y un agravio para las personas ajenas a la fe católica.

El viacrucis constitucional comenzó hace tiempo, pero aún no ha llegado a su última estación. La Corte Suprema de Justicia, como si se tratase de Simón Pedro, negó tres veces la tutela al considerar que no se vulneraban los derechos fundamentales del accionante ni se desconocía el principio de laicidad y neutralidad del Estado en materia religiosa. No obstante, el caso cobró nuevo impulso cuando una de las Salas de Selección de Tutelas de la Corte Constitucional decidió escoger el caso para evaluar si efectivamente el crucifijo debe ser retirado de su Sala Plena. Así pues, la tarea queda encomendada al mismísimo tribunal constitucional, quien tendrá la última palabra sobre la permanencia del Cristo en la corporación.

Dado que el alto tribunal aún no se ha pronunciado sobre el destino del crucifijo y el debate constitucional sigue sin resolverse, este ensayo buscará, más que adherirse teóricamente a alguna de las posturas posibles, nutrir dicho debate jurídico refutando uno de los principales argumentos ius constitucionales que esgrimió la Corte Suprema de Justicia para defender la permanencia de la escultura católica en el tribunal constitucional. Se trata del argumento que atribuye un carácter cultural a la simbología del crucifijo, a tal punto de considerarlo un estandarte de valores unificadores

¹ Sectores liberales del catolicismo franceses idearon una diferenciación conceptual entre laicismo y laicidad - laïcisme y laïcité (Fernández-Miranda Campoamor, 1978, pág. 65). Sin embargo, en este ensayo no se hará dicha distinción, ya que, además de que la jurisprudencia constitucional no la contempla, se trata de una separación arbitraria que carece de fundamento práctico para la configuración teórica del Derecho Constitucional.

no estrictamente religiosos. Para ello, se empleará una metodología de la investigación cualitativa que incluirá la recopilación y el análisis de fuentes secundarias de carácter legal, jurisprudencial y doctrinal; con el fin de contextualizar los aspectos importantes del litigio cruciforme y estructurar la argumentación pretendida.

I. Primera Estación: Colombia es condenada a la laicidad

La Constitución Nacional de 1886 representó un cambio de paradigma en la cuestión religiosa de la sociedad colombiana del siglo XX. Particularmente, el Estado pasó de un régimen laico a asumir, sin objeción alguna, los principios propios del Derecho Público Eclesiástico de la época (Prieto, 2008, pág. 67)². Aunque durante la permanencia de ese régimen constitucional se realizaron referencias tímidas a la libertad religiosa, las demás confesiones, que en aquel entonces eran minoritarias, eran restringidas en caso de ser contrarias a la moral cristiana³. Por esa razón, en la práctica era evidente la adhesión estatal al catolicismo, dejando muy poco espacio para las manifestaciones religiosas que no estuvieran explicadas desde ese credo. (Duarte Martínez, 2021, pág. 883).

En medio de una amalgama de problemas políticos y sociales, el pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, promulgó la Constitución Política de 1991; un texto normativo pluralista cuyo eje central es la aceptación del otro como diferente (Quinche Ramírez, 2020, pág. 28). A diferencia de la Constitución de 1886 que otorgaba una protección especial al catolicismo por ser la religión mayoritaria, el nuevo ordenamiento constitucional incorpora el principio del respeto por las minorías religiosas (Cepeda Espinosa, 1997, pág. 183). Por ende, el nuevo Estado Social de Derecho se aleja de la histórica adhesión a la prevalencia de la religión católica, generando así espacios donde la diversidad de creencias y

² La Constitución Nacional de Rionegro de 1863 centró su elemento ideológico en la separación estricta entre la iglesia y el Estado. No obstante, tras la victoria conservadora en la Batalla de la Humareda, se promulgó la Constitución de 1886, reconociendo al Dios católico como fuente suprema de toda autoridad (Duarte Martínez, 2021, pág. 882).

³ El profesor Manuel Fernando Quinche (2020, págs. 180-181) realiza una división de tres etapas en la relación jurídica Estado-Iglesia Católica durante la Constitución Nacional de 1886: i) un primer momento en donde, en virtud de lo establecido en el artículo 38 de la Carta, el catolicismo era consagrado a la Nación y se consideraba como un elemento esencial del orden social; ii) un segundo momento en donde, dado el ascenso de la República Liberal en 1930, se suprimió el artículo 38 *ejusdem* con el fin de reconocer el derecho a la libertad de conciencia y de cultos, siempre y cuando las creencias divergentes no fueran contrarias a la moral cristiana; y iii) un tercer momento en el que, a raíz del Plebiscito de 1957, se reinstaló el confesionalismo estatal. Como se puede observar, no hubo cambios sustanciales en la concepción de la libertad religiosa, ya que siempre se priorizó el culto católico estableciendo la moral cristiana como un eje central del elemento ideológico de la Constitución de 1886.

y expresiones religiosas pueden coexistir en igualdad de condiciones (Sentencia C-478/99, 1999)⁴.

Ahora bien, las Constituciones no existen por sí mismas sino como un trozo de papel; su carácter normativo depende de la interpretación que se haga de ellas en el estudio de los casos judiciales (Zagrebelsky, 2008, págs. 33-34). Es por eso que, cuando un tribunal constitucional somete a consideración un problema jurídico, no está discutiendo sobre la Constitución sino sobre sus interpretaciones (pág. 34). Por tal razón, estos tribunales deben ser considerados "... no como voz auténtica de la Constitución, sino como autoridad máxima en su interpretación" (Herdegen, 2006, págs. 65-66). De ahí que la Corte Constitucional colombiana haya expresado que "...entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel" (Sentencia C-113/93, 1993).

Esa prerrogativa de la Corte Constitucional para interpretar la Carta Política, trajo consigo el principio de laicidad y neutralidad del Estado en materia religiosa. A diferencia de modelos constitucionales como los de Ecuador, México y Francia, la Constitución Política de 1991 no contempla una disposición jurídica que consagre expresamente la laicidad del Estado (Ramírez Cleves, 2020, pág. 394). Sin embargo, desde los inicios de su jurisprudencia, la Corte Constitucional realiza una interpretación sistemática de los valores, principios y derechos constitucionales para concluir que Colombia es "un Estado laico, con plena libertad religiosa, caracterizado por una estricta separación entre el Estado y las iglesias" (Sentencia C-350/94, 1994)⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, el principio de laicidad y neutralidad del Estado en materia religiosa debe ser entendido como la imposibilidad del Estado de asumir actitud alguna sujeta de fe, "así que no le corresponde ni profesar, ni ignorar, ni negar lo religioso" (Prieto, 2008, pág. 125). Debido a eso, el principio de laicidad dista en gran medida de la crítica irreligiosa que busca superar la religión al entenderla como "el quejido de la criatura oprimida [...] el ánimo de un mundo sin corazón [...] el espíritu de estados sin espíritu [...] el opio del pueblo" (Marx, 2023, pág. 46). Por el contrario,

⁴ Es importante destacar que, ese respeto por las distintas determinaciones religiosas y de cultos no solo protege la adoración de divinidades, sino que también ampara las expresiones de ateos, las cosmovisiones heterodoxas y las asociaciones que, al margen de creencias religiosas concretas, buscan el perfeccionamiento del individuo (Cepeda Espinosa, 1997, pág. 184). Esa protección, o por lo menos la de las concepciones ateas, se traduce en el amparo de una libertad religiosa negativa que refiere "al derecho atribuido al individuo de negarse a profesar una creencia o religión determinada" (Arango Díaz & Solano González, 2020, pág. 472).

⁵

Dentro de esa interpretación sistemática, la Corte Constitucional ha tenido presente el preámbulo y los artículos 1, 2, 7, 13, 18 y 19 de la Constitución Política de 1991.

que Colombia sea un Estado Laico implica que creyentes y no creyentes pueden reclamar una absoluta libertad para vivir civilizadamente sus manifestaciones personales sin ser molestados Bogotá Atea: Razón y Laicismo, 2017). Es por esa razón que existe el principio de laicidad, pues este representa una garantía que “no constituye un fin en sí mismo, sino un medio dirigido a la defensa y promoción de la libertad religiosa” (Sentencia T-124/21, 2021) ⁶.

II. Segunda Estación: la Corte carga con el crucifijo

Tomando de presente lo dicho en la primera estación, se puede decir que la Corte Constitucional es la encargada de establecer el alcance normativo del principio de laicidad y neutralidad del Estado en materia religiosa a través del control de constitucionalidad, tanto abstracto como concreto. En el transcurso de esa labor, se han sentenciado casos hitos para el Derecho Constitucional colombiano en donde, por ejemplo, se ha examinado: a) la legislación en donde se le da prelación a la religión católica sobre otros credos ⁷, o b) el concierto que debe existir entre el principio de laicidad y la protección constitucional de la cultura en el marco de las evocaciones religiosas ⁸. Sin embargo, mientras la Corte ejerce esa loable labor, exhibe un crucifijo (emblema predominantemente católico) en la pared central de su Sala Plena.

El crucifijo en cuestión se encuentra en la Corte Constitucional desde el año 1999, cuando se llevó a cabo la primera Sala Plena en el Palacio de Justicia Alfonso Reyes Echandía. Su presencia obedece a la iniciativa del entonces magistrado de la corporación, Vladimiro Naranjo Mesa, quien se encargó de donar la escultura sacra. A día de hoy, el crucifijo sigue colgado en la pared

⁶ En pronunciamientos anteriores, ya la Corte Constitucional entendía que “el carácter laico del Estado está estrechamente relacionado con la libertad e igualdad religiosa, lo que implica que las actividades desarrolladas por aquel, tengan naturaleza secular, es decir [...] deben evitar tratamientos favorables o perjudiciales a un credo en particular” (Sentencia T-621/14, 2014).

⁷ Un abogado sustanciador del despacho del entonces magistrado Luis Guillermo Guerrero, presentó un derecho de petición ante la misma corporación con el fin de que se retirara el crucifijo. No obstante, con una votación de 6-3, la Sala Plena de la Corte Constitucional denegó la petición, argumentando que retirar el crucifijo “sería un ataque contra los magistrados y funcionarios de la Corte que profesan la fe católica” (Redacción Judicial, 2016). Por otra parte, el profesor Gonzalo Ramírez Cleves (2020, págs. 399-408) realizó una entrevista a varios ex magistrados con ocasión de una investigación sobre el ideal decisorial y el principio de neutralidad religiosa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Dentro de esa diligencia, dos de los ex togados expresaron su inconformidad sobre la presencia de un crucifijo en la Sala Plena de la corporación pues, a juicio de ellos, representa una transgresión al “principio de neutralidad religiosa y laicidad del Estado, más en el caso de un recinto público como la Corte Constitucional” (pág. 407).

⁸ Sentencias C-766 de 2010, C-817 de 2011, C-948 de 2014, C-224 de 2016, C-567 de 2016, C-570 de 2016, C-288 de 2017, C-054 de 2018, C-033 de 2019, C-034 de 2019, entre otras.

de la Sala Plena de la Corte Constitucional, lo cual ha sido objeto de críticas por parte de sectores de la sociedad colombiana⁹. Es más, la permanencia del símbolo católico ha generado disconformidad entre los propios funcionarios de la Corte Constitucional.

III. Tercera Estación: la Corte se encuentra con la tutela, su santísima madre

En el año 2022, un ciudadano presentó una acción de tutela contra la Corte Constitucional, argumentando que la presencia del crucifijo en la Sala Plena de esa institución violaba el principio de laicidad y neutralidad del Estado en materia religiosa. Al identificarse como ateo, el accionante alegó que esa situación constituía una vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso y la dignidad humana (Sentencia STP4148-2022, 2022)¹⁰. Por último, destacó que, si bien la jurisprudencia constitucional ha permitido el apoyo estatal a manifestaciones católicas cuando estas tienen una connotación social, turística, cultural, histórica, arquitectónica o artística, el crucifijo presente en la Sala Plena de la Corte no ostenta ninguna de esas características (Sentencia STP4148-2022, 2022).

La Presidencia de la Corte Constitucional contestó la tutela oponiéndose a la pretensión de la misma. Para la accionada, existen razones históricas y culturales que justifican la presencia de esa imagen en la Sala Plena. Concretamente, se refirió al carácter cultural e histórico del crucifijo (en su sentido abstracto) explicando que, más allá del significado religioso que pueda tener, representa una cultura popular ampliamente difundida y arraigada en Colombia debido a su historia patria (Sentencia STP4148-2022, 2022). De tal forma que, a juicio de la accionada, “aun prescindiendo del valor artístico de los símbolos religiosos de cualquier religión, ellos [pero sobre todo los católicos por su tradición] tienen un valor innegable como referentes culturales” (Sentencia STP4148-2022, 2022). Como colofón, la

⁹ Por ejemplo, el profesor de la Universidad de los Andes, Lucas Ospina (2010), criticó a la Corte Constitucional por inhibirse de tomar una decisión sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Con cierta ironía, se refirió al crucifijo de la Sala Plena con las siguientes palabras: “¿Qué hace un crucifijo en la sala de la Corte Constitucional? Ahí, en lo alto del techo, arriba de la ventana, en la mitad, donde la mirada va a caer en los momentos de distracción y de agobio”. A su vez, en el año 2016, organizaciones de ateos, mujeres, comunidad LGBTI, indígenas y creyentes de distintas confesiones religiosas, presentaron varias peticiones con el objetivo de que se retirara el crucifijo de la Sala Plena o, en su defecto, se exhibieran figuras representativas de otros cultos (W Radio, 2016).

¹⁰ Al respecto, el accionante citó la Sentencia C-570 de 2016 en donde la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de la Ley 1754 de 2015 donde se reconoce la importancia religiosa y cultural del monumento a Cristo Rey, ubicado en el municipio de Belalcázar, Caldas. En esa legislación, se ordena a las entidades públicas encargadas del patrimonio cultural concurrir en su organización, protección y conservación arquitectónica e institucional de la escultura católica, contando con la asesoría técnica del Ministerio de Cultura.

Corte explicó que la Constitución de 1991 no prohíbe los símbolos religiosos y, establecer lo contrario, favorecería una concepción atea de la religión, lo cual iría en contra de la propia neutralidad del estado laico (Sentencia STP4148- 2022, 2022).

IV. Cuarta Estación: la tutela cae por primera, segunda y tercera vez

La acción de tutela en mención correspondió por reparto a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, en Sentencia STP4148 de 2022, la Sala negó la tutela argumentando que no cumplía con el requisito de subsidiariedad, comoquiera que no obraba dentro del expediente “alguna gestión realizada por el actor dirigida a solicitar directamente [...] el retiro del crucifijo objeto de controversia, antes de acudir a la acción de tutela”. Frente a tal situación, el accionante decidió no impugnar la sentencia y dirigió un derecho de petición a la Corte Constitucional para solicitar el retiro de la imagen religiosa.

Como era de esperarse, la respuesta de la Corte Constitucional al derecho de petición fue la misma que se dio en la contestación de la tutela. Por tal razón, el ciudadano interpuso nuevamente acción de tutela contra esa corporación judicial reiterando los argumentos descritos con anterioridad. En esa oportunidad, el asunto correspondió a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema. No obstante, por segunda vez, mediante la Sentencia STC6749 de 2022, la acción constitucional fue negada al considerarse que “no existe vestigio alguno de que el reclamante o a otro grupo se le estén transgrediendo «atributos básicos» con el hecho de hallarse colgado «el crucifijo que se encuentra en la Sala Plena de dicha corporación»”. Esta vez, el accionante sí impugnó la decisión correspondiéndole tal recurso a la Sala de Casación Laboral, quien, como si se tratase de Simón Pedro, negó por tercera vez el amparo solicitado por medio de la Sentencia STL9398 de 2022, en términos parecidos a los de la sentencia primigenia.

V. Quinta Estación: el crucifijo es despojado de sus vestiduras

La Corte Suprema de Justicia estructuró una argumentación donde despojó al crucifijo de su atuendo religioso, vistiéndolo con ropajes culturales e históricos¹¹.

¹¹ Como se mencionó previamente, la Corte Suprema de Justicia abordó este litigio en tres ocasiones. No obstante, se hará especial énfasis en los argumentos de la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil, debido a que: i) la Sala de Casación Penal no se pronunció sobre el fondo del asunto, y ii) la Sala de Casación Laboral reiteró los argumentos de la sentencia emitida por la Sala Civil.

Más que defender la presencia específica del crucifijo de la Sala Plena de la Corte Constitucional, la Corte Suprema realizó una oda en defensa de la concepción cultural de Jesucristo en crucifixión como parte de la historia y cultura de la Nación. Por esa razón, para la Corte Suprema, “afirmar, (sic) la señal cruciforme del catolicismo hace remembranza exclusivamente a ese credo, en específico, (sic) es desconocer la historia y la identidad cultural de la mayoría del pueblo latinoamericano” (Sentencia STC6749-2022, 2022).

Para justificar la tesis señalada, la Corte Suprema de Justicia recordó que, además del idioma, la literatura, el arte y la arquitectura de las urbes, la Conquista española heredó a Latinoamérica la religión católica. El tribunal de casación apuntó que, con la llegada de España a las tierras de Colón en el medioevo, se creó un proceso de transición cultural que dio lugar a un sincretismo religioso (Sentencia STC6749-2022, 2022)¹².

Esto se dio debido a que, bajo el criterio de la Corte, el proceso de catequización por parte del imperio español se vio facilitado debido a las similitudes simbólicas existentes entre el catolicismo y las cosmovisiones de los pueblos indígenas (con especial énfasis en las civilizaciones mesoamericanas), así como por la percepción de estos pueblos de haber sido abandonados por sus propias divinidades ante la conquista española. (Sentencia STC6749-2022, 2022). Debido a estos acontecimientos, el adoctrinamiento estuvo precedido por un proceso sincrético, en el cual las creencias y prácticas del catolicismo se fusionaron con las deidades y cosmovisiones ancestrales de los pueblos originarios de las tierras conquistadas.

Para la Corte Suprema de Justicia, ese sincretismo religioso creó el espacio para que las comunidades indígenas afiliaran “las esfinges de las Cruz (sic) y la de Jesucristo hacia un modelo de comportamiento frente al sufrimiento de la ocupación extranjera” (Sentencia STC6749-2022, 2022). En palabras de los togados:

en Hispanoamérica el Cristo colgado en la Cruz, agonizante y adolorido, no simboliza una tragedia, más bien es señal de fortaleza y carácter. [...] Alrededor de la estampa del Jesús católico crucificado, desafiando la adversidad con pundonor y coraje, se fue forjando en esas primeras generaciones evangelizadas una identidad cultural propia, basada, precisamente, en la resistencia y en la lucha frente a cualquier adversidad, lema que a través del tiempo y del mestizaje fue siendo parte del diario vivir del latinoamericano en cada actividad u oficio o en cualquier empresa que emprendía.
[...]

¹² El sincretismo religioso es el proceso por el cual se fusionan e integran elementos de distintas tradiciones espirituales, dando lugar a una nueva forma de práctica y expresión religiosa híbrida. Este fenómeno posibilita que, de acuerdo con la experiencia y cosmovisión específica de un individuo o comunidad en búsqueda de lo trascendente, se forje una conexión con lo divino mediante la integración de diversas creencias, prácticas y símbolos religiosos provenientes de distintas tradiciones espirituales. (López Toro, 2015, pág. 24).

Entonces, la Cruz de madera y el Jesucristo manchando con su sangre cada segmento de ésta, pasó de personificar el poderío universal de una potencia conquistadora a encarnar la esperanza en las vivencias de los conquistados (Sentencia STC6749-2022, 2022).

VI. Sexta Estación: el crucifijo en brazos de la Corte Constitucional

La Corte Suprema de Justicia se encargó de crucificar cualquier posibilidad de retirar el símbolo católico referido. Sin embargo, de manera inesperada, la misma Corte Constitucional revivió el litigio cruciforme que tenía en su contra. Bajo el amparo del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección de Tutelas no. 11 de la Corte Constitucional (2023) seleccionó el expediente de tutela del asunto sub examine (que se encuentra bajo el radicado T8.996.071) por tratarse de un asunto novedoso y de relevancia constitucional (Auto 1935/23, 2023). Sin embargo, después de casi dos años del inicio de ese debate constitucional, la Corte Constitucional no ha proferido sentencia que defina la última estación de este viacrucis

Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en cuenta el derrotero del asunto sub litis, la Corte Constitucional deberá evaluar la argumentación jurídica de la Corte Suprema de Justicia y plantearse, al menos, el siguiente problema jurídico¹³:

- ¿El sentido genérico de un crucifijo tienen una connotación cultural que justifique su presencia en las entidades estatales sin que comprometa el principio de laicidad y neutralidad del Estado en materia religiosa?

En armonía con los conceptos abordados con anterioridad, este ensayo sostiene una, sin realizar una adhesión a las pretensiones del accionante, sostendrá una posición negativa exclusivamente frente al interrogante planteado. Esto se fundamenta en que, la propia jurisprudencia constitucional aporta elementos suficientes que permiten arribar a dicha conclusión. Por tal razón, en las estaciones subsiguientes se desarrollará la tesis negativa y sus fundamentos en aras de contribuir al inacabado debate de este litigio cruciforme.

¹³ Es importante tener en cuenta que, aparte del argumento del sentido cultural del crucifijo, la Corte Suprema de Justicia planteo otros problemas jurídicos que deberán resolverse. Sin embargo, dada la limitación conceptual que se realizó desde la introducción del presente ensayo, este solo se limitará a responder y argumentar el interrogante planteado.

VII. Séptima Estación: la cultura limpia el rostro del crucifijo

La Constitución Política de Colombia es caracterizada como una “Constitución Cultural”, dado que, dentro de su articulado, reposan 13 disposiciones jurídicas que salvaguardan y promueven la cultura como fundamento de la nacionalidad¹⁴.

La preocupación del constituyente por diseñar esa protección reforzada resulta apenas comprensible, pues la cultura influye de manera recíproca “sobre la sociedad misma; el grupo la ha creado y la cultura lo recrea; le da su marco, le impone su sello; confiere al pueblo o sociedad sus rasgos característicos” (Poviña, 1985, pág. 514).

Por esa razón, y con el fin de materializar los postulados de la “Constitución Cultural”, el Congreso de la República expidió la Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura, en donde se establecen los principios fundamentales de la normatividad cultural y se modifica el régimen jurídico del patrimonio cultural de la Nación. Como resultado, la cultura adquiere la connotación de valor, principio y derecho subjetivo “que requiere de especial salvaguarda, fomento y divulgación por parte de la administración pública” (Radicación no. 19001-23-33-000-2019-00354-01, 2024).

No existe duda alguna de la importancia de las manifestaciones culturales en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, ¿qué se debe entender por “cultura”? Dicho interrogante puede resultar problemático, pues el concepto pedido ya no se vincula estrechamente con la idea etimológica del cultivo, en tanto que se hablaba de agricultura (Charria García, 2021, pág. 73).

Aun reconociendo las dificultades innatas del concepto de cultura, las ciencias sociales han dedicado grandes esfuerzos a conceptualizarla mediante la descripción de sus elementos básicos. Estos intentos, aunque no siempre satisfactorios, han sido útiles para comprender cómo las manifestaciones culturales influyen en el comportamiento humano, las interacciones sociales y la organización de los grupos poblacionales. Sin embargo, esas construcciones teóricas no pueden trasladarse de manera irreflexiva al ámbito de las ciencias jurídicas. La interpretación de la “Constitución Cultural” y su normatividad está determinada por el uso del lenguaje jurídico, lo que implica un “uso técnico del lenguaje ordinario, en razón a que posee su propio sistema de significación” (Charria García, 2021, pág. 77).

¹⁴ Al respecto, la Sentencia C-332 de 2023 realiza un compendio de los artículos constitucionales orientados a salvaguardar y fomentar tanto la cultura como la diversidad cultural. Los artículos en cuestión son: 2, 7, 8, 44, 63, 67, 70, 71, 72, 95.8, 311, 313.9 y 333.

Esta aclaración conceptual es de suma relevancia, ya que el concepto jurídico de cultura determina de manera precisa cuáles manifestaciones son amparadas por el Derecho y cuáles no.

El ordenamiento jurídico colombiano solo contiene una definición general de cultura. Esta se encuentra en el artículo 1 de la Ley 397 de 1997¹⁵, en donde, en términos similares a los contenidos en la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, explica que la cultura es “el conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan a los grupos humanos”.

Bajo este concepto jurídico, el profesor Sergio Fernández (2022, pág. 208) sostiene que, para que una manifestación sea considerada cultural no basta con su origen social, grado de sofisticación, estética o antigüedad; lo determinante es que constituya un rasgo distintivo y particular de un grupo social específico. Así pues, esta definición de cultura difiere de otras concepciones que la consideran como un hecho social o un conjunto de elementos de especial valor humano, pues se centra en “la capacidad que posea el elemento para representar el grupo mayoritario o los diferentes subgrupos sociales” (pág. 213).

Teniendo presente la interpretación jurídica antecedida, las manifestaciones religiosas pueden ser admitidas dentro del concepto jurídico de cultura, siempre y cuando representen rasgos espirituales característicos de los grupos humanos. Es decir, la cuestión religiosa puede ser objeto de protección reforzada por parte del Estado, en virtud de su eventual carácter cultural. Esto se fundamenta en que, la religión está expuesta a la cotidianidad del ser humano por lo que “influye en todos los sectores de la vida social, en el parentesco, en la política, en el trabajo, en el arte, en los intercambios sociales y en la economía” (Carrier, 1994, págs. 391-392). En consecuencia, es lógico considerar que la cultura y la religión se encuentran estrechamente vinculadas dentro de una misma esfera conceptual, ya que la religión “cobra fuerza como fenómeno cultural debido a que ésta ayuda a construir la personalidad en la infancia y a asegurar la cohesión social a través de la configuración de un ethos colectivo” (Camarena Adame & Tunal Santiago, 2009, pág. 13).

¹⁵ Aunque la legislación colombiana se ha centrado principalmente en configurar normas jurídicas relativas a la protección de manifestaciones culturales específicas, tales como: el patrimonio eclesástico (Ley 133 de 1994), la tauromaquia (Ley 916 de 2004), el patrimonio sumergido (Ley 1675 de 2013), el juego del tejo (Ley 1947 de 2019), el patrimonio espeleológico (Ley 2237 de 2022), entre otras; existe un desarrollo limitado de la noción jurídica general de la cultura

En el contexto histórico colombiano, la herencia del imperio español contribuye en gran medida a la “culturización” de un credo en específico: la Religión Católica. En razón a ello, la relación cultura-catolicismo puede ser entendida como una amalgama indisoluble, en la que ambos conceptos se fusionan de manera casi inseparable. No por nada, la doctrina de la Iglesia Católica ha moldeado la idiosincrasia nacional al permear las tradiciones, valores y costumbres, influyendo en su sensibilidad política, social y moral (Sentencia C-568/93, 1993). Por esta razón, es posible observar una gran cantidad de bienes de carácter religioso, que continúan formando parte de la vida social colombiana y constituyen el “patrimonio eclesiástico”, el cual hace parte del patrimonio cultural de la Nación (Charria García, 2021, pág. 177)¹⁶.

El panorama avizorado pone en evidencia una posible colisión de los principios de protección de la cultura y laicidad. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha advertido que la protección cultural de las manifestaciones religiosas puede comprometer la separación entre las iglesias y el Estado porque “puede, indirectamente, conducir a efectos contrarios al principio de laicidad del Estado” (Sentencia C-033/19, 2019). En ese sentido, se puede concebir que ese aspecto permitiría que las organizaciones religiosas soliciten al Estado la concesión de prerrogativas y privilegios por encima de otros credos (Fernández Parra, 2022, pág. 228). Por esa razón, la protección de las manifestaciones culturales no ostenta un valor absoluto en el ordenamiento jurídico colombiano, pues este principio debe ponderarse con todos los demás elementos que integran el panorama constitucional (Sentencia C-666/10, 2010). Sin embargo, tal como en algún momento lo expuso la Corte Constitucional:

no todo desacuerdo en el derecho se resuelve con la metodología de la ponderación, sino que está sería la ultima ratio cuando es imposible conciliar dos principios. Antes de determinar la prevalencia de un principio, o su superposición respecto a otro, sería pertinente explorar alternativas como el conceso (sic) o la negociación, que pueden resultar vías útiles, válidas y eficaces para garantizar la materialización de los derechos fundamentales (Sentencia T-507/16, 2016).

Teniendo presente esa consideración, a prima facie no se pueden desconocer ninguno de estos dos principios so excusa de la prevalencia de alguno. Ambos principios tienen un mismo valor normativo, lo que implica que se deben armonizar por medio de un consenso, sin necesidad de recurrir a una ponderación alexyana. Es decir, en este caso, es procedente realizar un consenso de los principios en disputa comprendiendo que el

¹⁶ El artículo 14 de la Ley 133 de 1994 establece que las iglesias pueden ser “propietarias del patrimonio artístico y cultural que hayan creado o adquirido, por lo que las confesiones religiosas pueden no solo ser titulares, sino incluso generar patrimonio cultural” (Sentencia C-034/19, 2019).

Derecho está compuesto por una “multitud de normas que forman un orden jurídico como unidad epistemológica, [que puede] describir este orden jurídico por enunciados que no se contradigan entre sí” (Kelsen, 2009, pág. 48).

El consenso que se debe lograr entre los principios de protección de la cultura y laicidad es la garantía de la pluralidad de valores. En todas las sociedades, el reconocimiento de la pluralidad debe ser visto como un bien en sí mismo, pues no existe medio objetivo alguno que permita “establecer una escala jerárquica de los sistemas de valores” (Mantilla García, 2024, pág. 75).

Por lo tanto, el “carácter plural, fragmentado y conflictivo del mundo moral determina la necesidad de garantizar la libertad de decidir de los individuos” (pág. 77). Es decir, ante la imposibilidad de un acuerdo moral sobre qué valores deben primar en una sociedad, la garantía del pluralismo se convierte en el único consenso posible, lo que Rawls llama “un consenso minimalista sobre los principios de justicia” (págs. 77-78)

Dicho lo anterior, ¿Cómo se puede lograr la garantía de la pluralidad como consenso entre los principios de protección de la cultura y laicidad? La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha propuesto que las manifestaciones religiosas que se pretende proteger en virtud de su valor cultural, deben estar provistas de una justificación secular. Esto implica que las posturas religiosas y laicas entablen un diálogo epistemológico que permita un proceso de diálogo cognoscible (Habermas, 2006, págs. 43-44). Es decir, en palabras concretas, significa que los argumentos de los creyentes sean traducidos al lenguaje de los no creyentes. De esta manera, se garantiza que el “aspecto religioso, derivado, en su generalidad, del origen o la naturaleza propia de la manifestación que se pretende exaltar, no sea el protagonista” (Sentencia C-570/16, 2016).

VIII. Octava Estación: la laicidad es clavada en el crucifijo

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, se puede decir que el argumento cultural de la Corte Suprema de Justicia para mantener el crucifijo en la Sala Plena de la Corte Constitucional, es débil por la falta de claridad del mismo. Por una parte, la Corte Suprema cae en una falacia de generalización apresurada al asumir que, en virtud del sincretismo religioso, que fusiona elementos de distintos credos para crear una concepción religiosa nueva, el crucifijo adquiere un carácter secular o cultural. Si bien, el crucifijo puede concebirse como el enfrentamiento a la adversidad con pundonor y coraje, este significado no lo comparten las personas ajenas a ese producto sincrético, por lo que sigue siendo una interpretación netamente religiosa.

La Corte Suprema se opone al principio de no contradicción cuando afirma que todos los crucifijos son laicos y culturales por el hecho de ser un emblema del catolicismo. El crucifijo, o es una imagen católica, o es una representación secular, pues la esencia de esa escultura no puede ser religiosa y no religiosa al mismo. Así mismo,

“(...) el alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria confunde “justificación secular” con el producto sincrético de una imagen católica.”

Aunque el crucifijo se aparte del hecho de que Jesús dio su vida por los pecadores, el valor de resistencia y coraje dado por una práctica sincrética, sigue conservando un significado religioso, solo que ahora es una mutación.

Es más, esa interpretación sincrética de la Corte Suprema

puede representar una ofensa al catolicismo pues, tal como lo expresó el tribunal constitucional alemán en un caso similar, entender el crucifijo desde una concepción distinta a la religión, en este caso católica, “no implicaría sino desconocimiento acerca del profundo valor religioso que posee este símbolo para las iglesias cristianas y sus fieles, lo cual supondría en último término un sacrilegio del mismo” (Vázquez Alonso, 2012, pág. 608).

Por último, es importante destacar que la Corte Suprema de Justicia erra al equiparar la religión católica con una tradición cultural. Al respecto, la Corte ha sostenido:

Para la Corte, asimilar a un culto específico, por sí mismo, al concepto “cultural”, plantea serias dificultades y graves riesgos. El pluralismo religioso implica reconocer y proteger todas las expresiones de culto, al igual que aquellas agnósticas o que defienden el ateísmo, pues todas ellas son válidas dentro de una sociedad democrática. Este reconocimiento debe realizarse con abstracción de particularidades culturales o poblacionales, pues lo contrario pondría en riesgo la vigencia de los derechos constitucionales de las personas o comunidades que adoptan una opción minoritaria (Sentencia C-817/11, 2011).

En ese sentido, tal como lo ha expresado Víctor J. Vázquez (2012, pág. 609), la dimensión cultural de una manifestación debe predicarse “no del símbolo religioso como tal, sino de un signo religioso en concreto”.

Conclusión

La Corte Constitucional tiene que finalizar este viacrucis que angustia al crucifijo de su Sala Plena. El argumento cultural de la Corte Suprema de Justicia desconoce el consenso mínimo que existe entre los principios constitucionales de laicidad y protección de la cultura, pues evade que los crucifijos, en su sentido abstracto, carecen de una justificación secular. Este crucifijo, sin considerar sus particularidades, está inherentemente vinculado con la religión católica, predominante en Colombia. Por tal razón, el argumento de la Corte Suprema sufre de una interpretación errónea sobre el principio de laicidad y neutralidad del Estado en materia religiosa.

Por otra parte, el uso teórico del sincretismo solo ocasiona una desviación del debate. Si bien el significado sincrético del crucifijo se aleja de la concepción católica de ese emblema, la apreciación sigue vagando en las aguas de la religión. En pocas palabras, se cambió a Cristo por los valores de resistencia, pero, al fin y al cabo, sigue siendo una adoración de cuestiones metafísicas. Además, la Corte Suprema realizó un sacrilegio en contra de la religión católica al despojar el significado auténtico del Cristo crucificado.

“Ahora, la Corte Constitucional será la encargada de dar la última estación a este viacrucis, (...)”

quien decidirá si, por lo menos en su sentido particular, el crucifijo tiene un carácter cultural que justifique su permanencia en esa atalaya de la justicia. Así pues, únicamente la Corte Constitucional podrá disponer del nombre de la novena estación de este viacrucis. La pregunta es: ¿quién morirá en la cruz?



Bibliografía

- Arango Díaz, A. M., & Solano González, É. (2020). La libertad religiosa en la Sentencia del Crucifijo del Tribunal Constitucional alemán: "El ruido de los crucifijos al caer". En S. A. Fernández Parra, L. Malagón Penen, & Y. Sierra León (Edits.), *Desafíos constitucionales del Estado Laico: género, educación, cultura y justicia* (págs. 463-493). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). Constitución Política de la República de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Bogotá Atea: Razón y Laicismo. (13 de febrero de 2017). ¿Cuál es la importancia del Estado Laico? Carlos Gaviria Díaz. Obtenido de YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=aNzmjfl28CU>
- Camarena Adame, M. E., & Tunal Santiago, G. (2009). La religión como una dimensión de la cultura. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 22(2), 1-15. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18111430003>
- Carrier, H. (1994). *Diccionario de la cultura para el análisis cultural y la inculturación*. Estella: Editorial Verbo Divino.
- Cepeda Espinosa, M. J. (1997). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991* (Segunda ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Charria García, F. (2021). *Patrimonio cultural en Colombia: aspectos histórico-jurídicos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Congreso de la República. (7 de agosto de 1997). Ley 397 de 1997. Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se traladan algunas... Diario Oficial No. 43102. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0397_1997.html

- Congreso de la República. (25 de junio de 2015). Ley 1754 de 2015. Por la cual se reconoce la importancia cultural del monumento a Cristo Rey, del municipio de Belalcázar, en el departamento de Caldas, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.554. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1754_2015.html
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (22 de febrero de 2024). Radicación no. 19001-23-33-000-2019-00354-01. [C.P. Germán Eduardo Osorio Cifuentes]. Obtenido de <https://samaicore.consejodeestado.gov.co/api/DescargarProvidenciaPublica/1100103/19001233300020190035401/E4E13CB97029A222E630ED0BFC1EA925B1B3C9F68DD44014C6ABFE29B42292CA/2>
- Corte Constitucional. (15 de mayo de 2023). Sala de Selección #11 de 2022 (expediente T-8.996.071). Obtenido de YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=oU7xCTgMsJk&t=382s>
- Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. (16 de septiembre de 2016). Sentencia T-507/16.
- [M.P. Alberto Rojas Ríos]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-507-16.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. (25 de marzo de 1993). Sentencia C-113/93. [M.P. Jorge Arango Mejía]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-113-93.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. (9 de diciembre de 1993). Sentencia C-568/93. [M.P. Fabio Moron Díaz]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-568-93.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. (4 de agosto de 1994). Sentencia C-350/94. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-350-94.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. (7 de julio de 1999). Sentencia C-478/99. [M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-478-99.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. (30 de agosto de 2010). Sentencia C-666/10. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>

- Corte Constitucional. Sala Plena. (1 de noviembre de 2011). Sentencia C-817/11. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-817-11.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. (19 de octubre de 2016). Sentencia C-570/16. [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-570-16.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. (30 de enero de 2019). Sentencia C-033/19. [M.P. Alejandro Linares Cantillo]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-033-19.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. (30 de enero de 2019). Sentencia C-034/19. [M.P. José Fernando Reyes Cuartas]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-034-19.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. (15 de agosto de 2023). Auto 1935/23. [M.P. Diana Fajardo Rivera]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1935-23.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. (29 de agosto de 2023). Sentencia C-332/23. [M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/C-332-23.htm>
- Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. (4 de mayo de 2021). Sentencia T-124/21. [M.P. Diana Fajardo Rivera]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-124-21.htm>
- Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. (28 de agosto de 2014). Sentencia T-621/14. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-621-14.htm>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1 de junio de 2022). Sentencia STC67492022. [M.P. Hilda González Neira]. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/2022/06/STC6749-2022.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (13 de julio de 2022). Sentencia STL9398-2022. [M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz]. Obtenido de https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCL_STL9398_2022_2022.2.htm

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas no. 3. (31 de marzo de 2022). Sentencia STP4148-2022. [M.P. Myriam Ávila Roldán]. Obtenido de https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/CSJ_SCP_STP4148-2022_2022.htm
- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (19 de noviembre de 1991). Decreto Ley 2591 de 1991. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial No. 40.165. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html
- Duarte Martínez, C. A. (2021). El control disciplinario al desconocimiento del principio de laicidad en Colombia. En C. A. Gómez Pavajeau, & J. H. Pinzón Navarrete (Edits.),
- Debates fundamentales de Derecho Disciplinario (Vol. III, págs. 873-897). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Educación para el Desarrollo Annocer la Colour. (2002). La cultura: un intento de definición. Obtenido de FUHEM Educación + Ecosocial: <https://www.fuhem.es/cipecosocial/dossier-intercultural/contenido/8%20LA%20CULTURA.pdf>
- Fernández Parra, S. A. (2022). La tensión entre el principio de laicidad y el deber de proteger el patrimonio cultural religioso: análisis del caso colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández-Miranda Campoamor, A. (1978). Estado Laico y libertad religiosa. Revista de estudios políticos(6), 57-80. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1273162>
- Habermas, J. (2006). ¿Fundamentos prepolíticos del Estado democrático? En J. Ratzinger, & J.
- Habermas, Dialéctica de la secularización: sobre la razón y la religión (págs. 23-44).
- Madrid: Ediciones Encuentro S.A.
- Herdegen, M. (2006). La Corte Constitucional en la relojería del Estado de derecho. En R. Sanín Restrepo (Ed.), Justicia constitucional: El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo (págs. 65-80). Bogotá: Legis Editores S.A.

- Kelsen, H. (2009). Introducción a la teoría pura del derecho. (E. O. Rabasa, Trad.) Ciudad de México: Ediciones Coyoacán S.A.
- López Toro, C. A. (2015). Prácticas de sincretismo religioso en la Iglesia Gnóstica Cristiana
- Universal de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, Colombia. Universidad Católica de Pereira. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10785/3419>
- Mantilla García, J. C. (2024). La lotería de la vida: fundamentos y desafíos de la ética aplicada.
- Bogotá: Siglo Editorial.
- Marx, K. (2023). De la crítica de la filosofía del derecho de Hegel (1843-1844). Barcelona:
- Editorial Gedisea, S.A.
- Ospina, L. (14 de noviembre de 2010). La Corte y el crucifijo. Obtenido de La Silla Vacía:
- <https://www.lasillavacia.com/opinion/latoneria-y-pintura/la-corte-y-el-crucifijo/>
- Poviña, A. (1985). Tratado de sociología (Sexta ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L.
- Prieto, V. (2008). Libertad religiosa y confesiones: Derecho Eclesiástico del Estado colombiano.
- Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Quinche Ramírez, M. F. (2020). Derecho Constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas (Séptima ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Ramírez Cleves, G. A. (2020). La tensión entre las creencias religiosas de los jueces y su deber de neutralidad. El caso de la Corte Constitucional de Colombia. En S. A. Fernández
- Parra, L. Malagón Penen, & Y. Sierra León (Edits.), Desafíos constitucionales del Estado
- Laico: género, educación, cultura y justicia (págs. 373-418). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Redacción Judicial. (16 de mayo de 2016). Corte Constitucional negó petición para retirar

- Cristo en la Sala Plena. Obtenido de El Espectador:
<https://www.elespectador.com/judicial/corte-constitucional-negopeticion-para-retirarcristo-en-la-sala-plena-article-633130/>
- Vázquez Alonso, V. J. (2012). Laicidad y Constitución. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- W Radio. (29 de junio de 2016). Sigue la polémica por el crucifijo que se exhibe la Corte Constitucional. Obtenido de Actualidad W Radio:
<https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/sigue-la-polemica-por-el-crucifijo-que-seexhibe-la-corte-constitucional/20160629/nota/3175279.aspx>
- Zagrebelsky, G. (2008). Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política. Madrid:
- Editorial Trotta S.A.



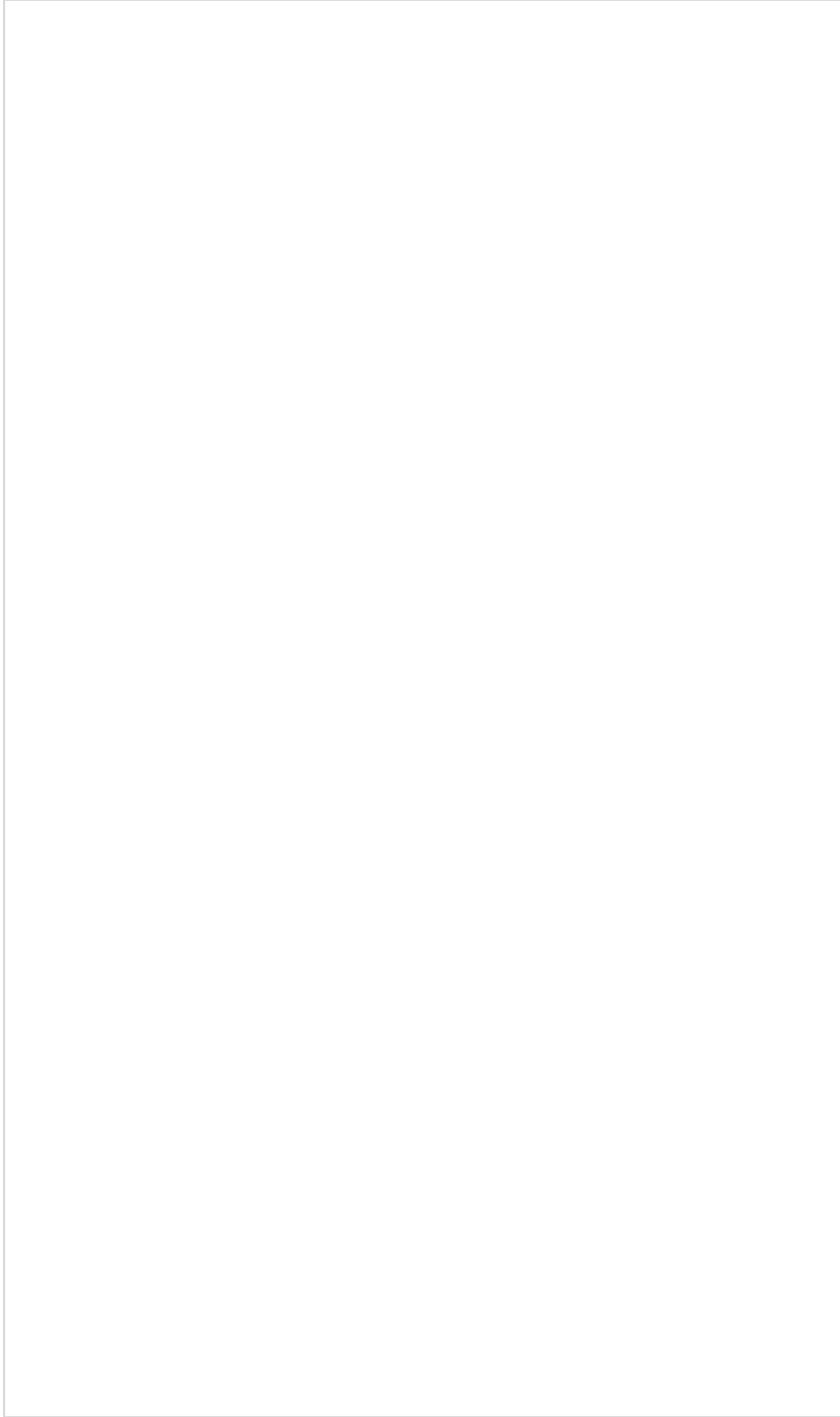


La cláusula compromisoria en contratos celebrados con consumidores

Juan José Flórez Chica

Cuarto puesto Concurso Nacional de ensayo, 2024-1.





Sumario

Introducción

I. El control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores

II. Evolución del tratamiento de la cláusula compromisoria en los contratos celebrados con consumidores

III. La eficacia de la justicia arbitral de cara a los consumidores

IV. Algunas alternativas

Conclusión

Bibliografía

Resumen

Una reciente decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia reavivó el debate sobre la posibilidad de pactar la cláusula compromisoria en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, específicamente, consumidores financieros. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existen posiciones disímiles en torno a esta controversia. Algunas posturas abogan por su prohibición absoluta, fundamentada en el desequilibrio entre las partes; otras, por su habilitación en virtud de la libertad contractual. En este texto, el autor pretende explorar la posibilidad de armonizar ambas posturas en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Cláusula compromisoria; derecho del consumo; estatuto del consumidor, libertad contractual; autonomía de la voluntad; cláusulas abusivas; equilibrio contractual.

Introducción

El derecho del consumo emerge como una respuesta normativa ante las particularidades de las relaciones contractuales masivas derivadas de los procesos de producción y comercialización de bienes y servicios en las economías de mercado modernas. La masificación de estas relaciones pone en entredicho los principios clásicos del derecho privado, tales como la igualdad formal de las partes, la libertad contractual y la plena autonomía de la voluntad.



Con ocasión al desequilibrio contractual que supone la posición de inferioridad negocial del consumidor frente al proveedor o empresario, sumado al uso generalizado de contratos de adhesión, los distintos ordenamientos jurídicos han incorporado progresivamente cuerpos normativos orientados a compensar esta situación desigual.

Nuestro legislador incluyó, inicialmente, las cláusulas que obligan al consumidor a acudir a la justicia arbitral en la lista de cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho, contenidas en el numeral 12 del artículo 43 del Estatuto del Consumidor¹, Ley 1480 de 2011. Con la promulgación del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, la anterior disposición fue derogada en virtud del artículo 118. Esta derogación fue interpretada mayoritariamente como una habilitación para pactar cláusulas compromisorias en los contratos de adhesión celebrados con consumidores.

Con fundamento en la complejidad propia de las operaciones financieras, el legislador previó un régimen especial contenido en la Ley 1328 de 2009. Esta ley estableció en el párrafo único del artículo 11² que cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato tendría como consecuencia jurídica la ineficacia.

¹ Artículo 43. Cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: (...) 12. <Numeral derogado por el artículo 118 de la Ley 1562 de 2012> Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.

² Artículo 11. Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

Esta disposición se mantiene vigente hasta nuestros días e incluso la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante Circular Externa 039 del 6 de septiembre de 2011, adicionó a la Circular Básica (Circular Externa 007 de 1996) las cláusulas que imponen la obligación de utilizar de manera exclusiva un determinado mecanismo alternativo de solución de conflictos para resolver las controversias entre consumidores financieros y entidades vigiladas como cláusulas abusivas limitantes del ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

Como puede observarse, existen dos tendencias contrarias entre el régimen general y el régimen especial: mientras que aquel ha cambiado su criterio prohibicionista hacia un criterio habilitador, este, normativamente hablando, se mantiene en la tendencia prohibicionista. Con todo, no son pacíficas las interpretaciones en torno al alcance que debe dársele a la prohibición contenida en el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009.

I. El control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores

Los contratos de adhesión son, en parte, consecuencia de la masificación de las relaciones contractuales en virtud de la industrialización y la comercialización de bienes y servicios, también son resultado de la posición de dominio o poder en la que se encuentra uno de los dos contratantes.

El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión surge a partir de la necesidad de restablecer el equilibrio contractual y mantener incólumes los principios de igualdad, autonomía y buena fe de los contratantes. Doctrinariamente, el concepto de cláusula abusiva ha sido interpretado como una infracción al deber de buena fe del contratante que se encuentra en una posición de dominio, como lo expresa Rengifo (2004):

Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa un detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el

A) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

B) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

C) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

D) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

E) Las demás que establezca de manera previa y general la superintendencia financiera de Colombia.

Parágrafo. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.

carácter de condición general puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

No obstante, la infracción al deber de buena fe no es el único postulado que ha utilizado la doctrina en aras de la identificación de una cláusula abusiva, también son entendidas como estipulaciones que no han sido negociadas individualmente. Al respecto, Correa (2015) señala que: “si quien ostenta una posición de dominio permite a su contraparte negociar, proponer e incluso establecer una cláusula, lo que hace es renunciar al ejercicio de su dominio y predisposición de dicha cláusula”.

En cuanto a los contratos de adhesión celebrados con consumidores financieros, parecía existir un consenso en que la inclusión de cláusulas compromisorias correspondía un ejercicio abusivo que, por disposición del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 y la Circular 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera, tenía como consecuencia jurídica la ineficacia, como puede verse en el auto del 13 de agosto de 2014 del Tribunal Superior de Bogotá como se citó en Cuéllar y Forero (2024):

Otra cláusula abusiva que ha sido objeto de controversia es la cláusula compromisoria, en un auto del 13 de agosto de 2014 el Tribunal Superior de Bogotá al resolver un recurso en contra de un auto de rechazo de la demanda de una acción de protección al consumidor financiero en que una de las partes alegó la existencia de la cláusula compromisoria y el juez decretó la falta de jurisdicción para conocer la controversia contractual, el tribunal rememoró la consagración de esta en la Ley 1329 de 2009 y la Circular Externa 039 de 2011 en los cuales este tipo de estipulación está privada de efectos por ser abusiva y en tal medida “se tendrá por no escrita para el consumidor financiero que es el demandante”, motivo por el cual revocó la decisión del auto impugnado.

Lo anterior da cuenta del tratamiento legal y jurisprudencial que había tenido la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos de adhesión celebrados con consumidores financieros. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, dio un tratamiento jurídico diferente a esta cláusula en la sentencia STC4826 de 2023. Dentro de los argumentos utilizados por la Corte destacan los siguientes: (i) la variación del estándar de conducta debido a la diferencia entre consumidores; (ii) la Ley 1563 de 2012 prevalece sobre la Ley 1328 de 2009 en virtud al criterio de prevalencia de la norma posterior sobre la anterior contenido en el artículo

8 de la Ley 153 de 1887³; (iii) la estipulación de una cláusula compromisoria no es limitativa del ejercicio de los derechos del consumidor; y (iv) el consumidor financiero puede obtener de manera más efectiva la satisfacción de sus garantías ante la justicia arbitral.

II. Evolución del tratamiento de la cláusula compromisoria en los contratos celebrados con consumidores

El Estatuto del Consumidor inicialmente había previsto la ineficacia de pleno derecho como la consecuencia jurídica a la inclusión de cláusulas relativas a la obligatoriedad de acudir a la justicia arbitral en los contratos de adhesión celebrados por consumidores, similar prohibición se incluyó para los contratos celebrados con consumidores financieros. Así las cosas, en un primer momento nuestro ordenamiento jurídico consideró una postura prohibicionista a la cláusula compromisoria en contratos celebrados con consumidores. Según Aljure (2014): “el prohibicionismo” parte de una premisa de desigualdad entre consumidores y profesionales, y llega a una conclusión de oposición total contra el arbitraje en general. Posteriormente, esta disposición normativa fue derogada⁴ por el Estatuto Arbitral, habilitando la posibilidad de incluir este tipo de cláusulas en los contratos celebrados con consumidores.

El Gobierno Nacional, en su intento por regular finalmente la cuestión, expidió el Decreto 1829 de 2013, el que incluía disposiciones tendientes a establecer el carácter opcional de la cláusula de arbitraje en los contratos de adhesión e incluyendo que era el consumidor quien debía suscitar el arbitraje. Adicionalmente, estableció un procedimiento sumario para este tipo de arbitraje. No obstante, el Consejo de Estado, mediante un fallo del 10 de junio de 2022, dejó sin efectos, con fundamento en argumentos procedimentales, los artículos 80 y 8⁵ del Decreto 1829 de 2013, compilados en los artículos 2.2.4.2.10.1. y 2.2.4.2.10.2.

Luego, la promulgación del Estatuto Arbitral sirvió como fundamento jurídico a la Corte Suprema de Justicia para establecer la supuesta prevalencia del Estatuto Arbitral sobre la disposición consagrada en la Ley 1328 de 2009 tendiente a prohibir las cláusulas que prevean o impliquen

³ Artículo 8. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

⁴ La disposición derogada refería exclusivamente a la cláusula compromisoria y no al compromiso.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 10 de junio de 2022, exp. 53892, C. P. Martín Bermúdez Muñoz.

limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros y que, incluso, no es un listado taxativo, sino que reconoce la competencia de la Superintendencia Financiera de Colombia para establecer nuevas prohibiciones.

Sin perjuicio de lo anterior, el criterio utilizado por la Sala de Casación Civil fue aquel que privilegia la norma posterior sobre la anterior, por lo que decidió darle aplicación a lo contenido en el Estatuto Arbitral. Sin embargo, esa consideración resulta problemática en el sentido de que no debió primar dicho criterio, sino el criterio de especialidad de las leyes. En primer lugar, la Ley 1328 de 2009 dicta normas en materia financiera, de seguros y del mercado de valor, mientras que la Ley 1563 de 2012 regula, de manera general, los principios y procedimientos arbitrales. En segundo lugar, son dos normas de igual jerarquía, al ser ambas leyes ordinarias. Y, por último, establecido el carácter especial de la Ley 1328, no se entiende por qué la Corte desconoció las prohibiciones contenidas en esta, aun cuando el Estatuto Arbitral no derogó dichas disposiciones, como sí lo hizo con la prohibición contenida en el artículo 43 del Estatuto del Consumidor.

Conforme lo anterior, se observa que, con el paso del tiempo, el criterio ha virado hacia una postura habilitadora, la cual sostiene que debe primar la autonomía de la voluntad privada y que no existen normas que prohíban pactar la cláusula compromisoria. Algunos autores, incluso, consideran que el adherente o consumidor tiene la entera facultad de aceptar o no la suscripción del contrato (Martínez, 1988).

No es necesario adoptar ninguna de las dos posturas en cuanto que cada una de ellas no es más que una negación ideológica de la otra, pues mientras que una representa el dogma de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual, ambos principios derivados de la creencia liberal de la igualdad formal o en abstracto, la otra corresponde al reconocimiento de una relación desigual debido a las asimetrías de poder e información. No obstante, estos supuestos encuentran excepciones, por lo que debe adoptarse una postura intermedia, denominada doctrinariamente como la postura de la limitación equitativa, en la que el pacto compromisorio es interpretado en el marco de los derechos de los consumidores y el equilibrio contractual, manteniendo incólume, mediante un sano ejercicio de ponderación, la libertad contractual y las garantías mínimas de los adherentes, en este caso, los consumidores.

Lo anterior con fundamento a que el dogma de la igualdad formal entre las partes de una relación contractual resulta insuficiente de cara a la protección de la parte débil de la relación cuando se enfrenta a otra parte en una situación de dominio, o en los casos en los que esta pueda imponer

un contrato de adhesión o contenido predispuesto. Por otro lado, no en todos los casos nos encontramos ante un consumidor sin posibilidad de discutir las cláusulas del negocio jurídico o sin la suficiente información, por lo que cada caso particular deberá examinarse a profundidad.

III. La eficacia de la justicia arbitral de cara a los consumidores

Para determinar si los derechos del consumidor financiero fueron conculcados en virtud de la inclusión de la cláusula compromisoria es necesario establecer si la entidad especializada en operaciones de crédito o financieras cumplió a cabalidad con las cargas informativas en la relación contractual e incluso precontractual, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en sentencia T-302 de 2020: “cualquier restricción injustificada al acceso a la información debe entenderse como una práctica abusiva, propiciada por el poder dominante del que gozan las entidades aseguradoras y bancarias”.

En este sentido, conviene señalar que el criterio jurídico y hermenéutico utilizado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia varias veces reseñada deviene contradictorio, toda vez que parece sugerir que, de las diferencias que eventualmente pueden presentarse entre los distintos tipos de consumidores, puede eximirse, de algún modo, a la entidad especializada de su deber de información. A lo sumo, podría la Corte utilizar un estándar de comportamiento que exija por parte del consumidor mayor diligencia. No obstante, no es eso lo que parece desprenderse:

Igualmente, aunque, el régimen de protección a favor de los consumidores, en virtud del principio proconsumidor, parte de la base de que aquellos son la parte débil de la relación, que su poder de elección es limitado o nulo, y que por eso deben ser protegidos frente a los efectos de cláusulas predispuestas por la empresa que vende o presta el servicio, nada impide que esa presunción se desvirtúe, si se advierte que, en todo caso, el adherente tuvo libertad para contratar, como para escoger el esquema de negocio más ajustado a sus intereses (Corte Suprema de Justicia, 2023).

La argumentación utilizada desconoce que la protección al consumidor no solo se basa en la libertad de elección, sino en los principios de equidad, buena fe y en evitar el abuso de la posición dominante, pues, aunque el consumidor financiero pueda tener experiencia en este tipo de negocios, es claro que la cláusula compromisoria se encontraba prohibida para contratos celebrados con consumidores financieros. Además, las cláusulas abusivas no son un fenómeno propio de los negocios jurídicos denominados “de adhesión”, por el contrario, puede suceder que en un contrato en el que no existe una posición dominante estas existan. Aunque lo común es que este tipo de cláusulas se encuentren en contratos de adhesión, como lo expresa

Echeverri (2011): En síntesis, se puede decir que el debate alrededor de este tema versa sobre el ámbito de aplicación del control sobre cláusulas abusivas puesto que: 1) estas no se dan exclusivamente en los contratos de adhesión, pero en ellos se da una mayor posibilidad de presencia; 2) las cláusulas abusivas se pueden presentar tanto frente a un adherente que, a su vez, tenga el carácter de consumidor, como frente a un adherente que no sea tal, y en ambos casos amerita protección por parte del ordenamiento jurídico; 3) en caso de que el adherente, además, tenga la categoría de consumidor, tendrá una protección más clara de sus intereses en la medida en que pertenece a un grupo especialmente tutelado por las constituciones y normas legales de buena parte de los países occidentales, y 4) hay un ámbito de aplicación, el más restringido para el control a las cláusulas abusivas, que se presenta cuando hay un contrato de adhesión con consumidores. La polémica se presenta sobre si esta protección se debe ampliar a los contratos entre profesionales o a los contratos de libre discusión de cláusulas. (p. 128).

También debe precisarse que, de cara a establecer si la cláusula deviene o no abusiva, son pocas o nulas las referencias de la Corte sobre la excesiva onerosidad que impone la cláusula compromisoria al consumidor financiero en el caso concreto. La pretermisión de este tema parece justificarse en que el artículo 13 del Estatuto Arbitral prevé la posibilidad de solicitar amparo de pobreza⁶, aunado a que este mecanismo alternativo puede resultar más ágil y eficiente que la justicia ordinaria. Pero este argumento ignora las contradicciones y obstáculos que enfrenta el amparo de pobreza en la justicia arbitral.

Sea lo primero enunciar que la naturaleza de la justicia arbitral es eminentemente onerosa, pues los particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, de conformidad con el artículo 116 Superior⁷, requieren, necesariamente, remuneración. Además, el amparo de pobreza en la justicia arbitral no determina con precisión que el amparado

⁶ Artículo 13. Amparo de pobreza. El amparo de pobreza se concederá, total o parcialmente, en los términos del Código de Procedimiento Civil. Si hubiere lugar a la designación del apoderado, esta se hará a la suerte entre los abogados incluidos en la lista de árbitros del respectivo centro de arbitraje, salvo que el interesado lo designe. Sin perjuicio de lo que resuelva el laudo sobre costas, el amparado quedará exonerado del pago de los honorarios y gastos del tribunal arbitral, sin que le corresponda a su contraparte sufragar lo que al amparado le hubiese correspondido pagar.

⁷ Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar y la Jurisdicción Agraria y Rural. El órgano de cierre de la Jurisdicción Agraria y Rural será la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Consejo de Estado en los términos del artículo 237 de la Constitución Política de Colombia. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

por pobre se exima de sufragar gastos iniciales del arbitraje a favor del centro, en los casos en que sea institucional, o de ser condenado en costas. Las anteriores consideraciones son puestas de presente por Brito y Huertas (2021), quienes además señalan:

El artículo 13 de la Ley 1563 de 2012 advierte, en su último inciso, que la contraparte no está obligada a pagar lo que al amparado por pobre le correspondía pagar, por lo que solamente tiene la obligación de pagar el porcentaje que le corresponda sobre la partida de honorarios y gastos. Si dicha contraparte no consigna oportunamente el respectivo valor a órdenes del presidente del tribunal arbitral, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, pueden producirse dos hipótesis: i) que el amparado por pobre pague el valor que le correspondía pagar a su contraparte; y ii) que el tribunal no reciba la consignación de los honorarios por ninguna de las partes.

(...). Atendiendo a una interpretación literal del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, si el tribunal no recibe oportunamente las consignaciones de los honorarios y gastos del arbitraje de ninguna de las partes no se encuentra obligado a resolver el caso ad honorem, y podrá dar por terminado el proceso arbitral, cesar en sus funciones y declarar extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso concreto.

Esta hipótesis pone en evidencia que, si una de las partes dentro de un proceso arbitral se encuentra amparada por pobre, la contraparte en la práctica podrá enervar los efectos del pacto arbitral suscrito y podrá producir la terminación del proceso arbitral, obligándole al amparado por pobre a acudir a la justicia del Estado aun cuando su voluntad expresada en el compromiso o en la cláusula compromisoria era la de sustraer el conflicto de dicha jurisdicción.

Estas particulares circunstancias demuestran aún más la incompatibilidad práctica del amparo de pobreza y del proceso arbitral. (p. 113). Resulta entonces más que plausible afirmar que no es cierto que la justicia arbitral implique, por sí misma, unas mejores condiciones para el consumidor financiero, lo que sí se evidencia es que la inclusión de este tipo de cláusulas puede significar una excesiva onerosidad, lo que debió ser analizado con mayor profundidad en el caso concreto. Elemento que, además, puede ser utilizado como una comprobación del carácter abusivo de la cláusula compromisoria en estos supuestos.

Otro de los puntos grises es el relativo a la aceptación de la cláusula compromisoria, la cual, según la Corte Suprema de Justicia en la sentencia reseñada, puede darse de forma expresa o tácita.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Al respecto, debe avizorarse que, a la luz de la constitucionalización del derecho del consumo, convendría establecer que dicha aceptación solo puede ser expresa, en el entendido que el deber de informar sobre la existencia de la cláusula y sus efectos deben comprender también la manifestación inequívoca de la voluntad del consumidor. A efectos de coincidir, además, con la naturaleza del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

IV. Algunas alternativas

El derecho comparado ofrece interesantes luces sobre la posibilidad de pensar una regulación de arbitraje de consumo, como sucede, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, en el que estos procesos son adelantados por la American Arbitration Association. Los consumidores tienen la prerrogativa de llevar la controversia a las cortes de pequeñas causas o someterlas a arbitraje.

Los costos pueden ser asumidos por el empresario, por el consumidor o por ambos. Asimismo, la Judicial Arbitration and Mediation Services, otra institución competente para tales efectos definió las pautas mínimas que el empresario debe tener en cuenta al momento de elaborar la cláusula compromisoria, como avisar al consumir de la existencia de esta y sus efectos. También establece, en cuanto a los costos, que el consumidor solo asume los generados con la solicitud y el empresario los demás (Namén, 2019).

En Reino Unido, no se permite el uso del sistema arbitral de consumo cuando los conflictos supongan una reclamación de menos de 5000 libras esterlinas y la Oficina para un Comercio Justo patrocina un sistema arbitral de bajo coste (Vásquez, 2018). En España, la regulación se encuentra en el Real Decreto 231 de 2008, cuyas características más importantes son la gratuidad del arbitraje de consumo y la unidireccionalidad (solo puede ser propuesto por el consumidor afectado).

En el contexto latinoamericano, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil otorga como consecuencia jurídica la nulidad absoluta de aquellas cláusulas que amenazan el equilibrio contractual o son excesivamente onerosas para el consumidor. En Argentina, por expresa disposición del artículo 37 de la Ley 24.240 la consecuencia jurídica es la ineficacia para aquellas cláusulas que desnaturalicen las obligaciones; importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o inviertan la carga de la prueba (Echeverri, 2011, p. 132).

Realizadas estas consideraciones es claro que la cláusula compromisoria puede ser pactada en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, misma claridad no puede predicarse de la inclusión de la cláusula compromisoria en los contratos celebrados con los consumidores financieros, siempre que estas sean negociadas previamente, la parte dominante de la relación contractual cumpla a cabalidad con su deber de información y, además, deben generarse mecanismos que permitan la garantía de los derechos de los consumidores, como tribunales de arbitraje de bajo costo o especializados en pequeñas reclamaciones. Asimismo, estrategias para permitir el acceso a la justicia arbitral de quienes no poseen los suficientes recursos, trasladando los costos a quien predispone este tipo de cláusulas o mediante otros mecanismos. Sobre esto último, nuestro ordenamiento jurídico tiene la posibilidad de acudir al arbitraje social, una propuesta que resulta interesante de cara a la protección de los derechos del consumidor y la adecuada inclusión de la cláusula compromisoria.

Sobre lo anterior, la Ley 1563 de 2012 también incluyó el denominado arbitraje social en los artículos 117 y siguientes, con la finalidad de prestar gratuitamente servicios de resolución de controversias de hasta cuarenta salarios mínimos legales. No obstante, bajo el marco actual el arbitraje social sigue siendo solamente una apuesta a largo plazo, pues en la actualidad es objeto de críticas fundamentadas, como aquellas que realiza Villalba (2023):

La crítica al arbitraje social radica en que un sistema de arbitraje no se puede basar en dar migajas a los consumidores con arbitrajes gratuitos, esporádicos o raros casos en que las partes vayan gustosos al arbitraje porque la cuantía lo amerita. Así que la crítica no es al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, sino a su concepción actual en lo relativo al consumo, ya que bajo los esquemas actuales no parece una solución alterna convincente para que los consumidores acepten la posibilidad de renunciar a acudir a la justicia ordinaria, seguirá siendo una opción para unos pocos consumidores.

Si bien, como se demuestra, esta no es una solución de fondo, puede ser analizada con la finalidad de generar una nueva regulación de arbitraje de consumo en Colombia, la cual garantice la libertad contractual bajo el marco de los derechos de los consumidores. La necesidad de una nueva regulación no solamente encuentra fundamento en la armonización de los principios enfrentados, sino en otorgar claridad, de una vez por todas, sobre el criterio de aplicación entre las diferentes disposiciones existentes o, en su defecto, la modificación de estas.

Conclusión

En un primer momento, el legislador adoptó una posición prohibicionista respecto de las cláusulas compromisorias en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, aunque posteriormente el Estatuto Arbitral modificó esta situación para los contratos celebrados con consumidores, en general, la prohibición continuó vigente en los casos de contratos celebrados con consumidores financieros. Esta postura encontró respaldo en varias Circulares de la Superintendencia Financiera e incluso en pronunciamientos judiciales.

Puede observarse que, gradualmente, la posición de los jueces ha cambiado hacia una posición cada vez más abierta a la inclusión de cláusulas compromisorias en contratos celebrados con consumidores. Al punto que la Corte Suprema de Justicia ha aceptado este tipo de cláusulas en contratos celebrados con consumidores financieros, los cuales tienen una regulación especial con ocasión a la complejidad misma de este tipo de operaciones.

Puede observarse que, gradualmente, la posición de los jueces ha cambiado hacia una posición cada vez más abierta a la inclusión de cláusulas compromisorias en contratos celebrados con consumidores. Al punto que la Corte Suprema de Justicia ha aceptado este tipo de cláusulas en contratos celebrados con consumidores financieros, los cuales tienen una regulación especial con ocasión a la complejidad misma de este tipo de operaciones.

No obstante, las posiciones se tornan cada vez más problemáticas y contradictorias, lo que exige un mayor esfuerzo legislativo en cuanto a la regulación que el arbitraje de consumo requiere, concretamente, en materia financiera. De lo contrario, es posible que los derechos de los consumidores encuentren obstáculos que se traducen en vulneraciones de sus garantías mínimas.

Contrario a lo esperado, el más reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, lejos de despejar las dudas, ha intensificado la incertidumbre. No solamente por la falta de claridad respecto de los efectos de la inclusión de la cláusula compromisorias en los contratos celebrados con consumidores financieros, sino por omitir pronunciarse sobre diversos aspectos clave, como la naturaleza del arbitraje. Cabe conjeturar que tal omisión obedece a una recatada decisión de esquivar el terreno pantanoso que, por la incuria del legislador, se ha formado en torno a este tema.

Bibliografía

- ALJURE CAMACHO, A. J. (2014). La cláusula compromisoria en el derecho del consumo-una revisión crítica del principio de la libertad e igualdad contractual en el derecho privado.
- BRITO, L., & Buraglia, L. H. (2022). Una mirada crítica a la aplicación del amparo de pobreza en el proceso arbitral colombiano. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 24(1), 6.
- Circular externa 007 de 1996 [Superintendencia Financiera de Colombia]. 11 de abril de 1996.
- Circular externa 039 de 2011 [Superintendencia Financiera de Colombia]. Por la cual se adiciona el numeral 10 “cláusulas y prácticas abusivas” al Capítulo Sexto del Título I de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996). 6 de septiembre de 2011.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 53892, C. P. Martín Bermúdez Muñoz. 10 de junio de 2022.
- Constitución Política de Colombia [CN]. Artículo 116. 20 de julio de 1991 (Colombia).
- CORREA, G. (2015). Anulabilidad de las cláusulas abusivas. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 15.
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencia T-302-20, M. P. Diana Fajardo Rivera. 10 de agosto de 2020.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC4826, M. P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. 24 de mayo de 2023.
- Decreto 1069 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho. 26 de mayo de 2015. D. O. No. 49.523.
- Decreto 1829 de 2003. Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012. 27 de agosto de 2012. D. O. 48.895.
- ECHEVERRI SALAZAR, V. M. (2014). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10(20).

- Estatuto del Consumidor [EC]. Ley 1480 de 2011. Artículo 43. 12 de octubre de 2011 (Colombia).
- Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. 15 de julio de 2009. D. O. No. 47.411.
- Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la ley 57 de 1887. D. O. No. 7.151 y 7.152. (Colombia).
- Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012. D. O. No. 48.489.
- Ley 24.240 de 1993. Normas de protección y defensa de los consumidores. Autoridad de aplicación. Procedimiento y sanciones. Disposiciones finales. 13 de octubre de 1993 (Argentina).
- Ley 8078 de 1990. Dispone sobre la protección del consumidor y dicta otras providencias. 11 de septiembre de 1990 (Brasil).
- MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Pacto arbitral y arbitramento en conciencia. Bogotá: Editorial Temis, 1988.
- NAMÉN BAQUERO, D. (2019). Una mirada desde la iniciativa privada de arbitraje de consumo: el caso estadounidense y algunas reflexiones sobre su posible adecuación en Colombia (A Look From the Private Consumer Arbitration Initiative: The United States Case and Some Conclusions on Its Possible Adjustment in Colombia). *Revista emercatoria*, 18(2).
- Real Decreto 231 de 2008. Por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. 15 de febrero. (España).
- RENGIFO, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante 2a ed.* Universidad Externado.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, auto del 13 de agosto de 2014.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. (2018). Solución de conflictos en el contrato de seguro: algunos problemas que se plantean a partir del sistema actual y su coexistencia con el régimen de consumo. Una propuesta de interpretación y reconstrucción. *Revista de derecho (concepción)*, 86(244), 129-176.

- VILLALBA CUÉLLAR, J. C. & Forero, A. C. P. (2024). La protección contractual al consumidor financiero, aspectos teóricos y actualidad jurisprudencial. *Verba Iuris*, (51).
- VILLALBA CUÉLLAR, J. C. (2023). La cláusula de arbitraje en los contratos de consumo: el Consejo de Estado le pone otro ingrediente a una historia sin fin. *Publicaciones semanales*, Instituto Colombiano de Derecho del Consumo ICODECO (Colombia).





Arbitrabilidad de los conflictos del derecho de familia

Nabila Jubiz Avendaño

Trabajo ganador del primer puesto al Concurso nacional de ensayo en derecho de familia "Germán Cavellier", 2024-2.





Sumario

Introducción

I. El arbitraje en Colombia

1. Pacto arbitral
2. Cláusula compromisoria y compromiso

II. Instituciones jurídicas del derecho de familia y su arbitrabilidad

1. Nulidad del matrimonio civil
2. Divorcio del matrimonio civil o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso
3. Divorcio del matrimonio civil o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso por mutuo acuerdo
4. Proceso liquidatorio de la sociedad conyugal y patrimonial de hecho
5. Protocolo de familia
6. Capitulaciones matrimoniales parciales

Conclusión

Bibliografía

Resumen

El ensayo explora la posibilidad de utilizar el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de disputas en el ámbito del derecho de familia colombiano. Para fundamentar los argumentos, se analizan casos específicos dentro de esta área del derecho, respaldados por legislación y jurisprudencia relevantes en Colombia.

Palabras clave: Derecho de familia, arbitraje, arbitrabilidad, resolución de conflictos, mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Introducción

El arbitraje ha emergido como una herramienta fundamental dentro de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) en Colombia. No obstante, para el derecho de familia, su uso ha sido poco explorado debido en gran medida a la percepción de que esta área del derecho aborda cuestiones intransigibles y de carácter personalísimo que, en principio, parecen estar excluidas de la posibilidad de ser resueltas por



árbitros. Frente a esto, surge la pregunta central: ¿Existen asuntos en el derecho de familia que pueden ser dirimidos vía arbitraje? El objetivo es examinar la arbitrabilidad de ciertos asuntos puntuales en el derecho de familia en Colombia, tales como el proceso liquidatorio de la sociedad conyugal, el protocolo familiar y el divorcio, entre otros.

Para responder el interrogante, en primer lugar, se desarrollará el concepto de arbitraje dentro del marco legal colombiano. Posteriormente, se analizará cada asunto de manera individual y se estudiará de qué forma se podría incluir el pacto arbitral para la resolución de cada uno de esos conflictos. Cabe destacar que, por razones de extensión, este ensayo se centrará únicamente en algunos asuntos puntuales del derecho de familia, dejando de lado otros aspectos igualmente importantes, tales como el análisis de los trámites sucesorales.

Este ensayo busca el entendimiento de cómo los MASC, en particular el arbitraje, pueden constituirse en alternativas viables y complementarias a la jurisdicción ordinaria al dirimir conflictos más allá de lo comercial y lo civil. Invita al planteamiento de discusiones acerca del uso que se le da a estos Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en Colombia, confiando en que se le dé una mayor apertura hacia la inclusión del arbitraje en áreas del derecho que usualmente son consideradas como no arbitrables.

I. El arbitraje en Colombia

Según la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, se define el arbitraje así:

“Artículo 1º. Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción” (L. 1563, art. 1, 2012).

Este primer artículo es clave, puesto que, contiene una serie de elementos que vale la pena destacar:

- Se le otorga la calidad de mecanismo alternativo de solución de conflictos. Definidos como “herramientas que ofrecen a las personas diversas oportunidades para solucionar sus conflictos por sí mismas o con la ayuda de un tercero sin la necesidad de acudir a los despachos judiciales” (Ministerio de Justicia y del Derecho, s.f.).
- En el caso del arbitraje, estos marcan su importancia al facilitar el acceso a la justicia de los ciudadanos. Hay distintos tipos de MASC en Colombia, tales como la amigable composición, la conciliación, y la mediación, entre otros. Frente a esto, la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

“Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos encuentran base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 superior sino también en otros principios y valores constitucionales. Así, su presencia puede constituir una vía útil, en ciertos casos, para descongestionar la administración de justicia formal, con lo cual se potencia la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia. Además, y más importante aún, la Carta establece un régimen democrático y participativo, que propicia entonces la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos. En ese orden de ideas, es perfectamente posible que el Legislador estimule la resolución de conflictos directamente por los propios afectados, por medio de figuras como la conciliación o la amigable composición, o por terceros que no sean jueces, como sucede en el caso de los árbitros o de ciertas autoridades administrativas y comunitarias” (CC, C-163/99, 1999).

“En el caso del arbitraje, se le confía la solución de un conflicto que surge entre las partes a uno o a varios árbitros investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia.”

El hecho de que se cuente con una o varias personas que desempeñen ese rol, implica que el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo, pues es un tercero diferente a las partes el que se encargará de dirimir el conflicto (Ministerio de Justicia y del Derecho, s.f.).

- Es opcional y por ende, excepcional. Como se menciona en el artículo 1º, se presenta el arbitraje cuando las partes han decidido, mediante pacto arbitral¹, no sólo diferir la solución a un tercero, sino que han renunciado a hacer valer sus pretensiones ante la justicia ordinaria respecto de una controversia. Cabe resaltar que los honorarios y gastos del Tribunal de Arbitramento deben ser asumidos por las partes, por lo que es un mecanismo indiscutiblemente oneroso.
- Por último, el artículo menciona los asuntos que le competen al arbitraje, siendo estos los de libre disposición o los que la ley autorice.

En aras de desarrollar el interrogante de este ensayo es pertinente, de igual manera, responder, ¿a qué asuntos hace referencia el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012?

En primer lugar, a los que la misma ley establece. Es decir, aquellos asuntos que la misma ley de manera expresa señala como susceptibles de ser sometidos a un tribunal de arbitramento. Un ejemplo es cuando se pretende resolver la existencia, eficacia o validez del contrato, como se menciona en la Ley 1563 de 2012:

“Artículo 5º. Autonomía de la cláusula compromisoria. La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido” (L. 1563, art. 5, 2012). (Negrilla fuera del texto).

Por otro lado, el mencionado artículo primero se refiere a la posibilidad de someter a arbitraje aquellos asuntos que sean “de libre disposición”. Es decir, que no obstante no estén expresamente previstos en la ley como arbitrales, por el hecho de ser de libre disposición el asunto objeto de conflicto, puede ser sometido a un Tribunal de Arbitramento. Sobre estos, la Corte Constitucional dice lo siguiente:

“Se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter transigible de un derecho o de un litigio” (CC, C-098/01, 2001).

Un claro ejemplo de asuntos de libre disposición son las controversias de naturaleza patrimonial². Los derechos patrimoniales de los individuos se

¹ Concepto definido en la página 8, seguido del título “Pacto Arbitral”.

² Según Juan Pablo Cárdenas Mejía (2019), “Por regla general las controversias patrimoniales son disponibles” (p. 42).

pueden entender como el conjunto de derechos y obligaciones que tienen una valoración pecuniaria y que forman parte del patrimonio de esa persona; por tanto, pueden ser objeto de disposición por parte del individuo de manera libre y voluntaria.

En cuanto al patrimonio, la Corte Constitucional lo definió así:

“Hoy se entiende por "patrimonio" el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica” (CC, T-537/92, 1992).

Además, todo aquello que compone el patrimonio es susceptible de ser modificado, transmitido o afectado por su titular, por lo que las controversias patrimoniales enmarcan en su totalidad aquellas que son susceptibles de resolverse mediante el ejercicio de la libre disposición. Adicionalmente, según la RAE, disponer significa “servirse de alguien o algo con total libertad” (Real Academia Española, s. f.).

1. Pacto arbitral

En su artículo 3º, la Ley 1563 de 2012 define el Pacto Arbitral como “Un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria” (L. 1563, art. 3, 2012).

Instituir el pacto arbitral se podría considerar como el eje central o el primer requisito para que las partes puedan proceder con el arbitraje. Este, que puede ser convenido por vía de una cláusula compromisoria o de un compromiso, es el instrumento que incorpora el acuerdo de voluntades como elemento de dicho negocio jurídico. A contrario sensu, sin pacto arbitral, no se cumpliría con los requisitos de existencia y validez de un acuerdo para llevar el conflicto a arbitramento. Faltaría el consentimiento, por lo que no se le podría dar inicio al arbitraje.

2. Cláusula compromisoria y compromiso

Seguidamente, en el artículo 4º, se define la cláusula compromisoria como primera opción de pacto arbitral enunciando que “Podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él. La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere” (L. 1563, art. 4, 2012).

Mientras tanto, el artículo 5° define el compromiso como segunda opción de pacto arbitral diciendo que “Podrá constar en cualquier documento, que contenga: (1) Los nombres de las partes. (2) La indicación de las controversias que se someten al arbitraje. (3) La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel” (L. 1563, art. 5, 2012).

Considerando lo dispuesto en los artículos mencionados, una diferencia notable es que al momento de incluir o redactar la cláusula compromisoria todavía no se ha presentado como tal la controversia entre las partes, más bien se busca prever el mecanismo de solución que se utilizará para resolver ese posible conflicto, el cual podría llegar a nacer en razón del contrato que éstas celebran en paralelo. En cambio, el compromiso requiere la preexistencia de una controversia entre las partes. Frente a esto, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“La diferencia tradicional entre cláusula compromisoria y compromiso ha sido entendida en que la primera deroga eventualmente la jurisdicción de los jueces ordinarios, mientras que el compromiso la deroga actualmente. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de fecha 11 de febrero de 1954)” (CC, C-875/05, 2005).

III. Instituciones jurídicas del derecho de familia y su arbitrabilidad

1. Nulidad del matrimonio civil

El estado civil de las personas hace parte de uno de los 6 atributos de la personalidad que reconoce nuestra legislación. En sentencia, la Corte Constitucional ha dicho que:

“... los atributos a la personalidad: (i) son una categoría jurídica autónoma heredada del derecho civil continental que tiene por finalidad vincular a la personalidad jurídica con el ordenamiento jurídico; (ii) está compuesto de seis atributos como son: el estado civil, la nacionalidad, el nombre, la capacidad, el patrimonio y el domicilio; (iii) existe una relación sine qua non entre la personalidad jurídica y sus atributos, pues estos suponen el reconocimiento de la esencia de la personalidad e individualidad; (iv) estas características son inseparables del ser humano, pues son el medio por el cual tiene alcance el derecho a la personalidad jurídica; así (v) como a derechos políticos, como el voto” (CC, T-241/08, 2008).

El estado civil de las personas hace parte de uno de los 6 atributos de la personalidad que reconoce nuestra legislación. En sentencia, la Corte Constitucional ha dicho que:

“Artículo 1°. <Definición>. El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley” (Dec. 1260, art. 1, 1970).

Frente a la nulidad, el Código General del Proceso, en su artículo 22 indica taxativamente una lista de asuntos en los que los jueces de familia cuentan con competencia para conocer de estos en primera instancia. Consecuentemente, en el numeral primero se mencionan los procesos de nulidad del matrimonio civil de la siguiente manera:

“1. De los procesos contenciosos de nulidad, divorcio de matrimonio civil, cesación de efectos civiles del matrimonio religioso y separación de cuerpos y de bienes” (Cód. G. P., art. 22, 2012). (Negrilla fuera del texto).

Es preciso entonces indicar que la nulidad del matrimonio civil hace parte del orden público y modifica el estado civil de la persona (atributo de la personalidad), por lo que no solo está bajo regulación exclusiva del Estado, sino que al no ser un asunto de libre disposición ni encontrarse autorización de la ley para llevarlo ante Tribunal de Arbitramento, no cabría dentro del objeto del mecanismo alternativo de solución de conflicto objeto de este ensayo.

2. Divorcio del matrimonio civil o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso

En Colombia, la procedencia del divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso requiere de que efectivamente se manifiesten una o varias de las nueve causales establecidas en el artículo 154 de nuestro Código Civil. A menos que se alegue la causal novena, que trata de los casos en que existe mutuo acuerdo³, se considerará un divorcio contencioso y la demanda deberá ser presentada ante un juez de familia. Al respecto, el Código General del Proceso menciona lo siguiente:

“1. De los procesos contenciosos de nulidad, divorcio de matrimonio civil, cesación de efectos civiles del matrimonio religioso y separación de cuerpos y de bienes” (Cód. G. P., art. 22, 2012). (Negrilla fuera del texto).

Nuevamente, al igual que en los casos de nulidad del matrimonio civil, estamos frente a un asunto de regulación exclusiva del Estado. Ambos procesos concurren a la modificación del estado civil de la persona, el cual como se mencionó anteriormente, se considera intransigible.

³ Seguido del subtítulo “Divorcio del Matrimonio Civil o Cesación de Efectos Civiles del Matrimonio Religioso por Mutuo Acuerdo” se encuentra el desarrollo de los casos en los que se alega la causal novena.

Además, la Corte Constitucional ha ratificado específicamente el procedimiento constituido para completar a cabalidad el asunto así:

“Las causales objetivas se relacionan con la ruptura de los lazos afectivos que motivan el matrimonio, lo que conduce al divorcio “(...) como mejor remedio para las situaciones vividas”. Por ello al divorcio que surge de esta causales suele denominársele “divorcio remedio”. Las causales pueden ser invocadas en cualquier tiempo por cualquiera de los cónyuges, y el juez que conoce de la demanda no requiere valorar la conducta alegada; debe respetar el deseo de uno o los dos cónyuges de disolver el vínculo matrimonial.

“Por otra parte, las causales subjetivas se relacionan con el incumplimiento de los deberes conyugales y por ello pueden ser invocadas solamente por el cónyuge inocente dentro del término de caducidad previsto por el artículo 156 del Código Civil – modificado por el artículo 10 de la Ley 25 de 1992, con el fin de obtener el divorcio a modo de censura; por estas razones el divorcio al que dan lugar estas causales se denomina “divorcio sanción”. La ocurrencia de estas causales debe ser demostrada ante la jurisdicción y el cónyuge en contra de quien se invocan puede ejercer su derecho de defensa y demostrar que los hechos alegados no ocurrieron o que no fue el gestor de la conducta” (CC, C-985/10, 2010).

Por tal razón, son conflictos que deben ser dirimidos únicamente por los jueces competentes y al no ser de libre disposición no podrían ser objeto de arbitraje.

3. Divorcio del matrimonio civil o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso por mutuo acuerdo

En los casos de mutuo acuerdo, según el artículo 154 del Código Civil, la causal que se alega es esta:

“9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia” (Cód. C., art. 154, 1887).

Es importante resaltar que este asunto, a diferencia de los eventos que se aducen en las otras causales, puede ser dirimido por un notario, como bien lo señala el Decreto 4436 de 2005:

“Artículo 1. El Divorcio ante Notario, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. El divorcio del matrimonio civil, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, por mutuo acuerdo de los cónyuges, podrá tramitarse ante el Notario del círculo que escojan los interesados y se formalizará mediante escritura pública” (Dec. 4436, art. 1, 2005). (Negrilla fuera del texto).

Aunque los cónyuges hayan llegado a un acuerdo, sigue siendo directamente afectado el estado civil de los individuos; el cuál, como reiteradamente se ha dicho, es de interés público. Este asunto no podría contemplarse como objeto de arbitraje.

4. Proceso liquidatorio de la sociedad conyugal y patrimonial de hecho

Antes de entrar en materia sobre los procesos liquidatorios de estos regímenes económicos, es indispensable aclarar que la sociedad patrimonial de hecho es consecuente a la declaración de la unión marital de hecho entre los compañeros; y que a su vez, el equivalente al divorcio en el matrimonio (para lo pertinente en este ensayo), vendría siendo la cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho.

La cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho se puede presentar ante notario siempre y cuando sea de mutuo acuerdo. Sobre el asunto, el Código General del Proceso dice:

“Artículo 617. Trámites notariales Sin perjuicio de las competencias establecidas en este Código y en otras leyes, los notarios podrán conocer y tramitar, a prevención, de los siguientes asuntos:

5. De las declaraciones de constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho, y de la existencia y cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho, entre compañeros permanentes, de común acuerdo.

Parágrafo. Cuando en estos asuntos surjan controversias o existan oposiciones, el trámite se remitirá al juez competente” (Cód. G. P., art. 617, 2012).. (Negrilla fuera del texto).

Ahora bien, frente a la arbitrabilidad de la cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho como tal, en la que se modifica el estado civil de los compañeros permanentes, se responde igual que para las figuras anteriores: no es objeto de arbitraje.

A pesar de que no se pretende considerar estos asuntos como objeto de arbitraje,

“(...) sí se debe discutir la posibilidad de incluir un pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria en el acuerdo de divorcio (...)”

que tendrá como efecto la disolución de la sociedad conyugal, o en el mutuo consentimiento de los compañeros permanentes, que tendrá como efecto la disolución de la sociedad patrimonial.

Este pacto arbitral tendrá como objeto la resolución de los conflictos de naturaleza patrimonial derivados de los procesos liquidatorios que a su vez se desprenden de la disolución de la sociedad conyugal y de la sociedad patrimonial de hecho.

Sobre la disolución de la sociedad conyugal, al referirse a los efectos del divorcio, el Código Civil dice:

“Artículo 160. Efectos del divorcio. Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, queda disuelto el vínculo en el matrimonio civil y cesan los efectos civiles del matrimonio religioso, así mismo, se disuelve la sociedad conyugal, pero subsisten los deberes y derechos de las partes respecto de los hijos comunes y, según el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí” (Cód. C., art. 160, 1887). (Negrilla fuera del texto).

Por su parte, la ley por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes, señala lo siguiente acerca de la disolución de la sociedad patrimonial:

“Artículo 5°. La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve:

- a. Por la muerte de uno o de ambos compañeros;
- b. Por el matrimonio de uno o de ambos compañeros con personas distintas de quienes forman parte de la sociedad patrimonial;
- c. Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública;
- d. Por sentencia judicial” (L. 54, art. 5, 1990). (Negrilla fuera del texto).

Retomando la Ley 1563 de 2012, el patrimonio de las personas se debe considerar como un asunto de libre disposición, ya que es susceptible de ser modificado, transmitido o afectado por su titular. Precisamente, la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial de hecho abarcan asuntos meramente patrimoniales de los cónyuges o compañeros permanentes.

Siendo así, considero que para los procesos liquidatorios que comienzan como consecuencia de las disoluciones de estos dos regímenes económicos, se podría pactar llevar ante un árbitro los conflictos que surjan de estos.

En el caso del divorcio, al momento de redactar el acuerdo, se podría incluir una cláusula compromisoria haciendo referencia a posibles conflictos ligados al proceso liquidatorio de la sociedad conyugal. O también, como lo señala la Ley 1563 de 2012, en un documento separado, convenir una cláusula compromisoria que estando inequívocamente referida al acuerdo de divorcio, haga referencia también a posibles conflictos ligados al proceso liquidatorio de la sociedad conyugal.

En el caso hipotético de que los individuos se encuentren en proceso liquidatorio de la sociedad conyugal y que decidan llevar el asunto ante un árbitro, tienen la posibilidad de celebrar un compromiso y presentarlo ante el juez que conoce del mismo, para que cese sus funciones y puedan llevar la discusión ante un Tribunal de Arbitramento.

En el caso de la disolución de la sociedad patrimonial de hecho por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes, al igual que en el acuerdo del divorcio, propongo incluir cláusula compromisoria en el mismo documento o como un anexo inequívocamente referido al mutuo consentimiento, dirigido a solucionar posibles conflictos derivados del proceso liquidatorio de la sociedad patrimonial de hecho.

5. Protocolo de familia

El protocolo de familia se considera un contrato y esto se puede sustentar considerando definiciones del concepto tales como esta:

“Lo anterior, permite definir el protocolo de familia como un acuerdo por medio del cual se establecen reglas de juego para el funcionamiento de la familia, la propiedad y la empresa; reglas a través de las cuales se busca precaver futuros conflictos relacionados con el poder o los recursos financieros a fin de que la armonía y la prosperidad de la familia se perpetúen en el tiempo. El protocolo de familia es una herramienta de carácter jurídico, diseñada principalmente para beneficio de la familia empresaria y/o los grupos de interés o stakeholders” (Gallo, Gallo, & Ribeiro, 2021, p. 114). (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, la arbitrabilidad de este asunto es total. No solo se está ante un negocio jurídico, sino que el objeto del mismo es meramente patrimonial; además, su naturaleza es principalmente contractual. Los conflictos originados por protocolos de familia podrían ser sometidos a arbitraje para resolver su cumplimiento, interpretación o modificación.

La cláusula compromisoria se podría incluir directamente en el documento del protocolo familiar y podría incluso manifestarse que se llevará ante árbitro cualquier discusión sobre el contenido del mismo.

6. Capitulaciones matrimoniales parciales

Frente a las capitulaciones matrimoniales, es importante primero definir este mecanismo que ofrece nuestra legislación para que los cónyuges puedan optar por llevar un régimen económico distinto a la regla general. El Código Civil dice lo siguiente:

“Artículo 1771. Definición de capitulaciones matrimoniales. Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro” (Cód. C., art. 1771, 1887).

No obstante, no siempre las capitulaciones se realizan sobre la totalidad del haber de la sociedad conyugal que pueda llegar a nacer en virtud del matrimonio, sino que como lo señala el numeral 2 del artículo 1783, se puede capitular sobre unos bienes en específico:

“Artículo 1783. Bienes excluidos del haber social.

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, no entraran a componer el haber social:

1. El inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges.
2. Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.
3. Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa” (Cód. C., art. 1783, 1887). (Negrilla fuera del texto).

Es precisamente, en esos casos de capitulaciones matrimoniales parciales, en los que se podría contemplar la opción de incluir un pacto arbitral al momento de la constitución de las mismas. Se haría indicando que se llevará ante un Tribunal de Arbitramento los conflictos que puedan surgir frente a los bienes no capitulados pertenecientes a la sociedad conyugal durante el proceso liquidatorio. Nuevamente, se está frente a un asunto de libre disposición de las partes al estar relacionado con el patrimonio de los sujetos que intervienen en el acuerdo arbitral.

Conclusión

Como conclusión, tras el análisis desarrollado en este ensayo, se puede observar que aunque no se perciba como común el uso del arbitraje para la resolución de conflictos propios del derecho de familia, sí existen conflictos que pueden ser llevados ante árbitros siguiendo los conceptos y lineamientos que plantea la ley colombiana.

Queda evidenciado que por la naturaleza patrimonial de asuntos tales como los procesos liquidatorios de los regímenes económicos adoptados por las partes y las capitulaciones matrimoniales, se le permite el sometimiento de estas disputas a la justicia arbitral. Precisamente, queda demostrado a lo largo del ensayo que estas últimas son controversias de libre disposición, susceptibles de ser dirimidas por un Tribunal de Arbitramento gracias a un pacto arbitral decidido por las partes. No se están comprometiendo en ningún momento asuntos de orden público ni se presentan efectos personalísimos.

Sin embargo, también se señala que no se puede afirmar que todos los asuntos en el derecho de familia son objeto de arbitraje, pues aquellos tales como el divorcio o la nulidad del matrimonio civil tienen por objeto principalmente la modificación del estado civil de la persona, institución jurídica intransigible por ser un atributo de la personalidad.

Finalmente, quisiera expresar que aunque no se puedan resolver todos los conflictos propios del derecho de familia ante un Tribunal de Arbitramento, deberíamos como Colombianos implementar más los pactos arbitrales en asuntos de índole familiar, que de conformidad con la ley sean permitidos. No solo obtendremos decisiones más especializadas y prontas, sino que entraríamos a contribuir a la descongestión de la jurisdicción ordinaria.

Queda claro que la apertura hacia el arbitraje en temas de derecho de familia no implica una sustitución de la jurisdicción ordinaria, sino una complementariedad que puede resultar en beneficios mutuos para las partes y el sistema judicial.



Bibliografía

- Cárdenas, J. P. (2019). Módulo Arbitraje Nacional e Internacional. (Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio).
<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/ml-1.pdf>
- Código General del Proceso [Cód. G. P.] (2012). (Colombia). Obtenido el 8 de octubre de 2024.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48425>
- Código Civil [Cód. C.] (1887). (Colombia). Obtenido el 8 de octubre de 2024.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>
- Corte Constitucional [CC], marzo 17, 1999. M. P.: A. Martínez. Sentencia 163/99. (Colombia). Obtenido el 10 de octubre de 2024.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-163-99.htm>
- Corte Constitucional [CC], enero 31, 2001. M. P.: M. V. SÁCHICA. Sentencia 098/01. (Colombia). Obtenido el 8 de octubre de 2024.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-098-01.htm>
- Corte Constitucional [CC], septiembre 23, 1992. M. P.: S. Rodríguez. Sentencia 537/92. (Colombia). Obtenido el 8 de octubre de 2024.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-537-92.htm>
- Corte Constitucional [CC], agosto 23, 2005. M. P.: A. Beltrán. Sentencia 878/05. (Colombia). Obtenido el 8 de octubre de 2024.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-878-05.htm#:~:text=La%20diferencia%20tradicional%20entre%20cl%C3%A1usula,el%20compromiso%20la%20deroga%20actualmente.>
- Corte Constitucional [CC], junio 26, 2018. M. P.: G. S. Ortiz. Sentencia 241/18. (Colombia). Obtenido el 8 de octubre de 2024.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-241-18.htm>
- Corte Constitucional [CC], diciembre 2, 2010. M. P.: J. I. Pretelt. Sentencia 985/10. (Colombia). Obtenido el 8 de octubre de 2024.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-985-10.htm>

- Decreto 1260/70, julio 27, 1970. Presidencia de la República. (Colombia). Obtenido el 8 de octubre de 2024.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1260_1970.html
- Gallo, M. Á., Gallo, F. Á., & Ribeiro, D. (2021). Protocolos de familia: Gestión, gobierno y sucesión en la empresa familiar (2.a ed.). Instituto de Consultoría y Gestión Corporativa. <https://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2021/02/Protocolos-de-Familia.pdf> (p. 114).
- Ley 54 de 1990, diciembre 31, 1990. Diario Oficial [D.O.]: 39615. (Colombia). Obtenido el 8 de octubre de 2024.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=30896>
- Ley 1563 de 2012, julio 12, 2012. Diario Oficial [D.O.]: 48489. (Colombia). Obtenido el 8 de octubre de 2024.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48366>
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (s.f.). Métodos alternativos de solución de conflictos (MASC).
<https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/MASC>
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (s.f.). ¿Qué es el arbitraje?_
<https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/MASC/Paginas/que-es-arbitraje.aspx>
- Real Academia Española. (s. f.). Disponer. En Diccionario panhispánico de dudas. Recuperado de <https://www.rae.es/dpd/disponer>





Una ley que silencia al hijo de crianza

Mariana Camila Sánchez Zambrano

Trabajo ganador del segundo puesto en el Concurso de ensayo
en Derecho de Familia "Germán Cavelier" 2024-2





Sumario

Introducción

I. Ley 2238 del 2024: vacíos legales frente al procedimiento para la declaración de los hijos de crianza

II. Derechos de los hijos de crianza

III. Necesidad de un enfoque centrado en los hijos de crianza

Conclusión

Bibliografía

Resumen

La Ley 2238 de 2024 establece medidas jurídicas para reconocer legalmente a la familia de crianza. Sin embargo, presenta vacíos legales que podrían comprometer el derecho de los menores a la "voluntariedad", es decir, su capacidad de expresar libremente su voluntad y consentimiento en decisiones que afectan su vida. Este ensayo se propone analizar estos vacíos desde una perspectiva jurisprudencial y explorar cómo una reforma a la ley podría resolverlos, asegurando siempre el bienestar de niños, niñas y adolescentes y protegiendo plenamente sus derechos fundamentales.

Palabras clave: Familia de crianza, hijo de crianza, derechos fundamentales, precedentes, jurisprudencia, reforma.

Introducción

Durante años, el concepto de la familia de crianza ha sido una figura controversial en cuanto a los aspectos jurisprudenciales que la conforman; por un lado, la Corte en su intento de proteger y salvaguardar los derechos fundamentales de la familia, la igualdad y la protección especial a los niños niñas y adolescentes ha enfatizado su postura de que esta figura entra como forma de evolución hacia los preceptos constitucionales que giran en torno a la familia; y por otro, la ley 2238 del 2024

llega a marcar un precedente normativo en el que se articulan los conceptos, herramientas y procedimientos necesarios para el reconocimiento de esta figura, presentando con esto una incongruencia entre el principio de interés superior del menor con la forma en la que se puede acceder a la familia de crianza.

Por lo anterior, en este ensayo se realizará un análisis jurisprudencial en el que se evidencie de qué manera esta ley llega a discriminar al menor en cuanto a su derecho fundamental a ser escuchado y la voluntariedad del mismo en los procesos de reconocimiento de la familia de crianza. Así pues, se observará en el transcurso del escrito que esta ley, a pesar de su intención de regular los aspectos fundamentales que rigen en torno a la figura para acceder a este tipo de procesos, presenta vacíos legales que no logran articular las formas en las que se puede declarar con lo establecido por la Corte Constitucional en referencia a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Así pues, teniendo en cuenta el análisis que se realiza de la ley y los precedentes jurisprudenciales de los pronunciamientos de la Corte en relación a la protección de los menores como sujetos de protección y de la familia de crianza como figura que asegura estos derechos, se plantea una reforma de esta ley, reconociendo su idea de articular las herramientas necesarias para la conformación de estas familias y proporcionando soluciones que mitiguen estos vacíos y que a su vez complementen y alineen los principios constitucionales y la jurisprudencia vigente para poder configurarla como una herramienta idónea para el reconocimiento de las familias de crianza.



I. Ley 2238 del 2024: vacíos legales frente al procedimiento para la declaración de los hijos de crianza

La primacía sobre los derechos fundamentales y el carácter imperativo que la corte ha manifestado en diversos momentos para con los niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos de protección, se ha convertido también en un debate permanente en el que la figura del Estado como ente que asegura el cuidado de los niños, niñas y adolescentes debe salvaguardar dichos derechos, pero a su vez, en aras de administrar justicia de manera idónea también debe intentar buscar herramientas legales que permitan identificar si esta visión es coherente con el análisis fáctico de la valoración probatoria en casos en los cuales estos se encuentren vinculados.

Así pues, con la ley 2238 del 2024 el Congreso de la República ha manifestado su idea de proteger los derechos de los niños en cuanto a los lazos afectivos, sociales, económicos y culturales que genera en ellos la figura de la familia; de manera específica, una figura que está orientada a los hijos de crianza, es decir, la familia de crianza, la cual se convierte en el objeto de dicha ley para poder establecerla como un aspecto contemplado por la norma y valorado en igual magnitud que cualquier otra clase de familia, dicha figura se encuentra definida en el artículo 2º de esta ley como

“ Aquella en la cual han surgido de hecho, y por causa de la convivencia continua, estrechos lazos de amor, afecto, apoyo, solidaridad, respeto, auxilio y ayuda mutuos entre sus integrantes propios de la relación, durante un periodo de tiempo no menor a cinco (5) años”

(Congreso de la República, 2024)

Sin embargo, en su intento por regular cada uno de los aspectos que componen la familia de crianza, de manera inadvertida ha generado un escenario que, en casos concretos, podría llegar a vulnerar el principio del interés superior del menor establecido en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia ² en razón de lo que establece en su artículo 3º, párrafo 2³, en donde hace alusión al procedimiento para la declaración de hijo de crianza, por el cual reconoce a los padres como únicos sujetos con iniciativa voluntaria para declarar; esto sin lugar a duda deja un vacío sustancial generando el interrogante

¹ Ley por medio de la cual se dictan disposiciones sobre la familia de crianza

² La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Constitución Política de Colombia (Artículo 44)

³ En todo caso el procedimiento de la declaración como hijo de crianza solo procederá por iniciativa voluntaria de los padres de crianza.

¿Hasta qué punto la ley 2238 del 2024 reconoce la voluntariedad del hijo de crianza en el proceso de su propia declaración?

De esta forma, aunque de buena fe, la ley 2238 presenta una incongruencia entre el deber del Estado de salvaguardar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en Colombia con la formalidad establecida para construir bases jurisprudenciales que avalen la conformación de familias de crianza; en efecto, la ley omite proporcionar mecanismos idóneos que le permitan al hijo iniciar con el proceso de reconocimiento por su cuenta, o en caso contrario, abstenerse a la posibilidad de conformar este tipo de familia, teniendo como fundamento sus ideales, creencias, gustos y capacidad para decidir. Tal y como cita Tirado (2020)

“La sentencia C-577 (2011), afirmó: “Como realidad ‘dinámica y vital, donde cobran especial importancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad’, la familia tiene, entonces, ‘un régimen constitucional, cuya piedra angular es el artículo 42, en concordancia con el artículo 5º’, régimen que busca hacer de ella ‘el ámbito adecuado para que dentro de un clima de respeto, no violencia e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse a plenitud como seres humanos, con la garantía de intimidad que permita el transcurso de la dinámica familiar sin la intromisión de terceros’ y, asimismo, lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a que tiene derecho cada uno de sus integrantes, aspecto este donde cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y emociones” (p. 272)

Lo que refleja sin lugar a dudas que para la Corte Constitucional también es importante realizar la distinción de que todos los miembros de la familia cuentan con la misma libertad para decidir, dejando a la deriva ese ámbito dentro de la ley 2238 pues solo hace mención en los padres y su capacidad para llevar a cabo el procedimiento declarativo, más no de los hijos y el rol que cumplen y que, según lo descrito con anterioridad, deben verse como iguales al momento de conformar una familia.

Por consiguiente, es imperativo que este tipo de vacíos se subsanen en la ley, todo esto con el fin de brindarle a los NNA la oportunidad de declarar de forma voluntaria a partir de los procesos notariales descritos en el artículo 3º⁴ de la misma, ya sea de manera propia, o con vinculación de entidades especializadas en la protección de los niños, niñas y adolescentes (Ministerio

⁴ La declaración del reconocimiento como hijo de crianza se tramitará ante juez de familia o notario del domicilio del que pretende reconocerse como hijo de crianza, por el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria establecido en el Libro III, Sección IV del Código General del Proceso. Este reconocimiento se podrá realizar igualmente por medio de escritura pública cumpliendo los medios probatorios establecidos en el artículo 5º de la presente ley, deberá intermediar un curador ad litem si dentro del trámite alguna de las partes tiene alguna limitación en su capacidad con el fin de proteger y garantizar los derechos de la persona. Ley 2238 (Artículo 3)

Público o Defensores de familia) quienes serán los encargados de asesorarlos para realizar el proceso de reconocimiento, esto claro teniendo en cuenta la figura de incapacidad relativa al ser menores de edad.

II. Derechos de los hijos de crianza

Además, desde una mirada social, al hablar de los lazos de amor que surgen y por los cuales la jurisprudencia hace ya varios años ha tenido que ir reformando la idea de la familia, evolucionando su concepto y agregando aspectos que han forjado el surgimiento de la familia de crianza, es necesario discernir que en muchos de los casos que han estudiado, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, son precisamente los niños, niñas y adolescentes los que encuentran en sus padres de crianza ese apoyo incondicional, afectivo y económico que no han tenido de sus padres biológicos sin distinguir los motivos que los llevaron a dicha conclusión; por lo cual, esta ley al negarles la posibilidad de ser ellos quienes realicen el proceso para la conformación legal de la familia los deja en un limbo en el que no se puede reflejar su realidad ni mucho menos, vislumbrarse la protección de sus intereses.

Como ejemplo de lo anterior, se plantea una impugnación realizada frente a un fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca por una acción de tutela; en este, la accionante pretendía el reconocimiento de la familia de crianza debido al cuidado que tuvieron con ella sus padres desde que tenía 3 años y, aunque en un inicio el juzgado decidió negar dicho reconocimiento, después de un análisis detallado respecto a la jurisprudencia en la que se establecía que desde hacía algunos años el concepto de familia de crianza ya era válido para aspectos legales y patrimoniales, el Tribunal de Casación en la impugnación, decidió revocar la sentencia proferida por el juzgado y confirmar el reconocimiento de la relación para el concepto de familia de crianza suscitado por la accionante. (STC-6009 de 2018) ⁵

Este precedente judicial deja claro que, conforme al avance que ha tenido el concepto de familia de crianza respecto a las menciones realizadas por las Cortes y Tribunales del país, el hijo también cuenta con la posibilidad de hacer valer su derecho a la familia, sin importar el origen de la misma y por consiguiente tener la capacidad legal que la norma le confiere para declararse como hijo de crianza, aspecto que, como anteriormente se ha dicho, no se encuentra contemplado en la ley 2238 del 2024 y por lo cual

⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia STC6009 del 2018

se intenta en este escrito hacer ver el valor Constitucional y jurídico que esto representa, con el fin de realizar una reforma a esta nueva base jurisprudencial que, si bien apoya el proceso de crecimiento hacia el reconocimiento de la familia de crianza, necesita nutrir su contenido para la obtención de resultados que beneficien a todos los miembros de la familia, colocando como sujeto de especial protección y cuidado a los niños, niñas y adolescentes que quieran declarar.

En efecto, la Corte constitucional ha sido insistente en señalar la importancia de la libertad al momento de conformar la familia de crianza, reconociéndola como una realidad social y de acuerdo entre pares, alejándola del concepto de la familia como consecuencia de un vínculo matrimonial, tal y como se observa en la sentencia T-606 de 2013

9

“La protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias. La protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. La evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley” (Corte Constitucional, 2013)

Así pues, es cierto que este concepto se conoce también como algo fundamentado en la jurisprudencia colombiana, y es que es precisamente de aquí de donde nace la idea de proteger los derechos de todos los integrantes de la familia de crianza, en especial, las de los niños, niñas y adolescentes y por consiguiente, si en esta ley no se observa de manera específica el trato igualitario y no discriminatorio para todos los integrantes de la misma, y su vez, las herramientas necesarias para realizar los procesos a partir de los trámites notariales, no sería idóneo contemplarla como una base efectiva al momento de sustentar alguno de los puntos concernientes a este tipo de procesos, sobre todo en relación directa con los hijos de crianza.

De esta manera, la Corte también ha mantenido su postura de que el reconocimiento de los derechos fundamentales de los hijos de crianza es obligatorio, incluyendo dentro de estos la voluntariedad de los mismos en los procesos relacionados al derecho de familia; en efecto, en la sentencia T-292 de 2004 la Corte hace alusión a la igualdad que existe al momento de proteger los derechos de los NNA, independientemente de su vínculo familiar.

En la sentencia T-519 de 2015 la Corte realiza un análisis hacia el derecho que tienen los hijos de crianza a su personalidad jurídica y al nombre, mencionando la necesidad tácita que es exigible a las normas para considerar a todas las personas por igual; y en sentencias como la T-525 de 2016 y la T-281 de 2018, la Corte menciona los derechos patrimoniales, sucesorales y a mantener vínculos con la familia de crianza; forjando precedentes jurisprudenciales que acompañan la idea de que los hijos de crianza no deben ser excluidos de la noción de protección establecida por la corte al momento de colocarlos como sujetos de interés superior.

Se observa entonces que con base a toda la jurisprudencia mencionada en acápite anteriores la ley 2238 del 2024 presenta errores fácticos al momento de vincular a los hijos de crianza dentro del reconocimiento de la familia de crianza, sobre todo al no permitirles declarar acerca de su condición; en primer lugar porque ignora el derecho de estos a buscar el reconocimiento legal de su vínculo familiar, así como al principio de igualdad sin importar la naturaleza de su origen y sobre todo al principio de interés superior del menor, mencionado en el párrafo anterior, que debería primar para todas las decisiones que le afecten, sin importar cuál sea su condición.

Existe pues, una contradicción palpable entre la jurisprudencia y el fin de la ley, pues se ignora la naturaleza bilateral que comprende la idea de la declaración de una familia de crianza, sobre todo para los NNA, quien es debe n tener la posibilidad de mostrar su voluntariedad frente a la noción de la formación de la misma e incluso, de ser él quien tome la iniciativa para poder declararlo, dado que en algunos casos no llegan a ser los padres de crianza los que demuestren un interés específico en llevar el proceso por vía legal, o no cuentan con el conocimiento tácito de las normas para hacerlo y por consiguiente queda a la deriva dicha posibilidad.

III. Necesidad de un enfoque centrado en los hijos de crianza

Es menester del Estado que este tipo de normas sean revisadas de manera específica y teniendo en cuenta los precedentes judiciales que han surgido del tema con el fin de que se identifiquen vacíos que puedan ser contraproducentes o que, como lo es el caso de esta ley, no lleguen a facilitar en su totalidad los procesos declarativos en referencia a las familias de crianza; lo anterior, teniendo en cuenta precisamente este esfuerzo doctrinal y jurisprudencial que se ha venido desarrollando a lo largo de los años para ir mejorando la concepción de esta figura; al centrarse la ley solamente en la voluntad de los padres existe un desequilibrio entre los fines perseguidos en la actualidad por el derecho de familia, y a su vez, por el Estado para unificar la protección del menor con las oportunidades normativas otorgadas.

Dadas estas consideraciones y con el objeto de encaminar los resultados que se esperan de la ley 2238 del 2024, la propuesta de este documento se centra en la idea de realizar una reforma legislativa, en la que a través de una modificación sustancial al contenido del artículo 3º, parágrafo 2º, se puedan articular los procedimientos al momento de declarar la existencia de una familia de crianza con el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, para tener un acceso amplio hacia este tipo de procesos y, que en caso de ser necesario, no se encuentren meramente ligados a la voluntad de los padres, sino además de la supervisión de agentes externos como los defensores de familia o el Ministerio Público; esto con el fin de garantizar el apoyo del Estado para la aplicación de esta norma, incluso cuando no se tenga un conocimiento específico sobre la misma y se desee una guía que oriente las actuaciones que se deben realizar.

Por lo mismo, y en vista de que no se logra evidenciar la aplicación del principio de interés superior de los niños descrito en el artículo 44 de la Constitución⁶, es necesario mencionar lo que se expresa en la sentencia T-292 del 2004⁷ la cual enfatiza

“Las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los

⁶ *Ibíd* Artículo 44 Constitución Política de Colombia

⁷ *Ibíd* T- 292 del 2004

conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión” (Corte Constitucional, 2004)

Dificultad que puede llegar a solucionarse a través de una reforma en la que se puedan agregar aspectos fundamentales para que tanto los padres, como el hijo de crianza de manera propia (si es mayor de edad) o los defensores de familia o ministerio público en caso de vulneración a los niños, niñas y adolescentes, puedan llegar a intervenir en igualdad de condiciones, añadiendo al artículo 3° los procedimientos realizados a nombre de los actores antes mencionados y haciendo una relación específica en los casos de los cuales cada uno de ellos tendrá la potestad para realizar dicha acción.

Ahora bien, en cuanto a otro de los vacíos observados y sustentados en párrafos anteriores, existe la ausencia de mecanismos idóneos que aseguren que los menores podrán ser escuchados en este tipo de procesos que los vinculan y de los cuales se debe garantizar la voluntariedad, o, la protección y bienestar de los niños, niñas y adolescentes, encaminando las herramientas para los procesos notariales a obtener una articulación que permita acceder a esta figura en igualdad de condiciones; sobre esto, la Corte en la sentencia T-844 de 2011 ha señalado

“El principio del interés superior de los menores de dieciocho años se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a ser escuchados. Frente al contenido de esta garantía fundamental, en particular, el establecido en el numeral 2 del artículo 12 de la Convención, el Comité recomienda que en lo posible se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento. Es decir, si un menor de dieciocho años demuestra capacidad para emitir una opinión con conocimiento de causa deberá tenerse en cuenta su opinión” (Corte Constitucional, 2011)

En efecto este tipo de vacío presente en la norma puede configurar un error que traería consecuencias negativas para los NNA, siendo así una ley que va en contra de lo que establece la Constitución Política y que, en vez de incentivar el desarrollo jurisprudencial de la figura de la familia de crianza, pueda llegar a entorpecer lo establecido hasta el momento; por lo cual, sería idóneo sugerir, en caso de ser necesario, que los procedimientos mencionados en el artículo 3° sean ampliados e incluso divididos en más artículos que especifiquen las acciones y las posibilidades que tanto los padres, como los sujetos involucrados en este escrito a participar de la declaración puedan realizar al momento de reconocer la existencia de los hijos o las familias de crianza, dando una responsabilidad al juez para la valoración probatoria en cuanto a la opinión de los niños, niñas y adolescentes, en caso de ser posible, sobre lo que él ve conveniente para su entorno.

Para finalizar, se analiza entonces una sugerencia en cuanto al contenido teórico de la ley, esto haciendo referencia al artículo 2^o⁸ de la misma, que aunque específica el concepto de familia de crianza, no aborda de manera amplia el concepto general de familia, algo que es fundamental para identificar la evolución jurisprudencial realizada a través del tiempo por el Estado y que podría configurarse como una fuente específica de conocimiento acerca de la distinción de las clases de familia, añadiendo quizás, antes de la definición de familia de crianza, lo descrito por la Corte en la sentencia T-070 de 2015

“La Corte ha dicho que se entiende por familia, “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos” (Corte Constitucional, 2015)

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe aclarar que la idea no es revocar la norma, al contrario, es ajustarla de tal manera que su contenido sea exequible y se encuentre dispuesto para que las personas que quieran acceder a esta tengan la oportunidad de obtener una información completa y válida, colocando como punto principal que su reforma pueda sellar estos vacíos jurisprudenciales que no logran tener coherencia con aquello que ha señalado la corte en sus precedentes judiciales; manteniendo de esta forma los vínculos entre padres e hijos de crianza, protegiendo, como se ha mencionado, aquel principio de interés superior del menor.

Conclusión

El objetivo de este ensayo es destacar las deficiencias de la Ley 2238 de 2024 y crear conciencia sobre la incongruencia que esta ley presenta entre sus disposiciones y el principio de protección integral a los niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos de interés superior, según lo estipulado por el Estado. La ley, que pretende articular la evolución jurisprudencial en torno a la figura de la familia de crianza, debería reforzar el reconocimiento de los derechos de los NNA, incluyendo su capacidad de expresar voluntariamente sus preferencias sobre la familia con la que desean establecer vínculos afectivos. No obstante, la normativa actual contiene lagunas significativas que limitan esa participación, lo que podría ser perjudicial para los avances logrados en el reconocimiento de esta figura. Es inaceptable que una ley concebida para proteger a todos los integrantes de una familia de crianza termine discriminando a los menores al no otorgarles voz en aspectos tan importantes para su desarrollo y bienestar.

Pese a la existencia de precedentes judiciales que respaldan el derecho de los NNA a participar activamente en los procesos legales que les afectan, la ley no contempla un procedimiento en el que los menores puedan ejercer formalmente su derecho a ser escuchados. En cambio, la ley limita la potestad de representación a los padres, dejando fuera a los menores y a las entidades encargadas de su protección. Esta omisión resulta problemática, ya que excluye a los NNA de los procesos en los que están directamente implicados y en los cuales su opinión debería ser fundamental. Una reforma de la Ley 2238 es necesaria para introducir un procedimiento vinculante que permita a los NNA declarar conjuntamente con sus padres o representantes y con las entidades de protección, otorgándoles la oportunidad de expresar su voluntad y de contribuir a decisiones que afectan su vida de manera sustancial.

Para cumplir con su objetivo de proteger el interés superior de los NNA, la Ley 2238 debe asegurar no solo que se les mencione como beneficiarios de la norma, sino también que cuenten con las herramientas y el espacio necesario para elegir, cuando sea viable, la familia con la cual sienten mayor afinidad.

“(...) Los NNA deberían poder determinar la relación parental que desean en función de sus vínculos afectivos, sin estar limitados a la figura de los padres biológicos, sino considerando a quienes les han brindado una estabilidad emocional, económica, cultural y psicológica.”

Esto es esencial para su desarrollo integral como ciudadanos capaces de construir su identidad a partir de su realidad personal.

El reto de proponer una reforma a la Ley 2238 radica en lograr una norma que reconozca y respete los derechos de los padres y de los hijos de crianza en igualdad de condiciones, consolidando a la familia de crianza como una modalidad legítima de familia. Esta reforma debe garantizar la protección especial de los NNA, en concordancia con la obligación estatal de fomentar un entorno en el que los vínculos afectivos, más allá de su origen biológico, sean valorados y

respetados como parte fundamental del proceso de construcción de identidad.

Este ensayo plantea un debate crítico sobre las deficiencias de la ley actual, no solo exponiendo los vacíos legales que afectan los derechos de los NNA, sino también proponiendo soluciones y modificaciones para mejorarla. Se sugiere que la ley incluya disposiciones que permitan a los NNA expresar su opinión sobre su situación familiar y reconocer, de manera proactiva, a quienes han cumplido el rol de figuras familiares en su vida. De esta forma, el ensayo no se limita a señalar errores en la norma, sino que aporta ideas para enmendarlos, promoviendo una mayor cohesión entre las decisiones estatales y la protección efectiva de los derechos de los NNA. La falta de una norma sólida en este ámbito refleja una desunión persistente entre los poderes legislativo y judicial, lo cual debe ser superado para fortalecer la protección de los derechos fundamentales de los NNA.



Bibliografía

- Constitución Política de Colombia. 7 de julio de 1991 Colombia. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Congreso de la República de Colombia. Ley 2238 del 2024. 16 de julio del 2024. Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=158638>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC-6009. 9 de mayo de 2018. Colombia. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/05/STC6009-20181.pdf>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-206/13, expediente T-3873716. Alberto Rojas Ríos. 2 de septiembre de 2013. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-606-13.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-292/04, expediente T-757783. Manuel José Cepeda Espinosa. 25 de marzo de 2004. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-292-04.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-519/15, expediente T-4.857.824. Gabriel Eduardo Mendoza. 13 de agosto de 2015. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-519-15.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-525/16, expediente T-5454638. Jorge Iván Palacio. 27 de septiembre de 2016. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-525-16.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-281/18, expediente T-6.608.264. José Fernando Reyes. 23 de julio de 2018. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-281-18.htm>

- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-844/11, expediente T-2.538.409- Jorge Ignacio Pretelt. 8 de noviembre de 2011. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-844-11.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-070/15, expediente T-4.534.989. Martha Victoria Sáchica. 18 de febrero de 2015. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-070-15.htm>
- Tirado, C (2020) Análisis jurisprudencial de la caracterización de la familia de crianza. Artículo de revisión, Revista académica. Universidad de Cartagena. Colombia. Recuperado de <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/2675/pdf>



El futuro de la libertad testamentaria

María Camila Perdomo Forero

Trabajo ganador del tercer puesto en el Concurso de ensayo en Derecho de Familia "Germán Cavelier" 2024-2





Sumario

Introducción

I. Aproximaciones al derecho sucesoral y la figura del testamento

II. Principales argumentos de la Ley 1934 de 2018 y línea jurisprudencial de la Corte Constitucional

III. Principales argumentos a favor de una libertad testamentaria no restringida

IV. El uso del testamento en Colombia

Conclusión

Bibliografía

Resumen

La promulgación de la Ley 1934 de 2018 introdujo importantes cambios en el ámbito sucesoral en Colombia. Esta ley permitió una mayor libertad testamentaria al eliminar la cuarta de mejoras y ampliar el porcentaje de libre disposición. Estas transformaciones reavivaron el debate jurídico sobre si debería optarse por un marco normativo que promueva una libertad testamentaria plena o si, por el contrario, deben mantenerse límites al principio de autonomía de la voluntad en favor de la protección de la familia y el orden público.

Palabras clave: Autonomía de la voluntad, herencia, libertad testamentaria, sucesiones, testamento.

Introducción

La muerte es uno de los hechos inevitables en la vida del hombre, y que adquieren una gran relevancia para cualquier sociedad y ordenamiento jurídico al identificar cuáles son las últimas decisiones que la persona puede tomar. Partiendo de tal hecho, el derecho sucesoral se ha encargado de regular diferentes mecanismos para suceder, la protección de los herederos en cuanto al patrimonio a disponer y otra serie de figuras jurídicas con las que se ha limitado uno de los principios fundamentales del derecho privado: la autonomía de la voluntad.



Tal enfrentamiento generó una tensión entre principios y derechos, sobre los cuales el legislador ha venido realizando una serie de reformas, que tuvo como culminación la Ley 1934 de 2018, con la que finalmente se permitió ampliar la libre disposición y reformar la Ley 57 de 1887.

“Con la modificación de varios artículos del Código Civil se facultó para que aquel que otorgara testamento pudiera disponer de la mitad de la masa de sus bienes y la otra mitad siguiera respetando las demás asignaciones forzosas de ley. ”

El problema jurídico principal recae en sí, actualmente los argumentos por los que se mantienen las asignaciones forzosas siguen estando vigentes, aún más reconociendo que la figura del testamento no es conocida ni común dentro de las sucesiones de la mayoría de los colombianos. A partir de ello, se realiza un corto análisis de algunas notas periodísticas relacionadas con este asunto, y finalmente se ofrecerá una conclusión acerca de cuál podrá ser el futuro de la libertad para testar.

I. Aproximaciones al derecho sucesoral y la figura del testamento

El testamento se define según el artículo 1055 del Código Civil, como un acto más o menos solemne, mediante el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes con un efecto hacia futuro, reservando la facultad para revocar las disposiciones de tal acto. Al mismo tenor, el jurista Lafont Pianetta (1979) lo ha definido como un negocio jurídico unilateral e individual de carácter personalísimo que es otorgado por una persona natural. De acuerdo con esta tesis, la Corte Constitucional en sentencia SC 4366/18 ha reiterado tal posición al señalar que:

“el testamento es considerado como el título en que consta el derecho a recibir una herencia o parte de ella, y tiene como principales características: (i.) ser un acto jurídico unilateral, puesto que sólo requiere la declaración de voluntad del testador para que produzca los efectos jurídicos que del mismo emanan.”

A pesar de ser un acto en el que claramente existe una manifestación de la voluntad, esta figura ha sido restringida principalmente para proteger el derecho de los herederos y de la familia. Fue esta la principal razón por la históricamente se limitó la libertad de disponer los bienes y se creó el régimen de legítimas y otras asignaciones forzosas. Desde la Lex Falcidia (40 a.C.) se instauraron figuras como las de los legados, la donación y desheredamiento que tenían como objetivo evitar las disipaciones del patrimonio de la familia y salvaguardar los miembros de ella. Luego y hasta impregnar las instituciones del Civil law y posteriormente la tradición de los ordenamientos jurídicos del derecho continental, se expidieron normas como las Leyes de Toro (1505) que establecían como legítimas las cuatro quintas partes de los bienes del testador o la Novísima Recopilación de Castilla (1805) que identificaban a los descendientes y ascendientes legítimos como herederos forzosos (Chapurri, 2021).

De tal reconocimiento histórico es evidente que existe una razón histórica por la cual se busca proteger a la familia, y se limita la libertad del testador. Estas disposiciones quedaron estipuladas en el artículo 1226 del Código Civil, en las que se consagró las asignaciones forzosas: de alimentos, porción conyugal, las legítimas, y adicionalmente, la cuarta de mejoras. Sin embargo, con la expedición de la Ley 1934 de 2018 se introdujo un innovador cambio, pues la libre disposición al otorgar testamento pasó de estar limitada a tan solo un 25% (eliminando la cuarta de mejoras) a la mitad del patrimonio que se dispone.

II. Principales argumentos de la Ley 1934 de 2018 y línea jurisprudencial de la Corte Constitucional

En la exposición de motivos del proyecto Ley No. 270 de 2017 Senado – 066 de 2016 Cámara, se identifican al menos cinco argumentos por los que se debatió que debía modificarse el Código Civil y atender a unas realidades jurídicas novedosas, (Chapurri, 2021):

- En primer lugar, el criterio de igualdad entre herederos era un legado de la Revolución Francesa, en el que se buscó distribuir más equitativamente la tierra y destruir las bases de la aristocracia. De allí, que resultará una injerencia excesiva del Estado, para sostener la restricción a un acto que debería ser completamente libre. La tradición jurídica mantuvo esta disposición, aún y cuando el redactor del Código Civil chileno, Andrés Bello, ya hubiera señalado que no estaba de acuerdo con restringir la libertad testamentaria¹.
- En segundo lugar, en un Estado Social de Derecho, como declara la Constitución Política de 1991, debe existir la libertad de mercado, que tiene cimientos en los principios de propiedad, libertad e igualdad. Siguiendo este modelo, la riqueza debería ser obtenida por mérito. Para fundamentar este argumento, en el proyecto de ley se señala que en la mayoría de países en los que existe la libertad absoluta o parcialmente limitada de la libertad para testar, se ha logrado incentivar el trabajo individual, pues sin tener la certeza de una herencia futura, esto hace que las personas se esfuercen por producir su propio patrimonio.
- En tercer lugar, se cuestiona la realidad actual y la naciente necesidad de una serie de cambios en materia sucesoral. Con una libertad testamentaria plena se afianzarían los lazos existentes entre las personas que conforman un determinado núcleo familiar, promoviendo vínculos de calidad entre el testador y los herederos. Es menester, siguiendo este planteamiento, identificar que hasta el momento existen dos figuras con las cuales se puede privar a una persona de su herencia: la indignidad sucesoral y el desheredamiento.

¹ “Así vemos que ni aun las legítimas fueron conocidas en Roma mientras a la sombra de las virtudes republicanas se mantuvieron puras las costumbres y severa la disciplina doméstica. Las legítimas no son conocidas en la mayor parte de la Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América; y tal vez no hay países donde sean más afectuosas y tiernas las relaciones de familia, más santo el hogar doméstico, más respetados los padres o procurados con más ansia la educación y establecimiento de los hijos (..)”

Específicamente, cuando se trata de otorgar testamento, una persona puede hacer uso de la figura del desheredamiento, que es una disposición testamentaria con fundamento en el artículo 1266 del Código Civil. Aunque con esta figura se “castiga” a algún familiar por haber cometido alguna falta contra el testador, y así proteger su voluntad y los lazos familiares; la causal que se invoca debe ser probada judicialmente y esto puede dilatar aun más el proceso sucesoral. Es por esta razón y teniendo en cuenta el argumento anterior, que se reafirma la necesidad de ampliar la libertad al testar.

- En cuarto lugar, se tuvo en cuenta la importancia de la libertad de testar en las pequeñas empresas familiares, y en materia de tierras. Sin duda se trata de un punto central para la economía del país, porque ya en los debates en el congreso logra determinarse que en Colombia ha existido un gran fenómeno de fraccionamiento de la tierra, que ha resultado en una gran desventaja para el desarrollo agrario. Esto, en cuanto el 80% de los predios que se emplean para uso agrícola son microfundios y de ellos proviene alrededor del 35% de los alimentos consumidos por los hogares colombianos.
- Así, en el artículo 21 de la Ley 1934 de 2018 quedó estipulado que para predios menores de 4 Unidades Agrícolas Familiares (UAF por sus siglas) no le serían aplicables el régimen de legítimas. Entonces, tal disposición permite evitar el fraccionamiento de predios en materia sucesoral, pues el Código Civil establece como regla general el principio de no permanecer en indivisión a los herederos².
- Por último, se señala como motivo adaptar las disposiciones sucesorales en materia empresarial, porque se pudo identificar que si el empresario le es permitido decidir con libertad cómo administrar y seleccionar la participación de sus herederos dentro de empresas y sociedades, esto será bastante beneficioso para el futuro de dichas organizaciones³.

Aunque estos son apenas algunos de los principales puntos, resulta interesante para el debate que allí se introducían interrogantes que analizan las dinámicas sociales en el siglo XXI, y que actualizan el derecho. En la interpretación judicial, la Corte Constitucional había establecido de forma reiterada una línea jurisprudencial en la que su posición siempre

² Artículo 1374 del Código Civil.

³ Aquí es necesario anotar que, según el Código de Comercio, la muerte de uno de los socios colectivos, puede generar la disolución de dicha sociedad. Así está previsto para las sociedades colectivas y en comandita simple señalado en el artículo 319 de la ley comercial.

había sido la de restringir la libertad testamentaria. En sentencia C-660 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Carlos Gaviria Díaz, ya se había señalado que a pesar de reconocer las corrientes voluntaristas fundadas en el pensamiento filosófico de exponentes como Hobbes, Kant o Rousseau, el derecho hereditario tenía que ceñirse a respetar los órdenes sucesorales, permitir una redistribución de la riqueza y proteger la familia como núcleo de la sociedad⁴. Asimismo, en la sentencia C-641 de 2000 se estimó la figura de las legítimas como la base de protección de la familia y el interés público. Postura que reiteró la Corte en sentencias C-934 de 2013; C-552 de 2012 y C-683 de 2019.

III. Principales argumentos a favor de una libertad testamentaria no restringida

Frente al principal argumento de protección de la familia como núcleo, vale la pena interrogarse, ¿qué familia actualmente se protege?, ¿qué patrimonio? No puede negarse la existencia del vínculo entre el derecho de familia y el de sucesiones. La filiación, el matrimonio, los regímenes patrimoniales, entre otras, son instituciones propias del Derecho de familia que, sin embargo, tienen consecuencias a nivel hereditario. Pero, la familia ha sufrido múltiples cambios a nivel sociológico e incluso jurídico en el último siglo. Actualmente, está caracterizada por la “posnuclearización”, esto hace referencia al incremento de núcleos familiares incompletos, porque existe un aumento visible de familias monoparentales y hogares unipersonales, además de pluralidad en otros tipos familiares que han sido creados bajo el amparo de la autonomía de la voluntad (Mallorquín, 2017).

Según Portafolio (2018) en los últimos años se produjo una reducción gradual de los matrimonios civiles, pues entre 2012 y 2016 las uniones cayeron en 6.358 y durante esos cinco años se registraron 65.194 uniones en promedio. También, de acuerdo con datos generados por el censo del DANE en el 2018⁵, los hogares unipersonales y sin hijos integran el 40 por ciento del total de hogares del país. Hace 50 años, la mujer colombiana tenía siete hijos, en promedio; hoy, tiene en promedio dos y desea tener 1.6⁶. Este cambio es evidente en la mayoría de los países del mundo, en los que se reporta una reducción general en el número de nacimientos.

⁴ Tal y como lo señala el artículo 42 de la Constitución Política.

⁵ El Tiempo. (2020). Mejor sin hijos, la tendencia entre muchas parejas jóvenes. <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/crece-tendencia-de-parejas-jovenes-a-no-tener-hijos-465196>

⁶ Salazar, D. (2023). Nacimientos en Colombia vienen en picada y en 2022 hubo “disminución histórica”. <https://www.bloomberglinea.com/2023/03/24/nacimientos-en-colombia-vienen-en-picada-y-en-2022-hubo-disminucion-historica/>

No hay duda de que la familia ha cambiado, y que de ello surja un interrogante, ¿qué asignaciones existirán a futuro si tenemos en cuenta que las actuales legítimas, porción conyugal y alimentos en la mayoría de casos presuponen la existencia de hijos o de cónyuge/compañero? Esto no significa que se deba desproteger, pero sí que es válido tener en cuenta el impacto de las realidades sociales sobre las instituciones jurídicas, incluyendo el derecho hereditario.

En segundo lugar, ¿qué patrimonio se va a destinar a la protección de la familia? Algunos siglos atrás, el sistema de legítimas fue la herramienta idónea para asegurar un reparto de la propiedad y lograr con ello aumentar el número de pequeños propietarios y evitar la concentración de la riqueza. No obstante, desde la perspectiva económica, se afirma que

“(...) en la actualidad la riqueza de los hijos no se encuentra en la esperanza de una herencia futura, sino en la inversión efectiva que sus progenitores en vida realizaron en su educación (...) ”

(Mallorquin, 2021). En la familia actual, dentro de una sociedad industrializada, los bienes son fruto del trabajo remunerado de cada individuo, por lo cual, ya no existe mayor motivo para estimar que la herencia es una especie de justa retribución a la familia o cónyuge. La mayoría de las personas reciben su asignación legitimaria en su momento de mayor riqueza,

señala Vaquer, Oloy (2007), “lo normal es que los hijos tengan como mínimo 40 años cuando esta se produce, pero, fácilmente la muerte de los padres puede producirse cuando los hijos han superado los 50 años.” Esto está relacionado con que la expectativa de vida ha aumentado y la herencia pueda llegar a los hijos cuando están cercanos a su jubilación.

Además, en materia de pequeñas empresas, la mejor alternativa para promover el movimiento de ingresos en las mismas, consiste en instaurar un sistema de libertad testamentaria plena. Por dos motivos, en primer lugar, el fundador de la empresa familiar, tiene potestad para decidir con base en su experiencia, qué heredero cuenta con mejores capacidades y habilidades para aprovechar los recursos de la compañía. En segundo lugar, el testador tiene derecho a decidir quién, a su juicio, tiene verdaderos

méritos para que le sea reconocida una mayor participación en la empresa ⁷. Un estudio realizado por la firma Deloitte⁸ determinó que en México aproximadamente dos terceras partes ($\frac{2}{3}$) del total de las empresas familiares quiebran o son vendidas por la familia durante la primera generación, y sólo entre el 5% y el 15% logran perdurar hasta la tercera generación bajo la dirección de la descendencia del fundador.

Las causas de esta problemática se relacionan con: 1). la falta de previsión de las empresas frente a generar estrategias sobre quienes y cómo se deben dividir las acciones en una sucesión. 2). Por lo anterior, el conflicto y las disputas que puedan llegar a existir entre los herederos para determinar quién tendrá el control de la empresa. Y 3). La falta de capacidad de dirección y manejo que puedan tener los herederos.

Este fenómeno no es mínimo en Colombia, pues según un informe de Confecámaras, el 86.5% de las empresas en Colombia son organizaciones de familia ⁹. De esas empresas, las mipymes representan el 99,5% del universo empresarial formal colombiano y aportan cerca del 40% del PIB. De acuerdo con el Código de Comercio, en materia societaria, la muerte de uno de los socios puede ser causa de disolución de la sociedad comercial, según el tipo de sociedad y lo que establezcan los estatutos sociales. Así, en la sociedad colectiva y en comandita simple (artículo 319), la muerte genera la disolución de la sociedad, salvo que los estatutos prevean lo contrario o que los socios sobrevivientes y los herederos del fallecido acuerden continuar la sociedad.

En cambio, en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, la muerte de un socio no afecta a la existencia de la sociedad, ya que las acciones o cuotas sociales son libremente transmisibles por causa de muerte. Sin embargo, los estatutos pueden establecer limitaciones o condiciones para la transmisión de las participaciones sociales. En ese caso, los herederos deben cumplir con dicha condición o vender sus acciones a terceros o a otros socios.

⁷ En Colombia según un informe de Confecámaras, el 86.5% de las empresas en Colombia son organizaciones de familia. De esas empresas, Las mipymes son el 99,5% del universo empresarial formal colombiano y aportan cerca del 40% del PIB. Estos datos fueron consultados de BBVA. 2024. Una mirada a las mipymes en Colombia. https://www.bbva.com/colombia/wp-content/uploads/2024/02/202401_MiPymes_Colombia-1.pdf y PwC. (s.f). Empresas familiares en Colombia: un legado que trasciende. [https://www.pwc.com/co/en/publications/technology/PwCColombiaFamilyBusiness%20\(1\).pdf](https://www.pwc.com/co/en/publications/technology/PwCColombiaFamilyBusiness%20(1).pdf)

⁸ Se trata de una empresa mexicana. Extraído de: Deloitte. (2010). Sucesión en la Empresa Familiar Boletín Gobierno Corporativo. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/Gobierno-Corporativo/sucesion-empresa-familiar.pdf>

⁹ Del informe de Colombia Family Business. (s.f). <http://www.pwc.com/co>

En las sociedades de responsabilidad limitada, los herederos deben solicitar su incorporación como socios ante la sociedad, presentando la declaratoria de herederos o el testamento. La sociedad puede aceptar o rechazar la incorporación, según lo que dispongan los estatutos. Si la rechaza, debe pagar a los herederos el valor de las cuotas sociales o permitirles venderlas a terceros o a otros socios.

En definitiva, es claro que existe una influencia importante en materia empresarial para determinar cómo debe ser la sucesión en estas organizaciones. Esto implica que la conservación de la empresa familiar dependa de la manera en cómo se abordan los procesos de sucesión y una mayor libertad testamentaria, permite en parte otorgarle la facultad al fundador de determinar que heredero tiene las mejores habilidades. No solo porque existe un interés particular, sino uno social.

Por último, es interesante evaluar si al otorgar una mayor libertad para testar se estaría violando el derecho y principio a la igualdad entre herederos que ha sido defendido mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia. Frente a esto, debe considerarse que el artículo 20 de la ley 1934 de 2018 deroga el artículo 1246 del Código Civil que previa el primer acervo imaginario. Este artículo se aplicaba a donaciones que se hubieren realizado a uno de los legitimarios que excedieran a lo que por ley debía corresponderle a las legítimas en virtud de la igualdad y, por lo tanto, se buscaba compensar esta “perdida”. Pero con la eliminación de esta figura, se da paso a agregar un elemento más al debate, ¿el legislador sigue buscando proteger una igualdad entre herederos?

IV. El uso del testamento en Colombia

A pesar de que el testamento es una figura claramente definida y que puede suponer grandes beneficios como mayor celeridad y menos conflictos dentro de un proceso de sucesiones, en la actualidad sigue siendo una figura poco utilizada por los colombianos. Al respecto, aunque no existen cifras unificadas, hasta antes de la pandemia se encuentran dos fuentes; en Neiva, un estudio realizado entre 2015-2018, registro 118 testamentos abiertos y 4 cerrados, una cifra bastante baja teniendo en cuenta que para el 2018 la población de esta ciudad era de 347.501 (Perdomo, 2021). De igual forma, en Bogotá, una noticia publicada por el Tiempo identificó como para 2018 en la notaría 27 encargada, solo se habían realizado 20 testamentos y en algunas otras solo dos (Rojas, 2018).

De forma inusual, a inicios de este año, medios informaron que la figura estaba empezando a ser más utilizada y según uno de los entrevistados, esto se debe a que se tomó más conciencia luego de la pandemia (Caracol, 2024). Es de importancia resaltar el último hecho pues tal aumento también coincide con que se dio después de 2018, mismo año en que se introdujo la reforma que analizamos en este ensayo.

Los efectos que podría tener que más personas otorguen testamento, podría significar que muchos de los procesos de sucesiones no terminen por judicializarse. Aunque no puede desconocerse que debe existir protección a la familia, porque conforme a la Constitución es el núcleo de la sociedad, si es relevante analizar el contexto actual y actualizar las disposiciones para una mayor libertad. En el derecho comparado, en la mayoría de ordenamientos del *Common Law*, no existen legítimas, pero sí instituciones conocidas como *Family Provisions*¹⁰, figura que otorga una protección excepcional en sucesiones testadas a aquellos familiares que dependen del causante. En estos países la figura del testamento es bastante común, en muy pocas ocasiones se demandan sus disposiciones y según estudios la mayoría de personas, de forma natural dispondrán dejar su patrimonio a sus hijos, McKay y Rowlingson (citados por Suau, 2015).

Conclusión

Es dable concluir que fueron acertadas las modificaciones a ley 57 de 1887 introducidas por la ley 1934 de 2018. Atendiendo a un contexto social que evoluciona y a un régimen jurídico que debe adaptarse a ello, puede vislumbrarse que la libertad para testar sufrirá más cambios a futuro. Aunque, se deba seguir protegiendo a la familia, es menester reconocer que dicha institución ha sufrido cambios sociológicos y jurídicos que han sido interpretados también jurisprudencialmente, admitiendo por ejemplo la constitución de familias entre parejas del mismo sexo y familias de crianzas. Aplicar estas evoluciones, aunado a un contexto económico que requiere reformas, permite afirmar que un sistema de libertad testamentaria sin mayores restricciones es el sistema que mejor responde a las estructuras familiares, pues el parentesco consanguíneo es una de las bases de las relaciones pero no la única.

¹⁰ Institución propia de Inglaterra, introducida en 1939. Del texto Barrio Gallardo, A. (2018). *La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar*. *Anales De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales De La Universidad Nacional De La Plata*, 15(48).

Llama la atención la gran relevancia de cambios introducidos por la ley 1934 de 2018 como la no aplicación del régimen de legítimas para evitar el fraccionamiento de Unidades Familiares Agrícolas menores a las 4 unidades. Igualmente, la supresión del artículo que consagraba el primer acervo imaginario, como forma de protección entre las legítimas por donaciones que se hubieren realizado a uno de ellos en perjuicio de los demás. Dicha disposición fue derogada por el artículo 20 de la ley 1934 de 2018, generando así la inquietud frente a si se sigue otorgando por el legislador el mismo criterio de igualdad entre los mismos herederos.



Bibliografía

- Barrio Gallardo, A. (2018). La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 15(48).
- Colombia. Sentencia C-660/98. (1998). Corte Constitucional, (Carlos Gaviria Diaz, M.P).
- Colombia. Sentencia C-641/00. (2000). Corte Constitucional, (Fabio Moron Diaz, M.P).
- Colombia. Sentencia C-934/13. (2013). Corte Constitucional, (Nilson Pinilla, M.P).
- Colombia. Sentencia C-552/14. (2014). Corte Constitucional, (Mauricio Gonzales, M.P).
- Colombia. Sentencia C-683/14. (2016). Corte Constitucional, (Mauricio Gonzales, M.P.).
- Deloitte. (2010). Sucesión en la Empresa Familiar Boletín Gobierno Corporativo. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/Gobierno-Corporativo/sucesion-empresa-familiar.pdf>
- Comisión Primera Constitucional Permanente. (s.f). Proyecto de Ley No. 270 de 2017 Senado – 066 de 2016 Cámara “Por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil”.
- <https://www.comisionprimerasenado.com/proyectos-de-ley-en-tramite/89-proyecto-de-ley-no-270-de-2017-senado-066-de-2016-camara-por-medio-de-la-cual-se-reforma-y-adiciona-el-codigo-civil>
- Consejo de los Notariados de la Unión Europea (CNUE). (s.f). Sucesiones.
- Chapurri, N. (2021). La evolución del régimen sucesoral en el derecho colombiano. A propósito de la Ley 1934 de 2018. Revista de Derecho Privado. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6931/970>

- El Tiempo. (2020). Mejor sin hijos, la tendencia entre muchas parejas jóvenes. <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/crece-tendencia-de-parejas-jovenes-a-no-tener-hijos-465196>
- Ley 87 de 1887. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1934 de 2018. Congreso de la República de Colombia.
- Mallorquin, S. (2021). LIBERTAD DE TESTAR, DERECHOS LEGITIMARIOS Y SOLIDARIDAD FAMILIAR. Revista chilena de Derecho privado, (36), 113-140. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722021000100113&script=sci_arttext&tlng=en
- Noticias Caracol. (2024). Testamentos en Colombia: cada vez son más las personas que optan por dejar uno. Youtube [Video]. <https://www.youtube.com/watch?v=OdqKr21rxvw&t=39s>
- Pianneta, L.(1979). Derecho de Scuesiones. Bogotá : Librería Ediciones del Profesional.
- Salazar, D. (2023). Nacimientos en Colombia vienen en picada y en 2022 hubo “disminución histórica”.
- Perdomo, F y Rojas, A. (2020). Uso de la figura jurídica del testamento en el municipio de Neiva entre los años 2015 al 2018. <https://repositorio.uan.edu.co/items/297fbf0b-3975-4e48-bdac-2e9ad3a75e7b>
- Rojas, J. (2018). Testamento, un papel que ahorra pleitos y lágrimas. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/los-beneficios-y-la-importancia-de-hacer-un-testamento-de-los-bienes-199730>
- Salazar, D. (2023). Nacimientos en Colombia vienen en picada y en 2022 hubo “disminución histórica”. <https://www.bloomberglinea.com/2023/03/24/nacimientos-en-colombia-vienen-en-picada-y-en-2022-hubo-disminucion-historica/>
- Suau, V. (2015). La libertad de testar y sus límites: hacia una reforma de las asignaciones forzosas. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/133419/La-libertad-de-testar-y-sus-l%c3%admities-hacia-una-reforma-de-las-asignaciones-forzosas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Vaquer, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret*. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/457_es.pdf



Robots, vehículos autónomos y responsabilidad civil extracontractual

José Fernando Velasco

Trabajo ganador del primer puesto en el Concurso nacional de ensayo en derecho y tecnología “Germán Cavelier” 2024-2.





Sumario

Introducción

I. La expansión de la robótica y perspectiva europea sobre responsabilidad civil extracontractual

II. Casos de responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados por robots y vehículos autónomos

III. Responsabilidad aplicable en Colombia por los daños ocasionados por la robótica y los vehículos autónomos

Conclusión

Bibliografía

Resumen

El objetivo principal de este ensayo es analizar la responsabilidad civil extracontractual aplicable a los daños causados por el uso de la robótica y los vehículos autónomos en Colombia. Para alcanzar este propósito, se realiza un estudio cualitativo y hermenéutico de los preceptos más relevantes y aplicables del derecho privado colombiano, así como de las disposiciones establecidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. La hipótesis central que se plantea es la de la responsabilidad derivada de actividades peligrosas y productos defectuosos.

Palabras clave: Robótica, vehículos autónomos, responsabilidad civil extracontractual, actividades peligrosas y producto defectuoso.

Lista de Abreviaturas

Abreviatura	Palabra/frase
CC	Código Civil
CGP	Código General del Proceso
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DOI	Departamento Interior de los Estados Unidos
IA	Inteligencia Artificial
PE	Parlamento Europeo
RCE	Responsabilidad Civil Extracontractual
RCE-AP	Responsabilidad Civil Extracontractual por Actividades Peligrosas

Introducción

A mediados del siglo XX¹, surgieron escritores de ciencia ficción como Isaac Asimov², Philip K Dick, Stanislaw Lem, Arthur C. Clark, entre otros, quienes crearon historias en las que las máquinas eran parte del entorno de la vida cotidiana del ser humano. Estos soñadores, vislumbraron décadas atrás que las máquinas podrían evolucionar al punto de ser autónomas y ser capaces de solucionar toda clase de problemas lógicos de la vida cotidiana de los hombres y mujeres.



Ahora, décadas después, la humanidad se encuentra en los albores de la Cuarta Revolución Industrial³. Donde, un robot o una entidad autónoma está tan solamente a un clic de distancia, a una llamada, a un mensaje, a una transacción electrónica, etc. Un claro ejemplo, son la línea de robots Optimus y robotaxis exhibidos en catálogos en línea que lanzó la compañía Tesla en octubre del 2024.

Para toda la sociedad contemporánea, es imprescindible reconocer que el buen uso de las tecnologías y la ciencia permite hacer la vida del ser humano más fácil. De esta manera, es más sencillo usar, crear, administrar, intercambiar información, etc. Así, la robótica es concebida a partir de un conjunto de herramientas que permiten ayudar a conquistar las barreras

¹ Como principales antecedentes históricos de la robótica se encuentran: el mito clásico de Pigmalión, escrito por el poeta romano Ovidio y extraído de la cultura fenicia donde aflora la fantasía del ser humano por construir seres inteligentes – autónomos. En el Siglo XVI, un rabino “Judá Leví ben Betzalel conocido como Rabbí Löw... había tenido un sueño en el que se le ordenaba construir un ser artificial conocido en la tradición judía con el nombre de gólem” (Alonso, 2023). Luego, a principios del siglo XIX Mary Shelley escribió la obra Frankenstein o el moderno Prometeo (1818) y en el Siglo XX el dramaturgo checo Karel Čapek en la obra teatral R.U.R. (1921) acuñaría el término robot - robota, que etimológicamente hace referencia a la servidumbre y a los trabajos forzados.

² Isaac Asimov, es conocido porque en su obra Yo robot, desarrolló las leyes de la robótica:
 “I. Un robot no debe dañar a un ser humano, ni por su inacción dejar que un ser humano sufra daño.
 II. Un robot debe obedecer las órdenes que le son dadas por un ser humano, excepto cuando estas órdenes están en oposición con la Primera Ley.
 III. Un robot debe proteger su propia existencia, hasta donde esta protección no esté en conflicto con la Primera o Segunda Ley” (Asimov, 2020, p.5).

³ El presidente del Foro Económico Mundial Klaus Schwab (2017), en su texto La cuarta revolución industrial, afirma que “mediante la creación de fábricas inteligentes, se genera un mundo en el que sistemas de fabricación virtuales y físicos cooperan entre sí de manera flexible en todo el planeta (p.21).

que el ser humano desde su naturaleza no puede alcanzar. Por ello, para propender al desarrollo y la evolución del conocimiento del ser humano, es de vital importancia regular y tener un uso correcto de estas tecnologías⁴.

En la actualidad, los robots desempeñan una amplia variedad de funciones. Entre ellos, se encuentran vehículos autónomos, robots diseñados para realizar operaciones quirúrgicas de alta precisión, robots para el cuidado de personas enfermas, robots aspiradores, recolectores de basura, entre otros. Esto permite inferir que es altamente probable que se presenten daños, accidentes o perjuicios a terceros como resultado del uso de estas tecnologías.

En Colombia no hay una disposición normativa en el sistema jurídico que explícitamente determine qué tipo de responsabilidad civil extracontractual (RCE), se debe aplicar en el caso en que una entidad autónoma – inteligente ocasione un daño. En consecuencia, se hace imprescindible para los académicos del derecho estudiar el nuevo fenómeno jurídico de la utilización de robots y vehículo autónomos en los espacios cotidianos, pues es evidente que de ese uso pueden resultar accidentes, perjuicios y daños.

En este sentido, uno de las grandes problemáticas que convoca y atañe al derecho contemporáneo colombiano es: ¿qué sucede si por el actuar de un robot se generan un daño o perjuicio?, ¿cuál es la responsabilidad civil extracontractual aplicable a los daños ocasionados por el uso de la robótica en Colombia?

I. La expansión de la robótica y perspectiva europea sobre responsabilidad civil extracontractual

Conforme al Departamento Interior de los Estados Unidos (DOI), en los próximos años los robots serán de uso habitual en diversos países del mundo trayendo consigo un impacto económico y social. Según el DOI, “los robots inteligentes serán de uso común entre 2022 y 2027, y en el caso de Japón en el 2030” (Zabala y Zuluaga, 2021). Con un alto impacto, “el mercado global de la robótica llegó a los 44.48 millones de dólares en el año 2020” (Zabala y Zuluaga, 2021). En la actualidad, se encuentran disponibles en el mercado robots como ASIMO, BUDDY, ATLAS y Optimus; al igual que vehículos autónomos como Ford BlueCruise, Mercedes-Benz DRIVE PILOT, Cybercap y el Robovan (Tesla).

⁴ Yuval Noah Harari en sus libros *Homo Deus* (2015), *21 lecciones para el siglo XXI* (2018) y *Nexus: una breve historia de las redes de información desde la edad de piedra hasta la IA* (2024) establece la necesidad imperante de regular las nuevas tecnologías con la finalidad de proteger al ser humano de ellas mismas.

Hace pocos años, el gigante empresarial Hanson Robotics ⁵ ubicado en Hong Kong anunció su plan de crear miles de robots durante el 2021. Pero no de cualquiera, sino “copias del androide Sophia especializada en comunicación y que causó polémica cuando afirmó que podría destruir a los humanos” (Sánchez, 2021). La compañía asiática, al igual que Tesla y muchas más, pretende llevar la robótica y la inteligencia artificial (IA) a toda la humanidad, advirtiendo dos aspectos de gran relevancia para la sociedad, la correcta utilización de la tecnología robótica (roboética) y la creación de una regulación jurídica (*robolaw*).

En los últimos años, se han creado dispositivos y herramientas inteligentes que proporcionan mayor precisión y mejores condiciones de vida a los pacientes, heridos o enfermos (*social technology*), en el que las máquinas cumplen una labor importante en la defensa del derecho a la vida y los derechos humanos. Por ejemplo, “hoy se usan drones para repartir vacunas y medicinas en lugares de difícil acceso, podemos encontrar las cápsulas médicas inteligentes, el monitoreo de pacientes, el apoyo para los discapacitados, la ayuda en el tratamiento de niños con autismo, etc”. (Cárdenas, 2021).

En este mismo sentido, la robótica se ha expandido a espacios como el Estado, el comercio y la religión. Por ejemplo:

Dubai tiene ya un policía robot, proyectándose que para el año 2030, el 25% de las fuerzas policiales sean compuestas por robots. En Japón, hay un hotel gestionado casi en su totalidad por robots; y, en el mismo país, los monjes del templo Kodaiji contrataron hace poco a los mejores especialistas para crear un robot, de 1,95 cm. de alto, que representa a Kannon la diosa de la compasión. (Cárdenas, 2021).

En ese mismo direccionamiento, gigantes empresariales de la industria automotriz como BMW, General Motors, Porsche, Tesla, Uber, entre otros, han incursionado en la elaboración, fabricación y venta de vehículos autónomos. Se les considera robots de cuatro ruedas , por que son capaces de realizar por si mismos todas las funciones de conducción, que en un auto tradicional se desarrollan con el volante, el acelerador y los frenos. Por consiguiente, “reconoce el entorno y es capaz de tomar las decisiones de conducción oportunas sin intervención humana, mediante los adecuados dispositivos de radares, sensores y cámaras, así como el software y sistemas de inteligencia necesarios para procesar los datos precisos” (Petit, 202 2 , p.96) .

⁵ Hanson Robotics es una empresa de robótica e IA dedicada a crear máquinas socialmente inteligentes que mejoran la calidad de nuestras vidas. En la plataforma digital se encuentra toda la información sobre Sophia, el cual, está disponible al público.

Por lo anterior, es indiscutible que

“(...) la robótica se ha expandido a casi todos los sectores de la sociedad, lo que hace indispensable una regulación adecuada de los posibles daños que pueden causar estas entidades autónomas.”

Incorporando, “principios éticos básicos que deban ser respetados en el desarrollo, programación y utilización de los robots” (Moreyra, 2021), en el que lo más relevante será el respeto de los derechos humanos.

Los primeros y mayores productores de robótica en el mundo fueron Corea del Sur y Japón⁶. Advirtiendo, que potencias como China, Alemania y Estados Unidos han incluido la robótica en sus agendas comerciales. Por tanto, estos países han sido los precursores en el establecimiento de normas sobre los robots, IA y vehículos autónomos⁷.

El *robotlaw* toma preponderancia en Europa, a partir de la *Resolución del Parlamento Europeo (PE) del 16 de febrero de 2017*, donde se establecieron tres presupuestos en materia de responsabilidad civil, los cuales, son objeto de análisis y aprobación para la agenda correspondiente para el 2021-2027. Estos son, la teoría de la inmunidad (selectiva de los fabricantes), la teoría de la personalidad jurídica (donde el robot es responsable directo de los daños) y la teoría de la responsabilidad del propietario del robot (relativo a la negligencia del propietario).

De acuerdo con el PE:

⁶ Entre las principales normas están: *Korean law on the development and distribution of intelligent robots (2005)*, *Legal Regulation of Autonomous Systems in South Korea (2012)*, *Guidelines to Secure the Safe Performance of Next Generation Robots (2015)*, *Japan’s Robot Strategy (2015)*, *Headquarters for Japan’s Economic Revitalization (2015)*.

⁷ El país precursor en estas regulaciones es Estados Unidos, principalmente, los Estados de California (*Vehicle Code*), Michigan (*MI S 169 de 2013*) e Illinois (*IL H 791 de 2018*). No obstante, España (*Instrucción 15/V-113 de 2015*), Alemania (*Straßenverkehrsgesetz StVG - 2019*), Francia (*Ordonnance 2016-1057*), Reino Unido (*Automated and Electric Vehicles Act - 2018*) y Singapur (*Road Traffic Autonomous Motor Vehicles Rules 2017*) han seguido la senda legislativa.

“los robots no pueden ser considerados responsables de los actos u omisiones que causan daños a terceros. ”

Las normas vigentes en materia de responsabilidad contemplan los casos en los que es posible atribuir la acción u omisión del robot a un agente humano concreto como el fabricante, el operador, el propietario o el usuario, y en los que dicho agente podía haber

previsto y evitado el comportamiento del robot que ocasionó los daños. Además, los fabricantes, los operadores, los propietarios o los usuarios podrían ser considerados objetivamente responsables de los actos u omisiones de un robot. (Parlamento Europeo, 2017).

Tomando en cuenta lo anterior, existen dos aspectos a considerar, primero, que la imputación al operador acaece cuando el perjuicio es causado por negligencia concurrente de este. En segundo lugar, la responsabilidad solidaria, la cual, se configura cuando existe más de un operador o personas responsables del daño o perjuicio antijurídico. Al igual que, la configuración del principio de solidaridad entre operador y productor cuando el daño sobrevenga de un producto defectuoso.

Según la Resolución , una vez identificada las partes de la responsabilidad, esta debería ser proporcional a las instrucciones impartidas al robot y a su autonomía. “De forma que cuanto mayor sea la capacidad de aprendizaje o la autonomía y cuanto más larga haya sido la formación del robot, mayor debiera ser la responsabilidad de su formador ” (PE, 2017) . Reseñando, que la formación es totalmente diferente a la capacidad de aprendizaje autónoma, en la cual , la responsabilidad debe recaer en un ser humano y no en un robot.

Así, el Parlamento estableció que debía crearse un nuevo instrumento legislativo, “que determine si debe aplicarse el enfoque de la responsabilidad objetiva o el de gestión de riesgos” (PE, 2017). Reseñando, que la responsabilidad objetiva solamente exige probar el daño y el establecimiento del nexo causal. Siendo este último, la relación “entre el funcionamiento perjudicial del robot y los daños o perjuicios causados a la persona que los haya sufrido” (PE, 2017).

También, la Resolución hace referencia al enfoque de gestión de riesgos el cual “no se centra en la persona que actuó de manera negligente como personalmente responsable, sino en la persona que es capaz, en determinadas circunstancias, de minimizar los riesgos y gestionar el

impacto negativo” (PE, 2017). En pocas palabras, el Parlamento estudia la posibilidad de aplicar la teoría del riesgo donde se analizan los instrumentos jurídicos sobre la culpa exclusiva de la víctima y la responsabilidad del guardador de la cosa peligrosa.

El Parlamento determinó que debe establecerse el caso fortuito y la fuerza mayor como límite de la RCE. Reseñando, que estos presupuestos generales del robolaw aplican para la robótica, los vehículos autónomos, inclusive, para la IA.

II. Casos de responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados por robots y vehículos autónomos

En el 2010 en Nueva York, en la costa este de Estados Unidos, “una mujer se sometió a una histerectomía radical laparoscópica con el robot da Vinci y como resultado sufrió quemaduras graves en la arteria izquierda ilíaca exterior que bombeaba sangre en la cavidad corporal” (García, 2014). A causa de las quemaduras, Kimberly McCalla padeció una isquemia intestinal⁸ muriendo el 25 de agosto de 2010, por un procedimiento que “no deriva en complicaciones en más del 5%” (García, 2014) en las que se incluye la muerte del paciente. Por tanto, “es patente que salvo que el cirujano sea negligente, nunca se producirá la muerte del paciente en el quirófano” (García, 2014).

Por lo anterior, Gilmore McCalla, hija de la fallecida, instauró demanda civil (*McCalla v. Intuitive Surgical*) con el alegato principal que, “*Kimberley McCalla died as the result of injuries sustained by the use of the da Vinci surgical robot manufactured and sold by defendant Intuitive*” (*McCalla v. Intuitive Surgical*, 2012)⁹. En consecuencia, el Intuitive Surgical debía responder civilmente por la muerte de la madre de Kimberley McCalla. En la demanda, se argumentó al igual que en los casos de *Patricia Mayfield, et al. v. Intuitive Surgical Inc.*, *Jennifer Silvestrini v. Intuitive Surgical, Inc.*, y *Gwendolyn Jones, et al. v. Intuitive Surgical* la figura de *Product Liability*¹⁰

En el 2015, en una fábrica de Volkswagen cerca de la ciudad de Kassel en el corazón de Alemania, “un robot de la línea de ensamble automotriz hirió

⁸ Según the Mayo Clinic, la isquemia intestinal es una afección grave que causa dolor y hace que los intestinos tengan dificultad para funcionar correctamente. En los casos graves, la pérdida de flujo sanguíneo hacia los intestinos daña el tejido intestinal y puede ocasionar la muerte.

⁹ Según the Case 1:12-cv-02597-RWS. United States District Court Southern District of New York, Wanda Holbrook “murió como resultado de las lesiones sufridas por el uso del robot quirúrgico da vinci fabricado y vendido por el demandado Intuitive” (traducción).

¹⁰ *Product Liability* es entendido como la responsabilidad por producto defectuoso, que en Colombia se encuentra regulado por la Ley 1480 de 2011.

mortalmente a un trabajador” (Brumfield , 2015).

En resumen, “el joven de 21 años era un contratista externo que estaba instalando el robot junto con un colega cuando fue golpeado en el pecho por el robot y aplastado contra una placa de metal” (Charisius, 2015). En consecuencia, se abrió una investigación por parte de la fiscalía con la finalidad de esclarecer las circunstancias y la responsabilidad de los hechos. Debido a que estos robots sólo se encuentran en estas fábricas encerrados por rejas de seguridad, se adujo responsabilidad exclusiva de la víctima.

En junio del mismo año, en el Estados de Michigan en EE.UU. un robot de la fábrica Flex-N-Gate mató a un técnico. Wanda Holbrook era una trabajadora que se desempeñaba como técnico de mantenimiento oficial en Ventra Ionia Main , LLC, una filial de Flex-N-Gate que tenía contratos con Ford Motor Company para realizar autopartes para las camionetas pickup Ford F-150 (Holbrook v. Prodomax Automation Ltd , 2021). Flex-N-Gate compró una serie de robots de FANUC los cuales harían la fabricación real de las autopartes, por tanto, la labor de los trabajadores de Prodomax era hacer líneas de montaje automatizadas con los robots (Holbrook v. Prodomax Automation Ltd , 2021) .

De acuerdo con la United States District Court, W.D. Michigan Southern Division:

after Wanda moved the 150 robot out of the way, the 140 sensors falsely detected empty fixtures. A robot from 130 entered 140 to insert a new hitch assembly into a fixture. The 130 robot crushed Wanda's head and pinned her between the hitch assembly that was already in place. (Holbrook v. Prodomax Automation Ltd, 2021).

De lo anterior, se entiende que un robot se trasladó de una sección a otra encontrándose violentamente con Wanda para provocar intempestivamente la muerte de esta. En consecuencia, William Holbrook en personal representative interpuso demanda civil en contra de Prodomax Automation LTD. Argumentado, la figura de *product liability claims* que tiene como naturaleza la responsabilidad de tipo objetivo.

En el 2018, en la ciudad de Tempe en el Estado de Arizona en EE. UU, Elaine Herzberg murió mientras Uber realizaba pruebas de un Volvo XC90 que utilizaba tecnología de conducción autónoma. En síntesis , “Rafaela Vásquez estaba viendo televisión en su teléfono inteligente cuando el vehículo autónomo de Uber atropelló fatalmente a Elaine Herzberg de 49 años que cruzaba una calle” (Riess y Sottile , 2023). Como consecuencia, Vásquez se declaró culpable y fue sentenciado, debido a que “el conductor de seguridad empleado por Uber al volante del automóvil debía monitorear el

desempeño del automóvil e intervenir si el software de conducción autónoma fallaba” (Riess y Sottile , 2023).

Frente a la responsabilidad civil extracontractual, “la familia de la mujer asesinada por el vehículo autónomo de Uber Technologies en Arizona habría llegado a un acuerdo con la compañía” (Alfonseca, 2018). Frente a este aspecto, “el bufete de abogados Bellah Perez en Glendale, dijo que se alcanzó un acuerdo entre Uber, la hija y el esposo de Elaine Herzberg” (Alfonseca, 2018). Lo que deja entrever, que se realizó lo que el *common law* denomina como *out of court settlement*¹¹, sin embargo, “Uber suspendió voluntariamente sus pruebas de vehículos autónomos en Arizona, así como en San Francisco, California, Pittsburgh, Pensilvania y Toronto” (Alfonseca, 2018).

El 01 de marzo de 2019, en Palm Beach Florida, “Jeremy Banner conducía un Tesla Modelo 3 bajo la función de piloto automático” (Thadani, 2023). Después de activar el piloto automático, el sistema no pudo detectar a un camión que cruzaba la vía y por tanto terminó chocando. En efecto, el techo del auto terminó rompiéndose y este acabó a 500 metros de la colisión causándole la muerte a Jeremy Banner (Thadani, 2023).

Tras el fatídico hecho, “la familia de Banner presentó una demanda... una de al menos 10 demandas activas que involucran al piloto automático de Tesla” (Thadani, 2023), argumentando, que el descenso de Jeremy Banner se dio por *wrongful death* (muerte por negligencia). Por consiguiente, Kim Banner esposa y representante del patrimonio de Jeremy instauró una demanda civil en contra de Tesla Inc. La cual, se sustentó en que: “*tesla was negligent and faile to warn that the vehicle was defective*”¹² (Banner, Kim vs. Tesla Inc., 2019).

Del mismo modo que sucedió en el caso *In Huang y otros, vs Tesla, Inc.*, en el caso *Banner, Kim vs. Tesla Inc.* se pretendió responsabilizar a la empresa estadounidense por *Product liability* o producto defectuoso.

Por tanto, la parte demandante aseveró que: “ *tesla, negligently designed, manufactured, assembled, marketed, sold, and/or allowed to be used in the marketplace the subject tesla vehicle without warnings as to its dangers and as to its proper use, and knew or should have known the aforesaid* ” (Banner, Kim vs. Tesla Inc., 2019).

¹¹ Según Cambridge Dictionary, *out of court settlement* es una expresión jurídica anglosajona que connota un “acuerdo sin involucrar un juicio en un tribunal de justicia”.

¹² Tesla fue negligente y no avisó que el vehículo estaba defectuoso (traducción).

En otras palabras, la demanda civil alega que Tesla de manera negligente diseñó, fabricó, ensambló, comercializó, vendió y permitió que se usará en el mercado el vehículo Tesla objeto de litigio. Sin advertencias al público sobre sus peligros y su uso adecuado, sin dejar de nombrar, que el implicado sabía o debía saber lo mencionado anteriormente.

Para terminar, los casos descritos anteriormente tienen en común que se apeló y argumentó la responsabilidad del daño por producto defectuoso. Esto quiere decir, que las diferentes cortes debían estudiar los casos a la luz de la RCE objetiva o *strict liability*.

Es menester nombrar que, en los casos de daños personales los demandantes deben demostrar que el demandado fue negligente o actuó de manera intencional (dolo). Sin embargo, en los casos de reclamaciones de responsabilidad estricta u objetiva (*strict liability*), no es necesario probar la negligencia o culpa. En este tipo de casos, se encuentran los de responsabilidad por productos defectuosos, mordeduras de animales y condiciones anormalmente peligrosas o actividades ultrapeligrosas.

Los casos mencionados anteriormente corresponden a la responsabilidad civil extracontractual (RCE) por los daños causados por el uso de la robótica y los vehículos autónomos. En estos casos, una entidad autónoma es la que interviene para que se produzca el daño o perjuicio, lo que da lugar a una nueva categoría jurídica de daño: el "daño causado por tecnologías autónomas disruptivas"¹³. Estos daños se caracterizan por implicar una responsabilidad de naturaleza objetiva.

III. Responsabilidad aplicable en Colombia por los daños ocasionados por la robótica y los vehículos autónomos

Desde un análisis exegético de la norma de derecho privado colombiano, uno de los tipos de RCE que más se adapta a los eventuales daños ocasionados por el uso de la robótica y los vehículos autónomos es la de las Actividades Peligrosas, consagrado en el artículo 2356° del CC.

De acuerdo con la C SJ , este tipo de responsabilidad se configura:

¹³ Es un concepto o categoría de elaboración propia. Que da a entender, que el daño es producto del uso de una herramienta tecnología sin la intervención del ser humano. Que aparece como una ruptura en el paradigma actual de la RCE. Porque, en la mayoría de casos se extrae el elemento subjetivo.

debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, y tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que de ordinario despliega una persona respecto de otra. (Corte Suprema de Justicia, 2009).

La responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas (RCE-AP), puede surgir por el uso de instrumentos, mecanismos, aparatos, sustancias u objetos que desde su naturaleza son peligrosos por sí mismos. De los cuales, siempre se tendrá en cuenta su velocidad, fuerza, explosividad, inflamabilidad, voltaje, peso u otras análogas. Entre las actividades que significan peligro están conducir un auto, manejar maquinaria pesada, el uso médico de anestesia, explosivos, entre otras. Por tanto, el uso de la robótica se puede determinar como una actividad peligrosa, teniendo en cuenta la fuerza, la velocidad y demás factores con los que puede contar un robot o vehículo autónomo.

En Colombia desde 1938 hasta el 2009 la RCE-AP se determinó como objetiva. Ciertamente, la decisión del 24 de agosto de 2009 del Magistrado Ponente William Namén Vargas, determinó que la RCE-AP es una, “responsabilidad objetiva en la que no opera presunción alguna de responsabilidad, de culpa, de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás” (CSJ, 2009). Por tanto, la noción de culpa está completamente excluida de la fórmula de la reparación y su constitución no es trascendente en su configuración, por tanto, es una “responsabilidad cuyos elementos estructurales se reducen al ejercicio de una actividad peligrosa, el daño y la relación causal entre éste y aquélla” (CSJ, 2009).

No obstante a lo anterior, en la vida cotidiana era frecuente que concurrieran actividades peligrosas, como por ejemplo el accidente de tránsito devenido de la colisión de dos vehículos. En estos casos, el juez debía determinar quién tenía menor grado de culpabilidad. Por consiguiente, el elemento subjetivo no se encontraba totalmente ausente de la RCE-AP, lo que evidentemente se contradecía con la postura objetiva de dicha responsabilidad.

De acuerdo con la actual jurisprudencia¹⁴ de la CSJ la postura objetiva de la RCE-AP cambió a subjetiva. En principio, RCE-AP se limitaba al daño y al nexos causal, pero con la evolución jurisprudencial la culpa pasó de estar ausente a presumirse. Esto quiere decir, que en el uso de la robótica y los vehículos autónomos se presume la negligencia y la culpa de quien realizó el daño.

¹⁴ Sentencias CSJ SC065 del 2023 (M.P. Hilda González Neira) y CSJ SC2905 del 2021 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

En este orden de ideas, la presunción sobre la culpa o el dolo no suprime el elemento conductual. En efecto, lo que sucede es que se invierte la carga de la prueba al demandado, para que éste pruebe su exoneración a partir del elemento subjetivo. Arguyendo, la responsabilidad exclusiva de la víctima o la buena diligencia.

En definitiva, la aplicación de la RCE-AP sólo podría ser pertinente cuando una entidad autónoma sea conducida o manejada. Con esto quiero decir, que la única forma de establecer un elemento subjetivo-conductual, es cuando el robot es teledirigido o cuando la víctima actuó de manera negligente o pudo evitar potencialmente el riesgo. Para esto, sería imprescindible que los robots tengan una especie de “caja negra” que pueda almacenar información y documentos¹⁵, para que fortuitamente estos permitan establecer la naturaleza, el origen, los implicados y demás elementos importantes de un eventual daño.

La RCE-AP podrá aplicarse en el caso en el que un robot sea dirigido o el vehículo autónomo no sea asistido, puesto que el elemento subjetivo conductual de la culpa o el dolo sólo puede salir a flote en el guardador u operador de la entidad autónoma. Por consiguiente, el administrador de justicia deberá estudiar si hubo negligencia o responsabilidad del daño por parte del operador, guardador o dueño. En los eventuales casos, la culpa de estos se presumirá y el demandado tendrá la carga de la prueba.

Contrariamente, la aplicación del artículo 2356° del CC presupone algunos inconvenientes en el eventual caso en que un robot actúe autónomamente. El primero y más relevante, es que la actual responsabilidad comprende el elemento subjetivo de la conducta, el cual, es contrapuesto a la lógica del robot quien es una entidad o máquina autónoma y no habría cómo relacionarla directamente con la culpa o el dolo. Lo que infiere, que la responsabilidad más adecuada en estos casos es la de tipo objetivo, en la cual, deberán ser responsables el dueño, vendedor, fabricante, programador y cualquiera que haya participado significativamente en la cadena de producción por el solo hecho de la ocurrencia del daño y su nexa causal.

El segundo aspecto, hace referencia al uso de la robótica como una actividad peligrosa que no es común y corriente. Cuando el legislador redactó el artículo 2356° del CC, nunca imaginó que actividades como conducir un vehículo autónomo o el uso de la robótica harían parte de dicha regulación.

¹⁵ Según el artículo 243° de la Ley 1564 de 2012 (CGP) se entiende por documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, etc.

Por tanto, la naturaleza del artículo no refleja el objeto regulado, además, es relevante mencionar que no todos los robots son iguales debido a que existen unos prototipos muy avanzados como Shopia que necesitan de una regulación especial.

Tercero, no es posible retroceder la evolución jurisprudencial de la CSJ hasta llegar a la postura de la responsabilidad objetiva en las actividades peligrosas de 1938. Lógicamente, la jurisprudencia del alto órgano en materia civil ha evolucionado significativamente en aspectos como la causalidad, el daño, la imputación, entre otros, por tanto, sería un desacierto volver a la postura objetiva.

Personalmente, es el instrumento más adecuado y plausible para aplicar en el eventual caso que un robot o un vehículo autónomo ocasione un daño. La principal razón, es que cumple con los presupuestos de ser objetiva y solidaria.

Para la aplicación del artículo 20 de la Ley 1480 de 2011, el robot que comete un daño debe ostentar un defecto de fabricación, ya sea en su software, programación, circuitos, ensamblajes, diseño, balinas, partes, etc. Esta cuestión, es fácilmente argumentable si se entiende que un robot por su naturaleza debe:

1. hacer más fácil la vida del ser humano.
2. Respetar las normas y los derechos humanos.
3. Estar programado para evitar el daño de los seres humanos y las cosas.
4. Obedecer siempre las instrucciones de un ser humano, únicamente si estas, no requieren hacer daño a personas o destrucción a las cosas.

Por ejemplo, si compro una aspiradora robótica, espero, por lógica simple, que el robot aspire la mugre o polvo del hogar sin supervisión alguna. Si, eventualmente, la aspiradora robot un día X, en vez de aspirar produce un incendio y por consiguiente daños. Se entenderá que las acciones que produjeron el incendio son ajenas a la naturaleza y capacidad tecnológica del robot, por tanto, será un producto defectuoso. De igual forma, si cualquier prototipo incumple con los cuatro puntos anteriores.

“ Como se mencionó anteriormente, el common law tiene un instrumento de derecho mercantil denominado product liability , que no es más que la responsabilidad por producto defectuoso consagrada en el Estatuto del Consumidor en Colombia. ”

De igual manera, si un robot con mayor tecnología diseñado para el cuidado de enfermos o para realizar cirugías de gran precisión efectúa un daño, éste deberá ser abordado por el operador jurídico como una responsabilidad objetiva por producto defectuoso. Entendiendo siempre, que a ²⁵mayor capacidad tecnológica mayor responsabilidad por parte del productor y el vendedor, además, que la entidad autónoma deben respetar las leyes de la robótica (Isaac Asimov) y los derechos humanos. En efecto, un daño acaecido por un robot de alta tecnología debería siempre ser abordado como una responsabilidad objetiva, puesto que el ²⁶menoscabo o deterioro es totalmente opuesto a la naturaleza de la máquina autónoma.

Así mismo, si una persona adquiere un vehículo autónomo con la tecnología para conducirse independientemente, y este, colisiona y ocasiona un daño. Se deberá entender, que por la naturaleza tecnológica y su avanzada capacidad de Sistema de Posicionamiento Global (GPS) tendría que conducirse solo. Si este colisiona y produce un daño, el vehículo es un producto defectuoso y existe la obligación de indemnizar a la luz de la responsabilidad objetiva.

A lo anterior, el PE ha propuesto la construcción de un código deontológico que determine las consecuencias de los daños acaecidos por el uso de la robótica, la IA y los vehículos autónomos. Además, el órgano determinó que sería de gran importancia dotar de una matrícula de identificación con un código único a los robots que ostenten mayor tecnología y automatización. Para de esta manera, tener mayor seguridad y control, de igual forma como se hace con los vehículos automotores.

Para terminar, algunos teóricos afirman que para Europa no es necesario realizar un cambio en el sistema de responsabilidad. La razón de ello, es que “la directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos resulta un medio eficaz para obtener indemnización, donde, la legislación de los Estados en relación con la responsabilidad subjetiva ofrece una suficiente protección” (Cisneros, 2021). Si ello es así se puede inferir que, en Colombia el régimen de RCE por producto defectuoso es adecuado y no es necesario crear una nueva categoría de responsabilidad objetiva .

Conclusión

Con la expansión global del uso de la robótica y los vehículos autónomos , se hizo necesario para los diferentes sistemas jurídicos del mundo la implementación de instrumentos pertinentes para los posibles daños.

Por consiguiente, naciones como Estados Unidos, Japón, Corea del Sur y toda Europa estudian la viabilidad de crear un nuevo código deontológico para el uso de la robótica que recoja la responsabilidad, la personalidad, el régimen de seguros, entre otras. Así mismo, desde la seguridad jurídica, Colombia tiene la obligación de estudiar la viabilidad e idoneidad de los instrumentos disponibles en caso de acaecer la RCE por el uso de tecnologías autónomas - disruptivas.

En Colombia, la RCE-AP del artículo 2356° del CC precisa un carácter de tipo subjetivo, en tanto, supone algunos inconvenientes en la aplicación por los eventuales daños ocasionados por entidades autónomas. La regulación vigente resulta insuficiente en los casos en que un robot o un vehículo actúa de manera autónoma y causa un daño.

“ (...) Esto ocurre cuando la entidad opera sin ser controlada ni teledirigida, ya que no existe un elemento subjetivo atribuible al infractor (robot o vehículo). ”

Dicho elemento únicamente puede identificarse en situaciones de negligencia o dolo por parte de la víctima o en el incumplimiento del deber de cuidado por parte de quien tiene la responsabilidad de supervisar la entidad autónoma.

De acuerdo a lo anterior, el tipo de responsabilidad más apropiado para aplicar en los daños ocasionados por la robótica es la

responsabilidad por producto defectuoso estipulada en el artículo 20° del Estatuto del Consumidor. Apreciación, que surge del carácter objetivo que lo supedita, así mismo, como la preponderancia del principio de solidaridad en la cadena de producción y en la guarda. Los cuales, son más acordes a las características específicas de un robot o vehículo autónomo, a su actuar independiente y a la gran posibilidad que presumen estas entidades de ocasionar un daño.

En conclusión, en Colombia los instrumentos normativos existentes sobre RCE pueden adaptarse interpretativamente a los daños ocasionados por tecnologías autónomas, más específicamente, la figura de la responsabilidad por producto defectuoso (Ley 1480 de 2011). Sin embargo, lo más pertinente o adecuado sería crear un régimen de RCE surgido de los nuevos tipos de daños ocasionados por las tecnologías autónomas - disruptivas que, dependiendo del caso, abarque tanto las posibilidades de aplicar la responsabilidad objetiva como la subjetiva.

Bibliografía

Artículos periodísticos

- Alfonseca. K. (29 marzo de 2018). Uber llega a un acuerdo con la familia de una mujer asesinada por un coche autónomo. NBC News.
<https://www.nbcnews.com/news/us-news/uber-reaches-settlement-family-woman-killed-self-driving-car-n861131>
- Alonso, J. (09 junio de 2023). El gólem: un hombre de barro para salvar a los judíos. National Geographic.
https://historia.nationalgeographic.com.es/a/golem-hombre-barro-para-salvar-a-judios_14269
- Brumfield. B. (02 julio de 2015). Un robot mata a un trabajador de Volkswagen. CNN en Español.
<https://cnnespanol.cnn.com/2015/07/02/un-robot-mata-a-un-trabajador-de-volkswagen>
- Charisius. C. (02 julio de 2015). Un robot mata a un técnico de Volkswagen en Alemania. El País.
https://elpais.com/economia/2015/07/02/actualidad/1435838812_094380.html
- Riess & Sottile. (29 julio de 2023). Uber self-driving car test driver pleads guilty to endangerment in pedestrian death case. CNN Edition.
<https://edition.cnn.com/2023/07/29/business/uber-self-driving-car-death-guilty/index.html>
- Sánchez, V. (01 febrero de 2021). La robot Sophia será producida en masa para luchar contra el Covid-19. France24.
<https://www.france24.com/es/programas/ciencia-y-tecnolog%C3%ADa/20210201-robot-sophia-producida-masa-covid19>.
- Thadani. T. et al. (Octubre 06, 2023). Los últimos 11 segundos del fatal accidente del piloto automático de Tesla. The Washington Post.
<https://www.washingtonpost.com/technology/interactive/2023/tesla-autopilot-crash-analysis/>

Artículos académicos y tesis

- Cárdenas, R. (2021). Derecho y Robots: El futuro ya está presente. Universidad de Lima, Unifé, ESAN. 25-40. DOI: 10.52749/iet.v4i1.3

- Cisneros. A. (2021). Robots dotados de inteligencia artificial [Tesis de doctorado no publicada]. Su posible personalidad jurídica y responsabilidad por daños. Universidad Complutense de Madrid. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/9174>
- García. T. (2014). Litigación asociada a la cirugía robótica con el da Vinci. InDret. Revista para el Análisis de Derecho. (S. v.). 1-41. chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1083_es_.pdf
- Moreyra. P. (2021). Derecho de los robots. Robot Law. IUS, Investigación Jurídica Aplicada. Pontificia Universidad Católica Argentina. (S.v.). 1-27. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11566>
- Zabala & Zuluaga. (2021). Los retos jurídicos de la inteligencia artificial en el derecho en Colombia. JURÍDICAS CUC, vol. 17 (1). 475–498. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.17>

Figuras jurídicas

- Banner, Kim vs. Tesla Inc. *Case No. 50-2019-CA-009962-XXXX-MB*. Document 2. County Court in and for Palm Beach County, Florida. Párrafo 80. (08 de enero de 2019).
- Código Civil. (CC). Ley 84 de 1873. 31 de mayo de 1873. (Colombia).
- Código General del Proceso. (CGP). Ley 1564 de 2012. 12 de julio de 2012. (Colombia).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009, M.P. William Namén Vargas; 24 de agosto de 2009.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC065 del 2023, M.P. Hilda González Neira; 27 de marzo de 2023.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC2905 del 2021, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; 29 de julio de 2021.
- Holbrook v. Prodomax Automation Ltd. *Case 1:17-cv-219*. United States District Court, W.D. Michigan, Southern Division. II. Background. (20 de septiembre de 2021).
- Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor. 12 de octubre de 2011. D.O. No. 48.220.

- McCalla v. Intuitive Surgical. Case 1:12-cv-02597-RWS. United States District Court Southern District of New York. (04 de abril de 2012).
- Parlamento Europeo. Resolución P8_TA (2017) 0051. Resolución del Parlamento Europeo, donde se aprueban normas de derecho civil sobre robótica, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. (2017).

Páginas web

- Diccionario Jurídico de Cambridge en línea. (01 de octubre de 2024). Out of court settlement.
<https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/espanol-ingles/juridico>
- Mayo Clinic. (01 de octubre de 2024). Isquemia Intestinal.
- <https://www.mayoclinic.org/es/diseases-conditions/intestinal-ischemia/symptoms-causes/syc-20373946#:~:text=La%20isquemia%20intestinal%20es%20una,tratamiento%20para%20la%20isquemia%20intestinal.>
- Hanson Robotics. (01 de octubre de 2024). Shopia.
<https://www.hansonrobotics.com/sophia/>

Textos

- Asimov. I. (2020). I Robot. Ed. Epublibre.
- Harari. Y. (2016). Homo Deus. Penguin Random House Editorial.
- Harari. Y. (2019). 21 lecciones para el siglo XXI. Editorial Debate.
- Harari. Y. (2024). Nexus: una breve historia de las redes de información desde la edad de piedra hasta la IA. Editorial Debate.
- Petit, M. (2022). Transporte, competencia y nuevas tecnologías. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales. <https://www-digitaliapublishing-com.banrep.basesdedatosezproxy.com/a/119173>
- Schwab. K. (2017). La cuarta revolución industrial. Penguin Random House Editorial.

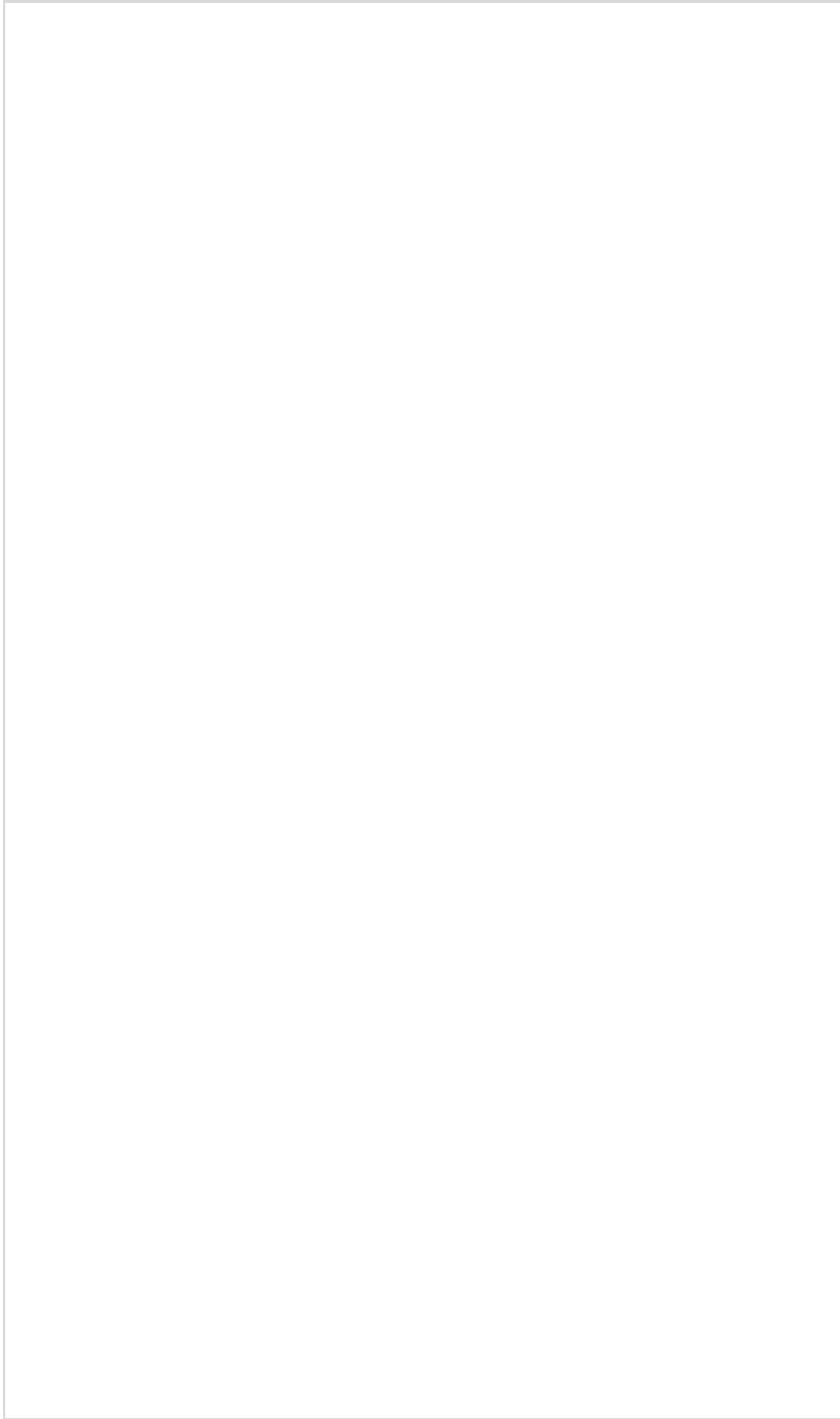


Sobre la responsabilidad en nanorobots médicos

Juan Mateo Mogollón Rico

Trabajo ganador del segundo puesto en el Concurso nacional de ensayo en derecho y tecnología "Germán Cavelier" 2024-2.





Sumario

Introducción

I. Fundamentos teóricos de los nanorobots

II. Estudio de regímenes de responsabilidad

III. Aplicación y solución de la teoría del riesgo

Bibliografía

Resumen

El avance en el desarrollo de nanorobots médicos, resultado de la colaboración entre diversas compañías y científicos de prestigiosas universidades a nivel mundial, ha permitido crear sistemas robóticos capaces de realizar actividades en el ámbito médico y sanitario, tales como diagnósticos precisos y la reconstrucción de tejidos, entre otros. Este ensayo tiene como propósito examinar el régimen de responsabilidad jurídica aplicable a estos dispositivos en casos donde puedan ocasionar daños al cuerpo del paciente o generar efectos secundarios a largo plazo debido a la incertidumbre sobre sus posibles consecuencias.

Palabras clave: Nanorobots, teoría del riesgo, falla del servicio, culpa, régimen probatorio, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva.

Introducción

El avance de la nanotecnología, la robótica y la inteligencia artificial está transformando todos los aspectos de la vida humana, con implicaciones notables en el campo de la medicina. En particular, el desarrollo de nanorobots para realizar actividades sanitarias promete un futuro lleno de posibilidades y avances significativos. No obstante, junto con estos avances científicos, surgen preocupaciones sobre los riesgos desconocidos que pueden acompañar a



las nuevas tecnologías. Este trabajo tiene como objetivo analizar el régimen de responsabilidad aplicable a los nanorobots médicos, comenzando con una evaluación de su funcionamiento y uso en el ámbito sanitario. A continuación, se examinarán los marcos legales relacionados con la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad extracontractual del Estado. Finalmente, se propondrá la teoría del riesgo como una posible solución a la pregunta: ¿quién es responsable por los daños causados por un nanorobot durante actividades médicas?

Tal es el caso de los llamados robots a pequeña escala, que pueden provocar profundas alteraciones en el cuerpo humano. Un buen ejemplo de esto son los nanorobots médicos, diseñados en los últimos años por científicos de distintas universidades del mundo, como la Universidad Rutgers, la Universidad de Zúrich y la Universidad de Harvard, con el fin de tratar enfermedades graves y difundidas entre la población, como las enfermedades hematológicas, neurodegenerativas y el cáncer (Fanni, 2022). Estas patologías producen alteraciones en las funciones biológicas del cuerpo humano, lo que da lugar a una integración cada vez más compleja entre la tecnología y el organismo. Esta convergencia plantea desafíos significativos en términos de responsabilidad legal, dado el potencial de los nanorobots para interactuar directamente con los procesos biológicos, lo que abre la puerta a nuevas formas de daños imprevistos o efectos secundarios.

I. Fundamentos teóricos de los nanorobots

“Los nanorobots son sistemas robóticos de dimensiones extremadamente pequeñas, que oscilan entre los nanómetros y los milímetros (...)”

es decir, son inferiores a un micrómetro. Para poner esto en perspectiva, su tamaño es menor que el ancho de un cabello humano, y sus componentes pueden medir entre 1 y 1000 nanómetros, lo que equivale a 1 nanómetro = 1×10^{-9} metros (Aquino, 2022). Debido a su tamaño diminuto, estos robots son invisibles al ojo humano. La creación de estos dispositivos requiere tecnología de vanguardia e investigaciones

altamente especializadas, ya que están formados por complejas cadenas de átomos y emplean computación cuántica y técnicas analíticas avanzadas para llevar a cabo sus funciones. Este desarrollo ha sido posible gracias a la colaboración de empresas, centros de investigación y universidades, que reúnen equipos interdisciplinarios de físicos, programadores e ingenieros con el objetivo de llevar a cabo la creación de estos innovadores dispositivos. Este esfuerzo conjunto es clave para superar los desafíos técnicos y científicos que presenta la integración de la nanotecnología en la medicina.

A pesar de su diminuto tamaño, los nanorobots pueden enviar señales eléctricas directamente desde nuestros órganos a las computadoras. Esto no solo ofrece muchas ventajas en su aplicación, sino que también representa una herramienta poderosa para la investigación médica, ya que allana el camino para el descubrimiento de técnicas terapéuticas novedosas. Un ejemplo son los nanorobots médicos compuestos por bloques de ADN. Estos dispositivos pueden moverse a través de un fluido, pero experimentan fuerzas de arrastre que dificultan su propulsión y control. El desplazamiento de estos nanobots depende del movimiento aleatorio del fluido circundante. Dichos nanobots se utilizan en sistemas de nanopartículas para el suministro de medicamentos de quimioterapia, que pueden seleccionar células cancerosas y liberar el medicamento. Otro tipo de nanobots utilizan actuadores químicos dirigidos, con capacidad de propulsión controlada. (Aquino, 2022)

En relación con lo anterior, es menester resaltar que, en la actualidad, la aplicación de los nanobots está enfocada en diagnósticos, tratamientos terapéuticos, administración de fármacos personalizados y cirugías. Por todas estas aplicaciones, la Organización Mundial de la Salud ha manifestado que “los nanorobots representan una importante solución para

dar respuesta a las necesidades sanitarias de más de 5 mil millones de personas que podrían carecer de acceso a servicios esenciales de salud en el año 2030". (Castro Gonzales,2023)

En concordancia con el control de estos dispositivos robóticos, es necesario definir el concepto de robot e inteligencia artificial desde una perspectiva jurídica y tecnológica, para comprender de la mejor manera la dirección o control que se les da a estos dispositivos. Lo anterior es de suma relevancia al abordar el problema jurídico planteado.

En primer lugar, el Parlamento de la Unión Europea, en una resolución de 2017, se pronunció sobre las características o atributos esenciales que debe tener un robot inteligente. Dichos atributos son:

- Capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el análisis de dichos datos.
- Capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción (criterio opcional).
- Un soporte físico mínimo.
- Capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno.
- Inexistencia de vida en el sentido biológico (Parlamento Europeo, 2017, párr. 1).

Del mismo modo, la ciencia ha concebido que la noción de robot está ligada a cierta materialidad, es decir, un soporte físico. Además, la máquina debe contar con un funcionamiento electromagnético, autonomía en el funcionamiento y rasgos de inteligencia similares al comportamiento humano. Por otro lado, algunos robots de la nueva generación funcionan mediante inteligencia artificial. Frente a este concepto, el Parlamento Europeo señala:

"La inteligencia artificial es la habilidad de una máquina de presentar las mismas capacidades que los seres humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear. La IA permite que los sistemas tecnológicos perciban su entorno, se relacionen con él, resuelvan problemas y actúen con un fin específico". (Pelaez, J. F. & Díez, C. A. D.)

De acuerdo con lo anterior, no se puede afirmar que los nanorobots actúen mediante inteligencia artificial. De hecho, la gran mayoría de estos dispositivos son controlados por dispositivos externos a sus estructuras, como computadoras o bobinas encargadas de supervisar su trayectoria. Incluso algunos logran desplazarse utilizando el fluido circundante para la propulsión o se apoyan en proteínas motoras que permiten mover sistemas nanométricos a través de microtubos o encontrar un punto de entrada a la

célula. Un ejemplo de una proteína motora es la kinesina. Sin embargo, no se puede descartar la posibilidad de que en el futuro estos sistemas robóticos utilicen inteligencia artificial y puedan tomar decisiones por sí mismos. (Aquino, 2022)

Ahora bien, es necesario aseverar que los nanorobots médicos desarrollan actividades buscando el bienestar y la salud humana. A su vez, la creación de estos dispositivos se realiza bajo la mayor diligencia plausible. Aun así, los nanorobots presentan materiales potencialmente peligrosos para los individuos, y la ciencia aún no ha sido capaz de concebir las consecuencias que acarrea su uso. Por lo cual, se deben analizar como un riesgo latente, aunque se desconoce en qué medida. Para ilustrar mejor esto, el Instituto “StatNano: Nano Science, Technology and Industry Scoreboard” afirmó: No existen estudios sobre su uso en seres humanos, y los estudios realizados en animales han demostrado efectos adversos que pueden darse o no en los seres humanos, cuando son riesgos imprevisibles y no se pueden anticipar. (Candia Herrera, 2023)

De manera análoga, como todo dispositivo autónomo, pueden fallar en su labor o en su programación, lo que acarrearía un agravio a la integridad del paciente. Así, los nanorobots, en el ejercicio de su actividad, pueden ocasionar daños que sean jurídicamente relevantes o que ocupen al derecho. Esto conlleva tácitamente a la siguiente cuestión legal: en Colombia, en caso de que un nanorobot médico ocasione un daño por el ejercicio de algunas de las aplicaciones o usos ya

mencionados, ¿quién debe responder por dicho daño? ¿Las compañías fabricantes, el programador o los hospitales y médicos?

“Aunque en principio los nanorobots médicos funcionan bastante bien y no suponen peligro alguno, existe la posibilidad de que estos, a largo plazo, puedan afectar la salud humana debido a la toxicidad de algunos de sus materiales.”

II. Estudio de regímenes de responsabilidad

Procederemos a responder las preguntas planteadas comenzando por analizar la figura de la responsabilidad extracontractual desde las áreas civil y administrativa.

Seguidamente, se evaluaremos cuál es el régimen aplicable para esta tecnología, y por último, abordaremos este tema desde una óptica internacional.

En relación con la institución jurídica de la responsabilidad civil, es necesario señalar que sus primeros vestigios se encuentran en el Código de Hammurabi y la Ley de las XII Tablas en Roma, donde la figura de la responsabilidad no correspondía a un principio abstracto sobre la prohibición de no dañar a otro, sino más bien a una serie de reglas de conducta basadas en la costumbre de las civilizaciones. Fue así como el *Corpus Iuris Civilis*, elaborado por Justiniano en el antiguo Imperio Romano, no concibe en las figuras del delito y cuasidelito las nociones de culpa o dolo; al contrario, la diferenciación respondía a unos delitos taxativos y otros que no se encontraban en el código. (García,2004)

Después, con la caída del Imperio Romano de Occidente y el advenimiento de las invasiones bárbaras, sumado al auge del cristianismo, se empezó a gestar el contenido moral de la culpa y la expiación de pecados. Tiempo después, con la llegada del iusnaturalismo, Hugo Grocio plantearía el principio de no dañar a otros, junto con la obligación de reparar los daños causados con culpa. Con el arribo de la modernidad, la premisa mencionada se convirtió en la piedra angular de la responsabilidad como fuente de obligaciones. Así lo demostraron los juristas franceses Domat y Pothier, quienes en sus respectivos tratados sobre las fuentes de las obligaciones lograron conceptualizar el delito y el cuasidelito bajo la noción de dolo o culpa. Del mismo modo, acogieron las ideas y principios iusnaturalistas. (Serrano Escobar, 2024)

Después, con la caída del Imperio Romano de Occidente y el advenimiento de las invasiones bárbaras, sumado al auge del cristianismo, se empezó a gestar el contenido moral de la culpa y la expiación de pecados. Tiempo después, con la llegada del iusnaturalismo, Hugo Grocio plantearía el principio de no dañar a otros, junto con la obligación de reparar los daños causados con culpa. Con el arribo de la modernidad, la premisa mencionada se convirtió en la piedra angular de la responsabilidad como fuente de obligaciones. Así lo demostraron los juristas franceses Domat y Pothier, quienes en sus respectivos tratados sobre las fuentes de las obligaciones lograron conceptualizar el delito y el cuasidelito bajo la noción de dolo o culpa. Del mismo modo, acogieron las ideas y principios iusnaturalistas. (Serrano Escobar, 2024)

La obra de estos dos juristas influyó en el desarrollo del Código Napoleón. De manera análoga, dicho código fue la referencia que Andrés Bello utilizó para desarrollar nuestro código civil, junto con obras de otros ordenamientos jurídicos. Por lo cual, el profesor Andrés Bello también recogió el principio *neminem laedere* y lo suscribió al ordenamiento jurídico colombiano a partir del artículo 2341 del Código Civil: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Ahora bien, la responsabilidad extracontractual ha estado regida por dos títulos de imputación: el régimen de responsabilidad subjetivo y el régimen de responsabilidad objetiva. Dichos títulos de imputación han sido adoptados tanto en la responsabilidad extracontractual civil como en la responsabilidad extracontractual del Estado. En cuanto al título subjetivo de responsabilidad, este se refiere a la responsabilidad civil tradicional constituida por tres elementos: el daño, la culpa y un vínculo de causalidad entre la culpa y el daño. Sobre estos elementos, es necesario precisar que el daño debe ser entendido como la pérdida, menoscabo o repercusión desfavorable sufrida por una persona como consecuencia de la lesión a un derecho o un interés jurídicamente tutelado de la víctima. Con respecto a la culpa, los hermanos Mazeud la definieron como “un error de conducta que no hubiera cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar que el autor del daño”. (Consejo de Estado, 2011) En cuanto al nexo causal, es menester explicar que, en ocasiones, la causalidad natural se torna insuficiente para justificar la responsabilidad jurídica. Es por ello que hoy se plantea la causa probabilística, lo que significa que el juez puede basar su decisión en hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como más verosímiles, es decir, que presentan un grado de probabilidad predominante. Asimismo, la imputación subjetiva se ha desarrollado a título de culpa en materia civil y bajo la noción de falla del servicio en lo referente a lo contencioso administrativo.

Por otro lado, el título de imputación objetiva surge a partir de la teoría del riesgo, planteada por Josseland, Saleilles y Ripert. Sobre este tema se volverá más adelante; aún así, cabe mencionar que el régimen objetivo en materia civil se aplica a título de teoría del riesgo y en materia administrativa se ha desarrollado bajo el nombre de riesgo excepcional y daño especial.(Serrano Escobar, 2024)

Por consiguiente, se procederá a analizar el régimen de responsabilidad aplicable a los nanorobots médicos a la luz de los títulos de imputación establecidos en el Código Civil, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

La herramienta más tradicional que nos presenta el ordenamiento jurídico para endilgar responsabilidad por una lesión a un bien jurídico tutelado es la responsabilidad a título de culpa, y su equivalente en materia administrativa es la falla del servicio. En relación con este punto, ya se ha establecido que la culpa es un juicio de reproche que se realiza sobre el agente causante del daño, teniendo como parangón la conducta de una persona cuidadosa en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar. De acuerdo con esto, se podría afirmar que la culpa no es el método más idóneo para endilgar la responsabilidad a la nanotecnología, puesto que la culpa es un concepto netamente humano, que se fundamenta en una filosofía liberal que defiende la autonomía de la voluntad y el desarrollo de las conductas.²²

Estos conceptos son ajenos a los nanorobots médicos porque, a *priori*, vienen programados para realizar ciertos procedimientos sanitarios. En segundo lugar, no se podría realizar un juicio de reproche, ya que no se podría elaborar una abstracción de lo que es un buen nanorobot o incluso tampoco se podría asimilar un parangón sobre las conductas de nanorobots, debido a que estos no basan su actuación en la voluntad, sino en algoritmos y sensores que desarrollan su proceso de autoaprendizaje.

En otras palabras, a pesar de que el nanorobot sea supervisado por un agente externo, como es el caso de las computadoras, este cuenta con cierto grado de autonomía y autoaprendizaje a través de sensores. Sin embargo, no es posible que su habilidad de autoaprendizaje le permita realizar un análisis que devenga en un error de conducta respecto de la conducta cuidadosa de otro nanorobot en la misma circunstancia de tiempo, modo y lugar, por ser esta una cualidad ligada a la libertad y voluntad de las personas. En consecuencia, el error de conducta no se produciría por una manifestación de voluntad del prototipo, sino que se generaría por un error en su programación o fabricación, o en últimas, porque algunos de sus materiales pueden ser nocivos para el cuerpo humano, y esto daría lugar al daño.

De igual forma, la elaboración de un manual o una abstracción de cómo debe actuar un buen nanorobot médico debería dirigirse a las empresas desarrolladoras de nanorobots y a los programadores, ya que sobre estos sí se podría hacer un parangón respecto de lo que dice el manual y el nanorobot que diseñaron.

Por otra parte, la falla del servicio ha de considerarse como una actuación irregular de la administración, y esta se debe identificar de acuerdo con la culpabilidad. En este caso, el parangón de la conducta del Estado se realiza con el ordenamiento jurídico. De ahí que, cuando se manifiesta una actuación irregular de la administración, se hace referencia a que una entidad pública o un servidor público actuó mal, tardíamente o no actuó. (Guecha Medina, 2012)

Lo anterior es relevante en el entendido de que el Consejo de Estado ha venido estructurando la responsabilidad médica bajo la teoría de la falla del servicio, es decir, que aplica un régimen subjetivo de responsabilidad. Sin embargo, a diferencia de la noción tradicional de falla del servicio o culpa, donde le corresponde al demandado probar el daño, la actuación irregular y el nexo causal, el Consejo de Estado ha precisado la noción de la falla presunta en la actividad médica estatal. (Guecha Medina, 2012) De lo anterior se desprende que le corresponde al demandado acreditar su ausencia de culpa en la producción del daño, lo que significa demostrar que su comportamiento fue diligente o aludir a la ocurrencia de una causa extraña.

En concordancia con lo mencionado, conviene destacar que tal régimen probatorio adoptado por el Consejo de Estado complicaría la situación probatoria en materia de daños por nanorobots, ya que la falla presunta parte del presupuesto de que el médico cuenta con el conocimiento técnico y científico para probar el hecho. Además, los procedimientos médicos se realizan a puerta cerrada; por ende, solo los médicos tienen contacto directo con la evidencia física. Del mismo modo, en el escenario de los nanorobots el régimen probatorio basado en la culpa supone un exceso en las cargas probatorias para la víctima, puesto que le sería muy difícil acreditar la conducta irregular del médico que controlaba al nanorobot, porque, como se mencionó anteriormente, la nanotecnología no se puede acoger a la concepción de culpa.

Por otro lado, la falla presunta y la noción de no endilgar responsabilidad a la administración simplemente porque el médico inyecta de manera intravenosa el nanorobot y cumplió con la tarea de monitorearlo, es incompatible con la igualdad de armas que se pregona en el proceso, dado que los médicos contarían con un estándar probatorio muy leve y la víctima se hallaría en evidente desventaja. A su vez, como ya se demostró anteriormente, la culpa no es el elemento constitutivo del daño, sino más bien el riesgo asociado con el ejercicio de dichas actividades lo que produce, en el plano fáctico y jurídico, el daño que se demanda. (Escobar Serrano, 2024)

Con respecto a la responsabilidad por las cosas que nos pertenecen, es importante destacar que, en este evento, no se responde por el daño producido por un hecho personal, sino por aquel que ha sido ocasionado por una cosa que pertenece al demandado o que está en su poder. Por ejemplo, se trata de situaciones como los daños causados por animales fieros o la caída de cosas inanimadas. En estos casos, la calificación de la conducta del demandado no tiene incidencia alguna, dado que la norma expresa que, en caso de alegar diligencia o imposibilidad de evitar el daño, no será oído. De esta forma, el derecho define como responsable a la persona que detenta la dirección o guarda respecto de la cosa que causó el daño.

En el caso de la responsabilidad por animales fieros, esta se encuentra regulada en el artículo 2354 del Código Civil. Si bien este tipo de responsabilidad puede ser útil al momento de analizarla en nanorobots, se debe considerar que, según la regulación del artículo 2353 del Código Civil, se prevé que los animales pueden comportarse de determinadas formas, aprender, tener reacciones imprevistas, responder a estímulos del entorno e incluso separarse en algunos eventos del control de su dueño. Esto podría asemejarse a las respuestas de robots con inteligencia artificial. Sin embargo, no es viable aplicar este título de imputación de responsabilidad a los nanorobots médicos, ya que el Código Civil establece que este régimen de responsabilidad recae sobre la persona que es dueña o tiene la guarda de la cosa.

Este análisis no es extensible a los nanorobots en el entendimiento de que, para los fabricantes, son un producto; para los pacientes, un procedimiento en pro de su salud; y para el médico, una herramienta de tecnología de vanguardia que le ayuda en su trabajo y le soluciona muchos problemas. No es plausible concebir al médico como dueño del nanorobot, ya que estos dispositivos son sólo máquinas que facilitan la labor hospitalaria. Por lo tanto, no se puede afirmar que los médicos son dueños de la cosa y que a ellos les pertenece.

En cuanto al hospital o las farmacéuticas, es necesario precisar que conciben este tipo de dispositivos como productos comerciables, por lo que deben realizar un mantenimiento, una supervisión y cumplir con obligaciones de diligencia que se adecuan más a un régimen subjetivo que al establecido en el artículo 2353 del Código Civil, que claramente establece un régimen objetivo de responsabilidad. Esto se fundamenta en que el dueño dirige y guarda el animal fiero, pero no cuenta con obligaciones de programación, mantenimiento y soporte de esta tecnología, dado que se parte de la base de que el animal es un ser vivo independiente del dueño.

En cambio, los nanorobots son seres artificiales cuyo funcionamiento e independencia dependen del accionar humano; por ello, antes de pensar en la figura de dueño, es más apto considerar la figura de creador, que es el sustento de la nanotecnología.

Algo similar ocurre con la responsabilidad por hecho ajeno, establecida en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. Este título de imputación establece que un sujeto es responsable por las acciones de la persona que tiene bajo su cuidado; por ejemplo, los padres son responsables por los daños que causen sus hijos. En estos casos, el Código Civil establece una presunción de culpa al demandado, que puede ser desvirtuada alegando que obró con diligencia y cuidado. Sin embargo, este título de imputación no es útil para analizar la responsabilidad en microrobots médicos, puesto que estos no han sido reconocidos como sujetos de derecho por el ordenamiento colombiano, y esa discusión tampoco es objeto de este trabajo. Asimismo, ni las compañías productoras, ni los médicos, ni los hospitales o farmacias conciben a los nanorobots como sujetos de los cuales son responsables; al contrario, estos dispositivos se analizan bajo relaciones de índole instrumental, comercial o creativa, en el caso de los fabricantes de estos productos.

En lo que respecta a la responsabilidad por productos defectuosos, debe precisarse que esta tecnología disruptiva debe ser asumida como un producto médico y/o farmacéutico, tal como se mencionó anteriormente. En consecuencia, corresponde analizar si a los nanorobots médicos se les podría aplicar la responsabilidad por productos defectuosos. La legislación colombiana ha definido productos defectuosos como “bien mueble que, en razón de error, el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho” (Ley 1480 de 2011, art. 5° num. 17).

Por ende, un producto defectuoso es aquel que presenta una imperfección o carece de alguna cualidad. Se consideran productos defectuosos aquellos que tienen un defecto de diseño, de fabricación o de producción o de información. Así, la Ley 1480 de 2011 ha precisado que, para endilgar responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, es necesario demostrar: a) el defecto del bien, que se presume cuando se viola una medida sanitaria o un reglamento técnico; b) la existencia del daño; y c) el nexo causal entre el defecto y el daño (Ley 1480 de 2011, art. 21).

Cuando las multinacionales elaboran dispositivos a partir de la nanotecnología, estos, como tal, no presentan defectos de diseño, fabricación o información, dado que, al ser introducidos en el mercado, cumplen con los lineamientos establecidos por las normas técnicas ISO

7TC 229 (calidad) y con las obligaciones de calidad y seguridad exigidas por el INVIMA (control y vigilancia). Lo anterior va en concordancia con la regulación preestablecida en Colombia para la nanotecnología; por ejemplo, la Ley 1328 de 2009 autoriza la adquisición de seguros en el exterior para amparar riesgos nanotecnológicos. En 2014, se creó el Consejo Nacional Asesor de Nanociencia y Nanotecnología, adscrito a la Red Colombiana de Nanociencia y Nanotecnología (Red Nano Colombia), adoptando la definición de nanomaterial para Colombia y el Comité Técnico de Normalización 243-Nanotecnología del ICONTEC, orientado a atender las tareas de normalización en esta materia.(Candia Herrera, 2023)

Las fuentes citadas corroboran la regulación que existe sobre esta clase de productos, los cuales son desarrollados con el máximo de diligencia y cuidado, precisamente para que no exista ningún defecto de fabricación que ocasione un daño. Por consiguiente, este régimen de responsabilidad tampoco es apto para ser aplicado a los nanorobots médicos.

Como ya se ha establecido, los nanorobots médicos en la actualidad no representan ningún peligro; sin embargo, algunas investigaciones han arrojado que pueden generar complicaciones para la salud de las personas a largo plazo. Asimismo, la nanotecnología, como producto disruptivo y moderno, hace imprevisible conocer el grado de eficacia que tendrán los nanorobots médicos en todas sus actuaciones, ya que, si bien esta tecnología constituye un estandarte del proceso humano, al ser tan reciente, puede exponer a las personas a un elevado riesgo de daños. Por tal razón, ante la cuestión de que un nanorobot médico cause un daño, el título de imputación aplicable para determinar al responsable del daño es la aplicación de la teoría del riesgo en materia civil y el riesgo excepcional en lo contencioso administrativo.

La teoría del riesgo surge con el advenimiento del maquinismo, la industrialización y el transporte automotor, entre otros. El proceso de industrialización trajo consigo una nueva forma de concebir las fuerzas y los recursos, pero también expuso a las personas a un elevado peligro de daños. Basta con mencionar el incremento de accidentes que sufrían los obreros en las fábricas. Fue así como, frente al exponencial crecimiento de daños ocasionados por el maquinismo, el esquema tradicional de la responsabilidad civil extracontractual, basado en la culpa, resultó insuficiente, pues dejaba desprotegida a la víctima de daños acaecidos en una sociedad industrial donde el daño era producido por la máquina, al margen de toda culpa del patrono.(Henao,J.C; Ospina Garzon,2015)

De ahí que se plantee una responsabilidad por daños que prescinda de la culpa como fundamento del deber de reparar, afirmando que se es responsable porque se ha causado un daño, independientemente de la culpa. Así, quien crea una fuente de daño debe reparar si los riesgos se concretan. En cuanto a la noción de riesgo, debe entenderse como la probabilidad de que ocurra un daño, en razón de decisiones humanas al realizar una actividad. Por consiguiente, el individuo que crea una fuente de peligro o introduce un riesgo en la sociedad está obligado a reparar el daño, de manera que el hecho de causar un perjuicio compromete su responsabilidad, independientemente de la conducta. La teoría del riesgo determina la responsabilidad en cabeza de quien coloca el riesgo en la sociedad y se beneficia, explota o lucra de ello.

Como afirma Luis Guillermo Escobar Serrano, “es más que justo que quien se beneficia de colocar en riesgo a los demás sea quien cargue con las consecuencias de la materialización de ese riesgo en un daño, y no la víctima, que es ajena al ejercicio de la actividad peligrosa”. (Escobar Serrano, 2024, Pág 531)

Ahora bien, cuando las compañías desarrolladoras de nanorobots médicos colocan este producto en el mercado, se podría afirmar que están creando un riesgo. Este riesgo debe entenderse como el resultado del libre albedrío del fabricante o productor, quien tiene la capacidad de crear riesgos, pero también de controlarlos y evitarlos. Esto es particularmente relevante cuando se permite el ejercicio de una actividad lícita generadora del daño o se decide ejercer dicha actividad. Por ejemplo, los nuevos sistemas de administración de medicamentos proporcionados por aplicaciones de biotecnología nano (como la liberación controlada de fármacos) conllevan riesgos inherentes a la naturaleza de los principios activos utilizados (nanopartículas y/o nanomateriales), lo que aumenta la probabilidad de que ocurra un daño. Por lo tanto, debería considerarse esta actividad como peligrosa, fundamentada en la idea de riesgo.

III. Aplicación y solución de la teoría del riesgo

La teoría del riesgo se fundamenta en el desarrollo de actividades lícitas, como los avances científicos y tecnológicos que contribuyen al bienestar humano, mejorando la calidad de vida, pero que, al mismo tiempo, conllevan riesgos inherentes y potencialmente nocivos. En este sentido, el régimen objetivo en materia probatoria se limita a la demostración del daño y el nexo causal, lo que facilita la posición de la víctima, ya que no requiere que esta se adentre en complejos conceptos tecnológicos para vincular el daño a los nanorobots.

En materia administrativa, el Consejo de Estado introdujo la teoría del riesgo bajo el título de riesgo excepcional. Así, si el Estado, en ejercicio de una actividad legítima que beneficia al colectivo, comporta un riesgo o peligro para los asociados, como sería el caso de que el Estado compre e inserte nanorobots médicos en entidades públicas que prestan servicios de salud, tendríamos un régimen objetivo de responsabilidad.

De lo anterior se desprende que, si bien la responsabilidad estatal en el contexto de actividades médico-sanitarias se analiza bajo la falla del servicio, también la Corte ha indicado que pueden existir situaciones que ameriten la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, como “cuando un medicamento, tratamiento o procedimiento implique o conlleve un progreso de la ciencia y, por tanto, se considere novedoso, desconociéndose las consecuencias o secuelas del mismo a largo plazo”. (Consejo de Estado, 2017) Este escenario abre la puerta al régimen objetivo de responsabilidad del Estado en nanorobots médicos a título de riesgo excepcional, al mismo tiempo que se alinea con lo establecido por el Consejo de Estado en materia de uso de instrumentos riesgosos en operaciones quirúrgicas.

“En definitiva, el régimen de responsabilidad aplicable a los nanorobots médicos es el régimen objetivo a título de imputación de riesgo excepcional en materia estatal y bajo la aplicación de la teoría del riesgo en materia civil.”

Esto implica que las compañías creadoras de nanorobots deberán indemnizar a las víctimas cuando un nanorobot médico ocasione un daño, ya sea a largo plazo por la toxicidad de sus materiales o por un error en su funcionamiento. Esta afirmación se fundamenta en que las compañías están colocando un riesgo en la sociedad y se benefician de ello. Simultáneamente, la teoría del riesgo resuelve de mejor forma la igualdad de armas y flexibiliza el régimen probatorio al momento de acreditar daños. Finalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido el riesgo

excepcional en nanorobots médicos en el contexto de medicamentos, procedimientos y tratamientos que corresponden a un progreso de la ciencia y cuyas consecuencias a largo plazo se desconocen.

Bibliografía

- Aquino, G. M., Leobardo, A., & May, H. (n.d.). Soñando con microbots y nanobots.
- Candia Herrera, M. (2023). Nanomedicina: liberación controlada de fármacos como escenario de riesgo frente a la responsabilidad civil y del Estado. Universidad Externado de Colombia.
- Castro Gonzales, D. (n.d.). Nanorobots en medicina: aplicaciones, futuro y desafíos. New Medical Economics.
<https://www.newmedicaleconomics.es/salud-digital-innovacion/nanorobots-en-medicina-aplicaciones-futuro-y-desafios/>
- Congreso de la República de Colombia. (1887). Código Civil de Colombia. <https://www.funciónpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=16473>
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1480 de 2011: Por la cual se expide el Estatuto del Consumidor. Diario Oficial No. 48.123. <https://www.funciónpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=40860>
- Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - Sección Tercera. (2011). Sentencia n° 73001-23-31-000-1999-00265-01, de 22 de junio de 2011.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (2017). Sentencia del 25 de enero del 2017, C.P. Hernán Andrade Rincón, Rad. 2500023260002003.
- Fanni, S. (2022). El 'hombre máquina' y los nanorobots: la perspectiva de los derechos humanos y de la bioética. IUS ET SCIENTIA, 8(1), 70-89.
- García, S. U. (2004). La responsabilidad por riesgo. Revista Ratio Juris, 1(1), 29-50.
- Güechá Medina, C. N. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, 95-109.
- Heano, J. C., & Ospina Garzón, A. F. (Eds.). (2015). Responsabilidad extracontractual del Estado: XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Editorial Universidad Externado de Colombia.

- Peláez, J. F., & Díez, C. A. D. Imputación de daños causados por robots con inteligencia artificial: conceptos aplicables de la responsabilidad civil y del Estado.
- Serrano Escobar, L. G. (2024). Tratado de responsabilidad por daños civil y del Estado. Ediciones Doctrina y Ley.



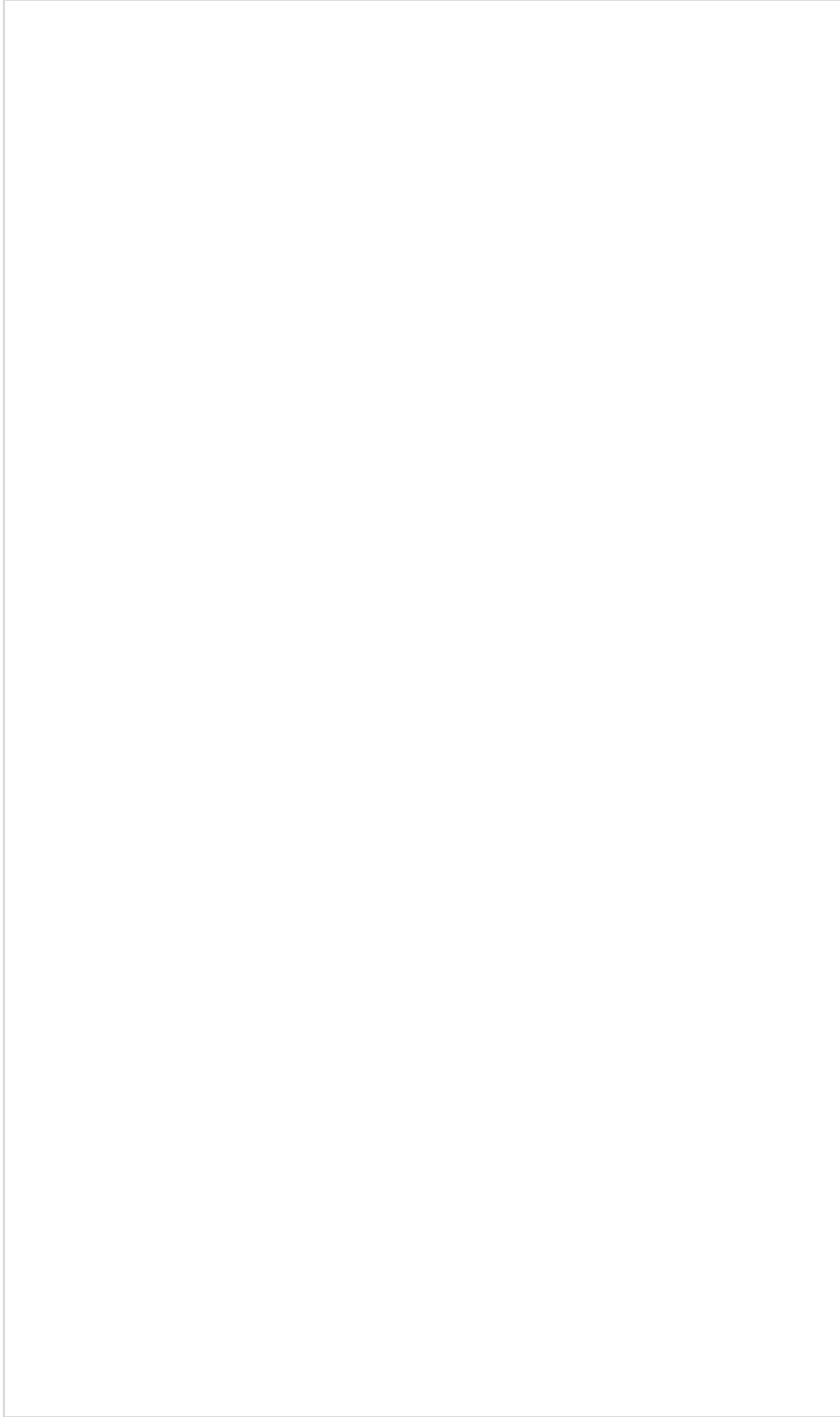


La valoración probatoria de los pantallazos de whatsapp

Laura Camila Villa Matajudíos

Trabajo ganador del tercer puesto en el Concurso nacional de ensayo en derecho y tecnología "Germán Cavelier" 2024-2.





Sumario

Metodología

Introducción

I. WhatsApp: una aplicación de mensajería instantánea en el derecho probatorio

II. Mensajes de datos ley 527 de 1999

1. Integridad

2. Admisibilidad.

a. Pertinencia

b. Utilidad

c. Conducencia

d. Licitud

3. Fuerza probatoria

4. Conservación

a. Metadatos

b. Archivos

III. Línea jurisprudencial de los pantallazos de WhatsApp

IV. Equivalencia funcional

V. Documento

VI. Autenticidad de los documentos

VII. Sistemas en la valoración de las pruebas

Medios de impugnación de los pantallazos de WhatsApp

1. Tacha de falsedad

2. Desconocimiento del documento

Conclusión

Bibliografía

Resumen

WhatsApp, reconocida como la red social más utilizada en Colombia y con creciente popularidad a nivel global, ha adquirido una importancia significativa en el ámbito judicial. En diversos casos, las altas Cortes han admitido capturas de pantalla de WhatsApp como prueba, en ocasiones considerándolas como prueba indiciaria y en otras como prueba documental. No obstante, las decisiones más recientes han tendido a respaldar esta última posición. El objetivo de esta investigación es examinar el tratamiento jurídico de los mensajes de datos, con un enfoque particular en aquellos generados a través de la aplicación WhatsApp.

Palabras clave: pantallazos, WhatsApp, prueba, valoración probatoria, integridad, autenticidad

Metodología

Esta investigación adopta un enfoque cualitativo y documental, dado que “interactúan las versiones y opiniones del ser pensante, respecto a los hechos y fenómenos de estudio” (Corona, 2018). En particular, se centra en analizar las posiciones de los jueces sobre la valoración de las capturas de pantalla de WhatsApp como prueba. Así, el estudio se sitúa en el ámbito del derecho probatorio y aborda el tema desde perspectivas constitucionales, legales, jurisprudenciales

y doctrinales. Su objetivo principal es establecer los criterios adecuados para la valoración probatoria de los pantallazos de WhatsApp, garantizando la seguridad jurídica y promoviendo la correcta aplicación de la sana crítica en los procesos judiciales.



Introducción

Esta investigación se desarrolla de manera lógica y sistemática con el propósito de ofrecer una comprensión histórica y establecer criterios precisos para la valoración jurídica de las capturas de pantalla de WhatsApp como prueba. En primer lugar, se contextualiza el uso de esta aplicación de mensajería instantánea en el derecho probatorio, examinando su importancia y su aplicabilidad como elemento probatorio en el ámbito judicial.

En segundo lugar, se aborda la Ley 527 de 1999, pues es desde su expedición que se definen y regulan los mensajes de datos en los procesos judiciales. La Ley menciona los requisitos jurídicos que deben cumplirse: la integridad, la admisibilidad, la fuerza probatoria y la conservación, los cuales inicialmente se aplicaban al campo del comercio electrónico, pero con la sentencia C 831 del 2001, se ampliaron a todos los campos del derecho.

En tercer lugar, se expone la línea jurisprudencial trazada desde el año 2020, destacando las posiciones adoptadas por las altas Cortes y estableciendo que las capturas de pantalla de WhatsApp deben ser consideradas documentos en los procesos judiciales. Esto se fundamenta en la equivalencia funcional reconocida entre los documentos electrónicos y los documentos físicos.

Por último, se analiza de manera detallada la valoración probatoria de los documentos y las vías para su impugnación, con énfasis en el tratamiento adecuado que deben recibir las capturas de pantalla en los procedimientos judiciales. Así, el estudio presenta una perspectiva integral y actualizada sobre la relevancia y el manejo de los pantallazos de WhatsApp en el ámbito del derecho probatorio.

I. WhatsApp: una aplicación de mensajería instantánea en el derecho probatorio

“...él juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él, el enigma del pasado y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba”. (Carnelutti, 1995, p18)

Las pruebas a través de la historia han cambiado, ya que la forma en que se presenta la realidad evoluciona con el ser humano. Por lo tanto, el derecho probatorio debe adaptarse al nuevo mundo, en donde la información, las redes sociales y la inteligencia artificial son la nueva realidad. WhatsApp es un sistema de mensajería instantánea que fue lanzada en el año 2009 por Jan Koum (Ixcot, 2017) y ahora según el estudio realizado por We Are Social, se ha convertido en la red Social favorita a nivel mundial. (Datareport, 2022)

El nombre de esta aplicación es un juego de las palabras What's y Up, en español se interpreta como, ¿Qué pasa?, pues la red social siempre ha tenido un sentido de un medio de comunicación cercano a las personas, por lo que dentro de sus funciones estipula, el enviar mensajes privados con el cifrado de extremo a extremo; mantenerse en contacto no solo mediante mensajes, la red social ofrece un servicio de llamadas y videollamadas; consolidar una comunidad generando una colectividad entre personas que tengan un fin común; expresarse, WhatsApp se caracteriza por ser el medio propicio para exteriorizar los sentimientos por medio de mensajes, audios, fotos, videos, stikers, gif y emojis (WhatsApp, sf). Las funciones descritas evidencian a WhatsApp como la mejor forma de mostrar el contexto y la realidad que viven las personas en la actualidad

Por otra parte, lo que se prueba son hechos sucedidos en el pasado, es decir tiene un carácter reconstructivo. Para el juez dentro del proceso judicial la prueba, es la manera de esclarecer esa historia la cual acarrea una situación jurídica y tomar una decisión en derecho que corresponda a los hechos probados (Peláez, 2023), por ende, WhatsApp es el medio de comunicación por excelencia capaz de exteriorizar las intenciones y decisiones de las personas: es el medio propicio para que la realidad se refleje en la verdad procesal.

II. Mensajes de datos - Ley 527 de 1999

La ley 527 de 1999 se promulgó en Colombia para regular el acceso y uso de los mensajes de datos dentro del comercio electrónico y las firmas digitales, adoptando la Ley Modelo establecida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1996 (Naciones Unidas sf). Esta fue la primera norma que regula la incorporación de los medios electrónicos en el comercio electrónico. Para efectos de este ensayo se abordará en particular lo que hace referencia a los mensajes de datos.

La norma mencionada define los mensajes de datos como “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”, o para efectos de esta investigación, la información enviada por una aplicación con servicio de mensajería instantánea, como lo es WhatsApp. Además, la norma menciona como requisitos jurídicos de los mensajes de datos, la integridad, la admisibilidad, la fuerza probatoria y la conservación.

1. Integridad

La integridad de los mensajes de datos es fundamental para garantizar la autenticidad de la información. Según el artículo 269 del Código General del Proceso (CGP), cualquier alteración, manipulación o creación de información sin la participación del autor reconocido, o la introducción de información falsa, constituye un motivo para la procedencia de la tacha de falsedad (Nisimblat, 2023).

2. Admisibilidad

La admisibilidad de la prueba es la etapa procesal en donde el juez tiene la potestad de rechazar aquellas pruebas que sean lícitas, pertinentes, conducentes, útiles (L 1564, art 168, 2012). Por ende, los mensajes de datos que cumplan con estos presupuestos deberán ser admitidas y no se les negará su fuerza obligatoria y probatoria por no ser presentados en su formato original (L 527, 1999).

a. Pertinencia

La pertinencia de los medios de prueba se relaciona con su capacidad para acreditar la hipótesis planteada y los hechos alegados. Es fundamental que, al igual que los hechos deben guardar coherencia con la hipótesis, las pruebas sean adecuadas y pertinentes para el hecho en cuestión.

Esta adecuación debe evaluarse conforme a las reglas de la experiencia y las generalizaciones empíricas aplicables (González, 2022, p. 388).

b. Utilidad

El derecho probatorio exige la presentación de pruebas que logren generar plena convicción en el juez . Por ello, aquellas que no cumplan con este propósito carecen de utilidad, como ocurre en los siguientes casos:

- Cuando se dirigen a contradecir hechos respaldados por presunciones jure et de jure, que no admiten prueba en contrario.
- Cuando resultan innecesarias debido a la existencia de un hecho ya plenamente acreditado.
- Cuando se limitan a probar un hecho que no es objeto de controversia en el proceso.
- Cuando buscan acreditar algo que ya ha adquirido la calidad de cosa juzgada (Parra, 2007, p. 156).

c. Conducencia

La conducencia “...es una comparación entre en el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio” (Parra, 2007, p153). Por ejemplo, si lo que se va a probar en el proceso es un gravamen constituido a un inmueble, el medio probatorio conducente es el certificado de libertad y tradición Este requisito tiene doble finalidad, en primer lugar, no incurrir en un gasto innecesario de tiempo, dinero y trabajo En segundo lugar, resguarda la rectitud de la prueba para prevenir que se obstaculice la actividad probatoria (Echandia, 2017).

d. Licitud

En la admisibilidad de la prueba se determina su licitud, ya que, según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, cualquier prueba obtenida con violación del debido proceso será considerada "nula de pleno derecho". Sin embargo, no solo la vulneración al debido proceso resulta en una prueba ilícita, sino que también lo es aquella obtenida sin la inobservancia de los derechos fundamentales (Giacomette, 2022).

3. Fuerza obligatoria

La fuerza obligatoria es el derecho o la obligación jurídica que crea y que emana de las partes como consecuencia de un acto jurídico que se representa en los mensajes de datos, como por ejemplo el contrato de arrendamiento realizado por este medio del cual emana una obligación tanto para el arrendatario de cubrir los cánones acordados como del arrendador de la entrega de la cosa (Peláez, 2023)

4. Conservación

El CGP en el artículo 78 establece la conservación como una de las cargas a las partes o sus apoderados, pues estos deberán “Adoptar las medidas para conservar en su poder las pruebas y la información contenida en mensajes de datos que tenga relación con el proceso y exhibirla cuando sea exigida por el juez, de acuerdo con los procedimientos establecidos en este código” (L 1564, art78, 2012). Esta conservación en los mensajes de datos, particularmente el sistema de mensajería instantánea WhatsApp, utiliza un sistema de almacenamiento híbrido, lo que significa que los mensajes de datos de un teléfono móvil o dispositivo informático pueden almacenarse en el servidor virtual de la empresa que brinda el servicio, pero también se guardan en un sistema de almacenamiento físico (Cardona, 2020, p. 62).

La información o datos producidos por equipos electrónicos o de tecnología informática y depositada en medios físicos y sistemas virtuales se pueden dividir en metadatos y archivos

a. Metadatos

La etimología de la palabra metadatos indica que son datos sobre datos, pues es toda aquella información que detalla el archivo digital, en el caso de WhatsApp la hora y fecha de “visto” y “entregado” de los mensajes entre otros, o en el caso de un documento de Excel como el autor, fecha de modificación, fecha de creación e identificación del equipo donde se realizó (Cardona, 2020).

b. Archivos

Se refiere a todos aquellos registros que contengan información en formato de audio, texto, imágenes, entre otros, almacenados en un dispositivo tecnológico. Por ejemplo, archivos con extensión .doc que requieren un medio como Microsoft Word para ser visualizados, o en el caso de WhatsApp, al exportar una conversación se genera un documento de texto que puede ser visualizado mediante una aplicación como el Bloc de Notas (Cardona, 2020).

En suma, la Ley 527 de 1999 es la primera materialización de lo que indica el artículo 95 de la Ley 270 de 1996 o en otras palabras la Ley Estatutaria de la Administración de justicia, pues este artículo indica que

“Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones

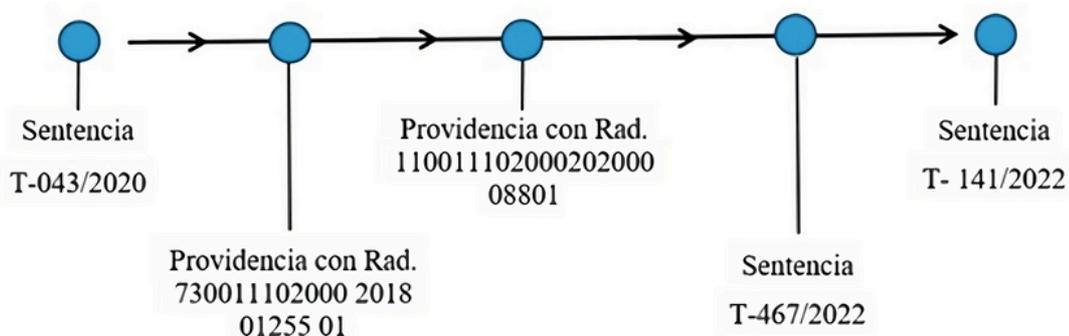
Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales" (L 270, art 95, 1996)

En cuanto a, los conceptos de validez y eficacia serán tratados mediante providencias judiciales, como punto de discusión para refutar o confirmar la fuerza probatoria de los pantallazos de WhatsApp

Sin embargo, la ley en mención fue objeto de demanda por inconstitucionalidad, debido a que un ciudadano consideraba que el artículo 6° era contrario a la Constitución. La Corte Constitucional, después de un profundo estudio, declaró exequible la norma en el entendido de que el artículo no únicamente aplica para la regulación de los mensajes de datos en el campo del comercio electrónico sino que "...hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que obliga a una comprensión sistemática de sus disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico" (CC, Sentencia C 831/01, 2001).

III. Línea jurisprudencial de los pantallazos de WhatsApp

A continuación, se mencionan providencias relevantes en la valoración de los pantallazos de WhatsApp



En la Sentencia T-043 de 2020, la Corte Constitucional analizó un caso relacionado con una relación laboral en la que una empleada informó a su empleador sobre su estado de embarazo a través de una conversación en la aplicación WhatsApp.

En su análisis, la Corte definió la prueba electrónica como aquella presentada mediante medios informáticos, explicando que esta se compone de dos elementos fundamentales: el hardware, que representa la parte física y material, y el software, que incluye los metadatos y los archivos electrónicos asociados. Asimismo, la Corte describió WhatsApp como un “software multiplataforma de mensajería instantánea que, además del envío de texto, permite la transmisión de imágenes, video, audio y la localización del usuario” (CC, Sentencia T-043/20, 2020).

La Corte Constitucional, apoyada de la doctrina argentina, indicó que los pantallazos de WhatsApp debían ser valorados como una prueba indiciaria. Sin embargo, el magistrado Alberto Rojas Ríos decidió realizar la aclaración de voto en la misma sentencia, basado en el artículo 247 del CGP, según el cual:

“Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados Enviados o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos” (L1564, art 247, 2012)

En el año 2022, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial se pronunció con respecto al tipo de prueba de los pantallazos de WhatsApp e indicó por medio de la providencia con radicado Rad 730011102000 2018 01255 01 que, “las capturas de pantalla extraídas de aplicaciones de mensajería instantánea, según lo dispuesto en el artículo 10° de la Ley 527 de 1999, no podían entenderse como “prueba indiciaria” sino documental , a diferencia de lo interpretado por la Corte Constitucional en sentencia T-043 de 2020” (Comisión Nacional de Disciplina Judicial, 2022). Este argumento fue ratificado por medio de la sentencia con radicado Rad 11001110200020200008801.

Igualmente, el Magistrado ponente Jorge Enrique Ibáñez Najar de la Corte Constitucional, por medio de la sentencia T-467/2022, realizó una revisión de las sentencias C- 604 de 2016 y el artículo 247 del CGP para determinar que

“...las copias impresas de los mensajes de datos son medios de convicción que deberán ser valorados según las reglas generales de los documentos y las reglas de la sana crítica, y su fuerza probatoria dependerá del grado de confiabilidad que le pueda asignar el juez atendiendo a las particularidades de cada caso. La confiabilidad se determina por la (i) autenticidad, entendida como la identificación plena del creador del documento, es decir, la certeza que debe tener el juzgador respecto de la persona a quien se le atribuye la autoría del documento; y por (ii) la veracidad de la prueba, esto es, la correspondencia con la verdad de la declaración o representación del hecho allí expresados. En particular, la valoración de este último atributo de la prueba demanda del juez la aplicación de las reglas de la sana crítica, la presunción de buena fe, los principios del debido proceso, de defensa, de igualdad, y de lealtad procesal” (CC, Sentencia T-467/22, 2022).

En 2023, la Corte Constitucional, a través de la sentencia T-141 del mismo año, con ponente la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, reafirmó el valor probatorio de las capturas de pantalla de WhatsApp, señalando que serán válidas siempre y cuando no sean impugnadas o desconocidas, según lo establecido en el CGP.

Sin embargo, la sentencia STL-6609 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia examinó un caso en el que la metodología probatoria utilizada para la presentación de conversaciones de WhatsApp en un proceso judicial por parte de un testigo fue la retención del teléfono móvil, justificada en el deber legal de establecer la verdad. Posteriormente, el teléfono mencionado fue enviado a un perito experto para extraer la información de WhatsApp, lo que implica que el teléfono no solo contiene la información de WhatsApp a extraer, sino también información personal, familiar, laboral, económica y de otras índoles altamente personales de las personas. Por lo tanto, la Sala de Casación Laboral estableció que dejaría sin efecto el decreto de la prueba pericial mencionada, ya que afecta directamente los derechos fundamentales, especialmente la intimidad personal, familiar y el buen nombre.

En suma, la jurisprudencia señalada demuestra que las capturas de pantalla son una prueba documental y deben ser valoradas por las reglas de la sana crítica y esto es debido a equivalencia funcional entre el documento físico y el documento electrónico .

IV. Equivalencia funcional

La Ley 527 de 1999, que se inspira en la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, introduce el principio de la equivalencia funcional. Este principio se fundamenta en analizar el propósito y la función de los documentos tradicionales en papel, con el fin de determinar cómo lograr los mismos objetivos utilizando tecnologías de comercio electrónico.

El documento en papel cumple varias funciones esenciales: garantizar que el documento sea legible y accesible para todos los interesados, asegurar la inviolabilidad y la integridad del documento para prevenir alteraciones, permitir la duplicación del documento para que todas las partes involucradas cuenten con una copia auténtica, posibilitar la autenticación de los datos mediante la firma correspondiente, y proporcionar un formato aceptado para la presentación de documentos ante autoridades públicas y órganos judiciales (Nisimblat, 2023, p. 461).

De acuerdo con este principio, cualquier documento electrónico que cumpla con estas funciones puede ser considerado equivalente a un documento físico. En este sentido, el Código General del Proceso (CGP) en su artículo 247 establece que, cuando se imprima un mensaje de datos, este debe ser valorado según las mismas reglas que rigen los documentos tradicionales.

En consecuencia, todo documento electrónico que acredite estas funciones podrá ser tenido en cuenta como un documento físico. De la misma manera, el CGP en el artículo 247 denota que cuando se haya realizado la *simple impresión* de un mensaje de datos, deberá ser valorado por las reglas generales de los documentos.

V. Documento

El documento debe concebirse como un medio que expone, presenta y transmite información. Se trata de un elemento que recoge datos de manera declarativa o representativa, tal como lo establece el Código General del Proceso (CGP) en su artículo 243, al señalar que su "...finalidad es conservar y transmitir información a través de mensajes, siendo el soporte material de dicha información, con la función de facilitar el conocimiento mediante la fijación y conservación de los datos" (Peláez, 2023). En este sentido, los documentos se consideran objetos materiales que contienen la expresión escrita de un pensamiento humano, los cuales pueden ser incorporados a un expediente o a las actuaciones judiciales.

Así, la prueba documental se define como el medio de prueba que consiste en una serie de acciones orientadas a persuadir al tribunal sobre la veracidad de ciertos hechos, a través de la valoración y apreciación de los documentos presentados (Escobar y Albarello, 2013).

Taxativamente, el artículo 243 de la mencionada Ley indica que

“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares” (L 1564, Art 243, 2012).

El Código General del Proceso (CGP), en su artículo 243, establece una clasificación de los documentos en dos categorías: públicos y privados. Los documentos públicos son aquellos elaborados por funcionarios públicos, mientras que los documentos privados provienen de actos privados. En el contexto de esta investigación, nos enfocamos en los documentos privados, particularmente aquellos que contienen conversaciones de WhatsApp, y cómo estos pueden ser utilizados como prueba en un proceso judicial. En este sentido, resulta pertinente destacar lo dispuesto en el artículo 247 del CGP, que señala que “la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos” (L 1564, Art. 247, 2012).

VI. Autenticidad de los documentos

El Código General del Proceso (CGP) establece en su artículo 244 que los documentos se presumen auténticos siempre y cuando no hayan sido objeto de tacha o desconocimiento (L 1564, Art 244, 2012). Esto implica que quien presenta el documento lo hace bajo esta presunción de autenticidad, y la carga de la prueba para desvirtuarla recae en la contraparte.

En particular, la autenticidad de fotografías con carácter representativo, como las capturas de WhatsApp, ha sido establecida en la sentencia STC16733-2022 por el Tribunal Superior de la Sala Civil – Familia de Bucaramanga. En dicha sentencia se menciona que

“El valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa los hechos que se le atribuyen, y no otros diferentes en razón del tiempo, del lugar o del cambio de posición de los elementos dentro de la escena capturada. Para ello, el juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto” (Tribunal Superior, S C -F, 2022)

Sin embargo, esta autenticidad sigue estando bajo la presunción establecida por el CGP, y será la contraparte la encargada de desvirtuarla.

VII. Sistemas en la valoración de las pruebas

Los sistemas de valoración de pruebas utilizados en Colombia incluyen la tarifa legal, la íntima convicción y la libre apreciación, también conocida como convicción razonada o persuasión racional.

En la actualidad, la libre apreciación es el sistema más utilizado en los procesos judiciales. Está es un sistema que integra elementos objetivos y subjetivos de los dos sistemas anteriores. Por un lado, incorpora los elementos objetivos que caracterizaban al sistema de tarifa legal, por otro lado, incluye los elementos subjetivos que se utilizaban en el sistema de íntima convicción.

La libre apreciación se basa en un estudio analítico de los hechos y una apreciación exhaustiva de los elementos, siguiendo los principios de la sana crítica. Estos principios incluyen el sentido común, la ciencia, las reglas de la experiencia y la lógica. De esta manera, el juez puede valorar las pruebas de manera objetiva y razonada, tomando en cuenta todos los elementos relevantes del caso y basándose en los principios de la sana crítica (Del Rio y Luna, 2020).

En consecuencia y como se ha mencionado anteriormente, los pantallazos de WhatsApp deben ser valorados según las reglas de la sana crítica o por

“el conjunto de reglas que el juez observa para determinar el valor probatorio de la prueba. Estas reglas no son otra cosa que el análisis racional y lógico de la misma. Es racional, por cuanto se ajusta a la razón o el discernimiento humano. Es lógico, por enmarcarse dentro de las leyes del conocimiento. Dicho análisis se efectúa por regla general mediante un silogismo, cuya premisa mayor la constituyen las normas de la experiencia y la menor, la situación en particular, para así obtener una conclusión” (Corte Constitucional, Sentencia T-041/18)

En otras palabras, toda conclusión empírica, basada en la observación de lo que comúnmente ocurre o en las reglas de la experiencia, se contrastan con casos específicos. Así, la decisión de un juez sobre la valoración de la prueba depende en gran medida de estas normas de experiencia y de los elementos empíricos, los cuales están condicionados por factores sociales, políticos, económicos y culturales presentes en un momento determinado. Es importante destacar que estos elementos son susceptibles de cambios y transformaciones conforme la sociedad avanza y evoluciona (Giacomette, 2022).

VIII. Medios de impugnación de los pantallazos de WhatsApp

El objeto de impugnación de los pantallazos de WhatsApp se basa en diversos aspectos, principalmente en la falsedad ideológica y material de los documentos. La falsedad ideológica se refiere a “la inclusión en el documento de información falsa” (Nisimblat, 2023, p. 465) y puede ser controvertida a través de las excepciones de mérito. Por otro lado, la falsedad material hace referencia a “una alteración, manipulación o

creación sin la participación del reputado autor” (Nisimblat, 2023, p. 465), y esta puede ser impugnada mediante la tacha de falsedad.

1. Tacha de falsedad

Según Azula Camacho (2015), la tacha de falsedad es “...la alteración total o parcial del texto, del contenido del documento o de su firma. En consecuencia, hay falsedad material cuando se borra, cambia o agrega una parte del texto” (p 264).

La procedencia de la tacha de falsedad supone los siguientes presupuestos, que sea un documento autentico, que la prueba influya en la decisión, que sea presentada por la parte contra quien se presenta el documento. Este medio de impugnación se deberá presentar como regla general en la contestación de la demanda, en la audiencia o diligencia y en las demás oportunidades que autorice el juez como en la apelación cuando no pudieren ser presentadas en primera instancia por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria (Azula Camacho, 2015).

El procedimiento para impugnar los pantallazos de WhatsApp se estructura en cuatro etapas procesales. En primer lugar, se presenta la petición, en la que debe especificarse claramente la naturaleza de la falsedad. En segundo lugar, se realiza la admisión de la petición, seguida del correspondiente traslado. A continuación, se emite el decreto sobre las pruebas solicitadas por la parte que interpone la tacha de falsedad, ya que es quien debe demostrar la falsedad del documento. En esta fase, la falsedad debe ser corroborada mediante cualquier medio probatorio disponible, destacando que, en el caso de los pantallazos de WhatsApp, la prueba pericial es el método preferido. Finalmente, el proceso concluye con la decisión del juez sobre la impugnación presentada.

2. Desconocimiento del documento

Uno de los requisitos esenciales para la procedencia de la tacha de falsedad es la autenticidad del documento, la cual, de no cumplirse, debe impugnarse mediante el desconocimiento del mismo . Este desconocimiento se refiere a la "negación de autoría o participación en el documento" (Nisimblat , 2023), lo que implica que el juez debe tener la certeza sobre la identidad del autor del documento. Es fundamental resaltar que, en el caso de los mensajes de datos, si estos contienen la información necesaria para identificar al autor sin necesidad de una firma, no se les puede restar eficacia probatoria.

El desconocimiento del documento se aplica cuando se le atribuye a una parte un documento que carece de firma o manuscrito. En cuanto a la carga de la prueba, en este caso difiere de la tacha de falsedad, ya que quien interpone el desconocimiento solo debe afirmar la falta de autenticidad, mientras que la carga probatoria recae sobre quien introdujo el mensaje de datos en el proceso. En cuanto a la oportunidad, legitimación y proceso, estos se mantienen iguales a los establecidos para la tacha de falsedad.

Conclusión

Los pantallazos de WhatsApp han generado un debate relevante en el derecho probatorio, particularmente en lo que concierne a su autenticidad, integridad y valor probatorio. A lo largo de la evolución legislativa y jurisprudencial, se ha consolidado la idea de que estos deben ser tratados como documentos electrónicos, lo que otorga un respaldo formal a su uso como prueba documental en los procesos judiciales, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la Ley 527 de 1999 y el Código General del Proceso. Este reconocimiento jurídico subraya la importancia de garantizar la seguridad jurídica y de preservar los principios de contradicción y defensa en los procesos judiciales.

Sin embargo, a pesar de que la jurisprudencia ha abierto la puerta a la aceptación de los pantallazos de WhatsApp como prueba documental, algunos jueces aún se resisten a evolucionar hacia el uso de pruebas digitales. Estos jueces continúan aferrándose a la valoración de pruebas tradicionales, lo que limita la incorporación efectiva de la tecnología en las instancias judiciales. Esta postura conservadora impide que el sistema judicial se adapte plenamente a las nuevas realidades tecnológicas, lo que puede obstaculizar el acceso a la justicia y la resolución eficiente de casos en los que las pruebas digitales juegan un papel crucial.

La falta de familiarización con estos nuevos medios probatorios, combinada con el temor a la manipulación de pruebas digitales, perpetúa una brecha entre el avance tecnológico y su aplicación en la administración de justicia.

Bibliografía

- Bucaramanga, T S-F (2022) STC16733-2022
- Carnelutti, F (1995) La Prueba Civil Buenos Aires: aravú
- Cojón, J C (2017) El uso de WhatsApp en la comunicación entre adolescentes Universidad de San Carlos de Guatemala Escuela de Ciencias de la Comunicación
- Ley 527/99, agosto 21, 1999 Diario Oficial: 43673 (Colombia)
- Ley 1564/12, julio 12, 2012 Diario Oficial: 48489 (Colombia)
- Corte Constitucional [CC], Agosto 8, 2001 MP: Alvaro Tafur Galvis Sentencia C/831 Colombia Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-831-01.htm>
- Corte Constitucional [CC], febrero 4, 2019 MP: José Fernando Reyes Cuartas Sentencia T- 041 Colombia Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-041-19.htm>
- Corte Constitucional [CC], febrero 10, 2020 MP: José Fernando Reyes Cuartas Sentencia T-043 Colombia Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-043-20.htm>
- Corte Constitucional [CC], diciembre 1, 2022 MP: Jorge Enrique Ibáñez Sentencia T-467 Colombia Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-467-22.htm>
- DataReport (2022) DataReport Obtenido de <https://datareportal.com/reports/digital-2022-global-overview-report>
- Echandia, H D (2017) Teoría General de la Prueba Judicial (Sexta ed, Vol 1) Bogotá, Colombia: Temis
- Enrique del Rio Gonzáles, F L (2020) La prueba indiciaria una mirada desde los sistemas procesales civil y penal Bogotá: Ibañez
- Ferrer, A G (2022) Teoría general de la Prueba Concordada con el Código General del Proceso y Soportes Jurisprudenciales (Cuarta ed) Bogotá, Colombia: Ibañez
- Jenny Escobar, H A (2013) Dinámica de la prueba Bogotá

- Comisión Nacional de Disciplina Judicial, noviembre 30, 2022 MP: Carlos Arturo Ramírez Vásquez Colombia Rad 11001110200020200008801
- Comisión Nacional de Disciplina Judicial, agosto 31, 2022 MP: Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo Colombia Rad 730011102000 2018 01255 01
- Lagier, D G (2022) Manual de Razonamiento Probatorio
- Lisboa, J L (18 de abril de 2018) INVESTIGACIÓN CUALITATIVA: FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS, TEÓRICOS Y METODOLÓGICOS (144), 69-76
- Medina, D E (2021) El Derecho de los Jueces (segunda ed) Bogotá, Colombia: Legis
- Nisimblat, N (2023) Derecho Probatorio tecnologías de la información y la comunicación (Quinta ed) Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley
- Peláez, R A (2023) Manual de la Prueba (Sexta ed) Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva jurídica
- Pérez, J D (2020) La valoración de la prueba o evidencia digital en los procesos judiciales Bogotá, Colombia: Ibañez
- Quijano, J P (2007) Manual de Derecho Probatorio (Sexta ed) Bogotá, Colombia: librería ediciones del profesional LTDA
- Tribunal Superior, Sala Civil - Familia de Bucaramanga, diciembre 14, 2022 MP: Octavio Augusto Tejeiro Duque STC16733/2022 Colombia
- Unidas, N (sf) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Obtenido de Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) con su nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998: https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce
- WhatsApp (sf) Obtenido de https://www.whatsapp.com/privacy?lang=es_LA

Homenaje a Germán Cavelier

CAVELIER
ABOGADOS



Homenaje a Germán Cavelier





Compilación de normas y jurisprudencia colombiana sobre denominaciones de origen desde 1929 hasta 1994

Por Germán Cavelier

Índice

I. Normas legales

1. Convención Interamericana de protección marcaria y comercial, de Washington, 1929
2. Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena
3. Decreto 117 del 14 de enero de 1994
4. Convención Colombo-Francesa de 1901 sobre propiedad industrial
5. Convención de París de 1883
6. La denominación origen “café”

II. Jurisprudencia del Consejo de Estado

1. Sección Primera. Sentencia de 21 de febrero de 1972. Nulidad del artículo 6° del Decreto 296 de 1954, sobre Denominación de Vinos Nacionales
2. Sección Primera. Sentencia de 3 de diciembre de 1973. Denominación de origen CHAMPAÑA

II. Resoluciones de la División de Propiedad Industrial

1. Resolución de 9 de mayo de 1957: LÁGRIMA CHRISTI
2. Resolución de 11 de enero de 1967: JEREZ DE LA FRONTERA
3. Resolución de 5 de septiembre de 1968: TORINO
4. Resolución de 11 de junio de 1973: PERUGIA
5. Resolución de 3 de mayo de 1974: VICHY
6. Resolución de 3 de mayo de 1974: VICHY
7. Resolución de 3 de mayo de 1974: VICHY
8. Resolución de 30 de agosto de 1974: EVIAN
9. Resolución 2818 (2 de junio de 1977): MOKA
10. Resolución 1477 de 1978: AVIGNON
11. Resolución 10185 (20 noviembre 1984): VAL DE LOIRE
12. Resolución 2147 (2 octubre 1985): TIPO CHAMPAÑA
13. Resolución 01773 (15 diciembre 1986): GLEN RONALD
14. Resolución 0806 (15 de febrero de 1988): EL ESCOCES
15. Resolución 8607 (12 diciembre 1988): MISS BORGOÑA (marca de producto)
16. Resolución 1064 (7 marzo 1989): MISS BORGOÑA (marca de servicio)
17. Resolución 8416 (21 septiembre 1989): CHAMPAGNE
18. Resolución 520 (6 de febrero 1990): COGNAC
19. Resolución 3883 (21 mayo 1990): CHAMPAÑA
20. Resolución 2969 (17 abril 1990): SOLINGEN
21. Resolución 6307 (7 septiembre 1990): MARCEL FRANCE
22. Resolución 1492 (13 agosto 1979): BLENDED WHISKY
23. Resolución 2198 (12 octubre 1990): CHAMPAGNE

Resumen

Este texto es una exhaustiva recopilación de normas y jurisprudencia colombiana sobre las denominaciones de origen, realizada por uno de los abogados más distinguidos y reconocidos de su época en el campo de la propiedad intelectual: Germán Cavalier. La importancia de esta compilación radica en su valor como guía fundamental para entender la evolución de la protección legal de las denominaciones de origen en Colombia, además de ser una herramienta que facilita la consulta y el análisis del marco jurídico. Con la protección que ofrecen, las denominaciones de origen garantizan la autenticidad, calidad y prestigio de los productos locales, promoviendo el desarrollo de las comunidades productoras y fortaleciendo la economía regional, además de preservar saberes y tradiciones ancestrales en un mundo cada vez más globalizado.

Palabras clave: Denominaciones de origen, Champagne, Blended Whisky, Marcel France, café de Colombia, Jerez de la Frontera.

Abstract

This text is an exhaustive compilation of Colombian regulations and jurisprudence on designations of origin, crafted by one of the most distinguished and renowned lawyers of his time in the field of intellectual property: Germán Cavalier. The importance of this compilation lies in its value as a fundamental guide to understanding the evolution of legal protection for designations of origin in Colombia, as well as being a tool that facilitates consultation and analysis of the legal framework. Compiling norms and jurisprudence is essential for consolidating and organizing knowledge in a specific area, allowing professionals, researchers, and legislators to access an integrated and systematic view of the regulations, thereby promoting coherent interpretation and effective application of laws. Through the protection they offer, designations of origin ensure the authenticity, quality, and prestige of local products, promote the development of producing communities, strengthen regional economies, and preserve ancestral knowledge and traditions in an increasingly globalized world.

Keywords: Designations of origin, Champagne, Blended Whisky, Marcel France, Colombian coffee, Jerez de la Frontera.

I. Normas legales

1. Convención Interamericana de protección marcaria y comercial, de Washington, 1929.

"Artículo 20 - Todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial o al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades industriales o mercantiles, será considerado como de competencia desleal, y por tanto, injusto y prohibido."

"Artículo 21 - Se declaran de competencia desleal los siguientes actos, y al no estar señaladas sus penas en la legislación interna de cada Estado contratante, se reprimirán de acuerdo con las prescripciones de esta convención:

- a) Los actos que tengan por objeto dar a entender, directa o indirectamente, que los artículos o actividades mercantiles de un fabricante, industrial, comerciante o agricultor pertenecen o corresponden a otro fabricante, industrial, comerciante o agricultor de alguno de los otros Estados contratantes, ya sea apropiándose o simulando marcas, símbolos, nombres distintivos, imitando etiquetas, envases, recipientes, nombres comerciales u otros medios usuales de identificación en el comercio;
- b) Las falsas descripciones de los artículos, usando palabras, símbolos y otros medios que tiendan a engañar al público en el país donde estos actos ocurran, con respecto a la naturaleza, calidad o utilidad de las mercancías;
- c) Las falsas indicaciones de origen o procedencia geográficos de los artículos, por medio de palabras, símbolos, o de otra manera, que tiendan a engañar en ese respecto al público del país donde estos hechos ocurran;
- d) Lanzar al mercado u ofrecer o presentar en venta al público un artículo, producto o mercancía bajo forma o aspectos tales, que aun cuando no contenga directa ni indirectamente indicación de origen o procedencia geográficos determinados, dé o produzca la impresión, ya por los dibujos, elementos ornamentales o idiomas empleados en el texto, de ser un producto, artículo o mercancía originado, manufacturado o producido en otros de los Estados contratantes;
- e) Cualesquiera otros hechos o actos contrarios a la buena fe en materias industriales, comerciales o agrícolas que, por su naturaleza o finalidad, puedan considerarse análogos o asimilables a los anteriormente mencionados.

"Artículo 22 - Los Estados contratantes que aún no hayan legislado sobre los actos de competencia desleal, mencionados en este capítulo, aplicarán a ellos las sanciones contenidas en su legislación sobre marcas, o en cualesquiera otras leyes, y ordenarán la suspensión de dichos actos a petición de las personas perjudicadas, ante las cuales los causantes serán también responsables por los daños y perjuicios que les hayan ocasionado."

2. Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena.

"ARTICULO 82.- No podrán registrarse como marcas los signos que:

- i) Reproduzcan o imiten una denominación de origen protegida, consistan en una indicación geográfica nacional o extranjera susceptible de inducir a confusión respecto a los productos o servicios a los cuales se aplique; o, que en su empleo puedan inducir al público a error con respecto al origen, procedencia, cualidades o características de los bienes para los cuales se usan las marcas;

CAPITULO VII
DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN

ARTICULO 129.- Se entenderá por Denominación de Origen, una indicación geográfica constituida por la denominación de un país, de una región o de un lugar determinado, o constituida por una denominación que sin ser la de un país, una región o un lugar determinado se refiere a un área geográfica determinada, utilizada para designar un producto originario de ellos y cuyas cualidades o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual se produce, incluidos los factores naturales y humanos.

ARTICULO 130.- La utilización de denominaciones de origen con relación a los productos naturales, agrícolas, artesanales o industriales provenientes de los Países Miembros, queda reservada exclusivamente para los productores, fabricantes y artesanos que tengan sus establecimientos de producción o de fabricación en la localidad o región del País Miembro designada o evocada por dicha denominación.

ARTICULO 131.- El derecho de utilización exclusiva de las denominaciones de origen se inicia con la declaración que al efecto emita la oficina nacional competente. El uso de las mismas por personas no autorizadas, será considerado un acto de competencia desleal objeto de sanción, incluyendo los casos en que vengan acompañadas de indicaciones tales como género, tipo, imitación y otras similares que creen confusión en el consumidor.

ARTICULO 132.- No podrán ser declaradas como denominaciones de origen, aquellas que:

- a) No se ajusten a la definición contenida en el artículo 129;
- b) Sean contrarias a las buenas costumbres o al orden público o que pudieran inducir a error al público sobre la procedencia, la naturaleza, el modo de fabricación o las características o cualidades de los respectivos productos;
- c) Sean indicaciones comunes o genéricas para distinguir el producto de que se trate, entendiéndose por ello las consideradas como tales tanto por los concededores de la materia, como por el público en general.

ARTICULO 133.- La declaración de protección de una denominación de origen se hará de oficio o a petición de quienes demuestren tener legítimo interés, entendiéndose por tales, las personas físicas o morales que directamente se dediquen a la extracción, producción o elaboración del producto o los productos que se pretendan amparar con la denominación de origen.

Las autoridades estatales, departamentales, provinciales o municipales, también se considerarán interesadas, cuando se trate de denominaciones de origen de sus respectivas circunscripciones.

ARTICULO 134.- La solicitud de declaración de protección de una denominación de origen se hará por escrito ante la oficina nacional competente, debiendo indicar:

- a) Nombre, domicilio, residencia y nacionalidad del o los solicitantes, así como el interés jurídico;
- b) La denominación de origen solicitada;
- c) El área geográfica de producción, extracción o elaboración del producto que se distinguirá con la denominación, delimitándola atendiendo caracteres geográficos y divisiones políticas;
- d) La descripción detallada del producto o los productos que distinguirá la denominación solicitada, así como sus características.
- e) Cualquiera otra indicación dispuesta por la oficina nacional competente.

ARTICULO 135.- Admitida la solicitud, la oficina nacional competente analizará, dentro de los treinta días hábiles siguientes, si cumple con los requisitos previstos en el presente Capítulo y con aquellos establecidos por las legislaciones internas de los Países Miembros, siguiendo posteriormente el procedimiento relativo a publicación de la solicitud y presentación de las observaciones previsto para el registro de marcas de la presente Decisión.

ARTICULO 136.- La vigencia de la declaración que confiera derechos exclusivos de utilización de una denominación de origen, estará determinada por la subsistencia de las condiciones que la motivaron, a juicio de la oficina nacional competente, la cual podrá declarar el término de su vigencia si dichas condiciones no se han mantenido. No obstante, los interesados podrán solicitarla nuevamente cuando consideren que se han restituido las condiciones para su protección, sin perjuicio de los recursos administrativos previstos en las legislaciones internas de cada País Miembro.

ARTICULO 137.- La autorización para utilizar una denominación de origen cuya protección declaró la oficina nacional competente, deberá ser solicitada ante ésta por las personas que:

- a) Directamente se dediquen a la extracción, producción o elaboración de los productos distinguidos por la denominación de origen;
- b) Realicen dicha actividad dentro del territorio determinado en la declaración;
- c) Cumplan con otros requisitos requeridos por las oficinas nacionales competentes.

ARTICULO 138.- La autorización deberá ser otorgada o denegada por la oficina nacional competente en un lapso de quince días hábiles contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

ARTICULO 139.- La autorización para el uso de una denominación de origen protegida tendrá una duración de diez años, pudiendo ser renovada por períodos iguales, de conformidad con el procedimiento para la renovación de marcas establecido en la presente Decisión.

ARTICULO 140.- La oficina nacional competente podrá declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad de la autorización para el uso de una denominación de origen protegida, previa audiencia de las partes, si fue concedida en contravención a la presente Decisión.

ARTICULO 141.- La autorización para utilizar una denominación de origen protegida, caducará si no se solicita su renovación dentro de los plazos previstos para la renovación de marcas de la presente Decisión.

De la misma forma, será motivo de caducidad la falta de pago de las tasas, en los términos que acuerde la legislación nacional de cada País Miembro.

ARTICULO 142.- Las oficinas nacionales competentes podrán declarar la protección de denominaciones de origen de países de la Subregión, cuando la solicitud la formulen sus productores, extractores, fabricantes o artesanos que tengan legítimo interés o las autoridades públicas de los mismos. En el caso de terceros países, las oficinas nacionales competentes podrán declarar la protección, siempre que ello esté previsto en algún convenio del cual el País Miembro sea parte, o cuando el tercer país le conceda reciprocidad de trato en la materia. Para solicitar dicha protección, las denominaciones de origen deben haber sido declaradas como tales en sus países de origen.

Las denominaciones de origen protegidas en otros países no serán consideradas comunes o genéricas para distinguir algún producto, mientras subsista dicha protección.

3. Decreto 117 del 14 de enero de 1994

CAPITULO VI

DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN

ARTICULO 21.-Requisitos adicionales de la solicitud. Los requisitos a que se refiere el literal e) del artículo 134 de la Decisión 344, son:

- a) Nombre, dirección y domicilio del apoderado, si fuere del caso;
- b) Si fuere del caso, poder debidamente otorgado o mención de su protocolización ante la Superintendencia de Industria y Comercio;
- c) Las pruebas que demuestren que las cualidades o características del producto se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual se produce, incluidos los factores naturales y humanos;
- d) El comprobante de haber pagado la tasa de presentación establecida.

ARTICULO 22.-Trámites. Los trámites vinculados con denominaciones de origen, se registrarán por lo dispuesto en materia de marcas en la Decisión 344 y en el presente reglamento, en lo que fuere pertinente.

4. Convención Colombo-Francesa de 1901 sobre propiedad industrial

"Artículo 1.- Los ciudadanos de cada una de las altas partes contratantes tendrán, en el territorio de la otra, los mismos derechos que los nacionales, en lo que mira tanto a los privilegios de invención, marcas de fábrica, etiquetas, rótulos, nombres de comercio de fábrica, razones sociales, dibujos y modelos de fábrica, cuanto a las indicaciones y nombres de los lugares de origen."

"Artículo 2.- Para asegurarse la protección garantizada en el artículo anterior, los solicitantes de uno y otro Estado no necesitan establecer su residencia o su representación mercantil en el país cuya protección reclamen; pero sí deberán observar las demás condiciones y formalidades prescritas en las leyes y reglamentos de ese país."

"Artículo 5.- El hecho de estampar o de hacer estampar sobre algunos productos una falsa indicación de origen, en la que uno de los Estados contratantes o un lugar situado en cualquiera de ellos resulte directa o indirectamente indicado como país o como lugar de origen, se castigará conforme a la legislación de cada Estado. Si alguna de las legislaciones no lo ha previsto, este hecho quedará sujeto a que se le apliquen las disposiciones prescritas para la falsificación de marca."

"Artículo 6.- Los artículos 3 y 5 se aplicarán, a instancia del ministerio público o de parte interesada, individuo o sociedad, conforme a la legislación de cada Estado.

"Se considerará parte interesada a cualquier fabricante, comerciante o productor que contribuya a la fabricación, al comercio o a la producción del producto de que se trate y que se halle establecido en la ciudad, localidad, región o país falsamente indicadas como lugar de origen.

"En los casos de tránsito, las autoridades no quedarán obligadas a aplicar la pena de comiso."

Para leer el artículo completo
puedes acceder haciendo click aquí



