TEMAS PROCESALES

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL
Director: Dr. Eugenio Prieto Mesa
ISSN 0120-8519

25
JUNIO
2001

- **Hernando Devis Echandía**
  Dr. Eugenio Prieto Mesa
- **Derecho sustancial de principios y sus efectos en el derecho procesal**
  Dr. Eugenio David Andrés Prieto Quintero
- **Los límites subjetivos de la cosa juzgada desde el horizonte de la bilateralidad de la audiencia**
  Dr. Martín Agudelo Ramírez
- **Garantismo o paternalismo - una pregunta perversa**
  Dr. Armando Luis Calle Calderón
- **Los límites de la justicia constitucional**
  Dra. Marina Gascón A.
- **La sentencia**
  Dra. Beatriz Quintero de Prieto
- **Tutela diferenciada extrajudicial**
  Dr. Juan Bautista Parada Caicedo
- **La incidencia de la doctrina constitucional en el derecho laboral colombiano**
  Dres. Luis Carlos Jaramillo Franco y Luis Carlos Peña Marín
- **Nociones básicas sobre la investigación y la privación de la libertad en el Nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000)**
  Dr. John Jairo Ortiz Alzate
- **De la libertad, la detención y la captura en la nueva legislación procesal penal. Ley 600 de 2000**
  Dr. José Luis Jiménez Jaramillo

Editorial Leyer

TEMAS PROCESALES

No. 25 • Junio de 2001

Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal

Correspondencia:

Eugenio Prieto Mesa

Cra. 49 No. 50-22 Of. 601

Medellín

Servicio de dudas e inquietudes

E-mail euabogados@emp.net.co

Colombia
No. 25
Junio de 2001
ISSN 0120-8519

TEMAS PROCESALES

DIRECTOR
Dr. Eugenio Prieto Mesa

Artes y diseño
Editorial Leyer Ltda.

Impresión, encuadernación y terminados
Editorial Leyer Ltda.
Calle 20 No. 3-70
Tels. 2827913-2827930
Bogotá, D.C.

La revista es de circulación pública

Editorial Leyer se hace responsable únicamente por las suscripciones efectuadas a través de nuestras sucursales o directamente por la oficina principal en Bogotá, D.C.

Los artículos publicados en la presente revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

PLANTA Y OFICINAS PRINCIPALES
Calle 20 No. 3-70
Tels. 2821903 - 2827913 - 2827930
FAX (1) 282 23 73
edileyer@latino.net.co
edileyer@empresario.com.co
www.empresario.com.co/edileyer
Apartado Aéreo 31386
Bogotá, D.C. - Colombia

LIBRERÍAS Y SUCURSALES

BOGOTÁ, D.C.
Cra. 7ª No. 12-15
Tels. 3429097 - 3364200
FAX (1) 2822373
A. A. 31386

BUCARAMANGA
Calle 35 No. 12-41
Tels. 6428265
6428260

SANTA MARTA
Calle 17 No 4 - 16
Sede Inurbe

PEREIRA
Cra. 6ª No. 19-45
Tel. 3340323

MANIZALES
Cra. 24 No. 21-24
Tel. 8831370

MONTERÍA
Calle 27 No. 4-18
Tel. 7821879

MEDELLÍN
Av. La Playa con Sucre
Calle 52 No. 47-28 Of. 804
Tels. 2517381 – 2517382
Edificio La Ceiba

BARRANQUILLA
Cra. 44 No. 38-11
Piso 13 Of. 13-F
Tel. 3414176
Edificio Banco Popular

CALI
Cra. 5ª No. 12-16 Of. 809
Tel. 8802217
Edificio Suramericana

CARTAGENA
Calle del Cuartel No. 36-122
Tel. 6646632

POPAYÁN
Calle 6ª No. 9-08
Tel. 8220741

ARMENIA
Calle 21 No. 11-29
Tel. 7441522

SUMARIO

- **Hernando Devis Echandía**

  Dr. Eugenio Prieto Mesa 7

- **Derecho sustancial de principios y sus efectos en el derecho procesal**

  Dr. Eugenio David Andrés Prieto Quintero 9

- **Los límites subjetivos de la cosa juzgada desde el horizonte de la bilateralidad de la audiencia**

  Dr. Martín Agudelo Ramírez 19

- **Garantismo o paternalismo - una pregunta perversa**

  Dr. Armando Luis Calle Calderón 27

- **Los límites de la justicia constitucional**

  Dra. Marina Gascón A. 53

- **La sentencia**

  Dra. Beatriz Quintero de Prieto 65

- **Tutela diferenciada extrajudicial**

  Dr. Juan Bautista Parada Caicedo 81

- **La incidencia de la doctrina constitucional en el derecho laboral colombiano**

  Dres. Luis Carlos Jaramillo Franco y Luis Carlos Peña Marín 95

- **Nociones básicas sobre la investigación y la privación de la libertad en el Nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000)**
  Dr. John Jairo Ortiz Alzate 103

- **De la libertad, la detención y la captura en la nueva legislación procesal penal. Ley 600 de 2000**
  Dr. José Luis Jiménez Jaramillo..... 119

HERNANDO DEVIS ECHANDÍA

De poetas y juristas está la Patria llena, se dice por muchos. Mi comunión principal ha sido con los bardos, y considerándome muy generoso pienso que son rescatables, no exactamente geniales, tres nombres. Si miramos un tanto despectivamente nuestra tradición hispánica, no propiamente cuna de hombres extraordinarios, vemos con desolación que nos multiplican casi pisoteándonos. Qué pena sin alegría. Hay pocos motivos para el regocijo.

Cuando el panorama refiere a los juristas, el autoexamen es todavía más melancólico. El resultado creativo bordea desde muy cerca al cero. Estudiosos ha habido sin duda, pero quién ha eslabonado una teoría sobre cualquier punto y cuál, si se hubiese intentado generar, tiene raíz, arraigo, permanencia? Y esto ocurre por desgracia en todos los campos del derecho. Bien parece ser que en nuestro medio la palabra "derecho", como lo anota uno de nuestros mejores narradores contemporáneos, es el peor enemigo de la justicia. Y sin ésta todo quehacer en el tema es inane.

Nos queda un arrume de personas que han dedicado sus vidas al trabajo interpretativo de la ley, y al trasplante a nuestro medio, con explicaciones no siempre felices, de pensamientos que en la materia constituyen luces verdaderas en el mundo foráneo. Pobre país sin poetas ni juristas, diría yo.

Con todo, ha existido una camada no muy larga ni muy ancha de hombres que se han esforzado por estudiar, entender y aún cogitar en el campo del derecho. Que aunque no son símbolo de la patria ni han hecho cauce qué seguir, ni resultan, a fin de cuentas, paradigma de nada, son lo mejor que tenemos y de algún modo entrañan el punto de partida y el modelo para superar. Constituyen el comienzo que no es poca cosa, y desde este prisma merecen no solo toda nuestra atención sino también nuestro estímulo.

Hernando Devis Echandía fue uno de estos iniciadores, que, por serlo, hace de él una personalidad recia, digna de elogio y luz orientadora.

Salido de la escuela de derecho, por circunstancias particularmente

concomitantes, se vio impelido, empujado casi, a dar la cátedra del derecho procesal, situación que lo forzó a encarar el reto con denuedo, con religiosidad diría yo. Y de allí, de esa génesis casual y original, surgió lo que pudiéramos llamar el líder o iniciador del derecho procesal en nuestra Nación. Y en el proceso de su formación logró algo que lo exalta y hace que su nombre esté sólo en la primera fila de esta disciplina, distinguir el procedimentalismo trasnochado existente, y que aún tiene ramalazos intensos entre nosotros, y el derecho procesal como ciencia vertebrada e identificable en el campo del derecho. Saltó de lo anecdótico, del cuotidianismo propio de la simple mecánica o tramitación, a la concepción científica del derecho procesal para lo cual fue menester que tumbara creencias, prejuicios y cierto arrastrado y pusilánime entendimiento práctico que servía de vallado para impedir que la ciencia hiciera su arribo. Aún hoy quedan lamentables vestigios en nuestras universidades de aquél procedimentalismo barato, torpe, ciego, sin luz y sin ciencia.

Pero en ese salto mayúsculo, valeroso, coruscante, radica el gran mérito del procesalista muerto. Este Centro de estudios que estuvo tan cerca de él por muchos años, aplaudiéndolo y criticándolo, pero ante todo amándolo, lamenta su desaparición y clama porque muchos entre nosotros sigan su huella, y ojalá la superen si el genio ayuda. Ésta será una meta hercúlea, y no conozco todavía quién la ha logrado.

Eugenio Prieto Mesa

DERECHO SUSTANCIAL DE PRINCIPIOS Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO PROCESAL

Dr. Eugenio David Andrés Prieto Quintero[1]

SUMARIO: Ideas introductorias al asunto de los principios en la nueva corriente jurídica sustancial. De cómo el derecho sustancial moderno, el de los principios, exige que se cambie radicalmente la teoría general del proceso, y, especialmente, las instituciones concretas de la misma.

IDEAS INTRODUCTORIAS AL ASUNTO DE LOS PRINCIPIOS EN LA NUEVA CORRIENTE JURÍDICA SUSTANCIAL

Es claro que se está en presencia de una nueva corriente ideológica en el ámbito del Derecho. Ella surge de la concepción moderna del Estado Constitucional y predica la panacea constitucional y la normatización de los preceptos de ese orden como solución para resolver jurídicamente los conflictos.

Colombia no es la excepción, las Cortes, los Jueces y los abogados se han dedicado a introducir en la cotidianidad jurídica el concepto moderno de los "principios" como fuente directa de derecho y han dejado atrás, rezagada, la idea de la función auxiliar de los mismos. Auxiliar no es accesoria, ni adjetiva, ni secundaria.

Esta corriente de defensa de los principios manifiesta que estos son normas jurídicas, que regulan de manera directa, que son obligatorios y que ayudan a solucionar los conflictos intersubjetivos de intereses. Dicen también que el método de la aplicación de los principios es el de la ponderación e interacción de ellos en el caso concreto. Que son de aplicación directa sin necesidad de desarrollo legal.

Los defensores de esta tesis dicen que no se trata del resurgimiento del "Derecho Natural" porque precisamente estos principios están "positivizados" por los hombres en las "normas" Constitucionales. La semejanza entre ambos discursos,

---

[1] Maestría de Derecho Procesal, Módulo de la pretensión, Profesora: Dra. Beatriz Quintero Arredondo, Facultad de Derecho, Universidad de Medellín, agosto 8 de 1996.

el de los derechos natural y de la principialística, radica en el método del conocimiento; es decir, en la "Forma" o método de conocimiento apropiado, necesario para encontrar el contenido de uno y de otros. El método de conocimiento o forma de conocimiento es la misma razón de la similitud de sus contenidos toda vez que en uno y otro caso son contenidos subjetivos, llenos de valor, y asequibles sólo en razón de un trabajo serio de argumentación y convicción que logre la aceptación universal.

La norma jurídica propuesta por el legislador jurídico se queda corta en ocasiones, cuando se trata de lograr la justicia en el caso concreto, es insuficiente para resolver la totalidad de tales casos y sólo permite su obediencia total o la desobediencia absoluta, porque es inflexible, no dúctil. Los principios en cambio, son normas flexibles, adaptables, que interactúan y pueden ser sopesados en el caso concreto para lograr así una solución esencialmente equitativa (justa en el caso concreto con corrección de la desviación injusta que se genera cuando la regulación es general y hay que aplicarla al caso concreto). Además, permiten solucionar jurídicamente todos los casos singulares cualquiera que sea la diferencia circunstancial y la complejidad que ofrezcan.

DE CÓMO EL DERECHO SUSTANCIAL MODERNO, EL DE LOS PRINCIPIOS, EXIGE QUE SE CAMBIE RADICALMENTE LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO, Y, ESPECIALMENTE, LAS INSTITUCIONES CONCRETAS DE LA MISMA

Según la tesis que se ha mencionado de manera suscinta y que regula las situaciones concretas por principios jurídicos, encontramos que la estructura de regulación de las conductas a través del derecho ha pasado de ser:

A-) Forma de regulación clásica o positivista: normativa legal.

Si se da un supuesto fáctico debe ser una determinada consecuencia jurídica.

B-) Regulación según los principios:

Es jurídicamente obligatorio X

Es jurídicamente obligatorio Y

Es jurídicamente obligatorio P

(Y así todos los principios constitucionales).

Se sigue del cambio de sistema para regular las conductas humanas que ya no se prevén supuestos normativos o circunstancias determinadas en abstracto antes de que ocurran vinculándolas a consecuencias también conocidas antes de su real acontecer, sino que, se entregan unas pautas o metas o propó-

sitos que el derecho dice que son obligatorios.

El problema radica en dilucidar qué se entiende por "obligatorio" cuando se habla de "principios" que regulan la interacción de las conductas de los hombres.

Si yo soy un hombre que vive sujeto a un sistema jurídico determinado, de los clásicos, puedo saber, en cualquier momento, cuál es la consecuencia que se sigue de una conducta determinada, esto ocurre sin mucho esfuerzo ante casi todas las conductas normales posibles y sólo en casos de muy poca ocurrencia habrá que acudir a algunas argucias jurídicas para individualizar la norma aplicable al caso concreto. Esos casos son los denominados casos difíciles que, en últimas, son los que han generado todo el asunto de los principios. Al contrario, en una sociedad en la que no hay normas de las clásicas, o jurisprudencia que indique o haya creado esas normas, sólo se encontraría que hay muchos principios y que antes de realizar una conducta, se tendría que acudir a todos ellos, sopesarlos, ponerlos en interacción, propender por la justicia y, rogar porque el Juez, si es que se presenta el problema, esté de acuerdo en todo este problemático camino de juicios racionales argumentativos. Pero no cesa ahí la dificultad, aún si el Juez está de acuerdo en que se actuó "bien jurídicamente", no se conoce la consecuencia de una acción, porque ella no está establecida, es la que se le antoje al Juez deducida mediante otra serie de juicios difíciles que se verá forzado a realizar. Y qué se sigue de que se haya actuado "mal" jurídicamente hablando?, cuál es la consecuencia? La respuesta es sencilla pero difícil de aceptar: es imposible saber cuál es la consecuencia de una acción hasta que el Juez no haya dictado sentencia. Es imposible precaver, siquiera con algún viso de certeza, cuáles son las consecuencias jurídicas de las actuaciones de los obligados por los principios. Así pues, será consecuencia jurídica la que el Juez quiera, la que se le antoje como solución o castigo legal a cada acción. De esa forma, todo es susceptible de ser consecuencia jurídica. De tal manera que no basta encontrar cuál es la conducta adecuada al principio, tema de por sí complejo, sino que es preciso además realizar otro examen igual o más problemático: "Hay que indagar sobre la consecuencia jurídica más probable para cada acción.

En el nuevo sistema no hay ni supuesto normativo o jurídico ni consecuencia jurídica determinada. Sólo hay valores que deben acatarse en el actuar cotidiano. Este sistema, es idéntico al de los pueblos primitivos, donde se tenían algunos valores de contenido relativo (amplísimo), y sólo creaba derecho el "juez", que imponía cualquier castigo, el que le pareciese prudente.

Aunque el derecho procesal es autónomo y formal, es decir, tiene existencia científica propia y su esencia permanece igual sin importar el derecho sustancial o conflicto que esté tratando de componer, es indiscutible que tiene relación simbiótica con el derecho sustancial. Por ende, es importante pensar qué ocurre con el Derecho Procesal actual si se acepta al cambio propuesto en el Derecho Sustancial Moderno.

Ese planteamiento del derecho sustancial moderno no es pacíficamente aceptado[2].

Aunque personalmente no comparto el planteamiento actual sobre el derecho sustancial, por las razones que expondré más adelante, trato de acercarme al examen de actualización del derecho procesal; que es lo mismo que intentar una respuesta a la pregunta: ¿sirve nuestro actual derecho procesal para procesar el derecho sustancial moderno? El derecho sustancial de principios.

La Teoría General del Proceso ha encontrado que cuando se examina la característica denominada "Formalidad del Derecho Procesal", se presentan instituciones que aunque conservan su esencia de derecho procesal siempre intacta, se "amoldan" al derecho sustancial que procesan (como la pretensión) y que en cambio, hay figuras rígidas, que son siempre iguales (como la acción). Aquí, intento pensar en las primeras, las que se han denominado "Derecho Procesal Concreto" y que resiste el símil del costal de cabuya, que aunque parece diferente cuando está lleno de naranjas o de papayas o de arroz, es siempre el mismo costal de cabuya. En resumen, su esencia no varía.

Para el efecto, hay que pensar primero en el cómo de la pretensión actual, sin la esencia o naturaleza categorial, lo cual es ya un problema hondo para el escaso desarrollo de la Teoría General del Proceso, y en las consecuencias que se siguen de la respuesta a esta pregunta (algunas se refieren a la acumulación de pretensiones, congruencia, Cosa Juzgada y transformación de la pretensión).

La pretensión es el reclamo que se le hace al Juez, para que en sentencia que haga tránsito a Cosa Juzgada resuelva el conflicto intersubjetivo de intereses con la creación de una norma jurídica concreta que regule la situación jurídica concreta que se le expuso (esta concepción surge del aproximamiento o fidelidad del concepto mismo de jurisdicción). En síntesis, la pretensión es la proposición de norma jurídica concreta, compuesta por

[2] Tan solo en acción de tutela y para derechos fundamentales. En lo demás, sólo posturas hermenéuticas extremas como la de Zagrebleski lo aceptan. Toda la dificultad estriba precisamente en la falta de estructura.

unos hechos concretos y una consecuencia jurídica concreta, con la intención inequívoca, de que el Juez cree esa norma previo el proceso jurisdiccional. Esa norma concreta cuya creación se le reclama al juez, se apoya en la mención de la existencia de una norma jurídica positiva, abstracta y general, válida y vigente en el ordenamiento jurídico, expuesta a la concreción del conflicto, es decir, es la misma norma jurídica abstracta (si A es, debe ser B) pero expuesto circunstancialmente como regla, ya no es una situación abstracta general e impersonal, sino de una situación concreta, individual y personal que es el conflicto intersubjetivo de intereses que se presenta efectivamente en el mundo del ser y que necesita ser resuelto por la jurisdicción, con todas sus aristas y peculiaridades.

Ésta es la actividad del demandante:

A) Afirma la existencia de una norma jurídica positiva abstracta.

B) Expone unos hechos que han ocurrido, en el mundo del ser y que se corresponde con el supuesto normativo de esa norma jurídica positiva.

C) Con base en la norma jurídica que ya existe y en cuyo supuesto se encuadran los hechos expuestos, propone la consecuencia concreta que se adecua a la consecuencia abstracta preestablecida.

D.) Pide al Juez, que previo el proceso jurisdiccional, cree la norma jurídica concreta que expuso, cuya primera parte o supuesto jurídico concreto son los hechos y su parte final o consecuencia jurídica concreta es el *petitum* o petición concreta.

Explico:

Indica que en el ordenamiento positivo existe esta norma:

Si A es, debe ser B.

Luego dice señor Juez, verifique que A concreta (A') fue, por ende, deber ser B concreta (B'), así pues, cree en sentencia esta norma concreta: "Como fue A', B' debe ser".

De tal manera que la pretensión es la reclamación que se le hace al Juez para que cree una norma jurídica concreta que regula una situación jurídica concreta.

Para que el juez pueda crear la norma reclamada, tiene que seguir varios pasos, que son las cuatro grandes etapas del proceso, a saber: Dar a conocer la pretensión o reclamación de norma concreta al opositor en el conflicto o litigio escuchar su defensa que puede ser:

- Negando la veracidad del supuesto normativo concreto, es decir, afirmando falsos los hechos presentados como supuesto normativo concreto.

- Negando que exista la norma jurídica abstracta en la que se sustenta la creación de la norma jurídi-

ca concreta. (Falta de tutela concreta que pienso que de todas manera es un asunto de fondo y no de forma).

- Manifestando que el supuesto normativo concreto no se adecua al supuesto normativo abstracto de la norma molde o positiva o ya existente que propuso el pretensionante, de lo que se sigue que la norma concreta reclamada no se adecua con la norma abstracta preexistente.

- Afirmando la presencia de otros hechos, adicionales a los afirmados por el pretensionante que hacen que en el proceso, se debata más de una norma jurídica concreta puesto que, el resistente pide que se creen normas jurídicas concretas que hacen imposible que surja la consecuencia jurídica concreta que reclamó el pretensionante, o que modifican esa consecuencia concreta o que la extinguen (excepciones del mérito).

Luego se examina, a través del período probatorio o parte del proceso, dedicado al conocimiento fáctico, cuáles son los hechos reales, los que sucedieron (se examina cómo es el mundo del ser en relación con el conflicto planteado), se oye en su última alegación a las partes y se pasa a la última etapa, la del examen de los hechos y del sistema jurídico positivo para encontrar cuál es la norma abstracta aplicables, es decir, en cual de ellas se acomodan los hechos probados en el proceso.

Una vez descubierta la norma, el Juez realiza el siguiente examen:

Si la norma abstracta se corresponde con la propuesta como norma abstracta por el pretensionante, analiza si la consecuencia concreta pedida por el pretendiente se adecua exactamente a la norma abstracta descendiendo hacia lo concreto del caso examinado, si eso ocurre, crea en su sentencia la norma concreta que reclamó desde el inició el pretendiente (estima la pretensión). Y a continuación examina de igual manera las normas concretas que impiden, modifican o extinguen la consecuencia de la norma jurídica que acaba de crear para decir si las excepciones prosperan o no (es decir si crea la norma reclamada por el demandado o no lo hace).

Si en cambio, los hechos afirmados por el pretensionante resultan no ser ciertos, el Juez creará una norma jurídica concreta negativa, exactamente igual a la reclamada por el pretensionante pero negativa. Por ejemplo, si la norma pedida es: Señor Juez, diga que A es y por ello B debe ser. El juez creará esta norma: A no es y por ello B no debe ser.

A no es porque es D y por tanto B no debe ser.

Es posible también que los hechos que afirmó el demandante

sean constatados como ciertos pero que no se ajusten a la norma abstracta que indicó, esto es, que de ellos no se siga que deba ser la consecuencia concreta que depreca para la norma concreta de la sentencia. El problema es de forma y se denomina inepta demanda porque la causa de derecho no se ajusta a la de hecho y a las peticiones (no debió llegar el proceso hasta la sentencia): o debería poderse anular para que comenzare con una pretensión formulada adecuadamente.

En veces ocurre que los hechos probados en el proceso no se ajustan al supuesto normativo abstracto de la norma que afirmó el demandante, es decir, que indicó como norma cuadro o marco, norma preexistente abstracta, una que no es la acertada. Pero, esos hechos si se encuadran en una norma diferente, que debió alegar el pretensionante, en este caso, hay que diferenciar:

Si la norma diferente aplicable, o capaz de servir de fuente para que se cree una nueva norma jurídica concreta es de las que la ley procesal indica que se "declaran de oficio por el Juez en atención a su naturaleza de orden público, el juez creará tal norma concreta con la ficción de que la ley misma, incoa esa pretensión en atención al bienestar común y al interés general de crear tal norma jurídica concreta.

Si no es de éstas que el Juez crea de oficio, el Juez no se refiere a ella, por no estar dentro de su competencia (congruencia) y se limita a crear la norma concreta pedida pero en su presentación negativa.

De esta manera, cada norma que se reclama, es una pretensión y así se entiende que cuando de reclama la creación de más de una norma concreta se está frente al fenómeno de la acumulación, que cuando se cambia la norma concreta reclamada se está en presencia de la transformación de la pretensión, que la cosa juzgada no es más que decir que una norma concreta regula ese caso concreto y que fue creada por un Juez en razón de la función jurisdiccional y que el Juez, en su sentencia, sólo puede referirse a las normas concretas que se le reclama salvo que la ley, en casos excepcionales, le autorice a crear normas concretas oficiosamente (congruencia).

No hay que ser muy profundo para entender que el nuevo sistema de derecho sustancial con fuente directa de principios, que no consagra supuestos normativos ni consecuencias jurídicas de manera abstracta, general e impersonal, es ajeno al enfoque que acabo de exponer de la pretensión como reclamación de la creación de norma concreta porque en esta exposición se vio que la pretensión tiene un elemento esencial, indispensable,

que es la existencia de una norma jurídica abstracta, con hipótesis normativa, cópula jurídica o nexo imputativo o deber ser y consecuencia jurídica, que sirve de base para la creación de la norma igual pero concreta que reclama el sujeto pretensor. De otra manera, en la tesis expuesta sobre la pretensión, hay un antecedente necesario que es la existencia de la norma abstracta (norma compuesta por supuesto de hecho, deber ser y consecuencia de derecho que se llena de contenido concreto en la pretensión. Más aún, la norma clásica es el PUNTO DE PARTIDA del Juez, para llenar de contenido concreto el vacío abstracto de su supuesto normativo y su consecuencia jurídica.

Para ajustarse al nuevo derecho sustancial, quizás, la pretensión tendrá que edificarse sobre la base de la libertad absoluta del petente, que manifestará unos hechos sin ajustarlos a ningún supuesto, dirá que según su criterio debieron ocurrir cosas diferentes a las acaecidas y que la forma de corregir el problema, según su criterio es una hipótesis determinada.

El demandado podrá negar los hechos, o afirmar otros que cambien la situación expuesta, decir que para el caso la conducta debió ser una diferente de la afirmada por el pretensionante y que, en todo caso, la consecuencia no es la pedida.

El juez, que en todo caso creará derecho, hará lo que se le antoje y, evidentemente, constatará unos hechos y los revisará de acuerdo con los principios para crear la norma concreta que desee sin vinculación inicial ninguna. El proceso jurisdiccional se convertirá, inexorablemente en un mero asunto de constatación de hechos o averiguación de la verdad y de arbitrariedad sin control para resolver el conflicto como se antoje.

El asunto es muy delicado, sobre todo, porque las partes no sabrán qué consecuencia jurídica es la que se les puede venir en la sentencia. El reo no sabrá de qué defenderse y el acusador no sabrá, aún si triunfa, qué va recibir. En todo caso, el proceso pierde su sentido y no se justifican los Jueces, es necesario conseguir legisladores puros que interactúen con investigadores públicos.

La Congruencia desaparece porque los principios tienen contenidos tan amplios que no puede limitarse el trabajo del Juez a lo que el pretensionante cree que es una ponderación acertada de los principios y una solución adecuada al conflicto. En todo caso, si la congruencia permanece como instituto del Derecho Procesal y el criterio del Juez está vinculado por el del demandante, en razón de la amplitud de posibles soluciones al asunto (muchas más que las que propone la Norma Clásica) casi ninguna pretensión prosperará.

La Cosa Juzgada será incomprensible o dirá relación sólo con los hechos expuestos.

La acumulación de pretensiones no existirá porque se debe plantear globalmente la situación fáctica completa, dividirla en situaciones parciales sólo tiene sentido si se trata de acomodarlas a supuestos abstractos preestablecidos.

La transformación de la pretensión desaparecerá porque sólo se trata de exponer una situación de hecho y esperar a que el Juez la constate y decida como él quiera. Es que la pretensión, en sí, es más importante por los efectos que produce en la congruencia, caso juzgado, transformación de la pretensión y acumulación de pretensiones que como reclamación de creación de norma concreta basada en una norma jurídica abstracta previa que se adecua con la nueva en su relación de abstracción a concreción.

Además, la pretensión es esencial para el ejercicio del derecho de defensa, si voy a defenderme tengo que saber de qué lo hago (de este juicio surge la congruencia porque si el juez puede decir lo que se le antoje en la sentencia, se me hace imposible la defensa porque nadie se puede defender de lo que no conoce, o dicho de otra manera: cómo contradigo o contrapruebo lo que nunca se ha mencionado y surge de improvisto en la sentencia?).

El teórico del derecho procesal moderno o de la teoría general del proceso, tiene sólo dos caminos:

- Luchar con toda su fuerza contra la nueva tesis jurídica de los principios, o

- Empezar a construir un Nuevo Derecho procesal concreto.

Yo elegí la primera porque considero que el asunto de los principios es más bien el resurgimiento de un problema de los casos difíciles, que se trata de asuntos extremos en los que la norma jurídica clásica no es fácil de encontrar y hay que acudir al elemento sistemático para llenar el aparente vacío, que no lo es.

Pero además, el problema de los principios como normas constitucionales llenas de valor, ha surgido de la mal llamada "jurisdicción constitucional", que en realidad no es jurisdicción porque no resuelve conflictos intersubjetivos de intereses con la creación de normas jurídicas concretas previo un proceso jurisdiccional sino que pone límites a situaciones fácticas que atentan contra los derechos humanos fundamentales. En estos casos, me parece, se trata más bien de un asunto de índole administrativo (El Estado garantizando los derechos fundamentales en ejercicio del poder). En todo caso, pienso que no hablamos de jurisdicción.

Estas ideas son sólo el inicio de un asunto que día a día se transformará en el devenir jurídico cotidiano, por ser sólo el comienzo aparecen todavía obscuras y dificultosas en mi mente.

LOS LÍMITES SUBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA DESDE EL HORIZONTE DE LA BILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA

*Dr. Martín Agudelo Ramírez**

La cosa juzgada se refiere al efecto o cualidad que tiene el juicio contenido en la sentencia, suministrando la regla de conducta que ha de regir en lo sucesivo a los destinatarios de esa decisión. La estabilidad es el atributo propio de lo que se llama cosa juzgada y se ha asociado a la inmodificabilidad de la norma jurisdiccional, una vez se adquiera firmeza procesal, evitando que se profieran decisiones contradictorias en sede de nuevos procesos. El juez que dirija el nuevo proceso, se encuentra vinculado en su pronunciamiento de fondo a la consideración de una cuestión previa, toda vez que no puede realizar un nuevo examen sobre una pretensión idéntica ya estudiada en proceso anterior cuyos hechos hayan sido comprobados. El director del proceso debe rechazar la pretensión procesal por inadmisible, debido a que la jurisdicción no puede ofrecer protección jurídica en un asunto carente de tutela ya que se había generado anteriormente la regla concreta que permitió solucionar un conflicto afirmado o definir un cierto estado de insatisfacción o de incertidumbre entre las mismas partes. Su carácter de derecho fundamental se comprende desde la idea de la efectividad en las resoluciones judiciales a la que tienen derecho las personas que participen en un proceso, en atención al núcleo fundamental de la tutela judicial efectiva. El derecho a la inmodificabilidad se funde con la seguridad jurídica, garantizando la inalterabilidad y modificación de las decisiones emitidas por la jurisdicción.

Lo anterior remite a uno de los requisitos formales del proceso, conocido con el nombre de presupuesto de ausencia de cosa juzgada, por el cual se impide la modificación de una norma jurisdiccional

* Profesor del Curso de Teoría General del Proceso en las Universidades de Medellín y Autónoma Latinoamericana. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín.

ya emitida en proceso anterior y evita la generación de decisiones contradictorias, al rechazar la posibilidad de discusión de una cuestión ya tratada y resuelta. No solo es necesario que se genere una decisión jurisdiccional vinculante entre las partes, sino que también se requiere proteger su contenido, es decir, la temática estudiada en sede jurisdiccional, evitándose que posteriormente se genere una decisión contradictoria entre una idéntica comunidad de sujetos procesales ya participantes de una relación anterior.

Para determinar el alcance de este presupuesto es preciso definir sus límites subjetivos, uno de los puntos más difíciles de abordar en los estudios procesales. La regla clásica de interpretación de los límites subjetivos de la cosa juzgada ha sido la de considerar que la sentencia sólo produce efectos entre las partes, ya que otras personas diferentes no han de recibir su influencia, lo que se remonta a la regla del derecho romano de *Res inter alios iudicata tertio non nocet*; de lo contrario se lesionaría el derecho constitucional a ser oído. Es decir, la cosa juzgada sólo cobija a los sujetos que se involucraron en el proceso jurisdiccional a título de parte (como sujeto activo o pasivo de la pretensión o de las pretensiones procesales que se acumularon en el mismo), precisando que cuando se hace referencia a las partes no se alude al concepto de personas o de identidad física, sino a su identidad jurídica, como sería en el caso de los causahabientes a título universal, quienes se encuentran vinculados por la sentencia de la misma manera que se obligaron las partes, de las que ahora son sus sucesores. Sin embargo, esta regla al parecer no resulta precisa, por cuanto no puede enunciarse con carácter absoluto, ya que es posible encontrar ciertos casos problemáticos en las que las situaciones jurídicas de terceros reciben el influjo de una sentencia que vincula a otros sujetos distintos como son las partes. Se plantean sobre el particular cuestiones como las siguientes: ¿cómo establecer la relación entre cosa juzgada y legitimación extraordinaria?, ¿cómo entender la cosa juzgada en aquellas relaciones en las que los terceros comparten interés juntamente con las partes titulares de la relación material subyacente que se procesa?, o finalmente, ¿cuáles son las posibilidades de participación y límites concretos de un tercero que tiene con una parte procesal una relación que es dependiente de aquella otra que se ha afirmado en el proceso (v.gr. una relación de garantía como la derivada de un contrato de seguro o de un contrato de compraventa)?

Deben diferenciarse dos tipos de terceros con relación a la sentencia: (a) Unos que deben respetar totalmente el contenido de la sentencia que se pronunció frente a las partes, en cuanto se ha decidido una controversia entre otros y que por esto ha de respetarse, en cuanto no afectan sus derechos; es decir, se trata de no imponer perjuicios a terceros no participantes del proceso e igualmente ajenos a las relaciones materiales procesadas, con una sentencia cuyos efectos son relativos. (b) De otra parte, existen otros que pueden estar interesados por el contenido de la sentencia pronunciada *inter alios* y que han de reconocer su eficacia, dada la conexidad que se presenta entre sus relaciones de derecho sustancial con las que son procesadas. Se trata de terceros "que son o creen, o pretenden ser titulares de una relación que está con la de las partes en un orden de dependencia lógica y jurídica, por lo cual la decisión sobre la relación que fue objeto de juicio influye sobre la relación de tercero, determinando su existencia o inexistencia, o bien su contenido. Más precisamente, es relevante en estos casos una relación de prejudicialidad, en cuanto la sentencia ha decidido una o más cuestiones determinantes para la decisión sobre la relación condicionada del tercero... Si también ellos deben respetar y reconocer la sentencia que se pronunció entre las partes de la relación prejuzgante, también su relación queda de reflejo modelada en armonía con lo que la sentencia ha dispuesto"[1].

Se contempla de esta forma la posibilidad de afectación de terceros en la medida en que una norma jurisdiccional, que les es ajena total o parcialmente, pueda influir sobre sus relaciones materiales, en atención a los efectos consecuenciales de aquélla, pudiendo incluso acabar con este tipo de relaciones materiales. Autores como Liebman sostienen frente a esta problemática que es preciso distinguir entre eficacia refleja de la sentencia y cosa juzgada, por cuanto estar sometido a la primera no implica sujeción necesaria frente a la segunda, ya que está en juego el principio del contradictorio. Se trata del reconocimiento de ciertos efectos que pueda tener una sentencia frente a un tercero ajeno al proceso y a la relación sustancial que se debate dentro del mismo. Se afirma que la sentencia emitida sin su participación puede ser eficaz frente a terceros mas no cubierta de la autoridad de cosa juzgada. El citado procesalista destaca sobre el particular: "... los terceros, al no haber participado en el proceso, no han podido hacer conocer al juez sus razones y sus pruebas; en otros términos, no han podido defenderse. La sentencia,

---

[1] LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Derecho Procesal Civil. Tr. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980. p. 587.

pronunciada sin su participación, puede ser eficaz también respecto de ellos, aunque no esté -para ellos- cubierta por la autoridad de la cosa juzgada, esto es, a condición de que se conceda a los mismos hacer valer, aunque sea con retardo y en otra sede, las razones habrían podido plantear y eventualmente probar en el juicio en defensa de su derecho, con la consecuencia de que, si la discusión resulta convincente, la sentencia, con respecto a ellos, sea desaplicada y la demanda que se fundaba sobre la misma sea rechazada"[2].

En diversos ordenamientos jurídicos procesales -como el caso colombiano-, por mandato expreso legal, se prevé cierta extensión de la cosa juzgada a terceros en casos especiales, lo que resulta discutible, como en el caso del litisconsorcio cuasinecesario, de la solidaridad, de la sustitución procesal y en los de las sentencias *erga omnes*, (v.gr. estado civil de las personas, por las que se declara un derecho "absoluto"), en donde desaparece la regla de la relatividad de la cosa juzgada y, además, en las situaciones de terceros que estén ligados a una parte procesal por otra relación material que aunque no es la procesada pueda ser afectada indirectamente por la cosa juzgada (v.gr. los terceros adhesivos). Según el maestro alemán Leible se trata de una extensión de la cosa juzgada a terceros, dadas las relaciones que estos tienen con aquellos sujetos que a título de parte se involucraron en un proceso. El referido jurista afirma: "Por encima de tales casos legalmente reglados de la extensión de la fuerza de cosa juzgada está controvertido, si aún puede existir un llamado -legalmente no regladotercer efecto de la cosa juzgada. En ello se trata especialmente de casos, en los que el carácter determinante de una sentencia entre A y B en su procedimiento ulterior entre A y C o B y C es deseable"[3], como ejemplo se plantea el siguiente: A que litigó y obtuvo contra B una sentencia de pago; se cuestionaría sobre la posibilidad de si C (sujeto que afianzó la deuda de B) puede oponerse a A dada la emisión de una sentencia errónea.

En atención a lo afirmado precedentemente, se comprende cómo los terceros pueden ser titulares de relaciones dependientes con las procesadas. Es posible encontrar una serie de relaciones que se cruzan o que son interdependientes o interferidas entre sí, lo que puede implicar la afectación directa e indirecta de terceros. Se extiende de esta forma la cosa juzgada como consecuencia lógica de las relaciones sustanciales procesadas que se

[2] Ibíd. p. 603.

[3] LEIBLE, Stefan. Proceso Civil Alemán. Konrad-Amenauer Siftung y Biblioteca Jurídica Diké, 1999, p. 358.

conectan a otras, siendo inevitable la afectación de terceros. Estos se constituyen en sujetos plenamente legitimados para desplegar una oposición manifiesta frente a una decisión que los involucra y afecta reflejamente, toda vez que no resulta admisible tolerar el sacrificio del derecho de defensa de los mismos. "La situación del tercero es esencialmente diversa de la situación de la parte: en efecto, no ha participado en el proceso y, consiguientemente, no ha podido desarrollar sus defensas; habría podido intervenir en el proceso por adhesión..., para apoyar o suplir la defensa de la parte a la que se adhiere, pero -independientemente de que no había una carga de la intervención que pueda justificar una consecuencia dañosa por el hecho de no haber intervenido- él puede haber ignorado la existencia del proceso mientras estaba pendiente. En esta situación, al ser ahora el tercero demandado en juicio sobre la relación dependiente con fundamento en la sentencia prejudicial, su sujeción a la eficacia refleja de la sentencia es aceptable solamente si es una sentencia justa, esto es, si ha aplicado exactamente la ley al hecho específico. Esta legitimación subordinada... que consentía al tercero intervenir por adhesión en el proceso pendiente sobre una relación ajena, le consiente "ver" la sentencia que ahora refleja la eficacia sobre la propia relación, esto es discutirla en hipótesis como injusta, haciendo valer las razones que existían para echar por tierra la decisión entonces pronunciada y, la demostración le da resultado, obtener la desaplicación a su respecto de la decisión ajena, con las obvias consecuencias que de ello derivarán para la propia *lite*"[4].

Se impone la exigencia clara de unos mecanismos de publicidad en las diversas series procedimentales, que estarían justificados desde el valor justicia como meta preponderante a la que debe llegar el derecho, es decir, teniendo en cuenta elementos procesales que no obvien la dimensión de los derechos fundamentales y sin "sacralizar" hasta sus últimas consecuencias el valor de certeza y seguridad jurídica para que éste no se convierta en categoría absoluta. Desde estas premisas, es posible presentar unas disquisiciones más reales en torno a las soluciones que deben suministrarse a los diversos problemas que pueden ser planteados en torno a la temática de los límites subjetivos de la cosa juzgada.

La inserción de la cualidad de la cosa juzgada dentro de parámetros de certeza y seguridad jurídica que exige la norma jurisdiccional, no puede tener caracteres de inevitables y absolutos, toda vez que no

[4] LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit. p. 588.

son los valores supremos a los que se dirige el Derecho. La bilateralidad de la audiencia, como exigencia de justicia, impide que sujetos que no lleguen al proceso sean afectados cuando se lesione el derecho constitucional de ser oído, como sería el caso de los terceros cobijados por el efecto reflejo y no tuvieron la posibilidad real de llegar a dicho instrumento o método de debate en torno a una determinada relación material, pese a ser legítimos contradictores para la defensa de sus intereses. Una extensión de la cosa juzgada sobre terceros ha de estar condicionada por la existencia de unos mecanismos suficientes de publicidad en el proceso, para que se les permita hacer valer sus derechos e intereses en el proceso jurisdiccional, sosteniendo una posición jurídica concreta, que posibilite la llegada voluntaria al tercero; de lo contrario, estarían exentos de la cosa juzgada, por lo que debe darse la posibilidad de impugnar la decisión por medio de recursos como el de oposición de terceros, en aquellas situaciones de afectación de sujetos que no se involucraron como participantes del proceso. Es conveniente tener en cuenta que si se ha verificado la participación del tercero, no existiría legitimación para la oposición, en cuanto ya está cobijado íntegramente por la cosa juzgada, siempre y cuando no se restrinjan las posibilidades de intervención.

La seguridad que propicie la cosa juzgada solamente se debe pregonar de una relación procesal en la que se surtieron mecanismos de publicidad suficientes para que la justicia no sea vulnerada a nivel estimativo en cada caso concreto; es así como resulta compatible conciliar ambas realidades de justicia y seguridad jurídica. Sólo podrá afectarse con la sentencia aquel sujeto al que se le ofreció de forma clara la oportunidad de llegar al proceso, por los medios claros de publicidad con los que contaba este instrumento, haya o no estado presente en el mismo desplegando actos concretos, siempre y cuando haya tenido interés en perseguir la sentencia. Si no participó, se verá cobijado por los efectos de la sentencia cuando se asume dicha actitud sin justificación. "Haya estado o no en el proceso, como el ofendido que no pretendió la reparación del daño, el caso fue juzgado también para él, si tuvo interés en perseguir la sentencia y no lo hizo sin justificación... Interés jurídico, interés para obrar; esto es lo que viene a dar la pauta para resolver el problema de los límites: objetivos y subjetivos del juzgamiento"[5].

En la actuación procesal no se deben establecer limitaciones para las intervenciones de los sujetos que puedan verse afectados por los

---

[5] BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. México: Harla, 1995, p. 1456.

efectos de la norma jurisdiccional. Esos terceros alcanzados por el efecto *reflejo*, deben contar con la posibilidad de intervenir en el proceso, para defender sus derechos materiales, aunque no sean llamados en virtud de citación de oficio o a instancia de una parte original, porque de lo contrario se emitiría una sentencia injusta como consecuencia de un proceso en el que se ha vulnerado el derecho constitucional de la defensa. Debe procurarse que al proceso puedan llegar las personas por medio de intervenciones activas, sólo limitadas por el interés; porque el desconocimiento de tal actividad conlleva a que se permitan recursos extraordinarios como el de oposición de terceros[6] y la inoponibilidad a la ejecución de la sentencia. Desde estas consideraciones, puede colegirse que no puede incoar oposición ordinaria (por vía principal) el tercero que esté cobijado por la cosa juzgada que tuvo posibilidad de participar en el proceso ante los medios de publicitación suficientes. Solamente acude a dicha vía el tercero que esté afectado por la eficacia refleja y que no participó en el proceso, porque de lo contrario se lesionaría su defensa.

La bilateralidad de la audiencia delimita los contornos y alcances de la cosa juzgada. Por esto, se requiere que todos los procesos jurisdiccionales estén "irradiados" de garantías constitucionales claras e implementen mecanismos que garanticen la viabilidad de la defensa, no limitados a la mera posibilidad que se llegue a los mismos solamente con las notificaciones; adicionalmente, se deben permitir intervenciones activas. Por ejemplo, en las intervenciones adhesivas, cuando la norma jurisdiccional decida sobre una relación jurídica conexa con la del tercero, se suscita la posibilidad de provocar la intervención de la función jurisdiccional para que modifique dicha norma dentro del marco de su interés, sin que se conculque su participación, toda vez que las restricciones que el legislador establezca al respecto impiden una posibilidad real de defensa. Adicionalmente, la existencia de figuras como la intervención del litisconsorcio cuasinecesario (cuando existan varios sujetos titulares de una relación sustancial, pudiendo uno de ellos intervenir con prescindencia de los demás miembros de

[6] Para evitar la cosa juzgada fraudulenta o simulada se permiten recursos como el de oposición de terceros, dando lugar a la relatividad de la cosa juzgada. "La oposición de terceros a la cosa juzgada, regulada por las legislaciones de Francia e Italia, tiene por objeto el cumplimiento del principio de la relatividad de la cosa juzgada, principalmente cuando procede del fraude o la simulación. Este precepto es considerado como una mezcla de acción y recurso, porque permite la oposición, la prueba, sentencia, apelación y casación; pero vinculado con el juicio anterior, formando con él una unidad". Cfr. ESCOBAR FORNOS, Iván, Introducción al proceso. Bogotá: Temis, 1990. p. 179.

dicha relación, quienes podrán ser afectados por los efectos de la sentencia, en cuanto estaban legitimados para pretensionar o resistir en el proceso) y la legitimación por categorías o legitimaciones grupales (en la que el tercero deduce una pretensión para un grupo previamente definido por el legislador), depende del establecimiento de medios reales de publicidad que garanticen la bilateralidad de la audiencia, que tras deducirse el fundamento objetivo del proceso, se pueda garantizar la participación de los demás litisconsortes o miembros de una determinada categoría grupal. Por esto son procedentes ciertos mecanismos correctivos a la legislación ante la falta de comunicación sobre la existencia del proceso, en aras de garantizar realmente la defensa o el derecho de contradicción, lo que resulta indispensable realizar en la legislación procesal colombiana; no siendo suficiente sostener que la defensa queda garantizada por medio de procedimientos como el de tutela o el del recurso extraordinario de revisión, este último en atención a una posible colusión o fraude de las partes.

GARANTISMO O PATERNALISMO UNA PREGUNTA PERVERSA

*Dr. Armando Luis Calle Calderón**

SUMARIO: Acerca de una pregunta probablemente perversa: ¿Garantismo o paternalismo? **I.** Introducción. **II.** Democracia y autoritarismo. **III.** El Estado constitucional y el debido proceso. **IV.** Democracia y jurisdicción. **V.** Democracia y dogmativa procesal. **VI.** Ahora, otra vez la pregunta: ¿Garantismo o paternalismo?

ACERCA DE UNA PREGUNTA PROBABLEMENTE PERVERSA: ¿GARANTISMO O PATERNALISMO?

"...se incurre en un error lógico cuando se dice que el reconocimiento de los derechos individuales básicos está limitado por la necesidad de perseguir el bien común. El concepto de derechos individuales hace que las cosas sean exactamente al revés: la función principal de los derechos (que, como vimos en el capítulo I, condiciona el concepto mismo que se emplea para identificarlos) es la de limitar la persecución de objetivos sociales colectivos, o sea de objetivos que persiguen el beneficio agregativo de diversos grupos de individuos que integran la sociedad. Si la persecución del bien común fuera una justificación última de medidas o acciones, el reconocimiento previo de los derechos individuales sería absolutamente inoperante y superfluo; bastaría con determinar en cada caso si el goce de un cierto bien por parte de un individuo favorece o menoscaba esa persecución del bien común. Precisamente, la idea de derechos individuales fue introducida en el pensamiento filsófico-político como un medio para impedir que se prive a los individuos de ciertos bienes con el argumento de que ello beneficia, tal vez en grado mayor, a otros individuos, a la sociedad en conjunto o a una entidad supraindividual".

Carlos Santiago Nino[1]

---

* Profesor Universitario - Derecho penal, Universidad de Antioquia, Medellín.

[1] Ética y Derechos Humanos, un ensayo de fundamentación, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1989, p. 261.

"Me doy cuenta de que proponer hoy una reforma garantista del sistema penal puede parecer algo banal y también irreal. Pero creo que precisamente en las situaciones de crisis volver los ojos hacia los principios puede ser la solución más creíble, aparte de la más eficaz y racional; y que precisamente en un momento de desorientación, de desconfianza general y de recelo y a la vez de confrontación política sobre la justicia, el reclamo del garantismo, como conjunto de vínculos y de reglas racionales y compartidas impuestas para la tutela de los derechos de todos al ejercicio del poder judicial, puede representar no solo una opción estratégica sino también el único terreno no resbaladizo de confrontación y de encuentro".

Luigi Ferrajoli[2].

I. INTRODUCCIÓN

El asunto que nos reúne en el escenario de este Congreso de Derecho Procesal, garantismo o paternalismo, de suyo tiene franca importancia para la teoría del derecho y para la filosofía jurídica e, incluso, para la ética, como que de modo resuelto es un problema sobre la legitimación, es decir, de moralidad crítica. Pero quizá, y por ello mismo, evoca de modo más urgente lo político, porque se trata de una reflexión y de una discusión sobre la naturaleza de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre el poder y las libertades.

En esa medida, nosotros vamos a proponer los referentes racionales para la discusión y a disponer las condiciones lingüísticas, semánticas y políticas en función de la lectura que, a nuestro modo de ver, es la que corresponde hoy en este país, sobre los aspectos implicados en la discusión. Aunque se trata de un proyecto arduo y poco pacífico, no solo por sus variables, sino también porque la misma pregunta es desconcertante.

II. DEMOCRACIA[3] Y AUTORITARISMO

"Lo que ha hecho siempre del Estado un infierno en la tierra ha sido precisamente el intento del hombre de convertirlo en su cielo".

Hölderlin[4].

---

[2] "Jurisdicción y democracia", en Jueces para la Democracia, No. 29 (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez), Madrid, julio/1997, p. 9.

[3] "El vocablo demokratía fue acuñado en el siglo V a.C. y desde entonces hasta aproximadamente un siglo ha sido un concepto político. Es decir, democracia significaba democracia política. En la actualidad, empero, hablamos también de democracia social, democracia industrial y democracia económica. Aunque se trata de expresiones perfectamente legítimas, son en buena parte responsables de la situación de la democracia confusa. Es, por tanto, importante clarificar esos significados y comprobar *ab initio* cómo se relaciona la democracia no política con la democracia política", SARTORI, Giovanni, Teoría de la democracia, 1. El debate contemporáneo, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 28.

Si en discusión sobre las formas políticas hay un punto común es en el momento en que se acuerda que la fisiología de lo político pasa es por definir y articular la dimensión de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Si esas relaciones se construyen sobre la lógica de la "razón de Estado", es decir, bajo la idea de que el Estado (y el poder) es una entidad antropomórfica, a cuyo servicio están los "ciudadanos"; para el cual los hombres no son ni hacedores de poder ni por lo mismo verdaderos ciudadanos, sino mejor súbditos, que carecen de derechos y de libertades o que si los tienen, y ya no se hablaría de derechos en el lenguaje político de la modernidad, es por la bondad del Estado y no como condición de su propia legitimación, que por lo demás, goza de legitimación *a priori*, de esa forma política estaríamos hablando del poder autoritario, cuyo símbolo está constituido por la expresión que se le atribuye a Luis XIV, "el Estado soy yo", y cuya presencia ha sido desgraciada e infeliz en los procesos de construcción de la civilización política y causa incidente de las oscilaciones y las involuciones en la lucha por los derechos y las libertades de los ciudadanos.

Se construye así, pues, una noción del poder sin control y sin límites, que se confunde casi siempre con la voluntad omnímoda y definitiva de un solo hombre[5].

Por el contrario, si el referente último de la construcción política del poder ahora se pone en el hombre, en cada hombre, como principio y fin de las angustias de todos los poderes, en el hombre como titular de derechos[6], que ahora es adverti-

[4] Ibidem, p. 83.

[5] "En la tipología de los sistemas políticos se suele llamar autoritarios a los regímenes que privilegian el aspecto del mando y menosprecian de un modo más o menos radical el del consenso, concentrando el poder político en un hombre o en un solo órgano y restando valor a las instituciones representativas: de ahí la reducción a la mínima expresión de la oposición y de la autonomía de los subsistemas políticos y la anulación o la sustancial eliminación de contenido de los procedimientos y de las instituciones destinadas a transmitir la autoridad política desde la base hasta lo alto". STOPPINO, Mario, "Autoritarismo", en Diccionario de Política, Vol. 1 bajo la dirección de Norberto Bobbio y otros, 10ª edición, México, Siglo XXI Editores, 1997, p. 125. En el mismo sentido, cfr. SARTORI, Giovanni, Teoría de la democracia, vol. 1. El debate contemporáneo, Madrid, Alianza Editorial, 1986, p. 239: "El poder que no encuentra oposición fáctica de otros poderes compensadores es un poder absoluto. En este sentido, el absolutismo se relaciona con la concentración de poder. Cuando más pierde una sociedad su estructura pluralista y más se debilitan sus poderes intermedios, más fácilmente se crean las condiciones que hacen posible el absolutismo... el poder es absoluto cuando no está disciplinado y limitado por el derecho. En este sentido, el Estado absoluto es el Estado no constitucional, es decir, un Estado *legibus solutus*, sin límites derivados de la ley, en el que los poseedores del poder no se ven constreñidos por los frenos y las limitaciones constitucionales, o se han liberado de ellos".

[6] No importa implicar en este momento la discusión iusfundamental acerca de los derechos, si provenientes de una cierta clave iusnaturalista (en términos escolásticos o contractua-

do de modo cierto como ciudadano y como límite, que como tal significa la interdicción del capricho y de la voluntad todopoderosa y omnipotente, entonces hablamos de poder democrático[7].

De ese modo, se gestionan las grandes estructuras políticas, sin perjuicio de que entre una y otra se manifiesten todas las variables posibles, siempre tendencialmente caracterizables, ya a favor del autoritarismo, o ya a favor de la democracia.

Quizás porque el poder parecería estar siempre menesteroso de las ideologías, aquellas dos comprensiones de lo político son recategorizadas en el cuerpo de dos grandes doctrinas[8]: en primer lugar, las que con vocación autoritaria y conservadurista, consideran que el Estudio es un fin en sí mismo, que encarna valores ético-políticos de carácter suprasocial, y supraindividual, para cuya conservación y reforzamiento el derecho y los derechos tienen apenas carácter instrumental, en fin, doctrinas que fundamentan la forma política como un fin en sí mismo y que justifican al Estado y al derecho como bienes o valores intrínsecamente legítimos[9].

---

listas) o en términos de lo que su proceso de positivización ha sido convenido por los estados constitucionales.

[7] Luigi Ferrajoli en los últimos tiempos ha subrayado este concepto de democracia, en función democrática y constitucional, es decir, a partir del ideario de los derechos fundamentales como límites al poder: "Se ha dicho antes que la democracia resulta a menudo identificada, en el sentido común, con la omnipotencia de la mayoría e, incluso, con el ejercicio desregulado de las libertades económicas: o sea, con lo dos absolutismos, de la mayoría y del mercado, perseguidos por la actual ideologia mayoritaria y liberista. Después de lo que se ha dicho, es claro que semejante concepción de la democracia es de hecho antitética con el significado y el papel de los derechos fundamentales como límites y vínculos de cualquier poder", "El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad", en Corrupción y estado de derecho, el papel de la jurisdicción (Perfecto Andrés Ibáñez, Editor), Madrid, Trotta, 1996, p. 27. Según STOPPINO (ibidem, pp. 448 y 449), se puede hablar de un poder como democrático "cuando éste es ejercido por una clase política representativa, con base en una delegación renovable periódicamente y fundada en una declaración de confianza, y en el ámbito de reglas establecidas (Constitución), y no en virtud de los dotes carismáticos del jefe...".

[8] Algunos de estos conceptos los he tomado libremente de un trabajo del profesor Fabio Giraldo, del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia (El garantismo jurídico y político, comentarios a la obra DERECHO Y RAZÓN de Luigi Ferrajoli, inédito). Con el profesor Giraldo tengo incancelables deudas de gratitud por su benevolencia para hablar conmigo acerca de estos problemas.

[9] "...el pensamiento autoritario no se limita a propugnar por una organización jerárquica de la sociedad política sino que convierte a esta organización en el principio político exclusivo para conseguir lo que se considera el bien supremo: el orden... hablando en general, las doctrinas autoritarias modernas son doctrinas antirracionalistas y antigualitarias, ya que para ellas el ordenamiento deseado de la sociedad no es una organización jerárquica de funciones creadas por la razón humana sino una organización de las jerarquías naturales, sancionadas por la voluntad de Dios y consolidadas por el tiempo y por la tradición, o impuestas de manera inequívoca por su propia potencia y energía interna. Generalmente el orden jerárquico que debe preservarse es el del pasado, y se finca en

En segundo lugar, aquellas doctrinas que entienden que el Estado apenas podría justificarse y legitimarse si él constituye un proyecto político en favor de la felicidad de todos y cada uno de los asociados, esto es, en favor de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Dicho de otro modo, doctrinas que en gracia de discusión legitiman y justifican el sistema político como un mal necesario para la satisfacción de los derechos de los miembros de la comunidad política. Que tal comprensión es la que está detrás de la metáfora del pacto social, no hay ninguna duda[10].

Excursus: en orden a la definición y a la caracterización de las estructuras políticas, esto es, en trance de la articulación autoritaria o democrática de las relaciones entre el poder y las libertades y en la perspectiva de la discusión sobre los derechos, en la filosofía política hay acuerdo en torno a que EL PATERNALISMO es una forma típica del poder autoritario, al paso que lo que hoy se llama EL GARANTISMO, constituye una valiosa renovación de los valores de la libertad y de la democracia.

Que el paternalismo es una de las tantas perversiones políticas propias del autoritarismo, había sido así entendido inclusive por el mismo KANT, para quien "el gobierno paternal que trata a los súbditos como niños es el mayor despotismo pensable, y todo lo que no sea una legislación que garantice la convivencia de las libertades individuales es una Constitución despótica"[11]. Y para quien "El Estado que busque la felicidad de los ciudadanos por en-

---

la desigualdad natural de los hombres... lo que caracteriza la ideología autoritaria, además de la concepción de la desigualdad de los hombres, es que el hombre ocupa todo el espectro de los valores políticos y el ordenamiento jerárquico que se desprende de él abarca toda la técnica de la organización política. Esta preocupación obsesiva por el orden explica también por qué el pensamiento autoritario no puede admitir que el ordenamiento jerárquico sea un mismo instrumento temporal para llevar a cabo la transformación parcial o integral de la sociedad (como sucede, por lo menos en la interpretación ideológica, en muchos sistemas autoritarios en vías de modernización y en los sistemas comunistas). Para la doctrina autoritarias, la organización jerárquica de la sociedad encuentra su propia justificación en sí misma, y su validez es perenne... el pensamiento autoritario moderno es una formación de reacción en contra de la ideología liberal y democrática". STOPPINO, ibidem, pp. 126, 127 y 128.

[10] "Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer", FERRAJOLI, Luigi, "El derecho como sistema de garantías", en Nuevo Foro Penal, No. 60, Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, Medellín, 1999, p. 67. Cfr. también Derecho y razón, teoría del garantismo penal (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros), Trotta, Madrid, 1995, nota No. 23, pp. 114 y 115.

[11] Citado por LAPORTA, Francisco J., "Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo", en Historia de la ética, vol. 3, Victoria Camps, Ed., Barcelona, Ed. Crítica, 1989, p. 263.

cima de su libertad es un Estado ilegítimo"[12].

Al decir de Matteucci, "en el lenguaje común paternalismo indica una política social, tendiente al bienestar de los ciudadanos y del pueblo, que excluye la directa participación de los mismos; es una política autoritaria y al mismo tiempo benévola, una actividad asistencial para el pueblo, ejercida desde arriba, con métodos puramente administrativos. Para expresar esa política, se hace referencia, con una analogía, a la actividad (benevolente) del padre hacia sus hijos "menores"[13]. Desde el punto de vista conceptual el pensamiento liberal ha individualizado repetidamente y de maneras distintas las características del estado paterno: un estado que, de diferentes formas y según las distintas épocas, ha amenazado el estado "político" o liberal"[14].

El mismo LAPORTA advierte que la posición de Kant es "el núcleo del moderno debate sobre el paternalismo"[15] y recuerda la definición (que él llama "pionera"[16] de Ronald Dworkin sobre el paternalismo como "la interferencia con la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses o valores de la persona coaccionada", es decir, la interferencia con la libertad de una persona "por su propio bien"[17].

Como en orden a los vínculos negativos (de libertad y de indemnidad, específicamente) el paternalismo comporta un renunciamiento a cualquier idea de límite a partir, de modo especial, de un previo reconocimiento de los derechos individuales, es por lo que se sostiene que el paternalismo es una forma particular y típica del poder autoritario. Esto es, antidemocrático. Y no lo es menos, porque anejamente aparezca el Estado concediendo derechos sociales, porque entonces todavía estaríamos en presencia de una comprensión autoritaria, en tanto el poder no actúa en la programación de su propia legitimación, a partir de las obligaciones que se la condicionan, sino apenas por vía graciosa y benefactora. En otras palabras, ahora con SATORI, "...una democracia afirma el poder del demos (el gobierno del pueblo); la otra democracia proporciona beneficios al pueblo... el tirano grie-

[12] Ídem; Nicola Matteucci ha recordado que Kant con dureza "el gobierno paternalista (*imperium paternale*), en el que los súbditos son hijos menores, incapaces de voluntad autónoma, como el peor despotismo imaginable, porque quita la libertad, cfr. "Paternalismo", en Diccionario de Política, vol. 2, bajo la dirección de Norberto Bobbio y otros, 10ª edición, México, Siglo XXI Editores, 1997, p. 1161.

[13] Ídem.

[14] Ídem.

[15] Ídem.

[16] Ídem.

[17] Ídem.

go ya gobernaba (eso pretendía él) en interés del populacho. El despotismo ilustrado cuando era ilustrado, gobernaba en interés de los gobernados. Los demócratas actuales se mofan del paternalismo, aunque no negarán que el paternalismo es benevolente, que atiente a los intereses de una colectividad de beneficiarios. En suma, desde Platón en adelante oímos incesantemente hablar de gobernar "para", en atención y para beneficio de los gobernados; pero éste ha sido siempre el argumento empleado a favor del autócrata. No gobierno del pueblo, ya que el pueblo no sabe lo bastante como para reconocer su interés real, sino gobierno sobre el pueblo, a pesar del pueblo, en el interés del pueblo. Ésa es la justificación normal de todas las tiranías, de todos los regímenes que han necesitado *ex defectu tituli* (por carecer de título) justificarse"[18].

Lo que hoy se conoce como el garantismo, según hemos dicho previamente, al tiempo que expresa un modelo político, el Estado Social y Democrático de Derecho, confundido con el discurso de los derechos fundamentales en favor de los ciudadanos y contra-poder, también comporta una renovada teorización en torno a los valores de la libertad y de la democracia. Es decir, traduce el ideario propio de los modernos Estados constitucionales, aquellos que desde la mejor tradición liberal[19] entendiendo que cualquier legitimidad del poder político, siquiera en gracia de discusión, pasa por el reconocimiento de las libertades y de las garantías individuales. Además, porque existe la experiencia de que la consagración del modelo garantista en las constituciones ("como parámetro de racionalidad, de justicia y de la legitimidad de la intervención punitiva"[20]) no ha encontrado suficiente realización en la práctica, el garantismo "nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del Estado de derecho y del ordenamiento democrático"[21].

Según Ferrajoli, quizá el autor que mejor significa lo que hoy se conoce como el garantismo, "es posible distinguir tres acepciones de la palabra "garantismo": ...según una primera acepción, "garantismo" designa un modelo normativo de derecho, ...que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como

[18] Ibídem, p. 572.

[19] Inscrita en los primeros programas de la ilustración, quizá desde cuando el Marqués de Beccaria publicara su *Dei delitti e delle pene*, el más formidable panfleto en contra del poder absoluto por ilimitado e incontrolable.

[20] Ferrajoli, Derecho y razón, ... 849.

[21] Ídem.

una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva el estado de garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es entre "garantista" todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y los satisface de manera efectiva... en una segunda acepción, "garantismo" designa una teoría jurídica de la "validez" y de la "efectividad" como categorías distintas no solo entre sí, sino también respecto de la "existencia" o "vigencia" de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el "ser" y el "deber ser" en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia -dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica- que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas... en una tercera acepción, en fin, "garantismo" designa una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre "ser" y "deber ser" del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del Estado"[22].

III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL DEBIDO PROCESO

El pacto constituyente de 1991 constituyó[23] el modelo político del Estado Social y Democrático de Derecho, caracterizado más y mejor por su relación con los derechos fundamentales en favor de los ciudadanos y en contra del poder. Esa fórmula[24], amen de su compromiso con la superación de la retórica liberal y decimonónica, fue también

---

[22] Ferrajoli, Derecho y razón, pp. 851, 852 y 853.

[23] Son los pactos constitucionales los que constituyen los modelos políticos.

[24] "...el Estado social lejos de implicar un debilitamiento de las garantías de la libertad individual, inherentes al concepto clásico del Estado de Derecho, ha significado su aplicación a las formaciones sociales en las que el ciudadano desarrolla su personalidad. De ahí que el Estado Social de derecho entrañe la integración de los principios de libertad y de solidaridad, antes contrapuestos", PÉREZ LUÑO, Antonio, Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, 4ª edición, Barcelona, Tecnos, 1991, p. 229.

la manifestación de un importante esfuerzo filosófico, social y político en contra de la situación de menoscabo sufrida por los derechos individuales en los Estados "socialistas y defensistas", tan aparentemente preocupados por disponer correctivos de cara a la superación de insufribles condiciones de injusticia y desigualdad, y tan prestos para fracturar la herencia liberal que el ideario revolucionario había convertido en esencia fundamental de sus más importantes convicciones en favor de una nueva comprensión de las relaciones entre el poder y los hombres. Esto es, los derechos y las garantías individuales.

Los derechos fundamentales, como hemos dicho con insistencia, son elementos cofundadores y definitorios por excelencia del modelo político de la democracia[25]. Sin su consagración y sin su efectiva realización otra será la naturaleza de las relaciones políticas. Es decir, cualquier otra cosa, menos el Estado constitucional[26]. Como tales, en consecuencia, son límites y condiciones inequívocas de legitimación[27], y de cara a su eficacia y protección efectiva, el modelo político diseña la figura del Juez como su garante primero y último.

En fin, el pacto constituyente de 1991 acordó como "deber ser" político a favor de un proyecto civilizado de convivencia la racionalidad propia del Estado Social y Democrático de Derecho, la racionalidad democrática. Tal es el "juego del lenguaje" que define las condiciones límites de la discusión y de la legitimidad política, su único referente válido y vinculante.

Así ha sido entendido, no obstante sus oscilaciones y sus retrocesos, por la doctrina de la Corte Constitucional: "por lo menos tres postulados se desprenden del artí-

---

[25] Salvo para algunas concepciones funcionalistas-sistemáticas, como la del profesor Niklas Luhmann en Alemania, quien ha afirmado que "el derecho moderno responde esencialmente a una estrategia oportunista y que es absolutamente contingente, convencional y mutable, y que los propios derechos fundamentales son una mera reglamentación en fronteras de poder que constantemente pueden ser traspasadas por los poderes". Citado por Pietro Barcellona, en Postmodernidad y comunidad, el regreso de la vinculación social, Madrid, Trotta, 1992, p. 50.

[26] Es en ese sentido como puede ser sostenido el carácter absoluto de los derechos fundamentales. Que cuando por vía de ponderación no son reconocidos y protegidos, lo es porque prevalentemente hay un derecho con una mayor carga axiológica y política.

[27] "Legitimidad es un término que hace referencia a un conjunto de valores, procedimientos, exigencias y principios que tratan de operar como criterios de justificación de normas, instituciones, acciones, etc. Si estas normas o instituciones satisfacen esos criterios, entonces se dice que son legítimas. Por eso he usado legitimidad como un equivalente amplio de la idea de justicia o justificación ética, y sistema jurídico-político (o gobierno) legítimo como un equivalente igualmente amplio de sistema jurídico-político justo o gobierno justo", cfr. LAPORTA, ibídem, p. 283.

culo primero: a) El Estado es definido a través de sus caracteres esenciales. Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: el Estado colombiano es tal, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser.

b) Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales. El sentido y alcance del artículo primero no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias. En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto en la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales"[28].

Si así está acordado, si la racionalidad política que hemos construido y por la que hemos apostado es la que dispone y tiene por bien entendido que el poder político encuentra linderos insobornables, si quiere recabar alguna legitimidad, en el respeto de las libertades y de las garantías individuales, y si es cierto que el poder punitivo es, como el que más y mucho más sensiblemente que cualquier otro[29], ex-

---

[28] Sentencia T-406 de 1992, Magistrado ponente: Dr. Ciro Angarita Barón.

[29] "...la pena estatal significa, a su vez, la autorización más vigorosa para la utilización de la fuerza por parte del Estado, en perjuicio de un habitante sometido a su soberanía, la injerencia más grave en sus derechos básicos como persona". MAIER, Julio B., "La impugnación del acusador: ¿Un caso de *NON BIS IN IDEM*?", en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, No. 12, año 8, San José, 1996.

presión y ejercicio del poder político, y escenario donde se crean las más graves confusiones entre autoridad y libertad, entonces su limitación y su control constituyen una legítima aspiración en favor de todos los hombres y sus libertades, en favor de todos los perseguidos penalmente, que es decir, en favor de un cierto modelo de civilización[30], y en favor de una sociedad más democrática y menos autoritaria.

Hacemos relación, entonces, al concepto de DEBIDO PROCESO PENAL como derecho fundamental, que dice cuáles son las condiciones sin las cuales resulta absolutamente ilegítimo cualquier acto de persecución penal[31], es decir, a cuáles son las condiciones del cuándo y cómo juzgar[32]. Se define así, por supuesto, un determinado tipo de racionalidad en materia de persecución penal, reconocido con persistencia por todos los autores liberales[33], y afirmado tradicionalmente por todas las constituciones liberales y democráticas[34] y por los pactos internacionales sobre derechos humanos[35]. Y hoy robustamente conceptualizado por FERRAJOLI (Derecho y Razón), en el cuerpo de su "modelo garantista" de derecho penal, en los principios de JURISDICCIONALIDAD (*Nulla culpa sine iudicio*), ACUSATORIO (*Nullum iudicium sine accusatione*), CARGA DE LA PRUEBA (*Nulla accusatio sine probatione)* y del CONTRADICTORIO o de la DEFENSA (*Nulla probatio sine defensione)*[36].

Se trata con el DEBIDO PROCESO, según hemos dicho, de un

---

[30] "...un modelo de proceso indica siempre un modelo de civilización". FERRAJOLI, "El proceso 7 de abril. Análisis teórico-político de la crisis del modelo clásico del proceso penal", en Argumentos, Madrid, diciembre de 1980-enero de 1981, p. 6.

[31] "El debido proceso y las garantías vinculadas a él hacen a la forma en que un acto de coacción estatal -que, por ser tal, es *prima facie*, atentatorio de un derecho individual y, por lo tanto, debe ser especialmente justificado- pueda ser ejercido contra una persona determinada". NINO, Fundamentos de derecho constitucional, Buenos Aires, 1992, p. 446.

[32] "Por lo demás, es esa la forma lógica de todos los principios garantistas, más arriba formalizados: los cuales, como se ha observado, establecen las condiciones necesarias en ausencia de las cuales no es lícito castigar y no las suficientes en presencia de las cuales no es lícito no castigar". FERRAJOLI, Derecho y Razón, pp. 106 y 537.

[33] CARRARA tendría que ser el más notable de todos. Cfr. Programa de Derecho Criminal, parte general, volumen II, Bogotá, Temis, 1985, pp. 298 y ss. Pues nadie mejor que él pudo condensar los elementos del sistema procesal penal ACUSATORIO, es decir, el DEBIDO PROCESO propio de los sistemas políticos democráticos: La publicidad, la libertad personal del acusado hasta la condena definitiva, la igualdad absoluta de derechos y de poderes entre acusador y acusado, la pasividad del juez al recoger las pruebas, la continuidad de los actos y la síntesis del procedimiento. Cfr. p. 298.

[34] Ver el art. 24 de la Constitución española, por ejemplo.

[35] Por lo que implican para nosotros, en concordancia con el art. 93 de la Constitución, las Leyes 74 de 1968 (Pacto de Derechos civiles y políticos de la ONU) y 16 de 1972 (Pacto de San José de Costa Rica).

[36] Derecho y Razón, p. 93.

determinado tipo de racionalidad. De racionalidad democrática, y apenas de un modelo, que expresa profundas convicciones políticas y que no oculta la tragedia de su incesante y casi fisiológica negación en el ámbito de las persecuciones penales concretas, lo que quizás legitime más la tarea reivindicativa por sus principios y contenidos. Por lo menos, en función de la minimización de la ilegitimidad, que opera como mecanismo minimizador del derecho penal. Y mientras tanto haya derecho penal, que no tendrá que ser por siempre[37].

Sobre el DEBIDO PROCESO es pertinente decir también que él, como idea ético-política, constituye un concepto largamente vinculado al sistema procesal penal ACUSATORIO, que es decir, a una concepción tendencialmente democrática en el orden de los métodos de persecución penal y de las relaciones poder-individuo relaciones que nunca son tan tensas como en el derecho penal y que, según como dialécticamente se articulen, definen, mejor que nadie, el grado de civilidad[38] de una determinada organización socio-política.

El derecho fundamental del DEBIDO PROCESO está integrado por un conjunto de elementos que se articulan en torno a la prohibición de la indefensión, y por la propuesta epistemológica de un concepto de verdad procesal sólo y en tanto ellos estén cabalmente realizados.

En la Constitución de 1991 los elementos del DEBIDO PROCESO están fundamentalmente consagrados en el art. 29[39]. A saber:

---

[37] Se trata de la racionalidad en torno a la responsabilidad penal y no en torno a otras responsabilidades, por ejemplo, la de carácter político. Hacemos el matiz apenas para relevar los peligros que existen para los límites de la primera (las garantías y formas preestablecidas del proceso penal) cuando la articulación de las "otras responsabilidades", por ejemplo, la política, pasa por el reclamo de esas garantías. Qué sucede con más frecuencia de lo que podría suponerse, como recientemente lo ha demostrado entre nosotros el "Proceso Samper", confundida y oscilantemente situado en los ámbitos de una y otra. En palabras de Juan Ramón Capella, "...se recurre a conceptos jurídicos procesales y penales como "respetar el secreto del sumario" o "respetar la presunción de inocencia", etc., con el mismo fin de eludir una responsabilidad política", Cfr. "La responsabilidad política hoy: cuatro apuntes breves", en Jueces para la Democracia, No. 22, Madrid, 1994, p. 3.

[38] Si por "civilidad" se entiende especialmente el respecto definitivo por los derechos y por las libertades individuales.

[39] Artículo que no obstante su antitécnica formulación tiene la virtud de comprender el DEBIDO PROCESO como un derecho fundamental, que opera como límite frente al Estado y frente a cualquier poder punitivo y sancionador y no solamente frente al poder puramente penal, favoreciendo así la construcción de vocaciones garantistas para las persecuciones disciplinarias y de responsabilidad fiscal, secularmente lastradas por una comprensión autoritaria y prebeccariana del poder. Recientemente, por ejemplo, la Corte Constitucional ha dicho que "la garantía reconocida en el artículo 31 de la Constitución, según la cual "el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único", no se limita exclusivamente al campo penal, sino que dicha regla se extiende a otras áreas del derecho". Sentencia T-913, de 1999, Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

a) Leyes preexistentes al acto que se imputa, principio de legalidad procesal o prohibición de leyes *ex post facto*, lo que correlativamente implica el principio de la aplicación de la ley más favorable en toda sucesión de leyes. Y de cualquier ley, para manifestar nuestro rechazo a la tendencia doctrinaria y jurisprudencial, quizá apoyada en el art. 40 de la Ley 153 de 1887, que por años ha mantenido la tesis de que tratándose de las llamadas normas estrictamente procesales no cabe hablar de "favorabilidad", porque ellas son de aplicación inmediata. Naturalmente, nosotros creemos que la favorabilidad opera siempre, a condición de que entre dos o más normas aplicables a un mismo caso o a una misma situación, sobre una de ellas se pueda elaborar el juicio de "más favorable". En ese orden de ideas, creemos lamentable la tesis del carácter neutro de algunas normas jurídicas, tan propias de la estirpe de los "científicos" del procesalismo. Por lo menos, porque siendo el derecho un mecanismo de control social, y por lo mismo, partícipe en los procesos de construcción social y política, lo único que resulta innegable es su naturaleza política[40].

b) Juez o tribunal competente, que quiere decir también y más urgentemente, "juez independiente" (cfr. art. 230 de la Carta), con independencia interna y externa, apenas en función de la realización de su condición de garante de los derechos fundamentales. Y con la irreductible posibilidad procesal de la recusación, precisamente para la ambientación de la independencia y en términos de su credibilidad frente a los ciudadanos. Que quizá sea así como se puede construir la legitimidad del juez y su dimensión política[41].

c) Plenitud de las formas propias de cada juicio, que quiere decir la definición de una estructura procesal idónea para la recepción de las garantías de la contradicción, de la publicidad y de la defensa, técnica y material, y la prohibición de dilacio-

---

[40] VELÁSQUEZ, Fernando, Principios rectores de la nueva ley procesal penal, Bogotá, 1987, p. 44. En el mismo sentido, VARGAS, Álvaro, ¿"Es realmente neutra la norma procesal"?, en Temas procesales, No. 9, Revista del Centro de estudios de derecho procesal, Medellín, octubre de 1989, pp. 5-13.

[41] ZAFARONI, Eugenio Raúl. "Dimensión política de un poder judicial democrático", en Perfiles liberales, ediciones 33 y 34, 1993 y 1994, pp. 66-70 y 80-83. Recientemente ANDERS KOMPASS, director de la oficina de la ONU en Colombia, a raíz de la discusión que en el Congreso se ha venido haciendo en favor del mantenimiento de la "justicia regional" (que por la reserva de identidad de los jueces y testigos apenas como una metáfora tramposa podría tenerse en cuenta en una discusión sobre la JUSTICIA), ha recordado que "la reserva de identidad del fiscal le impide al acusado examinar la imparcialidad de éste y, por ende, de disponer de fundamentos para su recusación, ya sea por incompetencia o por falta de imparcialidad". Cfr. El Tiempo, mayo 1º de 1999, p. 6.

nes injustificadas. En consecuencia, la prohibición de los procesos breves y sumarios y de la concentración en un mismo funcionario de las funciones de investigación y juzgamiento[42].

d) Presunción de inocencia, que es la proscripción de coerción hasta tanto no haya sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada. El principio encuentra su negación, en términos lógicos y políticos, en las medidas cautelares personales, especialmente en la prisión preventiva y provisional, lo que ha dado para hablar de la contradicción fundamental entre el "estado de inocencia" y la detención preventiva, definitivamente sólo superable con la abolición de la segunda[43].

e) El derecho de defensa y la asistencia de un abogado, convencional o público, en todos los momentos de la persecución. Como lo recuerda TIEDEMANN, el defensor "...es indispensable para la protección del inculpado y también para la investigación de la verdad"[44].

f) Un juicio público, oral y contradictorio, que es oportunidad de conocer las imputaciones y los cargos, de pedir pruebas de cara a los mismos, de participar en la práctica de las pruebas, de alegar antes de la evaluación judicial de las mismas y de impugnar. Se trata, ni más ni menos, de que si es el imputado quien habrá de soportar la penosi-

---

[42] Cfr. art. 252 de la Constitución, que reza: "Aún durante los estados de excepción de que trata la Constitución en sus artículos 212 y 213, el Gobierno no podrá suprimir, ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento".

[43] Ferrajoli ha propuesto la abolición de la detención preventiva, aunque "no se me oculta que la propuesta que acaba de avanzarse puede aparecer a corto plazo como una quimera. Pero ello depende no tanto de razones lógico-jurídicas como sobre todo la inercia de los aparatos y de la resistencia que siempre oponen las culturas conservadoras. La alarma social producida por la idea de que un delincuente aún no juzgado no sea castigado de forma inmediata es un argumento del que se valen muchos defensores de la prisión provisional. Puede ser que en ello haya algo de verdad: una parte de la opinión pública asocia seguramente finalidades directamente represivas a la prisión preventiva. Pero esta idea primordial es precisamente una de aquéllas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal: que no sirve, como se ha dicho, para tutelar a la mayoría, sino para proteger, incluso contra la mayoría, a los individuos que, aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables. Una idea está exactamente opuesta tanto al sentimiento asimismo común de la justicia, a que antes me he referido, y que resulta ofendido por la privación de la libertad de una persona sin pruebas, como a los principios de libertad y verdad que hemos reconocido como fuentes de legitimidad de la jurisdicción. Esto quiere decir que las culturas de la justicia son múltiples, a menudo ambivalentes, a veces en conflicto, pero sobre todo históricamente cambiantes; y que es responsabilidad intelectual y política de los juristas y de los legisladores defender y consolidar los valores de la racionalidad, de tolerancia y de libertad que están en la base de esa conquista de la civilización que es la presunción de inocencia y que en buena parte se identifican con los valores mismos de la jurisdicción", Derecho y Razón, pp. 560 y 561.

[44] ROXIN, ARZT y TIEDEMANN, Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal, Barcelona, Ariel, 1989, p. 184.

dad del proceso y de la pena misma, sea él el primero a quien se le permita participar en la elaboración de su propio caso[45].

g) Principio de la prohibición de la múltiple persecución o del *non bis in idem*, que dice que la legitimación externa que se le entrega al Estado para que por medio de la Fiscalía General ejerza el *ius puniendi*, es por una sola vez, con prescindencia de cualquier otra consideración. En nuestro sistema procesal penal el principio tendría que inhibir la acción especial de revisión frente a fallos absolutos, lo que permitiría sostener la inconstitucionalidad de los numerales 4 y 5 del art. 232 del Código de Procedimiento Penal, como también podría llevar a considerar que sobre la impugnación, cualquiera que ella fuese, apenas tendría legitimación el inculpado[46].

h) La nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación de las garantías del debido proceso. Es decir, su inexistencia y, por lo tanto, la prohibición de su valoración. Que significa también la prohibición de derivar alguna consecuencia de la prueba obtenida ilegalmente. Como ya lo dijimos en otra ocasión[47] despreciar como evidencia todo aquellos que se deduzca de la prueba obtenida en forma ilegal es la única posibilidad legítima y coherente en un Estado Social y democrático de derecho, en el que las garantías no pueden ser

---

[45] "Para que haya un proceso penal propio de un Estado de Derecho es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vistas sometidos a discusión...", ídem.

[46] Cfr. MAIER, "La impugnación del acusador...", en Ciencias Penales, p. 15: "...cuando el Estado, por intermedio de sus órganos de persecución penal, condujo a una persona a soportar un juicio público sobre la imputación que le dirige frente al tribunal competente para juzgarla, ésa es la única oportunidad que tiene para lograr la autorización que permite someter a esa persona a una consecuencia jurídico-penal (el único título que justifica la aplicación de una pena o de una medida de seguridad y corrección penal) y carece de otra oportunidad, que siempre implica una renovación de la persecución, un nuevo riesgo de condena. Precisamente, aquello que la prohibición de perseguir más de una vez significa, no se agota en impedir dos o más condenas contra una persona para un solo hecho punible, sino, además, se extiende a la necesidad de evitar que una persona sufra, por un mismo hecho punible, más de una persecución penal, más un riesgo de ser condenado. El principio prefiere hasta la burla del transgresor, que, por ejemplo, confiesa públicamente su crimen con posterioridad a su absolución, que el riesgo de un ejercicio excesivo y arbitrario -para él- del poder estatal, en homenaje a la seguridad jurídica de las personas". La tesis de Maier encuentra respaldo en el art. 29 de la Constitución, que define como elemento esencial del debido proceso el derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

[47] Cfr. CALLE CALDERÓN, "Comentarios a una providencia del Juzgado Quinto Penal Municipal de Manizales, que declaró la inobservancia de la prueba obtenida ilegalmente", en Nuevo Foro Penal, No. 57, Bogotá, 1992, pp. 443-448. En una oportunidad posterior, también la judicatura de Manizales, ahora el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, convino en reiterar aquella doctrina. Cfr. Tribunal Penal, No. 7, Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia, Medellín, 1996, pp. 138-160.

objeto de matices (a la mejor manera de Dworkin, "derechos en serio" o derechos, inclusive, antimayoría). Por supuesto, siendo el respeto por las garantías del DEBIDO PROCESO el problema mismo de la legitimidad del poder punitivo, esa es la única opción democrática. Una opción contraria, aquélla tendría por plausible la utilización de "algo", aún reconociéndose la inconstitucionalidad definitiva del medio (su inexistencia, o su "nulidad de pleno derecho") haría incurrir al Estado en una contradicción insalvable[48], cual sería la de abrogarse la capacidad para derivar de la ilicitud consecuencias jurídico-probatorias[49].

i) El principio de libertad[50], que en articulación con el principio de presunción de inocencia, tendría que entenderse, en primer lugar, como la prohibición de cualquier coerción estatal mientras tanto no haya sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, lo que conduciría a la interdicción, por lo menos, de la detención preventiva o provisional; en segundo lugar, a la exigencia de que las medidas coercitivas siempre sean de la competencia del juez. CARLOS SANTIAGO NINO es quien en los últimos tiempos[51] ha recordado que "el ideal de una democracia liberal es que entre el individuo y la coerción estatal se interponga siempre un juez", y, en tercer lugar, a que toda limitación de la libertad esté condicionada a los supuestos estrictamente regulados por el pacto constituyente, en los términos del modelo político del Estado Constitucional. En Colombia, apenas a los casos de "mandamiento escrito de autoridad judicial competente" (art. 28 de la Constitución) y de la flagrancia (art. 32, ibídem)[52].

---

[48] CAFFERATA NORES, La prueba en el proceso penal, Buenos Aires, 1994.

[49] Cfr. MAIER, Julio B., "Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal" en Nuevo Foro Penal, No. 61.

[50] Arts. 28 y 30 de la Constitución de 1991.

[51] Cfr. Fundamentos de derecho constitucional, p. 446. En contra de las facultades "jurisdiccionales" de la Fiscalía General de la Nación para disponer sobre los derechos del sindicado (cautelas personales y reales), lo que constituye un verdadero dislate político en el sistema procesal penal colombiano, se han pronunciado en los últimos tiempos el Profesor Álvaro Vargas (La Fiscalía General de la Nación, desde el "sueño de la mariposa", Ibagué, Forum Pacis, 1998), y Rodrigo Uprimny ("El desafío de la reforma al Proceso Penal: ajustes puntuales o reestructuración integral de la Fiscalía y de la investigación criminal en Colombia", en Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia, (editado por Alfredo Fuentes Hernández y Jaime Enrique Granados Peña), Bogotá, 1999, pp. 74-99.

[52] El principio fue radicalmente violentado por la sentencia C-024 de 1994 de la Corte Constitucional, cuando de la expresión constitucional "detención preventiva" dedujo un "caso" adicional, ahora, además del "mandamiento de autoridad judicial competente" y de la "flagrancia", la "detención administrativa". Con razón

j) Principio de congruencia, que por virtud de la prohibición de cualquier indefensión[53] (art. 29 de la Carta) exige que el juez competente no dicte sentencia sino por los cargos planteados por el titular de la pretensión punitiva en la resolución de acusación. Como tendría que significar que el juez tuviese que estar vinculado por el desistimiento que de la pretensión llegare a formular el fiscal, incluso por vía de la petición de sentencia absolutoria durante la diligencia de audiencia pública. Así, resultan detestables por inconstitucionales tanto la variación de la resolución de acusación "por prueba sobreviniente"[54], como la nulidad de la resolución de acusación cuando al juez competente le parece que la pretensión está "mal elaborada"[55]. En el primer caso,

Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Gerardo Barbosa Castillo, llamaron a esa decisión un acto de "taumaturgia jurídica", Cfr. Bien Jurídico y derechos fundamentales, Bogotá, 1996, p. 52.

[53] A final de cuentas, toda discusión sobre congruencia es un problema de defensa, de donde cualquier problema aledaño a él se resuelve respondiendo a una pregunta: ¿si ese es el tono sobre el cual se pretende edificar la sentencia, pudo el imputado estar suficientemente advertido de que por esa vía sería la sentencia, absolutoria o condenatoria?

[54] Tesis largamente mantenida por Jaime Bernal Cuéllar, desde los proyectos de cada nuevo Código de Procedimiento Penal, incluido el proyecto que bajo su dirección preparó la Universidad de los Andes de cara a la reforma procesal penal de 1991, donde se incluía ciertamente la "variación de la calificación", en tanto se le entendía provisional, propuesta que fue desechada en la Comisión Legislativa ("congresito"), precisamente porque con el fenómeno de la variación se fracturaba el principio "acusatorio" tan característico del sistema de fiscalía. La propuesta en cuestión con posterioridad fue nuevamente planteada, ahora como tesis doctrinaria y no obstante que de *lege data* se había rechazado, por Jaime BERNAL CUÉLLAR y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, en El proceso penal, tercera edición, Bogotá, 1995, pp. 502 y ss.

[55] Tesis de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde en desarrollo de la incontinencia hermenéutica que a dicha corporación le es característica "para luchar en contra de la impunidad" y, por esa vía, en contra de las garantías constitucionales, que son -como lo dijo con persistente vocación autoritaria Gustavo Gómez Velásquez cuando era magistrado de la Corte-, ejemplo malsano de "hipergarantismo", decimos, donde se han hecho los más inadmisibles malabares para sustraerse a los contenidos del DEBIDO PROCESO, incluso con el precio de volverlo un "valor" en favor del Estado y del *ius puniendi* y en contra de los ciudadanos. Así, por ejemplo, en el caso que planteamos, donde el juez se siente autorizado para ir sobre la competencia exclusiva, del fiscal, como titular de la pretensión punitiva, bajo el prurito de que él, el juez, entiende que la pretensión está mal formulada. Así, entonces se supone legitimado para anular y para ordenar, en consecuencia, una nueva calificación, que ahora será "su pretensión". De esa manera se formaliza en extremo el principio acusatorio y bajo esas condiciones el principio de independencia (interna) queda desarticulado. Y todo, porque la Corte concluye que la "mala calificación" de que ella habla, para buscar legitimidad para su desafuero en una ancestral causal de nulidad legal (contenida en el art. 210 del Código de Procedimiento Penal de 1971), es un "error en la denominación jurídica del hecho", y en consecuencia, constituye violación del "debido proceso". En fin, así las cosas procura, amén del rompimiento del sentido exclusivamente garantista del principio (del DEBIDO PROCESO), hacer "ciencia procesal": que como sucede con las nulidades, ellas apenas proceden por errores *in procedendo* y nunca por errores *in iudicando*. Ver por toda la doctrina

porque se desestabiliza cualquier principio de igualdad en función de un juicio de "partes" y de cara a un juez independiente e imparcial, y, en el segundo caso, porque se deroga el principio acusatorio y, de ese modo, se involuciona hasta el viejo juez inquisitivo, que concentraba en él todas las razones del "proceso" y que, por ello mismo, es la más perfecta negación del JUEZ como lo dice NINO[56], "no basta que hayan funcionarios que se denominan "jueces", sino que ellos satisfagan condiciones de independencia respecto de los demás poderes del Estado".

IV. DEMOCRACIA Y JURISDICCIÓN[57]

En tanto el Estado Social y Democrático de Derecho le entrega al Juez la tarea de guardar y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, donde finca el modelo político su más importante recurso de legitimación, sólo podrá hablarse de una jurisdicción democrática cuando el juez mantenga su capacidad de reedificar de modo constante esos derechos, de protegerlos y de participar públicamente en favor de los mismos. Por eso, en tiempos de crisis, que es también la crisis de la jurisdicción, la única propuesta que tiene clara conciencia del camino hacia la relegitimación del juez es la de enfatizar sus compromisos con los derechos y las libertades.

Es decir, se requiere de una jurisdicción activa y militante en favor de los derechos como límites[58],

---

de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia de casación de febrero 4 de 1991, con ponencia de Jorge Aníbal Gómez Gallego, Jurisprudencia y Doctrina, abril de 1991, pp. 527-536. También sobre el tema se ha pronunciado recientemente Alberto SUÁREZ SÁNCHEZ (El debido proceso, Bogotá 1998, pp. 240-241) quien no obstante subrayar la dramática situación del principio acusatorio por virtud de la tesis de la Corte Suprema de Justicia ("...de manera que de atender el fiscal la insinuación del juez sobre la variación de la acusación ello implicaría, en últimas, que los cargos son formulados por éste"), comparte el criterio sobre la entidad provisional de la resolución de acusación y, por ende, sobre la posibilidad de su variación por prueba sobreviniente, que es la tesis de BERNAL y MONTEALEGRE, (cfr. edición citada), y que de algún modo es la tesis mayoritaria de la Corte Constitucional, desde cuando con la sentencia C-491 de 1996 (ponente: José Gregorio Hernández), determinó que el juez no está condicionado por la resolución de acusación, lo que valió para que el magistrado Eduardo Cifuentes en el salvamento de voto manifestara que la Corte estaba creando así la sentencia-resolución de acusación.

[56] Fundamentos de derecho constitucional, p. 446.

[57] ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Garantía judicial de los derechos humanos", en Claves de razón práctica, No. 90 pp. 10-17; ANDRÉS Perfecto y MOVILLA, Claudio, Poder Judicial, Madrid, Tecnos, 1986 y FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, op. cit. "el derecho como sistema de garantías", op. cit., "El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad", op. cit. y "Jurisdicción y Democracia", op. cit.

[58] "La experiencia de estas últimas décadas nos dice... que las constituciones no bastan sino están apoyadas por una continua movilización democrática y por la construcción de nuevas

dispuesta a impugnar los proyectos autoritarios que pretenden burocratizarla y hacerla, otra vez, "boca de la ley" y a superar, en consecuencia, sus complicidades con las viejas estructuras de dominación y de desigualdad. Es decir, un juez constitucional, proyecto cierto de tercero, imparcial e independiente, con independencia interna y externa, con convicción axiológica para defender los más altos valores constitucionales y para inscribirse en los planes por la realización pacífica y democrática de los conflictos y del derecho justo[59].

Una jurisdicción preocupada por su legitimación necesita estar vinculada de modo permanente a los proyectos políticos que potencian la realización de un orden social justo. En esa medida, la jurisdicción debe proponer en el cuerpo de los procesos las condiciones para una igualdad efectiva, en los términos mandados por el artículo 13 de la Constitución[60].

La democracia no necesita sino de jueces que actúen democráticamente, inclusive si las personas que ellos son tienen comprensiones autoritarias del mundo y del poder. Es que, quizá porque un hombre sea un demócrata parecería más un problema de la virtud, el Estado apenas está interesado en que sus jueces, los jueces que son esos hombres, realicen sus valores. Con absoluta prescindencia, decimos, de los que esos hombres sean.

---

estructuras de poder arraigadas en la sociedad y capaces de realizar un control difuso", BARCELONA, Pietro, ibídem. Y también Luigi Ferrajoli: "la única posibilidad de éxito en la defensa del pacto constitucional depende de que cada uno la perciba como defensa de sus propios derechos y de su identidad de ciudadano", "El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad", op. cit.

[59] "Por eso sigue siendo tan necesario, tan necesario como cuando lo escribió Montesquieu, que "el poder frene al poder". Y en el caso del judicial, que sea ejercido -y gobernado- por gentes que se deban únicamente a la ley cuya observancia les legitima, por gentes que, como la juez Huertas, en el "caso Linaza", no tengan miedo al conflicto, sino que cuando éste resulte ineludible para la defensa de los derechos, sean capaces de moverse en él con la autoridad y la naturalidad que confiere la certeza de que se está al lado de la razón, dando vida a un imperativo constitucional de obligado cumplimiento...", ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Jueces para la Democracia, No. 19, Madrid, 2/93.

[60] "El juez, el juez-literario, como el rayo de sol de Whitman, está comprometido con una neutralidad bien entendida. Es decir, no acomoda sus principios a las exigencias de grupos de presión políticos o religiosos ni otorga a ciertos grupos o individuos indulgencias ni favores especiales en virtud de la relación que tenga con ellos o de sus preferencias. Espectador juicioso, no es presa de sentimientos irrelevantes ni infundados. Por otra parte, ...su neutralidad no requiere de una altiva distancia respecto de las realidades sociales que implican las causas que atiende; debe indagar esas realidades con su imaginación y con las respuestas emocionales propias del espectador juicioso o de su sustituto el lector de novelas... sugiero que el juez literario buscaría ante todo pruebas de que ciertos grupos han sufrido desigualdades y, en consecuencia, necesitan mayor atención si han de recibir un tratamiento realmente igualitario", NUSSBAUM, Martha, Justicia poética, Barcelona, Editorial Andrés Bello, 1977, pp. 123 y 124.

Por supuesto, la jurisdicción democrática está bien enterada de que el debido proceso es el medio que legitima los fines y de que en esos términos, ninguna razón tiene suficiente capacidad para hacer claudicar sus compromisos con los derechos. Ni la discusión sobre la impunidad, que no es un problema suyo, si su presencia en el cuerpo de las persecuciones penales coadyuva y gestiona proyectos de fallos justos, es decir, de acuerdo a las reglas de racionalidad constituidas por el debido proceso; ni la autoritaria e imposible antinomia victimario-víctima, por cuanto la recuperación de los derechos procesales de las víctimas y la evitación de un plus de victimización es al precio de la redefinición, en su favor, del papel del Estado titular del *ius puniendi*, y no al precio de los derechos de los justiciables; ni siquiera los peligros anejos a la función misma de la jurisdicción, que tienen que ser superados por una jurisdicción profundamente legítima y por una efectiva y cierta protección por parte del Estado, sin el recurso, utilitarista e hipócrita, de considerar que la solución es la limitación de las garantías procesales.

V. DEMOCRACIA Y DOGMÁTICA PROCESAL

Así como la democracia supone un tipo de juez, el que es garante de derechos fundamentales, así también dispone las condiciones de lo que podríamos llamar la ciencia procesal o la dogmática procesal. Que, en principio, o se expresa en términos constitucionales, si quiere tener alguna capacidad de rendimiento cultural y político o no pasará de ser lo que de modo secular ha sido la ciencia del derecho en latinoamérica: un cómplice de los poderes y de la dominación y un factor de control social injusto[61].

En necesario, pues, definir los términos de la posible legitimidad (constitucional) de la dogmática procesal. La cual no puede olvidar, en primer lugar, que "hablar de la Constitución sólo tiene sentido si se le concibe como un instrumento de limitación y de control del poder"[62]; en segundo lugar, que en la Constitución, por vía democrática, están señaladas las condiciones fundamentales (el debido proceso) del proceso como instrumento y de la jurisdicción como centro de definición de los conflictos que a ellas se le entregan para racionalización y para su superación; en tercer lugar

[61] "En nuestro país, como en general en toda América Latina, el derecho no ha cumplido esta función de mediación abstracta de las relaciones sociales y, por el contrario, se ha convertido en el medio preferido para ocultar los verdaderos intereses dominantes", SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, "Garantismo y Derecho Penal en Colombia", en Jueces para la Democracia, No. 35, Madrid, pp. 92-98; también en Garantismo y derecho penal, Bogotá, Temis, 2000, en prensa.

[62] ARAGÓN, Manuel, Constitución y control del poder, Buenos Aires.

que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento, un instrumento civilizado, en favor de un proyecto de sentencia justa y simpática, siempre de la mano de las garantías constitucionales; en cuarto lugar, que con el proceso así concebido, así como con la jurisdicción, también hay que contar en el propósito de una sociedad menos injusta y más democrática y de un poder más sensiblemente limitado; y en quinto lugar, que como cabe ser contemplada la importancia realizativa del proceso, de la jurisdicción y de los institutos procesales fundamentales, es por el perfil de su accesibilidad, de su efectividad y de su adecuación a las instancias de una sociedad en función de renovarse política y culturalmente y a los valores de un pacto político proyectado hacia la construcción de una sociedad menos autoritaria y más tolerante y democrática.

Por supuesto, cuando la constitución señala las reglas fundamentales del proceso y de la jurisdicción, ha manifestado su compromiso con una noción epistemológicamente bastante virtuosa y digna, consistente en que el proceso democrático es un proyecto necesariamente cognoscitivo y su verdad, que siempre será humilde ya aproximativa, es apenas la verdad que en ejercicio de la racionalidad del debido proceso él, el proceso, sea capaz de proporcionarse[63]. De otra manera dicha, los elementos del debido proceso son las únicas condiciones de racionalidad del proceso, la única propuesta válida y constitucional de una metodología sobre la verdad.

Porque no siempre fue entendido así, es la causa que explica por qué cierto procesalismo ha insistido, en diferenciar el derecho procesal civil del derecho procesal penal, a partir de una diferente verdad como materia de preocupación para uno y otro: el proceso civil buscaría la verdad "formal", mientras que el proceso penal buscaría, por el contrario, la verdad "real". Y es la causa de la incapacidad de nuestra jurisdicción y del procesalismo nacional para adaptarse confiadamente a los valores constitucionales.

---

[63] Recientemente Marina Gascón Abellán ha vuelto sobre el problema (cfr. Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba, Madrid, Trotta, 1999), para decir que "...los resultados probatorios no son infalibles sino (sólo) probables... que la prueba se desarrolla en un marco institucional de reglas (procesales) que sustituyen los criterios propios de la libre adquisición de conocimiento por otros autorizados jurídicamente; lo que, con frecuencia, contribuye también a rebajar la calidad del conocimiento alcanzado. De todo ello derivan importantes consecuencias para un modelo judicial de prueba; si la prueba no produce resultados infalibles, han de introducirse todas las garantías posibles para lograr una mayor fiabilidad en la declaración de los mismos, y en su caso, facilitar su eventual revisión. Todo lo cual desemboca, frente a lo que había sido la tradición, en una nueva exigencia de motivación".

En consecuencia, el futuro de la dogmática procesal en clave democrática está vinculado a la realización de sus institutos y de las categorías procesales según las exigencias político-criminales que como derechos fundamentales están en la Constitución, de modo que, haciendo la paráfrasis de algún penalista alemán[64], ninguna construcción, como ninguna solución procesal podrá ser políticamente satisfactoria, si se lleva a cabo a contrapelo del debido proceso, aunque pudiese ser correcta en términos sistemáticos y según las leyes de una ciencia que entonces contendría un alto déficit de constitucionalidad. Tal consideración debe ser directiva decisiva cuando tanto se discute acerca de una teoría general del proceso, porque en orden a la vinculación del derecho procesal penal a dicha aspiración, el derecho fundamental del debido proceso tiene que cumplir una función de ajuste y corrección. Si las categorías fundamentales de la ciencia del proceso (jurisdicción, pretensión, partes, etc.), son permeables, cómo tendría que ser a la luz de nuestros valores constitucionales, al significado iusfundamentador del debido proceso y si en ese orden de ideas la ciencia del derecho procesal quiere festejar las vocaciones garantistas como fuente última de legitimidad, entonces podemos empezar la definición de los elementos comunes de esa teoría.

VI. AHORA, OTRA VEZ LA PREGUNTA: ¿GARANTISMO O PATERNALISMO?

Debo decir que cuando se me invitó a participar en este congreso y se me propuso que discutiera en torno a la pregunta: ¿GARANTISMO O PATERNALISMO?, el tema me pareció sugestivo. Sin embargo, bien reparadas las cosas, tuve una impresión deferente, por lo menos, para desconcertarme. ¿Qué se escondía detrás de una pregunta tan curiosa? ¿A qué coordenadas políticas y filosóficas obedecía y dónde estaban las claves para interpretar debidamente la idea de quién tuvo la ocurrencia de preguntar ¿GARANTISMO O PATERNALISMO?

Ahora quiero dar a conocer mis conclusiones en el nivel de tres posibilidades, con sus respectivas lecturas, a saber:

1. Cuando en la perspectiva de este Congreso alguien advirtió sobre la importancia de discutir si GARANTISMO O PATERNALISMO, lo hizo sobre el presupuesto, plausible y académicamente valioso, de la

[64] ROXIN, Claus, Política criminal y sistema de derecho penal (traducción de Francisco Muñoz Conde), Barcelona, Bosch, 1972 ("si las cuestiones político-criminales no pueden ni deben penetrar en ella -en la dogmática- la deducción exacta del sistema puede garantizar ciertamente resultados inequívocos y uniformes, pero no materialmente justos. ¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político-criminal erróneo?).

necesidad de volver a reflexionar acerca de las formas políticas, sobre todo cuando hoy en este país se intenta la construcción de un nuevo pacto político. Y no quería decir "paternalismo", sino autoritarismo, porque se trataba del diseño de las dos estructuras políticas clásicamente contrarias (democracia y autoritarismo), sino contradictorias (en tanto se trata de dos términos "que no solo son mutuamente excluyentes, sino también exhaustivamente excluyentes")[65].

No he aceptado la opción anterior, porque la posibilidad de la introducción del término "paternalismo", en vez de autoritarismo, no me resulta del todo satisfactoria, por cuanto no había ningún inconveniente en utilizar directamente el término "autoritarismo", de donde yo deduzco que se quería decir algo diferente.

2. Una segunda posibilidad era ésta: ¿había una vocación abolicionista detrás de la pregunta? ¿Es decir, informaba la pregunta una imputación en contra del garantismo (esto es, del modelo político de la democracia) desde alguna tendencia abolicionista[66], bajo la acusación de que el garantismo de algún modo constituye un acto de legitimación del poder político del Estado o de que olvida o desconoce la distancia siempre eterna entre las garantías prometidas por el modelo y el esquizofrénico e irracional incumplimiento de las mismas?

¿Quería decir ese abolicionista que así las cosas, el discurso sobre las garantías aparece realizado, si se realiza, sólo y apenas porque graciosamente el Estado resuelve que así sea, con prescindencia de cualquier articulación a los proyectos de legitimación política? En otros términos, ¿cree el abolicionismo que los actos del poder a favor de las garantías son precisamente "mercedes" y, por ello mismo, "paternalismo", que es una forma, tan perversa como todas, del autoritarismo?

---

[65] SARTORI, ibídem, pp. 227 y 227 (sic).

[66] "Considero abolicionista sólo aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el derecho penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social", Cfr. Ferrajoli, Derecho y razón, p. 248 (cabe resaltar que Ferrajoli, no obstante los conocidos contradictorios entre abolicionismo y garantismo, ha reconocido que "el punto de vista abolicionista -precisamente porque se coloca de parte de quien sufre el coste de las penas y no del lado del poder punitivo, y es por consiguiente programáticamente externo a las instituciones penales vigentes- ha tenido el mérito de favorecer la autonomía de la criminología crítica, de suscitar sus investigaciones acerca de los orígenes culturales y sociales de la desviación y de la relatividad histórica y política de los intereses penalmente protegidos, y de contrarrestar por todo ello, quizá en mayor medida que cualquier otra orientación teórica, el latente legitimismo moral de las doctrinas penales dominantes", ibídem p. 252).

También hemos descartado esa posibilidad, no tanto porque ese abolicionista pudiera carecer de razón, sino mejor porque creemos sumamente improbable que en el escenario de un ejercicio tan secularmente conservador como el del procesalismo penal de este país pueda tener lugar, por lo menos hasta este tiempo, una opción, de tanta simbología liberatoria como el abolicionismo.

3. Y la tercera posibilidad es ésta: detrás de la pregunta hay una comprensión autoritaria del mundo, del poder y de las relaciones entre el Estado y los hombres. Es decir, una apuesta por los discursos del orden a ultranza y de los valores absolutos, siempre dispuestos a cobrar en contra de los "derechos" por las situaciones de desconcierto y perplejidad. Es decir, una concepción del poder que es legítimo *per se* y que, al modo de un buen padre de familia, tiene la conciencia de que es de su competencia resolver cuándo conceder -y hasta cuando hacerlo- aquello que el discurso de la modernidad ha llamado "derechos".

Creo que lo que se ha querido decir es que hay muchos derechos y muchas garantías para los delincuentes y que es urgente, habida cuenta que no se cree en los derechos como límites y como condición de legitimación (o de deslegitimación), que los mismos sean restringidos, sino negados absolutamente. Y siempre habrá una razón para justificarlo, el desorden social, la violación de los derechos humanos, la necesidad de luchar contra el narcotráfico, la política macroeconómica del Fondo Monetario Internacional, la impunidad, las víctimas, más victimizadas por la impunidad, o cualesquiera otra, porque básicamente lo que menos importa es la naturaleza de la razón, y si la creación de una buena oportunidad para profundizar el autoritarismo y autorización para disponer de las garantías constitucionales que el pacto constituyente de 1991 aceptó como condiciones básicas de la racionalidad democrática. Por supuesto, lo que en esa comprensión late es la idea de que el Estado es demasiado bueno con los delincuentes, esto es, que el Estado concede o da demasía, que es de modo inconveniente, muy bondadoso y que en el proceso de su contracción se pueden encontrar las soluciones para todos los problemas de este país.

Y debería terminar advirtiendo sobre las perniciosas consecuencias políticas de semejante comprensión, además de las lamentables proyecciones culturales de la misma si quien las expresa es el juez. Y hasta ahí bastaría.

Sin embargo, debo agregar que nosotros tenemos la impresión de que lo que menos ha habido sobre derechos y libertades es garantías y que el autoritarismo y la arbitrariedad han sido lo común y corriente

en la experiencia política colombiana[67]. De donde entablar una querella contra el modelo político del Estado Social y Democrático de Derecho (matizada como repudio en contra del garantismo, que sería una forma de paternalismo), porque hay muchos "derechos", además de que expresa la mala conciencia política de algunos, aquellos que son los francotiradores en contra de los valores de la democracia, pone de manifiesto la paradoja propia de una perversión: la lógica que criminaliza el discurso de los derechos y las libertades para relegitimar el poder político del autoritarismo[68].

[67] Los intereses políticos implicados en la base de la construcción del pacto constituyente de 1991 no permitieron la solución de continuidad con fenómenos históricamente comprometidos con la violación de derechos y garantías, como el exacerbado militarismo de nuestra cultura política, el estado de sitio, que afianzó al derecho penal máximo (autoritario) ahora en antipáticas conexiones con lo que se ha llamado el derecho penal de la emergencia y de la excepción, y la injerencia del ejecutivo en la rama judicial. Y quizá por eso, la jurisdicción ha sido inferior al compromiso de defender los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sobre todo, la jurisdicción que se expresa en la alta Magistratura, tan influyente por el marcado carácter caudillista de la judicatura colombiana. Desde la Corte Constitucional, hasta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sobre el proceso de "vaciamiento" a que ha sido sometido el derecho fundamental del debido proceso en la Corte Constitucional, deberían ser estudiadas las sentencias C-053 de 1993 (violatoria de los principios del juez natural, de publicidad y de contradicción), C-364 de 1996 (violatoria del debido proceso como valor democrático en el escenario de los "procesos penales contravencionales"), T-669 de 1996 (violatoria del concepto material de debido proceso por virtud de la recategorización del concepto de las "ficciones jurídicas") y C-491 de 1998 (violatoria del principio de congruencia y, por ello, del derecho de defensa). Y sobre lo que ha sido la relación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con el debido proceso, bastaría que reparásemos en la lectura restrictiva y limitativa que ella ha hecho del Título II de la Constitución y en sus cruzadas en contra de los mecanismos de amparo de los derechos fundamentales y del recurso extraordinario de casación.

Sobre el respaldo que la jurisdicción le ha dado al ejecutivo de la emergencia ("más que al sentido libertario y garantista del texto constitucional y, por supuesto, de los instrumentos internacionales que lo integran"), v. PÉREZ TORO, William Fredy, VANEGAS YEPES, Alba Lucía y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Carlos Mario, Estado de derecho y sistema penal, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké y Universidad de Antioquia (Instituto de Estudios Políticos), 1997, p. 99; sobre el garantismo en Colombia, v. GONZÁLEZ ZAPATA, Julio, "¿Se puede hablar de garantismo en Colombia"?, en Garantismo y derecho penal, Bogotá, Temis, 2000, en prensa.

[68] Sotomayor, ibídem.

LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Dra. Marina Gascón A.[1]

SUMARIO: **I.** Sentido y límites de la justicia constitucional. Concepto de justicia constitucional. Dos sistemas de justicia constitucional. Los límites de la justicia constitucional. **II.** Las fricciones con el legislador. ***a)*** Introduciendo política. ***b)*** Influyendo en la política. ***c)*** Argumentos contra el control de constitucionalidad. **III.** Las fricciones con el juez ordinario. ***a)*** Sentencias interpretativas. ***b)*** La ponderación. *b.1.)* El amparo.

I. SENTIDO Y LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

CONCEPTO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Aunque se trate de una aproximación demasiado simplificadora, podría definirse el Estado constitucional de Derecho como un estadio más del "Estado de Derecho", entendiendo por ésta la forma de Estado donde el poder actúa conforme a normas jurídicas preconstituidas: si el Estado legislativo de Derecho había supuesto la sumisión del poder judicial y de la Administración a Derecho, y en particular a la ley, el Estado constitucional de derecho supone que también el legislador viene sometido a derecho, en este caso a la Constitución. El Estado Constitucional de Derecho exige pues dotar de normatividad (o rigidez) a la Constitución, normatividad que será realmente efectiva allí donde se instauren mecanismos de justicia constitucional.

Por justicia constitucional puede entenderse la que enjuicia toda la actividad del orden desde el punto de vista de su constitucionalidad. Comprende, por tanto: a) no solo el control que ejercen los Tribunales Constitucionales, sino también el que ejerce la Jurisdicción Ordinaria en su diaria interpretación y aplicación de la ley; y b) no solo el control que se ejerce sobre el poder legislativo, sino también -y sobre todo- el que se ejerce sobre la actuación judicial. Éste es el concepto de jurisdicción constitucional adecuado, y ello porque una jurisdicción constitucional así entendida es el único

[1] Universidad de Castilla - La Mancha, Albacete, España.

modo de garantizar la eficacia real de la Constitución.

DOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Es posible distinguir en principio dos grandes modelos de justicia constitucional: El modelo de jurisdicción difusa, orientado prevalentemente a la garantía de los derechos y cuyo ejemplo paradigmático es la judicial review estadounidense, y el modelo de jurisdicción separada y concentrada, orientado prevalentemente a controlar el texto de la ley y cuyo ejemplo paradigmático es el Tribunal constitucional de factura kelseniana.

La configuración del control concentrado admite a su vez dos variantes:

- Control *a priori*: el control se inserta en el propio proceso legislativo, de manera que, una vez en vigor, la ley deviene intocable y los derechos judicialmente accionables son los que vienen prefijados en la ley. En suma, ante leyes vigentes, el principio de legalidad agota el control de juridicidad: no puede cuestionarse la legitimidad constitucional de las leyes o de su interpretación.

- Control *a posteriori*: el control se efectúa sobre leyes vigentes. Por lo que es posible que leyes inconstitucionales (pero vigentes) desplieguen sus efectos en el ordenamiento entretanto no se declare su inconstitucional por el órgano de control.

Los dos esquemas mencionados pueden considerarse modelos extremos, y actualmente puede apreciarse una tendencia hacia la unificación. Por una parte, porque en el sistema de la judicial review, orientado a la protección de los derechos, el Tribunal Supremo acaba siendo el juez de las grandes cuestiones constitucionales, al modo de los Tribunales Constitucionales que ejercen un control concentrado. Por otra, porque los sistemas de jurisdicción separada y concentrada, orientados principalmente al control de la ley, introducen también mecanismos orientados a la garantía de los derechos, como el recurso de amparo y, en menor medida, la cuestión de inconstitucionalidad, que instaura un control *per incidens* de los derechos.

LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Esta tendencial unificación permite plantear de manera unitaria los límites de la justicia constitucional. Estos límites son los siguientes:

1º) Separación entre juicios de constitucionalidad y juicio político (democrático): la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, tiene una autónoma razón de ser, por lo que el juez constitucional, en su tarea de controlar la constitucionalidad de la ley, no debe entrar a valorar (ni a revi-

sar) los móviles políticos que impulsaron al legislador. En definitiva, el Juez constitucional no debe influir en la política del país.

Las relaciones entre Constitución y ley podrían, en línea de principio, configurarse conforme a dos modelos: modelo constitucionalista o judicialista y modelo democrático o legalista.

Según el primero, la Constitución encierra un "marco cerrado" de valores y principios y al legislador le corresponde la simple actuación de esos valores y principios; es decir, la Constitución predetermina la solución a todos los conflictos, de modo que la ley sólo puede concebirse como una concreción de las abstractas previsiones constitucionales. Si este modelo puede denominarse también judicialista es porque son los jueces quienes desempeñan un papel fundamental en la determinación de los valores que deben presidir el sistema: sobre todo el juez constitucional, a la hora de controlar la constitucionalidad de la ley; pero también el juez ordinario, que viene obligado a aplicar la constitución en detrimento de la ley si fuera necesario.

Según el segundo modelo, la Constitución encierra un "marco abierto" de principios cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador; es decir, la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, sino que es tan solo el marco de valores donde el legislador puede moverse. Si este modelo puede denominarse también legalista es porque es el legislador democrático quien determina qué valores presiden un sistema político histórico-concreto; de manera que el juez ordinario viene sujeto al principio de legalidad y el juez constitucional sólo debe declarar inconstitucional la ley cuando ésta rebase el marco de posibilidades políticas que la Constitución permite.

La dignidad democrática de la ley exige optar por este segundo modelo. Si se opta por el primero acaso pueda tenerse un sistema más jurídico, pero menos democrático. Esto tiene una consecuencia clara para la configuración de las competencias de la jurisdicción constitucional: la separación rigurosa entre las cuestiones políticas y las de constitucionalidad. La función del Tribunal no es la de sustituir al Parlamento, que goza de una innegable "libertad política"; no es, por tanto, la de fijar la "mejor" interpretación de cada precepto constitucional, sino tan solo la de eliminar aquéllas que resulten intolerables. En consecuencia, el texto legal debe ser preservado cuando no impida una interpretación adecuada a la Constitución. Éste es precisa-

mente el fundamento de las denominadas sentencias interpretativas.

2º) Separación entre juicio de constitucionalidad y juicio de legalidad: la jurisdicción ordinaria tiene, frente a la constitucional, una autónoma razón de ser y un ámbito propio.

Lo anterior significa que se sustrae al juez constitucional la posibilidad de revisar el modo de interpretar y aplicar el derecho en los casos concretos, en la medida en que no vengan vulnerados derechos constitucionales. En otras palabras, la función del Tribunal no consiste en revisar el mayor o menor acierto de la aplicación del Derecho efectuada por los jueces, sino sólo su adecuación al texto constitucional; si se quiere, no consiste en fijar la "mejor" interpretación de la ley, sino sólo en rechazar aquéllas que resulten incompatibles con la Constitución, de manera que la interpretación judicial de la ley debe ser preservada cuando no sea incompatible con la Constitución, y en caso de que sean varias las interpretaciones de la ley constitucionalmente conformes, el Juez constitucional no debe imponer la que estime "mejor".

En resumen, la jurisdicción constitucional presupone la separación entre:

1. Juicio de constitucionalidad (competencia de la jurisdicción constitucional).

2. Juicio de legalidad (competencia de la jurisdicción ordinaria).

3. Juicio político (competencia del legislador democrático).

Si se aceptan estos límites de la justicia constitucional, la cuestión que se plantea es la de si es posible respetarlos o si, en todo caso, se respetan en la práctica. El problema surge sobre todo por la indeterminación del texto constitucional. La radical vaguedad de muchos preceptos constitucionales hace en ocasiones difícil mantener las fronteras entre el juez constitucional y el legislador. Pero aún hace más difícil mantener las fronteras entre juez constitucional y juez ordinario.

II. LAS FRICCIONES CON EL LEGISLADOR

Una de las tareas fundamentales de la justicia constitucional consiste en controlar la constitucionalidad de la ley.

Evaluar la constitucionalidad de la ley es hacer un juicio de compatibilidad entre la norma legislativa y la norma constitucional. Por tanto, dicho juicio requiere una doble y previa interpretación: una interpretación del precepto constitucional y una interpretación del texto legislativo en cuestión. La tarea del juez constitucional consiste en declarar la inconstitucionalidad de aquellos textos legislativos que no admitan una interpretación conforme con la norma constitucional; de manera

que debe preservar los textos legislativos que admitan al menos una interpretación conforme con ella. Cuando actúa del primer modo estamos ante una sentencia declarativa de inconstitucionalidad; cuando actúa del segundo modo estamos ante una sentencia interpretativa.

El fundamento de las sentencias interpretativas es claro. Por respeto a la libertad política del legislador, el Tribunal constitucional actúa según el principio de conservación de las normas (*rectius*: de los enunciados o disposiciones legales): se conserva la disposición en el ordenamiento en la medida en que sea susceptible de al menos una interpretación constitucionalmente adecuada. Estos pronunciamientos son pues el resultado de la técnica de interpretación conforme con (o adecuadora a) la Constitución, que es un tipo de interpretación sistemática.

Se trata pues de sentencias formalmente desestimatorias de la demanda de inconstitucionalidad, pero sustancialmente estimatorias de la misma: "la ley no es inconstitucional, en la medida en que se la interprete de cierta forma"; o "es inconstitucional si se la interpreta de cierta forma".

Ahora bien, el Juez constitucional no siempre se mantiene en esta "ortodoxia" de pronunciamientos, y, en la tarea de revisar la constitucionalidad de la ley, dicta sentencias en las que actúa como un auténtico "legislador positivo": es decir, introduciendo política en el sistema o influyendo en ella.

a) INTRODUCIENDO POLÍTICA

El caso más patente de ejercicio de funciones políticas por parte de la justicia constitucional lo constituyen las llamadas sentencias manipuladoras, a través de las cuales puede decirse, sin esfuerzo, que el Juez constitucional actúa como un auténtico legislador positivo.

Son sentencias manipuladoras las que se dictan cuando: 1º el texto impugnado es inconstitucional; 2º la reparación de inconstitucionalidad no es reductible por vía interpretativa (como sucede en las sentencias interpretativas); y 3º no obstante, no se considera adecuado o conveniente anular el texto legal.

En estos casos, el Juez constitucional "salva" la constitucionalidad del enunciado legal a) manipulando el texto de la ley para provocar una interpretación constitucional o b) manipulando directamente su interpretación; en definitiva, haciendo una interpretación contra *legem*, una interpretación que claramente no se deduce del enunciado de la ley. Ejemplos típicos de estas últimas son las sentencias "reductoras" y las sentencias "aditivas". Las primeras (reductoras) consisten en hacer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de los enunciados legales impugnados:

tras la interpretación, la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal. Las segundas (aditivas) consisten en hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación de los preceptos legales impugnados: tras la interpretación, la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal.

Aun cuando el Tribunal dicta esta clase de sentencias por no considerar adecuado o conveniente anular el texto legal, al entender que protege valores dignos de ser garantizados, es evidente que al reducir o extender el campo de aplicación de la ley impugnada, el Tribunal actúa como un legislador positivo, pues crea una norma nueva que es ley para jueces y tribunales pero que no ha sido querida por el legislador.

Estas sentencias sólo están justificadas cuando introducen normas constitucionalmente exigibles; o sea: 1) cuando la nueva norma que deriva de la sentencia del Tribunal constitucional sea necesaria para la protección de un bien o valor constitucional; y 2) no exista otra forma de hacerlo que la establecida precisamente en la sentencia. En caso contrario, si falta 1 ó 2, la interpretación en que consiste la sentencia manipulativa es una forma de arrebatar al legislador sus competencias políticas.

Por lo demás, los problemas que las sentencias manipuladoras plantean cuando no son "exigibles" (o sea, cuando se arrebatan el legislador sus competencias) podrían solventarse dictando una sentencia de mera inconstitucionalidad (o de inconstitucionalidad sin nulidad), mediante la cual se emplaza al legislador a reparar la situación de inconstitucionalidad por vía legislativa, y en la que el propio Tribunal Constitucional podría incluir una serie de directrices provisionales, válidas en tanto no se dicte la nueva ley.

b) INFLUYENDO EN LA POLÍTICA

De todas formas, el inmiscuirse de la justicia constitucional en cuestiones políticas es muchas veces consecuencia de (o puede venir propiciada por) la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes las cláusulas abiertas o de fuerte contenido valorativo. Y es que cuando los preceptos constitucionales implicados en una cuestión de constitucionalidad están altamente indeterminados, el juicio de constitucionalidad de la ley se torna notablemente discrecional. En algunos casos tan discrecional, que pareciera que el juez constitucional viene irremediablemente abocado a convertirse en un sujeto político.

La indeterminación constitucional está detrás de algunas actuaciones políticas del juez constitucio-

nal, que, o bien contiene recomendaciones al legislador, o bien fijan de manera intolerable el significado de un concepto esencialmente controvertido. En algunos casos, en efecto, ante la duda sobre el significado de la Constitución en un determinado punto, y ante la duda por tanto sobre si la ley cuestionada respeta el ámbito de posibilidades políticas permitidas por la Constitución, el Tribunal declara la constitucionalidad de la ley, pero acompaña a su declaración una "recomendación" al legislador a fin de que en el futuro reforme la ley ajustándola a la "mejor interpretación" de la Constitución que establece el Tribunal constitucional. Es evidente la "carga de autoridad" que acompaña a esta "recomendación" del Juez constitucional, por lo que es muy probable que el legislador termine atendiendo esa sugerencia y reformando la ley. De todas formas, cuando la indeterminación tiene que ver con principios o valores constitucionales cuya interpretación es socialmente controvertida (como el derecho a la vida en los casos de eutanasia, aborto, transfusiones de sangre, etc.), es posible no ya que el Juez constitucional haga una recomendación al legislador, sino que fije directamente (de manera intolerable) el significado de esos principios o valores.

En todo caso, es posible salvar el problema de la indeterminación constitucional sin que el Juez constitucional desempeñe funciones políticas. En concreto, como al abordar una cuestión constitucional esencialmente controvertida es muy posible que las dos partes enfrentadas (la mayoría, defensora de la ley, y la minoría, que impugna la ley) esgriman argumentos atendibles, el Tribunal podría adoptar una solución intermedia, consistente en declarar válida la ley, pero dejando abierta la "reversibilidad" de su decisión: 1) por si surgieran nuevos datos (por ejemplo, acerca de las valoraciones sociales dominantes a propósito de valores constitucionales controvertidos) que ayuden a esclarecer la cuestión; ó 2) por si cambiaran las valoraciones sociales. En suma, se trata de que, por razones democráticas y habida cuenta la "duda", es preferible diferir la cuestión al criterio de la mayoría declarando válida la ley (por el momento), pero reconociendo que los argumentos que invocó la minoría tienen peso suficiente como para dudar.

c) ARGUMENTOS CONTRA EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En los últimos años se ha generado un vivo debate sobre la justificación de la justicia constitucional. Algunos de los argumentos que se esgrimen en su contra traen como causa el gran poder discrecional (y por tanto "políticos") que ejerce el juez constitucional, sobre todo cuan-

do las cuestiones de constitucionalidad afectan a conceptos esencialmente controvertidos; precisamente por ello, las comentadas actuaciones políticas de los Tribunales constitucionales han contribuido a reforzar esos argumentos. Pero otros argumentos van directamente contra la propia idea de rigidez constitucional: las generaciones pasadas no pueden vincular a las generaciones futuras. Ésta es la objeción fundamental a la que se enfrenta la justicia constitucional y que en los Estados Unidos se verbaliza con la expresión, acuñada por Alexander Bickel, de "la dificultad contramayoritaria" o antidemocrática.

Los dos tipos de argumentos están conectados, pues esta segunda objeción es tanto más importante cuanto mayor sea el grado de discrecionalidad que permita el tipo de constitución de que se trate; es decir, cuanto mayores dudas interpretativas plantee el texto constitucional. Por eso, constituciones cargadas de normas controvertibles en esencia propician más la discrecionalidad y hacen por tanto más grave la objeción antidemocrática. Si una ley que regule la eutanasia es invalidada por el Tribunal Constitucional por vulnerar el derecho a la vida que la Constitución protege, tendría sentido preguntarse quién es el Tribunal constitucional para imponer su interpretación del derecho a la vida por encima de la que ha hecho el legislador democrático. En cambio, no habría lugar a cuestionar la actuación del Tribunal constitucional si éste invalidara una ley que estableciese la pena de muerte para determinados supuestos; sencillamente porque la interpretación del precepto constitucional que proscribe la pena de muerte no plantea ninguna duda, y frente a ello no cabe el argumento democrático: el Tribunal constitucional simplemente ejecuta la Constitución en un supuesto clarísimo.

Justamente como respuesta a la dificultad contramayoritaria se ha propuesto la tesis de la Constitución procedimental. La idea que la sustenta puede resumirse como sigue. En un mundo pluralista (en valores) y con un cierto relativismo ético no pueden imponerse (constitucionalmente) valores objetivos indiscutibles, porque el único valor fundamental es la igualdad de todos los hombres, que, en el plano de las decisiones colectivas, se traduce en la democracia, es decir, en la igual participación de todos en pie de igualdad en las decisiones colectivas. De ahí se deriva una concepción restrictiva de la justicia constitucional, según la cual ésta debe limitarse a mantener abiertos los canales de la participación; o sea, sin condicionar la decisión última.

III. LAS FRICCIONES CON EL JUEZ ORDINARIO

Pero los problemas de la justicia constitucional no obedecen sólo a su denunciado carácter antidemocrático o a su intromisión en materia política, sino también a los conflictos de competencia con la jurisdicción ordinaria. En general, puede decirse que el Juez constitucional asume competencias de la jurisdicción ordinaria cuando impone al juez la correcta interpretación de la ley; lo que puede suceder en abstracto (cuando dicta sentencias interpretativas) o ponderando él mismo en el caso concreto (como sucede en el amparo o en la cuestión de la inconstitucionalidad).

a) SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

Son sentencias interpretativas las que no anulan el texto de la ley en la medida en que admita alguna interpretación conforme con la Constitución. Es decir, con una u otra fórmula, las sentencias interpretativas declaran que la ley es constitucional según determinadas interpretaciones y que es inconstitucional según otras.

Si se consideran las fronteras que separan la justicia constitucional del juicio político-legislativo, estas sentencias no plantean problemas; al menos mientras no impongan interpretaciones que manipulen o amplíen en contenido de la ley más allá de lo previsto o querido por el legislador. Ahora bien, no puede decirse lo mismo si se consideran las fronteras que separan la justicia constitucional de la ordinaria, pues, al dictar una sentencia interpretativa, el Tribunal Constitucional actúa con una técnica propia de un Tribunal Supremo (o sea, de Tribunal de Casación): dice qué interpretaciones de la ley son admisibles o cuáles no lo son, y como sus decisiones tienen eficacia *erga omnes* se imponen a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria.

b) LA PONDERACIÓN

Pero los verdaderos problemas de invasión de competencias del juez ordinario se producen cuando el Juez constitucional efectúa él mismo (e impone) la correcta interpretación de la ley en el caso concreto. Los problemas surgen aquí, de nuevo, por la indeterminación de la Constitución. Indeterminación que se manifiesta de modo particular cuando se producen colisiones entre preceptos constitucionales, especialmente frecuentes en materia de derechos y libertades.

Las constituciones de nuestro tiempo, en tanto que normas que rigen la convivencia en una sociedad plural, reconocen la pluralidad de valores y concepciones de justicia que están presentes en la sociedad. Pero se trata de un reconocimiento en abstracto, y en los casos concretos se presentan numerosos supuestos de concurrencia de esos bienes y valores que deben

ser resueltos. Así, por ejemplo, es posible una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor; o entre la estabilidad económica y la libertad de empresa; o entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación; o entre la vida y la libertad del titular de la misma, etc. No hay un sistema de prioridades absolutas entre los bienes y valores constitucionales; es decir, no hay reglas fijas para dirimir los eventuales conflictos que puedan surgir entre ellos en la vida real. Es más, hay que suponer que todos ellos gozan de una misma dignidad constitucional y que, por consiguiente, ninguno puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de los otros.

Los conflictos de principios o valores constitucionales se superan mediante lo que ha dado en llamarse regla de la ponderación, consistente en adoptar una solución que armonice el peso o la importancia de cada uno de los principios implicados en el caso concreto; una solución que, en definitiva, optimice su realización en ese supuesto concreto, de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Es importante observar que la ponderación, en cuanto solución armonizadora de la importancia de los principios en juego, es una operación notablemente discrecional: personas razonables pueden discrepar sobre su resultado. No en vano suele aludirse a ella como "juicio de razonabilidad". Ello no significa que estemos ante una tarea esencialmente arbitraria y sin sujeción a reglas. Significa tan solo que es muy probable que cada una de las posibles soluciones al conflicto cuente con razones de suficiente peso y que, por consiguiente, la opción por una o otra dependa simplemente de un juicio valorativo del intérprete; es decir, de sus preferencias por uno u otro valor en el caso concreto.

Desde el punto de vista institucional, las fricciones entre la justicia constitucional y la ordinaria se producen a través de dos vías: el amparo frente a decisiones judiciales y la cuestión de inconstitucionalidad; pero particularmente a través del amparo.

b.1) EL AMPARO

El amparo frente a decisiones judiciales por violación de derechos es, por muchas razones, el verdadero campo de fricciones (y en ocasiones de auténticos conflictos institucionales) entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria. Y es que desde el momento en que un mismo caso puede ser visto por dos jurisdicciones (la ordinaria y la constitucional) las fricciones son inevitables y resulta prácticamente imposible establecer criterios de competencia.

El problema puede analizarse a la luz de la distinción entre dos tipos de discursos sobre la ley: a) el discurso de validez, típico de la justicia constitucional; y b) el discurso de aplicación, típico del juez ordinario. Esto significa que la adopción de la decisión para el caso concreto, así como el necesario y previo conocimiento de los hechos que han originado el conflicto, es tarea de juez ordinario; el juez constitucional, en cambio, debe limitarse a enjuiciar la constitucionalidad de esa decisión judicial con total independencia de los hechos (es decir, del caso concreto) que originaron el conflicto. Muy brevemente, compete a la jurisdicción ordinaria resolver el conflicto conforme a derecho; a la constitucional evaluar si la actuación judicial es ajustada a la Constitución.

Ahora bien, si, en cuanto titular exclusivo de funciones jurisdiccionales, es el juez (y sólo él) quien debe decidir el caso concreto, entonces es él (y sólo él) quien debe ponderar los distintos bienes y valores constitucionales que están en juego. Esto es así porque la ponderación consiste en establecer un orden de preferencia entre los bienes o valores implicados en el caso concreto y tal orden de preferencia no existe en la Constitución, que es el único parámetro que el Juez constitucional puede usar. Lo único que el Juez constitucional puede hacer en amparo es verificar si ha habido ponderación y si tal ponderación es razonable, en cuyo caso declarará la constitucionalidad de tal actuación. En otras palabras, la invalidación de la decisión judicial sólo procede cuando la interpretación judicial de la ley sea inconstitucional, lo que tiene lugar cuando falta absolutamente la ponderación o cuando ésta sea manifiestamente irrazonable.

Que la regla que acabamos de enunciar y que rige la ponderación no plantea problemas, se pone de manifiesto en que es una regla constantemente recordada por los tribunales constitucionales.

A título de ejemplo, el TC español recuerda insistentemente que: "La selección de normas aplicables a un supuesto controvertido y su interpretación es competencia exclusiva de los jueces y Tribunales ordinarios, sin que sea competencia del Tribunal constitucional (...) la revisión de los criterios interpretativos", (STC 210/1991, FJ 5º).

Y sin embargo, los propios tribunales que recuerdan la regla la violentan profusamente entrando a ponderar; estableciendo, en definitiva, cuál es la óptima interpretación de la ley en el caso concreto e invadiendo así competencias del juez ordinario.

La verdad es que esta invasión de competencias parece "comprensible" (o al menos difícil de evitar) si se consideran las características del

amparo. El amparo consiste en revisar la constitucionalidad de una decisión judicial. Aunque en línea teórica esa revisión ha de hacerse con total independencia de los hechos que dieron lugar a la misma, en la práctica esa abstracción de hechos parece imposible, pues resulta ciertamente difícil evaluar la constitucionalidad de una decisión prescindiendo del conocimiento de los hechos o conductas que dieron lugar a ella. Pero -repárese- al conocer de los hechos que configuran el caso concreto, el juez constitucional, inevitablemente, tiende a ponderar él mismo; es decir, tiende a establecer la óptima interpretación de la ley para el caso concreto. Y es que parece en verdad difícil que quien está llamado a custodiar la interpretación constitucional de las leyes no traspase esa frontera y termine custodiando la "mejor" interpretación de entre varias posibles, todas constitucionales.

En suma, el amparo contra resoluciones judiciales, por más que se configure como un especialísimo recurso ante una jurisdicción constitucional separada y distinta de la ordinaria, termina haciendo del Tribunal constitucional un Tribunal de casación; más aún, un Tribunal de supercasación, en la medida en que revisa la propia interpretación del derecho efectuada por los tribunales de casación. Precisamente por ello muchas veces se dan graves conflictos institucionales entre ambos órganos.

LA SENTENCIA

Dra. Beatriz Quintero de Prieto

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** El acto de juzgar. **III.** La fundamentación de la sentencia.

I. LA INTRODUCCIÓN

La sentencia es un fenómeno jurídico que conjunta peculiaridades insondables en su especificidad.

"LA SENTENCIA COMO ACTO DE JUZGAR"

Cuál es la estructura que conviene al proceso, visto éste como uno de los mecanismos mediante los cuales una sociedad confronta la violencia. Cómo desenardece el juez a las partes que se enfrentan en antagonismo irreductible, en un cuerpo a cuerpo, con la aspiración irracional de la venganza privada, con el propósito inconfesado de hacerse justicia por su propia mano. De qué manera puede el juez decidir el conflicto hasta lograr desvanecerlo, sin violencia, produciendo paz social. Qué significado tiene la aparición del juez entre las partes como tercero impartial. Como no tercero parte. De qué manera tiene que plasmarse el juicio del juez para que acontezca el triunfo de la palabra sobre la violencia.

Cuál es el significado de lo justo, ese concepto que tanta escisión produce en todo el campo del pensamiento filosófico.

Algunos autores han hecho análisis acerca de la justicia y la han calificado como primera virtud de las instituciones sociales (Rawls)[1]. De estos análisis pueden extraerse modelos de instituciones jurisdiccionales particularmente favorables para preparar la aparición del juez como señor de justicia y su figura para lograr ese reconocimiento. Son relevantes al proceso jurisdiccional aun cuando sirvan a otro propósito. Las ideas de la teoría de la justicia de Rawls, materializadas en la igualdad de las partes, el juez tercero como operador de la justa distancia que el proceso tiene que establecer entre los contendientes, por ejemplo. Importa igualmente Aris-

---

[1] John Rawls, "Una teoría de la justicia", Fondo de Cultura Económica, México, 1993, Traducción María Dolores González.

tóteles[2] en su "ética nicomaquea" como búsqueda de una realización personal, que deba lograrse en la sentencia.

Bajo la condición de la imparcialidad, la indignación se libera del deseo de venganza y de hacerse justicia por su propia mano. Es la figura del juez entre las partes, en el proceso, en la institución del tribunal.

Pero lo que en definitiva vincula la imparcialidad del juzgamiento con la independencia del juez es la referencia a la ley. Éste es el punto de vista deontológico de la justicia. Es la reivindicación de la validez universal vinculada a la idea de la ley. Ésta es una argumentación del estilo kantiano: es la instauración de un orden de fines en el cual los objetos serían al mismo tiempo sus propios legisladores[3].

Cabe puntualizar que Rawls se sitúa más en la descendencia kantiana que en la aristotélica. En el entendimiento de Aristóteles la justicia es una virtud particular como justicia distributiva y correctiva situada en un cuadro teleológico relacionado con el bien. Con Kant se opera una inversión de prioridades y se encuadra la justicia en un marco deontológico de búsqueda de universalidad en relaciones interpersonales.

Una indagación deontológica atisbaría a una justa distribución de bienes y consideraría como tal la tarea del juez. Son ahondamientos que se imponen: si al efecto la sola teoría procesal (Rawls y otros) logra la finalidad perseguida por la sentencia, o si hay que vincular el sentido de justicia al deseo de vida buena como formalismo en el reparto pero de alguna manera conexo con la heterogeneidad de los bienes a distribuir. El nivel deontológico se privilegia en la referencia a la justicia pero no es una referencia exclusiva.

II. EL ACTO DE JUZGAR

La problemática de la aplicación de la norma para decir el derecho aquí y ahora tiene una relevancia inmensa. Cómo tomar decisiones singulares y justas en un clima de incertidumbre y de grave enfrentamiento conflictivo.

Si este acto se pone bajo el signo de la sabiduría práctica se hace un retorno a la virtud aristotélica de la phronesis interpretada por Gadamer[4].

---

[2] Aristóteles, "Ética Nicomaquea" 1.109b/1110ª Obras- Aguilar, Traducción de Francisco de P. Samarandi, 2ª edición, 1967.

[3] Kant, "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", Editorial Porrúa S.A., 1995.

[4] Hans Georges Gadamer, "Verdad y método", I, 5ª edición, Ediciones Sígueme, traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, 1977. "Verdad y método", II, 2ª edición, Ediciones Sígueme Salamarca, 1994. Tradujo Manuel Olagstey.

Una concepción puramente mecánica de la aplicación de la norma al caso es equivocada. Pero también lo sería una apreciación meramente discrecional del caso en la sentencia.

Paul Ricoeur[5] denomina a ésta, una problemática phronética que cosiste en explorar la zona media en donde se forma el juicio a medio camino por la prueba sometida a la contradicción lógica y como resistencia a la tentación de intimidad. Es de todas maneras una zona en la cual el raciocinio que se opera tiene apenas una naturaleza probable. Aristóteles la denomina retórica como una réplica a la dialéctica. Es la hermenéutica, como lindero en el cual se conjuntan la aplicación con la comprensión y la explicación. Es la poética porque a la postre es la invención la que tiene que encontrar la solución apropiada a la situación singular.

Paul Ricoeur[6] asevera que en el juicio reflexionante de la tercera crítica kantiana se conjuntan las tres disciplinas mencionadas antes, en sus rasgos distintivos: probabilidad, subsunción o aplicación, e innovación, y que todos estos son caminos hacia la concepción de lo justo como deseo de vida buena, en un abrazo que se aglutina con las teorías procesales de la justicia (es decir, con la formulación racional, la más ascética, del formalismo) en busca de una meta heurística, en plenitud concreta, haciendo su aparición en el acontecimiento de la aplicación de la norma, en el ejercicio del juicio en situación. Éste es el momento en que se pronuncia la palabra que dice el derecho, el momento del acto de juzgar.

Pero el juicio no tiene solo un tenor lógico en tanto que discurso, sino que tiene relevancias en la medida en que su fin último es conseguir la paz social por medio del cumplimiento de su fin inmediato, que es solucionar el conflicto inter partes, de una manera tal, que la violencia desaparezca o pueda ser aplacada. Es decir, logrando una solución justa. La paz al fin y al cabo es la utopía del derecho.

En el plano teleológico del deseo de vivir bien es justo lo que es bien, pensado en referencia con el otro. En el plano deontológico, mirando a lo justo como a una obligación, lo justo se identificaría con lo legal. En el plano de la phronesis como sabiduría práctica, en donde se juzga un caso, lo justo es lo equitativo.

Los casos simples no revisten mayor dificultad y permiten una solución que conjunta equidad, justicia y legalidad. Los casos duros

[5] Paul Ricoeur, "Le juste" editions Esprit, 1995, París.

[6] Paul Ricoeur, "Le juste", op. cit., p. 33.

(hard cases) como situaciones de honda incertidumbre, profundamente conflictivos, en referencia con los cuales la ley se hace penumbra, son los que están reclamando ahondamientos y extensiones innovadoras del concepto de juicio reflexionante.

Hasta Kant[7] la tradición filosófica considera al juicio como el acto que da predicado a un sujeto; como un proceso mental por medio del cual se decide que algo es de un modo o de otro, en una tendencia a situar el juicio en la esfera lógica como acto por medio del cual se piensa un enunciado.

Desde Kant[8] el juicio es la facultad de pensar lo particular en referencia con lo general. Si lo general está dado, la facultad del juicio que subsume en él lo particular se llama juicio determinante o determinativo; si está dado lo especial, a la facultad que busca lo general se le llama juicio reflexionante. El juicio reflexionante en los análisis de Kant, en una de sus dos expresiones, es el juicio estético; pero hay también un enfoque global del juicio reflexionante que no lo reduce exclusivamente a un uso estético. Bajo el concepto de juicio reflexionante Kant conjunta el de juicio estético y el de juicio teleológico.

La gran novedad de la tercera crítica es la de que admite un enfoque doble en el concepto kantiano de juicio, de conformidad con el cual, un caso es puesto bajo la óptica de una regla. En la primera crítica se procede de lo universal a lo particular en una deducción, desde la regla hasta el hecho como determinante o determinativo, en el que la regla confiere al caso la cualidad de la objetividad. Al fin y al cabo el problema del juicio tiene una íntima conexión con el de la verdad y su búsqueda es centro del horizonte filosófico. La crítica de la facultad de juzgar ofrece un funcionamiento del juicio a la inversa: para un caso dado se busca una regla. Hay una experiencia singular buscando una regla que se le adecue. Es una operación solamente reflexionante porque el sujeto no determina ninguna validez universal como cualidad objetiva; tan solo reflexiona en torno a la idea de que el procedimiento que se sigue en esa búsqueda, de algún modo parte de lo bajo a lo alto, de lo singular a lo general.

Poder juzgar acerca de determinadas cosas es lo que se concibe como el juicio del gusto. El gusto es el soporte de un juicio que reflexio-

---

[7] Emmanuel Kant, "Crítica de la facultad de juzgar". Traducción Pablo Orgazán - Monteávila editores, 1ª edición, 1992.

[8] Emmanuel Kant, "Crítica de la facultad de juzgar", op. cit.

na sobre el libre juego de las facultades representativas, especialmente de la imaginación y el entendimiento. El gusto está formado necesariamente de acuerdo con algo que prescribe a su vez el fin para el que se forma (Gadamer)[9]. Las experiencias de la filosofía, las experiencias de la justicia, no están tan lejos como se cree de las experiencias del arte. El gusto es un juicio que se comunica universalmente: lo justo es un juicio que se comunica universalmente.

Hannah Arendt[10] intentó hacer decir a Kant que el juicio estético podía extenderse como juicio político. En su "vida del espíritu" desarrolló lo concerniente a las facultades del conocimiento y la voluntad y cuando falleció quedó en su máquina de escribir la portada de la facultad del juicio. En unas lecciones sobre Kant, impartidas en la universidad e Chicago, consiguió estas ideas que uno de sus alumnos ha ofrecido como escrito posterior al fallecimiento de la filosofa. Para Arendt la condición de pluralidad es un punto común que confluye hacia la exigencia de comunicabilidad tal cual se halla implicado este aspecto en el juicio del gusto.

Qué es lo que permite la comunicabilidad del gusto. Qué es lo que debe permitir la comunicabilidad de lo justo.

En la crítica de la facultad de juzgar se alude a una comunicabilidad general ligada a una operación de reflexión que Kant[11] menciona como "un modo de pensar alargado". Es la imaginación de cada uno introduciéndose en el juicio del otro, poniéndose en el lugar del otro.

Uno pudiera decir que el juicio reflexionante es la única posibilidad de respetar la peculiaridad de cada caso, de adecuarse a la idea del pluralismo, de la multiplicidad de las cosas y de su diferencia para buscar, sin embargo, en ellas una unidad como totalidad armoniosa.

Los casos que se someten al juicio del juez son empíricos y como tales presentan una variedad infinita, de tal manera que la primera tarea del juicio del juez es realizar la determinación conceptual de cada uno de conformidad material probatorio, aceptando así que los mismos son esquivos a esa determinación y por lo tanto dificultan o hasta imposibilitan su deducción a partir de la regla. Tanto más son particulares y diferentes los casos tanto

[9] Hans Georges Gadamer, "Verdad y método", I, op. cit., p. 102.

[10] Hannab Arendt, "La vida del espíritu", Tercer volumen inacabado y póstumo.

[11] Emmanuel Kant, "La crítica de la facultad de juzgar" op. cit., p. 240.

menos pueden ser anticipados rigurosamente desde la regla.

El ejercicio reflexionante es reclamado por la proliferación empírica de los casos en el detalle de su particularidad y heterogeneidad, pero también por la proliferación empírica de las leyes bajo las cuales se pudieran ellos alinearse y en fin por la exigencia de procurar su integración en una unidad virtualmente cabal de legalidad y justicia.

En la crítica de la razón pura se trata de resolver el problema de la subsunción trascendental: cómo a la facultad de juzgar trascendental puede serle indicado *a priori* el caso al cual ella aplique la regla. Los casos tan solo responden exactamente a esa exigencia cuando ellos mismos han sido producidos o construidos de conformidad con la regla porque entonces, sí, entre ambos extremos hay adecuación cabal. Según Kant esto ocurre también en las condiciones de los objetos posibles de la experiencia y es entonces la imaginación trascendental la que tiene que realizar la subsunción en la dimensión empírica. Clave de esta determinación, es la posesión previa de la regla, la preexistencia de la ley.

Pero puede ocurrir que haya casos sin que les preexista una ley. Que haya que buscar esa ley. A ese proceso de búsqueda lo denomina Kant reflexión[12]. La facultad de juzgar reflexionante opera en el territorio de la formación de los conceptos empíricos careciendo de una guía preestablecida. Kant indica, a la vez, un principio trascendental que haya de guiar esa búsqueda: "para todas las cosas de la naturaleza se pueden hallar conceptos empíricos determinados". Lo empírico como tal es particular, diverso y contingente. Por tanto el juicio del juez que se realiza sobre casos empíricos, más que aplicar una ley preestablecida, lo que hace antes que todo es buscarla. El juicio y la prudencia misma, para Kant, sólo puede pensarse como un arte de la invención. El hallazgo de la ley no es un descubrimiento sino un invento. Pero tampoco es arbitrariedad sino adecuación a una generalidad comunicable con entero respeto por la diferencia. Y de esta manera se espera que ocurra el encuentro de la ley con el caso en el acontecimiento de la sentencia.

Prudencia es discernimiento por oposición a la imprudencia que no tiene en cuenta las diferencias en una identificación que se atribuye como mesiánica, del caso con la ley.

---

[12] Emmanuel Kant, "La crítica de la facultad de juzgar", op. cit., p. 235.

Son particularmente sugestivos los planteamientos de Hannab Arendt[13]. Recuérdese su dicho: "con cada nacimiento llega al mundo un comenzador". Es el eco de Agustín: "*initium ut esset homo creatus est*". Es el infinito respeto por las diferencias, la singularidad y la distancia. Es el enfrentamiento, ante una pérdida de valores, que tienen que realizar, el filósofo en su soledad, y el juez en su imparcialidad, creando, demarcando fronteras, como formas existenciales de verdad y de justicia. La idea "juicio" es la de aquella facultad de abordar lo particular, lo nuevo, para subsumirlo en una ley general, pero como acción individual que se ofrece ante los demás solicitando su adhesión. En este juicio no hay coacción alguna. No es una evidencia que obligue sino una potencia que solicita. Hay un propósito en ella como decía Arendt[14]" preservar la mundanidad del mundo", su pluralidad. La pluralidad es una de las determinantes básicas de la condición humana.

Hay una afirmación un tanto cruel, de conformidad con la cual el que juzga demasiado bien con la regla nunca mira el caso particular que tiene delante ni trata de juzgar sin la regla. Uno diría que no hay peor cosa que el juez malo que se cree bueno.

III. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

El proceso es un debate, es una contienda verbal y se decide con la palabra que apaga la violencia. En el discurso jurídico afloran dos aspectos, la interpretación y la argumentación y es preciso que se aluda a las relaciones que se plantean entre ellos. Se considera que una especie de simbiosis entre las 2 opciones da la medida más próxima a la verdad, de la conveniencia, si se quiere. Porque al intérprete no le basta una tarea de inferencia lógica ya que esta hipótesis minimizaría su misión. Tiene que entresacar y comprender la ideología contenida en la norma y edificar con ella un sistema, uno que probablemente no argumentó el autor del texto, obteniendo circunstancias aplicables a nuevas situaciones que son producto de nuevas circunstancias. Se trata de un ejercicio de argumentación interpretativa, mediante el cual, el juez pueda con subreglas concretas, partiendo de una regla general propuesta por la ley. Es un comportamiento complejo: argumentaciones o interpretaciones, dentro del cual actúan Robert Alexy, Ronald Dworkin y Manuel Atienza.

---

[13] Hannab Arendt, "La vida del espíritu", op. cit., p. 385.

[14] Hannab Arendt, "La vida del espíritu", op. cit., p. 230.

Para Dworkin[15], en la sentencia sólo hay interpretación. En su planteamiento no aparece la problemática de la argumentación. El autor, a partir de la presentación de los "hard cases" genera las consideraciones generales en torno a la coherencia de la práctica jurisdiccional.

De conformidad con la teoría positivista del derecho, que es el blanco al que Dworkin apunta toda su artillería, las leyes se reputan, promulgadas como un mandato para los coasociados. Se reputan caracterizadas de un cierto grado de inteligibilidad. La embestida dworkiniana va enderezada específicamente contra la escuela analítica de H.L.A. Hart[16], en la consideración de que si algún "caso duro" parece no encontrar respuesta en la ley como derecho vigente, el juicio sobre el asunto se remite al poder discrecional del juez.

Dworkin da reglas de interpretación a modo de enfrentamiento con Hart, en esa concepción del poder discrecional del juez, y propone a éste para los eventos una teoría de la interpretación. Según el planteamiento de Dworkin, si la discrecionalidad del juez es la réplica al silencio de la ley, la alternativa es fatal en cuanto su decisión o es arbitraria o es jurídica. Hay que buscar la manera de hacerla jurídica para que no sea arbitraria. De esta problemática, sin embargo, tampoco escapa Dworkin porque él también convierte al juez en legislador.

Dworkin apela al paradigma del texto literario. El trabajo literario reviste un carácter de canon para la teoría jurídica. De esta manera, si la interpretación toma apoyo en la permisión del texto, cuando al lector se ofrece un texto vago no podría hablarse de debilidad literaria o jurídica sino más bien de fuerza que estimulará la tarea jurisdiccional.

La interpretación desde el punto de vista dworkiniano juega para la reconstrucción del sentido del texto como compaginación del pasaje difícil con el conjunto de la obra. Es el círculo hemenéutico de la parte y el todo. Dworkin recurre a la figura de un conjunto de narradores que tuvieran la tarea individual de la presentación de un capítulo. Cada narrador debe reflejar en su capítulo el sentido global y por eso adopta como regla la coherencia máxima. Es una anticipación de la coherencia conjugada con la comprensión de los capítulos precedentes de una historia que cada narrador encuentra ya empezada para cumplir con

---

[15] Ronald Dworkin, "El imperio de la justicia", editorial Gedisa, 2ª edición, Barcelona, noviembre de 1992, Traducción de Claudia Ferrari.

[16] H.L.A. Hart, "El concepto de derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, 2ª edición, Traducción de Genaro R. Carrió, p. 236.

su tarea de continuarla: de un lado lo ya juzgado y de otro el perfil anticipado de la tarea jurídica.

Para Dworkin[17] no son muy importantes los argumentos porque su solución filosófica se desborda desde lo jurídico a lo moral y a lo político.

Su concepción, y también en este aspecto se enfrenta a Hart, reposa sobre una jerarquía entre los diversos componentes normativos del derecho. Le enrostra la dicotomía que ofrezca la rigidez jurídica que se aferra a la idea de regla unívoca y el decisionismo que como consecuencia agiganta hasta la arbitrariedad el poder discrecional del juez. Dworkin[18] construye su teoría sosteniendo que la univocidad es una característica de las reglas, al paso que el otro componente normativo del derecho, que son los principios, no son unívocos habida cuenta de su naturaleza ético-política. El sistema de reglas establecidas no agota el derecho porque éste se concibe como una tarea política. En la solución de los casos difíciles juegan más los principios que las reglas. Los principios, a diferencia de las reglas, tienen fuerza normativa propia y su status ético-político excluye la univocidad. Ellos tienen que ser interpretados cada vez, y cada interpretación cuenta a favor de cuál solución pesa más o menos. El principio inclina pero no con una necesidad determinante porque en él hay un peso que cada vez tiene que ser objeto de una evaluación singularizada.

La de los principios es una concepción no codificable de la interpretación y por eso se rebela ante cualquier formalismo que pudiera significarle un amarre como lo sería una teoría de la argumentación jurídica. El interés de Dworkin es darle al juez un horizonte político-ético desde la idea de los principios que no se dejan reducir a reglas.

Otra es la estrategia de la argumentación jurídica.

En las teorías discursivas del derecho se encuentran Habermas[19] y Alexy[20]. También ellos buscan responder al problema de la corrección de la decisión judicial.

Para cualquiera de los dos, el discurso práctico consiste en poder

---

[17] Ronald Dworkin, "El imperio de la justicia", p. 283 y ss.

[18] Ronald Dworkin, "Los derechos en serio", Editorial Ariel, 2ª edición, 1989, Traducción de Martha Guastavino, p. 134.

[19] Jurgen Habermas, "Facticidad y validez", Editorial Trotta S.A., 1998, Traducción de Manuel Jiménez Redondo.

[20] Alexy Robert, "Teoría de la argumentación jurídica", Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo.

discurrir racionalmente acerca de problemas prácticos. Pero las posturas de ambos autores difieren.

Alexy descarta la tesis de la posibilidad de una única respuesta correcta y entiende que el procedimiento discursivo racional sirve apenas para excluir las decisiones de los jueces que resulten irracionales en cuanto su incorrección consiste precisamente en una contradicción irracional. Para Alexy son admisibles todas las decisiones jurisdiccionales que respondan a características de racionalidad luego de ser procesadas mediante su procedimiento argumentativo, porque el discurso del juez no es sustancialmente diferente del discurso del legislador, y cualquiera de los dos es un caso especial del discurso práctico general que puede ser procesado y justificado con igual rasero argumentativo. La argumentación jurídica en lo esencial, para Alexy es un caso especial de la discusión práctica normativa general que sirve para justificar la decisión judicial.

El discurso práctico normativo tiene como dominio el mundo de las interacciones humanas consideradas desde el punto de vista de las normas que las rigen y busca encontrar su rectitud por medio de un intercambio de argumentos allí donde no se satisface la simple lógica formal sin ceder a la arbitrariedad del decisionismo. El discurso impone un cierto formalismo que es el de la argumentación.

Cuando se trata de saber qué es lo que define la pretensión de rectitud o de corrección encontramos a Habermas[21] explicando que la rectitud es la pretensión que lleva a la inteligibilidad desde cuando ella admite el criterio de la comunicabilidad universalizable. Un buen argumento es el que idealmente es no solo comprendido, tenido por plausible, sino que además es aceptable por todas las partes a quienes concierne. Es la tesis habermasiana del acuerdo potencial en una comunidad sin límites ni contradictores. Es un horizonte de consenso universal y en él se construyen las reglas formales de toda discusión que pretende rectitud. Estas reglas constituyen lo esencial de la pragmática universal del discurso en la cual debe subrayarse el acento normativo y excluirse la argumentación estratégica que enfrenta a los contrincantes que buscan éxito y no rectitud.

Cuando se trata de precisar las modalidades de las fórmulas de esta pragmática aparece que la universalización posible de un ar-

[21] Jurgen Habermas, "Teoría de la acción comunicativa", Cátedra, 1994, Traducción de Manuel Jiménez Redondo.

gumento es lo que constituye su rectitud. El principio de universalidad se hace operar en una situación dialógica cuando en Kant se reduce a un monólogo interior.

Las reglas de la pragmática universal no son muy numerosas. Unas rigen el acceso al discurso: todos tienen un derecho igual a intervenir en el discurso. A nadie se le prohíbe la palabra.

Otras reglas corresponden al curso mismo de la discusión: Todos deben aceptar el reclamo que se les hace para que den razones y si es posible el mejor argumento, o de justificar el rechazo. Ésta es la regla general de justificación. Otras reglas siguen al desenlace de la discusión: todos deben aceptar las consecuencias de una decisión si las necesidades de cada uno se satisfacen por una buena argumentación.

Dado su carácter contractual las reglas constitutivas del discurso práctico general racional, como esquema de situación ideal de diálogo ofrecen un horizonte de rectitud para todos los discursos en los que los intervinientes busquen convencer con argumentos.

Alexy[22] proclama que es conveniente apelar a la teoría estándar aun cuando se trate del discurso del juez insistiendo en que toda pretensión de rectitud tiene una raíz común a todo discurso normativo y pregona que no es preciso hacer ningún énfasis en las características que convengan al discurso de un juez. Su tesis por lo demás es la de que la pretensión de rectitud de un argumento jurídico no difiere en la nada la del discurso normativo. La idea de la búsqueda del consenso en la sentencia radicaría en la necesidad de motivar la decisión y en referencia con ésta puede decirse que un juez no puede a la vez decidir un caso y argumentar que su sentencia es injusta y ésta es una contradicción preformativa tan fuerte como la del hablante que dijera que el gato está sobre el tapiz pero que él no lo cree.

Habermas[23] en cambio distingue específicamente el discurso del juez como discurso de aplicación que excluye cualquier argumento de fundamentación, cualquier indagación que exceda el plano del principio de positivización involucrando en el discurso de aplicación del juez aspectos ético-políticos. En el discurso del juez ya no se trata de examinar la validez de la norma sino de definir la adecuada referen-

[22] Robert Alexy, "Teoría de la argumentación jurídica", op. cit., p. 320.

[23] Jurgen Habermas, "Facticidad y validez", op. cit., p. 562.

cia de una norma a, o la adecuada relación de una norma con, una situación concreta. Dado que cada norma tan solo capta unos determinados aspectos de un caso concreto, situado en un mundo de la vida, es preciso examinar cuáles descripciones de estados de cosas son las relevantes y cuál de las normas válidas a *prima facie*, resulta adecuada a la situación dado que ella aprehende de la manera más completa posible en todos sus contenidos fácticos relevantes. En el discurso aplicativo pues lo que se somete a examen es la adecuación.

Dworkin y Alexy coinciden en una compresión según la cual el discurso del juez, lo mismo que el del legislador se abre a otros argumentos distintos de los del derecho vigente, a razones pragmáticas, éticas, morales, políticas. De ellos discrepa Habermas como debe haberse captado.

Para Dworkin la decisión jurídica de un caso particular sólo puede ser correcta si se acopla a un sistema jurídico coherente que tiene vida en el solipsismo del juez Hércules. Robert Alexy abandona el solipsismo dworkiniano, mediante la teoría de la argumentación pero sostiene que el discurso jurídico es apenas una especie de moral y como se dijo, no distingue entre el discurso de fundamentación de normas y el discurso de aplicación de las mismas.

Para Alexy el discurso del juez es un caso especial del discurso moral. Para Habermas se trata de dos discursos autónomos. La tesis que considera el discurso jurídico como un caso especial del discurso moral, sugiere una subordinación del derecho a la moral sospechosamente involucrada en connotaciones iusnaturalistas.

En Habermas[24] el principio del discurso se concibe con la suficiente abstracción como para permitir especificidad, tanto al principio moral como al principio democrático, los cuales van a fundamentar las diversas clases de normas de acción. Aquéllas regulan interacciones informales y simples entre individuos presentes y éstas entre sujetos de derecho. Pero además, uno es el procedimiento de producción democrática del derecho y otro el de aplicación imparcial del mismo. Por eso se distingue el discurso de aplicación, no solo de las argumentaciones morales, sino también del discurso de fundamentación jurídica de producción normativa.

La instancia jurisdiccional es una instancia paradigmática con sus cortes, sus tribunales y sus jueces.

---

[24] Jurgen Habermas, "Facticidad y validez", op. cit., p. 574.

El discurso jurídico se desenvuelve también en la instancia legislativa productora de leyes y en la instancia de los juristas condensada en la dogmática jurídica. De todas las instancias, la jurisdiccional es la que está sometida a las tensiones más fuertes y por eso en ella se demarca una separación más honda con el discurso práctico general. La discusión se desarrolla en un escenario institucionalizado propio (Tribunal). Es un recinto donde no se abren a debate todas las cuestiones sino tan solo las que se insertan en el cuadro institucionalizado del proceso. La presencia en el proceso aún desde el punto de vista de las partes no ofrece condiciones de igualdad: quien es llamado a resistir la pretensión no lo hace voluntariamente sino tan solo porque se le llama. La deliberación no es libre y espontánea sino que tiene que adecuarse a un marco procedimental pretrazado, a reglas de procedimiento codificadas. La deliberación se limita en el tiempo, de manera muy diversa a como acaece en la dogmática jurídica y aún en la legislación. La discusión en el proceso no concluye con un acuerdo y ni siquiera con una aproximación al acuerdo. Juzgar es antes que todo tronchar y por consiguiente separar a las partes y cada una de sus posiciones, estableciendo una justa distancia entre ellas. El juez por lo demás tiene la obligación legal, la función ineludible, de juzgar.

La sentencia se concibe como un silogismo jurídico. Pero éste no se deja reducir a la vía directa de la subsunción de un caso en una regla sino que tiene que satisfacer el reconocimiento de adecuación del carácter apropiado de la aplicación de tal norma a tal caso. La aplicación de una regla es una operación muy compleja en donde la interpretación de los hechos y la interpretación de la norma se condicionan mutuamente antes de llegar a la decisión en donde se pronuncia que tal comportamiento acarrea la consecuencia jurídica de la regla.

La interpretación de los hechos es un encadenamiento factual ya bastante complejo. Pero decir que A es un caso particular de T, reviste complejidades insondables.

La cuestión es cuál regla recibe tal caso? En términos kantianos[25] puede uno decir que la interpretación es el camino que sigue la imaginación productora en la operación del juicio reflexionante. Y de todas maneras la universalización es la regla del control de ese proceso de ajustamiento, de adecuación entre la norma interpretada y el hecho interpretado. No puede olvidarse la

[25] Emmanuel Kant, "Crítica de la facultad de juzgar", op. cit., p. 234.

idea de la invención ni la de la universalización como aceptabilidad que corresponda en general al juicio en los casos difíciles. El quid es: cómo amarrar la regla así lograda como aceptabilidad general a la ley, parámetro de fallo del juez para equilibrar seguridad jurídica con justicia, ideales que no pueden divorciarse en el juicio del juez.

El juez no es el legislador y esto no puede olvidarse. Él, aplica la ley, o sea, en sus argumentos tiene que incorporar el derecho vigente. Algunos argumentos perfectamente jurídicos operarían en una frontera permisiva, conciliadora, tales cuales el de la analogía, y otros que se enraízan en el campo de la inferencia lógica podrían considerarse como variantes del procedimiento de universalización.

El juicio del juez siempre será eso: aplicará una ley a un caso pero interpretará el caso y la ley y cuando encuentre que un caso no es tan solo la ejemplificación de una regla buscará la regla para el caso nuevo.

Dentro de los linderos aparentemente reducidos del proceso y del tribunal el juicio del juez tiene un papel institucional en la sociedad. La sociedad en el concepto rawlsiano[26] es un inmenso sistema de distribución de bienes. Y allí cabe pensar al juez desde la égida de la justicia distributiva. En una sociedad dada se distribuyen bienes de toda especie, mercantiles y no mercantiles. La sentencia corrige las distribuciones injustas cuando la actividad de una parte invade el campo del ejercicio de la otra. El juez reparte, separa, y da a cada uno lo suyo: "*suum cuique tribuere...*" Kant[27] no está muy lejos: es la separación entre lo mío y lo tuyo.

Ese repartir es apenas solucionar el conflicto. Detrás del conflicto está la violencia. El juez hace parte de un conjunto de alternativas que una sociedad opone a la violencia y que vienen siendo definidas en su conflicto como un Estado de Derecho. Todas las operaciones que se ven en la vida de los tribunales tienen que evidenciar el triunfo de la palabra, del discurso, contra la violencia. Hay muchas formas de violencia y una de ellas es la venganza, la idea que tiene el individuo de hacerse justicia por su propia mano. Hay violencias sutiles, violencias disimuladas y éste es el peligro mayor que amenace el juicio del juez el de constituirse como una justicia simulada es decir como una

[26] John Rawls, "Una teoría de la justicia", op. cit., p. 314.

[27] Kant, "La metafísica de las costumbres", Editorial Atalaya, 1993, Traducción de Adela Cortina y Jesús Connil Sandro, p. 20.

violencia disimulada. El juez tiene que borrar su acto, y de su actividad íntegra, cualquier rezago de violencia, cualquier matiz que pudiera hacer pensar que su simulada justicia es apenas el ejercicio institucionalizado de una venganza privada.

El acto de juzgar no alcanza su verdadero lugar institucional sino cuando no solamente quien triunfa en el proceso puede reconocer que su adversario como sujeto de derecho tenía razones plausibles para defender su posición sino cuando quien pierde el proceso puede recibir la sentencia no como un acto de violencia sino como un acto que efectivamente ha dado a cada parte lo que le correspondía. Cuando los dos partisanos enfrentados realizando un juicio aceptan que tanto el ganador como el perdedor han recibido justamente su parte en ese esquema de convivencia que es la sociedad.

TUTELA DIFERENCIADA EXTRAJUDICIAL*

Dr. Juan Bautista Parada Caicedo

SUMARIO: Introducción. El modelo. El género. Fiducia mercantil. Definición. La especie. Fideicomiso de garantía. Características. Decreto 847/93. Los elementos nocivos en este tipo de contratos. El fideicomiso de garantía como violatorio de la expresión libre del consentimiento. El fideicomiso de garantía como contrato en fraude a la ley. El fideicomiso de garantía tiene objeto ilícito. Las normas que regulan el fideicomiso de garantía son inconstitucionales. *1.* Violación del derecho al libre acceso a la justicia. *2.* Violación al debido proceso. *3.* El fideicomiso en garantía es violatorio del artículo 116 de la Constitución Política. *4.* Violación del derecho a la igualdad. *5.* Violación del preámbulo de la Constitución. *6.* Violación del artículo 95. Consideraciones finales

INTRODUCCIÓN

"El derecho privado -particularmente en las relaciones comerciales- ha ideado formas de ejecución de garantía que están exentas de intervención judicial en cuanto tal ejecución consiste en la apropiación convenida en un bien en manos del propio eventual acreedor o de un tercero. Es una autotutela fundada en la voluntad de los interesados expresada en el convenio. Estas instituciones constituyen, en cierta forma, una manera diferenciada de tutela de los derechos, de carácter meta-jurisdiccional, que debe ser cultivada, para hacerlas realmente eficaces y a la vez ecuánimes. El coto jurisdiccional a estipulaciones convencionales draconianas, siempre será el amparo de los derechos fundamentales"[1].

EL MODELO

Tomamos como ejemplo para analizar esta forma de autotutela una de las especies del contrato de fiducia mercantil, cual es el contrato de Fideicomiso de garantía.

---

* Texto de la conferencia dictada por el profesor Juan Bautista Parada Caicedo en el Colegio de Jueces y Fiscales del Huila.

[1] HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo; Las Formas Diferenciadas de Tutela en el Proceso Civil Iberoamericano en Temas Atuais do DIREITTO PROCESSUAL IBERO - AMERICANO, Instituto Brasileiro de Direitto Processual, Relatorios e conferencias das XVI Jornadas Iberoamericanas de Direitto processual, Brasilia, Brasil, 10 a 14 de agosto de 1998, p. 59.

EL GÉNERO

FIDUCIA MERCANTIL

DEFINICIÓN

"**Art. 1226.** La fiducia mercantil es un negocio en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios."

LA ESPECIE

FIDEICOMISO DE GARANTÍA

El Estatuto Financiero autoriza a las sociedades fiduciarias en los términos del artículo 29-1 para celebrar el tipo de convenio que nos ocupa. La normatividad mencionada dispone:

"**Art. 29-1.** *Operaciones autorizadas.* Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán, en desarrollo de su objeto social:

a) Tener la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio.

b) Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece;...".

De conformidad con la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria una de las modalidades del negocio fiduciario es el Fideicomiso de Garantía, el cual es definido allí de la siguiente manera:

Fideicomiso de garantía: Entiéndase por fideicomiso de garantía aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitidos para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo

insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato". (El subrayado es nuestro).

A diferencia de otras legislaciones latinoamericanas que han acogido la teoría del mandato irrevocable, o la del patrimonio de afectación, la nuestra acogió la de la transmisión de la propiedad u otros derechos para garantizar con ellos el cumplimiento de obligaciones del fideicomitente a favor de terceros.

Características: Podemos predicar de este contrato las siguientes características: **Nominado**: Está expresamente regulado en nuestra legislación artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio. Dentro de las diferentes especies de la Fiducia mercantil está perfectamente diferenciado y definido el fideicomiso de garantía en los términos atrás consignados.

Solemne: De conformidad con la normativa del artículo 1228 ibídem "**la fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida mortis causa deberá serlo por testamento**".

El Estatuto orgánico del sistema financiero y normas complementarias establecieron las siguientes excepciones:

Art. 146.- (...) 2. *Solemnidad en los contratos de fiducia mercantil.* Las sociedades fiduciarias podrán celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para el efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional".

3. *Publicidad de los contratos de Fiducia Mercantil.* Los contratos que consten en documento privado y que correspondan a bienes cuya transferencia esté sujeta a registro deberán inscribirse en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley".

DECRETO 847/93

Art. 1º. Los contratos de la fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles.

De conformidad con el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, si la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se halla sujeta a registro, el documento privado en que conste el contrato deberá registrarse en los términos y condiciones señalados en el precepto citado".

Bilateral. A él concurren la voluntad del Fideicomitente y la del Fiduciario.

Principal. Tiene vida jurídica por sí mismo. A pesar de su objeto, que es el de servir de garantía a los acreedores, tiene personalidad y existencia propia.

Oneroso. Tiene un sacrificio de orden patrimonial, cual es el significativo costo económico para el fideicomitente quien por regla general debe asumir su pago en los términos pactados.

De tracto sucesivo. Por cuanto las obligaciones emanadas de él no se agotan de manera instantánea sino que se van cumpliendo en el transcurso de su vigencia.

De adhesión. Sus cláusulas son dispuestas por uno solo de los contratantes, la entidad fiduciaria.

LOS ELEMENTOS NOCIVOS EN ESTE TIPO DE CONTRATO

A continuación señalaremos puntualmente los elementos que consideramos indeseables en el modelo propuesto y las razones que tenemos para ello.

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO VIOLATORIO DE LA EXPRESIÓN LIBRE DEL CONSENTIMIENTO

1. Los contratos de adhesión, y el fideicomiso de garantía es uno de ellos, son la expresión de contratantes económicamente fuertes, detentadores de un poder real en el concierto de la Nación como lo es entre nosotros el de los banqueros o intermediarios financieros ejercido, si se quiere, desde una posición de cartel o de monopolio pues no hay políticas abiertas de ellos que nos presenten una verdadera competencia a favor de los usuarios. Prueba sobre el tapete de lo afirmado son las altas tasas de interés que mantienen en un país empobrecido y recesivo, aún ante la amonestación y amenazas del Gobierno.

2. Esto implica para el usuario de los servicios de crédito el no contar con otra elección en el momento de contratar, razón por la cual debe aceptar las cláusulas de los contratos como invariables o renunciar a la estipulación contractual así concebida.

3. En los contratos de adhesión, en consecuencia, no hay manifestación de voluntad por cuenta del adherente. Sobre el particular afirma Messineo[2]: "Precisamente la falta de participación en la determinación del contenido del contrato por parte del contratante económicamente débil, justifica el favor que la ley demuestra hacia él. El equivalente jurídico de la igualdad económica entre contratantes consiste, precisamente, en la posibilidad dada a cada uno de ellos de influir sobre la determinación o sobre la

[2] MESSINEO Francesco, DERECHO CIVIL COMERCIAL, T. IV. OBLIGACIONES PARTE GENERAL, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 484.

elección de contenido contractual (condición de paridad de la cual deriva que el contrato se pueda llamar partitivo o ([paritario]). Cuando falte aquella posibilidad, el contrato no puede considerarse constituido regularmente, aún cuando no exista verdadera y propia perturbación del proceso de formación de la voluntad de uno de los contratantes". La protección que da la ley italiana frente a tales eventos está consagrada en el primer apartado del artículo 1341, sancionando con la nulidad si el contratante no conoce los términos del contrato o si los ignora por culpa del otro contratante. No se salva de la nulidad por el hecho de que el contratante débil haya podido conocerlo a posteriori, esto es, después de la conclusión del contrato; o que la haya ignorado sin culpa propia, o por negligencia levísima. Messineo cita como ejemplo las cláusulas contractuales fijadas en los hoteles, de las cuales afirma que no son vinculantes pues de ordinario, no son conocidas en el momento de la estipulación del contrato de alojamiento y a lo sumo sólo después de realizada la estipulación.

4. Los contratos de adhesión, por lo general, contienen[3] "...cláusulas que pueden llamarse vejatorias, las cuales o establecen a favor de quien las ha dispuesto limitaciones de responsabilidad, facultad de separación o de suspensión de la ejecución del contrato; o bien, sancionan, a cargo de la contraparte, decadencias, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad de contratar en las relaciones con los terceros, prórroga tácita o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias, o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial".

5. Los contratos de adhesión y éste en particular, conculcan la libertad del contratante débil por cuanto lo deja sin opción. Además, implican violencia síquica para personas que agobiadas por el acontecer económico, en cuyo resultado no tienen injerencia, se ven sometidos a este tipo de contratos que resultan generalmente ruinosos.

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO CONTRATO EN FRAUDE A LA LEY

Consideramos que este contrato fue concebido y opera para llevar a cabo un fraude a la ley por las siguientes razones:

1. El fideicomiso de garantía lleva en su interior, de manera oculta e indirecta, la consagración de un pacto comisorio prohibido por la ley. De esta afirmación surgen una pregunta y una respuesta iniciales: ¿Cuál es el pacto comisorio oculto e indirecto contenido en el contrato? El pacto comisorio oculto e indirec-

[3] MESSINEO, Francesco, obra citada, p. 485.

tamente contenido en el contrato es el que les permite a los acreedores apoderarse de los bienes que garantizan las obligaciones sin la intervención de la autoridad judicial y sin la interferencia del deudor.

2. Desde el derecho romano fue prohibido el pacto comisorio para apropiarse de los bienes que garantizaban una obligación. La misma norma trascendió al derecho español el cual la consagró en la ley de las doce partidas. Tanto el Código Civil de Napoleón como los códigos que se inspiraron en él y los nuevos códigos civiles y comerciales han consagrado la prohibición de este pacto por razones políticas ya que lo consideran violatorio de la equidad, patrocinador de la usura y, en general, contrario al orden público y a las buenas costumbres[4]. "El artículo 2744 del Código Civil Comercial italiano sanciona la nulidad y, por consiguiente, la implícita prohibición del pacto llamado comisorio. Este pacto consiste en establecer entre las partes que, en defecto del pago del crédito en el término fijado, la propiedad de la cosa hipotecada o dada en prenda pasa al acreedor, sin necesidad de asignación por parte del juez y excluyéndose que la cosa se enajene para la satisfacción de los derechos del acreedor sobre el producto".

3. La Superintendencia Bancaria a propósito del tema expresó su concepto en 1974 así[5]: "Al detenernos en el negocio fiduciario de garantía, vemos que en él hay una violación indirecta y en cierta manera oculta a la prohibición del pacto comisorio, pues en el fondo aquél conlleva una estipulación a favor de tercero aceptada de antemano por éste de una obligación no vencida, por la cual el promitente fiduciario se obliga a hacer dación en pago del bien que le ha sido enajenado en razón de la fiducia, al fideicomiso acreedor en el caso de incumplimiento (cláusula 6 del contrato). La consecuencia como a nadie se escapa es la violación indirecta de la norma imperativa que rechaza el pacto comisorio, pues el acto jurídico complejo que se estudia implica dejar en el fiduciario la competencia que es propia de los jueces ordinarios para llevar a cabo la venta de los bienes afectados por la garantía mediante un procedimiento que haga efectivo el principio del debido proceso para el deudor, lo cual implica entre otras cosas que éste tenga noticia de que en su contra se va a realizar la garantía, que tenga una razonable oportunidad de exponer y probar sus eventuales defensas las cuales pueden llegar inclusive a justificar el incumplimiento, que el juez ante el cual se vaya a discutir su derecho, de sufi-

[4] MESSINEO, Francesco, obra citada, p. 81.

[5] SUPERINTENDENCIA BANCARIA, DOCTRINAS Y CONCEPTOS, T.V. Talleres Gráficos Banco Popular, Bogotá, 1978, Concepto 1411, p. 156.

cientes seguridades de imparcialidad y honestidad, que sea juez competente, etc.".

4. ¿Qué es un contrato indirecto? Ésa es la pregunta que surge de inmediato para ahondar en la tesis del fraude a la ley. Respondamos la pregunta con las explicaciones que sobre el particular da el tratadista italiano Francesco Galgano[6].

"**El Contrato Indirecto**. Se habla de contrato indirecto cuando un determinado contrato es utilizado por las partes para realizar no la función que corresponde a su causa, sino: a) la función correspondiente a la causa de un contrato distinto, o bien b) un fin no realizable mediante ningún contrato. En este caso a diferencia del contrato fiduciario, el distinto fin resulta realizable sólo a través del contrato utilizado, sin necesidad de un pacto separado que lo someta a la función querida por las partes. El límite de validez es el mismo que el del contrato fiduciario: será nulo cuando se concluya en fraude a la ley".

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA TIENE OBJETO ILÍCITO

"Según la concepción clásica, tomada de la concepción alemana del siglo diecinueve, se está en presencia de un contrato fiduciario cuando la causa del contrato excede de la finalidad que las partes persiguen mediante el contrato"[7].

(...)

"El contrato fiduciario es nulo cuando, como sucede a menudo, constituye el modo para eludir la aplicación de una norma imperativa manifestándose, de esta forma, como un contrato en fraude de ley".

(...) ...en estos casos la prueba del fraude de ley -y del mismo *pactum fiduciae*- puede realizarse incluso por presunciones".

"El mismo rigor manifiesta la Cazacione en materia de fiducia *cum creditore*.

Tanto la venta con pacto de rescate, como aquélla con pacto de retroventa, utilizadas con fin de garantía, según la técnica descrita en su lugar, son consideradas nulas puesto que están dirigidas a eludir la prohibición del pacto comisorio (art. 2744)".

Aunque existen diferencias esenciales entre el trust del cual fue tomado el modelo nuestro de fiducia y la fiducia en el derecho italiano, también encontramos que existen identidades esenciales en la concepción de la tutela a los derechos del deudor como la que prohíbe expresamente la aprobación de los bienes que garantizan las obligacio-

[6] GALGANO, Francesco, EL NEGOCIO JURÍDICO, Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó - Lorenzo Prats Albentosa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 449.

[7] GALGANO, Francesco, obra citada, p. 444.

nes. Es por ello, que antes de adentrarnos en nuestra argumentación sobre la ilicitud del objeto de nuestro fideicomiso de garantía, hemos querido proponer como reflexión las conclusiones de la doctrina y la jurisprudencia italianas.

1. Como lo dejamos expresado en los párrafos anteriores el fideicomiso de garantía es utilizado para eludir la aplicación de normas imperativas como son entre nosotros los artículos[8] 2422 y 2448 del Código Civil que prohíben al acreedor apropiarse de los bienes dados en prenda o hipoteca por cualquier forma diferente a la pública subasta o a la adjudicación judicial lo que supone la existencia y trámite de un proceso de ejecución.

2. El contrato es violatorio del ordenamiento jurídico por cuanto quebranta indubitablemente las siguientes normas del Código Civil: Artículo 16 que prohíbe derogar por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres. En concordancia con este artículo y por las mismas razones el artículo 1518-3 ibídem, dispone que su objeto es moralmente imposible por estar prohibido por las leyes y por ser contrario a las leyes y al orden público. Nótese que la ilicitud no deviene del contrato fiduciario en sí sino del *pactum fiduciae*, esto es, del contrato indirecto que permite la apropiación de los bienes objeto de la garantía, o sea, el del pacto comisorio. Igualmente, del artículo 1519 el cual expresamente determina la ilicitud de su objeto por cuanto contraviene el derecho público de la Nación. Como quiera que el pacto comisorio está expresamente prohibido en nuestra legislación, es igualmente violatorio del artículo 1523 del Estatuto Civil.

LAS NORMAS QUE REGULAN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA SON INCONSTITUCIONALES

Las razones que nos asisten para hacer tal predicamento son las siguientes:

1. VIOLACIÓN DEL DERECHO AL LIBRE ACCESO A LA JUSTICIA

1.1. La Constitución Política consagra de manera amplia, sin limitaciones, el derecho de las per-

---

[8] Código Civil. Artículo 2422. El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios.

Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados".

2448. El acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda".

sonas de acceder a la administración de justicia. Tal es el sentido y alcance del artículo 229 de la Carta el cual complementado con el 228 ibídem garantizan la función pública de administrar justicia con carácter de función pública permanente. La convención que contiene el fideicomiso de garantía crea un obstáculo para acceder eficazmente a la justicia. En efecto, el impacto que causa el usuario, la existencia de un contrato que él cree legal, simplemente porque la ley lo define, es la primera barrera que encuentra para acudir a la justicia a impedir que se apropien de los bienes que ha fideicomitido, no por el prurito de dilatar una ejecución, sino cuando tiene fundamentos para hacer valer los derechos que encuentra vulnerados. El segundo obstáculo real es la carencia de profesionales especializados en estos temas. *Prima facie*, a muchos de nuestros colegas les parecerá que todo está consumado creándose así un obstáculo real para la persona que pretende acudir a la justicia pero no encuentra los medios y termina resignándose a su suerte.

1.2. El acceso a la justicia en palabras de la Corte Constitucional[9]: "...debe estar enmarcado dentro de unos lineamientos básicos, como lo son el respeto al derecho de un debido proceso y a los principios en él incorporados, como lo son el de la legalidad, la buena fe y la favorabilidad, entre otros. A su vez, surge el deber del Estado, en cabeza de la administración de justicia, una vez se ha tenido acceso a ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta, de que sus decisiones sean públicas y permanentes, con la prevalencia del derecho sustancial, al igual que observar en las actuaciones judiciales los términos procesales con diligencia. De ello surgen entonces principios que se deben cumplir en las actuaciones judiciales, como son el de eficacia, la publicidad, la permanencia y la celeridad". No pueden, en consecuencia de lo expuesto, las entidades financieras someter a sus clientes en virtud de un contrato de adhesión a que acepten silenciosamente la realización de los bienes fideicomitidos garantes de una obligación dineraria, por uno de los miembros de su grupo empresarial o por uno de sus colegas del sector en los cuales nunca podrá haber imparcialidad y los cuales no podrán, por estar excluidas de las cláusulas contractuales, resolver ningún reclamo que busque tutelar los derechos del deudor.

1.3. El acceso a la justicia, denominado por algunos derechos a la jurisdicción encuadra dentro de "... de los nuevos derechos económicos, sociales y culturales, en cuanto

[9] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-572, octubre 26/92, M.P. Jaime Sanín Greiffestein.

compromete la actividad del Estado que debe llevar a cabo actos positivos y no meras omisiones poniendo a disposición de los miembros de la comunidad órganos jurisdiccionales con atribuciones para proteger los derechos de estos y remedios eficaces encaminados al mismo fin".

"Este derecho a la jurisdicción o *procedural due process* tiene por decirlo así, dos caras, una negativa y otra positiva. Veamos a qué me refiero mediante estas expresiones. Con arreglo a la primera se procura garantizar que nadie se vea privado de su libertad o de su propiedad sin un proceso regular en el que sea oído, sus razones sean consideradas y la prueba concerniente a sus derechos recibida y debidamente apreciada. Ese proceso regular debe culminar en un pronunciamiento también regular que no exhiba fallas que lo descalifiquen como acto jurisdiccional.

La cara positiva apunta a esto: Todo habitante de la comunidad debe tener a su disposición remedios rápidos y eficaces que tutelen sus prerrogativas y pretensiones, de modo que nadie se vea privado del auxilio jurisdiccional en todos los casos en que él se requiera.

Los textos constitucionales tradicionales ponen por lo general el énfasis en lo que he llamado la cara negativa del derecho a la jurisdicción. Pero ello no significa que la otra cara, la positiva, sea menos importante. Ambas poseen el mismo grado de relevancia. Que nadie se vea afectado en su libertad y en su propiedad sin debido proceso legal (cara negativa) es tan importante como que todos tengan a su disposición remedios aptos para que sus proyectos vitales no se vean obstaculizados por interferencias, ya emanadas del Estado y sus órganos, ya de particulares, que se opongan a la plena realización de ellos (cara positiva). De ese modo, mediante el concurso de un poder judicial eficiente, que garantice al habitante contra intentos de afectar su libertad y su propiedad y, a la vez, le preste su eficaz concurso para la realización más cabal de sus proyectos, de ese modo, repito, y sólo de él, la comunidad prestará un sólido amparo a la vida individual de cada uno de los miembros de ella, poniendo al abrigo de interferencias no justificadas y permitiendo realizarse plenamente mediante el concurso del poder judicial y de sus remedios aptos para tales fines". (Carrió, Genaro. Sobre la Administración de Justicia y el Derecho de la Jurisdicción, pp. 48 a 50)[10].

2. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

2.1. El artículo 29 de nuestra Carta Política consagra el derecho al debido proceso. Repasando sus antecedentes encontramos que fue

[10] Constitución Política de Colombia, Legis Editores S.A., Bogotá, Colombia, envío No. 22, abril de 1999, pp. 401 y 402.

voluntad expresa de legislador el que esta garantía se aplicara a todo tipo de actuaciones que afecten intereses esenciales de las personas como su libertad o su patrimonio. Además este derecho está consagrado en ordenamientos supranacionales obligatorios en Colombia por cuanto ellos han sido ratificados por el Congreso. Entre estos tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es por ello que recogiendo las enseñanzas de la Corte Constitucional sobre que "La protección del crédito no puede lograrse en desmedro de las exigencias de la libertad personal..." no puede conculcarse en consecuencia el derecho al trámite de un proceso legal regulado por el ordenamiento procesal civil que es de orden público y obligatorio cumplimiento, para hacer efectivas las garantías en caso de no ser satisfechas las obligaciones de los acreedores. El debido proceso así concebido evita este tipo de autotutela convencional que es, como la cavernaria justicia por su propia mano, implantaba a través de las cláusulas contractuales del fideicomiso de garantía.

3. EL FIDEICOMISO EN GARANTÍA ES VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 116 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El artículo 116 de nuestra Constitución Política determina cuáles son los entes encargados de administrar justicia. La norma consagra que de manera excepcional puede atribuírsele tal función a determinadas autoridades administrativas con las limitaciones que ella consagra y, finalmente, considera que los particulares pueden tener una investidura transitoria de la función de administrar justicia como conciliadores o como árbitros habilitados por las partes para fallar en derecho o en equidad en los términos que determine la ley. En consecuencia, se echa de menos, hay ausencia de normatividad, requisitos *sine qua non*, para que las entidades fiduciarias puedan adelantar el proceso de subasta de las garantías constituidas a través de un fideicomiso.

De todas maneras las formas alternativas de solución de conflictos deben garantizar, al igual que la jurisdicción ordinaria, un debido proceso a quienes a ellas acuden.

4. VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD

El artículo 13 del ordenamiento superior prescribe entre otras cosas que todas las personas gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación. Igualmente proclaman que corresponde al Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y que adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados. Y por último, que el Estado protegerá especial-

mente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y que sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El quiebre de la norma superior comienza desde el nacimiento mismo del contrato. Evidentemente no existe la posibilidad de tener una alternativa viable al momento de solicitarse un crédito a las instituciones financieras que desarrollan su actividad por concesión del Estado. Los intermediarios financieros ejercen su oficio, como lo dijimos atrás, desde una posición de cartel o de monopolio pues no existe entre ellos ningún tipo de competencia que favorezca a los usuarios del crédito.

En consecuencia y desde siempre, hay una desigualdad absoluta entre los derechos del deudor y los derechos del acreedor. A éste, según el convenio cuestionado se le permitirá fijar el precio de los bienes fideicomitidos o dados en garantía por el deudor; se le permitirá condicionar el porcentaje de certificados fiduciarios que como garantía pueden expedirse sobre el valor de tales bienes; a estos se le permitirá igualmente instruir a la fiduciaria sobre el precio por el cual pueden ser vendidos y la forma como se aplicará el producto de su venta y, por último, asumirán su propiedad mediante la dación en pago de no encontrarse postor en las condiciones propuestas. El deudor, frente a la aberrante desigualdad, no tendrá derecho a cuestionar el avalúo de los bienes, ni el monto que debe cumplir la garantía ni las causaciones de intereses y otros ni finalmente oponerse a la venta a precio vil o a la dación en pago en las mismas condiciones. A lo único a que tiene derecho el deudor es a abstenerse de acudir al mercado institucional concesionado por el Estado a unos privilegiados, en busca de dinero.

5. VIOLACIÓN DEL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN

Contratos como éste se oponen al aseguramiento a los integrantes de la Nación de la justicia, la igualdad, el marco jurídico, el orden democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo; el preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción.

"Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio constituyente a la realización de esos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida

con la teología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución"[11].

6. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 95

Es violatorio del artículo 95 de la Carta, que impone a todos los miembros de la comunidad nacional la obligación de cumplir la Constitución y las leyes y establece deberes para la persona y para el ciudadano, entre los cuales, encontramos que con este convenio se violan: 1) El deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. 2) El de propender al logro y mantenimiento de la paz (numeral 6), y 3) El de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (numeral 7).

CONSIDERACIONES FINALES

La ineficacia de la administración de justicia, traducida en la duración excesiva de los procesos, la vulnerabilidad de las decisiones de primera y segunda instancia muchas veces cuestionadas como "vía de hecho" a través de la acción de tutela, el procedimentalismo, la alcahuetería del abuso del derecho a litigar por parte de jueces que no ejercen las facultades de dirección y disciplina consagradas en el ordenamiento procesal civil han llevado a los interesados, especialmente a los acreedores institucionales miembros del sistema financiero nacional e internacional, a poner en práctica convenios que llevan en su interior como manifestación o acuerdo de voluntades, formas de ejecución consistentes en la apropiación de las garantías sin la intervención judicial. En palabras del profesor Ricardo Henríquez La Roche[12] "es una autotutela fundada en la voluntad de los interesados expresada en el convenio".

Estas formas pretenden garantizar la eficacia de los procedimientos pactados sin importar el costo que deben pagar los ejecutados en relación con la protección de derechos legítimos que deben sacrificar en aras de mantener abiertas las puertas del crédito institucional. Lo que cuenta en este tipo de convenios es la celeridad con que pueda satisfacerse por la entidad ejecutora el apetito de los acreedores financieros.

---

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-479, agosto 6/92, Ms.Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

[12] HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, Las Formas Diferenciadas de Tutela en el Proceso Civil Iberoamericano en Temas Atuais do DIREITTO PROCESSUAL IBERO-AMERICANO, Instituto Brasileiro de Direitto Processual, Relatorios e Conferencias das XVI Jornadas Iberoamericanas de Direitto Processual, Brasilia, Brasil, 10 a 14 de agosto de 1998, p. 59.

Las denominadas autotutelas de carácter meta-jurisdiccional, fundadas en la "voluntad" expresada en el convenio, no son otra cosa que las maniobras legales impuestas a los usuarios del crédito para eludir un proceso jurisdiccional que resulta a todas luces garantista de los derechos del deudor y que con su bilateralidad y frente a un juez del Estado, impedirá los atropellos que permite una convención así concebida.

Ellas son la respuesta elitista dada por asesores especializados en buscar el esguince de las normas garantistas so pretexto de la congestión de los despachos judiciales. Ellos traen las innovaciones de otros sistemas, donde operan de manera diferente, para implantarlos como la solución en una de sociedad de incautos donde todo se impone desde las esferas del poder sin pasarlo por el tamiz de la conveniencia general, porque en nuestro país el poder está al servicio de unos pocos. A ellos nos lo colocan como asesores en principio, esto es, durante el proceso de "implementación de las soluciones"; y luego, nos los instalan como la autoridad que debe administrarlas.

El trabajo expuesto a ustedes tiene por objeto hacer denuncia pública de la forma como se institucionalizan los privilegios en nuestro país con el objeto de que tomemos acción para pedir la inconstitucionalidad de las normas que consagran tan perniciosas desigualdades.

El estudio del derecho debe hacerse desde una óptica que permita su aplicación para lograr el decantamiento de las normas de manera que ellas apliquen de manera eficaz a regular la convivencia, a legitimar el poder, a impedir los abusos, a sobreponer el interés general y por esta vía, a vivir en paz.

Buscamos con nuestro trabajo que las nuevas promociones de abogados tengan un compromiso real con la protección de los derechos de los más necesitados y con su perfeccionamiento profesional, de manera que los lleve al conocimiento de todos los temas con un sentido crítico y con un planteamiento filosófico y político que contribuya a la controversia, a la pluralidad y a la búsqueda del poder para contribuir en la construcción de un real estado social de derecho.

LA INCIDENCIA DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO LABORAL COLOMBIANO

Dres. Luis Carlos Jaramillo Franco y Luis Carlos Peña Marín[1]

SUMARIO: **1.** Doctrina constitucional, deslinde conceptual y fuerza vinculante. ***1.1.*** El concepto de doctrina constitucional. Función integradora. Función interpretativa. Función creadora. ***1.2.*** La jurisprudencia y la doctrina constitucional. **2.** Incidencia de la doctrina constitucional sobre aspectos regidos por el derecho laboral. ***2.1.*** Reseña tópica de algunas decisiones de la Corte Constitucional sobre aspectos regulados por el derecho laboral. ***2.2.*** Breve comentario sobre la aparente antinomia "Doctrina constitucional vs. derecho laboral".

Esta disertación pretende resaltar algunos tópicos del derecho laboral colombiano que han venido siendo resentidos por efecto de algunas decisiones de la Corte Constitucional.

Para este propósito esta disertación se dividirá en dos grandes apartados, el primero de los cuales tratará de fijar las reglas que rigen el uso de la expresión "doctrina constitucional", siguiendo para este intento los pronunciamientos de la misma Corte Constitucional, para luego proceder a diferenciarla de la "jurisprudencia" y deslindar el carácter de fuente formal de derecho de la primera y la naturaleza de criterio auxiliar de la función que está llamada a cumplir de la segunda.

El segundo apartado de la disertación mostrará el efecto de algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre aspectos regulados por la legislación laboral y la incidencia de los mismos en el ámbito de las relaciones de trabajo y sobre los conceptos de libre empresa y seguridad jurídica.

1. DOCTRINA CONSTITUCIONAL, DESLINDE CONCEPTUAL Y FUERZA VINCULANTE

1.1. EL CONCEPTO DE DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La expresión "doctrina constitucional" se encuentra haciendo parte,

---

[1] Maestría en Derecho Procesal, Universidad de Medellín, 1997.

entre otras, de las siguientes normas de derecho positivo:

Artículo 4º de la Ley 153 de 1887: "(...) *La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes*".

Artículo 5º de la Ley 153 de 1887: "Dentro de la equidad natural y la *doctrina constitucional*, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes".

Artículo 8º de la Ley 153 de 1887: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, *la doctrina constitucional*, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal".

Las normas transcritas adjudican funciones disímiles a la doctrina constitucional, pero ninguna de ellas fija las reglas que rigen en cada caso el uso de la expresión.

Para el propósito de esclarecer el contenido que en nuestro sistema jurídico se atribuye a "la doctrina constitucional", resulta de una importancia axial el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional C-083 de 1995 en el cual se diferencian los siguientes usos y funciones de la expresión:

FUNCIÓN INTEGRADORA

La Constitución tiene una irrevocable vocación a la individualización, afirma la Corte apoyada en Kelsen. En un buen número de casos ésta se realiza por medio del desarrollo legal.

No obstante, subsisten situaciones en las que esto no ocurre, bien porque no se requiera o por omisión del legislador, "*pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tiene*".

En razón del carácter normativo de estas normas superiores es posible su aplicación a "*situaciones específicas subsumibles en ella, que no están explícitamente contempladas en la ley*". En estos casos, dice la Corte, al invocarse el Estatuto Superior como fundamento de los fallos, es razonable que se agregue ***"una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución"***.

La función de guardián supremo de la integridad y supremacía de la Constitución se encuentra asignada exclusivamente a la Corte Constitucional (artículo 241 C.P.) y, por esta razón, según afirma la misma Corte, cuando el máximo operador jurídico constitucional aplica directamente la Constitución está aplicando la ley, en su sentido más primigenio y genuino. En este orden de ideas, cuando la Corte Constitucional efectúa una "cualificación adicional" de las normas superiores, (doctrina

constitucional-función integradora), al aplicar la Constitución directamente al caso particular, está aplicando la misma Constitución y, en consecuencia, entre la doctrina constitucional y la Constitución no existe diferencia alguna ("*no puede interponerse ni una hoja de papel*"), por lo que comparte el mismo carácter normativo y ostentan la calidad de fuente formal de derecho.

FUNCIÓN INTERPRETATIVA

En la providencia que se viene utilizando como criterio esclarecedor (C-083 de 1995), la Corte Constitucional efectúa la diferenciación entre la función integradora y la función interpretativa de la doctrina constitucional, apoyándose para ello en las normas contenidas en los artículos 4º y 5º de la Ley 153 de 1887.

La revisión de sentencias de tutela por parte de la Corte Constitucional no constituye una tercera instancia. En estos casos la función del operador jurídico tiene como finalidad unificar los criterios judiciales en la aplicación e interpretación de las normas constitucionales.

En la referida sentencia C-083 de 1995, la Corte Constitucional advierte que en la actualidad habrá de entenderse que al tenor del artículo 4º de la Ley 69 de 1896 las decisiones del Consejo de Estado y la propia Corte Constitucional también constituyen doctrina probable, que los jueces pueden aplicar en casos análogos.

En presencia de disposiciones legales que regulen el caso particular, la interpretación que de las normas constitucionales efectúe la Corte Constitucional debe "*guiar su decisión*" al momento de dilucidar dudas sobre la constitucionalidad de las normas legales. En este sentido, la doctrina constitucional es un ***"criterio orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica"***.

FUNCIÓN CREADORA

Al revisar las sentencias de tutela la Corte Constitucional, en su función de unificar los criterios judiciales, fija el sentido en que deben ser aplicadas e interpretadas las normas constitucionales en casos posteriores, en los que surja el mismo debate.

Frente a los casos futuros que deban resolver los jueces subordinados, el criterio así fijado por la Corte es de obligatoria observancia en virtud del principio de igualdad (artículo 13 C.P. y, en caso de separarse de él, deberá el fallador sustentar suficientemente la razón objetiva del trato discriminado que se impone a situaciones en principio análogas.

Cuando el operador jurídico se separa del criterio interpretativo de

la Corte Constitucional, sin una fundamentación razonada y ponderada que consulte principios y valores de mayor jerarquía, no se está separando de un simple criterio jurisprudencial, sino que está violando la Constitución.

Esta función creadora de la doctrina constitucional puede ser sintetizada en la expresión, utilizada por el Dr. Carlos Gaviria Díaz: "Un tribunal límite, examinando un estatuto límite, no interpreta el derecho, sino que dice el derecho".

Adviértase cómo la Corte Constitucional, al condicionar la separación del criterio por ella fijado acerca de la interpretación y aplicación de las normas superiores a una sustentación del fallador de la razón objetiva del tratamiento discriminado de casos en principio análogos, so pena de violar el principio de igualdad y por ende la Constitución, está estructurando el carácter vinculante (precedente) de las decisiones adoptadas por las Salas de revisión de tutelas respecto de la resolución de futuros casos en los que se presenten controversias semejantes.

1.2. LA JURISPRUDENCIA LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

No son pocos los intentos que se hacen para establecer una relación de especie a género entre la doctrina constitucional y la jurisprudencia. Quienes así establecen la relación entre estos dos conceptos, se encuentran fundamentalmente alentados por el interés de negar el carácter vinculante y de fuente formal de derecho que se atribuye a la doctrina constitucional y, en su reemplazo, otorgarle el carácter de simple criterio auxiliar de la función judicial (artículo 230 inc. 2 C.P.) o de pauta optativa para ilustrar el criterio de los jueces (artículo 4º, Ley 69 de 1896).

En términos de la Corte Constitucional sólo habrá de tenerse como acertada la relación así planteada en tratándose de la función interpretativa de la doctrina constitucional, con la advertencia hecha en el sentido que para separarse de criterio sobre aplicación e interpretación de las normas del Estatuto Superior, fijado por la Corte Constitucional en un caso particular, deberá el fallador subordinado sustentar suficientemente las razones objetivas por las cuales se separa del mismo, en virtud de hacer efectivo el principio de igualdad.

En efecto, esta última afirmación encuentra respaldo en las consideraciones efectuadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-260 de 1995 (M.P. Dr. José Gregorio Hernández G.), en las que se expresa que no se desconoce la autonomía de los jueces, ni las normas de la Carta Política que señalan que la jurisprudencia no es obligatoria; pero que en efecto, la Constitución es una sola y el contenido de sus preceptos no puede variar indefini-

damente conforme al criterio de los jueces. La autonomía de los jueces no puede confundirse con la arbitrariedad que se generaría al desconocer las pautas doctrinales señaladas por la Corte Constitucional.

2. INCIDENCIA DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE ASPECTOS REGIDOS POR EL DERECHO LABORAL

2.1. RESEÑA TÓPICA DE ALGUNAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE ASPECTOS REGULADOS POR EL DERECHO LABORAL

No terminan por disolverse aún los comentarios generados por el pronunciamiento de la Corte Constitucional en el conocido "caso Leonisa" (Sentencia SU-342 de 1995) y, sin embargo, ésta es sólo una de las múltiples decisiones que con incidencia en el ámbito del derecho laboral ha proferido la Corte y que han venido a determinar la necesidad de ajustar las conductas propias de la relación laboral a los principios, valores y fines definidos como propios del Estado Social de Derecho.

La fundamentación de decisiones de la Corte Constitucional en el principio de igualdad y en el imperativo constitucional de procurar una igualdad material entre las personas, se encuentra contenida en decisiones como la sentencia T-230 de 1994 (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), acción de tutela contra Febor S.A., en la que se dispone que no se hace un ejercicio legítimo del derecho de la libertad de empresa y del principio de discrecionalidad que tiene el empleador para fijar horarios y asignar horas extras, cuando éste se convierte en medio para recortar el ingreso de trabajadores sindicalizados y propiciar la desafiliación de los mismos de este tipo de asociaciones.

A este mismo respecto, y con el propósito de no desbordar con ejemplos el propósito de esta disertación, bástenos destacar por su poder ilustrativo la sentencia SU-551 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz), proceso contra Colombian Sewing Machine Company S.A., en el que se reitera que el otorgamiento de privilegios por la vía de los pactos colectivos, con detrimento de las condiciones reconocidas a los trabajadores sindicalizados en la convención colectiva, constituye una violación a derechos fundamentales como el de igualdad, el derecho al trabajo y a la asociación sindical.

En la órbita del poder disciplinario que la legislación laboral reconoce a los empleadores, resulta particularmente significativo el contenido de la sentencia T-579 de 1995 (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), acción de tutela contra Super Ley - Cadenalco S.A., en la que se expresa que si bien los empresarios

en el ámbito económico y en el ejercicio del derecho a la libre empresa tienen derecho a defender sus intereses legítimos mediante el establecimiento de controles a la conducta de los trabajadores, estos no pueden vulnerar los derechos fundamentales a la dignidad humana y al trabajo, así como, no pueden representar la sustracción al deber de solidaridad social; siendo ésta la situación que se produce cuando a más de despedir un trabajador, acusado de un acto de indelicadeza consistente en tomar un bolígrafo de un estante, se le niega la expedición de una certificación que le permita vincularse a un nuevo empleador y el acceso a las instalaciones del almacén, porque esta conducta trasciende los marcos de la relación individual del trabajador para convertirse, por magnitud, en una limitación injustificada a la libertad del ex-trabajador y viola su derecho al trabajo.

Una última decisión de la Corte Constitucional que es necesario referenciar, en razón de los variados aspectos laborales que involucra, es la contenida en la sentencia SU-256 de 1996, acción de tutela contra la Corporación Gun Club y otros, en la que se advierte que la facultad del empleador para despedir a un trabajador, aún mediando el pago de indemnización, y en principio ajustada a la ley laboral, no puede constituirse en medio para violentar los derechos fundamentales de éste a la dignidad humana, al trabajo, a la seguridad social en salud en conexión con el derecho a la vida, a la intimidad, así como, para separarse ilegítimamente del deber de solidaridad.

En la misma sentencia advierte la Corte que la conciliación laboral no puede ser un procedimiento legítimo para renunciar a derechos de carácter irrenunciable, como lo son los derechos fundamentales antes señalados.

Todas las decisiones aquí referenciadas, como se ha advertido, imponen la necesidad urgente de introducir un cambio radical en el diseño de las que en el futuro se reputarán como conductas constitucionalmente legítimas en el campo de las relaciones de trabajo.

2.2. BREVE COMENTARIO SOBRE LA APARENTE ANTINOMIA "DOCTRINA CONSTITUCIONAL VS. DERECHO LABORAL".

Resulta casi un lugar común las advertencias que se efectúan sobre el derrumbe que con sentencias como las referenciadas, y otras más, ha venido haciendo la Corte Constitucional de conceptos cardinales como el de la "seguridad jurídica", que se afirma como imprescindible para alentar la inversión productiva y la generación del empleo.

Podría afirmarse, siguiendo a Michelle Foucault, que el desarrollo

de las sociedades se encuentre ligado a cierto margen de "ilegalidad" y que, por tanto, los desarrollos de textos constitucionales efectuados por la Corte Constitucional podrían dar al traste con el desarrollo económico y social del país, al paso que terminarían por negar de fondo la posibilidad de que se desarrollara uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, como resulta ser el derecho al trabajo.

La calificación de cuando un despido se constituye en violación del derecho al trabajo, a la igualdad, a la vida, entre otros, será ciertamente problemática e introduce condiciones que no se encontraban inicialmente previstas en el régimen laboral. Será difícil encontrar situaciones de despidos de trabajadores en lo que no se encuentren involucrados derechos fundamentales.

El privilegio que se otorga a los trabajadores sindicalizados parece desconocer que el derecho de asociación sindical también tiene una expresión pasiva que se traduce en la no sindicalización y en la negociación de pactos colectivos. La extensión de los pactos colectivos a personas que no los suscriben o que no adhieren posteriormente a él, está significando la derogatoria implícita de normas laborales, sin que la Corte haya abordado el estudio de su constitucionalidad y sin que le sea dado derogarlas en el curso del trámite de una acción de tutela.

La creación de pensiones de invalidez de naturaleza sancionatoria, no conmutables con la pensión de invalidez otorgada por el sistema de seguridad social, sin que exista norma previa que la consagre (principio nula pena sin ley previa), hacen necesario advertir el enorme poder que se encierra detrás de la expresión "un tribunal límite, examinando un estatuto límite, no interpreta el derecho, sino que dice el derecho"; poder este que al parecer sólo se encuentra "limitado" por el autocontrol de los miembros de la Corte.

Sin embargo, encendidas todas las alarmas, no es menos urgente la necesidad de construir unas relaciones laborales basadas en la concertación, en el equilibrio de las partes, en el respecto de la dignidad humana, en la abolición de tratamientos discriminatorios, en la comunicación directa y sin necesidad de interlocutores que sometan a una causi-interdicción a sus "representados", con las cuales sea posible armonizar la realización del fin esencial del trabajo y el ejercicio de la libertad de libre empresa.

Será necesario entender que la libertad de empresa no es ilimitada, así como, que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, ***dentro de los límites del bien co-***

mún, que la libre competencia económica es un derecho de todos ***que supone responsabilidades*** y que la empresa, como base del desarrollo, ***tiene una función social que implica obligaciones***.

NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA INVESTIGACIÓN Y LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (LEY 600 de 2000)

*Dr. John Jairo Ortiz Alzate**

SUMARIO: Investigación previa y policía judicial. De la investigación previa. Investigación previa por iniciativa propia. Investigación previa con sujeción a las directrices de la Fiscalía. Duración de la investigación previa. Garantías constitucionales. Terminación de la investigación previa. De la captura. Citación para indagatoria o captura. De la medida de aseguramiento. Corolario

El Libro II del Código de Procedimiento Penal o Ley 600 de 2000, a regir a partir de julio 24 de 2001, dedica los Títulos I y II a la investigación penal, y al igual que el Decreto 2700 de 1991, la divide en dos: Previa e Instrucción. División que no tuvo ni tiene ningún sentido si la investigación previa no ha de ser obligatoria, como en efecto no lo es.

Apoyados en nuestra experiencia docente haremos un recorrido por lo que el código denomina investigación, haciendo hincapié en aquellos aspectos que a nuestro juicio han sido dejados de lado por la doctrina tradicional, pese a que la mayoría de las veces asume un discurso garantista.

Se verá como es evidente la traslación de normas con redacción igual sólo que su numeración es diferente, sin embargo, no porque su redacción sea igual, las cosas deban permanecer en idéntica forma, porque ni siquiera debieron ser así aun en la vigencia del Decreto 2700 de 1991. Creemos que no debemos desaprovechar la oportunidad para recordar aquí y ahora, la supremacía y magisterio de la Constitución Política de 1991, y reivindicar para el proceso penal la ineludible tarea de realizar una labor

* Abogado y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Profesor de Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Penal. Profesor de Postgrado.

hermenéutica desde la Constitución, pasando por la Ley Estatutaria y las Normas Rectoras de la Ley Procesal Penal colombiana, normas de normas, que inexorablemente obligan a los funcionarios judiciales a privilegiar el derecho sustancial sobre el objetivo o formal, garantizando la efectividad de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y en la Ley, que no es otra cosa que, garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia material (artículos 228, 229, 230 y 29 de la Constitución Nacional).

INVESTIGACIÓN PREVIA Y POLICÍA JUDICIAL

La investigación previa tiene como finalidad determinar si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si aparece descrita en la ley penal como punible, si el imputado ha actuado al amparo de una causal excluyente de responsabilidad, si se cumple el requisito de procesabilidad y para recaudar las pruebas necesarias e indispensables para demostrar la existencia de la conducta punible y lograr la individualización o identificación de los autores y partícipes de la misma. Cumplida la finalidad de la investigación previa, lo procedente es abrir la instrucción conforme lo estipulan los artículos 329 y siguientes del C.P.P.

Sin embargo, tal como ocurría en el Decreto 2700 de 1991, la finalidad de la investigación previa se repite en el artículo 331 de la Ley 600 de 2000 o nuevo Código de Procedimiento Penal, cuando en el inciso segundo expresa: La instrucción tendrá como fin determinar:

1. Si se ha infringido la ley penal.

2. Quiénes son los autores o partícipes de la conducta punible.

3. Los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal.

4. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la conducta.

5. Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del procesado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía y sus condiciones de vida.

6. Los daños y perjuicios de orden moral y material que causó la conducta punible.

Si se miran detenidamente los artículos 322 y 331 del C.P.P. se llegará a la conclusión que sólo los diferencia la parte inicial del artículo 322 (en caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción...), en lo demás son absolutamente iguales, porque es imposible salir de la DUDA y cumplir la finalidad del artículo 322 si no se hace una investigación integral (artículo 20 y 234 del C.P.P.).

Significa lo anterior que una de las dos investigaciones sobra, por-

que si ya hemos salido de DUDAS con la llamada investigación previa para que el tormento de la instrucción (sic), y si no salimos de dudas por qué no precluir directamente en aplicación del principio de justicia material dando prevalencia al *indubio pro reo*.

De la lectura de las normas de la Ley 600 sobre la investigación previa debe obtenerse respuesta para los siguientes interrogantes:

La investigación previa sólo es un juego abstruso de palabras que utiliza el legislador?

La investigación previa debe realizarse siempre que no exista flagrancia?

La duda es una realidad fáctica y jurídica o es sólo un estado de ánimo del funcionario judicial?

Quién realiza la investigación previa?

Es evidente que nuestro Código de Procedimiento Penal contempla dos clases de investigación, no en vano el Libro II se denomina INVESTIGACIÓN. Libro que a su vez se subdivide en tres Títulos, correspondiéndole a los Títulos I y II el nombre de INVESTIGACIÓN PREVIA e INSTRUCCIÓN, respectivamente.

Lo que no es evidente es que se trate de dos clases diferentes de investigación, o lo que es aún peor, que se trate de la misma. La desafortunada redacción del Título I del Libro II -exactamente igual a la redacción del Decreto 2700 de 1991- fomenta y aumenta la confusión y el malentendido.

El Capítulo I del Título I del Libro II se denomina POLICÍA JUDICIAL, como dando a entender erróneamente, que la investigación previa la realiza la policía judicial, error que por su avidez de poder han asimilado como una facultad expresa los servidores públicos que realizan funciones de policía judicial, coadyuvado ello por el "desprecio" de los funcionarios judiciales en lo que consideran "tareas menores" no burocráticas, a diferencia de las tareas mayores, esas sí burocráticas, como definir situación jurídica o calificar el mérito de la instrucción, providencias estas en las que pueden plasmar todo su intelecto jurídico.

Se olvida a menudo, por decir lo menos, que los artículos 250 numeral 3 y 251 numeral 4 de la Constitución Nacional adscriben al Fiscal General la dirección y coordinación de las funciones de policía judicial que en forma permanente o transitoria cumplen los organismos que señale la ley, situación esta que se repite en el artículo 311 de la Ley 600 de 2000.

El Título II en sus diferentes capítulos consagra la otra investigación, la investigación propiamente dicha o instrucción, y en su artículo 329 expresa que el funcionario judi-

cial que haya dirigido la investigación previa, si fuere competente será el mismo que abra y adelante la instrucción, la cual tiene como finalidad lo establecido en el mencionado inciso segundo del artículo 331, y como quiera que pasamos de un Título a otro, mentalmente también pasamos de una investigación a otra, realizada por servidores públicos diferentes.

DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA

Empecemos por diferenciar tres formas de investigación previa:

1. La investigación previa en casos de flagrancia -artículo 315 del C.P.P.-.

2. La investigación previa en casos de fuerza mayor acreditada (urgencia) cuando el fiscal no pueda realizarla -artículo 315 citado-.

3. La investigación previa en casos de duda y por norma general fuera de los casos de flagrancia -artículo 322 del C.P.P.-.

Continuemos diciendo que la REGLA GENERAL es que el único competente para realizar la investigación previa es el Funcionario Judicial -Fiscal-, y que excepcionalmente servidores públicos con funciones de policía judicial -NO FUNCIONARIOS JUDICIALES- pueden realizar la investigación previa por iniciativa propia (art. 315 del C.P.P.).

INVESTIGACIÓN PREVIA POR INICIATIVA PROPIA

En casos de flagrancia, y en el lugar de ocurrencia de los hechos, la policía judicial podrá ordenar y practicar pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos, y tomar medidas para el aislamiento y protección del sitio y de los testigos, así como las demás medidas que sean conducentes. Podrá practicar pruebas técnicas y/o diligencias tendientes a impedir la impunidad logrando desde ese mismo momento el esclarecimiento de los hechos, extendiendo su actuación incluso a la práctica de todas aquellas pruebas conexas que permitan la identificación o individualización de autores y partícipes y prueba de la responsabilidad penal, en la forma que lo indica el inciso primero parte final del artículo 317 de C.P.P. -aislando y protegiendo el sitio de los hechos y a los testigos- y entrevistando y escuchando a todos los moradores o transeúntes, realizando análisis de información y obteniendo y allegando documentación, así como rastrear detenidamente el lugar de los hechos para obtener evidencias que puedan conducir a la determinación de lo realmente ocurrido y a la identificación posterior por pruebas de laboratorio de autores y partícipes. En síntesis, la policía judicial realizará una labor eminen-

temente técnico-criminalística en el lugar de los hechos.

Cuando el código se refiere al lugar de los hechos, está limitando en el espacio y en el tiempo la labor de la policía judicial, y es perentorio indicar que los artículos 315 y 317 del C.P.P. deben entenderse como uno solo, toda vez que en estricto sentido, podemos decir que la policía judicial no realiza investigación previa, sólo coadyuva a prevención en la investigación previa, por iniciativa propia, en los casos de flagrancia, y que terminadas las labores técnico-criminalísticas, o a la primera hábil del día siguiente darán aviso o remitirán lo actuado a la Fiscalía para que asuma su control y dirección, como está establecido en la Constitución y en la Ley.

Igualmente la policía judicial realizará labores técnico-criminalísticas por iniciativa propia cuando por motivos de FUERZA MAYOR ACREDITADA no pueda la Fiscalía iniciar la investigación previa. Y si la fuerza mayor persiste, el fiscal competente que "asuma" la investigación comisionará específicamente a la policía judicial en los términos del artículo 316 del C.P.P.

Falta saber qué entenderán el Fiscal General de la Nación y las altas Cortes por "motivos de fuerza mayor acreditada" que impidan a la Fiscalía realizar su función constitucional de investigar, por cuanto la laxitud en el entendimiento de tal concepto, podría llevarnos a que los paros judiciales, los paros de transporte hacía o desde determinado Municipio, las amenazas a funcionarios judiciales o los partidos de fútbol de la selección Colombia, nos devuelvan a épocas ya superadas de no respeto y acatamiento de la estricta RESERVA JUDICIAL, lo que implicaría conceder funciones jurisdiccionales de manera permanente a servidores públicos del orden administrativo, cuyas tareas propias y precisas -NO POR ELLO MENOS IMPORTANTES- de auxiliares en la investigación criminal están claramente delimitadas en la Constitución y en la ley (artículo 116 inciso tercero de la C.N.).

Concederle atribuciones jurisdiccionales permanentes a la policía judicial, a más de la violación del principio de estricta reserva judicial, conlleva el desconocimiento de lo establecido en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), artículos 11, 12 y 13 numeral segundo, norma de rango jerárquico superior a la Ley Ordinaria 600 de 2000; y obviamente ello trae como consecuencia inmediata la violación sistemática de las garantías constitucionales y procesales y de las normas rectoras de la ley procesal penal colombiana, en especial: Legalidad y juez natural,

acceso a la administración de justicia, igualdad e independencia y autonomía judicial

INVESTIGACIÓN PREVIA CON SUJECIÓN A LAS DIRECTRICES DE LA FISCALÍA

El artículo 316 del C.P.P. define las reglas de la actuación de la policía judicial en el proceso penal, al indicar que sólo actuarán por orden del fiscal, reglas que se repiten una y otra vez en los artículos 311, 315 inciso 2, 317, 326, 327 y 329 del C.P.P.

Sin embargo cómo entender el parágrafo del artículo 317 en concordancia con el artículo 320 del C.P.P.?

El artículo 320 indica que cuando exista mérito para vincular a una persona la policía judicial hará entrega de las diligencias al funcionario judicial, y el artículo 317 parágrafo dice que no obstante iniciada la investigación, ésta podrá ser reasignada a otra unidad de policía judicial CUANDO SE HAYA OBTENIDO LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA EL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS, consagrando ambas normas un contrasentido, y dando a entender que la policía judicial puede realizar investigación previa *motu propio* hasta cuando exista mérito para vincular al imputado, y que incluso iniciada a prevención la investigación previa con éxito por una unidad de policía judicial, podrá ser reasignada a otra unidad, aun cuando la pregunta ineludible sería: para qué reasignar a otra unidad la investigación previa que ha sido un éxito, cuando lo prudente sería dictar resolución de apertura de instrucción?

Evidentemente las normas procesales son confusas y el desapego de los funcionarios judiciales a su función aumentan la confusión, y en el caso de la investigación previa del artículo 322 del C.P.P., la excepción se convierte en la regla general, es decir, "la Fiscalía dirigirá la investigación previa si la policía judicial se lo permite, la comisiona o le envía las diligencias para que ordene la práctica de pruebas tales como allanamientos, interceptación de comunicaciones o que atenten contra el derecho a la intimidad", pero una vez sean ordenadas por el Fiscal, debe devolver inmediatamente las actuaciones a la policía judicial para que las practiquen.

DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA

La investigación previa durará un máximo de seis meses cuando exista imputado conocido -art. 325 C.P.P.-, al cabo de los cuales debe terminar con inhibición o apertura de instrucción.

Si no se logra la individualización o identificación del autor o partícipe en 180 días (seis meses), la investigación previa se suspenderá y se enviarán las actuaciones a la policía

judicial para que continúe con la identificación del presunto responsable, y una vez logre identificarlo, la investigación previa puede reanudarse y su duración máxima es de seis meses.

Bien diferente es lo consagrado en el artículo 328 inciso 2 del C.P.P., puesto que allí se hace alusión al fenómeno de REAPERTURA de la investigación, una vez que ya había terminado con resolución inhibitoria, en cuyo caso, si el fiscal lo considera necesario, la investigación durará máximo dos meses.

Sobre la reapertura de investigación previa tenemos que decir que es absurda, toda vez que si aparece prueba nueva que desvirtúe los fundamentos que sirvieron de base para proferir resolución inhibitoria, lo prudente es dictar resolución de apertura de instrucción inmediatamente; permitir que la fiscalía pueda reabrir es tanto como que persiste la duda, y en ese caso, la reapertura será un arma política más cada vez que sea necesario intimidar al contenedor o defenestrar al adversario personal para impedir su notoriedad, y mantenerlo así casi que indefinidamente (al menos por el tiempo necesario para que prescriba la acción penal).

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En la investigación previa se deben respetar y garantizar todos los derechos reconocidos en la Constitución y en la ley a los intervinientes en proceso penal, en especial, el derecho de defensa, de contradicción, de publicidad, de acceso a la administración de justicia, de dignidad, de probar, de impugnar, en síntesis, se debe respetar el debido proceso.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 325 inciso segundo, y en el inciso final del artículo 81 de la Ley 190 de 1995, el funcionario judicial está en la obligación de noticiar al imputado las acusaciones que se presentan o ventilan en su contra, de no hacerlo, se estaría realizando la investigación previa a espaldas del imputado, se le estaría negando su derecho de defensa y contradicción, violentando las formas propias del juicio, lo que genera nulidad de la actuación y por ende nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación al debido proceso; y que no se argumente que las previas no son proceso judicial - evidentemente no lo son- porque el artículo 29 de la Constitución Nacional expresa que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o ADMINISTRATIVAS, e investigar no es más que administrar el recaudo del material probatorio.

Que no se dude un solo instante que debe comunicarse la apertura de investigación previa al imputado para que ejerza su derecho de defensa so pretexto que el artículo 325 inciso segundo no lo dice, todo lo contrario, por cuanto el artículo 535

del nuevo C.P.P. en su parte final deroga todas las disposiciones que sean contrarias a la Ley 600, y la Ley 190 de 1995 artículo 81 no solo no contradice la Ley 600 sino que la complementa y se hace con ella en ese aspecto un todo indivisible.

TERMINACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA

La investigación previa termina con inhibitorio o resolución de apertura de instrucción, consagrando la Ley 600 de 2000 las mismas impropiedades que al respecto consagraba el Decreto 2700 de 1991, es decir, al presentarse las causales del artículo 327 que son las mismas del artículo 39 (Causales de preclusión) la solución siempre debe ser de fondo, no de forma como lo prevé la Ley, significa lo anterior que debe privilegiarse la justicia material, la seguridad jurídica, el derecho sustancial por sobre el adjetivo o formal, y no permitir mantener *sub júdice* al imputado por tiempo indefinido, entendiendo por indefinido al menos hasta la ocurrencia del fenómeno de prescripción de la acción. Y decimos que consagra el nuevo código las mismas impropiedades o falencias, porque no de otra forma debe entenderse el artículo 328 inciso 2 en lo que hace referencia a la posibilidad de reanudar las previas y continuar investigando por dos meses, situación que puede mantenerse indefinida en el tiempo, y utilizarse contra el sindicado cada vez que sea necesario recordarle a alguien que "pudo" haber incurrido en la comisión de un delito, y así jugando con su prestigio y buen nombre impedirle figuración al enemigo del soberano de turno.

La terminación entonces de las previas debe hacerse por providencia que haga tránsito a cosa juzgada formal y material en los casos de repetirse las causales de los artículos 327 y 39 del C.P.P., porque de no hacerlo así, la investigación previa sale siempre sobrando, porque la fiscalía querrá salir de dudas en la investigación propiamente dicha o instrucción, con el enseñamiento sabido contra el sindicado, ya que no es lo mismo investigar con el sindicado en libertad, permitiéndole controvertir las pruebas de cargo y allegar pruebas sobre su no responsabilidad, que privarlo de su libertad para investigar, porque así le queda muy difícil al sindicado defenderse toda vez que las pruebas de cargo no son más que la inequívoca manifestación de deslealtad procesal, es decir, colocar al sindicado en situación de inferioridad, para evitar a toda costa dar al traste con una "exhaustiva" investigación; y desde éste punto de vista, la investigación previa estorba en el proceso penal, a no ser que se consagre como obligatorio el agotar esta fase preprocesal y darle efectivo cumplimiento al artículo 322, porque salvo casos de flagrancia (al menos inicialmente), siempre habrá duda sobre la procedencia o no de apertura de instrucción.

DE LA CAPTURA

Debemos diferenciar claramente la captura en flagrancia, la captura para indagatoria y la captura para el cumplimiento de la medida de aseguramiento, de la restricción de la libertad individual durante el transcurso del proceso.

En primer lugar diremos que la norma general, y así se desprende del texto constitucional, es la LIBERTAD DEL PROCESADO DURANTE TODO EL TRANSCURSO DE LA ACTUACIÓN; y lo excepcional será LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD INTRAPROCESAL.

Para tales efectos, debemos empezar por analizar la norma sustancial del artículo 353 del C.P.P.: Libertad inmediata por captura ilegal o prolongación ilícita de privación de la libertad, como un control interno -porque debe hacerlo el fiscal- de constitucional y legalidad de la privación de la libertad, control interno que debe realizarse siempre por el fiscal, inmediatamente recibe a su disposición el capturado, debiéndolo poner en libertad cuando el delito por el que se procede requiere querella de parte y ésta no se presente inmediatamente después de la captura, no dentro de la primera hábil siguiente como erróneamente piensan algunas autoridades de policía judicial, sino casi concomitantemente con la captura, o a más tardar en el término de la distancia para que el querellante legítimo se desplace a la oficina o dependencia oficial respectiva a que pertenece la policía judicial y presente su querella.

Igualmente debe ordenarse la libertad inmediata por captura inconstitucional e ilegal cuando se viola el debido proceso de captura, es decir, no obstante la flagrancia se vulneran los derechos humanos del capturado, en franca desatención de la norma rectora de la DIGNIDAD HUMANA en armonía con el artículo 7º, ya que al inocente no solo no se le debería capturar, sino que bajo ningún pretexto se le puede desconocer el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano quedando proscritos los tratos inhumanos, crueles y degradantes; y en el caso de presentarse una captura en flagrancia con violación de los derechos humanos del capturado, el fiscal haciendo uso del artículo 353 no debe simplemente poetizar llamando la atención al respecto, sino ordenar la libertad inmediata por violación al debido proceso de captura, y garantizando el disfrute efectivo de la libertad individual.

Igualmente realizará el control interno de constitucionalidad y legalidad de la aprehensión física o captura, en los casos de captura por orden escrita, porque si bien ésta pudo ser legítimamente expedida, el proceso de captura como tal puede devenir inconstitucional e ilegal.

En ambos casos si el fiscal no realiza el control interno de constitucionalidad, estará incurriendo en detención arbitraria y prevaricato, no importa que más adelante se LAVE LAS MANOS otorgando la libertad precedida de una providencia cargada de humanismo.

CITACIÓN PARA INDAGATORIA O CAPTURA

De acuerdo con el artículo 336 de la Ley 600 de 200 "todo imputado será citado en forma personal" para rendir indagatoria, convirtiéndose la citación en la refrendación del principio general de la LIBERTAD INTRAPROCESAL. Sólo si no comparece o ante la imposibilidad de hacer efectiva la citación, el funcionario judicial podrá ordenar la conducción del sindicado para garantizar la práctica de la diligencia, CONDUCCIÓN que los artículos 336 y 344 de la Ley 600 tratan de modo diferente a la CAPTURA, y sólo se refiere a aquellos casos en que no procede la medida de aseguramiento, es decir, a los eventos no contemplados en el artículo 357 de la Ley 600 o Nuevo Código de Procedimiento Penal. Significa lo anterior, que el "CAPTURADO-CONDUCIDO" deberá ser llevado en el acto -de manera real- ante el funcionario que ordenó su conducción, y que la orden que así se expide debe indicarlo, y que ésta nunca podrá realizarse por fuera de horas en las que el Fiscal que expidió la orden de conducción no está dispuesto a recibirlo y escucharlo en indagatoria, pues de lo contrario, estaríamos ampliando de una forma grave y peligrosa la posibilidad de librar orden de captura; y en estricto sentido, capturar y mantener hasta tres días privada de la libertad a una persona por delito que no amerita medida de aseguramiento no es más que TERROR JUDICIAL.

Obviamente, lo que sucederá para evitar que los fiscales se hagan un nudo con el respeto a la garantía fundamental de la libertad individual, en el caso de la orden de conducción, es que darán aplicación acrítica al inciso segundo del artículo 344 del C.P.P., y sólo se contentarán con citarlo para indagatoria si no se trata de uno de los casos del 357, y si a los tres días no aparece, simplemente lo emplazan.

Con respecto al emplazamiento tenemos que decir que tal institución repugna en un Estado Social Democrático de Derecho, toda vez que viola flagrante y de manera grosera el debido proceso constitucional y legal, en la medida que se impide por el mismo Estado el respeto de las siguientes normas rectoras: Publicidad, Contradicción y Derecho de Defensa. Es notorio el desgano del defensor de oficio del declarado ausente, y si bien eso es antiético, es mucho más aberrante condenar a alguien a sus espaldas, sin saber que ha sido investigado, y sin que el Estado-jurisdicción detentador del monopolio de la fuerza

haya hecho hasta lo imposible para obtener la comparecencia del sindicado al proceso. Nos parece que el reconocimiento de la ineficiencia de los organismos de seguridad del Estado no es razón válida para permitir procesos contra ausentes, las fallas del servicio público no pueden convertirse en indicios en contra del procesado, porque eso es lo que le sucede en última instancia al sindicado ausente: Su ausencia es indicio de condena, y tal indicio, aunado a la inactividad del defensor de oficio y/o público, se convierte en plena prueba para condenar.

Nos parece más lógico, desde nuestro modesto punto de vista, que la acción penal por el delito que se investiga al contumaz, vea suspendido su plazo de prescripción desde el momento mismo en que se le declara persona ausente y por un plazo igual al máximo de la pena, sin exceder de 30 años ni ser inferior a 15, por ejemplo, si es que se quiere ser drásticos, e inmediatamente después se comience nuevamente a contar el término de prescripción. Ése es el costo que debe pagarse en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Pero si el inciso primero del artículo 336 invita a la reflexión, el inciso segundo del mismo no se queda atrás, en especial porque debemos armonizarlo con los siguientes artículos de la misma Ley 600 de 2000: Artículo 3º inciso segundo, 13 inciso segundo, 232, 234, 341, 355 y 357; así como el artículo 38 del Código Penal.

Veamos:

La privación de la libertad como medida de aseguramiento (Detención preventiva) se permite sólo en los precisos eventos indicados por el inciso segundo del artículo 3º del C.P.P., que son entre otros los mismos fines que contiene el artículo 355 del C.P.P.

El artículo 336 inciso segundo le impone al funcionario judicial la OBLIGACIÓN de tipificar adelantadamente el hecho punible que se investiga y verificar si se trata de uno de los delitos o casos del artículo 357 del C.P.P., en cuyo caso resultaría obligatorio resolver situación jurídica. Pero todo no para allí, pues no se compadece con la principialística procesal constitucional y penal consagrar el respeto por la garantía fundamental de la libertad y luego aparentemente dejarla al libre arbitrio del funcionario judicial.

Si entendemos que la garantía fundamental ha de permanecer incólume, salvo los casos de excepción, la correcta intelección del inciso segundo del artículo 336 no puede escindirse por ejemplo del artículo 13 inciso segundo (Contradicción-motivación) en la medida que sólo la providencia motivada en los hechos y el derecho (artículo 350 inciso primero) respeta el debido proceso en lo que atañe al cum-

plimiento de las formalidades propias, porque recuérdese que toda providencia debe estar fundada en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación (artículo 232) además en forma imparcial (artículo 234); y cuando el inciso mencionado (336-2) "FACULTA" al funcionario judicial para prescindir de la citación y librar orden de captura, no está otorgando al funcionario una discreción absoluta, todo lo contrario, sí de las pruebas allegadas a la actuación de manera imparcial, legales, regulares y oportunas se desprende motivadamente en los hechos y en el derecho, al igual que debe suceder al momento de terminarse la indagatoria (artículo 341), que el sindicado no comparecerá al proceso, eludirá la acción de las autoridades, continuará delinquiendo, pondrá en peligro a la comunidad o entorpecerá la actividad probatoria, puede procederse a librar orden de captura para indagatoria. Pero como la mayoría de las veces se prescinde de la investigación previa, y el acervo probatorio existente es poco por no decir que nada, cuál ha de ser el fundamento para librar órdenes escritas de captura dando cumplimiento a las formalidades propias inherentes al debido proceso? Se nos antoja que los mismos fundamentos que esgrimen los fiscales actualmente para librar orden de captura, y que son nada menos que el delito por el que se procede amerita detención preventiva como medida de aseguramiento; y como puede verse, ya queda mucho más fácil esgrimir ese argumento como quiera que es ésa la única medida de aseguramiento.

Ahora bien, el artículo 341 del C.P.P. le impone al funcionario judicial la OBLIGACIÓN DE RESOLVER MENTALMENTE la situación jurídica del indagado, y si hay lugar a dictar medida de aseguramiento, mantenerlo privado de la libertad. Pero la cuestión tan poco es tan simple.

Si al término de la indagatoria el funcionario judicial observa que en el proceso existen pruebas que avalan la finalidad -hasta ese momento- de la medida de aseguramiento (artículo 355) detención preventiva sin beneficio de excarcelación, podrá mantenerlo privado de la libertad, de lo contrario violaría el principio de la libertad individual, puesto que si la privación de la libertad se permite excepcionalmente (artículo 3º inciso segundo), es evidente que si al momento de definir la situación jurídica del sindicado éste tiene derecho a la detención domiciliaria, no tiene ningún sentido dejarlo privado de la libertad al término de la indagatoria, si como mínimo cinco días después lo vamos a enviar a su casa; es que no existe argumento razonable para explicarle al sindicado y a la sociedad que perfectamente pudo espe-

rar en libertad mientras le ordenamos su detención domiciliaria. Mantener privado de la libertad al sindicado al término de la indagatoria, con el peregrino argumento de aparecer el delito en lista del artículo 357 (Procedencia de medida de aseguramiento), sin contar con la prueba legal, regular y oportuna que le permita al funcionario judicial deducir sería, fundada y motivadamente que el sindicado pondrá en peligro a la comunidad y que evadirá el cumplimiento de la pena, es tanto como decir que en materia de libertad individual rige el principio de la DISCRECIONALIDAD ABSOLUTA DEL FUNCIONARIO JUDICIAL, o lo que es lo mismo, que las normas rectoras de ley procesal penal son letra muerta.

Se reitera, que la prueba que sirve de fundamento a la providencia que permite la continuidad de la privación de la libertad del indagado al término de la indagatoria, ha de ser la prueba obrante en el proceso hasta ese preciso momento, no es la prueba que se pretende recaudar más tarde, o al día siguiente, o dentro de los cinco días que se tiene para resolver situación jurídica; la OBLIGACIÓN DEL FUNCIONARIO JUDICIAL ES INELUDIBLE, al finalizar la indagatoria y con la prueba existente hasta ese momento, debe IDEALIZAR la futura definición de situación jurídica, para determinar si está facultado a mantenerlo privado de la libertad sin violar el principio de la libertad individual, las formas propias del juicio, el imperio de la Constitución, en fin, EL DEBIDO PROCESO.

Dicho de otra forma, el artículo 336 inciso segundo LIBERA al Fiscal de dictar orden de captura si hasta ese momento no tiene la prueba para dictar en un futuro medida de aseguramiento detención preventiva sin beneficio de excarcelación.

DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

De acuerdo con el artículo 354 de la Ley 600 la única medida de aseguramiento para los imputables es la detención preventiva, que procede sólo en los casos del artículo 357 pero lo más importante, siempre y cuando sea NECESARIA, según lo estipulado por el artículo 3º inciso segundo en armonía con el artículo 355 y el artículo 365 de la misma ley.

Nos interesa aquí a nuestros fines, poner de presente los artículos 365 numeral 1 y 357 Parágrafo del C.P.P. en armonía con los artículos 38 y 63 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

En primer lugar, pese a la ubicación de la detención domiciliaria (PARÁGRAFO del 357 C.P.P.), ésta no es la medida de aseguramiento a imponer sino la consecuencia inmediata de negar la libertad provisio-

nal, es decir, primero se impone la medida de aseguramiento Detención preventiva; acto seguido se verifica si procede la libertad provisional con fundamento en el artículo 365, casi siempre con fundamento en el numeral 1 del mismo -salvo casos de reparación integral antes de resolverse situación jurídica- y en el evento de ser afirmativa la respuesta, es decir que procede libertad provisional, sería ridículo conceder la sustitución por la detención domiciliaria.

Lo correcto entonces, al momento de resolver situación jurídica, es que el funcionario judicial analice si tiene prueba para negar la libertad provisional cuando se cumple el requisito del numeral 1 del artículo 63 del Código Penal (Suspensión condicional de la ejecución de la pena) es decir, que existe la necesidad de ejecutar la pena, porque al contrario del anterior código de procedimiento penal, éste sujeta el beneficio al cumplimiento de los dos requisitos del artículo 63 del Código Penal, pero ello no significa que sea el sindicado el que tenga la carga de la prueba, puesto que ésta siempre es de la Fiscalía (artículo 234 C.P.P.), y es ella quien debe arrimarla al proceso por cuanto no habrá providencia que no se funde en prueba legal, regular y oportuna; reafirmado el artículo 232 del C.P.P. lo dispuesto con prelación constitucional y legal por los artículos 1º, 3º, 7º, 10 y 13 del mismo Estatuto Procesal.

Sólo cuando exista prueba más allá de la imputación misma que al sindicado por sus antecedentes personales, sociales y familiares, así como por la modalidad y gravedad de la conducta punible debe exigírsele el cumplimiento de la pena, o lo que es lo mismo para este momento procesal, deba permanecer privado de la libertad por que así lo indica la finalidad de la medida de aseguramiento (artículo 355 C.P.P.), y existe prueba en el expediente de todo ello, se reitera, sólo en esos eventos puede negarse la libertad provisional del artículo 365 # 1.

Luego de negada la libertad provisional, el funcionario judicial debe analizar si procede o no la sustitución por la detención domiciliaria en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas para la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, artículo 38 del Código Penal, Ley 599 de 2000.

En el supuesto de cumplirse con el requisito del numeral 1 del artículo 38 del C.P. (que la pena mínima prevista sea de cinco años o menos), resta sólo verificar lo que aquí podríamos llamar, utilizando un término del anterior código con beneficio de inventario, necesidad de tratamiento penitenciario, que en el numeral segundo del artículo 38 del

C.P., aplicable al momento de definir la situación jurídica del sindicado, debe sufrir una necesaria reformulación, toda vez que se trata de la situación de un inocente (así lo reconoce el artículo 7º del C.P.P.) y no del condenado o sentenciado, por tanto, la prueba obrante en el proceso hasta el momento de resolver la situación jurídica del sindicado, debe conducir necesariamente a demostrar que el sindicado no cumple con el requisito del numeral segundo del artículo 38 del C.P. (llamémoslo también que REQUIERE TRATAMIENTO PENITENCIARIO), es decir, que la prueba recaudada hasta ese momento sobre la comisión y circunstancias del hecho, de su autoría y participación, sirvieron para el respectivo proceso de adecuación típica y valoración de la negativa de excarcelación por la causal primera -ya dijimos que es la causal más usual al momento de resolver situación jurídica-, pero no puede servir para negar la detención domiciliaria, en el entendido que el sindicado no puede ver doblemente agravada su situación, pues si se le definió situación jurídica afectando su libertad personal (detención preventiva) en razón del delito cometido y las circunstancias de su comisión, por el mismo delito cometido y por las mismas circunstancias ya valoradas negativamente a los intereses del sindicado, no puede negarse la detención domiciliaria, pues en este caso se requiere que la personalidad del sindicado laboral, familiar y social sea de aquéllas que hagan aconsejable mantenerlo privado de la libertad en establecimiento carcelario, porque la detención domiciliaria, aun cuando no lo parezca, o a algunos no les guste, es DETENCIÓN PREVENTIVA, y la única manera de negarla, en nuestro modesto criterio es demostrando (obviamente LA FISCALÍA art. 234 del C.P.P.) que el sindicado es un mal esposo, mal padre, mal hijo, mal hermano, mal amigo, un vago redomado (nunca un desempleado en un país con una tasa de desempleo del 20,5%), o una persona disociadora al interior de su hábitat natural.

En otras palabras dicho, negada la libertad provisional, salvo mejor criterio, procede siempre la sustitución por detención domiciliaria en los casos en que se cumpla con el requisito del numeral 1 del artículo 38 del C.P.

Y volviendo al artículo 336 inciso segundo ya mencionado, sólo podrá librarse orden escrita de captura en dos eventos;

1. Cuando el citado no comparezca, y sólo para efectos de la indagatoria.

2. Cuando de las pruebas allegadas a la actuación en forma legal,

regular, oportuna e imparcial, el fiscal RAZONADAMENTE considere que se procede por un delito por el cual la futura medida de aseguramiento, si la prueba fuese la misma que analiza en ese momento, será DETENCIÓN PREVENTIVA SIN BENEFICIO DE EXCARCELACIÓN NO SUSTITUIBLE POR LA DETENCIÓN DOMICILIARIA.

COROLARIO

Es hora de construir, de pensar nuestro proceso penal. No de reconstruir ni de repensar como lo pregonan algunos. No se puede pretender reconstruir o repensar algo que nunca se construyó o se pensó.

Si bien la Constitución delineó un sistema procesal penal garantista, amparándonos para esa afirmación en el artículo 29 de la misma Carta y en su carácter pluralista, es evidente que pese a los esfuerzos del constituyente por construir una ética del pluralismo, la Ley no consiguió plasmar tal anhelo.

Apegados entonces al pluralismo de nuestra Constitución, a la principialística constitucional garantista, libertaria e igualitaria, y entendiendo que las normas rectoras no son más que normas constitucionalizadas y prevalentes, desde ellas mismas se puede construir el proceso penal garantista propio de un Estado Social de Derecho Democrático.

Consultando siempre los principios fundamentales y el norte interpretativo de las normas rectoras se garantiza la efectividad y finalidad del proceso penal, se respeta y se garantiza el acceso efectivo de los usuarios (activa o pasivamente) a la administración de justicia, la presunción de inocencia, y quién lo creyera, la autonomía e independencia judicial, puesto que los funcionarios judiciales -allí se incluyen los fiscales- sólo están sometidos al imperio de la Constitución y la Ley que no riñe con el texto y espíritu de la misma.

DE LA LIBERTAD, LA DETENCIÓN Y LA CAPTURA EN LA NUEVA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL. LEY 600 DE 2000

Dr. José Luis Jiménez Jaramillo[1]

SUMARIO: De la libertad y su restricción. De los controles de la detención. Controles internos de la detención. Controles externos de la detención. De la captura administrativa. Corolario.

Los temas de la detención, la captura, y la libertad, son como el fenómeno de la santísima trinidad, son tres temas al parecer distintos pero realmente son un único y verdadero tema, como lo es el tema de la libertad, ya que en primer término es la libertad un derecho constitucional fundamental (artículos 28 y 30 Constitución Política) y es la libertad un principio o norma rectora de nuestra legislación procesal penal (artículos 3 y 4 Ley 600 de 2000); hay que recordar que no existe norma rectora de la detención.

DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN

En nuestro país se ha vuelto rutina una práctica legal y judicial, y es que se obre contrariamente al principio o norma rectora de la libertad, y ello por disposición del legislador, quien por varios y largos años, en diferentes legislaturas se ha empeñado en consagrar un gran cartapacio de delitos que para su investigación y juzgamiento pareciera siempre obligar a los funcionarios a imponer o decretar la detención preventiva. Lo observamos fácilmente en el art. 421 del C.P.P. de 1987 o Decreto 050 y en el Código de Procedimiento Penal de 1991 art. 397 y ahora en la Ley 600 de 2000 en el art. 357, arrasándose de paso el principio de la presunción de inocencia, que obliga no solo a presumir inocente a las personas en el curso del proceso penal sino a tratarlas como tal, ya que la detención tiene como requisito para su imposición, de conformidad con el art. 356 de la Ley 600 de 2000, dos indicios graves de responsabilidad, es decir, cuando estoy detenido ya

---

[1] Abogado en Ejercicio, Profesor Universitario de la Universidad de Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana (Postgrado), Universidad de Envigado. Especializado en Derecho Probatorio Penal de la Universidad de Medellín, Ex Fiscal Regional y Ex agente del Ministerio Público.

no soy inocente; lo mismo cuando estoy sindicado de un delito grave, al imponerse la detención ya soy menos inocente que otra persona que está sindicada de otro delito, a tal punto que no se exige resolver la situación jurídica (art. 354 C.P.P./2000), y tan menos inocente soy, que expresamente prevé el legislador que la detención " no es Pena ..." pero se computa como parte cumplida de la pena Art. 37 #3 Ley 599/2000. " ...3°. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena.".

Nuestro Código de Procedimiento Penal Decreto 2700/91 desborda el Régimen Constitucional al involucrar automáticamente la medida de aseguramiento a la detención, e involucrar la detención a una especial competencia o a unos determinados delitos, como lo consagra el art. 397 del mencionado código. " De la detención preventiva. La detención preventiva procede en los siguientes casos: 1° Para todos los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados... 3 En los siguientes delitos... (29 delitos)". Paréntesis fuera del texto.

Si miramos el contenido del art. 250 de la Constitución Política, numeral primero, "... asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, ..." nos encontramos que el pronóstico que tiene que hacer el Fiscal en la instrucción, no es ineludiblemente el de la detención, sino el de comparecencia, es decir, el Fiscal lo que debe asegurar o prever es que en futuro el sindicado si va a comparecer al proceso, pero en el sistema penal vigente el Funcionario se ve obligado es a detener, por ejemplo, como ya se ha dicho en los casos de Justicia Especializada.

En este sentido hay que reconocer el avance del Código de Procedimiento Penal o Ley 600 de 2000, ya que, en el art. 355 se consagran los fines de la detención y en el mismo se dice "... La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria...". Lo que significa, que si el Fiscal puede asegurar la comparecencia por otro medio (el sindicado trabaja o tiene vinculación laboral permanente), no tiene obligatoriamente que detener, porque el requisito conforme a la Constitución y al Código de procedimiento Penal (art. 250 y 355 respectivamente) ya es de comparecencia. Es decir, nuestro legislador de la Ley 600 de 2000, ya no vincula obligatoriamente la detención

como medida de aseguramiento a delitos en especial, ni a la competencia de manera automática, como se hace en el Código de Procedimiento Penal de 1991, no, el legislador consagra expresamente art. 3 de la Ley 600 de 200 "... La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado,...". Obsérvese entonces, que cuando el Fiscal pueda asegurar la comparecencia del procesado no lo tiene que detener, luego, cuando el Funcionario Judicial ordene detener, tendrá que motivar expresamente su decisión en este sentido, por que ya no será un simple juicio comparativo vinculante, si el delito es "*X*" obliga la detención, no, ya dicho juicio automático no es posible. En otros términos, el concepto de necesidad es una nueva introducción normativa, que supera de manera ideológica el contenido del art. 4 del C. de P.P. de 1991 y de paso es un concepto acorde con lo reglado en la Constitución Política, porque está guiado de la idea de la comparecencia. Un Funcionario podría por tradición judicial o legal pensar así, si es este delito, la medida de aseguramiento tendrá que ser detención, si se llegara a proceder así, se estaría actuando en contra de los fines que regula la detención y obligatoriamente se procedería en contra de una norma rectora (artículo 3), contradiciendo por demás la prevalencia de las normas rectoras ordenada en el art. 24 C. de P.P.. todo el razonamiento anterior se obliga y encuentra sentido lógico en la nueva legislación procesal cuando ya a diferencia de otras codificaciones no se consagra norma expresa que prohiba excarcelar.

En cuanto a la libertad, no obstante ser un derecho fundamental, vemos que paradójicamente, su otorgamiento en el proceso penal en muchos casos se constituye en una verdadera sentencia anticipada y una sentencia anticipada de carácter condenatorio, y ello se observa en el art. 365, de la Ley 600 de 2000, (causales de libertad) cuando en el numeral primero se dice "... cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la pena...".., vemos entonces que el Funcionario para otorgarla debe hacer anticipadamente una hipótesis de condena, condena que de no superar los tres años de prisión, y por ausencia de antecedentes entre otros, permite, otorgar la libertad, paradójicamente violándose de paso el principio de la presunción de inocencia, evidenciándose una verdadera contradicción normativa. Es decir, para otorgar la libertad, el Fiscal en la instrucción o el Juez en la causa tendrán que ver al sindicado ya "como condenado".

En materia de Detención Domiciliaria, el legislador del Código de

Procedimiento Penal del dos mil en el parágrafo del art. 357 prevé la Detención Domiciliaria en los mismos eventos del sustituto de la Prisión Domiciliaria "... La detención preventiva podrá ser sustituida por detención domiciliaria en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria..." por su parte el art. 38 de la Ley 599 de 2000 reza. "... La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, ... siempre que concurran los siguientes presupuestos: 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos. 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena..."- es oportuno advertir como la última norma en cita es verdaderamente novedosa al consagrar por primera vez en materia penal el instituto de la prisión domiciliaria; lo que se puede observar a primara vista, no obstante su novedad, es la existencia de una hipótesis contradictoria cuando se ordena la detención domiciliaria restringida sólo al ámbito residencial, ya que si uno de los requisitos para conceder dicho sustituto es que el desempeño personal, familiar y laboral, hagan presumir al funcionario que no colocará el sindicado en peligro a la comunidad, entonces para qué restringir la detención a la residencia. Dicha restricción residencial puede entenderse válida y lógica cuando opera en el caso de la condena, ya que es preciso recordar que la pena de prisión también tiene fines de retribución (mal necesario), pero no se debe anticipar dicho mal, en caso de detención, cuando todavía no hay condena y la Ley como la Constitución exige presunción y trato como inocente.

DE LOS CONTROLES DE LA DETENCIÓN

La detención o la libertad personal en el proceso penal está protegida por unos controles que se pueden denominar internos y externos al proceso.

CONTROLES INTERNOS DE LA DETENCIÓN

Dentro de los controles internos contamos en primer lugar, a título de ejemplo, el del art. 353 "Libertad inmediata por captura o prolongación ilegal de privación de la libertad...". Control este automático, inmediato y de rango constitucional, propio del funcionario judicial que recibe en primer momento al capturado y las diligencias investigativas. Es decir, deberá y es obligación del funcionario, verificar la captura, el

motivo de la misma, la existencia de orden judicial, o la situación de flagrancia, como realizar el adecuado examen de los términos etc.

Otro control interno de la libertad en el proceso penal, son las causales de libertad provisional previstas en el art. 365 de la Ley 600 de 2000, causales estas que en gran medida son reiterativas de las estipuladas en el art. 415 del actual Código de Procedimiento Penal siendo importante resaltar la parte final del numeral 5 del art. 365, en el sentido de que ya no procede la libertad provisional si la audiencia pública se ha iniciado y se encuentra suspendida, disposición legal que contraría la sentencia de la Corte Constitucional de octubre 27 de 1999, que permite la libertad provisional en caso de que la audiencia no hubiese culminado "... Bajo esta óptica, la respuesta a la pregunta arriba formulada, tiene que ser negativa. En efecto, esta corporación entiende que el primer inciso del numeral 5° del art. 415 del Código de Procedimiento Penal, al hacer referencia a la **celebración de la audiencia pública,** quiere significar que ésta ha sido evacuada en su totalidad, lo que implica, en consecuencia, que si dicha diligencia judicial una vez iniciada, se suspende, transcurrido un término mayor a seis meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, bien puede el sindicado invocar la causal genérica de libertad provisional en comento..."[2].

Otro mecanismo de control interno de la detención o la libertad es el relativo a la Suspención de la Detención del art. 362 ley 600 de 2000, (mayoría 65 años de edad, embarazo o parto, o por grave enfermedad). Por suspención, según la real academia de la lengua, se debe entender una cesación momentánea, si uno mira el numeral tercero de la norma en cita, " La privación de la libertad se suspenderá en los siguientes casos... 3° Cuando el sindicado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales. En estos casos, el funcionario determinará si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital...", se observa, QUE VERDADERAMENTE NO HAY SUSPENCIÓN DE LA DETENCIÓN, sino una Detención Domiciliaria o una Detención Hospitalaria, pero la detención no se suspende, ni se concede la libertad, no existiendo problema en lo que respecta a la detención domiciliaria, ya que tiene forma y regulación expresa (art. 357 Ley 600 de 2000 y art. 38 ley 500 de 2000), no ocurriendo lo mismo con la Detención Hospita-

---

[2] Revista Jurisprudencia y Doctrina #338, febrero del 2000. Pág. 292. Sentencia C-846 de octubre 27 de 1999. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

laria, ya que en la Ley 600 de 2000, sobre dicha detención, no se encuentra regulación expresa alguna, norma que actualmente sólo existe para la Justicia Especializada (Decreto 099/91 art. 1), que al entrar a regir el nuevo Código Procesal, obviamente desaparecerá por efectos de derogatoria expresa, evidenciándose un verdadero vacío legal.

Otro aspecto importante que se debe analizar con relación a la suspención de la detención, es el relativo a la palabra enfermedad, la cual se ha de entender exclusivamente desde el punto de vista EPIDEMIOLÓGICO O ENDÉMICO, y no comprender dentro de dicho término, el factor accidente o accidental. El problema de equiparar la enfermedad con el accidente es que tendríamos que pensar que muchos sindicados detenidos necesariamente, por delitos graves, se "accidentarían" para así lograr que se les Suspendiera su Detención.

Otro de los controles que se puede denominar interno del proceso penal, por proceder ante el Juez de conocimiento, es el estipulado en el art. 392 de la Ley 600 de 2000 que parcialmente dice así: "... La medida de aseguramiento y las decisiones que afectan a la propiedad, posesión, tenencia o custodia de bienes muebles o inmuebles, proferidas por el Fiscal general de la Nación o su delegado podrán ser revisadas en su legalidad formal y material por el correspondiente Juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público...", es preciso resaltar que este control del mencionado artículo consagra diferencias ostensibles al control de legalidad de las Medidas de Aseguramiento estipulado en el art. 414A del Decreto 2700 de 1991 en diferentes aspectos.

En primer lugar el control del art. 392 de la Ley 600 de 2000 no exige expresamente para su ejercicio que la medida de aseguramiento se encuentre ejecutoriada, lo que obviamente podrá generar contrasentidos procesales, ya que puede coexistir el control de legalidad, que no suspende la actuación procesal, ni el cumplimiento de la providencia, con el trámite y decisión de un recurso de apelación contra la misma medida, lo que permitirá la existencia de decisiones adversas sobre el mismo particular (se declara por el juez la ilegalidad formal o material de la medida y por otro lado el superior jerárquico del fiscal confirma en apelación "la ilegal" medida).

En segundo lugar, de conformidad con el nuevo art. 392 las medidas de aseguramiento pueden ser revisadas en su legalidad formal y material, revisión formal que ha de corresponder a la legalidad de la captura, términos para indagar y para decidir, como también la procedencia o no de la medida de aseguramiento. Desde el punto de vista

material dicha revisión consistirá en el análisis probatorio sobre la existencia o no de los dos indicios graves de responsabilidad, revisión esta que generará igualmente múltiples controversias legales, ya que la existencia de indicios graves depende en gran medida del concepto, formación y valoración particular que sobre la prueba haga cada funcionario judicial, llegándose inclusive, en caso de confirmarse por el juez la validez de la medida de aseguramiento, a constituir dicho pronunciamiento en un verdadero prejuzgamiento del juez que obviamente no dejarían bien parados frente al proceso en cuanto a la suerte del procesado, ni a éste ni a su defensor. De otro lado el art. 397 de la Ley 600 de 200 exige como uno de los requisitos sustanciales para el proferimiento de una resolución acusatoria, la existencia "... de indicios graves,..." sin precisar el número, lo que puede permitir, al señor fiscal instructor, una vez validadas las medidas por el juez de conocimiento, ordenar el cierre de inmediato y acusar con sus dos indicios graves confirmados. Por último ese "prejuzgamiento" del juez, al confirmar en control de legalidad la medida de aseguramiento, con dos indicios graves, con los que se puede acusar, pasaría a constituirse " en cosa juzgada acusatoria", ya que confirmar la validez de la medida, no tiene posibilidad del ejercicio del derecho de impugnación.

CONTROLES EXTERNOS DE LA DETENCIÓN

El art. 382 de la Ley 600 de 2000 consagra lo relativo al Hábeas Corpus, y expresamente dice "... El hábeas corpus es una acción pública que tutela la libertad personal cuando alguien es capturado con violación de las garantías constitucionales o legales, o se prolongue ilegalmente la privación de su libertad. Las peticiones sobre libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella deberán formularse dentro del respectivo proceso...". esta norma realmente es una expresa transcripción del art. 430 del actual Código de Procedimiento Penal con su modificación de la Ley 15 de 1992, normas idénticas que verdaderamente desbordan, sobrepasan y exigen requisitos más allá de los verdaderos requisitos constitucionales. El art. 30 de la Constitución Política dice expresamente "... Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta personal, el *hábeas corpus,* el cual debe resolverse en el término de treinta y seis (36) horas...".

Al exigir entonces el art. 382 de la Ley 600 de 2000, como el art. 430 del Código de Procedimiento Penal vigente, que las peticiones sobre la libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella deben formularse dentro del res-

pectivo proceso, exigen para el destinatario de la Ley y de la Constitución, verdaderos y desarrollados conocimientos jurídicos. Si se observa detenidamente el contenido del art. 30 de la Constitución Política, como derecho fundamental, permite invocar, y ejercer esta acción a quien creyere estar ilegalmente privado de su libertad, sin especificación y determinación técnica alguna, es decir, sin saber si se está detenido legalmente o ilegalmente, ya que ello exige verdaderos exámenes de conocimiento técnico procesal, exigencia que en parte alguna se consagra en la norma constitucional, lo que obliga a pensar, que al ser la Constitución norma de normas, cualquier persona, "en todo tiempo", luego de su captura, luego de su detención, luego de su calificación, puede ejercer la acción y el derecho fundamental del hábeas Corpus, sin examen técnico o profesional alguno, basta y de conformidad al art. 30 de la Constitución Política, CON CREER QUE ESTA PRIVADO ILEGALMENTE DE SU LIBERTAD.

La Corte Constitucional en Providencia de abril 22 de 1999[3]., adoptando la teoría de la convalidación de los actos expresamente dijo: "... Por el contrario, según la doctrina constitucional, el mencionado artículo consagra una clara causal de improcedencia del hábeas corpus en aquellos casos en que la acción se interpone luego de haberse proferido una decisión judicial que ampara la captura, salvo cuando la mencionada decisión constituya una vía de hecho. En el presente caso, no se presenta la excepción de la vía de hecho, luego no puede afirmarse que se aparta del derecho vigente la tesis de la improcedencia de la acción del hábeas corpus..."

Apartándome de dicha providencia y teoría, de la cual se deduce que si la persona es capturada ilegalmente o se prolonga la detención, una vez proferida la resolución de situación jurídica se convalida la ilegalidad de los actos, estimo que constitucionalmente, ello no es de recibo, ya que como lo dice el art. 30, la solicitud de Hábeas Corpus no tiene un término preclusivo, puede ejercerse "en todo tiempo".

El Hábeas Corpus (art. 30 C.P) y el derecho a la libertad (art. 28 C.P) son derechos fundamentales, que de conformidad al artículo 85 de la misma Constitución son de aplicación inmediata, esto es, demostrada su violación, en cualquier tiempo, y por cualquier medio, deben ser, como derechos fundamentales que son, protegidos, resarcidos, por el medio o procedimiento más idóneo y menos engorroso. Estando la persona ilegalmente detenido, exigir la elección de un procedimiento

[3] Revista Jurisprudencia y Doctrina, # 331, julio de 1999. Pág. 1360. Sentencia T-260 de abril 22 de 1999. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

para restaurar la libertad (dentro del respectivo proceso), y no permitir el ejercicio del derecho de Hábeas Corpus, siendo un medio expedito, ágil y rápido (36 horas), es no permitir la protección y aplicación inmediata de la libertad, contrariando el contenido del art. 85 de la Constitución Política y exigirle al destinatario de la ley el acudir a un procedimiento menos favorable para obtener la libertad.

De ahí porqué se acoge la tesis del Dr. Mario Nicolás Cadavid[4] cuando dice: "... Desafortunadamente hemos sido avaros en la aplicación de la figura y frente a fenómenos de común ocurrencia, como capturas sin que el procesado se le lean sus derechos, utilización de mecanismos de tortura, etc., algunos funcionarios se limitan a subsanar la irregularidad del procedimiento ello al (sic) enteramiento o expidiendo copias para que se investigue a los torturadores, como si hasta ese momento la captura no fuera ilegal y esa actuación posterior convalidara la ilegalidad..."

En este orden de ideas y conforme a lo anteriormente planteado es preciso recordar que la determinación y la decisión de la acción y del derecho fundamental del hábeas Corpus debe regirse por los siguientes principios.

Su trámite por el funcionario judicial no debe estar precedido del miedo, pese a los antecedentes jurisprudenciales, éste debe obrar conforme al art. 30 y 85 de la Constitución Política.

Debe resolverse con criterios constitucionales, legales y de justicia, es decir, con independencia, de conformidad con el art. 230 Constitución política y no con razones de conveniencia.

Se debe procurar en la decisión, un examen jurídico procesal de toda la actuación, es decir, análisis y respecto por el debido proceso, el respeto por el derecho de defensa y el juez competente.

DE LA CAPTURA ADMINISTRATIVA

Si bien la Corte Constitucional en sentencia de enero 27 de 1994 aceptó la legalidad de la captura administrativa, ni en la legislación vigente (Decreto 2700/91) ni en la legislación próxima (Ley 600 de 2000), y mucho menos en la Constitución Política de 1991, se consagra norma expresa que autorice y permita la mencionada captura. El art. 28 de la Constitución de 1886 decía lo siguiente: "...Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley, ORDEN O DECRETO en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente. Está disposición no impide que aun en tiempo de

[4] Régimen Procesal Penal Colombiano. Pág. 93. Grupo Editorial Leyer. Primera edición 1996.

paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, SEAN APREHENDIDAS Y RETENIDAS MEDIANTE ORDEN DEL GOBIERNO, y previo dictamen de los ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atetan contra la paz pública...". Mayúsculas fuera de texto.

En 1983 se creó la Ley 25 y en ella se reglamentó la citada disposición así art. 7 "...si de los elementos de información que posee el gobierno se deduce que el retenido ha realizado hecho punible, lo pondrá inmediatamente a disposición de la autoridad jurisdiccional competente con los antecedentes correspondientes...".

Obviamente, con el advenimiento de la Constitución de 1991, y ante la ausencia normativa en los códigos de procedimiento penal (Decreto 2700/91 y Ley 600 de 2000), ya dichas disposiciones no rigen, fueron derogadas por el art. 28 de la Constitución Política actual, el cual a diferencia del art. 28 de la Constitución de 1886, exige expresamente que la orden de retención, de aprehensión o de detención deba provenir exclusivamente de autoridad judicial, y no de autoridad administrativa.

COROLARIO

Así entonces, en consonancia con la nueva legislación procesal, se espera de los Funcionarios Judiciales, que la privación de la libertad, con fundamento en el principio de la necesidad, acorde con las exigencias constitucionales de comparecencia, sea verdaderamente excepcional, y que en la aplicación de los mecanismos de control y de protección de la misma, internos o externos al proceso, prime el respeto por la norma constitucional, y se haga efectiva la independencia del Juez Penal.