

©Rodrigo Sepúlveda/EL TIEMPO

REVISTA No. 26

Corte Suprema

Editor

Germán Gómez Rojas

Consejo Editorial

Francisco Javier Ricaurte Gómez

Ruth Marina Díaz Rueda

Eduardo López Villegas

Julio Enrique Socha Salamanca

Fotografía

Concurso “Colombia: Imágenes y realidades”, 2003

Libro “Sobre hombros de gigantes, Una mirada de las niñas, niños y adolescentes de los barrios de Medellín”, 2008

Libro “Desde la prisión, realidades de las cárceles en Colombia”, 2006
fotos de Jesús Abad Colorado.

Germán Gómez Rojas
COLPRENSA

contenido

Inclusión de la mujer en la justicia	1
Justicia civil y democracia.....	2
El rol del juez en el mundo globalizado.....	20
Víctimas y testigos en los conflictos armados.....	34
Hacia una justicia independiente.....	40
Concurso de personas en el delito.....	46
Exclusión de la prueba ilícita y protección de los derechos fundamentales	58
Premio Excelencia en la Justicia 2008	72

Diseño gráfico e impresión
Imprenta Nacional de Colombia
Bogotá, D. C., Colombia - Diciembre, 2008

Oficina de Comunicación y Prensa
Palacio de Justicia - Calle 12 No. 7-65 - Piso 4°
Tels.: 5629080 - 562 2000 Ext. 1081
E-mail: GermanG@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Corte Suprema de Justicia

PRESIDENTE

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

VICEPRESIDENTE

JAVIER ZAPATA ORTIZ

SALA DE CASACIÓN CIVIL

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, Presidente

Jaime Alberto Arrubla Paucar

Ruth Marina Díaz Rueda

Pedro Octavio Munar Cadena

William Namén Vargas

César Julio Valencia Copete

Edgardo Villamil Portilla

SALA DE CASACIÓN LABORAL

CAMILO TARQUINO GALLEGO, Presidente

Elsy del Pilar Cuello Calderón

Gustavo Gnecco Mendoza

Eduardo López Villegas

Luis Javier Osorio López

Francisco Javier Ricaurte Gómez

Isaura Vargas Díaz

SALA DE CASACIÓN PENAL

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, Presidente

José Leonidas Bustos Martínez

Alfredo Gómez Quintero

María del Rosario González de Lemos

Augusto José Ibáñez Guzmán

Jorge Luis Quintero Milanés

Yesid Ramírez Bastidas

Julio Enrique Socha Salamanca

Javier Zapata Ortiz

Agradecimientos

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO
DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
LOS DERECHOS HUMANOS • COLOMBIA

Y a todos los fotógrafos y entidades
que cedieron los derechos de sus imágenes
para esta publicación.

Advertencia

Las afirmaciones y opiniones expresadas en los artículos firmados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen el pensamiento institucional de la Corte Suprema de Justicia.

Inclusión de la mujer en la justicia



FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ
PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La materialización de una democracia plena incluye el reconocimiento de los derechos de los individuos y su concreción en la realidad, lo que trasciende la igualdad formal y se eleva a una acción transformadora del Estado que protege a las minorías, intenta eliminar las profundas brechas sociales, tolera la diferencia y genera la participación y permanencia de las mujeres en espacios de decisión.

En relación con la discusión de género, nuestro ordenamiento jurídico enfrenta serios retos, específicamente el del tránsito de un criterio discursivo de acceso de las mujeres al sistema a un empoderamiento de las herramientas sociales que les permitan engendrar los cambios requeridos. Si bien hemos avanzado, el modelo de desarrollo y participación que se les ha abierto debe garantizar la incubación de verdaderas relaciones de diverso tipo, y la necesidad de realizar una reflexión crítica desde adentro para asumir el cambio y entenderlo en la cotidianidad.

La existencia de espacios institucionales adecuados en las diferentes ramas del poder público refleja el inusitado interés del Estado por realizar una intervención sistémica en el tema de la igualdad de género y la creación de las herramientas para hacerla posible, pero, sobre todo, en la conciencia de la mujer para utilizarlas. Ello tiene enormes implicaciones sociales, pues se traduce en la idoneidad de una sociedad equilibrada en los valores femenino y masculino, lo que adquiere relevancia en el Poder Judicial, dado que unos operadores jurídicos formados en el respeto por la diferencia y el entendimiento de los derechos de la mujer realizan, sin duda, los valores del Estado social y democrático de derecho.

La interpretación progresiva de los derechos fundamentales nos permite avanzar en la construcción de un ordenamiento justo y equitativo para las mujeres. El acceso a la justicia de ciudadanos y ciudadanas que asuman su rol y se comprendan dentro del universo jurídico enriquece un debate que, afortunadamente, deja de lado la interpretación androcéntrica del derecho y abre paso a una universal y progresista e incluyente.

Sin embargo, la ciudadanía de las mujeres es todavía materia pendiente. Se puede decir que aún está en construcción, como una propuesta de igualdad y autonomía estrechamente asociada a los distintos procesos históricos que ha vivido la democracia. La ciudadanía de las mujeres no puede limitarse a la participación en los certámenes electorales, sino que debe ser vista como la inserción en los procesos de toma de decisiones. Implica también el reconocimiento de una identidad colectiva como expresión de pertenencia a una comunidad política. Entraña, en consecuencia, no solo la comprensión de su significado, sino el desafío de las sociedades contemporáneas de entenderla como un dispositivo de cambio social, que debe concretarse en participación.

La incorporación de la perspectiva de género en el ordenamiento jurídico facilita la intervención del juez al momento de resolver los problemas sociales que se le plantean. El lenguaje pasa a reconocer una realidad mediante una disposición normativa, cuyo contenido se traduce en una regla de juego clara para los asociados. En lo relativo al género, construye una nueva ciudadanía fundada en valores universales, que incluyen al hombre y a la mujer como gestores sociales, pues comprenden al género humano. Esta nueva concepción entonces transforma realmente la justicia.

Justicia civil y democracia



ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
PRESIDENTE DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL*

Introducción

Con el propósito de realizar algunas reflexiones sobre el papel de la justicia civil en una sociedad democrática, podemos comenzar recordando que en el marco del VII Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria, realizado en la ciudad de Pereira, al referirse a la relación entre justicia y sociedad, nuestro entrañable compañero y ex presidente de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno, de cuya ausencia aún no nos reponemos, señalaba que la justicia y la sociedad *“forman un binomio inseparable; el juez que constituye ‘la presencia del oráculo viviente del derecho’, según lo expresaba Blackstone, no puede actuar como un ser apartado del mundo que lo circunda, motivo por el cual, además de saber profesionalmente la ciencia jurídica para poder dictar el derecho a los demás, debe estar al tanto de cómo vive y qué siente la comunidad destinataria de sus resoluciones. En él se compendia la combinación equilibrada de los principios jurídicos, políticos, filosóficos, sociológicos, económicos, culturales e históricos para deducir de tan variadas esencias lo que sea justo; mas ese trabajo tendrá verdadera consistencia, cuando en efecto responda a las aspiraciones y convicciones de los hombres y mujeres que se someten a sus designios. En síntesis, su credibilidad está íntimamente ligada a que haya coherencia entre sus dictados y las realidades sociales; a que haya sintonía entre él y la comunidad”*¹. De estas sabias reflexiones realizadas hace pocos años por el doctor Trejos Bueno se desprende, claro está, que dentro

* Texto de la ponencia expuesta en el marco del XI Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria, realizado en la ciudad de Cartagena de Indias los días 4 y 5 de septiembre de 2008.

¹ Trejos Bueno, Silvio Fernando. Justicia y Sociedad. Discurso pronunciado por el Magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno, presidente de la Corte Suprema de Justicia, durante la instalación del VII Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria. Pereira, 2004. 1p.



La democracia ha avanzado, no sólo por la dinámica propia del desarrollo de las civilizaciones, sino también porque se ha enriquecido su contenido y perfeccionado otras nociones que se encuentran estrechamente relacionadas con ella. Su dinamismo se presenta en la evolución histórica y en un interesante proceso de renovación conceptual.



de un Estado democrático, el juez no puede ser concebido como un “autómata”, como un frío e insensible aplicador de la ley, como un simple mediador entre la norma y la realidad, dedicando su juicio sólo a los preceptos emitidos por el legislador. Si bien antaño se decía que el juez y todo operador jurídico debía ser capaz de mantener sus propias convicciones al margen del proceso mental de toma de decisiones jurídicas o dicho en otras palabras, el juez en su actividad como tal debía y podía tener sólo una vinculación, la de la ley², hoy sostenemos, con entera convicción, como adelante lo profundizaremos, que el juez en el escenario de un Estado democrático, debe aplicar en la interpretación y resolución de los casos sometidos a su conocimiento, todo un conjunto flexible de herramientas, encabezado por el catálogo de principios y valores plasmados en la Constitución, carta de derechos que recoge la voluntad y las aspiraciones de la sociedad, y que, por tanto, legitima las acciones de quien obra conforme a sus disposiciones.

La democracia contemporánea es la manifestación de un conjunto de elementos que tiene en cuenta no sólo la participación ciudadana en la estructuración del Estado, sino fundamentalmente la protección de los derechos de las personas.

Sin embargo, esto que hoy nos parece obvio, no ha sido una constante en el transcurso de la historia pues se requería la transformación de otros conceptos fundamentales: la democracia, el Estado y por supuesto, la misma labor del juez.

El propósito de realizar el XI Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria bajo el lema “La Justicia, soporte de la Democracia”, se halla inspirado en que tal y como lo manifestábamos frente a la relación entre el juez y la sociedad, estas categorías forman también un “binomio inseparable”. En efecto, bajo el entendimiento elemental de que la democracia es “el gobierno del pueblo”, noción que llega a nosotros gracias al aporte que en la materia realizó en sus orígenes la civilización griega, la labor del juez no puede ser otra diferente a la materialización del ordenamiento jurídico, en tanto manifestación del interés general, enmarcándolo dentro de las pautas que establece la Constitución como referente último en materia de derechos fundamentales.

La democracia como concepto dinámico

Hablar de democracia es hablar de dinamismo histórico. En los principios, la noción de democracia se estableció a la par con la necesidad

que tenían los pueblos de organizarse. Al surgir este requerimiento los hombres consideraron que el pueblo debía tener representación en los asuntos de su gobierno. Así, en una primera etapa, la democracia fue el principio que reunió las aspiraciones de los griegos, quienes al estructurar el Estado creyeron que éste debía ser pluralista y participativo, y que los ciudadanos deberían tener acceso a la discusión y formación de las decisiones que regirían su comportamiento cotidiano.

Sin embargo, estos ideales no permanecieron incólumes, y sucumbieron ante las tentaciones y desviaciones que se presentan en la lucha por obtener el poder. Fue así como la humanidad presenció el surgimiento de imperios, reinos y monarquías cuyo sustento estaba en criterios de exclusión, en todo caso, muy disímiles a los concebidos en el Estado democrático.

Pero el gobierno de las mayorías encontró, como debía ser, el camino de vuelta al escenario político y fue así como en respuesta al absolutismo monárquico que reinaba en la Europa del siglo XVIII, nacieron las llamadas democracias liberales, que impulsaron la ejecución de instrumentos positivos por medio de los cuales se protegieran y garantizaran los derechos individuales y las libertades públicas esenciales. Así mismo, retornando a las bases sentadas en la Grecia clásica, la democracia se desarrolló a la manera de un sistema participativo en el que los ciudadanos, mediante el voto, obtuvieron el derecho fundamental de elegir a sus gobernantes. Se concibe entonces la democracia como un mecanismo para legitimar la conducta de quienes tomarán las decisiones que regirán a los gobernados.

Sin embargo, la evolución de éste concepto no termina allí. Es así como con posterioridad, la democracia empieza a consolidarse como una herramienta para la efectiva realización de los derechos de las personas. Así, se considera que un Estado es democrático en la medida en que contemple mecanismos para la concreción de los derechos de sus ciudadanos, no sólo en materias como la vida, integridad, libertad, trabajo, salud, educación o vivienda, sino también en cuanto al acceso a la información, a la protección de los débiles, al libre desarrollo de la personalidad, a la asistencia humanitaria de emergencia, entre muchos otros.

Podemos decir, por tanto, que la democracia contemporánea es la manifestación de un conjunto de elementos, que tiene en cuenta no sólo la participación ciudadana en la estructuración del Estado, sino fundamentalmente la protección de los derechos de las personas. Bien decía el historiador alemán Nohlen Dieter que “*La democracia no acaba con la dominación política, pero intenta controlarla mediante la división de los poderes, la vigencia de los derechos humanos y el derecho a la oposición*”³.

Hoy por hoy la gran mayoría de estados en el mundo se dicen democráticos, y estructuran sus formas de gobierno con funda-

² García Pascual, Cristina. Legitimidad democrática y Poder Judicial. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, 1997. 65 p.

³ Nohlen, Dieter. Elecciones y Sistemas electorales. Bonn: RFA, 1984. 110.

mento en principios tales como el reconocimiento de los derechos fundamentales, la primacía de la Constitución, la importancia de la representatividad y del voto, y la limitación e independencia de los poderes estatales, entre los más relevantes.

Con el auge de la globalización, las relaciones interpersonales se han conectado de manera tal que se derriban, día a día y a velocidades asombrosas, barreras geográficas, temporales y culturales, conduciendo a que algunos teóricos del derecho empiecen a elucubrar si existe una “democracia transnacional”, aludiendo a la posibilidad de organizar un “gobierno colectivo o de un compromiso social más amplio entre los ciudadanos”⁴, sin barreras geográficas, culturales, económicas o políticas.

Al respecto sostiene la profesora Iseult Honohan de la Universidad de Dublin, que “[s]e ha dicho que no puede haber democracia transnacional, porque el número de implicados puede diluir la voz de cualquier ciudadano tanto como para hacerla ineficaz por entero. Pero podría decirse, al respecto, que tan sólo hay una diferencia de grado entre la política nacional y la internacional. En cualquier caso, si el objetivo no es tanto discernir una voluntad colectiva como tener en cuenta muchas contribuciones a la deliberación, su número no supone un gran problema; lo que es esencial es un foro público o, más bien, múltiples niveles de espacios públicos en los que los ciudadanos puedan ser oídos”⁵.

En relación con estas recientes tendencias de pensamiento sobre “democracia transnacional” es inevitable el surgimiento de diversas inquietudes: por una parte, se produce un sentimiento de asombro frente a la amplitud que alcanza un concepto jurídico y político tan básico y fundamental, y, por contera, el reto del jurista y del analista político para abordarlo de manera adecuada, pues constituye la esencia misma de su labor; y, por otra, que estas nuevas perspectivas de la democracia, llevan a reflexionar sobre la responsabilidad del juez en un entorno normativo e institucional de más amplio espectro. Con ello se quiere decir que el criterio del juez debe contemplar un marco más comprensivo que el que ha tenido presente hasta ahora, pues, como ya lo vivimos en nuestra práctica judicial, en la actualidad las labores cotidianas del juez deben estar inspiradas no sólo en el ordenamiento jurídico nacional, sino también en principios y normas de carácter transnacional, pues se reconoce, claro está, la vigencia y aplicabilidad de los tratados internacionales, particularmente sobre derechos humanos, en virtud del llamado bloque de constitucionalidad contemplado en nuestra Carta Fundamental de 1991, además de lo cual es frecuente la interacción con instituciones de derecho internacional no sólo en el campo de la creación normativa, sino también en la supervisión de su cumplimiento, o,

incluso, en el juzgamiento por la desatención de los compromisos de esa manera originados.

Se advierte también que el dinamismo de la democracia no sólo se presenta en su evolución histórica, sino también en un interesante proceso de renovación conceptual. Así, se señala, por ejemplo, que la democracia se puede analizar como discurso argumentativo en los estudios y deliberaciones que se realizan al abordar la forma de resolver conflictos a través de la deliberación, el cual propende por un consenso en la protección de los derechos de los individuos. Igualmente, la democracia se puede estudiar bajo la teoría de la elección social, en la que se analiza la forma en la que a través de la participación, mediante el ejercicio del derecho al voto, la voluntad colectiva de los asociados se ve representada en el poder. O, de la misma forma, es posible analizar la democracia desde la óptica de los derechos de los ciudadanos y su necesaria garantía a través de los instrumentos idóneos de protección.

Si bien es claro que el legislador tiene una labor muy importante en la consagración de los derechos y garantías a favor de los ciudadanos, es igualmente evidente que dicho reconocimiento sería letra muerta sin la intervención del juez como intérprete y actor directo en la mediación de las garantías fundamentales de quienes, a diario, acuden en busca de una solución justa, imparcial y conforme a derecho, a sus legítimas aspiraciones.

Podemos ver, entonces, cómo la democracia ha avanzado, no solamente por la dinámica propia del desarrollo de las civilizaciones, sino también por el impulso de la dialéctica que ha enriquecido no sólo su contenido, sino que, a su vez, ha permitido el desarrollo y el perfeccionamiento de otras nociones que se encuentran estrechamente relacionadas con ella.

Se ha dicho recientemente, analizando el tema con fundamento en las enseñanzas de Rawls, que de lo que se trata cuando se debaten temas relacionados con la democracia es de encontrar una estructura normativa universal, que garantice la posibilidad de defender ideas básicas, como los derechos humanos, la libertad, la igualdad o la justicia social, entre las más relevantes, para todas las naciones en su globalidad, partiendo del reconocimiento de que éstas no forman

⁴ Honohan, Iseult. “Enfoques republicanos contemporáneos sobre la democracia y su potencial cosmopolita”. Madrid: Isegoría, revista de filosofía Moral y Política. N°. 33, 2005.169 p.

⁵ Ibídem.

un todo uniforme sino más bien una universalidad diferenciada y distinta⁶.

Evolución del Estado: la tridivisión de poderes como medio para alcanzar la democracia

Como ya lo hemos señalado, la democracia desde sus inicios sirvió para establecer principios sobre estructuración del poder en la sociedad, y, en tal contexto, se presentó la evolución de las llamadas formas de gobierno, en desarrollo de lo cual, junto con el “gobierno

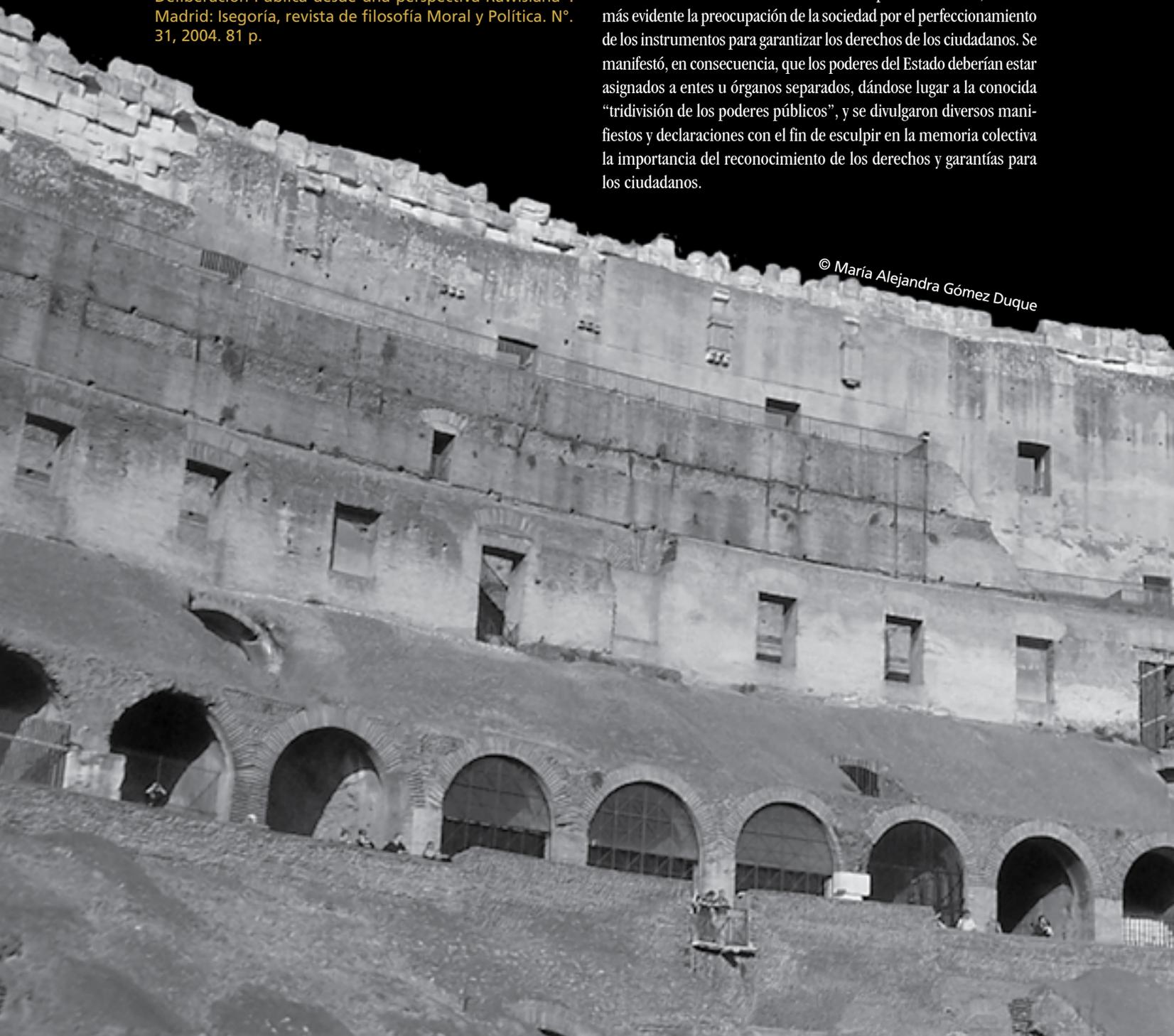
de los más”, como solía referirse Aristóteles al gobierno democrático, se desarrollaron, entre los más relevantes, las formas de gobierno monárquico, aristocrático y parlamentario.

Pero, como bien es sabido, las diversas formas de gobierno se perfeccionaron, en gran parte, en virtud del surgimiento de dos principios básicos: por una parte, la necesidad ineludible de que existieran mecanismos de control del poder y, por otra, la importancia de reconocer y proteger los derechos de los ciudadanos.

Estos dos principios se desarrollaron simultáneamente. Así, en la medida en que se avanzaba en el desarrollo de mecanismos para controlar las diferentes manifestaciones del poder del Estado, se hacía más evidente la preocupación de la sociedad por el perfeccionamiento de los instrumentos para garantizar los derechos de los ciudadanos. Se manifestó, en consecuencia, que los poderes del Estado deberían estar asignados a entes u órganos separados, dándose lugar a la conocida “tridivisión de los poderes públicos”, y se divulgaron diversos manifiestos y declaraciones con el fin de esculpir en la memoria colectiva la importancia del reconocimiento de los derechos y garantías para los ciudadanos.

⁶ González Altable, María del Pilar. “Democracia y Deliberación Pública desde una perspectiva Rawlsiana”. Madrid: Isegoría, revista de filosofía Moral y Política. N.º 31, 2004. 81 p.

© María Alejandra Gómez Duque



Con fundamento en lo anterior, se empieza a advertir la importancia del papel que el juez, expresión unipersonal de uno de los soportes básicos en los que se fundamenta la estructura del Estado, tiene en el cumplimiento y preservación de los dos principios arriba mencionados. El juez, por una parte, en determinadas circunstancias es instrumento de control de los otros actores estatales y, por la otra, se convierte en garante del reconocimiento de lo establecido en las Cartas de derechos.

Y es que si bien es claro que el legislador tiene una labor muy importante en la consagración de los derechos y garantías a favor de los ciudadanos, es igualmente evidente que dicho reconocimiento sería letra muerta sin la intervención del juez como intérprete y actor directo en la mediación de las garantías fundamentales de quienes, a diario, acuden en busca de una solución justa, imparcial y conforme a derecho, a sus legítimas aspiraciones. Por lo tanto, la labor del legislativo necesariamente debe estar complementada por la que a su vez desarrollan los jueces, pues son éstos, quienes al conocer del caso concreto, dan aplicación a las normas dictadas de manera general para todos los ciudadanos, con el propósito de impartir justicia en esa situación particular.

Respecto de la relación existente en la actualidad entre las ramas legislativa y judicial hay dos posturas: por una parte, están aquellos que dudan de la efectividad de someter el criterio del juez a las pautas

impuestas por el legislador en sus normas. Quienes defienden esta posición sostienen que las dificultades que se pueden presentar en la vida contemporánea con el Poder Judicial y las falencias que se advierten en la administración de justicia responden, entre otros factores, a causas de orden formal, afines a las formas o modos en los que se manifiesta en derecho⁷. Este sector de pensamiento se pregunta, incluso, por ejemplo, si el derecho legislado se opone a la justicia o si los códigos representan un obstáculo para la administración de la misma. Al respecto el profesor argentino Roberto Dromi, da una respuesta positiva criticando *“el fenómeno jurídico que surge de la complejidad, la desinformación, la neutralidad, el reglamentarismo y el ritualismo del derecho, [que afectan] directamente la eficacia y eficiencia de toda la administración de justicia”*⁸.

Sin embargo, como lo anticipábamos, esta no es la única posición. Aunque otro sector reconoce que la existencia de un sistema positivo de disposiciones o normas aplicables a todos impone restricciones que conducen en algunos casos a dificultades para administrar justicia en los casos concretos, y, por ende, a la ineficacia del aparato judicial, también es cierto que, como ya lo indicamos, el enfoque contemporáneo sobre la labor del juez, pasando de ser un mero aplicador de las normas a un activo protector de los derechos de los ciudadanos,

⁷ Dromi, Roberto. *Los Jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?* Buenos Aires: Ediciones ciudad argentina, 1992.

⁸ *Ibíd.*



exige de él que analice e interprete los textos positivos no como un conjunto de preceptos rígidos, fríos e impenetrables, sino como la expresión viva de principios y valores de la comunidad en la que él actúa, que ordinariamente están establecidos en las constituciones políticas, para lo cual cuenta con un adecuado margen de maniobra que le permite renovar el contenido positivo de las disposiciones, que, de no ser esto así, se convertirían en reglas inaplicables frente a los vertiginosos cambios que viven las sociedades.

Enmarcada bajo parámetros democráticos, la labor del juez debe asentarse dentro de un marco de independencia en sus funciones y amplitud en el uso de las fuentes, con el fin de concretar de manera eficaz los derechos de quienes se someten a su jurisdicción, sin que sea un obstáculo que los jueces no sean elegidos directamente por el pueblo, pues de lo que se trata es de salvaguardar la autonomía en su labor judicial.

Lo anterior, obviamente, no puede hacer perder la dimensión de las cosas y conducir al desconocimiento de las atribuciones y funciones de los otros órganos estatales (el legislativo y el ejecutivo), pues, incluso, desde el punto de vista histórico, en la evolución de los estados primero debe sentarse una base firme y segura para la consolidación del conglomerado, dando primacía a políticas de unificación de la sociedad, para dar paso luego a un Estado que, con apoyo en un ordenamiento jurídico ya estudiado, permita y facilite la labor de juez.

Pues bien, desde el surgimiento del concepto de Estado de derecho, y sin desconocer los desarrollos que posteriormente se han presentado respecto del mismo y que han dado lugar a las nociones de Estado social de derecho o al Estado constitucional de derecho, en el modelo de organización político jurídica de las sociedades contemporáneas, la existencia de un sistema democrático tiene como supuestos básicos la consagración de cuatro principios⁹:

⁹ González Amuchastegui, Jesús. *Interferencia del poder ejecutivo en el Poder Judicial*. En: curso organizado por el Banco Mundial: Reforma legal y judicial y control de corrupción en América Latina y el Caribe. [en línea] (2002)1p. [consultado el 20.08-08]. Disponible en: <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/108559/interferenciaejecutivo2.pdf>.

1. La separación de los poderes del Estado.
2. El respeto del ordenamiento positivo como expresión de la soberanía popular.
3. El sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, y
4. La garantía judicial efectiva de los derechos y las libertades fundamentales.

Es preciso resaltar, en el marco de este XI Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria, cuyo lema es “La Justicia, soporte de la Democracia”, que la función del juez en el sistema democrático debe llevarse a cabo y desarrollarse de acuerdo con los principios anteriormente reseñados, destacando particularmente la independencia judicial frente a las otras ramas, sin perjuicio de la interacción y colaboración respetuosa y armónica con los restantes estamentos del Estado, y teniendo siempre como mira que el objetivo primordial de su actuación es la efectiva realización de los derechos y las garantías fundamentales en el marco de la Constitución. Decía Nelson Mandela que “si no hay comida cuando se tiene hambre, si no hay medicamentos cuando se está enfermo, si hay ignorancia y no se respetan los derechos elementales de las personas, la democracia es una cáscara vacía, aunque los ciudadanos voten y tengan Parlamento”.

Independencia del juez

Sobre la independencia del Juez ya mucho se ha dicho en este Encuentro. Recuérdese que la Carta Política de 1991, en su artículo 230, confirió a los jueces autonomía en la adopción de sus decisiones con el propósito de que a través de ellas se concretara uno de los pilares básicos de un Estado democrático: la independencia judicial.

Sin embargo, la independencia del juez es un concepto que ha evolucionado mucho desde que importantes pensadores europeos, como Montesquieu, precursor de la Revolución Francesa, reivindicara la autoridad política del juez en dos sentidos: “*independencia frente a los poderes públicos y fuerzas sociales e independencia o sometimiento exclusivo a la ley*”¹⁰.

Y es evidente que el mencionado concepto ha evolucionado, y, en realidad, ha tenido que evolucionar, puesto que a lo largo de la historia ha sido difícil encontrar épocas o sociedades que hayan llegado a una situación de equilibrio entre los poderes del Estado que permita una efectiva independencia del Poder Judicial. Históricamente, en las diferentes organizaciones estatales se ha tratado de combinar dos aspiraciones básicas y elementales: la seguridad de los ciudadanos y la protección a sus derechos, lo que ha dado lugar a situaciones en las que, por las circunstancias de la coyuntura, se le ha dado preemi-

¹⁰ García Pascual, Cristina. *Legitimidad democrática y Poder Judicial*. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, 1997. 65 p.

nencia, en ocasiones al poder ejecutivo y en otras al legislativo, en desmedro, obviamente, de la labor de los jueces.

Así, en la decadencia del régimen absolutista francés del siglo XVIII empezó a tratarse el tema de la independencia judicial, llamada en ese entonces “independencia material” que se concretaba en la exigencia de que el ejecutivo o el monarca carecieran de potestades de intervención en la función judicial¹¹. Sin embargo, la labor del juez se limitó a través de la codificación, obedeciendo ello a un afán de brindar mayor seguridad jurídica a quienes se encontraban sujetos a las disposiciones del legislador, para lo cual se establecieron restricciones a la labor del juez en la resolución de los casos concretos, pues esta debía circunscribirse a la aplicación de la ley positiva.

Sin embargo, como lo sostuvo Recasens Siches, la codificación del derecho debía reformularse bajo los parámetros de una nueva teoría de la interpretación jurídica, toda vez que se contemplaba un derecho “plagado de ambigüedades, contradicciones y vacíos” que no podían ser resueltos a partir de una teoría pura de las normas. Se presenta así el debate sobre la labor interpretativa del juez, asunto alrededor del cual se han formulado diversas teorías a nivel de derecho comparado, llegándose actualmente a concluir que la labor del juez se concreta en lo que han dado en llamar algunos doctrinantes la “individualización jurisdiccional” de las normas positivas. Así, en el derecho contemporáneo la existencia de normas positivas, de códigos, reglamentos o disposiciones administrativas, no debe considerarse como una limitante a la labor del juez. Es claro que la sociedad necesita de seguridad jurídica sobre las reglas de juego aplicables a todos aquellos que se encuentren en idéntica situación. La existencia de normas jurídicas positivas es garantía de la realización del principio de igualdad. Sin embargo, es una realidad que todas las situaciones que se ponen a consideración del juez tienen matices, énfasis, excepciones, en fin, consideraciones particulares, que conducen a que en la interpretación y aplicación de la norma el juez pueda dar la solución más adecuada al caso particular, esto es la solución equitativa, en el sentido más clásico de la expresión.

Respecto de otro aspecto de la independencia, se señala que la democracia exige el respeto de las garantías y, entre ellas, se destaca que la separación de poderes exige el ejercicio de la función judicial sin intromisiones de los otros órganos de poder estatal.

Así, es claro que la independencia judicial, derivada de la separación de poderes estatales, tiene una primera manifestación y esta consiste en que la labor del juez no puede verse interferida por las actuaciones o las omisiones de otros actores estatales. El juez no puede tener relación de dependencia o ser un apéndice de otras ramas que se consideren preeminentes. Y es claro también que la independencia

puede verse limitada no sólo por presiones, agresiones o actuaciones reprochables que tengan el propósito de dificultar o entorpecer su labor, sino también por actuaciones de otros órganos estatales que utilicen sus recursos, presupuestales o de otra índole, para efectos de ganar para sí el favor del juez en sus determinaciones. Como decía en la sesión de ayer el Relator de las Naciones Unidas para la Independencia Judicial, esta, la independencia judicial, se ve afectada no sólo porque se pretenda someter al juez, sino también porque se le pretenda seducir, situaciones ambas igualmente reprochables y nocivas para la preservación de una sociedad democrática.

Por tanto, el principio de la independencia judicial implica que los jueces no han de tener subordinación por una parte, o inadecuada cercanía, por la otra, respecto de las otras dos ramas del poder público, aunque, claro está, al ejercer su importantes funciones debe tenerse presente que existen trascendentes fines del Estado, en cuya realización el juez debe tener una actitud de colaboración con los otros poderes públicos.

A lo largo de la historia ha sido difícil encontrar épocas o sociedades que hayan llegado a una situación de equilibrio entre los poderes del Estado que permita una efectiva independencia del Poder Judicial.

Ahora bien, la independencia del juez debe predicarse no sólo de las otras ramas del poder público, sino también de las indebidas interferencias al interior de la misma Rama Judicial, en la que debe conjugarse adecuadamente el respeto por la autonomía funcional del juez en la adopción de sus decisiones, con el acatamiento a las determinaciones adoptadas por los superiores jerárquicos en los casos establecidos en la ley, así como la necesaria consolidación de una jurisprudencia estable, observada por toda la jurisdicción, que les garantice a los ciudadanos la debida seguridad jurídica.

Así, el juez debe ser libre, autónomo e independiente para elegir las normas jurídicas pertinentes para la solución del caso concreto, determinar su forma de aplicación y establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en ese mismo ordenamiento existe, por regla general, la garantía procesal de la segunda instancia, lo que origina la posibilidad de que el superior funcional pueda revisar la decisión para efectos de confirmarla, modificarla o revocarla, caso en el cual el juez habrá de observar y obedecer lo dispuesto por el superior. A su vez, la autonomía e independencia del juez debe desarrollarse observando igualmente que los ciudadanos

¹¹ **García Pascual, Cristina. Legitimidad democrática y Poder Judicial. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, 1997. 31 p.**



Las funciones del juez han ido evolucionando acompasadamente con la dinámica de una sociedad mucho más compleja, pero también mucho más consciente y comprometida con la democracia, con las instituciones del Estado y con la defensa de los derechos básicos de las personas.

necesitan que los conflictos que guarden similitud deban ser decididos con parámetros homogéneos, aspecto éste en el que el conocimiento de los precedentes de las altas corporaciones resulta protagónico, por la labor de unificación jurisprudencial que éstas realizan, lo cual no impide, obviamente, que en casos excepcionales, el juez pueda y deba separarse del precedente, por las particularidades del caso concreto o por otra circunstancia atendible, lo cual deberá realizar el funcionario con la oportuna y suficiente motivación de su decisión.

Por otra parte, la independencia del juez debe provenir también del propio aislamiento que éste realice en sus fallos frente a cualquier tipo de interferencia de naturaleza ideológica, económica, religiosa, o incluso, proveniente de sus propios afectos o desafectos. Para ello, aparte de las ordinarias medidas que se pueden adoptar a través del instituto de los impedimentos y las recusaciones, que atienden a situaciones de tipo particular, fácilmente verificables, es indispensable que el funcionario, sin que sea posible ni deseable que se separe completamente de la realidad que lo circunda y de lo que ha sido su propia trayectoria vital, evite la nociva influencia de sectores de la sociedad interesados en obtener el favor de sus decisiones o, posiblemente, de manera sutil, la modificación de su criterio para inclinarlo en pro de determinados intereses.

En el escrito titulado “Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judiciales, procedimientos y arreglos institucionales clave”, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y la Fundación Internacional para Sistemas Electorales (IFES), detectan seis (6) tipos de procesos y arreglos institucionales relacionados con el Poder Judicial que se prestan a la interferencia con las decisiones de los jueces o que las impiden.

Dentro de estos tipos de interferencia con la independencia del juez encontramos, en primera instancia, los procesos de nombramiento y selección de los jueces. Y quizás es el primero pues desde el mismo momento de selección del juez se está atentando contra su independencia, dado que en la mayoría de ocasiones los procesos aseguran la disposición de los jueces a ser influenciados por los responsables de su nombramiento.

En los países regidos por el common law, los jueces de los Tribunales inferiores usualmente son seleccionados entre abogados experimentados en el ejercicio de cargos judiciales. Los jueces de los Tribunales superiores son seleccionados por nombramiento o elección pero no por ascenso. En los países supeditados al derecho civil tradicional emplean, en general, el sistema de “carrera judicial” para el nombramiento de jueces de inferior jerarquía. La selección en los niveles más altos se realiza, en general, por nombramiento legislativo o ejecutivo.

El éxito en la escogencia del sistema de elección de jueces que garantice una mayor independencia e imparcialidad depende, en buena parte, de variantes históricas, culturales y del contexto político de cada país en particular.

Sin embargo, el escrito anteriormente referenciado nos brinda unos principios o pautas que ayudan a garantizar la independencia judicial anhelada; estos principios son:

Transparencia: anunciando las vacantes, los nombres de los aspirantes y sus calidades y dividiendo en diferentes órganos, independientes entre sí, el proceso de selección.

Composición de los Consejos de la Judicatura: con participación del público (abogados y profesores) en el Consejo.

La selección por méritos: aunque no hay acuerdo en la materia hay quienes opinan que se debería evaluar no sólo el conocimiento de la ley sino también la integridad profesional, aunque ello sea difícil de efectuar.

Diversidad: el Poder Judicial debe reflejar la diversidad cultural del país.

Otro factor que incide en la independencia del juez radica en la seguridad o en la confianza que tengan los jueces sobre su permanencia en el cargo. Con ello se quiere decir que el juez debe tener la garantía de no ser removido durante el periodo para el que fue electo a excepción de las situaciones que lo ameriten, previa consagración legal y observación del debido proceso. Los jueces que pueden ser destituidos con facilidad o fruto de arbitrariedades, son mucho más vulnerables a presiones internas o externas en la consideración de los casos sometidos a su conocimiento¹².

Para garantizar la estabilidad de los jueces se debe implementar procesos apropiados de ascenso y de manejo de faltas disciplinarias a fin de que no se presenten abusos en estas etapas.

Otro punto a tener en cuenta son los periodos de permanencia. En el escrito que se ha citado se sostiene que la vulnerabilidad de los jueces aumenta en la medida en que se acerca su tiempo de retiro y estos comienzan a pensar en nuevas perspectivas de empleo. Para solucionar este problema se han dado dos tipos de solución, la magistratura vitalicia o la sometida a un periodo fijo. Se recomienda, en general, en estos estudios, que los periodos sean lo suficientemente largos como para reducir la vulnerabilidad de los jueces.

Por último, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y la Fundación Internacional para Sistemas Electorales (IFES), haciendo alusión a la estructura del Poder Judicial, sostienen que hay dos modelos básicos de estructuración del Poder Judicial respecto de los demás poderes del Estado:

¹² “Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judiciales, procedimientos y arreglos institucionales clave”. USAID, IFES. Revista Sistemas Judiciales, una perspectiva integral sobre la administración de justicia. Noviembre 2002.

Un Poder Judicial que sea dependiente de un departamento del Poder Ejecutivo, usualmente el ministerio de justicia, para funciones administrativas y presupuestarias; y

Un Poder Judicial que sea separado e independiente del gobierno y que posea el mismo grado de autogobierno y control presupuestario sobre sus asuntos, como el que ostenta el Poder Ejecutivo.

De esta manera, la forma de elección del juez, su estabilidad en el empleo y la dignidad de su remuneración, son garantías de la independencia judicial.

En particular, la elección de los funcionarios judiciales a través de sistemas de méritos fortalece de manera importante la independencia. Sin embargo, paradójicamente, por esa circunstancia hay quienes sostienen que el juez carece de legitimidad democrática, dado que los mecanismos que se contemplan para su designación no prevén la elección popular para que se seleccionen aquellos que obtengan el favor de las mayorías. No obstante esta singular visión, es claro que la legitimación democrática del juez encuentra su fundamento en la función que éste desarrolla. Esto se debe a que al dar aplicación a los postulados contemplados en la ley, la cual ordinariamente es la manifestación de la voluntad de los ciudadanos y proviene de un órgano elegido por sufragio, se legitima la actuación del juez como actor dentro de un Estado democrático. Algunos autores llaman a esta legitimidad del juez, “legitimidad de ejercicio” o “legitimidad funcional”¹³.

A este respecto es pertinente recordar, justamente, que la actuación del juez no debe estar subordinada por los resultados de los sondeos de opinión o sometida a validaciones por el voto mayoritario. En este aspecto es especialmente crítico aquello de que no necesariamente lo más popular es lo más democrático. El principio democrático se garantiza con la separación de poderes y con la realización de los derechos fundamentales, sin que las decisiones judiciales puedan someterse al vaivén de las encuestas o al dictado de la que se conoce como la opinión pública, muchas veces condicionada por la visión particular que los medios de comunicación han transmitido o han querido construir por intereses, en ocasiones, individuales o particulares.

Ampliación de las fuentes de interpretación del juez

Por otra parte, como ya lo hemos anticipado, las funciones del juez han ido evolucionando acompasadamente con la dinámica de una sociedad mucho más compleja, pero también mucho más consciente y comprometida con la democracia, con las instituciones del Estado y con la defensa de los derechos básicos de las personas.

Se trata, sin duda, sostienen doctrinantes italianos, de un fenómeno ligado a las transformaciones que se observan en las ideas y en las actitudes hacia la justicia, pero que está vinculado también a la nueva relación entre Estado y Sociedad, provocada por la decadencia del tradicional *Laissez-faire* y por el rápido desarrollo del *welfare state*¹⁴.

En la medida en que la democracia sea entendida como un sistema cuyo propósito básico es la mayor efectividad de los derechos de las personas, se le asigna al juez una mayor responsabilidad que lo conduce a utilizar la totalidad de las herramientas que le brinda el ordenamiento jurídico para materializar este propósito democrático en sus fallos.

En este sentido, Pederzoli y Guarnieri señalan que “la evolución que ha conocido la justicia hace cada vez más visible la distancia entre la representación tradicional del « juez como boca de la ley » y las funciones que en realidad desempeña”¹⁵ en el mundo contemporáneo, pues en la actualidad el juez obviamente tiene presente como insumo básico lo que sobre el particular establezca el ordenamiento positivo, interpretado a la luz de los principios y valores constitucionales, pero articula lo que allí se dispone con un amplio catálogo de principios generales, cláusulas abiertas, o mecanismos válvula, como también se les llama, que permiten que el ordenamiento legal se actualice y se acompañe con las exigencias y las necesidades del momento.

De esta manera, vemos la necesidad de que el juez, como lo hemos establecido anteriormente, aunque se encuentre sometido a los parámetros que establece el ordenamiento positivo, al elaborar sus providencias contemple la naturaleza variopinta de la realidad, la diversidad de tonos y de matices que se presentan en los conflictos sociales que llegan a su conocimiento, para efectos de hacer actuar no sólo la norma positiva sino el ordenamiento jurídico todo para lograr la solución más adecuada al caso particular.

Este es producto de una mayor exigencia que le hace la sociedad al juez, requiriéndole un más profundo conocimiento de las diversas fuentes aplicables, así como la aspiración de que tenga un amplio conocimiento sobre las modernas teorías jurídicas en boga en el derecho comparado, donde algunos de estos caminos ya se han recorrido con resultados exitosos.

Así se materializa, entonces, una nueva tendencia en la concepción de las funciones del juez. Como lo señala Perfecto Andrés Ibáñez, Magistrado del Tribunal Supremo español, la labor del funcionario judicial “no es, ni nunca puede ser, puramente declarativa ni agotarse en el mero enunciado de la voluntad del legislador. Al interpretar la ley el juez concurre de hecho a crear el derecho. Mejor dicho, su decisión es una auténtica norma jurídica individual”.

¹³ Delgado del Rincón, Luis Esteban. “Constitución, Poder Judicial y Responsabilidad, Capítulo II. La responsabilidad política y social del Poder Judicial.” Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002. 80 p.

¹⁴ Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patricia. *Los Jueces y la Política. Poder Judicial y democracia.* Madrid: Grupo Santillana de Ediciones, S.A., 1999. 16 p.

¹⁵ *Ibidem.*

De esta manera hemos visto cómo la labor del juez enmarcada bajo parámetros democráticos, debe asentarse dentro de un marco de independencia en sus funciones y amplitud en el uso de las fuentes, con el fin de concretar de manera eficaz los derechos de quienes se someten a su jurisdicción, sin que sea un obstáculo que los jueces no sean elegidos directamente por el pueblo, pues antes bien, se trata, como se ha dicho, de salvaguardar la autonomía en su labor judicial.

Fallos de casación civil y de tutela que desarrollan el concepto de Democracia

Pues bien, tratándose de un encuentro de la jurisdicción ordinaria, algunos podrían considerar paradójica la constante referencia a los principios y valores, a los derechos y garantías fundamentales, a las modernas tendencias de interpretación, toda vez que en algunos sectores de opinión existe una predisposición a considerar más “democrático” al juez que cumple funciones constitucionales que al juez que dirime controversias dentro del campo de funciones asignadas a la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, nada está más alejado de la realidad. El juez ordinario es ciertamente un juez constitucional, en tanto y en cuanto los principios y valores constitucionales deben inspirar la lectura que haga de las restantes fuentes del derecho. Lo que ocurre es que en su labor debe interpretar y aplicar el ordenamiento positivo, pero, el gran paso que se ha dado, es que lo lee en clave constitucional y lo aplica teniendo el cuidado suficiente de que con su actuación no se vayan a vulnerar derechos y garantías fundamentales.

Dentro de ese contexto, quisiera en esta parte final de mi intervención traer a colación algunos fallos recientes dictados por la Sala de Casación Civil del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, en los que se patentiza su actuación como un juez independiente y democrático, en tanto con ellos se ha buscado interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico con criterios renovados, con un amplio catálogo de fuentes, y la clara intención de garantizar a los ciudadanos el disfrute de los derechos básicos reconocidos por la Carta Fundamental.

Así, por ejemplo, en el año 1994, la Sala, recordando que la institución del abuso del derecho encuentra sus raíces en los primeros sistemas jurídicos, destacó que en la actualidad su consagración y aplicación en el derecho colombiano debe realizarse dentro de un marco amplio de pautas dadas por la propia Constitución Política, con el propósito de que las conductas que desconozcan dichos lineamientos sean oportunamente corregidas, incluso aplicando factores de imputación de responsabilidad de naturaleza objetiva. En efecto, en sentencia del 19 de octubre de 1994, la Sala de Casación Civil de la Corte señaló que “*nada hay de insensato en entender, guardando consonancia con directrices básicas, que los tribunales sabrán en cada caso hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de los actos abusivos en los términos de notable amplitud en que la consagran preceptos como el tantas veces citado art. 830 del Código de Comercio, tomando en consideración que esa ilicitud originada*

En la medida en que la democracia sea entendida como un sistema cuyo propósito básico es la mayor efectividad de los derechos de las personas, al juez se le asigna una mayor responsabilidad que lo conduce a usar todas las herramientas que le brinda el ordenamiento jurídico.

*por el ‘abuso’ puede manifestarse de manera subjetiva –cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder– o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo”. En la mencionada providencia, la Corporación, además, censuró las prácticas abusivas de aquellos empresarios que prevaliéndose de la posición dominante que pueden ostentar en la contratación masiva, terminan imponiéndole a su contraparte cargas excesivas, con las correlativas ventajas para aquellos, con lo que se desnaturaliza la estructura contractual y se altera su función económica y social. Dijo la Corte en aquella oportunidad que ejemplo de dicha situación “*lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”.**

Así mismo, en sentencia del 2 de febrero de 2001, la Corte analizó el régimen aplicable en el derecho nacional a las cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias, para concluir que se encuentran proscritas en el ordenamiento patrio, pues contradicen el principio de buena fe e introducen inconvenientes desequilibrios en los contratos celebrados por adhesión, desnaturalizando su contenido y función.

En otra oportunidad, la Corporación, teniendo en cuenta la íntima conexión existente entre el derecho de toda persona a establecer su verdadero estado civil, con el reconocimiento del derecho fundamental a que se establezca su identidad personal, reflejo directo del respeto de su dignidad como ser humano, en Sentencia del 24 de noviembre de 1999, respecto del derecho a probar en los procesos de impugnación e investigación de la paternidad o maternidad, sostuvo que “...



© Proyecto ONU "Click por los barrios"

La Sala de Casación Civil reconoció que la unión marital de hecho no sólo es una fuente de relaciones familiares y de pareja con pleno reconocimiento constitucional y legal, sino que con ella surge un verdadero estado civil, con todas las consecuencias que de allí se desprenden.



De antaño, la Corte entendió que el juez, antes que ciego y sumiso servidor de la ley era un adalid del Derecho y, desde luego, de la justicia, razón por la cual no vaciló en echar mano de aquellos principios que lo informan y nutren, con miras a captar el Derecho en el más humano y social de sus aspectos y hacer de la justicia algo realmente tangible y evidente.

El proceso civil, desde la perspectiva del legislador patrio, no se concibe como un contencioso que se limita simple y formalmente a rodear de garantías una disputa privada de las partes, en el que, por tanto, la decisión judicial está librada a las mayores o menores habilidades de los litigantes, sino que obedece a caros y arraigados principios como los de la cooperación procesal, la adquisición de la prueba, el compromiso de los jueces con la verdad jurídica objetiva y el ejercicio responsable de la jurisdicción”. Se resaltó, asimismo, que frente a la renuencia de la parte que debe contribuir para se practique la prueba científica en los procesos de filiación prevalecen los derechos del menor, atendiendo los parámetros constitucionales al respecto. Así, se dispuso que “Resulta, pues, incontestable, que los comportamientos evasivos de los litigantes, aquellos que directa o indirectamente entran en la recolección de tales pruebas, las estratagemas o expedientes empleados por uno de ellos para frustrar el derecho a la prueba de su contendiente –cabalmente entendido– y, en general, las conductas asumidas con el propósito de trunca la pesquisa jurídico judicial, constituyen posturas que la Constitución y la ley, por potísimas y granadas razones, no toleran de ninguna manera, en cuanto se entienden violatorias de los principios, valores y garantías ya señalados, y que, cuando se ven escoltadas de una actitud de algún modo pasiva del juzgador, acaso con un dejo de cierta tolerancia, pueden dar lugar a un vicio de actividad procesal, susceptible de provocar, se anticipa, la invalidación del proceso”.

Por otra parte y en relación con las diferentes vicisitudes que se presentan en las relaciones entre productores o expendedores de bienes o servicios, por una parte, y los consumidores, por el otro, la Sala de Casación Civil, siguiendo la línea trazada en sentencia del 3 de mayo de 2005, en fallo del 7 de febrero de 2007 dictado en un asunto de responsabilidad civil del fabricante y al amparo de diversos principios constitucionales, sostuvo que en la actualidad “... puede afirmarse que la tutela efectiva de los intereses de los consumidores y usuarios, habida cuenta de la posición de inferioridad o debilidad que

ordinariamente ocupan en el tráfico mercantil y la asimetría que caracteriza sus relaciones jurídico-económicas con los distribuidores o fabricantes¹⁶, no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial¹⁷, puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante, como quiera que éste es quien ha gestionado, controlado o dirigido el diseño y elaboración del producto, entre otros aspectos, así como ha determinado ponerlo en circulación o introducirlo en el mercado, adquiriendo, por contera, un compromiso en torno de la calidad e idoneidad del mismo, por lo que, desde luego, no puede resultar ajeno o indiferente a sus eventuales defectos o anomalías, ni a los peligros o riesgos que estos pudieran generar, como tampoco a las secuelas de orden patrimonial que llegaren a afectar a su destinatario final –consumidores o usuarios– o a terceros...”

Y en otro aspecto de la vida diaria de los ciudadanos, cómo no hacer referencia a los avances que la jurisprudencia civil ha impulsado en el reconocimiento de las nuevas formas de familia, en particular de la que surge de la decisión responsable de los compañeros permanentes de hacer vida en común de manera permanente y singular. Además de la copiosa e importante jurisprudencia vertida alrededor de la Ley 54 de 1990, como por ejemplo la sentencia del 28 de octubre de 2005 que reconoció la retrospectividad de la ley 54 de 1990 a uniones establecidas con anterioridad a su expedición, en auto reciente, fechado el día 18 de junio de 2008, la Sala de Casación Civil, por decisión adoptada sin discrepancias, reconoció que la unión marital de hecho no sólo es una fuente de relaciones familiares y de pareja con pleno reconocimiento constitucional y legal, sino que interpretó sistemáticamente el ordenamiento vigente, dictado entre la Ley 54 de 1990 y la ley 1060 de 2006, que reputa, esta última, como hijo de los cónyuges o compañeros permanentes al que es concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho o al que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes a la celebración de aquél o a la declaración de ésta, y tuvo en cuenta, asimismo, las innovaciones en relación con las formas para constituir la unión marital (leyes 640 2001 y 979 de 2005), para concluir que ese conjunto de disposiciones legales reconoce evidentemente que de la unión marital de hecho surge un verdadero estado civil, con todas las consecuencias que de allí se desprenden. Señaló la Corporación “que así como el matrimonio origina el estado civil de casado, la unión marital de hecho también genera el de ‘compañero o compañera permanente’, porque, como se advirtió, la Ley 54 de 1990 no se limita a definir el fenómeno natural en cuestión ni a

¹⁶ Cfr. sentencia de 3 de mayo de 2005, exp. 04421-01, no publicada aún oficialmente.

¹⁷ cfr. sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01, no publicada aún oficialmente.

señalar sus elementos, sino que precisa el objeto de la definición, al nominar como compañeros permanentes, 'para todos los efectos civiles', al hombre y a la mujer que deciden en forma voluntaria y responsable conformarla".

Por otra parte, en armonía con las tendencias internacionales que ven al derecho de daños como el derecho de los damnificados a reclamar la reparación integral del perjuicio que se les ha causado injustamente, la Corporación ha delineado criterios en materia de resarcimiento de daños en los que, sin desconocer el derecho del presunto responsable a su defensa y el principio de la igualdad de las partes en el proceso, ha facilitado la reclamación de las víctimas, aplicando con rigor el deber del juzgador de decretar pruebas de oficio para establecer el monto o cuantía de los perjuicios, y reclamando la aplicación de criterios de equidad, cuando acreditado el daño no existen elementos suficientes para determinar su cuantía, como lo hizo la corporación en fallo de 5 de octubre de 2004, al establecer que la indemnización del lucro cesante de los deudos de una persona fallecida en un accidente aéreo y que percibía un ingreso irregular por ser trabajador independiente, podía determinarse acudiendo a parámetros de equidad.

De igual manera, en sentencia del 13 de mayo de 2008, la Sala, en aplicación del principio constitucional de solidaridad y buscando la protección a las personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, con apoyo en antigua jurisprudencia que había reconocido la posibilidad de indemnizar el llamado daño a la persona, estimó viable en nuestro ordenamiento el reconocimiento del *"denominado daño a la vida de relación, (...) que se traduce en afectaciones que inciden en forma negativa sobre (la) vida exterior (de una persona), concretamente, alrededor de su '... actividad social no patrimonial ...'"*, indicando que *"aunque se trata de agravios que recaen sobre intereses, bienes o derechos que por su naturaleza extrapatrimonial o inmaterial resultan inasibles e incommensurables, en todo caso, ello no impide que, como medida de satisfacción, el ordenamiento jurídico permita el reconocimiento de una determinada cantidad de dinero, a través del llamado arbitrium iudicis, encaminada, desde luego, más que a obtener una reparación económica exacta, a mitigar, paliar o atenuar, en la medida de lo posible, las secuelas y padecimientos que afectan a la víctima"*.

Finalmente, es pertinente mencionar que en oportunidad reciente la trascendencia de los principios generales en la labor del intérprete y del juez fue destacada por la Corte, como un reflejo de la ampliación del catálogo de fuentes a que hicimos referencia anteriormente. Así, la Sala de Casación Civil, en sentencia del 16 de agosto de 2007, destacó la importancia que tienen los principios generales en el derecho contemporáneo y su aplicación como parte esencial del ordenamiento jurídico, todo ello a propósito de la aplicación de la conocida máxima *error communis facit jus*. Dijo en esa oportunidad la Sala lo siguiente: *"No se niega que para un férreo y riguroso positivismo jurídico, los principios, al contener fórmulas vagas, supuestos fácticos indeter-*

minados, reseñas de ambiciones ético-políticas del ordenamiento y promesas no realizables por el momento, generarían vacío jurídico y contaminación de las 'verdaderas' normas jurídicas. Sin embargo, es incontrastable que la codificación, que presupone erigir la ley como el centro de gravedad del sistema jurídico, no puede concebirse como la enunciación acabada y exclusiva del Derecho, mucho menos de cara a los complejos y variantes fenómenos sociales actuales. La formulación de normas jurídicas en códigos no puede entenderse, como otrora se afirmara, como una obra ultimada, hermética y autosuficiente, entre otras cosas, porque es innegable que el juez, al desarrollar la labor hermenéutica que es de su resorte concurre en la creación del Derecho".

"Empero, superada como se encuentra hoy esa visión excluyente y rígida del ordenamiento, es patente que los principios generales son consustanciales a los ordenamientos jurídicos, particularmente a los de los Estados constitucionales contemporáneos, en los cuales se conciben las reglas legales y consuetudinarias como una de las 'caras' del derecho que necesariamente los jueces deben concordar con la otra cara, la de los principios y valores constitucionales, muy a pesar de que la certeza y absoluta previsibilidad de las decisiones judiciales sufran alguna mengua. En ese orden de ideas, la relación entre legislación y jurisprudencia deja de ser inevitablemente jerárquica, como en su momento lo adujera el Estado de Derecho legislativo y deviene como una relación de cooperación en la creación jurídica (...)".

"Desde esa perspectiva, es tangible que no puede circunscribirse la función que en el ordenamiento desempeñan los principios únicamente a la integrativa, vale decir, a su vocación de colmar los vacíos del ordenamiento, hipótesis en la cual sólo obrarían a falta de regla aplicable al caso, cuando lo cierto es que junto con ese cometido desarrollan otros dos igualmente relevantes o, quizás más: el creativo, que determina su aptitud para elaborar, modificar y derogar el derecho, y el interpretativo, que repara en su idoneidad para la comprensión, realización y acatamiento del mismo. La función de los principios, pues, va mucho más allá que, simplemente, la de generar normas en ausencia de reglas legales o consuetudinarias específicas, habida cuenta que, como viene de señalarse, ellos permiten salvar los problemas de indeterminación que aquéllas acusen o paliar los efectos nocivos que se desgajarían cuando entran en contradicción con los principios que las inspiran o con otros de justicia material que informan el ordenamiento. Inclusive, hoy no se discute que en toda decisión judicial se reproduce, en alguna medida, el proceso de creación del derecho y que en la actividad hermenéutica del juez hay, necesariamente, una conformación valorativa de la norma jurídica interpretada (...)".

"Además, reducir los principios generales del derecho a normas supletorias es cuestión que encierra una insalvable objeción, ya que equivale a asignarle a las normas de mayor abstracción, una función puramente accesoria de otras cuya densidad es mucho

menor. Así mismo, como los principios no imponen una determinada consecuencia respecto de un supuesto fáctico, sino una “toma de posición” frente a circunstancias concretas de la vida, poseen una razón de ser autónoma ante la realidad, la cual, al ponerse en contacto con ellos, se vivifica y adquiere cualidades jurídicas propias, es decir, que no se presenta como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de las reglas (...).”

“Y en verdad que de antaño entendió esta Corporación que el juez, antes que ciego y sumiso servidor de la ley era un adalid del Derecho y, desde luego, de la justicia, razón por la cual no vaciló en echar mano de aquellos principios que lo informan y nutren, con miras a captar el Derecho en el más humano y social de sus aspectos y hacer de la justicia algo realmente tangible y evidente. Gracias a esa labor ‘pretoriana’ de la Corte, múltiples instituciones jurídicas se vivificaron o adquirieron un nuevo y trascendental sentido. Surgieron así, reglas sobre el abuso del derecho, las actividades peligrosas, la posesión material, la imprevisión, la buena fe, el error común, la corrección monetaria, entre muchas otras, que evidencian con claridad un indeclinable compromiso de esta Sala con los fines esenciales del ordenamiento jurídico”.

Como se puede observar de este apretado recuento de providencias de la Sala de Casación Civil, dictadas en los últimos quince años, allí está presente la labor de un juez democrático, en el mejor y más puro de los sentidos, como lo son, sin lugar a dudas, la generalidad de los jueces y magistrados de la República.

Y lo anterior sin destacar la labor que en la jurisdicción ordinaria cumplimos a diario como jueces de tutela, resolviendo los problemas cotidianos del ciudadano y en muchas oportunidades enmendando las deficiencias en la actuación de otros órganos del Estado. Al respecto, resulta conveniente señalar que, tan sólo en el año 2007, la Sala de Casación Civil profirió 1.060 sentencias de tutela en primera instancia y 3.082 fallos actuando como juez constitucional de segunda instancia. En lo corrido de éste año, el consolidado a mes de julio nos da un total de 637 fallos de tutela en primera instancia y 1.627 fallos por impugnación de sentencias de tutela.

Con fundamento en todo lo anterior, es dable destacar que la labor del juez en la consolidación y la preservación de la democracia se da no solamente por la que pueda éste realizar como limitación y control a las actuaciones de otras ramas, sino, principalmente, por la labor que cotidianamente cumplimos los jueces de la República en la garantía y protección de los derechos de los ciudadanos, aspecto éste fundamental en el concepto del moderno “Estado democrático”.

Culminaré estas breves reflexiones recordando una historia narrada por el premio nobel de literatura José Saramago, quien aludía a lo ocurrido con un campesino que habitaba una aldea rural cerca de Florencia hace más de 400 años, y que un día cualquiera tocó incesantemente las campanas del pueblo, frente a lo cual acudieron ante la iglesia todos los vecinos del lugar para indagar por quién

había fallecido, pues ese era motivo natural de aquél llamado. Dicho campesino les explicó las vicisitudes que había tenido en el proceso de reclamación de sus tierras por la expropiación que había sufrido de un terrateniente del lugar, y les informó que el aparato de justicia no le había defendido adecuadamente en sus derechos, razón por la cual tocaba las campanas por la muerte de la justicia.

Concluye Saramago el relato titulado Desde la justicia a la democracia a través de las campanas señalando lo siguiente: *“Supongo haber sido ésta la única vez que, en cualquier parte del mundo, una campana, una campanuda de bronce inerte, después de tanto doblar por la muerte de seres humanos, haya llorado la muerte de la justicia. Nunca más volvió a oírse aquel fúnebre doble de la aldea de Florencia, pero la Justicia continuó y continúa muriendo cada día. Ahora mismo, en este instante, en que les estoy hablando, lejos o aquí al lado, en la puerta de nuestra casa, alguien la está matando. Cada vez que muere, es como si al final nunca hubiese existido para aquéllos que en ella confiaran, para aquellos que de ella esperaban lo que de la justicia todos tenemos derecho a esperar: justicia, simplemente justicia. No la que se envuelve en túnicas de teatro y nos confunde con flores de vana retórica jurídica, no la que permitió que le vendasen los ojos y enviciaran las pesa de la balanza, no la de la espada que siempre corta más para un lado que para el otro, sino una justicia pedestre, una justicia cotidiana compañera de los hombres, una justicia para quien lo justo sería el más exacto y riguroso sinónimo de lo ético, una justicia que llegase a ser tan indispensable a la felicidad del espíritu como es el alimento indispensable para la vida del cuerpo. Sin duda una justicia ejercida por los tribunales, siempre que eso lo determinase la ley, pero también y principalmente, una justicia que fuese la emanación espontánea de la propia sociedad en acción, una justicia en que se manifestase como un ineludible imperativo moral, el respeto por el derecho a ser que a cada ser humano le cabe”.*

Evitar que la justicia muera y que, por esa tragedia, en algún lugar de Colombia un ciudadano cualquiera toque las campanas porque no hemos cumplido oportunamente con nuestra misión, es, ni más ni menos, el reto que tenemos por delante.

Evitar que la justicia muera y que, por esa tragedia, en algún lugar de Colombia un ciudadano cualquiera toque las campanas porque no hemos cumplido oportunamente con nuestra misión, es, ni más ni menos, el reto que tenemos.



El rol del juez en el mundo globalizado*



JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
MAGISTRADO DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL*

“Los ciudadanos de la aldea global buscan angustiosamente respuestas sobre su futuro”

Me propongo discurrir sobre el futuro del juez en el mundo globalizado. Nos inquieta el papel del juez en el seno del mundo globalizado. Nos preocupa el futuro del juez, pero sobre todo, nos agobia pensar en la sociedad globalizada, la nuestra, la colombiana, y ello nos motiva a reflexionar en el quehacer de una jurisdicción consciente de su responsabilidad y de las necesidades de justicia de aquella comunidad en la que despliega su actividad. Por eso vamos a compartir aquí unas breves meditaciones en torno de dicha situación.

En primer término, se intentará una aproximación al concepto de globalización, para luego plantear el conflicto en el que se encuentra el Estado colombiano para desarrollar su modelo político de Estado social en el horizonte de libertad económica que plantea la globalización, y llegar luego al planteamiento del rol del juez frente a ese, para nosotros nuevo, horizonte constitucional.

1. La globalización y el “Consenso de Washington”

Hablar de globalización supone remontarse a junio de 1989 cuando al derribarse el muro de Berlín, símbolo de la lucha de dos modelos

* Ponencia presentada por el autor en el *XI Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria*, realizado en la ciudad de Cartagena de Indias los días 4 y 5 de septiembre de 2008.





políticos y económicos¹, en función de un mundo unipolar a partir del triunfo del capitalismo, se dio inicio al espacio de la “planetización”, o de la “globalización”; con unos parámetros únicos y precisos, dictados por el llamado “Consenso de Washington” que fue como se le llamó al paradigma económico dominante, consensuado entre el Departamento del Tesoro norteamericano, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y varias organizaciones y centros de reflexión y análisis económico de esa capital². El término de “Consenso de Washington” fue dado por el economista John Williamson” al conjunto de diez directrices formuladas para lograr la verdadera reforma económica alrededor del mundo de los negocios, entre las cuales se encuentran las siguientes, y que buscan básicamente la flexibilización de las economías nacionales de manera que se conviertan en entornos apetecibles para los inversionistas transnacionales:

Los jueces laborales tienen que seguir enarbolando la bandera de la equidad en la relación laboral, para que prevalezca la protección de los más desprotegidos en la continua lucha por el reconocimiento de los derechos conquistados.

- Flexibilización de las economías: reglas de seguridad jurídica que garanticen inmunidad a los capitales extranjeros frente a los avatares y controles domésticos.
- Reducción del tamaño de los Estados, que tienen que salir de la competencia en oferta de bienes y servicios, la cual debe ser fundamentalmente entregada a los inversionistas privados.
- Imposición de disciplina fiscal, lo que equivale a reducir la brecha entre egresos e ingresos, que a su vez implica Estados más pequeños, con menos servicios a su cargo, esto es, gastando menos, invirtiendo menos, reduciendo el influjo de su poder circulante, para dejar que esa influencia se traslade a los inversionistas privados.
- Priorización del gasto público, con especial énfasis en grandes obras de infraestructura, en las cuales se permita la competencia de inversionistas extranjeros

¹ No obstante que Ortega y Gasset en *La Revolución de las Masas*, publicada a principios del Siglo XX ya lo había planteado, lo mismo que MARSHALL MACLUHAN, que fue quien acuñó el término de “aldea global”.

² Explica TORO Hardy Alfredo, en *Hegemonía e Imperio*, Villegas Editores, Bogotá 2007, Página 231.

- Desregulación del sector financiero
- Reformas impositivas
- Liberalización del comercio
- La flexibilización de las relaciones laborales
- La modernización de los aparatos de justicia

2. Del cumplimiento de las directrices. La evidencia de la dicotomía

Del cumplimiento de todas y cada una de las directrices del Consenso de Washington en nuestro país no cabe la menor duda, pero nos vamos a ocupar de las que de manera más certera se acercan a la función de los jueces, arriesgándonos a una aproximación sobre las consecuencias de su implantación frente al modelo político colombiano, en todo caso distante del modelo globalizador.

2.1. La reducción del tamaño de los Estados, privatizando los servicios estatales

La privatización de los servicios que habían estado a cargo del Estado supone una descarga de sus responsabilidades en beneficio del sector privado que, ahora ve en ellos una posibilidad de negocio. La privatización de bancos, de empresas industriales y comerciales, son algunos de los efectos logrados con esta medida.

El ex ministro de Salud, Juan Luis Londoño, sostuvo en esta dinámica de raciocinio que³:

“la política social es la política de dar oportunidades a la gente para que manifieste sus capacidades, por lo tanto, no hay que hacer un esfuerzo explícito. La salud, la educación, la vivienda, el agua potable, son negocios como cualquier otro y hay que procurar las condiciones para que esos negocios se puedan realizar; no vale la pena hacer un esfuerzo propiamente de Estado, el Estado, por el contrario, debería retirarse.”

Y de paso, la educación, la salud, la seguridad social y otras prestaciones más que debieran ser servicios públicos, pagados por los asociados y administrados por los particulares.

2.1.1. Y entre tanto, el Estado social y democrático de derecho, ¿qué?

Sabemos que cuando nos declaramos como un Estado social y democrático de derecho, estamos comprometidos con la organización social empeñada o aplicada en lograr la satisfacción de los derechos

³ Como lo reseña Castaño Zapata, Ricardo Alberto en “Del socialismo al neoliberalismo”. Editorial Universidad de Caldas, Manizales, junio de 2000, página 126.



© Germán Gómez Rojas

económicos sociales y culturales de la mayor cantidad posible de gentes, sin descuidar, claro está, los derechos individuales.

El Estado liberal, que surge como consecuencia de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, que buscan construir el horizonte de manera secular, esto es, desprovisto de dogmas preconcebidos, y sólo fundamentado en el descubrimiento del hombre como autofin en sí mismo, sitúa las libertades en el centro de su punto de mira, de manera que justificaba su existencia en la garantía de aquellas, protegiendo al hombre del gran poder del Estado, de un Estado pequeño que esperaba que las leyes de la oferta y la demanda por sí solas regularan las necesidades sociales.

El Estado liberal asignaba derechos sin mención, por cuanto propiciaba la igualdad formal, y protegía los derechos básicamente no afectándolos y legislando para su reconocimiento, y no participaba en la producción de bienes y servicios por cuanto se consideraba que la adversaria de los derechos burgueses clásicos era la expansión estatal.

Las condiciones de desigualdad, de exclusión y de miseria generadas por el Estado liberal hicieron necesario el reconocimiento y garantía de los derechos que suponían más que mera igualdad formal, esto es, aquellos que significaban igualdad material dentro de un contexto del mínimo existencial a cargo del Estado. Ese era el Estado social, el

mismo al que nuestra nación colombiana se adscribió con la Constitución de 1991, que impone una lógica distinta a la de la igualdad formal preconizada por la revolución francesa, vinculada ahora con la igualdad material y la equidad a partir de la protección de los más débiles de la relación social.

Por eso el Estado social sí requiere un gran tamaño, porque él directamente se compromete con la producción de bienes y servicios necesarios para la igualación de los más desfavorecidos, un Estado que intenta distribuir bienes jurídicos de contenido material, superando los meramente formales del Estado liberal; un Estado gestor, a cuyas condiciones tendrían que someterse todos los intercambios, las leyes del mercado y todas las relaciones, con el punto de mira en la promoción de la dignidad y la equidad. Esto, porque en el Estado social se parte de reconocer que lo único que puede asegurar la justicia de los valores sociales frente a la injusticia de las leyes del mercado es la acción del Estado que realiza su tarea en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional.

Ha sido sintetizado el espectro del Estado social por parte de la Corte Constitucional cuando señala⁴:

⁴ Sentencia T-406 de 1992.



© Juan Felipe Colorado • 13 años de edad

“1. Lo primero que debe ser advertido es que el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.

Los jueces penales seguimos construyendo la confianza en la administración de justicia a partir de generar la certidumbre de que la pena no es sólo para los pobres, para los de ruana.

2. La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence) y lo

segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.

a. El Estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).

b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores—derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio

del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”⁵.

2.1.2. La dicotomía entre el Estado social y democrático de derecho y el mundo globalizado

Mientras que los jueces tenemos el reconocimiento constitucional del Estado social y democrático de derecho y la obligación jurídica y política de su desarrollo, nos enfrentamos a la lógica de la realidad del mundo globalizado, del que además participa también nuestro Estado, en la medida que cumple los principios del Consenso de Washington. Cuando empequeñecemos el Estado, cuando privatizamos, cuando le entregamos la administración de los servicios públicos a los particulares, pero seguimos teniendo una Constitución que nos impone todo lo contrario, tenemos que reconocer, por lo menos, que estamos en un mundo incoherente; sobre lo que volveremos adelante.

Aquel Estado social que pretendía convertirse en gestor para garantizar los derechos económicos sociales y culturales de los más desfavorecidos, ha debido olvidarse de lo social y reducirse para entregar todo lo que pueda ser comerciable a los intereses de los comerciantes, que vienen con su capital buscando qué comerciar.

2.2. La flexibilización de las relaciones laborales

Se buscaba con esa medida que los grandes inversionistas transnacionales pasaran buscando por los distintos países globalizados cuál era el que más oportunidades de inversión ofrecía, esto es, en cuál de los países del tercer mundo resulta más barata la transformación de la materia prima, del que se pueda volver a salir sin dejar allí las ganancias. Para eso era necesario que se “flexibilizara la relación laboral”, que se facilitaran los procedimientos de enganche y desenganche de trabajadores, esto es, que se modificaran las pesadas cargas que los patronos debían sufragar, a quienes, por el contrario, solo se podía profesar gratitud y solidaridad por dar oportunidad laboral a los desesperanzados de por aquí.

2.1. El cumplimiento que nuestro Estado hizo de esta tarea del Consenso de Washington fue evidente. La Ley 50 de 1991 que “flexibilizó” la relación laboral, y de paso le quitó estabilidad a los trabajadores, la reforma a la seguridad social, la modificación de las formas de contratación de personal, además de la Ley 789 de 2002, permitieron que los trabajadores cada día fueran siendo menos, en la medida en que se convirtieron en extrabajadores, ahora contratistas independientes, que ya no tienen los derechos que todo trabajador tiene, como vacaciones, cesantías, primas, estabilidad, y además sufragar de su contrato su aporte a salud y a pensión, la retención en la fuente, y varios impuestos más. Cuando es que no pertenecen a una de las famosas “Cooperativas de Trabajo

Asociado”, que se constituyeron en la principal trampa de los derechos laborales para ventaja de los empleadores, los mismos de antes, pero que ahora tienen a los mismos trabajadores, a precios más bajos y con menores costos y más ganancias. Lo preocupante de la famosa PILA (Planilla Única de Liquidación de Aportes), no es que no haya cómo pagarla, sino que sirve para evidenciar cómo el Estado logró que los trabajadores perdieran tal condición, en función de la flexibilización del empleo, necesaria para el adecuado desarrollo económico.

El juez ciego, representado por una justicia vendada, ignorante e indiferente, ahora, en el marco del Estado social es reemplazado por la presencia de un juez consciente, protagonista, deliberante y protector. Aquel presupuesto según el cual el juez solo aplica la ley, de manera ciega, ha sido superado, es cosa de la historia

Mientras que el Estado reconoce el derecho a un salario mínimo, vital y móvil, mientras menciona el derecho al trabajo en condiciones de igualdad, mientras ve en la relación laboral, objeto de protección a partir de concebir al trabajo como el principal espacio de realización personal y social, el mundo globalizado desprecia la estabilidad y los derechos de los trabajadores, en la competencia por la obra de mano más barata, sin que importe nada más.

2.3. La liberalización del comercio y la modernización de la justicia

Dentro de la reflexión del mundo globalizado tal vez estas dos estrategias irán juntas, en la medida en que las dos suponen menor intervención del Estado. Un comercio libre será aquel que se desarrolle sin mayores controles, y una justicia moderna, seguramente, más ágil y más dispuesta a las dinámicas comerciales, en todo caso más confiable, para lo cual había que diseñar mecanismos y procedimientos para que el patrimonio de los inversionistas no estuviera en riesgo, que pasaban por sustraer de la jurisdicción ordinaria una gran cantidad de procesos, de litigantes que huyen de su campo de acción y, por supuesto, del uso del derecho penal en protección, ante todo, de los inversionistas.

3. La globalización y la jurisdicción nacional

Nuestra organización política justifica su existencia en la generación de un espacio económico, político y social justo para todos, de acuerdo con lo que se pregona en el preámbulo de nuestra Constitución,

⁵ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.

que por medio de la exaltación de la dignidad, programa atender las carencias de los desposeídos, de manera que se pueda desarrollar el mínimo existencial en términos de justicia social.

La individualidad hallada como el centro de la modernidad, debió ceder ante la socialidad propia del mundo del Estado social; y esa es justamente la clave que nuestra Carta Magna otorga a los administradores de justicia para poder precisar qué es exactamente lo que se debe dispensar para poder realizar la anhelada justicia material.

El papel del Estado frente a la realidad globalizadora cambia espantosamente. Mientras que el individuo ha sido reemplazado por el desarrollo económico, como punto de mira, la política ha sido desplazada por el mercado como máxima instancia de regulación social, vaciándola de contenido frente a decisiones tomadas en otras partes, en organismos multilaterales, de cara a los cuales el Estado nación, poco puede decir. Esto porque la política de mercado global no reconoce límites de espacio ni de tiempo, estrecha las fronteras jurídicas y burocráticas entre las naciones, inmuniza los capitales financieros a la fiscalización gubernamental, distribuye ganancias en varios países, y en general, reduce la sociedad a un conjunto de grupos y mercados unidos en red, frente a los cuales se diluye la capacidad del Estado.

Como decía Thoreau, “lo deseable no es cultivar el respeto por ley, sino por la justicia”, lo que nos conduce a afirmar que los jueces somos, ante todo, agentes de la justicia, no de la ley.

El papel del Estado ha sido modificado, reducido, puesto que sus principios de soberanía y territorialidad, equilibrio de los poderes, distinción entre lo público y lo privado y la concepción del derecho como un sistema lógico formal se ven insuficientes, anacrónicos, frente a las nuevas formas de poder.

Y si el Estado cambia de rol, también varía el de sus agentes, entre ellos el del juez, cuyo campo de actividad inicialmente fue pensado para el control del poder del soberano, de manera que pudiera ser el garante de los derechos individuales; pero posteriormente se vio comprometido con expectativas compensatorias y distributivas; pero se enfrenta ahora al reto de la globalización. La disolución de las fronteras y la velocidad de la comunicación vienen logrando que los conflictos se resuelvan en instancias externas al Poder Judicial, que poco a poco se va quedando sin poder, en tanto que a nivel local ha venido siendo desplazado por las formas extra-procesales de definición de los conflictos, y a nivel internacional han surgido instancias

supranacionales que también se encargan de lo mismo, como la Organización Internacional del Comercio, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, los arbitrajes internacionales, para solo mencionar los más importantes; todo lo cual hace que los generadores de riqueza huyan de las administraciones de justicia que en todo caso no se ajustan a las necesidades del mercado, tanto por el tiempo en el que deciden, como por la legislación que aplican, y por eso van por el mundo buscando donde se les ofrece los mejores espacios de flexibilidad para poder multiplicar su inversión, o buscando crear las reglas que más les convenga⁶.

En ese contexto de competencia global, los Estados tuvieron que “flexibilizar” sus reglas internas, de manera que pudieran ser provocativas, apetecibles las condiciones de los mecanismos de producción internos, y eso suponía, ante todo, confianza inversionista y ampliación de lo que se puede comerciar.

Nos acercamos al convencimiento de que el aumento de la “confianza inversionista” se logra gracias a la agonía, o por lo menos a la reducción de la administración de justicia, que pudiera administrar y asignar derechos, del reconocimiento de prerrogativas contenidas en las constituciones políticas. Todo parece indicar que la confianza inversionista se obtiene, entre otras cosas, seguramente, quedando fuera del alcance de las administraciones de justicia nacionales.

Al Estado social lo representamos como una burbuja que flota en el océano de la globalización, una burbuja que cada vez se restringe más porque el aire se acaba, se esfuma en función de su objeto de interés, una burbuja con una densidad social distinta a la densidad externa cuyo oxígeno del desarrollo económico ahoga a los pobres; porque mientras que el Estado social se preocupa de la dignidad, de la persona, el océano, el mundo de afuera, se esfuerza por privilegiar el desarrollo económico, en quitar de su camino cualquier cosa que termine siendo su obstáculo.

La economía de mercado inevitablemente lleva a la explotación del ser humano, a la polarización de la riqueza social y la enajenación del sujeto. Que esto no es economía⁷, “o sea la satisfacción de las necesidades humanas a través de la transformación de la naturaleza, sino lo que Aristóteles caracterizó como ‘crematística’: la perversión de la economía—de un subsistema al servicio de la sociedad (polis)—en una maquinaria para obtener ganancias a costa de las mayorías”.

Colombia, un país de desplazados, de emigrantes, de subempleados, de miserables, en donde hay que secuestrar un avión para acceder a la asistencia social, o tomarse una sede de una intermediaria privada de pensiones para que se reconozca un derecho pensional,

⁶ Afirma FARIA, José Eduardo, en “La globalización y el futuro de la justicia”.

⁷ Están de acuerdo PETERS, CHOMSKY y otros, según señalan DIETERICH, DUSEL, y otros, en “Fin del capitalismo global el nuevo proyecto histórico” Editorial Ciencias Sociales, ciudad de México, 1999, página VI.



© July David David • 17 años de edad

y de esta manera el problema, no resuelto por el Estado, se traslada al derecho penal.

Los ejes de las reformas a la justicia comportan el desmonte del constitucionalismo social, la apertura de la administración de justicia a criterios de eficiencia del mercado y el énfasis en el rol de la justicia como facilitadora del mercado⁸. Y, además, más derecho penal y más

castigo. Mientras se flexibiliza el derecho civil, el derecho comercial y el derecho laboral, el derecho penal se endurece, como expresa Faria:

“Con la globalización, los “excluidos” del sistema económico pierden progresivamente las condiciones materiales para ejercer sus derechos fundamentales, pero no por eso están dispensados de las obligaciones y deberes establecidos por la legislación. Con sus prescripciones normativas, el Estado los integra en el sistema jurídico básicamente en sus

⁸ Como lo analizan RODRÍGUEZ Garavito César y UPRIMNY Rodrigo, en “¿justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia”, publicado en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*.

Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2006, páginas 109 y siguientes.



© Julián David Asprilla • 16 años de edad

vertientes marginales, esto es, como deudores, invasores, reos, transgresores de toda clase, condenados, etc. Ante la ampliación de la desigualdad, las bolsas de miseria, la criminalidad y la propensión a la desobediencia colectiva, caben así al Estado —y dentro de él, al Poder Judicial— funciones eminentemente punitivo—represivas. Para eso, viene cambiando el concepto de intervención mínima y última del derecho penal, volviéndose cada vez más simbolista, promocional, intervencionista y preventivo, mediante la difusión del miedo entre su clientela (los excluidos) y el énfasis en una pretendida garantía de seguridad y tranquilidad social. Mientras que en el ámbito del derecho económico y laboral se vive hoy un período de reflujo y ‘flexibilización’, en el derecho penal se da una situación inversa: una veloz e intensa definición de nuevos tipos penales; una creciente jurisdiccionalización y criminalización de variadas actividades en innumerables sectores de la vida social; el debilitamiento de los principios de legalidad y de tipicidad, por medio del recurso a normas con ‘contextura’ abierta; la ampliación del rigor de las penas ya establecidas y de la severidad de las sanciones; la aplicación casi sin restricciones de la pena de prisión; y el aligeramiento de las fases de investigación criminal e instrucción procesal”.

3.1. La judicatura colombiana frente a este panorama

Hay que tener bien claro cuál es el sentido de la administración de justicia al interior del Estado social y democrático de derecho que nos correspondió vivir, que se orienta tanto por normas de orden internacional como de un esquema interno producto de la textura constitucional.

Frente al escenario internacional tenemos señales claras sobre la independencia que tiene que caracterizar la actividad de la administración de justicia, presupuesto de su imparcialidad. Es así como en los “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura⁹” se tiene como una de sus consideraciones “que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra concretamente el principio de la igualdad ante la ley, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y el ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley”.

⁹ Aprobados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/46 de 13 de diciembre de 1985,

Y dentro de estos principios se encuentran los siguientes:

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.
2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.
3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.
4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley” (destacado no original).

Y nuestra Carta Política no se detiene al reconocer también la independencia de la judicatura cuando en su artículo 228 señala que “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial... Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

A su turno, también la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, señala dentro de sus principios los de autonomía e independencia. Así el artículo 5º prescribe:

“Autonomía e independencia de la Rama Judicial. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.”

Frente a esta norma, la Corte Constitucional precisó el alcance de los conceptos de independencia e autonomía, por medio de la sentencia C-037 de 1996, en los siguientes términos:

“La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma Rama Judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales. En este punto resulta de importancia anotar que el hecho de que alguna

otra rama del poder público participe en la designación de algunos funcionarios judiciales —como es el caso del Senado y del presidente de la República en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional— o que colabore en el buen funcionamiento de la administración de justicia —mediante el concurso económico, logístico o material— no significa, ni puede significar, que se le otorgue facultad para someter la voluntad y la libre autonomía del juez para adoptar sus decisiones. En igual sentido, debe decirse que la independencia se predica también, como lo reconoce la disposición que se estudia, respecto de los superiores jerárquicos dentro de la Rama Judicial. La autonomía del juez es, entonces, absoluta. Por ello la Carta Política dispone en el artículo 228 que las decisiones de la administración de justicia ‘son independientes’, principio que se reitera en el artículo 230 superior cuando se establece que ‘Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley’, donde el término ‘ley’, al entenderse en su sentido general, comprende en primer lugar a la Constitución Política (Destacado por fuera del texto original).

Los jueces somos los responsables de la justicia, no de la justicia de los procesos ni de las barandas, somos los administradores de la justicia, los dispensadores de justicia, y, como tales, tenemos que ser conscientes de nuestra misión y de nuestra responsabilidad; de modo que los niveles de eficacia de la administración de justicia puedan evaluarse, no en número de sentencias, ni de autos, ni de presos, sino en su contribución a la reducción de los niveles de exclusión y de miseria en que vive nuestro pueblo.

Por su parte, la imparcialidad se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial. El logro de estos cometidos

requiere que tanto los jueces como los demás profesionales del derecho se comprometan en los ideales y el valor de la justicia, para lo cual no basta el simple conocimiento de la ley y del procedimiento, sino que es indispensable el demostrar en todas las actuaciones judiciales los valores de la rectitud, la honestidad y la moralidad¹⁰.

El papel del Estado ha sido modificado, reducido, puesto que sus principios de soberanía y territorialidad, equilibrio de los poderes, distinción entre lo público y lo privado y la concepción del derecho como un sistema lógico formal se ven insuficientes, anacrónicos, frente a las nuevas formas de poder.

Y en ese contexto de independencia y autonomía, corresponde ahora ver cuál es el sentido de la actividad de la administración de justicia en el contexto del Estado social y democrático de derecho; lo cual es regulado por el artículo 1º de la misma Ley 270 de 1996 el que no deja sombra de duda del compromiso social del mismo:

“Administración de justicia. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia nacional”.

Ahora bien, venimos planteando la actividad de la administración de justicia del Estado social y democrático de derecho en conflicto con la perspectiva del mundo globalizado, por lo que debemos precisar exactamente con qué herramientas puede enfrentar el juez colombiano esta tarea que le encomienda el artículo 1º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, primordialmente de hacer efectivos los derechos, con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia nacional.

Y es obvio que si el poder legislativo camina con sus leyes hacia la facilitación del desarrollo económico en desprecio de la garantía de los derechos de todos los asociados, de la dignidad y de la equidad, presupuestos indiscutibles de la convivencia social y de la concordia nacional, la rama jurisdiccional tiene el compromiso de dejar ver su poder en función del cumplimiento de la tarea de garantía de derechos, tal como se lo ordena la ley estatutaria.

¹⁰ Sobre la vigencia de este principio, dentro de los postulados de la Carta Política de 1991, Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-540 del 24 de noviembre de 1993. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Nuestra democracia se enfrenta a un enorme reto respecto a la legitimidad institucional y la gobernabilidad, teniendo como base un conflicto económico de incalculables proporciones, que se acompaña también de un proceso de devaluación normativa y de desgaste de las instituciones parlamentarias¹¹, lo cual, de paso debe reconocerse, no es una situación que se desarrolla solo en nuestro país sino que se palpa en nuestro entorno latinoamericano, que busca soluciones en medio de un ambiente de reformas que implican nuevas constituciones con catálogos más amplios de derechos.

Y frente a la incapacidad del Estado y la ineficacia o desinterés por el desarrollo de la función pública en procura de la generación del espacio económico, político y social justo para todos, pregonado en el preámbulo de la Carta, la expectativa constitucional y legal impone a los jueces colombianos la obligación de desarrollar el Estado social desde los fallos judiciales, ordenando la redefinición de políticas públicas cuando no ordenando su implementación, en fin, controlando el ejercicio del poder de los diferentes ámbitos frente a la realización de los cometidos estatales; como se reconoce al papel de los órganos de justicia en las democracias contemporáneas.

El juez de nuestro Estado social, con independencia y autonomía, está comprometido con la justicia material. Como decía Thoreau, “lo deseable no es cultivar el respeto por ley, sino por la justicia”, lo que nos conduce a afirmar que los jueces somos ante todo agentes de la justicia, no de la ley.

Ya el juez tiene, en el Estado social, una función diferente frente a la ley; su fuente del derecho no es solo la ley, sino que está compuesta por una serie de elementos que amplían su marco de intervención, incluso contra ley.

La Corte Constitucional, desde su sentencia T-406 de 1992, con ponencia del jurista Ciro Angarita Barón, lo señaló:

“3. Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí

¹¹ Como lo menciona CORTÉS GONZÁLEZ Juan Carlos en Convivencia y conflicto en el Estado constitucional colombiano, judicialización de la política o politización de la justicia.



© Juan David Ruda Giraldo • 12 años de edad

la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho.

“4. La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema —planteado ya por Aristóteles— de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación

entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica.

5. Es justamente aquí, en esta relación entre justicia y seguridad jurídica, en donde se encuentra el salto cualitativo ya mencionado: El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el Estado intervencionista se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley.”

Siendo el juez independiente no podría estar atado a un mandato legal que resulte contrario al constitucional del desarrollo del Estado social a partir de la dignidad y de la equidad, por lo que urge determinar cuáles serían sus fuentes de derecho, en el entendido de que su sometimiento meramente a la ley, como queda visto, está superado.



© Santiago Vélez • 20 años de edad

Ya no es solamente el legislador quien hace el derecho, también en su creación participa la Rama Judicial, de acuerdo con lo que se ha expuesto y como lo proclamó la Corte Suprema de Justicia¹²:

“... el juez ya no es ‘la boca de la ley’ a la manera de Montesquieu en el Estado Liberal de Derecho, sino el ‘cerebro y la conciencia del Derecho’ a través de la jurisprudencia de principios en el Estado constitucional de derecho, que le permite ser legislador positivo al modular o condicionar la validez de la ley, y legislador negativo, a la manera de Gargarella, al poder excluir del firmamento del derecho una ley inválida, como aquella que no se rigió en su trámite de creación por el mandato constitucional o que desconoce el capital axial superior, a través de los controles directo o difuso de constitucionalidad, éste último que, a partir de la Constitución de 1991, puede ejercer cualquier juez de la República por aspectos formales o de procedimiento y materiales”.

De suerte que el juez ciego, representado por una justicia vendada, ignorante e indiferente, ahora, en el marco del Estado social es

reemplazado por la presencia de un juez consciente, protagonista, deliberante y protector, que tiene en su horizonte funcional la seguridad, la confirmación, si se quiere, del ejercicio real de los derechos de todos los justiciables. Aquel presupuesto según el cual el juez solo aplica la ley, de manera ciega, ha sido superado, es cosa de la historia.

“El texto de la ley no es, por sí mismo, susceptible de aplicarse mecánicamente a todos los casos, y ello justifica la necesidad de que el juez lo interprete y aplique, integrándolo y dándole coherencia, de tal forma que se pueda realizar la igualdad en su sentido constitucional más completo. A este respecto, la Corte Constitucional ha resaltado que el ordenamiento jurídico, y dentro de tal la ley, tanto en sentido material como en sentido formal, requieren de la actividad del juez para darle sentido al ordenamiento jurídico¹³.”

Es a partir de esa sujeción del juez a la Constitución y, en consecuencia, de su papel de garante de los derechos fundamentales, como el de justicia, que se legitima la jurisdicción, así, como la independencia del juez de los demás poderes. En una democracia como la colombiana los valores humanos del juez son garantía de confianza para la sociedad y por ella misma debe responder con decoro, ser permanentemente estudioso y actuar como un verdadero líder en su

¹² Auto de la Sala de Casación Penal, segunda instancia calendarado el 28 de octubre de 2005 dentro del radicado 17089, ratificado luego en auto de 11 de julio de 2007, dentro del radicado 26945.

¹³ Corte Constitucional Sentencia C-386 de 2001.

comunidad, entregarse por entero a la verdad del derecho y, así, en estricto servidor de la justicia.

En ese escenario, la consideración de fuente normativa se amplió y desde el concepto de bloque de constitucionalidad se integraron a ella desde la preceptiva de que, de acuerdo con lo mandado por el artículo 4º Superior, la Constitución es norma de normas, por lo que su comprensión no se limita a las normas que el texto superior incorpora, sino que se extiende a los principios y valores que, aunque explícitamente no están escritos en ella, informan su comprensión e interpretación.

Además de las normas constitucionales de remisión, que están básicamente recogidas en:

- El Artículo 5º declara: “El Estado reconoce sin discriminación alguna los derechos inherentes a la persona humana”.
- El artículo 53 en cuyo inciso 4o, se determina que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”.
- También en el artículo 93, que contiene una hermenéutica general, según la cual “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.
- Por su parte, el artículo 94 se encarga de los derechos innominados, de suerte que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”; entre los cuales resulta oportuno recordar toda la carga normatividad relacionada con el derecho internacional humanitario.
- A su turno, el artículo 214 limita la suspensión de los derechos en los estados de excepción y sienta las bases del principio de proporcionalidad.

Está identificada pues la amenaza que el mundo globalizado hace al Estado social. Está claro que el juez es independiente y autónomo y, como tal, tiene en el bloque de constitucionalidad una caja de herramientas de incalculable utilidad y que tiene la obligación de usar todo lo que tenga a su alcance para cumplir el papel que la Ley Estatutaria le atribuyó, se insiste, que no es otra cosa que “hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.”

Y como encargada de hacer valer los derechos y libertades, obligaciones y garantías, con el objetivo de realizar la concordia y mantener la convivencia, la sentencia del juez del Estado social y democrático de derecho, antes que reconocer ganadores y perdedores, debe ser reparadora, por cuanto su obligación de recomponer el tejido social

surge del citado artículo primero de la Ley Estatutaria, por lo cual se espera que el juez, antes que nada, se entrometa en el conflicto que subyace en el fondo del litigio.

Y es obvio que esa ampliación del espectro de actividad del juez pueda no ser del gusto de las otras ramas, incluso resulta consecuente que los interesados en el desarrollo económico se muestren inconformes con el actuar de la justicia. Por eso frente a los aires reformistas tendientes a recortar las alas de la justicia, hay que estar vigilantes para que no se retroceda en el compromiso de la generación del espacio de justicia social que ordena la Carta.

Por eso los jueces laborales tienen que seguir enarbolando la bandera de la equidad en la relación laboral, para que prevalezca la protección de los más desprotegidos en la continua lucha por el reconocimiento de los derechos conquistados a costo de tanta sangre, sudor y lágrimas.

Y los jueces civiles tienen que seguir conscientes de que la jurisdicción ordinaria no es solamente para la protección de los inversionistas y prestamistas, y que la propiedad tiene unos límites frente a las expectativas de vivienda digna, de salud y educación de los más desvalidos; si se quiere mediante la sustitución racional de los paradigmas sobre los cuales se construyó el derecho de la autonomía de la voluntad y la propiedad privada por el principio de solidaridad social que destaca la Carta.

Por nuestra parte, los jueces penales seguimos construyendo la confianza en la administración de justicia a partir de generar la certidumbre de que la pena no es sólo para los pobres, para los de ruana, y que continuamos en la senda de la construcción de una justicia apropiada para el Estado social de derecho que intenta desarrollarse en Colombia.

Los que crean que el problema de la globalización es propio de los sindicalistas, de los economistas, de los revoltosos, de los insensatos, pueden empezar a pensar que la Administración de Justicia está seriamente cuestionada y amenazada por este fenómeno, que separa al juez de su posibilidad protectora y equilibradora, y lo coloca, precisamente, a garantizar la seguridad inversionista y la seguridad del mercado.

En todo caso, mientras sigamos teniendo una Constitución Política que declara su fidelidad al Estado social y democrático de derecho, tiene que alcanzar el oxígeno de la burbuja de la justicia social para lograr inundar de reivindicaciones a los excluidos, a los que esperan protección, equilibrio, y equidad.

Y no debemos olvidar que los jueces somos los responsables de la justicia, no de la justicia de los procesos ni de las barandas, somos los administradores de la justicia, los dispensadores de justicia, y, como tales, tenemos que ser conscientes de nuestra misión y de nuestra responsabilidad; de modo que los niveles de eficacia de la administración de justicia puedan evaluarse, no en número de sentencias, ni de autos, ni de presos, sino en su contribución a la reducción de los niveles de exclusión y de miseria en que vive nuestro pueblo.

Víctimas y testigos en los conflictos armados



FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ
PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. Introducción

El tratamiento que se da hoy a las víctimas y testigos de los conflictos armados, tanto en el derecho internacional como en el derecho interno actual, es, si se quiere, inherente a las tendencias jurídicas imperantes en el siglo XXI, pero tiene, indudablemente, sus orígenes en la mitad del siglo XX y, de cierta manera, en preocupaciones existentes en el siglo XIX.

En efecto, si bien Dinant había advertido desde la Batalla de Solferino que el derecho de la guerra tenía muy poco en cuenta a los combatientes heridos o dados de baja, para nada se ocupaba de los parientes, en su condición de integrantes de la sociedad civil. La creación de la Cruz Roja Internacional, intentó corregir esa situación pero la orientación sólo se impuso luego de finalizadas las dos conflagraciones mundiales que al planeta le tocó vivir en el corto espacio de veinte años.

Fue a partir de la creación de la fracasada Sociedad de Naciones (SDN), primero, y la implementación de la estructura de vocación universal de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, después, cuando esa saludable tendencia se aclimató, con la expedición de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y, luego, con la firma de los Acuerdos de Ginebra de 1949 y su actualización, recogida en los Protocolos I y II de Ginebra de 1977, referente a los conflictos armados internacionales e internos. Desde entonces, el mundo conoció una nueva visión de los conflictos armados, que comenzaron a ser examinados con perspectiva humanitaria, antes que política o técnica.

Tales acontecimientos generaron, paralelamente, un cambio en la orientación del derecho internacional clásico, que identificaba exclusivamente a los Estados como sujetos jus internacionales, pero que ya, por excepción, incluía a los individuos, como ocurrió con los criminales de guerra nazis y nipones, a los que procesó en los Tribunales de Nuremberg y de Tokio. De esa manera se castigaba a delincuentes de alta peligrosidad de acuerdo con el derecho penal de la época, pero al mismo tiempo se tomaba como principal motivación a las víctimas, a las que se había tratado incluso con mayor saña y crueldad que a los soldados a quienes se enfrentaban en el fragor de los combates.

La concepción de sujeto de derecho internacional dejaba de ser exclusiva del Estado y se imponían criterios como los planteados en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, según la cual sujeto de derecho internacional era aquel que cometía un delito internacional, como los penalizados en la Segunda Guerra Mundial, pero también quien tenía un derecho y podía hacerlo valer internacionalmente, como le sucedía a las entonces naciendo empresas transnacionales y, en ese sentido, se asociaban criterios de derecho penal con el derecho privado.

Sin embargo, la corriente humanitaria que refrescaba la doctrina del derecho penal no hizo sentir inmediatamente sus efectos en América Latina, en cuyo ámbito no se habían librado las guerras mundiales, y en las que, por la época, proliferaban las dictaduras militares.

Fue sólo a partir de los años ochenta, una vez que los Organismos Internacionales convirtieron los principios emergentes de justicia



© Milton Díaz Guillermo

en obligaciones concretas, cuando el hemisferio se percató de ellos y cuando, gracias al giro conceptual del derecho penal, comienza a tomarse en cuenta a las víctimas y los testigos.

Es por eso que ahora, más recientemente, Latinoamérica viene desarrollando procesos de justicia transicional con base en estándares internacionales, en la que los criterios de las víctimas y los testigos se sujetan a principios semejantes que no omiten las peculiaridades de cada país, habida cuenta del contexto en el que los hechos se dan y del momento en que la investigación comenzó a desenvolverse.

2. Los cambios de la subjetividad internacional

El derecho internacional tradicional tuvo siempre como sujeto de derecho al Estado. En ese marco, cuando el nacional de determinado Estado cometía delitos en otro, y escapaba al alcance de su sistema de administración de justicia, correspondía a este atender la reclamación que el otro le hacía, dando lugar a un proceso de extradición, que demandaba la necesaria firma de un tratado bilateral. Durante mucho tiempo, el problema de la determinación de los sujetos internacionales dependió de esta concepción.

Posteriormente, con el modelo de la Teoría Pura del Derecho, que Kelsen quiso aplicar también al ámbito internacional, surgieron las teorías de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

El concepto de víctima cambió drásticamente. Víctimas ya no son sólo los combatientes, sino los individuos que no participaban en las hostilidades, residentes en zonas geográficas cercanas a donde se libra la batalla. Víctima es, además del individuo afectado, muerto o herido, la familia

Para el jurista austríaco las personas jurídicas, al igual que las personas naturales, son sujetos de determinado orden jurídico, en la medida de su titularidad de derechos y obligaciones y su actuación se ejecuta a través de individuos que actúan como representantes del Estado. Fue en ese ámbito, donde Eustathiades y Wengler, formularon la llamada “teoría de la responsabilidad”, según la cual un sujeto de derecho internacional, para ser calificado como tal, requiere de una de dos condiciones: a). Ser titular de un derecho y hacerlo valer mediante reclamación internacional, o b). Ser titular de un deber y tener la capacidad de cometer un delito internacional.

Esta teoría fue reformulada y red denominada como del “destinatario directo y efectivo”, y parte de la base de que tanto la teoría kelseniana como la planteada al interior de la academia, son incapaces de explicar el problema de la determinación de los sujetos. En ese orden de ideas, es sujeto de derecho internacional todo aquel cuya conducta prevé directa y efectivamente el derecho internacional como contenido de un derecho o de una obligación.

El derecho internacional humanitario aceptó que el criterio de distinción entre combatientes y no combatientes había perdido toda su vigencia, dado el elevado número de bajas civiles que se producían en las refriegas. En consecuencia, la sociedad civil tiene derecho a la protección y el disfrute de inmunidad frente a los ataques de ambos bandos.

Las preocupaciones acerca de la subjetividad internacional que la doctrina manejaba trascendieron a los Tribunales Internacionales y es así como la Corte de La Haya dijo en uno de sus fallos: “Los sujetos de derecho en un sistema jurídico no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad” (Dictamen sobre reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas de 1949).

Todo esto significaba que la rápida evolución del derecho internacional hacía impostergable el hecho de recoger conceptos hasta entonces inmovibles, entre los cuales se contaba, por supuesto, el de la subjetividad internacional.

Así las cosas, se atribuyó a los individuos y personas jurídicas, a los pueblos, los grupos alzados en armas, o los sujetos vinculados a la actividad religiosa o asistencial, entre otros, un status internacional indiscutible. En esa vía las personas naturales, en su condición de víctimas, recibían el reconocimiento, que ya transitoriamente, se les había otorgado como beneficiarios de los procesos de guerra con que finalizó la Segunda Guerra Mundial.

3. Evolución del concepto de víctimas y testigos

Todo conflicto armado ocasiona innumerables víctimas, ya sea en la condición de individuos heridos o dados de baja. En el derecho internacional tradicional se consideraba no sólo que las víctimas

eran las que participaban directamente en el conflicto armado, sino además que ellas mismas eran testigos preferentes en las distintas conflagraciones. De esa manera, se calificaba a las víctimas en los primeros modelos de tribunales internacionales conocidos, como el de la Sociedad de Naciones (SDN).

La creación de la Organización de las Naciones Unidas, en 1945, hizo generar expectativas frente a los pavorosos efectos que la guerra produjo. El proceso de paz se generalizaría en todo el planeta. Empero, no fue así y, en su defecto, comenzaron a radicalizarse las posturas que representaban las ideologías de los triunfadores de la guerra, los Estados Unidos y la Unión Soviética, como paradigmas del capitalismo y el comunismo, respectivamente. Esa situación dio lugar a lo que se conoció como “Guerra Fría” en la que las dos superpotencias militares rivalizaban en el terreno de las armas indirectamente a través de sus aliados menores. Fue así como se desarrollaron las guerras de Corea en los años cincuenta y de Vietnam en los sesenta.

Todo ello supuso un desarrollo extraordinario del armamentismo y, especialmente, de las llamadas armas de exterminio masivo, que a partir de la bomba atómica empleada en la Segunda Guerra Mundial, alcanzaron niveles de refinamiento extraordinarios. Por supuesto, los conceptos tradicionales del derecho de la guerra como la declaratoria o el teatro de operaciones, desaparecieron para siempre y, en ese sentido, las armas empleadas en los conflictos armados comenzaron a afectar vastas extensiones de territorio y por tanto directamente a la sociedad civil que no participaba en el conflicto.

Fue allí donde el concepto de víctima cambió drásticamente, en una doble perspectiva. En primer lugar, porque víctimas ya no eran solo los combatientes, sino los individuos que no participaban en las hostilidades, residentes en zonas geográficas cercanas a donde se libraba la batalla y, en segundo lugar, porque bajo el imperativo de los nuevos criterios del derecho penal, gobernado por el “principio de humanidad”, la víctima no era ya únicamente el individuo afectado (muerto o herido) sino sus familiares.

El derecho internacional humanitario aceptó entonces que el criterio de distinción entre combatientes y no combatientes había perdido toda su vigencia, dado el elevado número de bajas civiles que se producían en las refriegas, y en consecuencia que la sociedad civil tenía derecho a la protección y el disfrute de inmunidad frente a los ataques de ambos bandos. Además, el concepto de guerra había perdido entonces el acento caballeresco que lo caracterizaba desde la época del imperio romano, y las situaciones de guerra cambiaron de tal manera en el sentido contrario que para la protección de ciertos sitios privilegiados se usaban minas antipersonales y otros recursos innobles. En desarrollo de ese proceso, se tomaba a los civiles como víctimas de agresiones, convirtiéndose ellos mismos en objetivos militares en acciones como la toma de rehenes, saqueos, desplazamientos forzados, violaciones, prohibición del acceso al agua y a la alimentación, ataques a hospitales o supermercados, y demás expresiones de la llamada “guerra sucia” que entrañaban la máxima degradación del conflicto armado.



© Fernando Manuel Torres

De esa forma, la definición de víctima, planteada originalmente en los Acuerdos de Ginebra de 1949, se fue tornando, dada su natural dinámica, en un concepto de elaboración práctica, debido al diverso desarrollo de los conflictos armados que con frecuencia incluían no sólo componentes políticos y territoriales sino odios ancestrales.

En ese sentido, se dio la necesidad de determinar, en cada conflicto, la condición de las víctimas y, por ende, la inclusión en una lista de aquellas personas que pudieran resultar eventualmente afectadas por el conflicto armado.

Por su parte, la noción de testigos que inicialmente se confundía con el rol de la propia víctima tuvo, necesariamente, que modificarse. En un principio, a los testigos sólo se les tenía en cuenta como elemento probatorio dentro del proceso judicial. Luego, debido a las amenazas de las que podían ser objeto, se les fue dando un tratamiento distinto, dictándose en favor de ellos una serie de medidas de protección que intentaban salvaguardar su integridad física y su propia vida. Así ocurrió en países como Colombia y el Perú, donde la influencia perversa

del narcotráfico y del terrorismo hacía necesaria la implementación de medidas, muchas de ellas criticadas por estimarse violatorias del debido proceso, como el caso de la reserva de identidad de los testigos. Fue en nuestro país, frente a los llamados “jueces sin rostro” y la protección de la identidad personal, que la Corte Constitucional censuró esa práctica en sentencia de abril del año 2000.

En esa ocasión, la Corte, al hacer referencia a la reserva de identidad de que debe gozar los testigos, declaró tal medida de protección como inconstitucional, por violar de forma protuberante y ostensible la garantía constitucional del debido proceso, porque desconocía el principio de contradicción de la prueba al recortarse el derecho a la tacha de testigos, cuando existen motivos para dudar de su imparcialidad.

En contra de tal criterio, pudiera argüirse que lo que en definitiva importa es el testimonio y no quién es el testigo, y agregarse que, conocida la declaración, existe la posibilidad de un contra interrogatorio posterior a dicho testigo. Sin embargo, tal argumentación es falaz, a la luz de las normas constitucionales y de los principios elementales

del derecho probatorio porque las condiciones personales del testigo pueden ser materia de debate dentro del proceso de contradicción. De la misma forma, pueden serlo la relación personal del testigo con el sindicado, con las autoridades o con quienes pudieren resultar afectados o beneficiados con dicha declaración. Sin embargo, la Corte Constitucional reconoce en dicha sentencia que una de las funciones de la Fiscalía General de la Nación es la protección de los testigos.

La noción de testigo, que inicialmente se confundía con el rol de la propia víctima, tuvo que modificarse. En un principio, a los testigos sólo se les tenía en cuenta como elemento probatorio dentro del proceso judicial. Luego, debido a las amenazas de las que podían ser objeto, se les fue dando un tratamiento distinto de protección.

4. Víctimas, testigos y estándares internacionales

La Organización de las Naciones Unidas comenzó a preocuparse por el derecho penal que hasta entonces atravesaba una etapa de desarrollo embrionario. Fue así como se expidieron en distintas asambleas generales de la organización internacional la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder” (Resolución 40/34 de la Asamblea General de la ONU), la “aplicación de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder” (Resolución 1989/57 y Resolución 1990/72 del Consejo Económico y Social de la ONU).

Pero, es a partir de 1991 cuando comienzan materializarse los principios generales o estándares internacionales de Lucha contra la Impunidad, comenzando con las directrices planteadas por el experto francés Louis Joinet, a quien encargara la Comisión de Derechos Humanos de la ONU dicha tarea y quien habló de los principios de verdad, justicia y reparación. Esos principios fueron posteriormente complementados en su texto por otro experto, el holandés Van Boven. Sin embargo, fue sólo hasta el año de 2005 cuando dichos principios, que ya obligaban a todos los Estados con normas de soft law o derecho emergente, fueron acogidos definitivamente por la propia ONU en dos documentos distintos pero articulados. El primero denominado “Principios internacionales de lucha contra la impunidad” (Resolución 2005/811 de 2005 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU) y, el segundo, llamado “Principios internacionales sobre derechos de las víctimas a obtener reparaciones” (Resolución 60/147 de 2005).

El derecho a la justicia lo prevé el Protocolo II de Ginebra de 1977 a nivel universal, y, en el ámbito regional, la Declaración Americana de Derechos Humanos y las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se focaliza en la lucha contra la impunidad y consiste en que toda víctima debe tener la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso equitativo y efectivo.

En ese orden de ideas, el Estado respectivo tiene la obligación de investigar, capturar, enjuiciar y condenar a los responsables de la violación de los derechos humanos. El principio se relaciona íntimamente con el debido proceso, cuyo cumplimiento se impone a los responsables de adelantarlo en beneficio de los afectados. Es en este momento donde se produce la participación activa de las víctimas y los testigos, y la natural tensión entre la debida protección que requieren para conocer la verdad, así como la posibilidad del acusado de controvertir sus afirmaciones.

El derecho a la verdad supone que las víctimas tienen el beneficio imprescriptible de conocer la verdad acerca de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el suceso y, en caso de fallecimiento, el derecho a saber la suerte que corrió el afectado.

El derecho a la verdad tiene también una dimensión objetiva destinada a preservar del olvido la memoria colectiva de un pueblo. Es decir, este derecho se reconoce como una forma de reconstrucción de la historia en tanto que expresa en su narrativa la modalidad del sistema jurídico de determinada sociedad en un momento histórico concreto. Este aspecto es el que entraña la garantía de no repetición en el futuro de los hechos objeto de reproche.

El derecho a la reparación requiere tanto medidas individuales como de alcance general y colectivo. En este caso, los procedimientos aplicables deben disfrutar de la más amplia publicidad posible y abarcar la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por la víctima (restitución, indemnización y rehabilitación). En su dimensión colectiva, el derecho a la reparación tiene un carácter simbólico como pudiera ser el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de la responsabilidad que tiene, los actos conmemorativos de las víctimas o la elevación de monumentos en memoria de los afectados o del suceso respectivo. Se puede afirmar que los derechos de las víctimas se concretan en la posibilidad de reparación.

5. Titulares de la reparación de los derechos de las víctimas

En Colombia, uno de los aspectos centrales de la Ley 975 de 2005 –Ley de Justicia y Paz– reposa en la posibilidad de establecer la titularidad de la responsabilidad de reparar a las víctimas. Para ello, necesariamente, como todo en esta materia, debe acudirse a los estándares internacionales de justicia. Dichos documentos, que vienen redactándose desde hace más de una década sólo fueron aprobados en su versión final por la Asamblea General de la ONU de 2006, como producto de una serie de documentos preparatorios. El primero de dichos documentos es

el Informe Bassiouni de 2000, que establece una comparación muy atildada entre las Directrices de Joinet de 1991 y las complementarias de Van Boven de 1997 porque, en criterio de este especialista, ellas se tratan de forma distinta en dichas directrices.

En concreto, Bassiouni demanda para incorporar en los futuros textos una mayor especificidad en cuanto a los fundamentos jurídicos, los recursos disponibles y los medios de adjudicación concernientes al país responsable de dicha violación.

Otro documento de gran importancia son los llamados Informes de Salinas, de 2003, 2004 y 2005, que contienen las observaciones y conclusiones finales acerca de las reuniones consultivas en las que se fueron examinando los derechos de las víctimas y las reparaciones, que finalmente fueron aprobadas por la Asamblea General de la ONU.

En el primero de dichos informes, el de 2003, se reconoció que, si bien en el derecho internacional las formas y modalidades de reparación pueden variar, este derecho debe referirse tanto a los derechos humanos como al derecho internacional humanitario independientemente de la condición del autor de las violaciones y de la sucesión de los gobiernos. Además, se solicitó reconocer que los agentes no estatales,

como los grupos armados, pueden cometer violaciones, pero que el texto debe clarificar el tipo de responsabilidad que les concierne sin menoscabo de la responsabilidad inherente al Estado.

El Informe de Salinas de 2004 insiste nuevamente en atribuir responsabilidad a los agentes no estatales, que gozaran de reconocimiento internacional, así fuere limitado, y demandan de estos la aplicación de la responsabilidad por la vía de las políticas y prácticas que desarrollan. Y, por último, el Informe de Salinas 2005 insiste en que la reparación de las víctimas debe ser siempre proporcional a la gravedad de las violaciones y del daño sufrido por estas.

En el caso de nuestro país, con fundamento en los criterios planteados, cabe recordar que la obligación de reparar a las víctimas por violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario se sustenta en la llamada responsabilidad jurídica extracontractual, que se hace efectiva ante la jurisdicción civil, penal o contencioso administrativa, según se trate de un hecho cometido por un particular o por un agente estatal. Dicha responsabilidad extracontractual tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, que a la letra dice: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.



Hacia una justicia independiente



ENRIQUE GIL BOTERO
PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO*

Para la Rama Judicial, representada hoy en el Consejo de Estado, como una de las Altas Cortes del país, siempre será un honor ofrecerle la más cálida bienvenida al seno de esta institución, que vive y siente la administración de justicia desde lo más profundo de su ser, es decir, desde la elaboración misma de las providencias judiciales que resuelven los conflictos de los ciudadanos o de estos con el Estado.

En esta ocasión, y en el contexto del emblemático encuentro anual de esta jurisdicción, sus jueces nos encontramos discutiendo algunos de los temas que más convoca y reúne nuestras preocupaciones, ahora representadas por la reforma al Código Contencioso Administrativo, en la cual el Gobierno Nacional viene jugando un papel importante y decisivo, gracias al apoyo y acompañamiento que ha prestado al proyecto. No obstante, siempre será grato para esta jurisdicción abrir un espacio para recibirlo, y escuchar de su parte las impresiones que desee compartir con nosotros.

Pero no cabe duda que también se trata de un espacio importante para conversar y expresarle nuestras impresiones acerca del tema que más trascendencia tiene en la opinión pública nacional: las relaciones de la Rama Judicial con el poder ejecutivo y el proyecto de reforma constitucional a la política y la justicia.

En este contexto, también queremos manifestarle las impresiones y reflexiones que tal hecho concita, así como las conclusiones principales que el Consejo de Estado tiene del tema, según las ha hecho saber en la sesión extraordinaria llevada a cabo en la ciudad de Cali.

En este orden de ideas, en primer lugar, y a manera de referente y marco teórico de nuestra posición, esta Corporación quiere dejar en claro un aspecto que se convierte en el punto de partida de cualquier idea que, a manera de conclusión, expresaré más adelante, y es lo relativo a la necesidad de que comentemos, precisemos y aclaremos el significado que para nosotros tiene la denominada independencia judicial, como condición de cualquier trato o relación que se establezca con cualquier otra rama del poder público.

En este sentido, quiero expresar que hace ya muchos años la teoría del derecho y del Estado formuló la necesidad de dividir el poder público en varias ramas, por la indiscutida conveniencia que esto representa para la estabilidad de una Nación y para el ejercicio razonable del poder público; tema hartamente compartido y por eso mismo superado, por lo menos en lo que tiene que ver con su justificación teórica y práctica.

Sin embargo, el origen de la Rama Judicial, como poder público independiente, no nació tan simplemente. Su construcción estuvo dogmáticamente condicionada a varias cualidades consustanciales al ejercicio racional de dicho poder. Se trata de la autonomía, la independencia y la imparcialidad para el ejercicio de la función.

En virtud de la autonomía judicial, se liberó a los jueces de la carga de obedecer directrices administrativas u orgánicas, por lo menos en lo que tiene que ver con la solución de casos concretos, para lo cual deben aplicar su razonamiento en relación con la subsunción de la norma que corresponde al caso, ayudado de la valoración de las pruebas y

* Texto del discurso pronunciado el 11 de septiembre de 2008 por el presidente del Consejo de Estado, magistrado Enrique Gil Botero, durante la visita del Presidente de la República, Álvaro Uribe Vélez, al *Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, realizado en la ciudad de Cali.



de los hechos sub *judice*. La autonomía ha sido, es y seguirá siendo un valor esencial del Poder Judicial.

En relación con la imparcialidad, la Rama Judicial, y en particular los jueces —pero no sólo ellos, sino también todos los funcionarios que la representan—, tienen el compromiso de solucionar los conflictos sin dejarse afectar por los intereses que mueven a las partes de un proceso. Podría decirse que el cuidado, la preservación, así como la desviación de este valor de las actuaciones judiciales, reside exclusivamente en el juez, quien es el único que podría faltar a esta condición del ejercicio de la justicia.

Sólo una mente que no esté formada en los más elementales principios políticos y jurídicos podría creer que la crítica proveniente de otras ramas del poder, a la Rama Judicial, es sana y legítima, e incluso necesaria para el perfeccionamiento de la institución.

Finalmente —y es sobre este aspecto que quiero hacer referencias de fondo—, la independencia es otra condición para el funcionamiento perfecto de la administración de justicia. Por definición, consiste en que esta rama del poder —como institución—, y también cada uno de sus miembros —como individuos—, deben ejercer la encomiable actividad de administrar justicia sin condicionamientos, intervención o ingerencias extrañas que obstaculicen su actividad.

Esta independencia, en su origen, se formuló como la ausencia de intervención de cualquier otra rama del poder público; en concreto, de la legislativa y la ejecutiva. No obstante, en los tiempos modernos, y más en un Estado amenazado por fuerzas subversivas de distinto orden, también debe entenderse como la exclusión de este tipo de intromisión, que desafortunadamente no ha sido extraña en algunas poblaciones de nuestro país, y recientemente en esta ciudad.

En todo caso, lo que se debe resaltar —pero sobre todo rechazar— es la injerencia de cualquier poder, constituido o no constituido, institucional o informal, público o privado, que menoscabe la independencia judicial, porque afecta negativamente la administración de justicia.

Dicha independencia debe ser, hoy más que nunca, respetada por los poderes ejecutivo y legislativo, quienes no pueden, so pretexto de formular críticas sanas, abiertas, francas y transparentes a las decisiones

judiciales —como las que podría hacer un ciudadano común y anónimo—, cuestionar la solución de los casos concretos donde es parte el Estado mismo; esto por razones de seguridad jurídica, de orden ciudadano y estabilidad institucional.

En efecto, la razón que hace diferente a las ramas del poder público, en este contexto, del común de los ciudadanos, es que el Poder Judicial se creó para controlarlas y limitar el ejercicio de la autoridad atribuida a cada una de ellas, no en vano las acciones de inconstitucionalidad, nulidad o las demás ordinarias, se crearon como mecanismo de contención al poder, a través de la administración de justicia.

Sólo una mente que no esté formada en los más elementales principios políticos y jurídicos podría creer que la crítica proveniente de otras ramas del poder, a la Rama Judicial, es sana y legítima, e incluso necesaria para el perfeccionamiento de la institución. En realidad no es así, pero por razones teóricas y prácticas que trascienden la opinión común. No en vano expresa el común de la teoría política y jurídica, como por ejemplo Cristina García Pascual, en su texto *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, que “... en los Estados contemporáneos, con muchas matizaciones, se han creado las condiciones para una verdadera independencia judicial y se ha abierto paso a un tercer poder que, como veremos más tarde, puede, por primera vez desde la revolución liberal, constituirse en contrapoder o limitar y controlar a los otros poderes del Estado.” (Ed. Edicions Alfons El Mananim. Valencia. España. Pág. 126)

Esta afirmación sólo encuentra sentido si se considera el alcance más íntimo de la idea de unidad del Estado, la cual pasa, necesariamente, por las manos del control al poder que ejercen las ramas ejecutiva y judicial, pero también en el control a los ciudadanos, a quienes los jueces les imparten órdenes sobre la manera como deben comportarse.

Pero el problema más complejo, indiscutiblemente, radica en controlar al poder más fuerte que se ejerce en un Estado: el público, pues es capaz de desequilibrar el reparto de autoridad, atrayendo hacia alguno de ellos más influencia y dominio del que la Carta Política le asignó. Precisamente, el balance de este aspecto se le confió a los jueces, a través del control de los actos que realizan las demás ramas del poder. Esto no se puede desconocer, y tampoco desdibujar, so pretexto de perseguir fines aparentemente loables —como, por ejemplo, la crítica sana—, pues tras de los pequeños propósitos también suelen esconderse elementos perturbadores y desestabilizadores de los grandes fines.

Ahora bien, sé que cualquier ciudadano entiende que la independencia judicial se quebranta cuando se usa la fuerza o la violencia para silenciarla, como cuando se toma por asalto el ejercicio de la justicia, al punto de intentar suprimirla. No cabe duda que ese estado de cosas es el más grave atentado al Poder Judicial, pues la intimidación siempre generara ilegitimidad.

Sin embargo, las formas ocultas de interferencia, como la crítica, la intimidación moral o política, la exposición pública de los jueces —a través de los comentarios personalizados—, la tacha moral de sus actos, el cuestionamiento de las decisiones por fuera de los canales procesales, entre otras actitudes de esta índole, resquebrajan la independencia judicial, porque estas actitudes disminuyen la capacidad de los jueces de obrar reposadamente.

Las ideas que expreso no corresponden a una pretensión exclusiva del modelo jurídico colombiano de administración de justicia, en defensa de la autonomía e independencia de la Rama Judicial, y que no exista en otros lugares del mundo. No se trata de la misma premisa de funcionamiento del Poder Judicial de los demás países con los cuales compartimos un régimen político y jurídico similar. De hecho, señalan Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, en *Los jueces y la política*, comentando el alcance de la independencia judicial en varios Estados europeos, pero sobre todo haciendo ver la importancia de su garantía, que “Tras la experiencia autoritaria del período fascista, la Constitución ha roto la mayor parte de los canales institucionales entre el Poder Judicial y los otros poderes, en particular el ejecutivo” (Ed. Taurus. Madrid. 1999. pág. 53)

Esta expresión, en nuestro contexto, lo único que debe denotar es que la injerencia de los demás poderes públicos en el judicial necesariamente debe entenderse como una afectación a su independencia, pues, salvo la concertación de propósitos, todo lo que perturbe la indiferencia política del juez, su tranquilidad laboral, los espacios esencialmente judiciales, el intento de señalar mecanismos y formas de acción de dicho poder, lo mismo que su estructura organizacional y el alcance de sus funciones, debe ser visto como formas de interferencia en la administración de justicia.

Se trata, no puede negarse, de un concepto que no es fácil de comprender, pues al paso que la crítica se cultiva como un valor político de las sociedades modernas; en relación con la Rama Judicial, la diferencia que puedan sostener las otras ramas del poder con sus decisiones es un síntoma de peligro frente a la independencia de los jueces. Pero existe una razón que justifica esta diferencia de criterio o tratamiento: Los jueces están llamados a controlar al poder público, de ahí que la crítica del controlado sea, las más de las veces, algo más que eso, pues fácilmente incuba el germen desestabilizador del equilibrio de poderes, porque envuelve fácilmente un ánimo reductor del papel del juez en el Estado.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el tema tampoco se puede desviar hacia el argumento de que todas las ramas del poder pueden ser objeto de reformas y cambios necesarios para su mejoramiento y perfeccionamiento. Dos razones niegan esta afirmación general.

De un lado, el hecho de que esta idea surja en instantes en que el Poder Judicial actúa sobre casos concretos la hace inoportuna y contraprudente, pues debe existir seguridad jurídica y estabilidad normativa y de competencias para que los jueces actúen

con serenidad y contundencia. De manera que una alteración de estas reglas, en momentos clave de la vida nacional, no constituye el camino más conveniente para administrar la justicia de los casos más dramáticos que tienen los jueces en las manos.

De otro lado, el hecho de que los afectados con las investigaciones —miembros de las otras ramas del poder— usen escenarios distintos a los estrados judiciales para debatir sus casos, o los de sus amigos, atenta contra la independencia judicial, porque el espacio para esos temas no es otro que el de los memoriales y las providencias.

De manera que no cualquier tema se puede debatir en cualquier escenario. Los judiciales es al interior de los procesos, otro lugar demerita dichos asuntos, y los somete a espacios que la Constitución no señaló que se debían debatir, y distorsiona las valoraciones y conclusiones, que son altamente técnicas y apoyadas en pruebas y normas, no en apreciaciones libres, más o menos libres o absolutamente libres, soportadas en escasas valoraciones conceptuales estadísticas y en consideraciones apasionadas de los temas, aunque se crea poseer toda la información que sólo el debido proceso, aplicable en todo los procesos judiciales, ayuda a recoger y a debatir hasta la racionalidad máxima.

Todo esto es lo que protege el principio de la independencia de la Rama Judicial, respecto de los demás poderes públicos. Su defensa es la misma defensa de la integridad nacional, de la democracia, del Estado social de derecho y de la existencia de un Estado racional y razonable, en todos los lugares y espacios que lo componen.

La exposición pública de los jueces —a través de comentarios personalizados—, la tacha moral de sus actos, el cuestionamiento de las decisiones por fuera de los canales procesales, entre otras actitudes de esta índole, resquebrajan la independencia judicial, porque estas actitudes disminuyen su capacidad de obrar reposadamente.

Sobre la base de las premisas irrenunciables anteriores, y con la finalidad de participar en la discusión y reflexión sobre el proyecto de acto legislativo presentado por el Gobierno Nacional, conocido como “reforma a la justicia”, la Corporación que presido se ha reunido, primero, a través de la Comisión Legislativa, y luego, en sesión extraordinaria de su Sala Plena, y en ese contexto ha estimado, que en una reforma como la que se propone, resulta fundamental la participación de las

distintas instituciones que conforman la Rama Judicial, no solo por ser ellas destinatarias directas de los eventuales cambios, sino por los diagnósticos y propuestas que fundados en sus experiencias, pueden coadyuvar a una mejor composición del proyecto.

En este escenario y de manera marginal, mas no indiferente, a los cuestionamientos que desde distintos sectores del país se están haciendo sobre la legitimidad y oportunidad de la reforma propuesta por el Gobierno Nacional, el Consejo de Estado considera que es su deber presentar opiniones y propuestas sobre el contenido material de ésta, con la conciencia de que una “reforma a la justicia” demanda una participación constructiva de los jueces, quienes, en el contexto del sentido de la independencia judicial aludida, constituyen un valioso referente de análisis y consideración.

Con esta inspiración, la Corporación ha observado, que en estricto sentido no se trata de una “reforma integral a la justicia”, toda vez que ello supone, desde una perspectiva formal, modificaciones constitucionales y legales; y desde una perspectiva material, la consideración de distintos tópicos, que van desde el equilibrio de las ramas del poder público en un sistema de pesos y contrapesos como el colombiano, hasta la atención de problemas específicos como la congestión judicial y su presupuesto.

El proyecto de reforma propuesto por el Gobierno Nacional es un proyecto de acto legislativo y, como tal, se limita a asuntos estrictamente constitucionales y, porqué no, políticos, de la Justicia colombiana. En este sentido, las críticas y propuestas que sobre él se hagan, deben ser conscientes de esta realidad, y por consiguiente, de que su contenido no supone la implementación de instrumentos orientados a la corrección de muchos de los problemas que nos aquejan, sino principalmente, el rediseño de pilares constitutivos de nuestra independencia y la consiguiente interacción con las otras ramas del poder público.

Con este entendimiento, existe consenso en la importancia de que se contemplen reformas al Consejo Superior de la Judicatura, tanto en su Sala de Gobierno, como Disciplinaria. La distinción de funciones judiciales de aquellas eminentemente administrativas no ha encontrado una manifestación inequívoca en la comprensión de esa Corporación; caben cambios y lo que propone el Gobierno Nacional demanda una discusión profunda y acorde con las necesidades de toda la Rama Judicial.

Por su parte, aquellos cambios que marginan a las corporaciones judiciales de nombramientos de altos cargos del Estado, sin duda alguna, redundan en una mayor independencia de la Justicia. Esta situación, sin embargo, debe analizarse en un contexto amplio, que atienda la lógica de los pesos y contrapesos, propia de la división de las ramas del poder público, que se esboza como uno de los principios fundamentales de nuestra Constitución Política.

El proyecto hace alusión también a algunas instituciones cuyo cuestionamiento prima facie, se hace evidente. La propuesta de



reforma al actual artículo 230 constitucional, por ejemplo, en la que se le confiere a la ley la capacidad de determinar la connotación vinculante o no, de la jurisprudencia, es observada con máxima preocupación.

Finalmente, se echan de menos algunos cambios propios de la naturaleza del proyecto, es decir constitucionales, que podrían encontrar en la discusión del mismo, un escenario propicio para su desarrollo. La acción de tutela, por ejemplo, es un importante instrumento judicial, que ha dado lugar a no pocas fricciones entre las altas Corporaciones Judiciales, y que como consecuencia, podría encontrar en un ajuste constitucional, un camino de armonía y de mayor efectividad de la figura.



© Germán Gómez Rojas

La capacidad del Consejo de Estado de ejercer funciones de casación es otro asunto cuya discusión y contemplación podrían apuntar hacia una determinación definitiva de una jurisdicción de lo contencioso administrativo, que identifique de manera inequívoca a su órgano de cierre.

En fin, se podrían agregar muchos otros temas, así como obviar algunos de los contemplados, y para ello, confiamos en que se propicie un escenario de discusión con una amplísima participación, que involucre abiertamente a toda la Rama Judicial, en la que insisto, la Corporación que presido, tiene toda la disposición para el desarrollo de una crítica constructiva que pueda traducirse en una mejora para

una justicia independiente y con los más nobles propósitos, de la cual hacemos parte.

No se trata de una declaración de apoyo al proyecto de reforma, sino del hecho que, frente a una incontrastable realidad, sólo en el entendimiento expresado, y teniendo como eje central el medular principio de la autonomía e independencia judicial, del cual dimanar los elementos estructurales de todo el ordenamiento jurídico y de su propia delimitación y relaciones con las otras ramas del poder público, participará el Consejo de Estado en la discusión de la lógica material de la reforma a la justicia, advirtiendo las insuficiencias que presenta el proyecto, que se traducen, más que en una reforma a la justicia, en una modificación de la estructura del poder.

Concurso de personas en el delito



JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
VICEPRESIDENTE DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL

El legislador no sólo estableció criterios normativos tan diferenciadores como pertinentes acerca de lo que debe entenderse como autoría y participación, sino que, a la vez, consagró las distintas figuras por las cuales las acciones de varias personas concurren en la realización de un único delito.

En este sentido, el artículo 28 de la Ley 599 de 2000 –Código Penal– distingue a los autores de los partícipes. El artículo 29, por su parte, incluye dentro del concepto de autoría las modalidades correspondientes a la coautoría y la autoría mediata. Y, por último, el artículo 30 comprende dentro del concepto de participación el de determinación, al igual que el de complicidad.

En la presente oportunidad, nos referiremos, a manera de esbozo acerca de ciertas formas de participación plural de personas en la realización de la conducta punible, particularmente la coautoría, la autoría mediata y la complicidad, con especial énfasis en algunos temas concretos que no han resultado pacíficos a la hora de delimitar sus alcances y consecuencias, ni para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ni para la doctrina nacional y extranjera, e incluso para la jurisprudencia del derecho penal internacional.

Así, en el primer aspecto consideraremos lo atinente a la posibilidad de plantear la figura del denominado coautor impropio en los delitos culposos o imprudentes. En el segundo, la postura que defiende la intervención, dentro de las llamadas estructuras organizadas de poder, de varios autores mediatos detrás del ejecutor material de la conducta. Y, en el último término, lo concerniente al criterio normativo de la esencialidad para distinguir al cómplice del coautor.

Antes de entrar en materia, quiero destacar que mi colega Augusto Ibáñez Guzmán, juristas, doctrinante y académico de reconocida tra-

yectoria, ha sido una fuente de inspiración para este escrito, cuando no de obligada referencia para efectos de su adecuada elaboración.

Primer tema. La coautoría culposa

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, la opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia nacionales sostenía que el término coautoría abarcaba dos tipos de acepciones.

La primera, llamada coautoría propia, aludía a la convergencia de varios sujetos activos en la realización de la conducta, de modo que la contribución de cada uno de ellos era suficiente para producir por sí sola el resultado típico. En ejemplo citado por Alfonso Reyes Echandía, esta modalidad se producía cuando *Pedro y Juan mataban a Diego de sendos disparos de revólver*¹; es decir, cuando dos individuos disparaban simultáneamente contra la misma víctima y le producían la muerte.

La segunda forma de coautoría, denominada impropia, hacía referencia a la suma de distintos aportes individuales y de una decisión común al hecho en aras de obtener el resultado típico, a pesar de que cada contribución individualmente considerada no fuera suficiente para configurar el mismo, como cuando, con otro ejemplo de Reyes Echandía, *Pedro, Juan y Diego deciden robar un almacén y lo hacen de tal manera que el primero distrae al vigilante, el segundo rompe la cerradura de las puertas y el tercero se apodera de las mercancías*².

En la actualidad, lo que el ordenamiento penal consagra como coautoría no es más que la modalidad impropia, pues, de conformidad con lo

¹ Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 1987, Pág. 133.

² *Ibidem*



© Jesús Abad Colorado

señalado en el inciso 20 del artículo 29 de la Ley 599 de 2000, “(s)on coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

En dicha definición se aprecian los tres requisitos esenciales para la configuración de esta figura, a saber: un elemento objetivo, consistente en una repartición funcional de tareas; un elemento subjetivo, relativo a la existencia de un acuerdo de voluntades; y un elemento objetivo–valorativo, relacionado con la importancia de la contribución al hecho efectuada por el sujeto agente.

La llamada coautoría propia, en cambio, corresponde a lo que en otras latitudes se ha conocido como autoría concomitante, autoría paralela o pluriautoría³.

Para efectos de lo que a continuación sigue en relación con la intervención plural y punible de personas en el delito culposo o imprudente, cada vez que me refiera a la expresión coautoría, deberá entenderse como la modalidad impropia que consagra el artículo 29 del Código

Penal, mientras que la expresión pluriautoría comprenderá el concepto de la denominada coautoría propia. Tradicionalmente, se ha considerado en forma mayoritaria que la coautoría sólo podía predicarse de los delitos dolosos, como quiera que dicha figura supondría la existencia de una empresa criminal o, en otras palabras, de una división funcional de tareas con miras a obtener un resultado típico y, por lo tanto, cada persona que ejecuta una contribución al hecho tendría que conocer los elementos que integran la conducta descrita por el legislador, además de querer su realización.

De ahí que cuando el resultado era la consecuencia de distintas acciones imprudentes, llevadas a cabo por más de una persona, el fenómeno debía tratarse como una pluriautoría y, por lo tanto, el juez no sólo tenía que constatar en el caso concreto que cada una de las intervenciones imprudentes reunía por sí misma los elementos exigidos en el tipo penal, sino en especial que lo individualmente realizado había sido suficiente para alcanzar su producción.

En otras palabras, si desde el punto de vista probatorio era imposible establecer que los participantes en el hecho culposo han ocasionado por sí mismos el resultado, o si dentro de un obrar en conjunto descuidado no se podía verificar cuál de todos los aportes fue el que lo suscitó, o si se demostraba que lo determinante para la obtención del mismo era la suma de todas las acciones imprudentes y no cada

³ Véase, por ejemplo, Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, § 53, IV; Y Suárez Sánchez, Alberto, *Autoría*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, Pág. 349.



© Jesús Abad Colorado

En el mundo contemporáneo no suele ser extraña la creación de situaciones sociales riesgosas que son la consecuencia de la obra conjunta y concertada de varias personas. Piénsese, por ejemplo, en las decisiones imprudentes adoptadas por juntas directivas de empresas o en las prácticas quirúrgicas en las que cada uno de los profesionales de la salud que intervienen en ellas viola objetivamente un deber de cuidado.

una de ellas consideradas de manera individual, la conducta quedaría en la impunidad, a riesgo de no satisfacer propósitos político-criminalmente encomiables.

Y es que, en el mundo contemporáneo, no suele ser extraña la creación de situaciones sociales riesgosas que son la consecuencia de la obra conjunta y concertada de varias personas en cuyo comportamiento, por lo demás desaprobado o inadecuado, no siempre es achacable el elemento subjetivo del dolo, ni por consiguiente la imputación a título de coautoría como forma punible de participación

plural de personas, pero tampoco la atribución de una pluriautoría culposa, en los eventos señalados en precedencia, ante lo cual sería imposible alcanzar la misión preventiva del derecho penal respecto de las afectaciones graves a los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger.

Piénsese, por ejemplo, en las decisiones imprudentes adoptadas por juntas directivas de empresas o en las prácticas quirúrgicas en las que cada uno de los profesionales de la salud que intervienen en ellas viola objetivamente un deber de cuidado.

Frente al surgimiento de este tipo de situaciones, tanto la dogmática como la jurisprudencia deben tener la capacidad de adaptarse con el propósito de lograr la efectividad de los fines propios del derecho penal, aunque sin olvidar los principios y valores que lo orientan.

Ejemplo de lo anterior lo encontramos en la teoría de la imputación objetiva, de acuerdo con la cual la realización del riesgo no permitido en el resultado puede ser atribuido a más de una persona, siempre y cuando todas hayan administrado el peligro de manera conjunta, satisfaciéndose de esta manera la realización típica de por lo menos el delito culposo. En palabras de Jakobs:

“Los riesgos [...] no necesariamente han de ser atribuidos en todo caso a una sola persona, sino que puede darse el caso de que deban ser administrados por varias personas. En este sentido, puede que sea bastante claro que un riesgo compete conjuntamente a dos autores diferentes; por ejemplo, si el

propietario de un vehículo lo carga en demasía y el conductor lo conduce, siendo perceptible que el vehículo no está en condiciones de circular, ambos responden conjuntamente del riesgo del trayecto”⁴.

Ahora bien, para efectos de una correspondencia armónica entre la teoría de la imputación objetiva y la teoría de la participación, la administración de riesgos compartidos ha intentado resolverse, de acuerdo con la opinión aún dominante en la doctrina, sosteniendo que todo aquel que de manera imprudente sea responsable de una concausa del resultado típico tendría que ser tratado uniformemente como autor culposo del mismo.

En efecto, según Hans Welzel,

“Autor de un delito culposo es todo el que mediante una acción que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación, produce de modo no doloso un resultado típico. Todo grado de concausación respecto del resultado típico producido no dolosamente, mediante una acción que no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación, fundamenta la autoría del respectivo delito culposo. Por esta razón no existe, en el ámbito de los delitos culposos, la diferencia entre autoría y participación. Ello, porque toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación es ya autoría”⁵.

Günther Jakobs, por su parte, señala lo siguiente:

“En caso de (como máximo) imprudencia por parte de todos, no está claro para ninguno de los intervinientes cómo va a acabar el suceso. La ley renuncia, por ello, a graduar las formas de intervención y otorga el mismo tratamiento a todas las causaciones imprudentes o (en la omisión) a todos los comportamientos consistentes en no haber impedido el resultado. No se diferencian las clases de causación (uno mismo, mediante otros, con otros, en participación), sino que se uniformizan todos los partícipes”⁶.

La principal objeción a esta postura radica, en esencia, en que, dentro de la administración conjunta de riesgos, todo responsable de un comportamiento imprudente que no encajase en la modalidad de la pluriautoría no realizaría de manera completa la acción típica, al menos en lo que a la producción del resultado se refiere, pues su

aporte nunca habría podido determinarlo per se, en claro detrimento del principio de estricta legalidad, y en particular de lo previsto en el inciso 10 del artículo 29 del Código Penal, que enfatiza que sólo es autor de la conducta punible “quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”.

“El pasajero que incita al conductor a guiar el vehículo a velocidad excesiva, como consecuencia de lo cual arrolla y da muerte a un peatón; ciertamente, en este caso, ninguno de los dos quería producir tal resultado, pero es indudable que ambos voluntariamente decidieron realizar la conducta imprudente que desembocó en el evento lesivo y es también indudable que ese comportamiento está previsto en un tipo legal como delito”.

A. Reyes Echandía

En cambio, si se parte del criterio sistemático de que la figura de la coautoría contemplada en el inciso 20 del artículo 29 del Código Penal también resulta aplicable al delito culposo, la vulneración al principio en comento desaparecería, en la medida en que quien haya contribuido de manera imprudente y dentro de una empresa en común a la realización de un resultado típico sería responsable a título de coautor, de conformidad con lo previamente establecido en la ley, sin importar que por sí solo no lo haya obtenido.

La idea de la coautoría culposa, a pesar de que en los últimos años ha cobrado cada vez mayor vigencia, no es en realidad novedosa, pues siempre ha sido defendida por un sector minoritario en la doctrina, e incluso, en Colombia, Reyes Echandía, refiriéndose al tema de la coparticipación en general (dentro del cual incluía la modalidad de la coautoría), contemplaba el problema de la siguiente manera:

“Quienes rechazan la coparticipación culposa creen que uno de sus requisitos es la convergencia subjetiva de los partícipes hacia un fin delictuoso que todos prevén y quieren; quienes la aceptan, en cambio, opinan que el acuerdo se limita a la voluntad de contribuir en la verificación de una conducta típica.

“Aunque reconocemos que la modalidad ordinaria y propia de la coparticipación punible supone un conocimiento de la ilicitud del hecho y un querer su resultado antijurídico

⁴ Jakobs. Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, Pág. 107.

⁵ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 1970, Pág. 143.

⁶ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, Pág. 788–789.

—lo que permite encuadrar la comúnmente en el ámbito del delito doloso— no es posible desconocer que se puede colaborar en la ejecución de un hecho típico cuya punibilidad depende no de querer un determinado evento sino de no prever sus consecuencias previsibles o de no poder evitar las que indebidamente se confiaba sortear. Valga el ejemplo del pasajero que incita al conductor a guiar el vehículo a velocidad excesiva, como consecuencia de lo cual arrolla y da muerte a un peatón; ciertamente, en este caso, ninguno de los dos quería producir tal resultado, pero es indudable que ambos voluntariamente decidieron realizar la conducta imprudente —conducir a exceso de velocidad— que desembocó en el evento lesivo y es también indudable que ese comportamiento está previsto en un tipo legal como delito [...] Téngase en cuenta que tanto el delito doloso como el culposo requieren voluntad de actuar; la diferencia radica en que en el primero la intención va hasta la producción del resultado antijurídico previsto y querido como tal, en tanto que en el segundo la voluntad se limita a la conducta misma que origina el resultado no previsto siendo previsible o previsto pero no querido”⁷.

El riesgo no permitido en el resultado puede ser atribuido a más de una persona, siempre y cuando todas hayan administrado el peligro de manera conjunta, satisfaciéndose de esta manera la realización típica de por lo menos el delito culposo: Teoría de la imputación objetiva.

En la doctrina extranjera, por su parte, es de anotar que en España la coautoría culposa siempre ha sido aceptada por la opinión dominante. Por ejemplo, Santiago Mir Puig ha señalado acerca del particular lo siguiente:

“La doctrina alemana no admite la coautoría en los delitos imprudentes, por entender que no es posible en ellos el acuerdo mutuo (no puede haber acuerdo para matar por imprudencia). Mas en España, en donde se admite la participación en tales delitos, resulta coherente reconocer también la posibilidad de coautoría en los mismos. El común acuerdo no podrá referirse al resultado, pero sí a la

conducta imprudente, que puede ser obra conjunta de varios sujetos. El resultado aparecerá entonces como producto de esa obra común”⁸.

José Cerezo Mir, por su parte, ha considerado lo siguiente:

“La opinión dominante en nuestro país admite [...] la coautoría en los delitos imprudentes. En estos delitos el sujeto no quiere causar el resultado delictivo, y es cierto que no cabe un acuerdo de voluntades dirigido a la producción del mismo, pero sí que es posible que varias personas se pongan de acuerdo para realizar una acción imprudente, aunque ninguna de ellas quiera que se produzca el resultado.

“Por ejemplo: dos arquitectos hacen un proyecto para construir un edificio con materiales de baja calidad. Ambos confían en que el edificio no se venga abajo, pero ello sucede causando víctimas. En este supuesto se da un acuerdo de voluntades para realizar una conducta imprudente, aunque el acuerdo no se extienda al resultado.

“El Tribunal Supremo, que admite la coautoría en los delitos imprudentes, la distingue de la simple concurrencia de conductas imprudentes, en la que no hay acuerdo de voluntades sino varias acciones imprudentes independientes que contribuyen a la producción del resultado. En este último caso cada uno de los sujetos será autor de un delito imprudente, pero no serán autores”.

En Alemania, finalmente, Claus Roxin ha admitido la posibilidad de construir la figura de coautoría culposa de la siguiente manera:

“De entrada, resulta posible la construcción de la coautoría imprudente, a lo cual no se opone que el dominio del hecho requiera el dolo del autor, puesto que el principio del dominio del hecho sólo rige para los delitos de dominio, no siendo de aplicación, ya dentro de los delitos dolosos comisivos, para los delitos de infracción de deber y de propia mano. Con mayor razón puede no regir para los delitos imprudentes, en los que la autoría única se basa exclusivamente en la imputación objetiva. Por consiguiente, habría que formar un concepto de ‘comisión conjunta’ que se apartara de la coautoría de los delitos de dominio. Intentos tales sólo pueden tener éxito si se es capaz de formar un concepto de comisión conjunta imprudente suficientemente preciso, puesto que no se trata de renunciar, naturalmente, a la prueba de la causalidad del comportamiento imprudente sólo porque vanas personas se comporten imprudentemente.

⁷ Reyes Echandía, Alfonso, Op. cit., Pág. 234.

⁸ Mir Puig, Santiago, Derecho penal. Parte general, B de F, Montevideo, 2005, Pág. 395. Negrillas en el texto original.



© Jesús Abad Colorado

“Con todo, la figura de la coautoría imprudente ha ido perfilándose en los últimos intentos de concreción. Así, Renzikowski requiere, en principio, un proyecto conjunto de acción. Este ‘hecho global’ debe presentarse como creación de un peligro jurídicamente desaprobado. Asimismo, los coautores han de haber realizado las aportaciones previstas en el plan conjunto, no siendo necesaria la relación causal entre el resultado y cada una de las aportaciones. Por último, la imputación presupone que cada interviniente pudiera y debiera darse cuenta de la peligrosidad del proyecto conjunto’. Análogamente, Weissner requiere para la coautoría imprudente que los intervinientes estén sometidos objetivamente al mismo deber de cuidado, que cooperen voluntariamente en realizar la acción u omisión descuidada y que cada coautor sea consciente de que a los demás se le dirigen las mismas exigencias de cuidado que a él mismo. Tal puede ser el punto de partida”⁹.

Por último, cabe destacar que, en la sentencia de casación de 8 de noviembre de 2007, radicación 27388, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, valiéndose de la mayoría de los argumentos

aquí empleados, dejó abierta la posibilidad de aceptar la figura de la coautoría en la realización de la conducta punible de homicidio culposo, tras estimar que “la misma ni siquiera corresponde a un imposible dogmático según un creciente sector de la doctrina”, en un caso en el que las acciones imprudentes de dos profesionales de la medicina concurrieron en la producción de la muerte de una mujer en estado de embarazo y de su hijo que a la postre nació. La Corte, al conocer un fallo del Tribunal Superior de Bogotá, consideró que no era absurda.

Sin embargo, serán los futuros fallos de la Corte los que precisarán si la coautoría culposa tiene plena acogida dentro de nuestro ordenamiento jurídico, al igual que delimitarán, en el evento de que sea viable, los elementos indispensables para su configuración.

Segundo tema. La autoría mediata en las maquinarias organizadas de poder

De acuerdo con el contenido del inciso 10 del artículo 29 del Código Penal, el autor mediato es el que realiza la conducta punible utilizando a otro como instrumento.

En la autoría mediata, el denominado sujeto de detrás se vale para la realización del delito que pretende cometer de la acción emprendida

⁹ Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 741–742.



© COLPRENSA

Los autores mediatos integran tanto la cúpula como los mandos intermedios de una organización al margen de la ley, de orden complejo y jerarquizado, e imparten o transmiten órdenes relacionadas con la perpetración de conductas punibles. . . y, por consiguiente, también responden penalmente por su ejecución.

por otra persona, conocida como sujeto de delante, y por ello no sólo es quien crea el riesgo desaprobado para el bien jurídico, sino que además controla el curso causal que desemboca en la realización del resultado.

En palabras de Welzel, quien desarrolló el concepto de autoría mediata a partir de la teoría del dominio del hecho, “[e]l autor no necesita cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para ello no sólo de instrumentos mecánicos, sino también poner para sus fines el actuar de otro, en cuanto sólo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo”¹⁰.

¹⁰ Welzel, Op. cit., Pág. 144.

De acuerdo con una regla aceptada por la opinión mayoritaria en la doctrina, quien hace las veces de instrumento, esto es, el sujeto de delante, realiza la conducta amparado en un error de tipo o en un error de prohibición, o incluso bajo el principio de no exigibilidad de otra conducta (como cuando es víctima de una insuperable coacción ajena), de suerte que en ninguno de esos casos respondería por la realización del delito.

Sin embargo, amplios debates en la doctrina se han suscitado acerca de lo que Roxin ha catalogado como dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder, según la cual son sujetos de detrás, y por lo tanto autores mediatos, quienes integran tanto la cúpula como los mandos intermedios de una organización al margen de la ley de orden complejo y jerarquizado, e imparten o transmiten órdenes relacionadas con la perpetración de conductas punibles, sin importar que los ejecutores materiales de las mismas, es decir, los sujetos de delante, hayan obrado en forma libre y voluntaria, y, por consiguiente, también responden penalmente por su ejecución.

Así lo ha explicado Roxin:

“[. . .] basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esta situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden

de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global.

“El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor. La estructura de esta forma de dominio y su relación con las otras dos formas básicas de dominio de la voluntad cabe incluso anticiparla, llevando a cabo una abstracción en tipos ideales a partir de la pluralidad de los sucesos reales. Si uno se para a reflexionar, por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro sin intervenir directamente, cabe pensar, a mi juicio, únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizársele como factor causal ciego con respecto a las circunstancias decisivas para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionado ni engañado, cambiabile a voluntad.

“En este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer”¹¹.

Estas modalidades de autoría entre los ejecutores directos y sus superiores no excluyen, sin embargo, la posibilidad de concurrencia de otras formas de participación, como la complicidad, dentro de los actos criminales llevados a cabo por la estructura organizada de poder. Siguiendo con Roxin:

“[...] no se quiere decir que en los delitos cometidos en el marco de maquinarias de poder organizadas no quepa la complicidad. Cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien sólo puede fundamentar participación. Aquel que simplemente interviene aconsejando, quien sin tener mando proyecta

planes de exterminio, quien proporciona medios para asesinar. .. son, por lo general, únicamente cómplices, al igual que el delator que se encuentra fuera de la maquinaria sólo es inductor, porque si acaso puede provocar la decisión de cometer delitos y carece de influencia sobre la evolución ulterior de los acontecimientos. Naturalmente, el modo de actuar de estos partícipes no tiene por qué ser in concreto menos reprochable que el de un autor. Pero ya se ha subrayado suficientes veces que ahí no estriba punto de vista determinante alguno para delimitar las formas de participación”¹².

De acuerdo con el Código Penal, el autor mediato es el que realiza la conducta punible utilizando a otro como instrumento. Se vale de la acción emprendida por otra persona y, por ello, no sólo es quien crea el riesgo, sino que además controla el curso causal que desemboca en la realización del resultado.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha mostrado reacia a acoger esta modalidad de autoría mediata, en el entendido de que la persona que actúa como instrumento no debe responder penalmente, tal como se adujo en la sentencia de casación de 21 de agosto de 2003, radicación 18829, e incluso ha optado por la tesis de la coautoría a la hora de fundamentar la forma de participación respecto de los individuos que integran los mandos intermedios de ciertas estructuras organizadas de poder que operan en el país, como sucedió en el fallo de 7 de marzo de 2007, radicación 23825.

En esta última providencia, la Corte descartó la figura del dominio de la voluntad en virtud de las estructuras organizadas de poder, tras aducir que aferrarse a ella no era indispensable teniendo en cuenta que la intervención de varios miembros de una organización subversiva con distintos grados de jerarquía en la misma configuraba una coautoría. De acuerdo con la Corte:

“Se estima preciso aclarar que en este caso no existe autoría mediata, ni hay ‘sujeto de atrás’, como parece sugerirlo la libelista, porque los subversivos que colocaron los explosivos en el tubo no fueron meros instrumentos del Comando Central del ELN, sino que a su vez, ellos –los que acudieron

¹¹ Roxin, Claus, Op. cit., pp. 272–273. ¹² Ibídem, Pág. 276.

¹² Ibídem, Pág. 276

a perpetrar materialmente la detonación— desarrollaron el rol que les correspondía en su propio delito, por su voluntad consciente dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; lo hicieron por convicción política propia; sin ser ‘utilizados’, sin ser instrumentalizados y sin engaños. En otras palabras, también era de los militantes del grupo ‘Cimarrones’ la estrategia político militar consistente en interrumpir por la vía de los hechos la exportación del petróleo crudo hacia los Estados Unidos.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia contempló la teoría del dominio del hecho para diferenciar al autor del partícipe, manifestando que “el cómplice, por no realizar la acción descrita en el tipo, no tiene dominio en la producción del hecho, es decir, que su conducta no es propiamente la causa del resultado antijurídico, sino una condición del mismo”.

“De ahí que no es necesario, en el caso que se examina, que la Sala de Casación Penal se ocupe de las estructuras organizadas de poder, como explicación racional para endilgar también a los dirigentes de aquellos gremios los delitos cometidos por sus militantes de inferior rango o jerarquía, en cumplimiento de las políticas o directrices trazadas por aquellos.

“Tampoco se ha demostrado que los integrantes del Comando Central del ELN o los jefes de sus grupos o cuadrilla, hubiesen coaccionado a subversivos rasos o sin posición de mando a cometer el atentado so pena de sanciones disciplinarias; y nada indica que los autores materiales hubiesen sido instigados o presionados o actuado sin autonomía, hipótesis en la cual sería menester adentrarse en el estudio de lo atinente a la posible determinación; y si ésta llegare a desvirtuarse, entonces sí pasaría a explorarse la incidencia de las estructuras organizadas de poder.

“Basta agregar que para la Sala de Casación Penal es claro que en la doctrina contemporánea se está abriendo camino la figura de la autoría mediata para atribuir responsabilidad a las personas ‘de atrás’ que se amparan en estructuras

organizadas de poder; sólo que en el presente asunto, aferrarse a tal creación doctrinaria no es preciso, porque las pruebas enseñan que se trató de un caso de coautoría impropia por división del trabajo, en la misma empresa delictiva que aglutina a los subversivos que pertenecen al ELN”.

Esta postura fue ratificada en la sentencia de 8 de agosto de 2007, radicación 25974.

Dicho criterio, sin embargo, tendrá que ser analizado más a fondo en futuros pronunciamientos, bien sea para corroborarlo, aclararlo o corregirlo, en la medida en que la Corte debe profundizar en el criterio de la fungibilidad como modalidad de la autoría mediata, porque además merecen mayor atención las objeciones acerca de la coautoría como forma de participación plural de personas dentro de las estructuras organizadas de poder han presentado ciertos sectores de la doctrina.

Así, por ejemplo, como bien lo ha destacado Ibáñez Guzmán en relación con el elemento consistente en el acuerdo común, “para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito”¹³, aspecto que no podría predicarse de las maquinarias de poder jerarquizadas, cuya organización por razones obvias es de corte vertical y no horizontal.

Así mismo, quienes imparten las órdenes en tales organizaciones no suelen participar de manera alguna durante la ejecución de la conducta punible y, por lo tanto, quedaría en entredicho la concurrencia del aspecto objetivo de la coautoría, atinente al aporte funcional de quienes intervienen en el hecho.

Por último, cabe destacar que Kai Ambos, en su obra *La parte general del derecho penal internacional*, propone una solución intermedia, en la que el miembro de la organización responderá como autor mediato o como coautor dependiendo del nivel de jerarquía que ocupe dentro de la estructura de poder.

En efecto, según Ambos:

“El dominio de la organización y, con ello, la autoría mediata sólo puede tener lugar respecto de los intervinientes que pertenecen al vértice de la organización del aparato del poder. Los autores que se encuentren por debajo de éste en la jerarquía no pueden ejercitar un dominio de la organización sin perturbaciones sobre el suceso total, sino que, a lo sumo, pueden dominar parte de los sucesos dentro del aparato. Por ello, ellos podrán ser penados por lo general sólo como

¹³ Ibáñez Guzmán, Augusto J., *Apuntes. Derecho penal. Parte general*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá 1991, Pág. 168, citando a Muñoz Conde.



coautores. Desde luego, la difícil delimitación en estos casos entre autoría mediata y coautoría muestra las limitaciones de la imputación penal individual clásica en los contextos de acción colectiva del derecho penal internacional. Aquí, puede ayudar un principio de imputación del hecho total, el cual consiste, esencialmente, en la imputación de las aportaciones individuales al suceso injusto total¹⁴.

Último tema. La esencia del aporte como criterio diferenciador entre la coautoría y la complicidad

Como bien se sabe, el artículo 30 de la Ley 599 de 2000 define como cómplice a quien “contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma”.

La contribución o ayuda a la realización del injusto tiene, al igual que la coautoría, un aspecto objetivo y otro subjetivo. En efecto, de acuerdo con Welzel, la “complicidad tiene que favorecer (objetivamente) el

hecho principal y este favorecimiento ser querido (subjetivamente) por el cómplice¹⁵.

Favorecer, siguiendo con este autor, “significa prestar una colaboración causal para la comisión del hecho principal”, la cual puede proporcionarse “mediante hechos y consejos”, o lo que Jakobs denomina “complicidad psíquica”¹⁶, como en el caso de “quien alienta y aconseja al autor por si sufre una crisis en la decisión [...] si en la crisis el alentar conduce a la persistencia de la decisión”¹⁷.

Ante la necesidad de encontrar un parámetro diferenciador entre la contribución al hecho realizada por el cómplice y la que ejecuta el coautor, se acudió en un principio a lo que se ha denominado teoría subjetiva, según la cual:

“lo que decide la penalidad como autor o como partícipe en la coproducción de un delito por varias personas no es lo objetivamente producido por el aporte al hecho, sino la

¹⁴ Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional*, 15 Welzel, Hans, Op. cit., Pág. 171

¹⁵ Welsen, Hans, Op. Cit, pág.171

¹⁶ Jakobs, Op. cit., Pág. 813

¹⁷ Ibídem

dirección subjetiva de la voluntad del partícipe respectivo. Desde este punto de vista, autor será quien obre con voluntad de autor, independientemente de su aporte exterior al resultado”¹⁸.

Esta ha sido la postura dominante en la doctrina y jurisprudencia colombianas. Por ejemplo, Reyes Echandía consideraba que “es cómplice quien actúa en la convicción de que contribuye a un hecho punible ajeno, y es coautor el que participa con otro u otros en hecho típico considerado por todos como propio”¹⁹.

Welzel, sin embargo, al igual que otros defensores de la teoría del dominio del hecho, ha criticado, y no sin razón, tal parámetro diferenciador, por cuanto las expresiones relativas a ‘querer’ el hecho “como propio” o “como ajeno”, que en ocasiones terminan siendo el único fundamento para diferenciar la coautoría de la complicidad, “se convierten, generalmente, en simples lemas”²⁰ y conduce, además, a un derecho penal de autor.

En palabras de Welzel,

“¿Pues qué significa querer el hecho como propio o como ajeno? ¿Reside quizás en el arbitrio del actor querer el hecho ‘como propio’ o ‘como ajeno’? ¿Puede alguien a través de su mera voluntad hacer el hecho ‘propio’ o deshacerse del hecho ‘como ajeno’ mediante la correspondiente voluntad del cómplice? Esto es imposible: el hecho debe ser realmente la obra del autor”²¹.

“Si el propietario de un vehículo lo carga en demasía y el conductor lo conduce, siendo perceptible que el vehículo no está en condiciones de circular, ambos responden conjuntamente del riesgo del trayecto”.

G. Jakobs

Roxin, por su parte, ha señalado que sólo puede ser considerado autor quien se encuentre que es la “figura central del acontecer en forma de acción”²², por lo que no hay que establecer subjetivamente lo que en primer término debería distinguirse desde el punto de vista objetivo. Según Roxin:

“[...] el concepto de la ‘figura central’ significa el recurso a una idea plástica, que anida en el sentido común: el autor, el coautor o el autor mediato son las figuras principales del suceso; el inductor y el cómplice están en los márgenes. [...] Si es que cabe hablar de una ‘esencia’ previa, dada, de la participación, éste consiste en que el partícipe se apoya en la figura central del autor, lo cual encuentra expresión jurídico-positiva en la accesoriedad perfilada ‘lógico-objetivamente’”²³.

La diferencia entre la coautoría y la complicidad se encuentra, según este criterio, en el plano objetivo de la acción efectuada y en particular en la valoración del criterio consistente en la esencialidad del aporte. Es decir, mientras la contribución funcional del coautor resulta, además de idónea, esencial para la consecución del hecho perseguido, y por lo tanto lo co-domina, el cómplice favorece la realización o aseguramiento de la acción principal, de tal manera que su participación es efectiva pero no indispensable (o esencial) para efectos de su consumación y, en consecuencia, no tiene el dominio del hecho.

Cuando la ayuda prestada por el cómplice es posterior a la ejecución del injusto, la distinción en el aspecto objetivo con la coautoría resulta mucho más fácil, pues los actos ejecutados por el coautor deben ser concomitantes a la ejecución de la conducta²⁴. De acuerdo con Roxin:

“En el centro del acontecer relevante para la consideración penal se encuentra el hecho, tal como el legislador lo ha descrito en los distintos tipos. Por tanto, la figura central del suceso de la acción, en el sentido antes explicado, no puede serlo alguien que no haya tomado parte en la realización de este hecho [...] Más bien éste se ve desplazado forzosamente a la periferia del suceso”²⁵.

Siguiendo con este autor, cabe anotar que “la idea de la división del trabajo acierta en la esencia de la coautoría únicamente si se la limita a la fase ejecutiva. Sólo en ella la imbricación de los actos individuales procura a los intervinientes el dominio conjunto sobre el acontecer típico”²⁶.

¹⁸ Roxin, Claus, “Sobre autoría y participación en el Derecho Penal”, en Problemas actuales de las ciencias penales y Filosofía del Derecho, Panedille, Buenos Aires, 1970, Pág. 55.

¹⁹ Reyes Echandía, Alfonso, Op. cit., Pág. 135

²⁰ Welzel, Hans, Op. cit., Pág. 156

²¹ Ibídem, Pág. 157

²² Roxin, Op. cit., Pág. 44

²³ Ibídem, Pág. 45

²⁴ Welzel, Hans, Op. cit., Pág. 159; Roxin, Claus, Op. cit., Pág. 323 Y ss. .

²⁵ Roxin, Claus, Op. cit., Pág. 325

²⁶ Roxin, Claus, Op. cit., Pág. 333

Por lo tanto, “no hay una fundamentación razonable de que toda colaboración en el marco de la división del trabajo, por alejada e insignificante que sea, independiente de todo dominio sobre el suceso, tenga que entrañar coautoría. Los resultados serían intolerables”²⁷.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de junio de 2006, radicación 23836, contempló la teoría del dominio del hecho para diferenciar al autor del partícipe, manifestando que “el cómplice, por no realizar la acción descrita en el tipo, no tiene dominio en la producción del hecho, es decir, que su conducta no es propiamente la causa del resultado antijurídico, sino una condición del mismo”.

Sin embargo, hasta donde tengo conocimiento, la Sala no ha profundizado en el criterio de la esencialidad, ni tampoco en el atinente a la importancia del aporte de que trata el inciso 2° del artículo 29 del Código Penal, con el cual podría armonizarse, para efectos de establecer parámetros objetivos de valoración con miras a distinguir la contribución que realiza el coautor de la que efectúa el cómplice.

No obstante, en sentencia de casación del 10 de mayo de 1991, se puede apreciar que la Corte utilizó dentro de su argumentación un criterio similar al los de la esencialidad o la importancia del aporte al analizar el caso de quien actúa como vigilante en la realización de un hurto, es decir, del coloquialmente conocido como ‘campanero’. Según la Sala:

“[...] comúnmente, el término ‘campanero’, cuando su radio de acción se da en sectores alejados de los autores y se realiza por varios, la llamada buena doctrina lo traduce como actividad de segundo orden; pero, cuando es uno el autor y uno el que vigila, la mencionada tendencia empieza a empañarse y se muestra incierta, lo cual gana más terreno cuando se advierte que esa labor de control de terceros (particulares u oficiales) tienen una proximidad de inmediatez con los autores directos y culmina cuando se agrega otro aspecto que para la mayoría de la Sala se muestra como de crucial importancia, vale decir, cuando se destaca que quien realizó la labor de ‘campanero’ controlaba propiamente la aparición del sorprendimiento en flagrancia. En otras palabras, que de no ejercerse ese concluyente control (que no tiene por qué mirarse como absoluto ya que en este campo la eficacia debe ser relativa o adecuada) sobre la persona (***) que realizaba obligada u oportuna observación del local asaltado, ésta hubiera alertado sobre los hechos, fracasando la empresa delictiva. Es más, en esta división del trabajo delictivo, se llega a estimar tan definitiva la intervención de quien actúa como ‘campanero’, que de no darse por descontada su exitosa intervención, lo más lógico y sensato es pausar el hecho. ¿Qué podría pensarse, en este

terreno de la complicidad, de un ‘campanero’ a quien se le determina como obrar el eliminar al celador, o al agente de policía que por contorno ronda, o al tercero que puede realizar una idéntica observación y alertar sobre los hechos? ¿Se le podría estimar, con base en el significado usual que se asigna al término ‘campanero’, como cómplice secundario? Mutatis mutandi, por la forma como se comportó en relación a *** y la situación privilegiada en el descubrimiento de los hechos, ejerció un papel decisivo, esencial y de magnitud muy afín con los ejemplos mencionados”.

Por último, es de destacar que el criterio de la esencialidad ha sido reconocido en la jurisprudencia del derecho penal internacional. En efecto, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso de Dusko Tadic, estableció que la aportación del coautor debe repercutir de tal modo en el hecho “que éste sin aquella no se habría desarrollado de la misma manera”²⁸.

En opinión de Kai Ambos, tal decisión puede ser interpretada a la luz de la dogmática penal “en el sentido de que la aportación al hecho debe ser imprescindible o bien ‘indispensable’ para la realización del hecho total”²⁹:

“Lo que sé quiere significar con esto se muestra claramente en el ejemplo elegido por Roxin del ‘vigilante’ en un robo: Si el hecho fuera imposible sin esa aportación, entonces ésta sería indispensable y existiría coautoría; si, en cambio, la aportación sirviese sólo para la iniciación del ‘aprendiz’ en su nueva ‘profesión’, entonces existiría participación. Resumidamente: son contribuciones esenciales aquellas ‘con relevancia objetiva y material’ y que cumplen una función ‘independiente y esencial’, es decir, ‘escasa’ y de ‘difícil reemplazo’. De la ‘relevancia material’ de las contribuciones resulta también su paridad de rango. Con ello, se sigue a la doctrina española más moderna [...], que se basa en la teoría de Roxin [...] Al mismo tiempo, esto significa un acercamiento a la posición de Jakobs, según la cual serían esenciales aquellas aportaciones que caracterizan al hecho”³⁰.

Con estas apuntaciones queremos significar que la definición como Estado social de derecho de Colombia no puede ser meramente retórica. De esta concepción tiene que derivar una nueva manera de aplicar el derecho porque es así como adquiere toda importancia el logro de la justicia material, mediante la interpretación de las normas que la hagan viable.

Cada perspectiva futura escapa a los alcances de este escrito. No olvidemos que la lucha por el derecho es la lucha por el hombre.

²⁷ *Ibidem*

²⁸ Ambos, Kai, *Op. cit.*, Pág. 191

²⁹ *Ibidem*

³⁰ *Ibidem*, Pág. 191–192

Exclusión de la prueba ilícita y protección de los derechos fundamentales



PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA *
MAGISTRADO DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL

Introducción

No es posible, en un Estado social de derecho, que puedan las partes o los sujetos procesales obtener las pruebas que pretenden hacer valer en juicio, a cualquier costo o que puedan acudir a cualquier mecanismo o artificio para hacerlo, ni mucho menos les es dado quebrantar los derechos y garantías fundamentales de otros con miras a refrendar sus afirmaciones, pues, por supuesto que el ordenamiento, “con *sindéresis* y animado por la preservación del equilibrio y la *eticidad* del proceso, ha introducido límites y precisas reglas probáticas, corroborando de esta manera que el precitado derecho a la prueba no es absoluto y, por tanto, conoce límites y fronteras. Admitir lo contrario, sería propiciar la anarquía, el desorden, la ley del más fuerte y el estímulo a la incorporación de las más oscuras, siniestras y deleznable prácticas atentatorias de las más elementales garantías ciudadanas. De allí el especial celo del constituyente y del legislador contemporáneo para evitar que, con el pretexto de la desenfrenada y obsesiva búsqueda de la referida ‘verdad’, todo se tolere, todo se justifique, todo se excuse, todo se torne viable, amén de inmaculado”¹.

La repulsión de la prueba ilícita surge, entonces, en un Estado democrático como la obvia y necesaria consecuencia de la sujeción de las

actuaciones judiciales a los derechos fundamentales como condición de legitimidad y razonabilidad de la prueba.

1. Concepto

Ciertamente, como suelen destacarlo los autores², la primera dificultad que se advierte al abordar el examen del tema es el relativo a la diversidad terminológica que lo caracteriza. Así, suele aludirse, inclusive, amalgamando los conceptos, a *pruebas prohibidas, pruebas ilegales, pruebas ilícitas, pruebas ilegítimas, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular*, entre otros³. No obstante, dado el desarrollo que la alocución “prueba ilícita” ha tenido en la jurisprudencia y la doctrina patrias, particular, pero no exclusivamente, después de la Constitución Política de 1991, parece que ese *nomen* se ajusta con mayor rigor a lo que aquí se quiere significar.

1.1. Criterios

Es igualmente evidente que tampoco existe consenso en torno a lo que por ella debe entenderse. Mientras algunos conciben un *criterio amplio* de definición, conforme al cual es ilícita aquella prueba contraria a una norma jurídica, vale decir, la que es “obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento”⁴, sin distinguir entre

* Texto de la ponencia presentada por el autor en el X Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria, realizado en la ciudad de Santiago de Cali, Valle del Cauca, entre el 18 y el 20 de octubre de 2007.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de junio de 2007.

² En ese sentido, PICÓ I JUNOY, Joan. “Derecho a la prueba en el Proceso Civil”. José María Bosch editor. 1996. Pág. 283.

³ MIRANDA ESTREMPES, Manuel. “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”. José María Bosch editor. 1999. Pág.15.

⁴ Ídem. Pág.18



© COLPRENSA

preceptos constitucionales, legales o principios generales del Derecho; otros, por el contrario, adoptan uno de carácter *restringido*. Desde esa perspectiva, distinguen entre pruebas *irregulares*, esto es, las que infringen reglas de carácter legal, e *ilícitas*, que son aquellas que se obtienen mediante la violación de los derechos fundamentales de las personas⁵. En este sentido se pronuncian Muñoz Sabaté⁶, Picó i Junoy⁷, Azula Camacho⁸, González Montes⁹, entre otros.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa que se entiende por prueba ilícita “la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, la dignidad, el debido

proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida” (Sentencia del 7 de septiembre de 2006, exp. 21529).

El derecho a probar tiene límites. No se puede ejercer arbitrariamente ni con violación de derechos fundamentales.

⁵ Así, PARRA QUIJANO, Jairo. “Manual de Derecho Probatorio”. Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 23. El autor, siguiendo al Tribunal Constitucional Español, añade que la violación de los derechos fundamentales puede afectar la fuente de prueba o al medio probatorio, “y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”.

⁶ MUÑOZ SABATÉ, Luis. “Fundamentos de Prueba Judicial”. J.M. Bosch Editor. Pág. 244.

⁷ PICO I JUNOY, Joan. “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”.

⁸ AZULA CAMACHO, Jaime. “Manual de Derecho Procesal”. Tomo VI. Temis.

⁹ Citado por Miranda Estrepes, Manuel. Ob. cit. Pág. 21.

Acota así mismo que la prueba ilegal “se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 superior” (Ídem). La Sala de Casación Civil, por su parte, define de modo general la prueba ilícita como aquella en cuya obtención se “pretermiten o conculcan específicas garantías o derechos de stirpe fundamental”. Y valiéndose de la doctrina puntualiza que “es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido



© John Jairo Bonilla

practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. En consecuencia... el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales, hasta el punto que algunos prefieren denominar a esta prueba como inconstitucional” (Sentencia de 29 de junio de 2007, exp. 00751).

En el mismo sentido, esta Sala señala que la prueba es ilegal o irregular cuando “no pretermite un precepto constitucional fundamental, sino uno de índole legal, en sentido amplio, de suerte que será la tipología normativa objeto de infracción, en esta tesitura, la llamada a determinar si se está ante una u otra clase de prueba, sobre todo a partir de la noción de derechos o garantías fundamentales. Si es la Carta Política la quebrantada, particularmente uno o varios derechos de la

mencionada stirpe, la prueba se tildará de ilícita, mientras que si la vulnerada es una norma legal relativa a otra temática o contenido, se calificará de ilegal o irregular” (Ibídem).

1.2. Diferencias entre prueba ilícita y prueba ilegal.

Como lo ponen de presente los reseñados pronunciamientos jurisprudenciales, un primer criterio de distinción se encuentra en la regla jurídica trasgredida, pues la prueba ilícita presupone la vulneración de normas constitucionales, o de ese linaje, que consagren derechos fundamentales; mientras que la prueba ilegal apareja la trasgresión de preceptos legales o de igual o inferior jerarquía.



Tratándose de pruebas obtenidas bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, el alcance del vicio va más allá de la exclusión de la prueba, pues desemboca en una nulidad procesal, amén de una afectación de la imparcialidad del juez.

En segundo lugar, el defecto que estigmatiza una prueba ilícita es insubsanable, amén de que no pueden aplicarse respecto de ella los diversos mecanismos de convalidación que pueda prever el ordenamiento. De ahí que el artículo 29 de la Constitución disponga que es una prueba nula de pleno derecho. Los defectos que acuse la

prueba ilegal, por el contrario, pueden ser subsanados e, inclusive, puede acontecer que a pesar de la irregularidad la prueba no sufra menoscabo.

Por último, la exclusión de la prueba derivada solamente acaece en los casos de prueba ilícita, pero no en los de ilegalidad de la misma.

2. Momento en que se produce la ilicitud

2.1. Refiriéndose a este aspecto, señalan Díaz Cabiale y Martín Morales que “la característica que define la prueba ilícitamente obtenida es que la lesión del derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudoso que se lograra”¹⁰, reflexión que los conduce a sostener, más adelante que, por eso “es imprescindible dejar fuera del concepto de ilicitud probatoria cualquier infracción del ordenamiento jurídico en materia probatoria que no provoque la obtención de la fuente o medio de prueba”¹¹.

En el mismo sentido se pronuncia Montero Aroca para quien “la ilicitud de la prueba se refiere a cómo la parte ha obtenido la fuente de prueba que luego pretende introducir en el proceso por un medio de prueba, y así es posible cuestionarse si, atendida la manera como la parte se ha hecho con esa fuente, cabe que luego la use en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente para los medios, con el fin de intentar conformar la convicción judicial o para fijar un hecho”¹².

Para distinguir entre fuentes y medios, afirma este autor que en el proceso se efectúa una actividad de verificación que tiene como punto de partida la existencia antelada de lo que se quiere corroborar; “ese algo no puede crearse desde la nada en el proceso, sino que tiene que preexistir al mismo. El medio de prueba es así esencialmente actividad, actuación procesal por la que una fuente se introduce en el proceso”¹³.

Por consiguiente, la fuente resulta ser un concepto extrajurídico que se corresponde ineludiblemente con la realidad anterior al juicio; mientras que el medio de prueba es un concepto jurídico y, más específicamente, procesal. Igualmente, aquella, la fuente, existe con independencia de que llegue a realizarse o no un proceso, en cambio el medio se forma en el proceso y siempre producirá efectos procesales. Finalmente, corresponde a las partes la investigación de las fuentes de prueba y, contando con ellas, adelantarán el litigio proponiendo en él los medios necesarios para incorporar las fuentes, de modo que en este se realiza sólo una labor de verificación.

¹⁰ DÍAZ CABIALE y MORALES, Martín. “La garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida”. pág. 22.

¹¹ Ídem, pág. 24

¹² MONTERO AROCA, Juan. “La Prueba en el Proceso Civil”. Pág. 81

¹³ MONTERO AROCA, Juan. Ídem. Pág. 70.

Así las cosas, en la confesión judicial, la fuente es la persona y su conocimiento de los hechos, mientras que el medio es su declaración; otro tanto ocurre con el testigo y su testificación; en la prueba documental, el documento es la fuente, pero al aportarse legalmente al proceso se torna en medio probatorio.

2.2. Otros autores, por el contrario, ensanchan un poco más el campo de acción de la ilicitud para extenderlo a la actividad “intraprocesal”, que comprende, por consiguiente, las etapas de proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso. En este sentido Miranda Estrampes, para quien la ilicitud “puede producirse en dos momentos distintos: en el momento de la obtención de las fuentes de prueba y en el momento de la incorporación de dichas fuentes de prueba al proceso¹⁴.”

La prueba ilícita presupone la vulneración de normas constitucionales, o de ese linaje, que consagren derechos fundamentales; mientras que la prueba ilegal apareja la trasgresión de preceptos legales de igual o inferior jerarquía.

2.3. De conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Como es patente, el precepto constitucional pone particular énfasis en que la anulación de la prueba deviene de haber sido obtenida ilícitamente. Esto es en las etapas que conciernen con la averiguación o investigación, el aseguramiento la proposición, ordenación y práctica de la prueba. La fase de la averiguación de la prueba, como es sabido, está enderezada a recaudar información en relación con las fuentes de prueba de los hechos sobre los cuales versará el proceso. Trátase, subsecuentemente, de una actuación básicamente extraprocesal¹⁵. El aseguramiento de la prueba, por su parte, está encaminado a impedir la pérdida o alteración de las fuentes y medios de prueba. Las pruebas anticipadas en materia civil (artículo 294 y siguientes del C. de P. C.) y en materia penal (artículo 284 de la Ley 906 de 2004); las reglas relativas a la cadena de custodia (artículos 254 y siguientes del C. de P. P.), ejemplifican paradigmáticamente el punto.

¹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M. “El concepto de prueba...”. Ob. cit. Pág. 29.

¹⁵ En lo pertinente, tienen cabida las reglas del Título I del Libro II de la Ley 906 de 2004.

“La proposición, denominada comúnmente petición, es, según Azula Camacho, la solicitud que de uno o varios medios probatorios hace cualquiera de las partes. Tiene ocurrencia en todos los medios probatorios sobre los cuales tiene que pronunciarse posteriormente el juez y realizarlos mediante la práctica. Se excluye el documento, porque deben adjuntarse al escrito en que se solicita tenerlos como prueba, por lo que en relación con ellos no se hable de proposición, sino de *presentación*”¹⁶. Ordenar la prueba no es otra cosa que disponer su realización. Finalmente, la práctica es el acto por medio del cual se recibe el testimonio o la declaración de parte, o se verifican los hechos objeto de inspección judicial, etc.

3. Derechos fundamentales cuya vulneración torna ilícita la prueba

Tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional, no discriminan los derechos fundamentales que pueden dar lugar a la ilicitud de la prueba, razón por la cual, en principio, la lesión de cualquier derecho fundamental puede afectar de ilicitud la prueba.

No obstante, es claro que por su particular configuración ciertos derechos fundamentales suelen ser afectados de manera reiterada por dicho vicio, concretamente el derecho a la vida, a la integridad física, la libertad personal, la intimidad, la inviolabilidad de la correspondencia y el domicilio, entre otros.

Sin embargo, una hipótesis que pone de presente la relevancia de ciertos derechos fundamentales se encuentra en la sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional, en virtud de la cual esa Corporación, refiriéndose a los efectos de la ilicitud, consideró “que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto” (Se subraya).

Vale decir, que en tratándose de pruebas obtenidas bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, el alcance del vicio va

¹⁶ AZULA CAMACHO, Jaime. Ídem. Pág. 70



© Rafael Álvarez

mas allá de la exclusión de la prueba, pues desemboca en una nulidad procesal, amén de una afectación de la imparcialidad del juez, cuyo estado psicológico frente al proceso puede encontrarse contaminado por la prueba, de ahí que deba separarse del conocimiento del mismo, previa exclusión, por supuesto, de la prueba afectada. Es de tal magnitud y gravedad la infracción, que no se quiere correr el riesgo de que a pesar de ser excluida la prueba del elenco persuasivo, pueda ella dejar una huella en el ánimo del fallador que lo induzca a valorar en un determinado sentido las demás pruebas y a adoptar su decisión, dejándose llevar, muy seguramente, por la evidencia que en su mente deja la prueba ilícita.

4. Condiciones del agente que genera la vulneración

4.1. En el sistema jurídico de los Estados Unidos la exclusión de la prueba ilícita tiene una justificación definitivamente disuasiva, habida cuenta que ella tiene como finalidad la de prevenir futuras conductas policiales que vulneren los derechos fundamentales; esto es, que habrá lugar a la exclusión solamente en aquellos casos en los que la vulneración del derecho constitucional provenga de la autoridad pública y haya lugar a prevenir futuros desafueros de esta. Esa particular función de la regla de exclusión fue puesta de presente en el caso *US vs. Calandra*, en el que la Corte de ese país patentizó que “la regla no es un derecho constitucional de

la parte agraviada, sino un remedio judicial creado para salvaguardar los derechos de la cuarta enmienda a través de su efecto preventivo”.

Así las cosas se vislumbra que no existe en dicho ordenamiento una garantía constitucional de las partes o los sujetos procesales conforme al cual puedan alegar la ineficacia de una prueba recaudada mediante la vulneración de un derecho fundamental, sino un mecanismo encaminado a disuadir a las autoridades policivas de las conductas arbitrarias.

De manera pues, que aunque la regla de exclusión norteamericana pueda, a la postre, beneficiar al acusado, no es esa su finalidad esencial, pues como la Corte Suprema de ese país “lo señaló en *Elkins vs. U.S.*: ‘La regla está prevista para prevenir, no para reparar’. O como el Juez Traynor indicó: ‘El objetivo de la *exclusionary rule* no es ciertamente compensar al acusado por el daño pasado que se le hizo, sino penalizar al agente por el mal que provocó (...) Afirmación (...) que, por supuesto, consiste en realzar la *deterrence* función de la *exclusionary rule*’. Y con mayor claridad se reiterará a partir de *U.S. vs. Manis* (1976): ‘El principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas’. En definitiva, en EE. UU. se excluyen las pruebas ilícitas porque es un medio de asegurar que la conducta policial respete los derechos de los



© Germán Gómez Rojas

Un acusado tiene derecho a oponerse a que ciertas pruebas sean aducidas dentro del proceso, siempre y cuando sus propios derechos constitucionales hayan sido violados.

ciudadanos; se pretende así prevenir desviaciones policiales, *deterrent effect*. No se niega el refrendo constitucional de la *exclusionary rule*, en la cuarta o decimocuarta enmienda, porque es el único modo de que la legislación de los distintos estados la asuma, pero sí queda claro que su ubicación constitucional es instrumental o subordinada: no es en sí misma una exigencia constitucional, sino una exigencia constitucional en la medida que sirve para prevenir las conductas policiales contrarias a los derechos de las enmiendas constitucionales. . . Por eso en cada caso hay que sopesar, *balancing test*, el coste de la fuente de prueba, frente al efecto disuasorio que provoca esa exclusión: en qué medida la exclusión de la prueba viene exigida por la tutela del derecho fundamental sustantivo”¹⁷.

Por consiguiente, si no hay lugar a disuadir o prevenir conductas policiales posteriores, puede validamente concluirse que, conforme a ese ordenamiento, no aflora el imperativo de excluir la prueba.

¹⁷ DÍAZ CABIALE y MORALES, Martín. “La Garantía Constitucional...”. Págs. 77 –78.

Inclusive dentro de las excepciones a la aplicación de la *exclusionary rule* aparece la denominada de la buena fe, conforme a la cual si la autoridad policiva actuó apoyándose en un mandato judicial o en una norma declaradas posteriormente como inconstitucionales, no hay lugar a la ineficacia de la prueba porque la policía no sabía que su actuación generaba vulneración de derechos fundamentales y, por ende, no hay lugar a prevenir comportamientos similares.

Lo mismo ocurre si la autoridad actúa con sustento en una orden judicial que consideraba válida, pero que posteriormente es declarada inválida. Así, en *United States vs. León*, “la policía condujo un allanamiento basado en una orden judicial la cual creía ser válida. Posteriormente, un tribunal superior concluyó que el juez que emitió la orden lo hizo sin tener causa probable (un requisito de la cuarta enmienda que exige que cualquier orden de detención o registro esté basada en prueba suficiente para que una persona razonable concluya que se ha cometido un delito y que se hallarán pruebas del mismo en el lugar del registro). La Corte Suprema permitió que se presentaran las pruebas obtenidas como resultado de la orden judicial ya que si la policía actúa «de buena fe» y con base en lo que ellos creen que es una orden judicial válida, la aplicación de la regla de exclusión no tendría ningún efecto disuasivo. Cualquier policía en el futuro procedería de la misma forma al pensar que estaba actuando bajo una orden judicial”¹⁸.

¹⁸ SALAS CALERO, Luis. Consejo General del Poder Judicial. *Revista del Poder Judicial* n°. 66. Segundo trimestre 2002

Inclusive, en esa sentencia la Corte estadounidense repudió la tesis según la cual era menester que los tribunales inferiores apreciaran el estado mental del policía como un medio para establecer si actuó de buena fe y, en su lugar, dispuso que se requería, simplemente, que el Gobierno demostrara que cualquier policía normal habría actuado de manera similar en circunstancias parecidas.

4.2. Eficacia regla de exclusión en los Estados Unidos respecto de procesos no penales

Como quiera que en ese ordenamiento la regla de exclusión está íntimamente ligada con su efecto disuasivo, sin entroncarla rectamente con la protección del derecho al debido proceso, la Corte Suprema Norteamérica ha permitido la presentación de estas pruebas en procesos distintos de los criminales. Al respecto ha precisado que el costo de hacer obrar la regla en estos procesos sobrepasa el beneficio obtenido por su aplicación. Con ese mismo razonamiento ha permitido, incluso, el uso de pruebas ilícitas en procesos para revocar la libertad condicional y en trámites adelantados ante autoridades de inmigración, cuyo resultado puede ser la expulsión del inmigrante. Por supuesto que siendo fiel a esa línea argumentativa, ha decidido que la regla no debe ser aplicada en casos civiles¹⁹.

4.3 La necesidad de legitimación (*standing*)

Inclusive en materias penales los precedentes de la Corte Constitucional de los Estados Unidos establecen una legitimación procesal (*standing*), a efectos de poder invocar la regla de exclusión; así, ha dicho, que el derecho a la intimidad, tutelado por la cuarta enmienda, es un derecho personal cuya protección solamente puede ser reclamada por quienes fueron directamente afectados por la violación. En consecuencia, un acusado tiene derecho a oponerse a que ciertas pruebas sean aducidas dentro del proceso, siempre y cuando sus propios derechos constitucionales hayan sido violados.

4.4. Sistema colombiano

En la tradición jurídica patria, por el contrario, ninguna incidencia tiene la determinación del agente provocador de la vulneración, pues la regla de exclusión está derecha e inmediatamente enderezada a proteger el derecho fundamental del debido proceso, calificado como sustancial, en sí mismo considerado y, por supuesto, de contragolpe o de alguna manera impide a cualquier interesado obtener a cualquier precio, inclusive, atentando contra los derechos fundamentales, las fuentes y medios de prueba.

En este sentido es relevante la sentencia del 29 de mayo de 2006, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Hechos

- Rosa María e Ivano, casados entre sí, liquidaron de común acuerdo y por escritura pública la sociedad conyugal que conformaron;

adicionalmente, por documento privado que denominaron “contraescritura privada”, sin fecha, plasmaron un acuerdo complementario.

- La nulidad absoluta de los referidos documentos fue demandada por Rosa en el proceso en que se profirió este fallo, con sustento en que cuando los suscribió padecía una enfermedad depresiva neurótica y, por tanto, no gozaba de una sana voluntad. Subsidiariamente pidió la nulidad formal de la escritura por haberse firmado fuera de la Notaría y, por ende, sin la presencia de Notario.
- En el reseñado litigio un testigo, en la audiencia de recepción de su declaración, aportó un casete y manifestó que registraba la conversación telefónica que, por llamada e iniciativa suyas, mantuvo con una persona, también ajena al proceso y quien desconocía la realización de esa grabación. Quería corroborar que, realmente, la escritura no se firmó en la Notaría.
- El demandado pidió que el referido elemento probatorio no fuera tenido en cuenta, habida cuenta de su ilicitud, derivada del hecho de haberse obtenido con violación del derecho a la intimidad de una de las personas que intervinieron en la comunicación.

Consideraciones de la Corte

- El elemento de convicción aquí aportado es un documento privado, a la luz de los artículos 251 y 252 del C. de P. Civil.
- El art. 29 de la C. P. consagra que todas las personas tienen derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra. Así mismo, establece que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. El derecho a probar tiene límites. No se puede ejercer arbitrariamente ni con violación de derechos fundamentales.
- Entre las diversas clasificaciones de la prueba está la de prueba ilícita e ilegal. La ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental —precepto constitucional—, mientras que la ilegal o irregular es la obtenida con violación de un precepto legal.
- Las referidas especies de prueba difieren no solo por la fuente de que emanan —violación precepto legal o constitucional—, sino la ilícita, en principio, no es pasible de valoración judicial, como quiera que carece de eficacia demostrativa, salvo algunas excepciones, al paso que la ilegal o irregular sí lo será, aspecto que no es pacífico en el derecho comparado.
- La nulidad de la prueba a que alude el citado artículo 29 corresponde a “la regla de exclusión de las pruebas”, cuya operatividad, en principio, tiene lugar cuando un medio demostrativo ha sido producido con violación de los derechos fundamentales y de los requisitos esenciales fijados en la ley.

¹⁹ SALAS CALERO, Luis. *Ídem*.

- La referida regla admite excepciones; así, por ejemplo, la jurisprudencia de Casación Penal en algunos casos, caracterizados por una evidente tensión entre el derecho fundamental violado con la obtención de la prueba y aquel en que la apreciación del elemento de juicio permitiría salvaguardar, atendiendo al “*criterio de proporcionalidad*”, ha posibilitado la valoración de concretos medios probatorios que, por su etiología y ulterior materialización, algunos pudieran calificar de ilícitos.
- El derecho a la intimidad se traduce en que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo puede ser interferido por orden judicial, en los términos que la ley disponga (Art.15 C. Política).
- La protección jurídica a la intimidad implica amparo positivo a la vida privada, tanto en la fase individual como en la familiar, en cuanto ella constituye factor insustituible de libertad y autonomía.
- Por consiguiente, el registro de una conversación privada, por ejemplo, grabándola, cuando no media el asentimiento de los interlocutores, en principio, es un comportamiento no autorizado por la Constitución, pues altera el derecho a la intimidad.
- La doctrina sostiene que para resolver el problema de la prueba ilícita, el juzgador debe examinar los siguientes elementos: a) qué tipo de prueba es la que se pretende hacer valer; b) cuál es el índole de los intereses en debate; c) dentro de qué marco circunstancial surgió a la vida la prueba.
- Conclusión. El casete aportado al proceso está afectado, como prueba individual, por la nulidad estatuida por el artículo 29 de la Constitución Política, habida cuenta de que la conversación en él registrada tuvo ocurrencia entre terceros, interlocutores que, por consiguiente, no son titulares de los derechos materia de la controversia; su grabación fue efectuada por uno de ellos sin el conocimiento y anuencia del otro; y porque los intereses disputados en el litigio son particulares y de contenido económico y, por tanto, no prevalece sobre el derecho que fue conculcado con la obtención de dicho medio de persuasión.

Para la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema es irrelevante quien provocó la vulneración del derecho fundamental, vale decir si fue una de las partes o un tercero, como también la persona de la víctima en el sentido de que esta debiese ser parte del proceso.

Epílogo

Colítese que para la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema es irrelevante quién provocó la vulneración del derecho fundamental, vale decir si fue una de las partes o un tercero, como también la persona de la víctima en el sentido de que esta debiese ser parte del proceso, pues los supuestos fácticos del caso ponen de presente que la grabación espuria provino de un tercero que no era parte del proceso, e inclusive, fue un testigo el que adujo el documento; y de otra, que la persona afectada tampoco era parte en el proceso.

5. Efectos y alcances de la ilicitud de la prueba

5.1. La Corte Constitucional en la sentencia SU-159 de 6 de marzo de 2002 identifica tres grandes sistemas de regulación de las pruebas ilícitas o inconstitucionales:

“En primer lugar, se encuentran los países de tradición anglosajona donde se aplica la llamada regla de exclusión. Según ella, las pruebas ilegítimas no pueden incluirse en el acervo probatorio y existen procedimientos específicos para excluirlas de él. Sin embargo, dentro de estos países existe una diferencia importante. En Estados Unidos, a principios del siglo XX, la Corte Suprema de Justicia sentó una regla general de exclusión que debe ser aplicada por la policía, los fiscales y los jueces, aunque con el paso del tiempo ha señalado que existen excepciones a la misma, cuya aplicación también corresponde a los mismos funcionarios, incluidos los jueces, según se verá más adelante. En cambio, en otros países de tradición anglosajona, como Canadá, Australia y Gran Bretaña, la regla de exclusión no solo fue tardíamente introducida, sino que no funciona como una regla de exclusión imperativa, puesto que el juez penal dispone de cierta discrecionalidad para aplicarla después de evaluar y sopesar diversos factores.

“En segundo lugar, están los países de tradición romana, como Italia y Francia, donde las pruebas irregularmente obtenidas son sometidas a un régimen de nulidades. En Francia, por ejemplo, se ha establecido un sistema de nulidades específicas basado en la legislación. Sin embargo, la base puede ser explícita y específica, evento en el cual se habla de nulidades textuales, o puede ser la violación de una formalidad sustancial prevista en las disposiciones de procedimiento, evento en el cual se habla de nulidades sustanciales. En uno y otro caso el juez no puede anular la prueba si no afecta los intereses de la parte concernida. En Italia, la nulidad de la prueba ilícita es ordenada por una disposición general de la ley procesal penal que tiene un tenor amplio (artículo 191) y que no exige la existencia de un perjuicio para el inculpaado ni exceptúa las irregularidades menores, por lo cual se considera que el régimen italiano es el más favorable a la invalidez de las pruebas ilícitamente

obtenidas. El concepto empleado es el de la *'inutilisabilidad'* de la prueba que esteriliza los efectos de estas pruebas porque el juez no puede aprovechar los resultados logrados *contra legem*. Dado el grado de severidad de esta regla general, la misma ley exige que el juez justifique de manera expresa por qué no se fundó en cada prueba identificada como irregular (artículo 546).

“En tercer lugar, están Alemania y los países que siguen la tradición germánica, como Suiza, donde no existe ni una regla de exclusión general, en sentido estricto, ni un sistema de nulidades, sino una potestad del juez para determinar caso por caso cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de seguir un método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes”.

5.2. La Sala de Casación Penal de la Corte, en sentencia de 8 de julio de 2004, paradigmática en el tratamiento del tema, señaló que “la consecuencia jurídica de la prueba **inconstitucionalmente** obtenida no es otra que su definitiva y estricta exclusión, como corresponde a la expresión ‘es nula de pleno derecho’, la cual, como también ha sido reiterado, solo afecta a la prueba de espurio origen, no así al proceso a la cual ha sido allegada, sin perjuicio, claro está, de otra clase de sanciones que de ella surgen, por ejemplo, desde el punto de vista disciplinario y aun penal respecto del funcionario que la practica, aporta, permite o admite”.

5.3. Los hechos medulares del caso fallado mediante la Sentencia de 8 de julio de 2004 y que es ilustrativa de la doctrina de esa Corporación fueron los siguientes:

- En el año de 1998, en horas de la noche, un número aproximado de once sujetos armados, vistiendo uniformes de uso privativo de las fuerzas militares, la mayoría con el rostro cubierto, ingresaron a la hacienda San Antonio de Bomboná, en el Municipio de Consacá (Nariño), y secuestraron a Emiliano y a Eustorgio. En la huida obligaron a Ángel a transportarlos. Luego, liberaron a Eustorgio y a Ángel, mientras que por Emiliano pidieron un rescate de \$600.000.000
- Además del plagio, los procesados se apropiaron de una pistola de colección con el respectivo salvoconducto, dos radios portátiles de dos metros y un cargador de pila de una cámara de filmación.
- Por varias llamadas recibidas se dio captura a dos de los plagiarios, quienes además de admitir su responsabilidad, suministraron información de otros dos de los responsables. Uno de ellos al momento de la retención acompañaba a la esposa de otro de los autores, concretamente, el jefe de la banda. Esta última captura permitió conocer el sitio en donde mantenían cautivo al secuestrado.

Sentencia de primer y segunda instancia

- El Juzgado Penal del Circuito Especializado de San Juan de Pasto condenó al procesado y a los compañeros de la ilicitud por secuestro extorsivo, fallo confirmado por el Tribunal.

Naturaleza de la queja

- Se elevó queja bajo el argumento de que hubo ilegalidad en la adopción y valoración de una prueba y más concretamente respecto de la confesión del sindicado Campo Nelson, pues no se observaron las disposiciones que regulan dicha prueba.
- El falso juicio de legalidad recae sobre el hecho indicador, en la medida en que el Tribunal valoró una prueba obtenida en forma ilegal, pues las autoincriminaciones que se hizo Campo Nelson se realizaron sin las garantías constitucionales debidas, pues hubo torturas que los agentes le infligieron, quienes, a partir de sus propias declaraciones, pretendieron corregir las irregularidades presentadas.
- El procesado, en momento posterior a su captura, ante agentes del CTI y de la Procuraduría confesó su participación. De tal hecho hay una grabación filmica.

Consideraciones de la Corte

- El error de derecho por falso juicio de legalidad es un error in iudicando y por ello el vicio afecta únicamente al medio ilegalmente obtenido, sin proyectarse sobre los demás elementos de juicio o la estructura del proceso, por eso la solución es la exclusión del medio de prueba (primario o derivado) afectado, pues se considera “prueba nula de pleno derecho”.
- La exclusión de la prueba recogida en los anteriores términos tiene una función **disuasiva** respecto de la conducta futura de las autoridades, especialmente las de la policía judicial; igualmente una finalidad **protectora**, de la integridad del sistema constitucional y judicial; de **garantía**, de los principios y reglas del Estado social de derecho; **aseguradora** de la confiabilidad y credibilidad del sistema probatorio, y **reparadora** de los perjuicios causados al procesado con una arbitrariedad.
- Las pruebas inconstitucionales están sometidas a la regla de exclusión bajo el sistema de la nulidad de pleno derecho, sin que haya lugar a la discrecionalidad judicial, y sin que se pueda invocar como excepción la prevalencia del interés general, pues este no justifica la violación de los derechos fundamentales.
- Exclusión de las pruebas derivadas. Al respecto existen varios sistemas que oscilan entre aquellos en los que se concede al juez plena libertad para apreciar la prolongación de los efectos de la invalidez de la prueba principal, *inconstitucionalmente* obtenida, al que sienta, como principio general, que la invalidez de la prueba primaria no se pueda extender a otras que le sea rela-

cionadas o causalmente vinculadas y, otro intermedio, conforme al cual los efectos de la *exclusión* de la prueba constitucionalmente ilícita se extienden a las pruebas *derivadas* de ella.

- En este sistema se establecen una serie de distinciones o excepciones, tales como la prueba proveniente de una *fuerza independiente*, o la conocida como de *atenuación*, cuando la regla oculta complejidades concretas, o de la *prueba inevitable*, esto es, la que de todas maneras habría sido conocida por otra vía, así como la denominada “acto de voluntad libre” consistente en que el vínculo de esta prueba se rompe con la prueba inicialmente viciada cuando es ratificada mediante decisión libre de la persona afectada.
- El artículo 29 de la Carta Política y las normas que lo desarrollan excluyen la prueba constitucionalmente ilícita (principal) y eventualmente la **prueba derivada**, entendiendo por esta aquella con entidad igualmente constitucional, de ninguna manera tenue o atenuada, que tiene su fuente de conocimiento en la prueba principal y no en una de carácter independiente.
- No tiene el carácter de prueba derivada para estos efectos la que se aduce **inevitablemente** al proceso por otra vía lícita, ni tampoco la que obtiene “su ratificación” mediante el ejercicio libre de la voluntad del afectado.
- La exclusión no es imperativa cuando se trata de una prueba afectada por irregularidades menores, que por esa misma entidad no desconoce derechos fundamentales ni afectan la estructura del proceso ni el derecho de defensa.
- La exclusión de pruebas ilícitas por desconocer derechos o garantías constitucionales o contravenir el debido proceso no tendría significado, si no es por su trascendencia a tan caros derechos, principios y valores, luego su admisibilidad no puede tener soporte en el propósito de encontrar la verdad.
- En el caso en estudio la Corte entendió que se trataba de un caso de ilicitud de prueba y no ilegalidad, pues hubo tortura y

maltrato. A partir de ello entró a elucubrar si la presunción de inocencia a favor de Campo Nelson fue destruida con las pruebas legal y regularmente aportadas al proceso o si por el contrario, fueron desconocidas las garantías procesales y constitucionales en cuanto aceptó la aducción de pruebas ilícitas, directas e indirectas, que sirvieron de fundamento a los fallos de instancia, específicamente la versión extraproceso del sindicado en la que aceptó responsabilidad.

- La Corte concluyó que los testimonios recibidos por los investigadores del CTI sobre los cuales el Tribunal construyó el hecho indicante de la confesión extrajudicial, no constituye prueba independiente de la originariamente ilícita, sino **derivada** de esta y por tanto está contaminada por el efecto expansivo y próximo de la prueba ilícita básica, por lo que no debió ser considerada como fundamento del fallo de condena, dada la conexidad. En consecuencia, la declaración de los agentes debió ser rechazada.
- También dedujo la Corte que la confesión extraproceso del encartado se obtuvo en las circunstancias que rodearon la aprehensión del inculcado, ya referidas, y en ese contexto las versiones de los agentes de la Policía Nacional se convertían, *ipso iure*, en frutos derivados “del árbol envenenado”. Lo anterior por cuanto que al momento de ser privado de la libertad y durante las horas subsiguientes se le mantuvo en una casa fiscal, bajo amenazas, tratos físicos y morales degradantes de su condición humana. En esas circunstancias dichas pruebas debieron ser excluidas por estar viciadas de manera indirecta y al no hacerlo el Tribunal erró su proceder.
- Al margen de la circunstancia anterior, la valoración de las otras pruebas sí se hizo en debida forma y son suficientes para negar la acusación. Al efecto abordó el examen de los indicios, a partir de lo cual concluyó que las relaciones de amistad del procesado no justificaron por sí solas sus visitas del mismo a la casa de los responsables; tampoco esas relaciones de amistad explican el encuentro y compañía a la esposa del jefe de la banda en una panadería. Por el contrario, existen otras pruebas como la delación, las imprecisiones y contradicciones del mismo procesado (recurrente) y la esposa del jefe de la banda.
- Esas mismas relaciones de amistad no justifican que el recurrente se haya enterado de la existencia de unas armas ni de la existencia de un secuestrado, lo que hace pensar sobre la responsabilidad del mismo en el ilícito.
- Con respecto al hecho indicado (la responsabilidad del procesado) los medios de prueba de que se valió el ad quem para establecer el hecho indicante se erige como opción (gravedad), como el testimonio de otras personas, y descarta el indicio de la confesión extraprocesal del inculcado.
- No hay conraindicios que corroboren las explicaciones de los sindicados. Y descarta la incidencia que pudiera tener la absolución

Tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional, no discriminan los derechos fundamentales que pueden dar lugar a la ilicitud de la prueba, razón por la cual, en principio, la lesión de cualquier derecho fundamental puede afectar de ilicitud la prueba.



de la esposa del jefe de la banda, en cuanto que fue encontrada en compañía de él.

- Concluye diciendo que la prueba indiciaria es **concluyente e irrefutable**. Además, asevera la Corte, que estas pruebas sí son independientes de las primarias que en la providencia se **desestiman por ilícitas**.

5.4. Los frutos del árbol envenenado

Como se ve en esta y otras sentencias la Sala Penal de la Corte suele aludir, para efectos de determinar la aplicación de la regla de exclusión a las pruebas derivadas de la violación constitucional original, a la doctrina conocida comúnmente como la de “los frutos del árbol envenenado”, establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en los casos *Wong Sun vs. United States* y *Brown vs. Illinois*, en los cuales tuvo que sopesar si había suficiente nexo entre la prueba presentada en un juicio y el registro ilegal original, que justificara la exclusión de la prueba en juicio.

En *Brown*, el acusado fue detenido ilegalmente pero fue informado de sus derechos a mantener silencio de acuerdo con los requisitos de la quinta enmienda de la Constitución. Durante dos diferentes interrogatorios el acusado confesó. En ambos casos se le informó de sus derechos. La primera confesión tuvo lugar 90 minutos después de su detención y la segunda siete horas después de su detención. *Brown* intentó excluir ambas confesiones alegando que fueron resultado directo de su detención ilegal. En *Wong Sun*, la Corte había fallado que “no toda prueba es ‘fruto del árbol envenenado’ simplemente porque no se hubiera obtenido si no hubiera sido por la conducta impropia de la policía”. La pregunta a resolver en estos casos es si “después de establecer la ilegalidad de la conducta policial inicial, la prueba que se está objetando se obtuvo como resultado directo del acto inicial o por medios suficientemente distintos del acto ilegal original...” La Corte en *Brown* rechazó el argumento del Gobierno que sostenía que al informarle al detenido de sus derechos a mantener silencio se había roto el nexo entre la detención ilegal y la confesión. Las advertencias requeridas por el caso de *Miranda* se formulan para proteger los derechos a mantener silencio y no autoincriminarse garantizados por la quinta enmienda y no afectan a los de intimidad cubiertos por la cuarta. Como ambas confesiones tuvieron lugar mientras *Brown* estaba detenido ilegalmente, cualquier declaración hecha debía ser excluida²⁰.

5.5. La Corte Constitucional colombiana, por su parte, distingue entre la doctrina de los frutos del árbol envenenado y la teoría de la manzana contaminada en el cesto de frutas. Al respecto anota que la primera de ellas “exige excluir las pruebas derivadas de la

prueba viciada, lo cual se deduce de la Constitución. La segunda llegaría hasta exigir que además de excluir las pruebas viciadas, se anulen las providencias que se fundaron en un acervo probatorio construido a partir de fuentes lícitas independientes de las pruebas ilícitas, el cual, en sí mismo, carece de vicios y es suficiente para sustentar las conclusiones de las autoridades judiciales, sin admitir ni valorar las manzanas contaminadas dentro de una canasta que contiene una cantidad suficiente de pruebas sanas”²¹.

6. Excepciones a la regla de los frutos del árbol ponzoñoso

La necesidad de poner un límite a la regla de exclusión de la prueba refleja con miras a no sacrificar el derecho a la prueba y a tornar nugatorio todo intento de descubrir la verdad en el proceso ha conducido, primeramente a la jurisprudencia y luego al legislador, a la fijación de algunas excepciones enderezadas a aliviar la tensión que sobre el punto pueda presentarse.

La ley 906 de 2004, a la par que estableció en el artículo 23 la cláusula de exclusión de la prueba ilícita y de las que de ella se derivan, señaló en el artículo 455 las excepciones a tal mandato, las cuales, valga la pena precisarlo, ya había desarrollado con alguna antelación la jurisprudencia.

Tales excepciones son:

6.1. *La fuente independiente*. Conforme a este criterio, no se aplica la doctrina de los frutos del árbol envenenado cuando los hechos pueden acreditarse mediante una fuente independiente. Así, a vía de ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Bynum vs. U.S.* (1960) excluyó como medio de convicción las huellas dactilares obtenidas del sospechoso tras una detención ilegal, pero no las que se encontraban en los archivos del FBI cuando se procesa al imputado.

En el derecho patrio un ejemplo revelador se encuentra en las sentencias proferidas por la Sala Penal de la Corte y por la Corte Constitucional, la primera (fallo del 25 de octubre de 2000), por medio del cual condenó al señor Saulo Arboleda por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos; y la segunda, al resolver en sede de revisión una tutela presentada por el condenado contra ese fallo (sentencia SU-159 de 2002). Ambas corporaciones entendieron que, excluida la prueba ilícita, existían en el proceso pruebas independientes y autónomas que apuntaban a la responsabilidad del sindicado.

6.2. *El nexo causal atenuado*. Si bien en esta hipótesis es posible que la prueba no se hubiere obtenido sin la mediación de la prueba ilícita, lo cierto es que existe una cierta diferenciación entre la lesión del derecho y la obtención de la prueba derivada. El precedente norteamericano *Wong Sun vs. U.S.* (1963) aporta un interesante ejemplo: se produce una violación domiciliaria que conduce a la detención de X, quien acusa a Y de haberle vendido

²⁰ SALAS CALERO, Luis.Ídem.

²¹ Sentencia de la Corte Constitucional SU-159 de 2002.

estupefacientes. Se encuentra droga a Y, quien a su vez implica a Z, que es consecuentemente detenido fruto de la ilegalidad inicial. Varios días después, tras haber sido puesto en libertad bajo fianza, Z llevó a cabo una confesión voluntaria ante los agentes que lo interrogaban. La Corte rechazó todas las pruebas salvo esta última confesión, pues aunque admitió que de no haber existido vulneración inicial del derecho fundamental, esta muy probablemente no se habría producido, lo cierto es que el vínculo de conexidad estaba diluido por un acto voluntario y por la circunstancia de que se le hubiera advertido de sus derechos, todo lo cual rompía el ligamen con la lesión inicial.

6.3. *El descubrimiento inevitable.* Bajo esta denominación la jurisprudencia norteamericana señala que no hay lugar a la exclusión de la prueba si esta, de todas formas, habría sido descubierta inevitablemente por una conducta policial respetuosa de las garantías constitucionales.

Se pone como ejemplo habitual a *Nix vs. Williams (Williams II)* (1984): “una confesión obtenida ilegalmente reveló el paradero de la víctima del asesinato, cuando un grupo de 200 voluntarios estaba ya buscando el cuerpo según un plan que incluía la zona donde se encontraba el cadáver”²².

7. Rechazo y exclusión de la prueba ilícita: dos momentos particulares de control

7.1. En materia civil

Un primer momento de control de la prueba ilícita en materia procesal civil, quizás el más idóneo, se encuentra en el mandato contenido en el artículo 178 del C. de P. C., conforme al cual el juez “rechazará in limine las (pruebas) legalmente prohibidas”. Por supuesto que las ilícitas lo son, aunque, y esto es oportuno subrayarlo, no toda prohibición probatoria apareja de manera ineludible la ilicitud de la prueba, pues así sucederá en cuanto la veda esté enderezada a tutelar garantías fundamentales.

Se dice que es el más idóneo de los mecanismos de repulsión de la prueba ilícita porque imposibilita la contaminación psicológica del juzgador, al impedir, desde el pórtico, el ingreso de la prueba. Justamente, la cuestión relacionada con la inclinación que en la prueba pueda producir en el ánimo del juez, no ha pasado desapercibida para la doctrina y la jurisprudencia.

a) Algunos autores son escépticos respecto de la posibilidad del juez de desvincularse de la evidencia introducida por la prueba ilícita, motivo por el cual sostienen que la misma, una vez incorporada al proceso, debe ser valorada conjuntamente con el resto de los medios probatorios, independientemente de las acciones a que haya lugar. En este sentido Muñoz Sabaté²³.

b) Otros, por el contrario, aducen separación del Juez que ha tenido contacto con dicha prueba, para que la prueba ilícita no surta efecto alguno en la resolución del litigio. Señalan que aquel muy difícilmente podrá borrar de su memoria el resultado de esta prueba, y lo contrario supondría exigirle lo que Schmidt denominó una acrobacia psicológica (*psychologisches Akrobatenstünck*)²⁴. Como ya se expusiera, esta es la tesis que abraza la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005.

c) La última solución consiste en excluir las pruebas ilícitas sin necesidad de recusar al juzgador debido a la exigencia de motivación de las sentencias. Al respecto explica Picó i Junoy que “si bien es cierto que habrán podido influir en el subconsciente del juzgador – y ello es imposible de controlar–, no lo es menos que su juicio no puede ser arbitrario, esto es, sin motivación alguna. El juez debe, por mandato constitucional y legal, motivar sus sentencias, es decir, exponer y razonar el iter mental lógico que le conduce a pronunciar un determinado fallo. En este camino tiene que someter a crítica todos los elementos probatorios aportados al proceso, y debe manifestar cuáles le han llevado a estimar como probados los hechos recogidos en el relato fáctico de su resolución. De este modo, el mencionado razonamiento aparece como el mecanismo adecuado de control y garantía de la ineficacia de las pruebas ilícitas...”²⁵.

Un **segundo momento** se presenta al momento de fallar, mediante la aplicación de la regla de exclusión, con la salvedad que acaba de anotarse.

7.2. En materia penal

Se presentan, según las siguientes hipótesis:

- Como lo anota José Joaquín Urbano²⁶, en la audiencia preliminar (artículos 154, 237 y 238), en el acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptaciones de comunicaciones, o la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares para efectos de su control dentro de las 24 horas siguientes a su diligenciamiento. La determinación se adopta de plano y sin lugar a impugnaciones.
- El artículo 359, que regula la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba por parte del juez de conocimiento.
- La aplicación de la regla general de exclusión al momento de decidir.
- El artículo 181, que regula la procedencia del recurso extraordinario de casación por “el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”.

²² DÍAZ CABIALE, José Antonio y MORALES, Martín Ricardo. Op. cit. Pág. 84.

²³ MUÑOZ SABATÉ, Luis. “Técnica probatoria”. Temis. Pág. 62.

²⁴ Citado por PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit. Pág. 860.

²⁵ En “Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal”. Escuela Judicial. Pág. 396.

²⁶ Ídem.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA • SALA DE CASACIÓN CIVIL

Premio Excelencia en la Justicia 2008*

Contexto

La abrumadora congestión de los despachos judiciales del país, que para el año 2004 registraba 2 millones 371 mil 908 procesos inactivos, se ha enfrentado casi exclusivamente a través de la creación de cargos provisionales. Solución que implica altos costos económicos para el Estado, los cuales ascendieron a 13 mil 358 millones de pesos en 2007. Por ello, el programa de descongestión implementado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia constituye una práctica revolucionaria en la administración de las causas sometidas a su conocimiento.

Mediante la expedición del Acuerdo 009 de 1999, que se hizo efectivo en agosto de 2004, la Sala de Casación Civil adoptó las siguientes medidas:

- Creación de un libro de registro por cada magistrado.
- Estudio de proyectos de sentencia por orden alfabético y de manera rotatoria.
- Realización de sesiones especiales por afinidad de asuntos.
- Celebración de salas de descongestión hasta culminar todos los asuntos del orden del día.
- Implementación de nemotecnia.
- Lectura y estudio previos a las reuniones de Sala.

Resultados

1. Cifras descendentes de acumulación de procesos

- En 1999 la Sala resolvía el 76% de los procesos que ingresaban al año, en el 2000 el 88%, en el 2001 209%, en el 2002 123%, en el 2003 95%, en el 2004 106%, en el 2005 y 2006 154%, en el 2007 94% y hasta septiembre de 2008 se resuelve el 82% de los procesos.
- Para 2002 este porcentaje era mayor al de los procesos que entraban al año. Por ejemplo, en 2002, por cada 100 procesos que ingresaron, la Sala evacuó 123.
- A partir de 2004 la eficiencia en evacuación de procesos mejoró hasta alcanzar una evacuación parcial en el 2005 de 154%.

2. Cifras descendentes de acumulación de casaciones

- En 1999 del 76% de los procesos que evacuaba la Sala, tan solo 44% eran de casación.
- Para 2002 la evacuación parcial de casaciones aumentó a 175%.
- En el 2005 la evacuación parcial incrementó a 255%, lo que evidencia una acelerada desacumulación de inventarios.

Como se observa, las medidas han aumentado la eficiencia y repercuten en la disminución de inventarios: en 1999 se evacuaban el 44% de los recursos de casación; en 2005 el porcentaje es de 255%, en 2006 179%, 2007 87% y hasta septiembre de 2008 el 82%.

Con la aplicación del modelo de descongestión se disminuyeron los tiempos procesales de 4 a 2 años en el periodo 2000 a 2005. El promedio de tiempo entre la fecha de adopción de la decisión en la Sala y la de firma ha aumentado para alcanzar hasta tres meses, en 2005. En el 2008, el ingreso y egreso de un proceso de casación se encuentra entre 4 y 6 meses.

Actualmente, los despachos están al día.

Estos resultados de gestión se han obtenido a través de medidas, a primera vista, simples y sencillas, sin la necesidad de la creación de cargos provisionales. Han permanecido sostenibles en estándares de descongestión y tiempos procesales.

Razones para el otorgamiento del Premio Excelencia en la Justicia, 2008

Las medidas tomadas han sido eficientes y resolvieron, a bajo costo y en pocos años, el problema de atraso. Hoy la Sala se encuentra al día, sus decisiones son oportunas y han contribuido de manera contundente con la labor de unificación de jurisprudencia en las áreas del derecho privado de su competencia, permitiendo conocer su pensamiento, tanto a la comunidad jurídica como a la comunidad en general, frente a temas como el régimen de bienes uniones maritales de hecho, fiducia mercantil y agencia comercial, entre otros.

El esfuerzo de la Sala de Casación Civil debe ser un punto de referencia, por varias razones: la primera, la Corte Suprema de Justicia es la cabeza de la jurisdicción ordinaria, por lo tanto es el ejemplo a seguir dentro de la estructura orgánica encargada de realizar la función judicial; segunda, el trámite que hoy debe afrontar un caso en casación civil dura menos que uno de arbitraje, que se consideraba un proceso ágil, y, tercera, porque las medidas, aunque obvias, resultan creativas y de fácil replicabilidad.

* Argumentos expuestos por la Corporación Excelencia en la Justicia para conceder a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el galardón correspondiente a la segunda versión del premio a la excelencia.



©Presidencia de la República

“La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia desarrolla un plan de descongestión que se ha convertido en una práctica revolucionaria en la administración de las causas sometidas a su conocimiento. Su esfuerzo debe ser punto de referencia”.

Corporación Excelencia en la Justicia



©Rodrigo Sepúlveda/EL TIEMPO