

Comisión de la Verdad



AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
PRESIDENTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Abí radica, en medida nada desdeñable, el peligro de que el terror se repita, en mantenerlo lejos de nosotros y apartar con violencia a quien ose hablar del mismo, como si el culpable fuera él, por ser tan poco delicado y no los autores.

T. Adorno

A la voz del olvido recurrente, al silencio de la verdad, el no verbalizarla y a la ausencia de justicia que propone la barbarie, solo puede responderse desde los relatos de la memoria histórica, la expresión de la verdad y la presencia de Temis. Los antónimos de la violencia serán los únicos argumentos con los que podremos fabricar algún día el antídoto que nos haga recuperar la confianza y la esperanza. Entonces, miraremos al otro —la otredad— en la justa medida de su dimensión humana, la humana condición, con la certidumbre del que sabe por qué y cómo pasó lo que pasó. Solo entonces el perdón tendrá sentido, se sabrá qué y a quién perdonar y podrán reconciliarse los que un día se llamaron enemigos.

Frente a las imágenes de dolor, desolación y desarraigo, mientras se escucha la voz de los violentos en los estrados, es necesario destinar todos los sentidos para que la historia se escriba desde la verdad dolorosa de las víctimas, desde la verdad escueta de los victimarios y desde la comprensión de una cultura violenta que debe encontrar su muro de contención.

La verdad, la memoria histórica y la justicia se llenan de contenido en el ejercicio de la comunicación y el diálogo hacia el futuro, en un país que busque opciones a la barbarie. Y, alternativas de justicia en la expresión, la cultura y las propias relaciones sociales. Sin memoria el marco normativo de reconciliación puede quedarse en vacuidades. Sin una eclosión de la memoria histórica al presente quedarán los recuerdos de lo abominable, el silencio, el temor y el olvido. Así, en Colombia urge una comprensión que le permita identificar el sonido, las pisadas, las voces, la ropa, el olor, el color, las cosas, el recuerdo, la impronta del dolor.

A la luz del derecho internacional incorporado a nuestra legislación, *tenemos como pueblo, el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes, de sus motivos y circunstancias.* Derecho explícito en la llamada Ley de Justicia y Paz o Ley 975 de 2005, donde la confesión debe ser observada como un componente de verdad dentro del propósito de reconciliación al que apunta. Es el derecho colectivo a saber, ampliamente reconocido por la Organización de Naciones Unidas, y desde el cual se aspira a que la sociedad en su conjunto reconozca la verdad de lo ocurrido así como las razones y circunstancias en las que se cometieron los crímenes; además, se erige en una forma de reconstrucción de la historia: desconstrucción para construir.

Desde esta óptica, los Estados tienen la obligación de impulsar mecanismos judiciales y extrajudiciales para atrapar la verdad.

Obligación que trasciende los imperativos estrictos del Estado de Derecho y se sitúa en el plano ético y moral de toda sociedad, en la medida en que su descubrimiento es, además de un derecho, el único camino que permitirá restaurar la dignidad de las víctimas (Despouy 2006). Allí, la dignidad de la víctima, allí, los fines del Estado.

Pero, ¿cómo ejercer el derecho a la verdad? ¿A través de qué mecanismos? La historia nos muestra la respuesta: por medio de *“juicios de la verdad”* o *comisiones de la verdad*, cuyo objetivo esencial consiste en crear un espacio desprovisto de las cargas y las consecuencias de los procesos clásicos. Son espacios que han permitido el esclarecimiento, la fijación y la documentación de crímenes que, de otro modo, hubiesen permanecido en la oscuridad y la negación. Y, aceptémoslo, negación existe también en pactos de silencio o reconciliaciones mal concebidas.

En el país es imperiosa la necesidad de tomar medidas urgentes para salvar la memoria sobre lo que se conoce, se está investigando y está por conocerse. No se puede pasar por alto cómo las versiones rendidas por algunos jefes paramilitares desnudan la crudeza de la multiplicidad de crímenes cometidos por los grupos a su mando. Su investigación y juzgamiento demanda los grandes esfuerzos que se están realizando. Pero existe además, hay que decirlo, un correlato formal o informal, un contexto misterioso —fático o sofisticado— que puede llevar a señalar la puerta de la impunidad.

Por ello, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia planteó la conveniencia de la creación de una comisión de la verdad que, ajustada a las necesidades particulares, opere paralelamente con los procesos judiciales, cumpliendo roles complementarios en el esclarecimiento de los acontecimientos que urge la sociedad colombiana. En ese contexto del Proceso de Justicia y Paz instó, en principio, al Gobierno Nacional para que estudiara la posibilidad de convocar en torno a esta propuesta a las principales fuerzas sociales de la nación —representaciones de los tres poderes, organizaciones de víctimas, de derechos humanos y otros grupos civiles—.

Esta propuesta fue retomada y formulada por la Corte en el marco del *XII Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria*, realizado en el municipio de Paipa (Boyacá) el 5 y 6 de noviembre, en el marco de la presentación de las ponencias que registramos en la presente edición y que se circunscribió a dos temas: Acceso a la justicia y acciones especiales en los sistemas judiciales mundiales. Nuestra convicción: Colombia requiere de una Comisión de la Verdad para que el país pueda hablar en el lenguaje justo y preciso de los antónimos de la violencia o mejor de los sinónimos de la memoria histórica, la verdad y la justicia.

Derecho a la justicia



AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
PRESIDENTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

“No debemos hacernos ilusiones, sino prepararnos a no ser comprendidos, a ser despreciados y a ser deshonrados y, a pesar de todo, debemos conservar nuestro ánimo y nuestro entusiasmo”.

Van Gogh

En la hora actual, la del imperio del Derecho Sustancial sobre la sombría rigidez del formalismo clásico, se impone de interés general la reflexión sobre la Justicia desde las aristas del acceso real a sus destinatarios y el contenido axiológico de la función jurisdiccional.

La protección que otrora se concibiera a partir del concepto lato de ‘Hábeas corpus’, como expresión de la tutela a la libertad y su mecanismo antecedente de la acción de tutela, de la ‘acción de hábeas corpus’, tiene desarrollos de insospechada profundidad: no se trata simplemente, como ligera y comúnmente se cree, de la existencia de un juez disponible en cada punto del territorio nacional, sino que más allá de esa posibilidad física y del recurso humano, los mecanismos se refinan y permiten que el valor justicia se distribuya, se imparta y se trasmita a la sociedad como mecanismo civilizado y democrático de resolución del conflicto y como forma de legitimar el Estado todo. El aparato en función de acceso y el acceso como constatación del valor justicia en su consideración dinámica.

En este discurrir se resalta el acceso a la justicia que tiene y debe ir de la mano de los instrumentos internacionales, de los compromisos que de ellos se derivan y de las órdenes que de ellos emanan, como orientadoras en el proyecto de consolidación del derecho a la justicia, que involucra de manera especial a la víctima, cualquiera que sea la disciplina jurídica que la comprometa.

El derecho de acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Carta Política de 1991 —también llamado derecho a la tutela judicial efectiva—, se traduce en la posibilidad que tienen todas las personas de acudir ante los jueces y tribunales de justicia para propugnar, en condiciones de igualdad, por la

integridad del orden jurídico y por la debida protección y/o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos.

Ese derecho, de contenido complejo, incluye no solo la libertad para acceder a los funcionarios que administran justicia, sino el derecho a obtener un fallo, a que el mismo se cumpla y a que, en términos del Tribunal Constitucional español, “el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiese lugar a ello, por el daño sufrido”.

Para las víctimas de un hecho delictivo el derecho de acceso a la administración de justicia se traduce en la facultad de participar dentro del proceso penal, con el propósito de conocer qué fue lo que sucedió y determinar si es viable regresar al estado anterior a la trasgresión y el restablecimiento del derecho quebrantado.

Sus derechos no se limitan —así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional— exclusivamente a una indemnización económica, esta es solamente uno de los posibles elementos de reparación y por sí sola resulta insuficiente. Un efectivo restablecimiento de sus derechos supone más que una mera indemnización, determinar lo que en realidad ocurrió, alcanzar la justicia y una reparación.

Esta posibilidad se desprende no solo del artículo 229 superior, sino de la cláusula 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En efecto, tanto en el derecho internacional como a nivel interno, la visión tradicional de los derechos de la víctima ha rebasado el campo meramente económico para reconocer su derecho a una tutela judicial, de modo que obtengan la reparación por el daño causado, el conocimiento de lo ocurrido, y una efectiva justicia.

No otra cosa sucede en el amplio y, a veces, novedoso derecho civil, por la aplicación de especiales mecanismos que ofrecerá la oralidad y, por supuesto, la tutela y protección que en control se realizará en planos de la justicia consensuada y la forma próspera de la economía de mercado, como la regulación de capitales golondrina y el apoyo a la transferencia de tecnología: el mundo global.

En el derecho laboral, nutridas son las formas de posesión de un factor de crecimiento económico, como es la función social del sindicalismo y la creación de elementos de generación de empleo. Todo ello en el marco también consensuado de la nueva forma de mercado y la integración subregional o multilateral.

La importancia de la justicia, en un Estado Social de Derecho centra su objetivo en reducir el legalismo cualquiera sea su fuente, en pro de la constatación de principios y valores como la tutela a la víctima, la reestructuración social, la paz como fin último y la armonía, sin dubitación en el Estado todo.

Acceso a la justicia es encontrarse con la otredad, el pluralismo y la sociedad civilizada: empeño de la judicatura.

Es por esto mismo que el acceso a la justicia pasa por consideraciones tales como la soledad del juez, porque el juez contemporáneo debe estar atento a los cambios de su época, pero alejado de halagos y de agravios. Sus decisiones tienen el sello del compromiso total con el ordenamiento jurídico, más allá de los aplausos o de los ultrajes de quienes gustan o discrepan de la Constitución Política y la ley.

Parfraseando a Van Gogh: “No debemos hacernos ilusiones, sino prepararnos a no ser comprendidos, a ser despreciados, y a ser

deshonrados y, a pesar de todo, debemos conservar nuestro ánimo y nuestro entusiasmo”.

Esta ha sido la constante histórica de instituciones como la Corte Suprema de Justicia y todo el sistema judicial colombiano, que, en casi 200 años de labor, ha contribuido a construir una bien ganada fama de civilidad y democracia para nuestro país.

Por eso, en tiempos difíciles lo último que podemos darnos el lujo de perder es el ánimo y el entusiasmo de garantizar el acceso a la justicia o ceder a los caprichos de aquellos que pretenden minar la independencia judicial socavando nuestro principal patrimonio: la confianza del ciudadano en sus jueces.

Mecanismos extraordinarios y especiales en los sistemas jurídicos mundiales

Podría pensarse que con la acción de revisión, de gran arraigo y tradición o con la acción de tutela, de ingente aceptación social, los mecanismos se agotaron. Ello es posible. No obstante, se abre, se eclosiona una gama de especial consideración. De una parte y, en

En tiempos difíciles, lo último que podemos darnos el lujo de perder es el ánimo y el entusiasmo de garantizar el acceso a la justicia, o ceder a los caprichos de aquellos que pretenden minar la independencia judicial socavando nuestro principal patrimonio: la confianza ciudadana.



reforzamiento de la acción de revisión, lo que podríamos llamar las revisiones internacionales, es decir, aquellas surgidas como recomendaciones de los organismos de supervisión y control de los derechos humanos, de origen multilateral o subregional, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se exhibe como elemento complementario de singular significación.

Ahora bien, los mecanismos extraordinarios y especiales de protección actuales, no se agotan con la adopción y existencia de instrumentos netamente penales o de estirpe constitucional como la acción de tutela, instituidos para la protección efectiva de un catálogo de derechos humanos altamente reconocidos.

El progresivo reconocimiento de nuevas generaciones de derechos humanos involucra compromisos internacionales, fruto de la interlocución o diálogo mundial, entre ellos, aquel que, forjado en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), apuesta por la disminución de emisiones de dióxido de carbono, la reducción de gases industriales, la financiación por parte de los países desarrollados para combatir el cambio climático, detener el calentamiento global, reducir sustancialmente el efecto invernadero, resguardar el medio ambiente como condición garantizadora de la supervivencia, disfrute decoroso de aceptables niveles y condiciones de vida, como parte integrante del desarrollo económico y social.

A su turno, desde la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se escrutan los aspectos económicos y sociales del desarrollo, lo que ha permitido a esa organización, desde su creación en 1919, la consolidación de un elenco normativo que se erige como referente laboral internacional de obligada incorporación en las legislaciones nacionales y sujeto a continua y permanente vigilancia por parte de ese organismo.

El postulado según el cual la estabilidad y la integración sociales solo resultan posibles si se sustentan en la justicia social, es el que preside y legítima la labor de la OIT, en su defensa primordial por el respeto del derecho al empleo con remuneración equitativa y en lugares de trabajo saludables.

En ese propósito, la OIT impulsa la promoción de los derechos humanos básicos, el mejoramiento de las condiciones de trabajo, de la calidad de vida, el incremento de las opciones de empleo, la salud, seguridad en el trabajo, la eliminación de la discriminación y la desigualdad entre los sexos y la disminución progresiva del trabajo infantil.

Ahora, en el camino de protección de los derechos humanos, la ONU ha establecido variadas metodologías para investigar los abusos de los derechos humanos, así como para presionar la adopción de medidas encaminadas a corregir y eliminar dichos abusos. La Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos suele disponer investigaciones por medio de mecanismos extraconvencionales, como los grupos de trabajo y los relatores especiales, quienes mantienen contacto con grupos nacionales y autoridades gubernamentales, realizan visitas cuando los gobiernos lo permiten y formulan recomendaciones enderezadas a fortalecer el respeto de los derechos humanos. Según sean las conclusiones, la Comisión exhortará al Gobierno que corresponda para que efectúe los ajustes indispensables en esa dirección.

Como puede verse, el panorama contemporáneo permite visualizar un elenco significativo de codificaciones que, desde la óptica del derecho comparado y el orden jurídico internacional, hoy alcanzan relevancia como instrumentos extraordinarios y especiales de primer orden que posibilitan e incrementan de manera efectiva el espectro de protección de los derechos fundamentales.

De ahí que percibamos con singular complacencia este contenido temático y exaltemos el interés por el debate y la reflexión alrededor de sus contenidos y conclusiones.

La respuesta es la globalización. Las partes hoy son los garantes de un delicado equilibrio entre los instrumentos internos e internacionales.

La visibilidad del cambio climático, la tecnología en intercambio, el ámbito de seguridad social y la sanción de la macrovulneración en todas sus formas, son el compromiso del juez y, por supuesto, el riesgo en su desempeño, en su supuesto o en su vida.

El juez contemporáneo debe estar atento a los cambios de la época, pero alejado de halagos y de agravios. Sus decisiones tienen el sello del compromiso total con el ordenamiento jurídico, más allá de los aplausos o de los ultrajes de quienes gustan o discrepan de la Constitución Política y la ley.





Acceso a la Administración de Justicia

Coherencia, seguridad y autonomía judicial



WILLIAM NAMEN VARGAS
PRESIDENTE SALA DE CASACIÓN CIVIL

El valor supremo de la justicia está colmado en nuestros días de incertidumbre.

1. Noción de justicia

En la historia de la humanidad, la noción de justicia ostenta una particular naturaleza dinámica, relevancia singular y concreta connotación, objeto de estudios profundos en todas las áreas del conocimiento y disciplinas, con posturas dicotómicas¹ orientadas a la eterna búsqueda de lo justo.²

La locución del griego *dikaïosyne* (δικαιοσύνη), de *dike* (Δίκη) Dikê, realidad de lo justo) y *dikaion* (*ius*), es virtud o estado de lo justo, donde el *dikastês* (juez, *iudex*) es el hacedor de la justicia (*dikaïosunê*, *iustitia*) al ejercer el *to dikaion*.

1 Kelsen, Hans. *¿Qué es Justicia?*, Trad. esp Albert Calsamiglia. Barcelona: Planeta, 1993: "Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta. Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que sólo pueden ser replanteadas".

2 Nino, Carlos Santiago. "Justicia". El Derecho y la justicia. Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Tomo 11º de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 46: "Sócrates, a través de Platón, sostenía que la justicia es una cosa más preciosa que el oro (La República, Libro Primero, 336 e) y Aristóteles, citando a Eurípides, afirmaba que ni la estrella vespertina ni la matutina son tan maravillosas como la justicia (Ética, Libro Cuarto, I). ¿Qué es la justicia? ¿Una virtud de las personas? ¿La primera de las cualidades de las instituciones políticas y sociales? ¿El medio entre dos extremos? ¿La ley de la clase dominante? ¿El resultado de un procedimiento equitativo? ¿Lo que surge de un proceso histórico en el que no se violan los derechos fundamentales? ¿Un ideal irracional? Estas y muchas otras respuestas extremadamente divergentes entre sí fueron dadas por filósofos serios a lo largo de una extensa historia del pensamiento dedicado a desvelar esta incógnita".

La delimitación de su estructura deviene compleja en el contexto político, jurídico, cultural, social, económico e ideología predominante, tanto más en un mundo caracterizado por la celeridad, el dinamismo y, más ampliamente, la globalización.

Desde épocas pretéritas, representa la virtud humana más excelsa, *ab origine* asociada a la moral social media de la vida de relación y, específicamente, a la ética de lo justo.

A la "virtud" la miraban los griegos como *verbi gratia*; Platón, la concebía como un estado interior del alma para lograr los bienes trascendentes³, fruto no de las pasiones sino de la razón armónica proveniente de la sabiduría (empleo del conocimiento en la cotidianidad), el valor (ímpetu de la voluntad) y la templanza (sensaciones percibidas y asimiladas), conjunción de virtudes generatriz de un hombre justo. Inspiró a Aristóteles quien la consideró como "la virtud por la cual cada uno tiene lo propio, y según la ley; y la injusticia cuando tiene lo ajeno, no según ley"⁴, mediando algo intermedio, un contra o aptitud de control de las pasiones excluyente de la irracionalidad de las pasiones del ser.

La problemática aneja a su precisión conceptual, en efecto, se ha abordado bajo las perspectivas de la ética, la perfección, la legalidad, imparcialidad, equidad, el consenso expreso o implícito, el orden social o económico distributivo de los bienes, las esferas, roles y posiciones en sociedad, a cuyo propósito son conocidas las posiciones del *iusnaturalismo*, el positivismo, el racionalismo, el

3 La República, de Platón (Libro VI), quien evoca a Simónides, de un siglo anterior.

4 Aristóteles. *Retórica*. Edición e introducción de Antonio Tovar. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1990, I, 9, 1366 b, 10-12; en 1360 b, 24. La justicia es componente de la virtud, con la prudencia, fortaleza y templanza (en 1366 b, 1-4 agrega el valor, la magnificencia, la magnanimidad, la liberalidad, la afabilidad y la sabiduría).



@Fiscalía General de la Nación

pacto o contrato social de convivencia, gobernabilidad o constitutivo del Estado, el liberalismo político, los modelos de la posición original y el velo de la ignorancia⁵, la justicia como equidad, la sociedad bien ordenada, el consenso superpuesto, la razón pública y las libertades cívicas y políticas; el liberalismo ético en la particular percepción de los derechos morales, la continuidad ética, la ética del desafío,

la comunidad liberal, igualdad de bienes y la no-envidia⁶; la imparcialidad de las reglas, personas y conductas, provecho mutuo y la reciprocidad⁷, las esferas de la justicia y de los bienes, y las concepciones de las libertades y derechos humanos⁸, entre otras.

La reflexión se acentuó en la filosofía analítica con la notable obra del filósofo norteamericano Jhon Rawls (*Theory of Justice*, 1971), quien la describe “la primera virtud de las instituciones sociales

5 Rawls, Jhon. *Teoría de la Justicia*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995 [1979, pp. 23–75], partiendo de un consenso universal en la “posición original” para “establecer un procedimiento equitativo según el cual cualesquiera que sean los principios convenidos, éstos sean justos”, suprimiendo “los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho”, o sea, sin excluir la arbitrariedad, para acordar libre y racionalmente el contenido de la justicia donde el orden jurídico es fruto del consenso e igualdad universal con la supresión de contingencias concretas de desigualdad, existiendo, sin embargo, un “velo de ignorancia” para convenir la posición original en forma justa por desconocimiento de las perspectivas concretas del plan racional de vida y de la sociedad y el conocimiento de las condiciones abstractas del entorno y bienes sociales primarios que, permitan negociar racional y reflexivamente los principios del proyecto de vida, algunos derechos, libertades y “las bases sociales del respeto de sí mismo”, por lo cual, lo “que estos individuos hagan se derivará entonces de un razonamiento estrictamente deductivo a partir de estas presuposiciones acerca de sus creencias e intereses, su situación y las opciones que se les ofrece” con la adopción de los principios de justicia, libertad y diferencia.

6 Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1987; ID. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa editorial, 1992; ID. *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1993.

7 Barry, Brian. *La justicia como imparcialidad*. Barcelona: Paidós, 1997; ID. *Teorías de la Justicia*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995.

8 Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Trad. esp. de Luis Villar y Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 337, 338 y ss. Los derechos humanos “[s]on, precisamente, derechos de los hombres y para los hombres y nada en lo humano es absoluto. Esto vale también para los principios generales del derecho.” Los principios no se pueden aplicar como en una receta de cocina; con dichos principios no obra la subsunción [...]. Pero tales principios son tópicos (topoi) muy importantes de la argumentación y tienen, por ende, gran peso cuando se trata de la protección de las minorías y de los más débiles”. “Obra de tal forma que las consecuencias de tu acción sean compatibles con el mayor rechazo o la más significativa disminución de la miseria humana. Así: respeta y reconoce aun a aquellos cuya vida en la sociedad vale poco: a los impedidos, a los concebidos no nacidos, a los moribundos, a los llamados, con cinismo, ‘indignos de vivir’”.

como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento⁹) y, también con “Las esferas de la justicia” de Michael Walzer y su teoría de los bienes presuponiendo un juicio pragmático de los usos y prácticas sociales, el entendimiento social y las relaciones recíprocas de las distintas estructuras adaptadas a los criterios distributivos relacionales por trascendencia y dominación.¹⁰

Este ideal de antaño lo expresó Ulpiano en sus célebres frases: “*El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo*” (*ius est ars boni et aequi*, D.1.1.1); “*justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno de su derecho*” (*constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, D.1.1.1 pr.).

Cicerón, memorando a Aristóteles, enunció los principios cardinales de la honestidad: prudencia, justicia, fortaleza y templanza; su fundamento descansa en la “*fidelidad*”, en “*que no se haga daño a nadie, y [...] se mire por la común utilidad*”¹¹.

En la memoria de la civilización, su construcción dogmática es inconveniente por la relatividad histórica del concepto y su constante mutación evolutiva y adaptación a la mentalidad y necesidades sociales; su noción concretiza un *ideal* directriz inmanente, intuitivo, inescindible, indisociable e imprescindible del ser humano, la estructura política, normativa y social de la

comunidad¹², irradiando todo el sistema y el ordenamiento jurídico¹³ y, su sentido genuino, atañe a un valor supremo totalizador con caracteres de generalidad y abstracción apreciado in casu, en el cual “*se compendian todas las virtudes*”¹⁴.

Más exactamente, la justicia es la más excelsa virtud humana en la cual confluyen una suma de valores, principios y reglas definitorias, constitutivas y fundantes de la democracia, el orden, la paz, el respeto, las garantías, libertades y derechos ciudadanos para propiciar y mantener la simetría en la vida de relación, el Estado y la sociedad en condiciones razonables de oportunidad e igualdad¹⁵.

De este modo se capta a plenitud la inmensa delicadeza de la administración de justicia y altísima responsabilidad del juez cuanto garante primario de su eficiencia, eficacia, imparcialidad y ecuanimidad, regido por la autonomía e independencia desprovista de influencias y factores malsanos exógenos en la adopción de su decisión *ars bene dicendi* con sujeción a claros parámetros normativos, su hermenéutica aplicativa según el estado del arte en procura del respeto del sujeto de derecho y de un orden justo.

2. Acceso a la administración de justicia

El ordenamiento jurídico establece el acceso a la administración de justicia o a la tutela judicial efectiva como un derecho constitucional fundamental de aplicación inmediata (artículo 229 de la Constitución Política) y pilar estructural del Estado Social de Derecho, al asegurar eficazmente sus fines esenciales de un orden político, económico y social justo, la convivencia pacífica, el respeto

9 Ralws, Jhon. *Teoría de la Justicia*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1995 [1979, pp. 23-75]: su “objeto primario [...] es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por instituciones más importantes entiendo la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales”.

10 Walzer, Michael. *Las esferas de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 17 y ss. La sociedad es una comunidad distributiva con particularidades históricas culturales y de pertenencia; los bienes de la justicia son sociales, dimanen de los procesos; los individuos ostentan “*identidades concretas por la manera en que conciben y crean –y luego poseen y emplean– los bienes sociales*”. “*No existe un conjunto de bienes básicos o primarios concebibles para todos los mundos morales y materiales*”, “*pero es la significación de los bienes lo que determina su movimiento. Los criterios y procedimientos distributivos son intrínsecos no con respecto al bien en sí mismo sino con respecto al bien social*” y en el contexto social del bien, su comprensión y distribución; “*la significación social de un bien es un fenómeno histórico, varía no tan solo de comunidad en comunidad, sino también en momentos históricos diversos de la misma comunidad, esta proposición es una invitación a la investigación empírica*”. “*Cuando los significados son distintos, las distribuciones deben ser autónomas*”. “*Todo bien social o conjunto de bienes sociales constituye, por así decirlo, una esfera distributiva dentro de la cual solo ciertos criterios y disposiciones son apropiadas*”.

11 Cicerón. *Los Oficios*. Libro I. Capítulo V. *Tratados Morales. Los clásicos*. Cumbre. México: 1978, pp.165–166: “*Mas todo lo que es honesto ha de proceder de alguna de estas cuatro partes. Porque, o consiste en la investigación y conocimiento de la verdad, o en la conservación de la sociedad humana, en dar a cada uno lo que es suyo, y en la fidelidad de los contratos, o en la grandeza y firmeza de un ánimo excelso e invencible, o en el orden y medida de todo cuanto se dice y hace, en que se comprende la moderación y templanza*”. ID. *Los Oficios*. Libro I. Capítulo VIII y X. *Tratados Morales. Los clásicos*. Cumbre. México: 1978, pp. 171–172.

12 Legaz Lecambra, L. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1951, pp. 443 y 444 “*sin la justicia no es posible definir el Derecho. La justicia es un horizonte en el paisaje del Derecho, horizonte que pertenece al paisaje mismo [...] la justicia representa, en una primera determinación, un valor ideal que sirve de punto de referencia a aquellos datos de la realidad a los que, al insertarse en ellos, imprime el carácter de lo jurídico*”.

13 Los términos sistema y ordenamiento jurídico difieren, no obstante la sinonimia empleada por la generalidad, v. gr. Kelsen, Raz, Alchourrón y Bulygin. Cfr. M. Troper. “*Système juridique et État*”. *Archives de philosophie du droit*, 31, Le système juridique. París, 1986, p. 30; Sacco, R.. “*Sistemi giuridici (aspetti generali)*”, “*Sistemi giuridici (rassegna e comparazione)*” y “*Sistemi giuridici romanisti*”. *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile* 18, Turin 1998; Catalano, P. *Diritto e persone*. Studi su origine e attualità del sistema romano. 1ª Ed. Turin: Giappichelli, 1990, pp. VII s., 48 s., 91 ss. y passim; Id. “*Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1, 1, 12*”. *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca II*. Nápoles: 2001, pp. 95 y ss.; Bryce, J. *Studies in History and Jurisprudence*. 2 vol., Oxford, 1901.

14 Recasens siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1965, p. 479: “*En la historia del pensamiento la palabra ‘justicia’ ha sido usada en dos acepciones de diferente alcance y extensión, incluso por los mismos autores: por una parte, la palabra ‘justicia’ se ha usado y se usa, en el antedicho sentido, para designar el criterio ideal, o por lo menos el principal criterio ideal del Derecho (Derecho natural, Derecho racional, Derecho valioso); en suma, la idea básica sobre la cual debe inspirarse el Derecho. Mas, por otra parte, ‘justicia’ ha sido empleada también para denotar la virtud universal comprensiva de todas las demás virtudes. Así, por ejemplo, Teognis, el sabio antiguo dice ‘En la justicia se compendian todas las virtudes’*”.

15 Legaz Lecambra, L. Op. cit., p. 449: “*La idea absoluta de justicia consiste, sin duda, en aquel equilibrio y proporcionalidad entre todas las cosas*”.

de la legalidad y la dignidad humana y garantizar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias, derechos, garantías y libertades públicas (C. P., arts. 1º y 2º).

A la par, disciplinar los medios para acceder y solucionar las controversias, disputas o conflictos, ya de manera directa por los sujetos en desarrollo de su libertad o autonomía privada dispositiva, ora asistidas por terceros neutrales e imparciales (*autocomposición*), bien por los órganos habilitados para adoptar una decisión heterónoma e impenativa (*beterocomposición*), o también por aquellos y estos (*autobeterocomposición*).

El derecho comporta, *prima facie*, un acceso real y no simplemente formal ante la autoridad jurisdiccional competente para la eficacia de los derechos y garantías constitucionales mediante la solución eficiente, eficaz y pronta de los conflictos, comprendiendo el diseño e implementación de instrumentos y procedimientos flexibles e idóneos, la tutela del debido proceso y el conjunto de mecanismos para su efectividad en idénticas condiciones de igualdad y oportunidad, sin distingos de naturaleza alguna por virtud de raza, edad, sexo, status, creencias o convicciones e ideologías.

Su plasmación constitucional contiene el acceso a un juez o tribunal libre, autónomo, ecuaníme e imparcial, las autoridades ante quienes puede acudir, la forma de hacerlo, la manera de su ejercicio, acciones, trámites, procedimientos, recursos, términos, obtención de una decisión expedita sujeta al imperio de la ley, la primacía y efectividad del derecho sustancial sobre las formalidades según la potestad de configuración normativa del legislador con sujeción a las garantías fundamentales y a evidentes directrices de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad, sin barreras, obstáculos ni exigencias excesivas o irrazonables que lo hagan nugatorio.

Análogamente, el acceso a la administración de justicia implica el derecho a acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, o sea, a la amigable composición, la conciliación y el arbitramento (artículos 116 Constitución Política; 8º, 12 y 13 de la Ley 270 de 1996, modificados por la Ley 1285 de 2009)¹⁶, este

16 En la actual orientación se propende a la armonización normativa en materias de alta sensibilidad social y económica, con criterios compatibles en los distintos ordenamientos principios, directrices y preceptos uniformes, próximos o análogos; así, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Cámara Internacional de Comercio (ICC), la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (Conferencia de la Haya) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) con participación de distintos Estados, han propiciado estatutos modelos y otros instrumentos en asuntos de importancia común para los ciudadanos y los países, para la unificación y armonización del derecho; CNUDMI ó UNCITRAL, elaboró la Ley Modelo de Arbitraje para el Derecho Mercantil Internacional, cuya adopción recomendó la resolución 40-72 de 11 de diciembre de 1995 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “en vista de la deseable uniformidad de la Ley sobre Procedimientos Arbitrales y la necesidad de las prácticas de arbitraje comercial internacional”. Esta Ley ha inspirado las leyes de arbitraje en Alemania, Australia, Bahrein, Bermuda, Bulgaria, Canadá, Chipre, Egipto, Estados Unidos (California, Connecticut, Oregón y Texas), Guatemala, Hong Kong, Hungría, India, Irán, Irlanda, Kenia, Lituania, Macao, Malta, México, Nueva Zelanda, Nigeria, Omán, Perú, Reino Unido (Escocia), Rusia, Singapur, Sri Lanka, Túnez, Ucrania, Zimbabwe y, recientemente, España con la Ley 60 de 23

El acceso a la administración de justicia comprende el derecho de los ciudadanos a obtener de los jueces pronunciamientos claros y precisos a la cuestión concreta. La exigencia de coherencia impera en las decisiones de los jueces.



último por cuyo origen, difusión, confianza, celeridad y especialidad, “es una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho...” (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de mayo 29 de 1969, CXXXVII, 2338, pp. 58 y ss.), basado en “la autonomía privada dispositiva reconocida expresamente a propósito el artículo 116 de la Constitución Política modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo número 003 de 2002, consagratorio del “derecho al arbitraje” (Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de febrero de 1996 [S-011-06], exp. 5340) en virtud del cual “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”, donde “las partes en ejercicio del derecho constitucional fundamental de acceso a la justicia por autorización explícita del constituyente, resuelven que sus conflictos sean decididos única y exclusivamente por los árbitros y no por los jueces permanentes”, quienes respecto del asunto carecen de jurisdicción (Sala de Casación Civil, sentencia de 1º de julio de 2009, exp.11001-3103-039-2000-00310-01).

El derecho de acceso a la administración de justicia excluye condicionamientos o requisitos de procedibilidad de origen negocial por las partes o sujetos contractuales constitutivos de un escollo insalvable para su ejercicio, admitiéndose, empero los razonables expresamente consagrados en la ley, *ad exemplum*, la conciliación extrajudicial.

De la misma manera, precisa la posibilidad el ciudadano a recibir asesoría estatal y, en su caso, servicio profesional gratuito, no solo en tratándose del amparo de pobreza. En idéntico sentido, el acceso es un verdadero derecho y una obligación del Estado, en términos de acudir y obtener del aparato judicial la pronta impartida justicia. Presupone, por consiguiente, condiciones materiales ciertas y objetivas para acceder, no simplemente disponibilidad física de un juez en el territorio. No basta la presencia de un juez en la geografía del país; es menester, la concurrencia verosímil de medios idóneos para tal efecto.

de diciembre de 2003 la incorporó tanto para el arbitraje nacional como el internacional. Del mismo modo, la generalidad de países latinoamericanos como Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela, entre otros, la han adoptado en bloque, algunos solo para el arbitraje internacional, como Chile con la Ley 19.971 de 29 de septiembre de 2004.

En consecuencia, la justicia como servicio público para y por el ciudadano, precisa la gestión idónea de los recursos físicos y humanos con el diseño e implementación de soluciones concretas que la tornen más próxima, confiable y eficiente: formación del juzgador y personal capacitado en la gestión; métodos y elementos de trabajo; accesibilidad a información veraz y comprensible; utilización de la informática y las tecnologías, celeridad y sentido de responsabilidad.

En especial, la “*administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento*” y las “*actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos*” (artículo 4º, Ley 270 de 1996 modificado por el artículo 4º de la Ley 1285 de 2009, exequible según sentencia C-713-2008 de 15 de julio de 2008, ‘... en el entendido de que la oralidad sólo puede ser exigible de conformidad con las reglas procedimentales que fije el Legislador’.).¹⁷

Las nuevas tecnologías entrañan cambios significativos en la gestión judicial y las relaciones con los sujetos procesales, las autoridades y el ciudadano: el proceso digital es una realidad actual donde la idea central es la seguridad o certeza del documento, la firma, notificaciones, pruebas y decisiones.

La digitalización de los documentos judiciales, el acceso permanente a bases de datos de la jurisprudencia y a los expedientes, desarrolla la eficiencia y eficacia de los medios de gestión con beneficios inmediatos en los órdenes administrativos, operacionales y de ejecución, reducción de costos, disminución de tiempos en las actividades de presentación de escritos, notificaciones, recursos, providencias, comodidad, inmediatez de conexión y comunicación, acercamiento de la administración de justicia a la comunidad mediante portales únicos integrados para los distintos trámites control y seguimiento

17 El art. 95 de la Ley 270 de 1996, tecnología al servicio de la administración de justicia, establece para el Consejo Superior de la Judicatura el deber de propiciar la incorporación tecnológica al servicio de la administración de justicia, en el mejoramiento de la práctica de pruebas, formación conservación y reproducción de los expedientes comunicación entre los despachos y garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información, pudiendo los jueces utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones. Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. La Ley 527 de 1998 reguló el documento electrónico, la firma electrónica (la Ley 794 de 2003 prevé los fedatarios judiciales), la validez y eficacia probatoria de los mensajes de datos, la equivalencia funcional, el art. 148 del C.P.P. reg. la utilización en la actuación de los medios técnicos, mecánicos y electrónicos “que la ciencia ofrezca y que no atenten contra la dignidad humana y las garantías constitucionales .Cuando las diligencias sean recogidas y conservadas en sistemas de audio y/o video se levantará un acta en que conste fecha y hora de la misma, será suscrita por quienes tomaron parte en ella. El contenido se llevará por escrito cuando sea estrictamente necesario”.

de expedientes electrónicos, en una palabra la celeridad, eficiencia, eficacia, flexibilización y optimización de recursos.

Las tecnologías de la información y las comunicaciones aportan un conjunto de recursos para el registro, tratamiento, almacenamiento, uso y presentación de la información, verbi gracia, transmisión de datos y voz, videos, conferencias, fibra óptica, con las consecuentes ventajas en tiempos y costos.

3. Coherencia

La plenitud sistémica parte del principio elemental de coherencia racional, lógica y equilibrada en la previsión de la hipótesis de hecho y sus consecuencias, traduciendo un modelo programático con aptitud de suficiencia, claridad, precisión y supresión de dudas, anfibologías, contradicciones y conflictos.

La incoherencia, por el contrario, generalmente concretiza una situación conflictual patológica entre diversas normas, reglas, directrices o pautas respecto de un asunto, aspecto o materia común.

En efecto, la antinomia, asimetría, incoherencia o contradicción de reglas se presenta por la simultánea solución incompatible, dispar u opuesta de una misma cuestión, sea al disciplinar un idéntico supuesto fáctico con consecuencias normativas divergentes, ya por contener una combinación múltiple de circunstancias con criterios diferentes y contrarios, en cuyo caso, la decisión se torna imposible Las antinomias son de distintos órdenes.

Podrán darse en el mismo o diverso corpus normativo, respecto de preceptos de una misma codificación o ley o tipo de fuentes, bien iniciales, bien ulteriores, con idéntica o distinta jerarquía, valor y función (homogénea y heterogénea). Asimismo, son absolutas e integrales, relativas o parciales, recíprocas e interdependientes, genéricas, conexas o coligadas y consecuentes, genéricas o abstractas y específicas o concretas, necesarias y contingentes.

De ordinario los mecanismos de prevención, evitación y solución de las incoherencias se remiten a la interpretación (declarativa, sistemática, adecuada, literal, evolutiva o histórica, correctiva, restrictiva, amplia) y a criterios de jerarquización (*lex superior derogat legi inferiori*) especialidad (*lex specialis derogat legi generali*) cronología o temporalidad (*lex posterior derogat legi priori*), disociación (donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete), ponderación, prevalencia, equilibrio, absorción, conjunción y a una serie de parámetros lógicos moderados (*moderatorio legis, temperatio iuris*).

La exigencia de coherencia impera en las decisiones de los jueces; el acceso a la administración de justicia comprende el derecho de los ciudadanos a obtener de los jueces pronunciamientos claros, precisos y concretos a la cuestión concreta.

Tal aspecto refiere igualmente al valor de los precedentes judiciales y la seriedad de la administración de justicia, estrechamente asociada al derecho de acceso, el debido proceso, la credibilidad, confianza, seguridad, certidumbre, estabilidad y a la labor de *monofilaquia* inmanente a la jurisprudencia, planteando una antigua discusión, aún no superada, a propósito del modelo del juez exigible en la sociedad, su función, rol, obligatoriedad de la doctrina judicial, las fuentes y métodos

de unificación del derecho, particularmente en sistemas de derecho *codificado*, donde está sometido al imperio de la ley¹⁸.

El artículo 4º de la Ley 169 de 1896, preceptúa: “*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores*” –declarado exequible según sentencia C-836 de 2001 (exp. D-3374), “*siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia*”.

En particular, una solución única, idéntica y simétrica a toda hipótesis es en la práctica difícil, pues cada asunto es singular y, en línea de principio, los pronunciamientos jurisdiccionales se adoptan respecto de la situación fáctica controvertida en proceso, según la valoración de las pruebas y el marco normativo aplicable.

Empero, situaciones similares, próximas o conexas desde el punto de vista subjetivo y objetivo determinan soluciones análogas sujetas a las particularidades del caso concreto, desde luego que el juez no es un autómatas de espaldas a la realidad, a su labor precedente y su autoridad derivada del Estado deviene de la coherencia y confianza en sus decisiones¹⁹.

18 El artículo 4º de la ley 169 de 1896 preceptúa: “*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores*” –declarado exequible según sentencia C-836 de 2001 (exp. D-3374), “*siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia*”.

19 Sentencia C-836-2001: “*La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular. [...] El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. [...] Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional. [...] Corresponde a los jueces, y particularmente a la Corte Suprema, como autoridad encargada de unificar la jurisprudencia nacional, interpretar el ordenamiento jurídico. En esa medida, la labor creadora de este*

La coherencia es exigible a las distintas autoridades judiciales en el ámbito de sus competencias, por cuanto ninguna puede invadir la esfera confiada a otra, ni ejercer sus funciones y menos desconocerlas.

La exigencia de coherencia en la actividad judicial comporta:

- (i) El respeto de los derechos, libertades y garantías ciudadanas con la asunción de conductas confiables y coherentes con la actividad;
- (ii) El respeto de la esfera funcional de las competencias y atribuciones exclusivas de los distintos servidores judiciales, según su jerarquía, ámbito y poder;
- (iii) El respeto de los precedentes judiciales en cuanto a criterios auxiliares, sin perjuicio de modificaciones maduras, fundadas, motivadas, serenas, prudentes, reflexivas, razonables y carentes de afán mediático, protagónico, vanidad o arrogancia;
- (iv) La articulación y cooperación armónica en la administración de justicia y órganos del poder político, respetando las competencias y los precedentes judiciales; y
- (v) La abstención de comportamientos lesivos de la estructura funcional y de los precedentes, particularmente con la suplantación de otras autoridades mediante el ejercicio de sus facultades privativas.

4. Seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un anhelo de toda sociedad organizada, una exigencia deseable y necesaria para la estabilidad, la claridad y pervivencia de las instituciones, cuya construcción analítica obedece a un cuidadoso proceso evolutivo del derecho y la justicia.

La seguridad jurídica está consagrada expresamente en la Constitución Política (artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º).

Prima facie es lo opuesto a la incertidumbre presentándose como un principio tutelar de la libertad y el Estado de derecho, excluyendo poderes totalitarios, absolutistas o represivos propios de las épocas del oscurantismo de la humanidad con la regularización de parámetros para su ejercicio moderado, equilibrado y compatible, ajenos por completo al temor, represión, arbitrariedad y al caos. *Ad exemplum*, es el ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales, el debido proceso, la legalidad, y las condiciones para su realización verosímil por los ciudadanos, gobernantes, jueces, todos sujetos a la Constitución Política y a las leyes.

máximo tribunal consiste en formular explícitamente principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del ordenamiento. [...] La autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “plus” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a este órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas”.

Conciene a la certeza de las reglas jurídicas y, por consiguiente, a su claridad, precisión, coherencia, entendimiento, aplicación, actos y conductas de las distintas fuentes del poder. Así, las determinaciones de los juzgadores no pueden interferirse por nadie ni por nada, sus pronunciamientos deben ser coherentes, con cambios fundados y serios, descartando el estatismo, petrificación e invariabilidad de las normas o su hermenéutica, tanto cuanto más que “los jueces, al aplicar e interpretar la ley, no son autómatas, sobre ellos gravita la delicada tarea axiológica de su sensible transformación evolutiva y su constante adaptación dinámica, racional y coherente, en procura de las garantías y derechos instituidos por el ordenamiento, la rectitud, eficacia y eficiencia de la administración de justicia, desde luego que son sus garantes primarios y genuinos.” (Sala de Casación Civil, Sentencia de Revisión de 25 de junio de 2009, Exp. 11001-02-03-000-2005-00251-01) y su rol “en la solución de los conflictos, no es el de autómatas aplicador de la ley a espaldas de la realidad y de sus profundos cambios” (Cas. civ. sentencia de 24 de agosto de 2009, Exp. 11001-3103-038-2001-01054-01).

En sentido análogo, el principio se encuentra en indisociable conexión con la confianza legítima, la legalidad y la buena fe de los ciudadanos, protegiéndolos de cambios sorpresivos e inesperados que, aunque amparados en las reglas de derecho, contradigan las serias expectativas gestadas con su conducta anterior, en función de las cuales estructuran su programa de vida por la confianza inspirada por la seriedad, estabilidad, coherencia y plenitud del comportamiento futuro similar de las autoridades, amparando su buena fe y convicción en la proyección de la situación anterior²⁰.

20 La confianza legítima presupone: “a) un acto susceptible de infundir confianza y crear esperanzas fundadas; b) una situación preexistente generatriz de una expectativa verosímil, razonable y legítima basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta sobre su mantenimiento o estabilidad; y c) una actuación de buena fe del sujeto (S. Calmes. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001, p. 496)”, se traduce en la protección de las expectativas de estabilidad. Se protege la convicción íntima del ciudadano en la estabilidad normativa y las actuaciones del Estado, sin llegar al extremo de la petrificación del ordenamiento jurídico, ni a su preservación indefinida por cuanto el derecho se construye diariamente, vive en su interpretación y aplicación por los jueces como garantes primarios de los derechos, libertades y garantías ciudadanas (F. Castillo Blanco, *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p.108; Eduardo García de Enterría, “*El principio de protección de la confianza legítima como supuesta tutela justificativa de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*”. Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Profesor Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Civitas, 2003, pp. 33 y ss). En este contexto, el principio no solo es deseable, sino que se presenta como una exigencia social ineludible para garantizar la buena fe y las legítimas expectativas por situaciones derivadas del comportamiento anterior. [...] El principio aplica en cada situación concreta, se aprecia por el juzgador in casu, conforme al marco de circunstancias singular, considerando los distintos factores incidentes, la actuación de la autoridad, la confianza generada, las expectativas legítimas creadas, la buena fe de los particulares, sin existir un criterio absoluto, inflexible e inmediato. Es, además, menester, ponderar los diferentes intereses eventualmente contrapuestos. Naturalmente, no se restringe al ámbito de las relaciones ciudadanas con los órganos del Estado, por constituir un principio que irradia el ordenamiento.

Al garantizar la certeza, protege la democracia, derechos y libertades ciudadanas, delimita las competencias funcionales de los órganos del Estado, el ejecutivo, el legislador o los jueces, el debido proceso, el *non bis in idem*, la cosa juzgada, el acceso, la coherencia y el logro de la justicia²¹.

Alguna doctrina, sin embargo encuentra incompatible la seguridad jurídica con la justicia cuando la ley no ofrece una solución justa, en cuyo caso, debe prevalecer esta última (*fiat iustitia, pereat mundus*).

La seguridad jurídica, en suma, define la eficacia y calidad de la administración de justicia, mide el grado de desarrollo de una sociedad, la confianza, credibilidad, estabilidad y coherencia del

En tratándose de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas por los jueces, tiene relativa operancia, por cuanto las decisiones obedecen a situaciones fácticas, normativas y probatorias diversas, la jurisprudencia es dinámica y cambia en función de las necesidades sociales. Empero, la uniformidad, coherencia y consistencia de la jurisprudencia conciene a la certidumbre del orden jurídico y, por tanto, desarrolla los principios liminares del Estado, lo que explica, de un lado su estabilidad y no su construcción caprichosa o conveniente y, de otro lado, la adopción de las modificaciones y adaptaciones en forma seria, serena y ponderada, desde luego que la confianza de los ciudadanos en los órganos de impulsión o aplicación normativa está articulada en la coherencia y en su mantenimiento, sin llegar al estatismo, en cuanto confía y espera una conducta serena y responsable. Por ello, la seguridad jurídica está estrechamente vinculada con la confianza legítima, sin confundirse con esta, protegiendo “la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes” (Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 147 de 1986, fundamento jurídico 4°) y “[e]sta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme”. (Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de Revisión de 25 de junio de 2009, exp. 11001-02-03-000-2005-00251-01).

21 Pérez Luño, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. 2ª. Ed. Madrid: Ariel, 1994, pp. 11, 27, 28 y 29. “La seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el saber a qué atenerse es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico (...). A los solos efectos de contribuir a despejar, en lo posible, la frondosidad conceptual de la seguridad jurídica entiendo que pudiera ser provechoso distinguir dos acepciones básicas del término. En la primera, que responde a la seguridad jurídica stricto sensu, se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. En la segunda, que representa su faceta subjetiva, se presenta como certeza del derecho, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información, realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento los destinatarios del derecho pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del derecho”.

sistema jurídico y el sistema judicial permite la medición de la calidad institucional y, por lo tanto, de la calidad de vida de los ciudadanos.

Se vulnera la seguridad jurídica cuando además las modificaciones de las reglas jurídicas o de las decisiones judiciales son irreflexivas e inmaduras y contradictorias de la cosa juzgada.

En este contexto se vulnera la seguridad jurídica cuando las normas legales son difusas, confusas, ambiguas o ambivalentes generando antinomias e incoherencias normativas; cuando la aplicación e interpretación de la ley es contradictoria e incoherente; cuando las reglas o la jurisprudencia cambian sorpresivamente sin motivo legítimo, razonable o plausible.

Empero, el mayor atentado de la seguridad jurídica se presenta por la invasión funcional del marco competencial asignado a cada órgano o autoridad política, que propicia la incertidumbre del ordenamiento, la arbitrariedad y el caos.

5. Autonomía judicial

La independencia de los jueces es un principio cardinal, esencial e inderogable del sistema jurídico; el juzgador es autónomo con relación a los restantes órganos y servidores del Estado, las partes y sujetos procesales; ecuánime, imparcial y justo para garantizar el funcionamiento regular de la administración de justicia.

Esta directriz determina la ausencia de presiones e injerencias, alteraciones del ánimo que nublan el equilibrio reflexivo y, en general, toda intromisión externa o interna en la conducta y en el ejercicio de la función.

Los jueces, en efecto, en el ámbito de sus atribuciones son autónomos e independientes, en sus providencias “*sólo están sometidos al imperio de la ley*” (C. P., art. 230).

Por lo tanto, aspectos tales como la definición de la controversia, la valoración probatoria, la interpretación y aplicación de la ley en cada caso concreto, corresponden privativamente al juez natural de la causa, dotado de autonomía e independencia (art. 228) en el ejercicio de su función con relación a las restantes ramas del poder público, las partes y sujetos procesales, sin perjuicio del deber de cooperación armónica, el control por el superior y la autoridad de los precedentes judiciales, “[p]or supuesto que la independencia de los jueces en el cumplimiento de su quehacer constitucional es un deber que tienen que ejercer con sujeción al principio de legalidad, esto es, con apego al ordenamiento jurídico, como salvaguardia de que los derechos y obligaciones de los interesados serán determinados con apoyo exclusivo en el régimen positivo, de suerte que el fallo judicial provenga de una interpretación y aplicación imparcial, razonada y objetiva de la Constitución y de la ley, realizada al margen de cualquier capricho, arbitrariedad o influencia que pudiera afectar las garantías esenciales de las personas”²².

22 Valencia Copete, César Julio. “El Juez y los Derechos Fundamentales”. Ponencia de Instalación del X Encuentro de la jurisdicción ordinaria. Santiago de Cali: 18-20 de octubre de 2007. Revista Corte Suprema de Justicia, Año 10, No. 24. pp. 18

Como corolario, la invasión de la órbita funcional privativa confiada por la Constitución Política a los jueces representa un grotesco y mayúsculo atentado a la autonomía e independencia judicial.

6. Reflexiones finales

El acceso a la administración de justicia presupone la coherencia, seguridad jurídica y autonomía judicial

De cada cosa, el principio es “*la parte más importante*” (potissima pars, Gayo Digesta Iustiniani, 1, 2,1).

La justicia es “*la parte más importante*”, la “*potissima pars*”.

En las últimas décadas el mundo cambió.

En instantes de anarquía, escollos y acechanzas alevos contra el aparato judicial, para conservar la majestad, independencia y prestigio de la administración de justicia, base estructural e insustituible de la democracia, el Estado social de derecho y, por consiguiente, de las libertades, derechos y garantías ciudadanos, nos compete mucho por hacer, asumiendo un modelo de conducta, actual y futuro, con claridad y entereza.

No podemos sacrificar el principio.

De ello pende una sociedad respetuosa del derecho y de la justicia, para todos los colombianos en igualdad y con justicia, y un país respetado y respetable.

Si se sacrifica el principio, se sacrifica el todo.

Valgan estas reflexiones finales.

Recientemente, en una reunión sostenida en Washington por invitación del gobierno de los Estados Unidos y de su Embajador a la Sala de Gobierno con el único propósito de incorporar la valiosa experiencia judicial del sistema norteamericano, un asesor de la Secretaría de Estado, se preguntaba cómo lograr la coherencia y seguridad jurídica, particularmente, de la jurisprudencia con cuatro altas cortes.

En cuanto a esta particular cuestión, cuatro altas cortes no parecen convenientes ni necesarias, menos aún con la contaminada forma de selección de sus integrantes y las pretensiones funcionales totalizadoras.

Al escindir la Constitución de 1991, notable avance en la enunciación abstracta de un catálogo de derechos fundamentales y en el control del poder, resquebrajó la estructura de la rama judicial con perniciosas consecuencias al valor ideal de la justicia.

La Corte Suprema de Justicia debe mantener su absoluta independencia y autonomía en el estricto marco de sus atribuciones jurisdiccionales para garantizar la justicia en la jurisdicción ordinaria.

La política y la justicia no pueden combinarse. Georges Washington describía con claridad: “*Cuando la política entra por la puerta, la justicia sale por la ventana*”.

Colombia no sufre la “*enfermedad histórica*”, podemos cultivar la historia “*con finalidad de vida*” (Nietzsche).

juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

Acceso a la justicia



FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ
PRESIDENTE SALA DE CASACIÓN LABORAL

El concepto de acceso a la justicia puede parecerse tan obvio que hasta se nos torna innecesaria definición alguna al respecto, lo cual implica el riesgo, o tentativa de confundirlo con otras figuras, o de restringirlo, mantenerlo y manejarlo con visiones simplistas ya superadas.

Y es que el acceso a la justicia no consiste únicamente en la facultad o prerrogativa de que dispone una persona para concurrir ante un juez en busca de solución a un problema, ya que si así se entendiera, se dejaría por fuera el papel dinámico del Estado y las obligaciones que al respecto se le aparejan.

Es decir, al Estado no se lo puede considerar como un simple receptor de las controversias individuales que se ponen en su conocimiento, para que las resuelva a su arbitrio o cuando quiera o pueda, sino que se le adjudica un deber garantista de previsión normativa respecto de tales controversias y pronta y efectiva resolución, directa o indirectamente, del conflicto individual o de grupo o sectores sociales.

Por ello, comparto la visión integral que al respecto tiene la Organización de las Naciones Unidas, según la cual el acceso a la justicia es *“un concepto que hace referencia a las posibilidades de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política, o creencias religiosas, de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas”*.

En efecto, así como el ser humano tiene, por ejemplo, necesidades de salud, de alimentación, o de servicios públicos, o de transporte, educación, vestuario y vivienda, también tiene necesidades jurídicas, en especial, las referentes a la resolución de controversias connaturales a su condición humana.

Los conflictos, desde los más nimios hasta los más complejos, fueron resueltos inicialmente a través de la fuerza, pero, más tarde, con el advenimiento del derecho y la organización social

más compleja, el Estado asumió la función pública de administrar justicia.

Al principio, quizá bajo cauces de libres arbitrios e íntimos convencimientos, como en el ejemplo bíblico de Salomón, al resolver con singular estrategia a quién correspondía el niño disputado por aquellas dos mujeres y, más tarde, con fundamento en normatividades previas, escritas o no (como el Código de Hammurabi). Es decir, las controversias pasaron a resolverse, entonces, por la fuerza del Derecho.

Pero si esas diferencias se llevan ante el Estado y no hay solución oportuna y de calidad, entonces estaremos ante una restricción del acceso a la justicia, a pesar de la existencia del andamiaje estatal para administrarla, pues, conforme a la definición mencionada, tal acceso implica una respuesta satisfactoria a esa necesidad jurídica de solucionar los problemas.

De la certidumbre sobre esa falencia que pesa sobre los pueblos latinoamericanos surgió el interés por desactivar ese factor de estímulo al subdesarrollo, acicate de la pobreza y que consolidó ancestrales barreras de exclusión social, pues, si el otorgamiento de derechos apareja su adjudicación al no poderse hacerse valer, en forma oportuna y real, el avance social permanecerá ralentizado.

Nacieron así los movimientos que en la doctrina se han denominado las *“olas de acceso a la justicia”*:

Una primera ola se orientó, en esencia, a la implementación de mecanismos de asistencia y representación jurídica, gratuita o subsidiada, durante el trámite de los procesos, a manera de herramienta democrática para coadyuvar a la igualdad de las partes, a través de figuras como el amparo de pobreza, en materia civil y la defensoría pública, en materia penal.

En una segunda etapa, la actividad se dirigió al mejoramiento de los recursos judiciales; es decir, se modificaron o expidieron, entre



otras, nuevas normatividades, en especial de procedimientos, oralidad incluida, así como las destinadas a desjudicializar muchas figuras y a entronizar métodos alternativos de resolución de conflictos.

De esta forma se aumentaron plazas o cargos, se dignificaron remuneraciones, se incrementaron recursos materiales, con la introducción de los sistemas informáticos y la construcción o mejoramiento de sedes; se diseñaron sistemas de selección y permanencia de personal, con la óptica de que dichos avances eran garantía de un sistema democrático que contribuía a estabilizar el sistema económico. En suma, se trató de optimizar el funcionamiento de juzgados, tribunales y cortes.

Esto condujo a la tercera fase, en la que bajo el influjo de corrientes avanzadas de pensamiento el propósito es sintonizar las reformas con legislaciones aventajadas en derechos sociales, económicos y culturales.

Así mismo, se entronizaron herramientas jurídicas para proteger los intereses colectivos mediante innovadores mecanismos procesales de alcurnia constitucional como la acción de tutela, las acciones de cumplimiento, populares y de grupo, que, a no dudarlo, inauguraron el advenimiento de otra era en el acceso a la justicia.

Como expresión de lo que estaba sucediendo y en aras de efectivizar tales herramientas para que integrara y les diera sentido a tales derechos, surgió el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con presencia en el ámbito americano, en especial el latino.

Fue en San José de Costa Rica donde se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que se llevó a cabo en dicha ciudad, entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969.

Ese trascendental Pacto se propuso, principalmente, para consolidar en el continente un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre y sostenido no en simples enunciados, sino en la construcción de mecanismos para su materialización. Con tal fin partió de la base de que estos no se originan en la nacionalidad, sino en que hacen parte de los atributos de la persona humana, razón por la cual requerían de protección internacional, complementaria a la ofrecida por el derecho interno de los miembros de la Organización Americana, que presentaban fallas en la efectividad de su justicia.

Recordemos que conforme al artículo 93 constitucional, los tratados y convenios internacionales, ratificados por el Congreso,

que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en nuestro orden interno. De manera que ni siquiera es que pertenecen, sino que tienen prelación legal. Por lo tanto, sabemos a qué atenemos sobre la doble obligatoriedad del Pacto de San José: por haberlo suscrito y por su incorporación a la Constitución Nacional mediante el precepto 93.

Pero, para que ese reconocimiento de derechos no se quede en el papel, el Pacto, en su artículo 2°, obligó a los Estados a que lo adoptaron a comprometerse con la implementación de disposiciones internas, necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

No debe olvidarse que las obligaciones convencionales vinculan a todos los poderes y órganos del Estado. La de cumplir con lo dispuesto en la sentencia de la Corte Interamericana corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, según el cual deben cumplir con sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden por razones de su ordenamiento interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.

Además el fallo de la Corte es definitivo e inapelable y la indemnización compensatoria se puede ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Cabe señalar que Colombia ha recibido una pluralidad de condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que incluyen el deber de acciones estatales, concretas o simbólicas y de resarcimiento económico de las víctimas. Por ejemplo, están las referidas al caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, en el que dictó sentencia de fondo, reparaciones y costas el 31 de enero del 2006; al caso 19 Comerciantes vs. Colombia, con fallo del 5 de julio del 2004; el renombrado de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, con sentencia del 15 de septiembre del 2005, y el relativo a la Masacre de Ituango, del 1° de julio del 2006, en los que de manera fehaciente la Corte suplió la inercia del sistema judicial colombiano y efectivizó derechos tan sensibles como los de las víctimas de delitos atroces.

Otra vía de acceso a la justicia que aparece ante la inoperancia del Estado de proveer una justicia pronta es la Corte Penal Internacional, la que adquirió plena competencia para actuar sobre determinados crímenes o delitos cometidos en el país.

Ahora bien, es de reconocer que se está aún en proceso de mejoramiento continuo y de ajustes para perfeccionar el preciado derecho de acceso a la justicia, al que la ONU considera un factor insoslayable de desarrollo social. Y habrá que continuar esa cualificación en los ámbitos correspondientes a las tres olas a las que al principio aludíamos, puesto que podríamos considerar que

asistimos al advenimiento de una cuarta, en la cual las precedentes son desarrolladas, ajustadas y optimizadas.

No obstante, en materia de la jurisdicción laboral y de seguridad social demandamos una solución radical. Debe cesar la ausencia de funcionarios especializados en estas materias en los municipios que no cuenten con ellos, en especial en los más apartados. No se puede continuar con la dependencia de jueces arrebatados a otras competencias que, aunque probos, diligentes y voluntariosos, no resultan ser los más apropiados para lidiar con asuntos cada día más complejos, como los de la seguridad social, cuyo conocimiento se le adjudicó al juez del trabajo por ser el más cercano a dicha órbita.

La calidad de la función pública de administrar justicia implica, entonces, la especialización del funcionario que la dispensa, sin proscribir, obviamente, su deseable integralidad. Los jueces municipales laborales son requeridos para conocer de asuntos de primera y única instancia, lo que de paso contribuirá a la descongestión de los de circuito (laborales y civiles que hacen sus veces) y de las salas laborales de tribunales. En estos debe cesar, también, la indeseable promiscuidad y generarse la especialización respectiva.

El universo del trabajo (individual y colectivo), el de las pensiones, el de la salud y el de los riesgos profesionales, con todas las instituciones que los integran, son demasiado importantes para aquellos seres humanos cuya existencia depende de su fuerza de trabajo. Por tal razón requieren y merecen que las controversias con su empleador y con las entidades que conforman el sistema de seguridad social deban ser solucionadas temporáneamente y con un nivel admisible de acierto profesional, por funcionarios dedicados a dichas materias de manera absoluta y no bajo inadmisibles e inicuos sistemas de improvisación, con la justificación de una reprochable economía generadora de un costo social superior.

La ausencia de registros estadísticos sobre las controversias por causa del trabajo no obedece, como lo ha advertido la ONU en gran número de ocasiones, a que no existan necesidades jurídicas, sino, por el contrario, a una aguda carencia de conocimiento sobre los derechos propios, como en el caso de conglomerados de campesinos, excluidos ancestralmente, fruto de la falta de educación y de la ausencia de divulgación de sus prerrogativas por parte del Estado, así como a la inexistencia de un sistema general gratuito de asistencia letrada que los restringe únicamente al mundo de lo penal.

Es que, como también lo ha puesto de presente la ONU a través del PNUD, el acceso efectivo a la justicia es un medio, pero también es un fin en sí mismo, y cuando se lo mira como esto último, se erige en instrumento fundamental para transformar y derribar las relaciones de poder imperantes, las mismas que perpetúan y consolidan la exclusión, la pobreza y la subordinación de grupos como mujeres, presos, indígenas, migrantes, discapacitados,

menores, ancianos, campesinos y, en general, la población de bajos ingresos.

Mientras permanezca la ausencia de quien administre justicia en el universo laboral en tantos municipios, no puede hablarse del éxito de la llamada seguridad democrática, ni de una adecuada labor del Ministerio del Interior y de Justicia, que no puede regodearse en lo logrado hasta ahora con el programa de Casas de Justicia, que se enriquecería más al integrar lo atrás propuesto. Ni mucho menos que pueda hablarse de una certera y visionaria labor del ente constitucional administrador del sistema de justicia colombiano. Por eso vale la pena volver a llamar la atención con respecto a la necesidad de tener un Ministerio de Justicia.

Obviamente, estas modificaciones implican erogaciones, pero es allí en la necesidad y en la carencia donde el temple creativo del administrador se debe hacer presente con la salida innovadora y la actitud honesta.

En materia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es dable esperar que un equipo conformado por menos de treinta personas pueda evacuar, con adecuada temporaneidad, todos los procesos susceptibles del recurso extraordinario de casación que los tribunales de cada distrito judicial del país hayan remitido.

Y es que no puede pedirse celeridad en los fallos que llegan a la Sala, mucho menos en estos tiempos en que los juzgados y tribunales especiales de descongestión han acelerado su tarea y cuando la labor de aquella no se restringe a la insularidad de la resolución de tal recurso extraordinario, sino que debe conocer del recurso de revisión entronizado por la Ley 712 de 2001 y de la revisión derivada de la Ley 797 de 2003 (diseñada como respuesta a los grandes fraudes pensionales de repercusión nacional).

Hay que recordar que también conoce del recurso de anulación de laudos arbitrales proferidos por Tribunales de Arbitramento relativos a conflictos de derecho colectivo de trabajo y del alud de acciones de tutela tanto de primera como de segunda instancia que se le han asignado resolver.

Todo lo anterior sin olvidar los recursos de queja, los conflictos de competencia entre algunas autoridades judiciales, más la segunda instancia de los juicios de calificación de cese de labores y los delicados Hábeas Corpus para tutelar libertades.

Además, se suman los recientes juicios laborales contra Estados extranjeros, esto último constitutivo de un aporte jurisprudencial de la Sala al acceso de la administración de justicia para el grupo de habitantes del territorio que labora para embajadas y que, tradicionalmente, no podían ventilar sus controversias laborales con los Estados extranjeros empleadores ante ninguna autoridad judicial colombiana, dada la interpretación sobre inmunidad diplomática que imperaba antes de la posición asumida por esta Sala.

Hoy debemos ser claros en afirmar que con el escaso personal que integra la Sala no es posible alcanzar el real significado de acceso a la justicia que pregonamos. Ante este aberrante resultado se exige prontitud en los correctivos pertinentes, por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

La Sala de Casación Laboral mantiene la voluntad indeclinable de hacer todos los esfuerzos para satisfacer las necesidades de justicia de quienes acuden a ella.

Para lograr este objetivo flexibilizó su anterior posición y abrió las puertas para conocer de tutelas en contra tanto de sentencias proferidas por funcionarios judiciales de juzgados y tribunales superiores como también de la misma Corte, pues anteriormente se rechazaban de plano.

Para zanjar definitivamente este tema de la viabilidad de tutelas contra sentencias de órganos de cierre y posibilitar así un acceso a la justicia carente de meandros conceptuales y de sinuosidades jurídicas que conlleven inestabilidades, incertidumbre y desasosiego social, que abren la puerta a la inconveniente comparecencia del Estado ante Tribunales Internacionales de Justicia –como atrás dijimos–, se reclama del Legislador el cumplimiento de su deber jurídico para finiquitar tales discusiones.

Como se observa, es necesario seguir trabajando en varios frentes para que el acceso a la justicia sea real para todos y deje de ser una simple teoría y se convierta en un derecho inalienable y un deber programático del Estado.

No puede hablarse de justicia cuando se adolece de ella. No puede predicarse el acceso cuando no existen los medios para materializarlo. Pero hoy, aquí y ahora comprometámonos todos para que en Colombia el acceso a la justicia deje de ser un simple discurso.

La ausencia de registros estadísticos sobre las controversias por causa del trabajo obedece a una aguda carencia de conocimiento sobre los derechos propios, como en el caso de conglomerados de campesinos, excluidos ancestralmente, fruto de la falta de educación y de la ausencia de divulgación de sus prerrogativas por parte del Estado, así como a la inexistencia de un sistema general gratuito de asistencia letrada, que los restringe únicamente al mundo de lo penal.



La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia



JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
PRESIDENTE SALA DE CASACIÓN PENAL

1. Introducción

Consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, el derecho de acceso a la administración de justicia, también conocido como derecho a la tutela judicial efectiva, consiste en la facultad, predicable en cualquier persona, de acudir a la jurisdicción en aras de resolver todo conflicto, transgresión o reclamo que tenga implicaciones jurídicas y, de esa manera, propugnar por la adecuada protección o el restablecimiento de sus legítimos intereses dentro de una actuación procesal que, en igualdad de condiciones a las de los demás sujetos que intervengan en ella, asegure en forma real y efectiva el respeto de las garantías judiciales consagradas en la ley, así como la eventual realización material de tales fines.

Justamente por lo anterior el acceso a la administración de justicia está ligado de manera íntima a la idea de Estado Constitucional o Estado Social de Derecho, en virtud de la cual las normas superiores que aparecieron después de la Segunda Guerra Mundial (y en nuestro país con la Carta Política de 1991) impulsaron una notable innovación, no del todo asimilada por los sectores más conservadores de la cultura jurídica, que no solo repercute en el plano de la teoría del derecho, sino además en la naturaleza misma de la política y de la democracia.

En opinión de Luigi Ferrajoli, la aparición en el siglo XX de los referidos Estados constitucionales representó, luego del apogeo del pensamiento ilustrado, la segunda gran revolución en la historia de la modernidad jurídica, atinente a la tradicional concepción de Estado de Derecho, en tanto que la legalidad, o principio de sujeción a la ley, ya no podía circunscribirse al cumplimiento de los procedimientos y requisitos formales consagrados en la norma, sino también a la aplicación irrestricta, y por lo demás exigible a todas las ramas del Poder Público, de los contenidos sustanciales e inherentes a ellos, siempre y cuando fueran interpretados en

forma coherente con el conjunto de principios de raigambre constitucional¹.

Esto último suscitó, en términos de la teoría política, que la noción de democracia dejara de limitarse a la de la voluntad representativa de las mayorías y se ampliara a una dimensión material, impuesta por los preceptos constitucionales, en el que cada una de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, desde su promulgación hasta su reconocimiento por parte de los operadores de la norma, estuviese condicionada a la obligación de respetar los derechos fundamentales de todos los asociados².

De ahí que la debida observancia del acceso a la administración de justicia (en la medida en que contribuye a los fines de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto de la dignidad humana y asegurar el amparo de los derechos fundamentales) constituye uno de los pilares en que se soporta el Estado Social de Derecho, de tal suerte que en su ausencia no es posible alcanzar la efectividad de las garantías constitucionales, ni tampoco concretar por medio de decisiones de fondo el ideal de justicia en los asuntos que tendrían que ser de conocimiento de la jurisdicción.

Por lo tanto, este derecho, que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional es de carácter fundamental y de aplicación inmediata³, de ninguna manera se agota con el ejercicio de la facultad de acción por parte de los asociados, sino que también

1 Cf. Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008, p. 210.

2 *Ibidem*, pp. 210-211.

3 Cf., entre muchas otras. Corte Constitucional. Sentencias C-544 de 1993, C-228 de 2002, C-426 de 2002, C-662 de 2004, C-1083 de 2005, C-1177 de 2005, C-454 de 2006, C-675 de 2006, C-516 de 2007 y C-483 de 2008.

busca que los medios y mecanismos para asegurar el acceso al servicio público de la justicia aseguren, mediante la integración de los criterios de *antiformalismo e interpretación conforme*⁴, la efectiva resolución de los asuntos, ya sea en pro de los intereses particulares de quienes acuden ante la jurisdicción, o en defensa del ordenamiento jurídico y de la obtención del derecho sustancial, máxime cuando lo que está en juego en la actuación es una grave afectación de bienes jurídicos que son caros a la comunidad o incluso la imposición de medidas y de sanciones que implican la restricción de derechos fundamentales, como suele ocurrir en el proceso penal.

Para los propósitos de esta conferencia, abordaré la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho punitivo, con base en algunas de las providencias que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha proferido al respecto y, especialmente, en lo que atañe a la doctrina internacional en materia de derechos humanos, al igual que en relación con algunos de los aspectos que de manera intrínseca están conectados con este derecho fundamental, como la prevalencia de lo sustancial sobre las formas, la prohibición de dilaciones injustificadas, las cargas procesales y el deber de actuación por parte de las autoridades.

De igual manera, analizaré el acceso a la administración de justicia en función del principio de participación que debe materializarse en las víctimas de la conducta punible, ya sea en la Ley 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal aún vigente–, como en la Ley 906 de 2004 –nuevo ordenamiento procesal del sistema acusatorio–, e incluso en la Ley 975 de 2005 –también conocida como Ley de Justicia y Paz–.

2. Tutela judicial efectiva y bloque de constitucionalidad

El derecho fundamental de que trata el artículo 229 de la Constitución Política no solo debe interpretarse de manera sistemática y armónica con otras disposiciones de la norma superior (como, por ejemplo, con los artículos 1, 2, 29 y 228 de la Carta), sino también con las disposiciones de derecho internacional previstas en los tratados y declaraciones que acerca de los derechos humanos han sido suscritos y ratificados por Colombia.

Así, por ejemplo, el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, consagra que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

A su vez, el numeral 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones

4 Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002.



@Germán Gómez Rojas

La Corte admitió que garantías como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia tienen un carácter bilateral, es decir, que los operadores están en la obligación de reconocerlas tanto en la víctima como en el procesado. <<

Unidas, aprobado en la legislación interna mediante la Ley 74 de 1968, establece entre otras cosas que “[t]oda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.



La labor del juez no puede estar circunscrita únicamente a observar los términos procesales, sino también a proferir una decisión que no sólo convenza a sus superiores jerárquicos, sino a la comunidad general.

Por último, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en nuestro país por la Ley 16 de 1972, establece lo siguiente:

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

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.*
- b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

Esta integración normativa obedece a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 93 de la Constitución Política, que contempla que los derechos consagrados en la Carta tienen que ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado colombiano.

Pero, igualmente, la apreciación del alcance y límites de la tutela judicial efectiva debe tener en cuenta la doctrina autorizada que en relación con los aludidos instrumentos internacionales han desarrollado organismos como el Comité de Derechos Humanos de la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo ha reconocido la Sala en múltiples providencias⁵.

Al respecto, es de destacar que, según la Corte Interamericana, el derecho de acceder a la administración de justicia, o el derecho a un recurso efectivo como se denomina en la Convención, no se satisface con la consagración formal de los procedimientos previstos en la legislación, pues, en palabras de dicho organismo en una Opinión Consultiva de 1987

⁵ Cfr., entre otras, sentencias de 8 de octubre de 2008, radicación 25311 y 6 de marzo de 2009, radicación 23110.

“[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte. En ese sentido, debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”⁶.

También ha precisado la Corte Interamericana que de ninguna manera puede ser suspendido el derecho de ejercitar cualquiera de las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ya sea debido a incomunicación, ocultamiento o detención ilegal por parte de las autoridades, tal como lo adujo en los casos *Loaiza Tamayo vs. Perú*⁷ y *Castillo Páez vs. Perú*⁸.

Esta postura incluso es predicable en situaciones de estado de emergencia o de excepción, según lo ratificó la Corte Interamericana en el caso *Castillo Petrucci vs. Perú*:

“Lo afirmado precedentemente no solo es válido en situaciones de normalidad, sino también en circunstancias excepcionales. Como ya ha sostenido la Corte, ‘la implantación del Estado de emergencia –cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno– no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer según la misma Convención’. Por consiguiente, ‘es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia que redunde en la supresión de esas garantías’”⁹.

En cuanto a la relación del derecho a un recurso efectivo y la garantía del habeas corpus, la Corte Interamericana, en el caso *Blake vs. Guatemala*, precisó en el contexto de un asunto de desaparición forzada que el artículo 25 de la Convención

“Constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Garantías judiciales en estados de emergencia*. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, serie A, número 9, § 24.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Loaiza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, serie C número 33, §§ 53-55.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997, serie C número 34, § 84.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, número 37, § 186.

El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. El hábeas corpus tiene como finalidad no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida [...]

“Además, dicho artículo, que consagra el deber del Estado de proveer recursos internos eficaces, constituye un importante medio para determinar el paradero de las personas privadas de la libertad y para prevenir las desapariciones en toda circunstancia”¹⁰.

Así mismo, la Corte Interamericana, en los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* y *Godínez Cruz vs. Honduras*, entre otros, sostuvo que el numeral 1 del artículo 25 de la Convención tiene que interpretarse conforme al principio de que los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de derechos humanos “*deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal*”¹¹. Es decir, que tanto el derecho de tutela judicial efectiva como el derecho a un debido proceso son, en cierto modo, dos caras de la misma moneda.

En este sentido, el organismo internacional ha asociado la efectividad del recurso con el principio de plazo razonable para la resolución de los conflictos de que trata el numeral 1 del artículo 8 de la Convención, lo que significa que toda institución de derecho interno debe reunir “*las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve*”¹². Así lo refirió, por ejemplo, en la sentencia del caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*:

“En razón de los criterios establecidos en la materia por esta Corte y en consideración de la razonabilidad del plazo en procesos judiciales, puede afirmarse que el procedimiento que se siguió ante las diversas instancias que conocieron de los amparos en este caso excedió el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana. De acuerdo con los criterios de este Tribunal, los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos si durante la tramitación de estos se incurre en un retardo injustificado de la decisión”¹³.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Blake vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de enero de 1998, serie C número 36, §§ 102-103.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Garantías judiciales en estados de emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, serie A, número 9, § 24.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001, serie C, número 71, § 91.

13 *Ibidem*, § 93.

El derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas implica el correlativo deber de actuar con lealtad, para, de esta manera, abstenerse de realizar conductas que dilaten el trámite judicial o entorpezcan la labor de los funcionarios encargados del caso.



A similar conclusión llegó la Corte Interamericana en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, en el que también se asoció el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo con los principios de imparcialidad e independencia del funcionario judicial. En palabras de este organismo:

“Los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia”¹⁴.

En el caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, entre otros, la Corte Interamericana ha establecido “*tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales*”¹⁵, los cuales siempre tienen que ser analizados desde la óptica de las circunstancias particulares de cada situación en particular¹⁶.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU señaló en el caso *Paraga vs. Croacia* que una demora de siete años en la investigación y juicio de una persona privada de la libertad es violatoria del Pacto Internacional cuando el Estado, “*aun habiendo proporcionado información sobre el desarrollo de las actuaciones, no ha dado explicación alguna de por qué duraron tanto los procesos relacionados con esas acusaciones y no ha aducido razón especial que pudiera justificar ese retraso*”¹⁷.

En el caso *Fuenzalida vs. Ecuador*, en el que el actor “*se vio obligado a abandonar su apelación a cambio de la libertad*

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, número 74, §§ 137-142.

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, número 134, § 217.

16 *Ibidem*, § 218.

17 Comité de Derechos Humanos. Caso *Paraga vs. Croacia*. Comunicación 727 de 1996, dictamen de 14 de mayo de 2001, § 9.7.



@Natalia Botero

El deber de colaboración con el buen funcionamiento de la administración de justicia implica para los defensores la obligación de presentar escritos coherentes y acordes con las disposiciones que regulan el instituto al cual acuden.

*condicional*¹⁸, el Comité también sostuvo que el Estado Parte “tiene que garantizar una actuación expedita”¹⁹ y que, sin embargo, incumple con esa obligación cuando “no ha presentado ninguna información que justifique las demoras”²⁰.

Por último, es de destacar que mientras que la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU ha considerado que en materia penal la investigación y persecución de violaciones graves a los derechos humanos es una obligación del Estado,

18 Comité de Derechos Humanos. Caso Fuenzalida vs. Ecuador. Comunicación 480 de 1991, dictamen de 15 de agosto de 1996, § 9.6.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

pero no un derecho subjetivo de la víctima, la doctrina de la Corte Interamericana, en cambio, ha concluido que cuando se incumple con el deber de buscar, procesar y sancionar a los responsables de tales afecciones se desconocen los derechos fundamentales en cabeza de la víctima y sus allegados.

Por ejemplo, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte Interamericana estableció la obligación para el Estado de prevenir razonablemente las violaciones de derechos humanos, así como de investigar de manera seria y con los medios disponibles, las vulneraciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, todo con el fin de identificar a los responsables, imponerles las sanciones que sean del caso y asegurarles a las víctimas una adecuada reparación:

“Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos

humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

“[...] El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto.

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorias, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente

“La sociedad y en especial las víctimas tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de víctimas de secuestro y desaparición forzada”.



al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”²¹.

Esta postura fue ratificada por la Corte Interamericana en casos como el de los Diecinueve comerciantes vs. Colombia, en el que señaló que *“[l]a protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas bajo la jurisdicción de un Estado y requiere que este adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la libertad y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia”²².*

De ahí que *“el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la muerte de estas últimas sea efectivamente investigada por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido”²³.*

A su vez, en el caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, la Corte Interamericana indicó que *“el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino este debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables”²⁴.*

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1998, serie C, número 4, §§ 172, 175–177.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Diecinueve comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, número 109, § 183.

23 *Ibidem*, § 187.

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la

Por lo tanto, *“en casos de violaciones al derecho a la vida, el cumplimiento de la obligación de investigar constituye un elemento central al momento de determinar la responsabilidad estatal por la inobservancia de las debidas garantías y protección judiciales”*²⁵.

Así mismo, señaló que *“el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como ‘la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana’”*²⁶.

De esta manera, la Corte Interamericana reconoció como otra garantía judicial de la víctima la de asegurar la no repetición, entendida esta como la obligación que tiene cada Estado Parte de combatir las situaciones de impunidad *“por todos los medios disponibles, ya que esta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, quienes tienen derecho a conocer la verdad de los hechos”*²⁷.

En otras palabras, el derecho a la verdad en cabeza de las víctimas no solo *“constituye un medio importante de reparación”*²⁸, sino que además *“da lugar a una expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer”*²⁹.

Finalmente, es de destacar que a similares conclusiones ha llegado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas providencias, si bien carecen de fuerza vinculante alguna en el ordenamiento jurídico colombiano, presentan fundamentos coherentes y armónicos con las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos

Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, número 134, § 216.

25 Ibidem, § 234.

26 Ibidem, § 237.

27 Ibidem, § 297. En el mismo sentido, el caso de los Diecinueve comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, número 109, § 175, entre otros.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, número 134, § 297.

29 Ibidem.

A las víctimas se les debe reconocer el derecho a ser oídas, a que se les facilite el aporte de pruebas, a recibir información pertinente para la protección de sus intereses, a conocer la verdad y a interponer recursos cuando a ello hubiere lugar.



Humanos, que por lo demás han sido referentes para la evolución de las mismas³⁰.

Dentro de este ámbito, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el artículo 13 de la respectiva Convención Europea, que consagra el derecho de acceso a la administración de justicia, demanda que el recurso judicial *“debe ser efectivo, tanto en la ley como en la práctica, en particular en el sentido de que su ejercicio no debe ser impedido injustificadamente por las acciones u omisiones de las autoridades del Estado demandado”*³¹. Y, por lo tanto, este último tiene la *“obligación de realizar una investigación exhaustiva y efectiva de los incidentes de tortura”*³².

En consecuencia, de acuerdo con el sistema normativo internacional de derechos humanos, el núcleo esencial de la tutela judicial efectiva es amplio, pues, por un lado, condiciona su materialización al concreto cumplimiento de las garantías que conforman el debido proceso y, por el otro, consagra como derecho fundamental de las víctimas, al menos en lo que a la jurisprudencia de la Corte Interamericana se refiere, la necesidad de prevenir, investigar, sancionar y evitar la repetición de las afectaciones graves a la dignidad de la persona.

Algunas de las repercusiones de estos dos aspectos en el derecho interno colombiano en general, y en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en particular, será lo que analizaré a continuación.

3. Acceso a la administración de justicia y garantías del debido proceso

La Sala, en numerosas oportunidades, ha estudiado la efectividad del derecho de acceso a la administración de justicia en relación con las garantías que hacen parte del debido proceso de ley y las formas propias del juicio, como, por ejemplo, en las ocasiones en que ha examinado los temas de las dilaciones injustificadas, la prevalencia del derecho sustancial y los deberes de actuación, no solo por parte de los sujetos procesales, sino también los que les resultan exigibles a las mismas autoridades.

En lo que al primer aspecto atañe, es de anotar que es innegable la estrecha relación que hay entre los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, es decir, entre el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas y la tutela judicial efectiva, en la medida en que, como bien lo sostuvo la Corte Interamericana en una decisión reseñada en precedencia, el derecho a un recurso judicial efectivo no se agota con el hecho de que la persona tenga

30 Cf. sentencia de 18 de marzo de 2009, radicación 26631.

31 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Aksoy vs. Turquía. Sentencia de 18 de diciembre de 1996, § 95 (traducción no oficial).

32 Ibidem, § 98.

la posibilidad de acudir ante la jurisdicción, ni tampoco con que se le dé una respuesta jurídica a las pretensiones por ella formuladas, sino que además el procedimiento contemplado para tramitar, resolver y ejecutar las decisiones adoptadas por los funcionarios judiciales tiene que concretarse en una dimensión temporal razonable, incluso en el evento en que no sea posible definirlo dentro de los estrictos términos señalados por el legislador.

En otras palabras, si bien es cierto que, en principio, toda persona tiene derecho a que se le resuelva el caso sometido a consideración de la justicia dentro del plazo previsto en la ley, también lo es que la naturaleza y complejidad de cada asunto en particular será la que determine la mayor o menor duración del mismo.

Lo anterior significa, por un lado, que la labor del juez no puede estar circunscrita únicamente a la observancia de los términos procesales, sino que el deber de administrar justicia en forma independiente, autónoma e imparcial le representa la obligación de proferir una decisión que no solo convenza a sus superiores jerárquicos, sino a la comunidad general, en aras de establecer que ha hecho justicia y que, por lo tanto, lo adoptado obedece a los cometidos reales de un Estado Social de Derecho, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, que declaró exequible la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Por otro lado, el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, como garantía estrechamente conectada con la tutela judicial efectiva, implica por parte de los sujetos procesales el correlativo deber de actuar con lealtad, para de esta manera abstenerse de realizar conductas que dilaten el trámite judicial o entorpezcan la labor de los funcionarios encargados del caso, de conformidad con lo prescrito en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política, que establece como obligación de cada persona la de “[c]olaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”.

Esta postura de ninguna manera riñe con la doctrina de la Corte Interamericana acerca del concepto de plazo razonable que se adujo en precedencia, sino que, por el contrario, la corrobora, pues entre los factores que hay que tener en cuenta para concluir si hubo o no una dilación injustificada están comprendidos los aludidos por el organismo internacional, es decir, la complejidad del asunto, la actividad procesal adelantada por los sujetos procesales y el comportamiento de los funcionarios judiciales.

En este último sentido, la Sala, en sentencia de fecha 16 de febrero de 2005 (radicación 22586), conoció en segunda instancia del caso de un fiscal delegado ante los jueces penales del circuito que había sido condenado por el delito de prevaricato por acción al proferir algunas decisiones contrarias a derecho y concluyó que a esta persona, que había sido encargada por la Dirección Seccional correspondiente del trámite y calificación de más de dos

La Sala estimó que no podía decretarse la exclusión de la lista de postulados a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz tan solo por el hecho de que un desmovilizado haya sido solicitado en extradición por el gobierno de los Estados Unidos de América. <<

mil procesos de violencia intrafamiliar en un lapso inferior a los dos años, no podía imputársele la conducta punible en comento, en tanto que la función pública de administrar justicia no solo comprendía el deber de proferir las decisiones de manera pronta y cumplida, como en efecto lo hizo, sino también el de tener un conocimiento real de las situaciones que debía resolver, pues sólo de esta manera era posible hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución Política en la materia.

Por lo tanto, la posibilidad de asumir en el caso en concreto un estudio serio de los procesos objeto de instrucción se veía efectivamente reducida por la excesiva carga laboral y la constante evacuación de actuaciones, sin que el funcionario instructor pudiera completar una investigación exhaustiva frente a la avalancha de expedientes asignada de manera desproporcionada e irracional por parte de sus superiores.

En consecuencia, la Sala no solo revocó la sentencia condenatoria proferida en contra del Fiscal, sino que además le solicitó a la Procuraduría General de la Nación que vigilara las pautas institucionales de descongestión adoptadas por el organismo instructor, por cuanto eran estas las que comportaban “claros obstáculos de acceso a la administración de justicia”³³ y “resultados nefastos en la señalada función pública”³⁴.

Adicionalmente, la Sala, en la sentencia de 21 de agosto de 2003 (radicación 16252), estableció que la “prolongada dilación del proceso por inercia y negligencia de la administración de justicia en sus trámites e impedimentos y morosidad de los términos”³⁵ no conducía a declarar la nulidad de lo actuado, sino a la adopción de otras medidas de sanción y saneamiento, pues, a pesar de la evidente afectación de los derechos a un debido proceso sin dilaciones injustificadas y a la tutela judicial efectiva, la vía para enmendar la irregularidad no podía ser la de retrotraer “una actuación procesal que se adelantó durante años y que incluso experimentó el tránsito de tres legislaciones en materia procesal penal”³⁶, llegando al despropósito de menoscabar aún más el proceso con la idea de proteger la celeridad de la actuación. En palabras de la Corte:

33 Sentencia de 16 de enero de 2005, radicación 22586.

34 Ibidem.

35 Sentencia de 21 de agosto de 2003, radicación 16252.

36 Sentencia de 21 de agosto de 2008, radicación 16252.



@Natalia Botero

“Lo anterior no significa que la Sala desconozca el derecho que les asiste a los ciudadanos para acceder a la administración de justicia [...], sólo que no puede prohibir un remedio que resulte más grave que la enfermedad que se trate de curar”³⁷.

En lo que al principio de prevalencia del derecho sustancial concierne, la Sala, mediante fallo de 29 de octubre de 2008 (radicación 22047), encontró que un juzgado de primera instancia le negó al procesado demandante el acceso a la administración de justicia al decretar la nulidad en el trámite de una sentencia anticipada con el argumento de que quien había propiciado la diligencia de formulación y aceptación de cargos adelantada ante el organismo instructor había sido el defensor y no el directamente interesado.

Para la Corte, si bien es cierto que el inciso 1º del artículo 40 de la Ley 600 de 2000 establece que es el procesado quien deberá manifestar que se acoge a sentencia anticipada, lo jurídicamente trascendente en tales casos era la constatación de que la renuncia a continuar con el trámite ordinario del proceso es libre, real, consciente y voluntaria, aspecto que se confirmó en el caso analizado con la diligencia de formulación y aceptación de cargos correspondiente,

sin importar en últimas que hubiera sido suscitada por él mismo o por su defensor.

Por consiguiente, aunque la intención del funcionario judicial al declarar la nulidad había sido la de amparar al debido proceso, lo único que hizo *“fue afectar de manera trascendente el derecho que el procesado había adquirido en forma legítima de obtener la rebaja punitiva prevista para estos efectos y, de paso, menoscabar el interés de la administración de justicia en aborraz recursos y esfuerzos para la solución eficaz de los conflictos”³⁸.*

En dicha providencia, la Sala definió la prevalencia de lo sustancial como aquel principio, derivado de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, según el cual *“el papel que cumple el juez dentro de la interpretación de la ley no puede estar supeditado a la estricta observancia de los requisitos y exigencias literales contenidas en la norma, sino a la materialización del valor de justicia emanada de ella”³⁹* y, por lo tanto, obedece a *“la necesidad de adaptar, restringir, hacer extensivos los efectos o incluso acondicionar, mediante su intervención interpretativa, el contenido material de los preceptos legales llamados a regular*

37 *Ibidem*.

38 Sentencia de 29 de octubre de 2008, radicación 22047.
39 *Ibidem*.

*el caso, para de esta manera llegar a soluciones 'justas', es decir, a posturas que estén en armonía con [...] el conjunto de principios y valores que integran el ordenamiento jurídico*⁴⁰.

En lo que a los deberes de actuación se refiere, la Corte, por un lado, ha sostenido que el acceso a la administración de justicia no implica la restricción ni mucho menos la exclusión de las denominadas cargas procesales, que no solo encuentran sustento constitucional en el ya aludido numeral 7 del artículo 95 de la Carta Política, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencias como la C-662 de 2004, sino que han sido definidas por esta Corporación como *"aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejados para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho, e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso"*⁴¹.

De esta manera, la Corte ha llegado a la conclusión de que el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia no es absoluto, entre otras razones, porque no es irrazonable para los fines del debido proceso que el incumplimiento de las cargas procesales le represente al sujeto procesal la desestimación o el rechazo de sus pretensiones.

Así, por ejemplo, en el auto de fecha 19 de noviembre de 2002 (radicación 18619), la Sala adujo que, cuando una persona distinta al abogado del recurrente actúa en nombre de este con el fin de sustentar una apelación, dicha carga procesal resulta incumplida y el recurso deberá declararse desierto, pues el *"ejercicio de las facultades que implican el derecho de defensa solo concierne al procesado y a quien se hubiere reconocido procesalmente como su defensor; [y] cualquiera diferente a ellos que pretenda una tal actividad es un tercero carente de legitimidad para que su intervención adquiera alguna eficacia"*⁴².

Igualmente, en el auto de fecha 5 de diciembre de 2002 (radicación 19967), la Sala estableció que, dentro del ejercicio de la acción de revisión, el deber de colaboración con el buen funcionamiento de la administración de justicia implica para los defensores la obligación de presentar escritos coherentes y acordes con las disposiciones que regulan el instituto al cual acuden, pues, de lo contrario, allegar memoriales en los que evidencien ignorancia o suma negligencia corresponde a un proceder que es *"rayano en el abuso del derecho [y] genera falsas expectativas en el usuario de justicia"*⁴³.

40 *Ibidem*.

41 Sentencia de 5 de diciembre de 2007, radicación 26513, citando a la Sala de Casación Civil, auto de 17 de septiembre de 1985, *Gaceta Judicial*, Tomo CLXXX, número 2419, 1985, p. 427.

42 Auto de 19 de noviembre de 2002, radicación 18619.

43 Auto de 5 de diciembre de 2002, radicación 19967.

Pero, por otro lado, el deber de una adecuada actuación también les es exigible a los funcionarios, pues sin ella igualmente se vulnera el núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia.

En este sentido, la Sala, en sentencia de 27 de octubre de 2008 (radicación 29979), señaló que, en materia de negociaciones dentro del nuevo sistema acusatorio, el Fiscal, en el escrito que contenga los términos pactados por las partes, tiene la obligación de presentar *"todos los argumentos de hecho y de derecho que sean necesarios para establecer la correspondencia predicable entre la imputación fáctica atribuida en la audiencia de formulación y la imputación jurídica que figure en el documento"*⁴⁴.

Así mismo, sostuvo la Corte que, en el ejercicio del control judicial que le asiste al juez de conocimiento en aras de velar por la legalidad del preacuerdo, es un deber por parte de este verificar que se han respetado los principios de estricta tipicidad y de estricta jurisdiccionalidad del sistema, es decir, que el funcionario encuentre la debida correspondencia entre los hechos atribuidos en la formulación de imputación y la calificación jurídica otorgada a los mismos en el escrito de preacuerdo, sin que esta última sea necesariamente la que se haya atribuido en la respectiva audiencia preliminar.

De lo contrario, si el Fiscal imputa un comportamiento fáctico inconsecuente con la adecuación típica contenida en el escrito de preacuerdo, y si luego el juez no se pronuncia acerca de la ilegalidad de tal negociación en el sentido de rechazarla, para la Sala ello repercute en detrimento de la eficacia de la administración de justicia (y, por consiguiente, de la tutela judicial efectiva), pues esta tan solo puede salvaguardarse cuando en el curso de la actuación ninguno de los operadores de la norma ha conculcado principios y valores que son esenciales para el sistema procesal penal.

En este orden de ideas, la Sala no solo ha advertido la importancia del acceso a la administración de justicia en los aspectos antes estudiados, sino que siempre los ha reconocido en función del respeto de las garantías que integran el debido proceso.

Sin embargo, en lo que más ha repercutido la tutela judicial efectiva dentro de la jurisprudencia de la Corte es en relación con el principio de participación y los derechos de las víctimas, tal como se aludirá a continuación.

4. Tutela judicial efectiva y derechos de las víctimas en el ordenamiento jurídico colombiano

En un principio, los numerales 1 y 4 del artículo 250 de la Constitución Política de 1991 establecían como funciones del Fiscal General de la Nación las de *"tomar las medidas necesarias*

44 Sentencia de 27 de octubre de 2008, radicación 29979.

para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito” y “velar por la protección de las víctimas”.

Actualmente, los numerales 1, 6 y 7 del artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el artículo 250 de la Carta, consagran que la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus funciones, deberá solicitar al juez que ejerza funciones de control de garantías *“las medidas necesarias que aseguren [...] la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”, al igual que solicitar al juez de conocimiento “las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”, e incluso “velar por la protección de las víctimas”, sin perjuicio de que “la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”.*

Así mismo, teniendo en cuenta los fines señalados en el artículo 2 de la Constitución Política, es obvio que en los procedimientos iniciados a raíz de las conductas punibles las autoridades judiciales tienen el deber de propender al efectivo y pleno goce de los derechos de todos los residentes en Colombia, así como por la protección de los bienes jurídicos de relevante importancia para la vida en sociedad.

En el Decreto 2700 de 1991, anterior Código de Procedimiento Penal, los artículos 11 y 14 estipulaban como normas rectoras del proceso tanto la protección de víctimas y testigos como el restablecimiento del derecho.

En la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal aún vigente, fueron elevadas a normas rectoras los principios de dignidad humana (artículo 1), igualdad (artículo 5), acceso a la administración de justicia (artículo 10), finalidad del procedimiento (artículo 16) y restablecimiento del derecho (artículo 21).

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha ajustado la interpretación del alcance y límites del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en razón de los parámetros desarrollados por las instancias internacionales, así como en virtud de su innegable conexión con el resto de las garantías que integran el debido proceso.



En la Ley 906 de 2004, estatuto procesal del sistema acusatorio, el artículo 11 contempla lo siguiente:

“Artículo 11. Derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno.*
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad y a la de sus familiares y testigos a favor.*
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o participe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código.*
- d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas.*
- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas.*
- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto.*
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a anteponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar.*
- h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio.*
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley.*
- j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos”.*

Finalmente, en la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, el artículo 4 establece que el proceso de reconciliación nacional que se busca con la promulgación de dicha normatividad “deberá promover, en todo caso, el derecho a las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”.

El artículo 6, que consagra el derecho a la justicia, señala que *“el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley”,* así como la obligación de *“asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido”,* e incluso *“tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones”.*

El artículo 7, que se refiere al derecho de verdad, prevé que la *“sociedad y en especial las víctimas tienen el derecho inalienable,*

pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de víctimas de secuestro y desaparición forzada”.

Por último, el artículo 8, que trata del derecho de reparación, indica que el mismo *“comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas”.*

La Sala no ha sido ajena al tema del reconocimiento de los derechos de las víctimas en el Estado Social de Derecho colombiano respecto de los diversos procedimientos consagrados por el legislador.

Por ejemplo, en la sentencia de 1º de marzo de 1995 (radicación 8608) la Corte adujo que los mecanismos legales y constitucionales contemplados por el ordenamiento para la protección y defensa de las víctimas de un delito no podían quedar reducidas al ejercicio de la acción civil, sino que también debían prever la adopción *“de medidas procesales de consideración por la persona del ofendido a fin de que el proceso concluya sin dilaciones indebidas y su colaboración con la justicia no llegue a constituirse en ocasión de zaberirle, ridiculizarle o hacerle más doloroso el recuerdo de su tragedia personal”*⁴⁵.

En vigencia del Decreto 2700 de 1991, sin embargo, la participación de la víctima en el proceso penal, en la práctica, únicamente se materializaba en la constitución potestativa como parte civil dentro de la actuación, toda vez que el delito, como fuente de obligación civil, imponía al responsable el deber de reparar los daños materiales y morales causados a las víctimas o a los directamente perjudicados.

No obstante, ya en vigencia de la Ley 600 de 2000, la Corte Constitucional, mediante fallo C-228 de 2002, en el que declaró inexecutable la expresión *“a partir de la resolución de apertura de la instrucción”* contenida en el artículo 47 del estatuto adjetivo, así como condicionó la interpretación del artículo 137 de dicho ordenamiento, amplió los derechos de la parte civil a los de un sujeto procesal en sentido pleno, es decir, que tiene el derecho de actuar en todo momento con el fin de obtener verdad, justicia o reparación.

A partir de dicha providencia, la Sala, en sentencia de 12 de noviembre de 2003 (radicación 19044), precisó el alcance práctico de las facultades de la parte civil de la siguiente manera:

En primer lugar, sostuvo que el concepto de víctima debe abarcar a toda persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico con la conducta punible, cualquiera que este sea.

En segundo lugar, agregó que las víctimas podrán intervenir en el proceso penal desde la apertura de la investigación previa, con el

único interés de obtener la verdad de lo acontecido y de que se condene al responsable del mismo.

En tercer lugar, aclaró que el funcionario judicial ya no podrá en tales casos exigir la presentación de la demanda prevista en el artículo 48 del Código de Procedimiento Penal como requisito indispensable de constitución del sujeto procesal, pues esta tan solo sería necesaria para perseguir el pago de los perjuicios y no para la obtención de los otros derechos fundamentales de la víctima.

En cuarto lugar, resaltó que la víctima tendrá acceso al expediente mediante el derecho de petición, incluso en el evento de que no se haya constituido como parte civil dentro del proceso.

En quinto lugar, destacó que si lo único que pretende la víctima es el resarcimiento del daño podrá buscar dicha pretensión de manera discrecional, ya sea en el proceso penal o ante la jurisdicción civil o incluso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, independientemente de que en el proceso penal intente lograr los propósitos de verdad, justicia u otras formas de reparación.

Por último, adujo que, como parte civil, la víctima podrá pedir pruebas, controvertir decisiones, solicitar la imposición de medidas cautelares o pedir la vinculación del tercero civilmente responsable, dependiendo de los propósitos perseguidos, los cuales tendrán relevancia incluso para recurrir en sede del extraordinario recurso de casación.

De esta manera, la Sala admitió que garantías como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia tienen un carácter bilateral, es decir, que los operadores están en la obligación de reconocerlas tanto en la víctima como en el procesado.

Así lo ha reiterado la Sala en providencias como la de 18 de abril de 2007 (radicación 24829), en la que indicó que *“el debido proceso se predica no solamente respecto del imputado o acusado, sino también de las víctimas y perjudicados con el delito, en orden a proteger sus derechos fundamentales al acceso a la justicia, a la verdad y al resarcimiento del daño ocasionado con el injusto”*⁴⁶.

A su vez, en la sentencia de 4 de marzo de 2009 (radicación 28406), la Sala estableció que carece de interés la parte civil para impugnar cuando el proceso ha concluido con sentencia anticipada y, en la diligencia de formulación de cargos, la Fiscalía no imputó una de las circunstancias previstas en el artículo 58 del Código Penal, que podría representarle un incremento en la dosificación punitiva.

Lo anterior, por cuanto el interés que debe acreditar la víctima para actuar en casación es un daño concreto, real y específico que justifique la defensa de sus derechos fundamentales y, en el asunto sometido a consideración, *“apenas existe una expectativa más o*

45 Sentencia de 1º de marzo de 1995, radicación 8608.

46 Sentencia de 18 de abril de 2007, radicación 24829.

*menos pasible de demostrar probatoriamente, con una mayor investigación, la existencia de una circunstancia genérica de mayor o menor punibilidad*⁴⁷, por lo que se trata de “un aspecto completamente inoportuno de alegar cuando se ha accedido a acudir al mecanismo extraordinario de terminación anticipada del proceso penal”⁴⁸.

En otras palabras, *“la parte civil no está habilitada para ejercer sus derechos a la verdad y a la justicia hasta el extremo de convertir el proceso penal en mecanismo que persiga únicamente el castigo del infractor y se olvide de intereses de mayor jerarquía [...], como la realización de la justicia material, la reparación del daño, el poder disuasivo de la pena y la economía procesal, entre otros*”⁴⁹.

Así mismo, la Sala estimó que la pretensión de nulidad del representante de la parte civil podría afectar en forma grave los derechos de la víctima que representaba, pues con ello buscaría *“una eventualidad desproporcionada frente al riesgo que representa que las procesadas ya no quisieran acogerse al trámite de terminación especial y que pongan al Estado en la carga de vencerlas en un juicio que puede estar sometido a múltiples vicisitudes y sin ninguna garantía de que el mismo termine con una sentencia condenatoria*”⁵⁰.

En lo que al procedimiento acusatorio de la Ley 906 de 2004 respecta, la Corte, en la sentencia de 18 de julio de 2007 (radicación 26255), partió del axioma de que *“el derecho de acceder a la justicia resulta el medio más adecuado para que la víctima pueda buscar la verdad, la justicia y la reparación*”⁵¹ y manifestó que, en aras de materializar tales postulados, esta tiene, entre otras facultades, las de recurrir al amparo de pobreza, impugnar la sentencia absolutoria, ser notificada de las decisiones de archivo de diligencias, solicitar la práctica de pruebas anticipadas, pedir el descubrimiento de elementos materiales probatorios y evidencia física, opinar acerca de las pruebas que se harán valer en el juicio oral, conocer y estudiar las mismas, solicitar la exclusión de pruebas ilícitas e ilegales, pedir el control de legalidad respecto de la decisión de no imponer medidas de aseguramiento, e incluso solicitar la revisión de las sentencias por violaciones graves a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario cuando una instancia internacional haya concluido que la condena impuesta es aparente o irrisoria.

A su vez, la Sala, mediante sentencia de 22 de agosto de 2008 (radicación 30280), decretó la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia en la que la Fiscalía solicitó una preclusión, por cuanto las garantías de debido proceso y acceso a la administración de justicia

de la víctima fueron vulneradas, en la medida en que el funcionario de conocimiento tan solo comunicó acerca de la realización de la diligencia al procesado, al Ministerio Público y al fiscal, quien en la misma audiencia precisó que momentos antes había enviado una citación acerca de la realización de la misma a la denunciante, persona que también ostentaba la calidad de víctima.

Frente a tal situación fáctica, la Corte concluyó que las autoridades no le concedieron a la víctima plazo razonable alguno para que tuviese la oportunidad de recolectar elementos materiales de prueba o información pertinente que condujera a un eventual rechazo de la preclusión por parte del funcionario de conocimiento.

Finalmente, en lo que atañe a la Ley de Justicia y Paz, la Sala, en la providencia de 2 de octubre de 2007 (radicación 27484), señaló que la asistencia de las víctimas a las fases previas del procedimiento depende de la acreditación, así sea sumaria, de su condición de tales y que, en todo caso, el derecho que tiene a presenciar la diligencia de versión libre que rinda el desmovilizado no implica que también pueda, en ejercicio del derecho de contradicción, interrogarlo.

Por un lado, para la Corte no basta con la simple afirmación de que se es víctima para ejercer las potestades consagradas en la norma, sino que además debe concurrir la demostración, así sea sumaria, de que la persona sufrió un daño real, concreto y específico, realizado por grupos armados ilegales, en los términos del artículo 5 de la Ley de Justicia y Paz.

Por otro lado, la Sala tuvo como base lo decidido por la Corte Constitucional en el fallo C-370 de 2006 para concluir que el derecho de participación de las víctimas debe ser matizado en relación con las diferentes fases del proceso.

Por ejemplo, cuando se surte el trámite preliminar con la versión libre del desmovilizado, se les debe reconocer a las víctimas, entre otras de las facultades relacionadas en el artículo 37 de la Ley 975 de 2005, el derecho a ser oídas, a que se les facilite el aporte de pruebas, a recibir desde el primer contacto con las autoridades información pertinente para la protección de sus intereses, a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito, a ser informadas sobre la decisión definitiva relacionada con la persecución penal y a interponer recursos cuando a ello hubiere lugar.

Sin embargo, la Corte también precisó que el ejercicio de tales facultades no puede interferir en la investigación adelantada por la Fiscalía, que de manera efectiva debe conducir a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por los delitos de las organizaciones armadas ilegales, por lo que la pretensión de que las víctimas puedan interrogar al desmovilizado que rinde la versión libre *“desconoce por completo la estructura del procedimiento fijado en la ley de justicia y paz, especialmente en la etapa preliminar, donde la labor de investigación tiene una*

47 Sentencia de 4 de marzo de 2009, radicación 28406.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*, citando al fallo C-899 de 2003.

50 Sentencia de 4 de marzo de 2009, radicación 28406.

51 Sentencia de 18 de julio de 2007, radicación 26255.



@Policía Nacional

connotación especial, si se tiene en cuenta que la información de lo sucedido a las víctimas depende de los resultados que vaya arrojando el trabajo de verificación”⁵².

Lo anterior, siguiendo con la Sala, no contradice lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Justicia y Paz, que le reconoce a las víctimas “*el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad*”, en la medida en que estas “*empiezan a interactuar con la fiscalía desde el momento en que se les va suministrando la información que de manera progresiva vaya recopilando el ente instructor*”⁵³

52 Sentencia de 2 de octubre de 2007, radicación 27484.
53 *Ibidem*.

y, por lo tanto, exponer al desmovilizado al interrogatorio por parte de las víctimas cuando carecen de suficientes elementos de juicio para confrontarlo “*sería tanto como romper el orden natural del procedimiento*”⁵⁴.

Así mismo, indicó la Corte que, como el ejercicio de los derechos de las víctimas debe obedecer a un orden lógico, racional y proporcional a los fines investigativos de la Fiscalía, tampoco es posible convertir a la diligencia de versión libre en un careo entre la víctima y el desmovilizado, ni tampoco en un testimonio o en cualquier otro medio de prueba sometido al ejercicio del derecho

54 *Ibidem*.

de contradicción, al menos en lo que a su proceso de formación respecta, por lo que el único que puede interrogar al desmovilizado en versión libre es el funcionario.

En el auto de fecha 10 de abril de 2008 (radicación 29742), la Sala estimó que no podía decretarse la exclusión de la lista de postulados a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz tan solo por el hecho de que un desmovilizado haya sido solicitado en extradición por el gobierno de los Estados Unidos de América.

Lo anterior, porque, entre otras razones, el Estado colombiano tiene la obligación de garantizar la efectiva protección a las víctimas, quienes no pueden quedar desprotegidas bajo ninguna circunstancia en lo que a los derechos fundamentales de verdad, justicia y reparación se refiere, aparte de que se vulneraría la eficacia del llamado recurso efectivo, que ocurre cuando *“(i) no se adelantan los procesos judiciales de forma seria, rigurosa y exhaustiva, (ii) cuando no se tramitan con diligencia, celeridad y convicción, (iii) no se toman medidas para proteger a las víctimas (iv) no se les permite a estas intervenir en los procesos, o (v) se dilata en el tiempo la definición del asunto”*⁵⁵.

De esta manera, si los postulados a la Ley 975 de 2005 tienen la obligación de rendir versiones libres en las que confiesen en forma veraz y completa los delitos de lesa humanidad por ellos cometidos, incluido el de concierto para delinquir agravado, *“[...] es fácil advertir que existen razones superiores para examinar la legitimidad de una extradición que puede estar en últimas conculcando los derechos de las víctimas al impedirse con ella la realización de los fines constitucionales del proceso penal, pues afectan las legítimas expectativas de las conductas punibles en cuanto la realización de su derecho a la verdad, justicia y reparación y, al contrario, la extradición de un desmovilizado para que responda en el extranjero por delitos menos graves que los que está confesando ante los jueces colombianos resulta siendo una forma de impunidad”*⁵⁶.

55 Auto de 10 de abril de 2008, radicación 29472.

56 Ibidem.

La Rama Judicial, más que cualquier otra, debe estar comprometida y vinculada en todas sus actuaciones con el ideal de justicia como derecho inalienable de la persona y valor supremo del ordenamiento jurídico

Así mismo, la Sala precisó que el incumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano en materia de los derechos que emanan de la Convención Americana, así como de la doctrina autorizada que en ese sentido ha proferido la Corte Interamericana, no se justifica por el hecho de que el país atraviese difíciles circunstancias que impidan la consecución de la paz.

En el auto de 3 de octubre de 2008 (radicación 30442), la Corte sostuvo que la audiencia preliminar en la que deba resolverse acerca de la solicitud de imponer medidas cautelares procede incluso antes de la formulación de la imputación, en virtud de los derechos fundamentales de las víctimas y en particular de la obligación de reparar, al contrario de lo que podría desprenderse del contenido literal del artículo 18 de la Ley 975 de 2005.

Lo anterior, debido a que, en la práctica, las imputaciones no se están evacuando en un corto o mediano plazo y porque incluso los postulados más importantes fueron extraditados a los Estados Unidos, con lo que, en cualquier caso, se corre el riesgo de dejar a la deriva los derechos de las víctimas.

En palabras de la Sala, *“no se viola el debido proceso cuando antes de la formulación de imputación se decreta el embargo y secuestro o la suspensión del poder dispositivo de los bienes entregados por el desmovilizado, si con ello se persigue precisamente garantizar la finalidad primordial del proceso: la reparación”*⁵⁷.

De esta manera, como la Ley de Justicia y Paz consagra una política criminal especial de justicia restaurativa (*“es decir, que con ella persigue una solución pacífica al conflicto a través del perdón, la reconciliación y la reparación del daño, involucrando a la víctima, al victimario y a la sociedad”*⁵⁸), y como además se abandonó el tradicional criterio del delito como infracción a la norma del Estado para acoger el actual concepto de injusto como conducta que produce un daño a otra persona, resulta ajustada a derecho la decisión de un Magistrado de Control de Garantías cuando accede a decretar medidas cautelares respecto de unos bienes ofrecidos de manera voluntaria por un postulado a quien no se ha formulado imputación.

Por último, es de destacar que en la sentencia de revisión de fecha 11 de marzo de 2009, la Sala declaró fundada la causal prevista en el numeral 3 del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 (hechos y prueba nueva), respecto de una decisión absolutoria a favor de un general del Ejército Nacional que había sido procesado, entre otras conductas punibles, por el delito de concierto para delinquir con fines de paramilitarismo.

De acuerdo con la Corte, el principio de la tutela judicial efectiva no solo representa para los funcionarios la obligación de respetarles

57 Auto de 3 de octubre de 2008, radicación 30442.

58 Ibidem.



@León Darío Peláez

a las víctimas los derechos de verdad, justicia y reparación, sino que además las versiones libres rendidas por los desmovilizados-postulados en las fases previas de la Ley de Justicia y Paz son susceptibles de constituir prueba nueva y de aportar situaciones fácticas no conocidas al momento de proferir decisiones absolutorias a favor de terceros que participaron en los actos cometidos por los paramilitares, que a la postre pueden y deben ser objeto de la acción de revisión.

Si bien en el caso concreto no se satisfacía el requisito de interpretación condicionada que había sido prevista en la sentencia C-004 de 2003 de la Corte Constitucional (en el sentido de que debe mediar el pronunciamiento de una autoridad judicial interna o de una decisión de instancia internacional), también lo es que la Sala consideró que para la procedencia de la causal invocada era suficiente con *“la intervención como accionante de la Procuraduría General de la Nación, institución que por mandato de la Carta le corresponde la guarda y protección de los derechos humanos y que por expreso querer del legislador tiene atribuida la representación de las víctimas en los asuntos de Justicia y Paz”*⁵⁹.

59 Auto de 11 de marzo de 2009, radicación 30510.

A modo de conclusión, es posible sostener que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha ajustado la interpretación del alcance y los límites del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en razón de los parámetros desarrollados por las instancias internacionales (y en especial por las decisiones que en materia de las obligaciones de propugnar en forma seria por la investigación, persecución, reparación, no repetición y eventual sanción de los responsables ha proferido la Corte Interamericana de Derechos Humanos), así como en virtud de su innegable conexión con el resto de las garantías que integran el debido proceso, pero analizadas siempre desde la perspectiva de que el respeto a los derechos de las víctimas constituye un eje tan esencial e imprescindible como lo es el atinente a los derechos del procesado.

Y, ante todo, es de reiterar, tal como se hizo al inicio de esta exposición, que la adopción de tales posturas obedece a un modelo estatal propio de las democracias plurales y participativas, es decir, al modelo del Estado Constitucional de Derecho, en el que la Rama Judicial del Poder Público, más que cualquier otra, debe estar comprometida y vinculada en todas sus actuaciones con el ideal de justicia como derecho inalienable de la persona y valor supremo del ordenamiento jurídico.

Ni el gobierno de los Jueces ni los jueces del Gobierno



EDGARDO VILLAMIL PORTILLA
MAGISTRADO DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL

En el mundo de hoy, que oscila dramáticamente entre la paradoja y la utopía, es posible increpar a la injusticia en nombre del género humano; sin contar con que en la sociedad de la información y del conocimiento, la tecnología ha permitido superar la distancia y alterar el tiempo.

En general, el maná tecnológico, sospechosamente, de la mano invisible del mercado —he ahí la aporía—, nos ha permitido descubrir la proximidad del otro en los confines de la tierra, la otredad en el dolor, en su desesperanza, en su frustración, en su soledad.

La fuerza brutal del mercado también forma, no solo un maquinal consumidor mundial uniforme, sino un ser con una conciencia en expansión, conciencia de que nunca el avance de la humanidad fue tan grande, pero nunca mayores las injusticias, las violencias y las soledades.

La ruptura de las identidades estáticas y la irrupción de formas de reconocimientos más abiertos, dinámicos y menos duros, en los que el otro es parte del yo, presiona nuevas realidades, en las que entre lo público y lo privado emerge la sociedad civil como tercera.

Desde el cosmopolitismo ético de los estoicos, redimido en los mismos principios que insuflaron contenido a los derechos humanos de la Ilustración, hasta el redescubrimiento de que la soberanía nacional no tiene un valor moral intrínseco, el hombre de hoy se ha resignado ante la derrota infringida por la frustración en el empeño de construir grandes sistemas filosóficos comprensivos de la totalidad del pensamiento acerca del ser, del tiempo, de la historia; ante las estrechez e insuficiencia de las categorías, el hombre se ha refugiado en una tarea que por el sortilegio de las comunicaciones se ha vuelto posible: hablar en nombre del género humano, para

agitar el credo de sus derechos, de los derechos de la tierra, de las futuras generaciones, y por qué no, de los cyberderechos.

La autoconciencia del hombre del siglo XXI es la conciencia universal sobre sus derechos; esta es la era de los derechos, rectius el momento del juez, pues haciendo una reducción, radical acaso, puede decirse que sin juez no hay derechos, que el valor de las promesas que las sociedades hacen a sus individuos depende de los jueces, que la verdadera existencia de los derechos se revela en su momento coactivo, el de la exigibilidad, mejor el de la exigencia, pues es ahí cuando se concretan en el individuo los rasgos de una civilización.

Ante el fracaso de la política, la sospecha sobre los partidos y el supuesto marchitamiento de las ideologías, las sociedades locales han puesto al juez en el centro de las coordenadas del debate social.

Esta reconducción del pensamiento político hacia la justicia es evidente en la filosofía social; hoy no cabe duda de la aproximación teórica entre filosofía política y filosofía del Derecho; las discusiones sobre una ética posible heredera del diálogo y la deliberación, los debates sobre alguna teoría de la justicia presente en el propio estrado, muestran un desplazamiento del centro de gravedad de la deliberación pública hacia la actividad de los jueces, pues ya las sociedades no miran de lejos lo que se hace en los Areópagos, en tanto la construcción de una ciudadanía universal desde los derechos desmitifica la palabra justicia, la desmonta de la abstracción. La idea de justicia no es ya una utopía, los derechos no son un programa lejano, la palabra justicia es sacudida, los jueces son reconvenidos e interpelados, el ciudadano ya no quiere tantos intermediarios espurios, comprende que los tribunales son el lugar físico de la justicia y a ellos acude, golpea desgarradoramente como víctima, lleva el murmullo indecente de su dolor, de sus carencias, de su



@Germán Gómez Rojas

marginación, ha construido un sentimiento inaplazable de justicia total, por lo mismo, no comprende y repudia los aplazamientos y mediaciones en nombre de la ley.

Esa mirada hacia la justicia no es solo un asunto local, comunitario o estatal, sino un movimiento mundial, asociado a nuevas concepciones en cuya virtud, además de los derechos de los individuos, existen los derechos de los pueblos, derechos a la paz, al desarrollo, al futuro a la propia existencia colectiva.

La idea de que hay derechos de los pueblos y de las naciones supera las nociones de Estado y de soberanía que no encarnan per se un estatus moral; así, cuando las mayorías irreflexivas obrando como una turba mediática moderna se apropiaron de la máquina del Estado para golpear a las naciones y a las minorías, la humanidad volvió su mirada hacia la justicia y sobre la marcha surgieron los primeros atisbos de la justicia mundial, mediante la creación de Tribunales Internacionales.

Tras la Segunda Guerra Mundial surgieron el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente en Tokio; luego de esos Tribunales Militares integrados por los vencedores, el mundo migró hacia la integración

Un juez se debe a la Constitución, no a una idea, ni a un partido ni a una persona, ese es el verdadero entendimiento de la independencia judicial, la obsecuencia en un juez repugna a la idea de judicatura. <<

de Tribunales Internacionales de naturaleza civil. En 1993 y 1994 surgieron los Tribunales Especiales para Yugoslavia y Rwanda, que ya no tienen la esencia militar original; todo ese desarrollo termina con la constitución de la Corte Penal Internacional, que viene a colmar la idea ecuménica de justicia más allá de los Estados y más allá de las fronteras. Si el mercado rompió las fronteras y carece de sede, el lado positivo de la sociedad de la información reclama una justicia internacional e intercultural.

Entonces, la justicia global está llamada a proteger los pueblos, a juzgar los fracasos de la política y las desmesuras y desafueros en el ejercicio del poder político. La justicia internacional escruta de esa manera la conducta de las engeguedidas mayorías transitorias,

que creyendo estar a salvo de todo escrutinio, arrasan instituciones y personas.

La justicia global no dejará refugio en el Planeta para quienes creen gozar de la inmunidad que les otorga una ventaja local transitoria. Una imputación universal para los autores de crímenes de guerra, crímenes contra la paz o crímenes de lesa humanidad, no dejará resquicio alguno donde puedan huir los criminales y sus cómplices. A manera de una simple muestra de la importancia de los debates y su resonancia local, en el caso Lubanga (Héctor Olásolo pp. 283 y ss.) se consolidó la tesis dualista según la cual el compromiso penal en crímenes de guerra y genocidio comprende la responsabilidad penal de las personas que, a pesar de estar ubicadas en la periferia de los hechos, pudieron “ordenar”, “proponer”, “inducir”, “colaborar”, “contribuir”, o el verbo que puede tener más actualidad “encubrir” el delito.

Ya la Sala de Casación Penal ha hecho los primeros trazos expansivos de la responsabilidad penal que indican la superación de la teoría unitaria de la responsabilidad. Nuestros jueces ya han dado pasos de aproximación a la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales en temas como “dominio del hecho” y “empresa criminal común”, conceptos que expanden la responsabilidad a tal punto de exacerbar nuevas y mayores encrucijadas. Una cita pertinente: “ladran los perros Sancho, luego, cabalgamos.”

Una justicia globalizada tiene como aliado invaluable un mundo conectado, un mundo que se ofrece inmediato en tiempo real, sin distancias, mediaciones ni relatos, es el ejercicio de una ciudadanía mundial que ejerce una fiscalización sin pausa, ni espacio para la impunidad. No obstante, la intervención de la justicia global, por ejemplo, de la Corte Penal Internacional, es un asunto que no puede tomarse a la ligera.

En un país bajo la mirada de la Corte Penal Internacional, por lo mismo candidato posible a una intervención, alguien debe asumir en lo interno la responsabilidad por preservar el principio de soberanía judicial. Si bien la justicia global trae promesas de disuasión, también comporta peligros de suma gravedad.

En las condiciones de profunda disolución social que vive Colombia, la lucha contra la impunidad y la preservación de la democracia, la garantía de verdad, justicia, reparación y la garantía de no repetición, exigen un derecho penal de verdad.

Aunque no hay jurisprudencia suficiente, lo cierto es que la Corte Penal Internacional naturalmente no interviene el aparato político de un país, pues en verdad la irrupción de un Tribunal Internacional erosiona la justicia de un Estado, sustituye severamente el aparato judicial para ciertas conductas y puede dejar indemnes las estructuras políticas que impiden u obstruyen la administración de justicia local.

Será el déficit de justicia la invitación y justificante de una eventual intervención, esto es, la impunidad resultante de la laxitud de la ley y de la complicidad política con violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Por el contrario, la política local aprovechará en su favor la circunstancia para apoyar reformas en contra de la justicia y para perseverar en la empresa de la impunidad desde la política.

La intervención de la Corte Penal Internacional, como es sabido, tiene como premisas que en determinado país no se quiere o no se pueden juzgar los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional. La sindicación internacional de que no se puede o no se quiere juzgar recaerá primeramente sobre el aparato de justicia, no sobre las estructuras sociales y políticas que por la vía legislativa, la amenaza a los testigos y la intimidación, entre otras, han logrado hasta ahora obstruir la aplicación de justicia.

Por esa razón, en lo interno, a los jueces nos corresponde, más que a nadie, la tarea de fortalecer el aparato de justicia, de modo que no haya ningún pretexto para la intervención de la Corte Penal Internacional. He ahí la paradoja: la justicia de un país tiene que resistir toda forma de acoso y hostilidad interna, para así garantizar el combate contra la impunidad en los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, enfrentando aquellos sectores que creen que la obstrucción a la justicia nacional los dejará a salvo de la justicia internacional. Dicho de otro modo, la persecución en lo interno de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional es una tarea urgente no solo por la convicción de que cualquier forma de impunidad para esos delitos es intolerable, sino porque evitando la impunidad, a su vez se impide la intervención judicial externa que resultaría disolvente para el aparato de justicia de un país.

Uno de los peligros de intervención de la Corte Penal Internacional reside en que el aparato de justicia de un país pierda su rasgo esencial: la independencia. Entonces, la defensa de la independencia judicial debe ser un propósito nacional, pues este principio es el presupuesto imprescindible de la lucha contra el delito, especialmente, si se trata de delincuencia organizada constituida por supuestas ideas políticas en armas.

Frente a los aparatos de guerra, con evidentes conexiones con partidos políticos y en los centros de representación de intereses, es poco todo esfuerzo que se haga para mantener la independencia judicial. Las organizaciones criminales se constituyen para

enfrentar el aparato de la justicia, esas organizaciones criminales, sus epígonos y aliados, pasados, presentes o futuros, hacen causa común contra la justicia y su objetivo es menoscabar su independencia.

Como se ha dicho recurrentemente, las más de las veces sin la convicción necesaria y sin toda la determinación que merece, la independencia judicial no es una inmunidad personal para los jueces, sino que es un valor que funda el sistema jurídico y la democracia. Los jueces somos responsables porque somos independientes, la sociedad nos puede exigir todo tipo de sacrificios porque nos entrega libertad de acción, he ahí la fuente de la responsabilidad penal, disciplinaria y patrimonial, pero he ahí también el signo de la responsabilidad política. En el diseño de un Estado medianamente evolucionado, la independencia judicial es la garantía del ciudadano y del sistema, no un privilegio personal del juez.

Entonces, estamos bajo la mirada escrutadora de la comunidad mundial y de la justicia global, es decir, siendo observados como objeto de estudio y en ese contexto cada uno de los jueces debe ser custodio desvelado de la independencia judicial, no solo de la propia sino la de todos. A un juez no le basta para acallar su conciencia con sentirse libre de apremios, sino que debe mantenerse en vigilia para que todos los jueces sean independientes, pues esa es una pieza fundamental de la legitimidad del sistema judicial, que es la legitimidad misma de la democracia. Un sistema judicial sin independencia niega el Estado de derecho, pues permite la concentración del poder y se coloca en el camino de la tiranía.

En materia de defensa de la independencia judicial, la Corte Suprema de Justicia tiene responsabilidades históricas irrepitibles. La necedad, la ceguera y el empecinamiento no dejan ver que todo acto de menoscabo a la independencia de un juez, en sentido lato del término, es decir, de cualquiera de los que administran justicia según el artículo 116 de la Carta, causa un daño enorme a la institucionalidad y a la legitimidad del sistema. Claro que sí, en lo interno la institucionalidad se resiente severamente si se deslegitima al juez desde la propia asunción de su investidura, es decir, que desde la postulación trae mácula o denominación de origen, el sello impronta o marca indeleble que deja probada de antemano su obsecuencia a una persona a una idea o a un gobierno.

La genuflexión no puede ser el único título que habilite para el ejercicio de la judicatura, la obsecuencia probada hasta los límites no puede ser elemento habilitante del ejercicio del poder magnífico de un juez, “el buen crédito” de que habla la constitución para el ejercicio de una magistratura en las Cortes no puede deducirse a partir de la adhesión maquinal a la política de seguridad de un gobierno, porque más allá de ese programa transitorio está la Constitución. Un juez se debe a la Constitución, no a una idea, ni

a un partido ni a una persona, ese es el verdadero entendimiento de la independencia judicial, la obsecuencia en un juez repugna la idea de judicatura.

Valga de otro lado recordar el perfil del señor Fiscal de la Corte Penal Internacional, doctor Luis Moreno Ocampo, quien despuntó en el escenario del derecho penal argentino en la representación de las víctimas en el caso de extradición a Italia del ex oficial nazi Erich Priebke, luego, en 1985 fue fiscal en los juicios contra los integrantes de las juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983, y en los que fueron condenados, entre otros, el ex presidente de facto Jorge Videla y el ex jefe de la Armada Emilio Massera. Igualmente, en 1988, fue el fiscal del proceso contra los comandantes argentinos acusados de violar las leyes de la guerra durante el conflicto de las islas Malvinas o Falklands. También dirigió el enjuiciamiento de los militares que encabezaron dos rebeliones contra la democracia, en 1987 y 1990. En 1992, Moreno Ocampo hizo una pausa en la carrera judicial y se dedicó a la lucha anticorrupción.

Entonces, no es desmesurado ver en la figura de Moreno Ocampo un estándar internacional de las virtudes que deben adornar al encargado de la persecución de los delitos de lesa humanidad, las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Si Colombia está bajo la mirada de la Corte Penal Internacional y lo está por los mismos delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, el par colombiano del Fiscal Moreno Ocampo no puede ser algún espontáneo en el derecho penal que haya descubierto su vocación tardía, o que haga una nueva pasantía, menos si el sistema penal acusatorio hoy vigente prohíbe la delegación, como ha definido la Corte Constitucional al decretar la nulidad de sonados procesos. La voz inglesa “dummies” define al muñeco del ventríloquo, el Fiscal General de la Nación de Colombia no puede ser el muñeco que exprese la voz oculta de algún penalista que a la sombra ejerza el papel reservado constitucionalmente al Fiscal.

La designación de Fiscal General de la Nación es, pues, una función política, por lo mismo la responsabilidad política inhabilita para recibir la investidura. De ahí que si los actos de gobierno de un hombre público han puesto en peligro la vida de algún colombiano, de ello es responsable políticamente y eso lo inhabilita para recibir una investidura en la que se investigan las secuelas nefastas de esa política. Y frente a esa responsabilidad política no es posible pretextar presunción de inocencia, pues frente a los compromisos que se asumen por el manejo de la cosa pública, no puede responderse con categorías del derecho penal, sin caer en la más burda confusión de categorías. En las condiciones de profunda disolución social que vive Colombia, la lucha contra la impunidad y la preservación de la democracia, la garantía de verdad, justicia, reparación y la garantía de no repetición exigen un derecho penal de verdad, no un derecho penal para “dummies”.

La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia



JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
MAGISTRADO SALA ADMINISTRATIVA CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

1. Responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia

Hasta la segunda mitad del siglo XIX, la regla general en todo el mundo era la irresponsabilidad del Estado; el monarca tenía origen divino y sus actos resultaban infalibles e inequívocos. Solo en algunas épocas esta irresponsabilidad tuvo limitaciones, en los casos señalados expresamente en la ley, pero su alcance era personal y no estatal.

El Estado siempre fue irresponsable porque era concebido como la máxima expresión de soberanía y de ahí que responsabilidad y poder o soberanía resultaran incompatibles. Así se construyó un principio que se advertía indiscutible, según el cual *“lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación”*; pero el desarrollo de la actividad estatal y la misma filosofía liberal, llevaron a la destrucción de este postulado y a establecer la regla de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a los particulares, siempre y cuando fueran producto de los actos de gestión, en los cuales el ente estatal se manifestara y actuara como una persona jurídica privada, porque por los actos de imperio se mantenía su irresponsabilidad¹.

El Estado ejerce su poder a través de diversas funciones, creando o derogando normas jurídicas (Estado-legislador); ejerciendo la función administrativa propia del gobierno y de la administración (Estado-Administrador) o mediante el ejercicio de la función

judicial o de juzgamiento o de administración de justicia (Estado-Juez).

Indudablemente en el ejercicio del poder, a través de las funciones señaladas se pueden causar perjuicios a los particulares. Los poderes públicos actúan y funcionan influyendo la esfera patrimonial de los individuos para la satisfacción del interés general.

El Estado Social, distinto del Liberal, impone el deber de actuación positiva de los poderes públicos para la consecución de los fines, y si por ello se lesiona el patrimonio de los particulares surge la obligación de indemnizar², cuando estos no están llamados a soportar el daño en aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Existe consenso en la doctrina en torno a que la responsabilidad de la administración pública junto al principio de legalidad y de sometimiento de la administración a los tribunales constituyen el núcleo central del derecho administrativo, y que la responsabilidad de los poderes públicos configura un mecanismo de equilibrio entre el poder y los ciudadanos y es un elemento esencial en el diseño constitucional del Estado³.

Según Martín Rebollo, *“la teoría de la responsabilidad es, así, un sistema completo de garantía de los ciudadanos que complementa el sistema de control y de sometimiento del poder*

1 Gustavo Cuello Iriarte y otros. *El daño especial*. Procuraduría General de la Nación, 200, p. 9.

2 Cfr. Acosta Gallo, Pablo. *La responsabilidad del Estado Juez*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., pp. 21 a 23.

3 Cfr. Acosta Gallo. *Obra cit.* p. 22.

*público al principio de legalidad, de forma que constituye una pieza fundamental del entramado que liga y acerca el Poder, el Estado, la Administración y la Sociedad, a los ciudadanos*⁴.

2. Responsabilidad de los jueces

En el Estado liberal, con la división de poderes, la independencia del juez comienza a ser posible. Paradójicamente después de la Revolución Francesa, esta independencia adquiere entidad propia; pero dentro de la lógica del racionalismo imperante, impulsado entre otros por Montesquieu, su independencia no constituye ninguna amenaza para los otros poderes, comoquiera que su función no pasaba de la aplicación literal de la ley; el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley, sin que ni siquiera pudiera interpretarla, modificarla, variar sus alcances, ni mucho menos crear derecho; aplicaba un sistema de fuentes que en principio impedía las lagunas del ordenamiento, y por ello no tenía por qué equivocarse⁵; en consecuencia, el Estado no tenía que responder por las decisiones de los jueces. El Estado todo era irresponsable, piénsese cómo sólo hasta ahora se le empieza a deducir responsabilidad al Estado por los actos del legislador.

El modelo burocrático fue superado por los nuevos marcos normativos constitucionales; hoy el juez ha superado la función de autómatas aplicadores de normas positivas para ser lo del derecho, esto es, de normas positivas, reglas, principios y valores constitucionales; pudiendo incluso apartarse de la ley, pues, la legitimidad de esta, según Ferrajoli, no se encuentra en el cumplimiento de las formas necesarias para su producción, sino en su coherencia con los principios y valores constitucionales. Con la independencia del Poder Judicial frente al ejecutivo y al legislativo, y con el rol protagónico del juez en la sociedad moderna se han incrementado las exigencias de responsabilidad del mismo.

Los fundamentos racionales del derecho al resarcimiento no son únicamente jurídicos, pues hay suficientes razones de contenido ético, social, de equidad y de justicia que permiten fundamentar la obligación del Estado de reparar los daños causados por la Administración de Justicia⁶.

3. Evolución de la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia en Colombia

En Colombia, antes de la Constitución de 1991, no había ninguna disposición que estableciera la responsabilidad del Estado por las decisiones de los jueces.

4 Martín Rebollo, Luis. *Los jueces y la responsabilidad del Estado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 15 y 16 (citado por Acosta Gallo. Obra cit. p. 23).

5 Acosta Gallo, Pablo. *La responsabilidad del Estado-Juez*. Editorial Montecorvo S.A., 2005, pp. 40 y ss.

6 Cfr. Acosta. Ob. cit.



@Hernando Carrizosa • Expediente de la Serie "Cruceficciones". 2009

Si la soberanía reside en el pueblo y los poderes se ejercen en su nombre, todos los funcionarios públicos están obligados a rendir cuentas y a responder por los perjuicios que causen en ejercicio de sus respectivas funciones.



El Código de Procedimiento Civil de 1970 estableció en su artículo 40 la responsabilidad personal del juez, por dolo, fraude, abuso de autoridad, mora injustificada y error inexcusable que alude a omisiones graves, evidentes e imperdonables que pueden comprender tanto la negligencia como la falta de pericia, o la notoria falta de conocimientos, pero tiene que tratarse de errores garrafales, imperdonables habida consideración de que el escueto error de concepto, doctrina o interpretación, aun cuando lo haya, no origina responsabilidad⁷.

7 Sentencia del 11 de marzo de 1993. M. P. Carlos Esteban Jaramillo. Bermúdez Muñoz, Martín. *Responsabilidad de los Jueces y del Estado*. Librería El Profesional, 1999, pp. 22 y ss.



@Hernando Carrizosa • Expediente de la Serie "Cruceficiones". 2009

Comoquiera que las decisiones judiciales gozan de la naturaleza de la cosa juzgada, establecida para otorgar certeza y seguridad jurídica a los particulares, la responsabilidad por error se limitaba solo al error inexcusable, de ahí que en principio los ciudadanos debieran soportar el riesgo del error judicial.

La explicación de la exigencia del error inexcusable la encontraba la Corte en que, si no fuese de esa manera, proliferarían los juicios de responsabilidad contra los jueces y podría menguarse ostensiblemente la independencia y la libertad para interpretar las leyes.

La norma exigía que se hubiesen interpuesto todos los recursos tanto ordinarios como extraordinarios, y que se ejerciera la acción

» Con la independencia del Poder Judicial frente al ejecutivo y al legislativo, y con el rol protagónico del juez en la sociedad moderna se han incrementado las exigencias de responsabilidad del mismo.

dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en el caso de los numerales 1° y 3° no alteraba los efectos de las providencias que los determinaban.

Esta interpretación junto a la posición del Consejo de Estado⁸, en el sentido de que el Estado no responde por error, porque el legislador estableció una responsabilidad personal pero no estatal por las decisiones de los jueces, condujo a la inoperancia del sistema legal de responsabilidad de estos. Excepcionalmente se abrió paso a la responsabilidad estatal cuando el error sobrepasara la noción de error inexcusable, y que pudiera equipararse a la vía de hecho, en cuyo caso el Estado sería responsable por los perjuicios causados por la administración de justicia, no por error judicial, sino por su actividad asimilable a cualquier otro servicio público.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, anterior a la Constitución de 1991, admite la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por la administración de justicia, al asimilarlo a cualquier otro servicio público pero no por el error judicial, porque la responsabilidad por error está reglada, las decisiones judiciales gozan de la naturaleza de la cosa juzgada, establecida para otorgar certeza a los particulares, y por ello estos deben soportar el riesgo del error judicial.

Al menos como hipótesis teórica se admite la posibilidad de que exista responsabilidad del Estado en los casos de errores judiciales, que sobrepasen el concepto de error inexcusable que compromete sólo al juez y que puedan considerarse como vías de hecho. El error judicial es un riesgo a cargo del administrado, una carga pública de todos los asociados, que por lo mismo no compromete la responsabilidad del Estado; pero si se trata de un error inexcusable responde el juez de conformidad con lo previsto en los artículos 25 y 40 del C. de PC.⁹ Con todo, como ya se dijo, si el error era más que inexcusable, que constituyera una vía de hecho, entonces se comprometía la responsabilidad del Estado¹⁰. La irresponsabilidad del Estado por la actividad judicial era la regla general¹¹.

4. Regulación en la Constitución de 1991 y en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia

Hoy, en los nuevos diseños institucionales de los Estados, no se concibe ningún poder público irresponsable. Si la soberanía reside en el pueblo y todos los poderes se ejercen en su nombre, todos los funcionarios públicos están obligados a rendir cuentas y a responder por los perjuicios que causen en ejercicio de sus respectivas funciones.

8 Sentencia del 14 de febrero de 1980, del Consejo de Estado.

9 Bermúdez, Martín. Ob. cit., p. 53.

10 Sentencia del 16 de diciembre de 1987 del Consejo de Estado.

11 Ver Bermúdez, Martín. Ob. cit., p. 53.

Hasta la Constitución de 1991, la jurisprudencia del Consejo de Estado desarrolló varios sistemas de responsabilidad. El primero basado en *la falla del servicio o falla probada del servicio* —que, bueno es reconocerlo, en su elaboración mucho se debe a la Corte Suprema de Justicia— parte del supuesto del no funcionamiento de un servicio público o de un funcionamiento indebido o inadecuado, que le causa un perjuicio a un particular. Luego el de la falla presunta *del servicio*, que es un régimen intermedio entre el sistema de falla probada y el riesgo excepcional, pero donde el Estado tiene una mayor carga probatoria, se presume la falla; al demandante le basta con demostrar el hecho dañoso, el daño y el nexo causal.

Posteriormente, se diseñó la teoría del *riesgo excepcional* que se presenta cuando la Administración, con la prestación de los servicios públicos o construcción de obras públicas, crea riesgos que se pueden concretar en lesiones patrimoniales a los particulares y que, dada su excepcional gravedad (de los riesgos), excede notoriamente las cargas que los particulares deben soportar como contrapartida de los beneficios que derivan del servicio o de la obra¹². Se trata de actividades lícitas desarrolladas adecuadamente donde no se puede imputar falla del servicio. Es un sistema objetivo de responsabilidad.

Y por último, el sistema del *daño especial* se da cuando la Administración actuando legítimamente, dentro del marco legal, le causa un perjuicio a un particular, superando las cargas normales que las personas deben soportar por vivir en comunidad. En estos casos debe indemnizar el perjuicio. Esta Teoría tuvo como origen el fallo del Consejo de Estado francés de 1923 denominado *Couitéas*, donde fue condenado el Estado porque, para evitar problemas de orden público, no hizo cumplir una orden legítima de desalojo de cerca de 800 indígenas que habían ocupado terrenos de propiedad del actor. El Consejo dijo que, en tales circunstancias, el actor sufrió detrimento patrimonial que debía indemnizarse, pese a la actuación legítima de la Administración. En sentencia del 8 de febrero de 1985, el Consejo de Estado colombiano falló un asunto igual al del caso *Couitéas*, donde el Alcalde de Chaparral y el Gobernador del Tolima se abstuvieron de realizar un desalojo ordenado legítimamente, también para evitar mayores problemas de orden público.

Es también muy importante sobre daño especial el fallo del Consejo de Estado en relación con los daños causados a los vecinos con la construcción del puente de la calle 53 con carrera 30, de Bogotá, ya que sin falla del servicio se les impuso *“a los demandantes una carga especial en beneficio de la comunidad. Carga que rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas”*.

Este era grosso modo el panorama de la responsabilidad administrativa del Estado al momento de instalarse la Asamblea Nacional Constituyente. En esta se presentaron diversos proyectos

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de octubre de 1997, exp. 11.960.

Los fundamentos racionales del derecho al resarcimiento no son únicamente jurídicos, pues hay suficientes razones de contenido ético, social, de equidad y de justicia que permiten fundamentar la obligación del Estado de reparar los daños causados por la Administración de Justicia.



(26) dirigidos a establecer de manera expresa la responsabilidad del Estado en un mandato constitucional, por cuanto la Constitución de 1886 traía una norma general, de protección de las personas en su vida, honra y bienes (art. 16). El proyecto, que se convirtió en norma constitucional en el artículo 90 de la actual Carta Política, fue el presentado inicialmente por el Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, y luego por este y el Constituyente Jaime Arias López con el propósito de desplazar el *“soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.*

“Por lo que hace a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. La determinación de las condiciones para el efecto, quedará, naturalmente, en manos de la ley y la jurisprudencia”¹³.

Tal como lo pretendían los constituyentes, se consagró de manera expresa la responsabilidad del Estado en una norma omnicompreensiva, esto es, que comprende tanto la falla del servicio como la falla presunta del servicio, el riesgo excepcional, el daño especial y el enriquecimiento sin causa, que eran los sistemas subjetivos y objetivos de responsabilidad operantes.

El daño antijurídico se convierte en el fundamento de la responsabilidad. Para que haya responsabilidad se requiere daño antijurídico e imputación a la Administración.

¹³ Informe de ponencia *Gaceta Constitucional* No. 56 de 1991.

Como quiera que las decisiones judiciales gozan de la naturaleza de la cosa juzgada, establecida para otorgar certeza y seguridad jurídica a los particulares, la responsabilidad por error se limitaba solo al error inexcusable, de ahí que en principio los ciudadanos debieran soportar el riesgo del error judicial.



La Constitución radica en el deber de indemnizar en el daño antijurídico, concebido en las diversas ponencias: *“como aquel que causa un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en sociedad. Es decir, no sólo se definió por la carencia de título sino porque este excediera la carga normal que debe soportarse en sociedad. Se dejó abierta la discusión de si cualquier daño que careciera de título jurídico válido, tendría que ser indemnizado, o si tan sólo debería serlo aquel que a más de reunir el requisito anterior, supusiera una anormalidad y gravedad. El punto que queda pues a la interpretación, es el de determinar si los requisitos son acumulativos o alternativos¹⁴”*.

El Constituyente siguió de cerca la doctrina española, que desde 1954 tenía consagrada la responsabilidad objetiva en la ley de expropiación forzosa, del 16 de diciembre de ese año, —cuyo autor principal fue el maestro Eduardo García de Enterría en el artículo 121.1—, al decir de algunos autores casi de manera inopinada y subrepticia se colocó la siguiente norma: *“Dará también lugar a indemnización... toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”*.

Se introducía de esa manera una responsabilidad objetiva por la prestación normal o anormal del servicio público, que pese a que fue un cambio brusco en la legislación española, no causó mayores traumatismos por el paternalismo franquista y por las pocas reclamaciones que había, seguramente, al decir de algunos autores, por la influencia árabe de aceptar los daños como una predestinación divina insuperable¹⁵.

El 26 de julio de 1957 se expidió la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), mejorando técnicamente la norma que había en la Ley de 1954. El artículo 40 decía: *“1º. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.*

2º. En todo caso, el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Posteriormente, la Constitución de 1978, en el artículo 106.2 estableció: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

Y por último, la Ley 30 de Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), del 26 de noviembre de 1992, estableció en su artículo 139.1: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes por toda lesión en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

Como puede verse, en España se consagró la responsabilidad objetiva de la Administración y no solo se mantuvo en la Constitución, sino que se reiteró en la Ley 30 de 1992.

La Constitución Española no se refiere al daño antijurídico, sino a toda lesión en los bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Es el propio García de Enterría quien define el daño antijurídico al señalar que *“lesión es el mismo perjuicio antijurídico”* y que la responsabilidad por la antijuricidad del daño se fundamenta en la protección y garantía del patrimonio de la víctima; el daño antijurídico *“es todo daño no buscado, no querido ni merecido por la persona lesionada, que sin embargo, resulte de la acción administrativa”*, *“se está aludiendo a la regla en efecto ‘objetiva’ a que la lesión no se entiende producida sino cuando el dañado no tenga el deber jurídico de soportarlo, y resulte posible imputarlo a la acción de la Administración a los términos a que luego nos referiremos”*¹⁶. Para García de Enterría las causas de imputación, esto es, del deber de reparación por el daño antijurídico, son: “La

14 Henao, Juan Carlos. Ob. cit., p. 128.

15 Puigpelat, Oriol Emir. Ob. cit., pp. 234 y ss.

16 García de Enterría, Eduardo. Prólogo *La responsabilidad patrimonial de la administración*. Oriol Emir. Ob. cit., p. 21.



@Hernando Carrizosa • Expediente de la Serie
"Cruceficciones". 2009

realización material directa y legítima del daño; esto es, el daño causado por el funcionamiento normal de los servicios públicos; la realización directa material del daño, pero no legítima, que es la más habitual, y que deviene del funcionamiento anormal de los servicios públicos; la del riesgo creado por la administración y la del enriquecimiento sin causa a favor de la administración¹⁷.

Es evidente la influencia del profesor García de Enterría y otros autores españoles, en particular Jesús Leguina Villa, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, incluso como lo anota el tratadista colombiano Juan Carlos Henao, desde antes de la Constitución de 1991, se hace referencia a las doctrinas de los autores citados y de otros, para sustentar los fallos acudiendo a la noción de daño antijurídico, así, entre muchas otras sentencias, la Sección Tercera, en la del 5 de julio de 1991, con ponencia del consejero Daniel Suárez Hernández, dijo: *"es característica contemporánea el que se prescindiera de los conceptos de licitud, ilicitud, culpa y dolo, y en fin, de cualquier elemento subjetivo de los que sirvieron de fundamento pretérito al concepto de responsabilidad administrativa; actualmente esta tiene su razón de ser en la lesión que los particulares sufran en*

sus derechos, aun con prescindencia de que la acción originaria del daño se hubiere ejercido legalmente por el ente público".

Siguiendo casi al pie de la letra al derecho español, el constituyente colombiano en el artículo 90 estableció una responsabilidad general y directa del Estado¹⁸, al consagrar en el inciso 1º que: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas"* y en su inciso 2º. consagró la acción de repetición en los siguientes términos: *"En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este"*.

Pero como puede verse, en materia de administración de justicia no se estableció de manera expresa la responsabilidad de los jueces por sus decisiones judiciales, como se hizo en la Constitución española

17 García de Enterría, *ibidem*, pp. 21 y 22.

18 *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas"*.



@Hernando Carrizosa • Expediente de la Serie "Cruceficciones". 2009

en el artículo 121, el cual establece que: *“Los daños causados por error judicial o los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”*, Pero la ley orgánica del Poder Judicial, 6 del 1º de julio de 1985, dedica los artículos 292 a 297 a la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Son daños imputables a la Administración de Justicia, generalmente realizados por el juez o por los colaboradores de este que obviamente no realizan actos jurisdiccionales.

Dos supuestos de responsabilidad consagra la Constitución española por el funcionamiento de la Administración de Justicia: el error judicial, esto es, los daños producidos por la actividad jurisdiccional propiamente dicha en virtud de resoluciones o sentencias injustas, y la derivada del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, constituyendo las dilaciones indebidas el supuesto de anormalidad que ha dado lugar al mayor número de reclamaciones.

La reclamación de indemnización por error judicial exige que previamente el órgano jurisdiccional competente realice pronunciamiento sobre la existencia del error. El término de caducidad es de tres meses y el Tribunal tiene 15 días para decidir. El procedimiento para reclamar la indemnización es un recurso de revisión civil. De este conoce el Tribunal Supremo. Es indispensable que contra la providencia supuestamente errónea no proceda ningún otro recurso. Está previsto también el trámite de un proceso especial de declaración del error. Del que puede conocer el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia si se trata de Derecho Foral. Con todo el procedimiento es bastante complejo. Existe la posibilidad de que de oficio se tramite la declaración del error.

Ya con la sentencia de declaración del error se puede ejercer la acción de reclamación directamente ante el Ministerio de Justicia y, si este no acepta el reconocimiento de la indemnización, hay que acudir nuevamente al órgano jurisdiccional.

Se prevé en la ley orgánica del poder judicial una acción directa del ciudadano contra el juez, a más de la acción de repetición, cuando ha actuado con dolo o culpa grave (artículo 412 Ley 6ª de 1985).

Ahora bien, ni la Constitución ni la ley españolas definieron el error judicial; el Tribunal Supremo ha dicho que el mismo *“constituye un concepto jurídico indeterminado”*. Que su apreciación exige que el juzgador realice una valoración de los elementos concurrentes en el caso concreto. *“Error judicial no es equivalente a desacierto del Órgano Jurisdiccional. Cuando los Tribunales –que están servidos por seres humanos– se equivocan, como puede suceder en cualquier otra función o actividad, ya sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho, el remedio para corregirlo se encuentra en los recursos procesales y cuando éstos se agotan, si persiste la equivocación (sea real o supuesta, porque también tendrán que reconocer las partes interesadas en un proceso judicial que pueden equivocarse), la seguridad jurídica, que es un principio estabilizador y pacificador de la vida social, impone el aquietamiento y la aceptación de la situación establecida.*

“Sin embargo y tratando de agotar la realización efectiva de la justicia o, al menos, la compensación de sus desviaciones, el legislador ha previsto que, cuando la equivocación sufrida no es de las que podamos llamar normales o explicables dentro del acontecer humano, sino palmaria evidente, inexplicable, racionalmente y conducente a resultados absurdos y además ya no quepa solución a través de los recursos, se califique de “error judicial” y sin lesionar el antes principio de seguridad jurídica (puesto que la situación creada por la decisión groseramente errónea no se modifica), al menos se indemnicen los perjuicios sufridos por quien padeció la indiscutible y patente equivocación.

“Dentro de estos principios y como definición más asequible, el error judicial no es la equivocación opinable, que unas personas

reconocen y otras pueden no hacerlo con argumentos razonables, sino que el error judicial es aquella disparatada solución que cualquiera advierte desviada del sentido común y que llama la atención a simple vista¹⁹.

En Francia se admite responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la justicia, pero con muchas restricciones. En principio no se aplica sino a la justicia ordinaria. La ley de 5 de julio de 1972 dice en el artículo 11: *“El Estado está obligado a reparar el daño causado por el funcionamiento defectuoso del servicio de justicia. Esta responsabilidad solo podrá hacerse derivar por la existencia de una falta grave o una denegación de justicia”*. Esto por cuanto se considera que el acto del juez es un acto de soberanía exento de control de los propios tribunales.

La Ley Italiana No. 13 de 1988, al referirse a la responsabilidad del Estado por el error judicial (que solo es admitida cuando exista dolo o culpa grave) establece en su artículo 2º que *“en el ejercicio de sus funciones judiciales no podrá dar lugar a responsabilidad la actividad de interpretación de normas jurídicas ni la valoración del hecho o de las pruebas, lo que sólo se presenta en los casos de violación de la ley, afirmación o negación de un hecho que esté incontrastablemente excluido o probado, en todos los casos determinada por error inexcusable”*²⁰.

En Alemania solo se prevé en el Código Civil, artículo 1896 que *“el juez que no haya cumplido correctamente sus funciones con ocasión de una sentencia dictada para la resolución de un litigio solo será responsable de los daños causados cuando el incumplimiento de su deber constituya un hecho punible. La doctrina alemana ha visto en este precepto tanto una garantía de la independencia judicial como una indemnidad de la fuerza de cosa juzgada de la sentencia, al objeto de evitar que un litigio ya resuelto por sentencia firme sea objeto de indemnización a efectos indemnizatorios”*²¹.

5. Formas de responsabilidad

Como ya se mencionó, la Constitución colombiana diseñó una responsabilidad patrimonial para todo el Estado, incluida la Administración de Justicia en el artículo 90.

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, se ocupó entonces de regular la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia en los siguientes términos: *“Artículo 65. De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”*.

19 STS. 19 de abril de 2002. Ponente: Rodríguez Arribas.

20 Cita de Martín Bermúdez. Ob. cit. p. 4

21 Acosta. Ob. cit. p. 68.

La seguridad jurídica, que es un principio estabilizador y pacificador de la vida social, impone el aquietamiento y la aceptación de la situación establecida.



“En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”.

La Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, mediante la cual se realizó el estudio de constitucionalidad previo e integral de la citada ley, señala que *“el principio contemplado en el artículo superior citado (90 de la C.P.), según el cual todo daño antijurídico del Estado sin importar sus características, ocasiona la consecuente reparación patrimonial, en ningún caso puede ser limitado por una norma de inferior jerarquía, como es el caso de la Ley Estatutaria. En vez de acarrear la inexequibilidad del precepto, obliga a una interpretación más amplia, que se insiste, no descarta la vigencia y la aplicación del artículo 90 de la Carta Política”*.

6. Error Judicial

El artículo 66 de la Ley 270 de 1996 prescribe que *“Error jurisdiccional es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.*

La Corte Constitucional señaló en la sentencia arriba citada que el error judicial *“se enmarca dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas... En otras palabras, considera esta Corporación que el error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos, que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una vía de hecho”*²².

En tratándose de los órganos límite, sostuvo que toda vez que estos resuelven en última instancia, unifican la jurisprudencia y definen los criterios aplicables en casos similares, agotados todos los procedimientos estas decisiones se tornan autónomas, independientes, definitivas y determinantes. Ello obedece a la razón de garantizar la seguridad jurídica a los asociados bajo la certeza

22 Sentencia C-037 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

de que los procesos han llegado a una etapa final y no pueden ser revividos jurídicamente por cualquier otra autoridad de la Rama Judicial o de otra rama del poder público.

Adicionalmente, afirmó que es materia de ley ordinaria definir el órgano competente y el procedimiento a seguir respecto de la responsabilidad proveniente del error en que incurran las demás autoridades judiciales pertenecientes a esta rama del poder público.

Se ha criticado por algunos esta determinación tildándola de errónea, comoquiera que la ley ya establecía los procedimientos para ello. Con todo, debe observarse cómo en otros países como España, existe un procedimiento especial para la calificación del error, mediante procesos o recurso de revisión, según el caso, ante el Tribunal Supremo, y que se erige en requisito de procedibilidad de la acción contencioso-administrativa. Ello evita que jueces de otra especialidad, incluso de inferior categoría del que ha proferido la decisión, califiquen el error.

Los presupuestos para la reclamación por error judicial se consagran en el artículo 67 de la Ley 270 de 1996, como que se hubiesen interpuesto todos los recursos y que la providencia objeto de ataque se encuentre en firme.

7. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

El artículo 69 de la ley establece: *“Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”*.

Nuevamente la Corte reitera que el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia debe ser declarado por el órgano que defina la ley ordinaria para calificarlo.

Cuando se ha sufrido un daño antijurídico que no se enmarque dentro de los casos previstos en el artículo 66 (error judicial) y 68 (privación injusta de la libertad), puede acudir directamente al artículo 90, comoquiera que esta disposición así lo autoriza.

» Dentro del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia se ubican las actuaciones que tienen como origen la negligencia, la ignorancia, el dolo y que se traducen en un deficiente servicio judicial.

Dentro del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia se ubican las actuaciones que tienen como su origen la negligencia, la ignorancia, el dolo y que se traducen en un deficiente servicio judicial. Lugar destacado ocupan las dilaciones procesales, las cuales para que generen daños resarcibles deben apreciarse dentro de las circunstancias específicas de cada caso.

No hay que olvidar que el derecho a obtener justicia incluye que esa justicia se dispense en plazos razonables.

Aquí, para la acción de responsabilidad contra el Estado resulta esencial tener en cuenta los conceptos de falla relativa en el servicio y de límites de la antijuridicidad del daño, desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues resulta claro, que nadie, y tampoco el Estado, está obligado a responder por aquello que dentro de las circunstancias concretas, no se encuentra en condiciones de cumplir, pues el plazo razonable para la decisión debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales.

Otros, como Montero Aroca y Guido Santiago Tawill²³, sostienen que el Estado no puede alegar ausencia de medios porque sería permitir la alegación de su propia culpa y no puede alegar tampoco fuerza mayor o caso fortuito en virtud de que de esa circunstancia no es ni imprevisible ni irresistible. El Estado ha asumido en régimen de monopolio la potestad jurisdiccional y, como consecuencia, reconoce a sus ciudadanos el derecho a que en la regulación del proceso se establezcan términos razonables, tanto para la tutela efectiva de sus derechos subjetivos como para la garantía de la defensa y a que esos plazos se cumplan.

8. Privación injusta de la libertad

El artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece que *“quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”*.

La Corte Constitucional en la sentencia mediante la cual realizó el estudio de constitucionalidad de la esa ley, estableció que el término *“injustamente se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada, ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”* y que la ley ordinaria definirá el órgano competente y el procedimiento a seguir respecto

23 Tawill Guido Santiago. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, pp. 72 y 92. Citado por Martín Bermúdez. Ob. cit. pp. 188 y 189.



@Hernando Carrizosa • Expediente de la Serie "Cruceficciones". 2009

de la responsabilidad proveniente del error judicial. Bajo estas condiciones el artículo 68 citado fue declarado exequible.

Es importante anotar que el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, derogado por el artículo 535 de la Ley 600 de 2000, establecía que habría lugar a indemnización de perjuicios cuando la persona que había sido privada injustamente de la libertad, —sin que lo haya sido por su culpa o dolo— resultara exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el *"hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible"*.

Según el Consejo de Estado²⁴, la jurisprudencia de esa Corporación no ha aplicado un criterio uniforme en cuanto a la aplicación del artículo 414 (privación injusta de la libertad).

1º. Inicialmente la responsabilidad estatal se deducía solo por en el error judicial, ya que la detención preventiva se tenía como una carga que todas las personas debían soportar para el recto funcionamiento de la Administración de Justicia, no siendo relevante el estudio de la conducta del juez. (C. de E. Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 1994, exp. 8.666).

2º. En una segunda etapa se dijo que para los casos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, no era necesario demostrar el error judicial, sino que esa carga solamente debía exigirse para los casos no contemplados en dicha norma, pues, se estimó que en los

eventos previstos en ella, el legislador había calificado de antemano la detención como injusta, consagrando una responsabilidad objetiva, y de aquí que no tuviera que probarse la falla del servicio (sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente 10.056 y 12 de diciembre de 1996, exp. 10.229).

3º. En un tercer criterio se dijo que el fundamento de la responsabilidad en estos casos no es la conducta del agente del Estado sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima en tanto que esta no tiene el deber jurídico de soportarlo (sentencia del 4 de abril del 2002, exp. 13.606), reiterando que ello es así, independientemente de la ilegalidad o legalidad del acto de actuación estatal o de que la conducta del agente del Estado causante del daño hubiese sido dolosa o culposa (sentencia 27 de sept. 2000 exp. 11.601 y 25 de enero de 2001, exp. 11.413).

4º. Y el último criterio es el de que se debe indemnizar aunque la absolución se produzca por la aplicación de principio del in dubio pro reo, pese a que la investigación haya sido adecuada y la medida de aseguramiento se haya ajustado a las normas legales, si el imputado no tenía el deber jurídico de soportar el daño consistente en la detención preventiva (sentencia del 2 mayo del 2007, expediente 15463). En tal caso la responsabilidad se fundamenta en la primacía del derecho fundamental a la libertad la cual debe estar garantizada en un Estado Social de Derecho.

En sentencia del 4 de diciembre de 2002, la Sala había precisado que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática, luego su

²⁴ Sentencia del 25 de febrero de 2009, actores Édgar Antonio Borja Silva y otros.

El Estado ha asumido en régimen de monopolio la potestad jurisdiccional y reconoce a sus ciudadanos el derecho a que en la regulación del proceso se establezcan términos razonables, tanto para la tutela efectiva de sus derechos subjetivos como para la garantía de la defensa.

pérdida no constituye una carga pública normal inherente al derecho a vivir en una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Y que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano la prevalencia del interés general constituye uno de los principios fundantes del Estado —a voces del artículo 1º infine de la Constitución Política—, no lo es menos que el artículo 2º de la propia Carta eleva a la categoría de fin esencial de la organización estatal la protección de todas las personas en sus derechos y libertades.

Se precisó que no puede considerarse que la sentencia de constitucionalidad expedida por la Corte Constitucional en relación con el artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, y la misma hayan restringido el alcance del artículo 90 el cual, por cuanto contempla que *“el Estado responderá patrimonialmente por los daños que le sean imputables”* y una norma de menor categoría como lo es una Ley Estatutaria, no puede limitar su alcance, tal como la misma Corte lo afirmó al revisar la constitucionalidad del artículo 65 de la citada ley. Asimismo, que debe hacerse una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico y específicamente de artículo 65 que consagra la responsabilidad por los daños antijurídicos causados por los agentes judiciales, con el artículo 90 de la C. P., piedra angular de la responsabilidad, junto con el artículo 69 de la citada ley, que establece que *“quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”* para concluir que la responsabilidad judicial puede declararse en supuestos en los que el Estado ha dispuesto la privación de un individuo causándole un daño antijurídico.

Finalmente, que *“en definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general, de responsabilidad que aquel contiene”*.

La conclusión podría ser otra, más ajustada a la realidad nacional y a la jurisprudencia y doctrina comparadas. Comparto, por tanto, los argumentos del salvamento de voto, realizado por la Magistrada

Ruth Stella Correa Palacio²⁵, según los cuales tal conclusión no se ajusta estrictamente a la luz de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y la sentencia de constitucionalidad condicionada proferida por la Corte Constitucional, y agregó algunos:

- 1º. El derecho a la libertad ciertamente es un derecho fundamental de primer orden, pero no es absoluto, puede ser limitado por el legislador, en los términos previstos en la Constitución, y así lo ha hecho en los Códigos de Procedimiento Penal y en leyes especiales; la norma del artículo 28 de la Carta así lo dispone al determinar que toda persona es libre pero puede ser privada de la libertad por autoridad judicial, con el lleno de las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.
- 2º. El artículo 414, del Decreto 2700 de 1991, antepenúltimo Código de Procedimiento Penal, fue derogado por el artículo 535 de la Ley 600 de 1996, y por tanto las tres hipótesis de detención injusta desaparecieron de la ley.
- 3º. La Corte Constitucional en el estudio de exequibilidad de la ley estatutaria, que fue previo, integral y automático, dijo que la privación de la libertad solamente es injusta cuando *“la actuación es abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada, ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”* y bajo estas condiciones declaró exequible la norma.
- 4º. Dicha sentencia tiene la naturaleza de moduladora, produce efectos de cosa juzgada erga omnes o absolutos de cosa juzgada constitucional (artículo 48 de la Ley 270 de 1996, 241 y 243 de la Carta) y resulta perentoriamente vinculante para todos los intérpretes, en cuanto se integra a la ley revisada y le impone al juez el deber de analizar el caso a la luz de los condicionamientos realizados, de tal manera que el contenido de la disposición así integrado, sólo admite la interpretación señalada por el juez constitucional.
- 5º. El juez no puede hacer una relectura constitucional de la ley y menos de una Ley Estatutaria que es una prolongación de la Constitución, para darle un alcance contrario al que le ha dado su juez natural, el constitucional.
- 6º. En el mundo occidental no se conoce ningún país que contemple condenas al Estado en todos los casos de sentencia absolutoria; en Argentina, no se admite ninguna responsabilidad del Estado por la función judicial mientras sus providencias no hayan sido declaradas judicialmente ilegítimas.

25 S.V. sentencia 25 de febrero de 2009. M. P. Mauricio Fajardo Gómez.

En España se reconoce legalmente la responsabilidad (art. 294 Ley 6ª de 1985), si la absolución se produce porque el hecho no ha existido (inexistencia objetiva) y, jurisprudencialmente, si el imputado no lo ha cometido (inexistencia subjetiva), pero nunca en cualquier otra circunstancia.

- 7º. La interpretación que se les da por el Consejo de Estado a la ley estatutaria, a la sentencia de la Corte Constitucional y al artículo 90 de la Constitución, deja al juez penal en una encrucijada sin salida. Si no priva de la libertad teniéndolo que hacer conforme con la ley procesal, compromete su responsabilidad penal y disciplinaria, y si cumple la ley, pero después el sindicado es absuelto, expone la responsabilidad administrativa del Estado y eventualmente podría ser sujeto de una acción de repetición.

El pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la privación injusta de la libertad no se aleja de la manera como se desarrolla esta institución en otros países, incluso en los que tienen sistemas de responsabilidad objetiva más tradicionales y acentuados que el nuestro.

En efecto, en España, como ya se dijo, la Constitución contempla la responsabilidad por el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia, pero no define el error; es la jurisprudencia la que ha dicho que debe ser grosero, grotesco, inexcusable, para que genere responsabilidad. Y la ley Orgánica del Poder Judicial, la 30 de 1992, prevé en el artículo 294: *“Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido detención preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”*. El Tribunal Supremo ha dicho que el supuesto de inexistencia objetiva del hecho, único supuesto contemplado en la norma, puede extenderse al de inexistencia subjetiva, esto es, a cuando el sindicado no ha cometido el delito, sin que se pueda subsumir en el supuesto del error judicial la *“absolución por falta de pruebas²⁶ o de in dubio pro reo*.

En Argentina tampoco se reconoce la indemnización por la absolución por falta de pruebas, pero aún más, sólo procede si el acto privativo de la libertad ha sido declarado ilegítimo. “Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para dirimir la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia”²⁷.

9. Culpa exclusiva de la víctima

El artículo 70 de la Ley 270 de 1996 reza: *“Culpa exclusiva de la víctima. El daño se entenderá como debido a culpa*

exclusiva de la víctima cuando esta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado”.

Ha existido la discusión doctrinaria en torno a la necesidad de proponer los recursos extraordinarios para que no opere la exoneración de responsabilidad. Inicialmente, estimó el Consejo de Estado que bastaba con la interposición de los recursos ordinarios, es decir los que proceden en las instancias normales²⁸.

Sin embargo, el criterio que parece más ajustado a la norma tiene que ver con el de interponer todos los recursos por cuanto la ley no hace ninguna distinción. Asimismo, que no se agota el requisito con su presentación sino también con su adecuada sustentación, de manera que si se rechazan el justiciable no habría cumplido con la carga, a menos que el rechazo corresponda también a una decisión errática del agente judicial, caso en el cual habría que alegar ambos errores.

Además, la jurisprudencia ha estimado que tal requisito constituye un presupuesto material de sentencia de fondo y no de uno de procedibilidad de la acción, de ahí que la alegación *ab initio* de la parte demandada en el sentido que no se interpusieron todos los recursos, para pedir el rechazo a la demanda, no pueden ser de recibo, en tanto que este no es un requisito de procedibilidad de la acción sino de prosperidad de la pretensión la cual le será adversa al demandante por causa de la exoneración por imputabilidad del daño a la propia víctima. Criterio que no es aplicable para los casos de privación injusta de la libertad. (Consejo de Estado, Sección Tercera. Mag. María Elena Giraldo G., 31 de agosto de 2005).

10. Acción de repetición

El artículo 71 consagra la acción de repetición en la siguiente forma: *“De la responsabilidad del funcionario y del empleado judicial. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”*.

Para los efectos señalados en este artículo, se presume que constituye culpa grave o dolo cualesquiera de las siguientes conductas:

1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.
2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.
3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de

26 STS, 15 de marzo de 2000. Ponente Hernando Santiago.

27 Sentencia del 11 de junio de 1998.

28 Consejo de Estado. Auto 14 de agosto de 1997. M. P. Ricardo Hoyos Duque.

La interpretación jurisprudencial deja al juez penal en una encrucijada sin salida: si no priva de la libertad teniéndolo que hacer conforme con la ley procesal, compromete su responsabilidad penal y disciplinaria, y si cumple la ley, pero después el sindicado es absuelto, expone la responsabilidad administrativa del Estado y eventualmente podría ser sujeto de una acción de repetición.

la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

11. Eliminación de la responsabilidad de las Altas Cortes

La Corte declaró inexecutable el párrafo transitorio del artículo 73, sobre competencia para conocer de las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los magistrados de las Altas Cortes, en tanto consideró que desconoce la jerarquía, la autonomía y la independencia que constitucionalmente le ha sido asignada a los órganos límite o autoridades máximas en cada una de las jurisdicciones que hacen parte de la Rama Judicial.

Así mismo, determinó que el artículo 74, que se refiere a la aplicabilidad de la ley a todos los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial, no cobija a los magistrados que pertenecen a las Altas Cortes, los fundamentos son la autonomía de las decisiones de las cortes, el carácter de cosa juzgada por provenir de los órganos superiores, límites de su jurisdicción en cuya virtud, no habría quien definiera si sus providencias contienen error. No obstante, deja a salvo la vía de tutela. Estableciendo un principio de jerarquía y permitiendo que la providencia pueda ser revocada.

Esta decisión ha sido objeto de crítica por cuanto la responsabilidad por error judicial en nada afecta la cosa juzgada y resulta una clara contradicción permitir la tutela y no la reparación contra las decisiones judiciales que le causen daño antijurídico a las personas.

Sobre la competencia, es claro que es un asunto que le corresponde al legislador y que en la actualidad en todos los países se le atribuye al órgano contencioso administrativo. Además, si se

permite la deducción de responsabilidad a determinados jueces o corporaciones se vulnera el principio de igualdad.

12. Posición del Consejo de Estado

En sentencia del 4 de septiembre de 1997²⁹, el Consejo de Estado se apartó de la decisión de la Corte Constitucional y estimó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 de la Carta Política las providencias de las altas cortes sí podían generar responsabilidad. Como fundamento y de tal pronunciamiento señaló que incluso algunos de los argumentos expuestos por la Corte para permitir la acción de tutela se aplicarían a la reparación: a) Como en el caso de la tutela también se trata de una facultad de origen constitucional; b) Como en la tutela tampoco implica la resolución de fondo del conflicto jurídico; c) Como en la tutela la determinación de la responsabilidad del Estado deriva de la Carta Política; d) Como en la tutela, declarar la existencia del error judicial no implica la interferencia del juez contencioso administrativo en las decisiones judiciales, como que la providencia que contiene el error conserva la intangibilidad de la cosa juzgada.

Y añade, los daños antijurídicos cometidos por las altas cortes en ejercicio de su función de administrar justicia, no están excluidos de la fuente constitucional, que es el inciso 1º del artículo 90 de la Carta: *“Sólo excepcionalmente será admisible la responsabilidad patrimonial del Estado derivado del error judicial cometido por las altas corporaciones de justicia y demás tribunales y juzgados en los eventos en que este sea absolutamente evidente y no se requiera realizar ninguna labor bermenéutica para ballarlo configurado”* (pronunciamiento realizado dentro de un proceso adelantado contra el Estado por una providencia dictada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura).

Son aplicables aquí los mismos argumentos expuestos frente a la sentencia del Consejo de Estado del 25 de febrero del 2009, sobre privación injusta de la libertad.

13. La responsabilidad patrimonial se aplica también a los particulares que ocasionalmente administran justicia

De conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, los particulares actuando como conciliadores o árbitros pueden ocasional y transitoriamente administrar justicia, y que los árbitros pueden proferir sus fallos en derecho o en equidad, según lo determine la ley.

A su vez el artículo 74, *ibídem*, establece que las disposiciones de este capítulo (VI— arts. 65 a 74) le son aplicables a todos los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial y a los particulares que de manera excepcional o transitoria administren justicia. Excepto

²⁹ M. P. Ricardo Hoyos Duque.

a los magistrados de las altas cortes por lo expuesto al analizar la constitucionalidad del artículo 66 de la ley.

14. Limitación de la responsabilidad del Estado

Considero que, como lo reclama de manera angustiante la más autorizada doctrina (Eduardo García de Enterría, Jesús Leguina Villa, Juan Alfonso Santamaría, Fernando Pantaleón, Fernando Garrido Falla, Luis Martín Rebollo Prieto, Salvador Coderch, Eva Desdentado Daroca, Francisco Ahumada Ramos, Juan Carlos Cassagne, José Roberto Dromi, Luis Díez-Picazo y Ponce León, Oriol Emir Puipelat, Rafael Entrena Cuesta, Eduardo Parada Vásquez, Luciano Parejo Alfonso, Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Luis Ortega Álvarez, Miguel Casino Rubio, María Teresa Castiñeira Alau, Marcos Gómez Puente, Tomás Font Llovet, Francisco López Menudo, Eduardo Gamero Casado, entre otros y en Colombia, de los que tenga conocimiento, Javier Tamayo Jaramillo y Juan Carlos Henao) se debe abandonar la idea de que el artículo 90 de la Constitución colombiana y el 106 de la Española, establecieron una responsabilidad global y absoluta del Estado, consistente en que cada vez que cause un daño con la prestación normal o anormal del servicio debe repararlo, siempre que exceda la cargas que el particular normalmente tiene que soportar por vivir en comunidad, por una forma más limitada de responsabilidad del Estado con base en los títulos de imputación constituidos por las formas de responsabilidad elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia, esto es, la falla en el servicio, la falla presunta del servicio, el riesgo excepcional, el daño especial y, excepcionalmente, el enriquecimiento sin causa.

Nunca estuvo en la mente del legislador ni del constituyente español, como lo reiteran con impaciencia Eduardo García de Enterría y Jesús Leguina Villa, establecer una responsabilidad global de la Administración. Leguina, en reciente estudio realizado en el año 2007³⁰, fustiga duramente a la jurisprudencia española por ver en el ordenamiento una responsabilidad global. Al respecto afirma:

“La cláusula general de responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sobre la que pivota el entero sistema, adolece de alguna aparente ambigüedad al no hacer explícitos los diferentes ámbitos y modos de actuación administrativa a los que serían respectivamente aplicables los criterios de imputación de daños que en cada caso sean jurídicamente idóneos.

“Es cierto también que, si no se está atento, esa potencial ambigüedad podría deslizarse, como así ha ocurrido, hacia posiciones de pretendida indiferencia entre ambos modos del

30 Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración. *Revista Española de Derecho Administrativo* 136 (octubre-diciembre 2007): 669-681. Conferencia pronunciada para optar el título de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla de la Mancha.

El derecho a la libertad es un derecho fundamental de primer orden, pero no es absoluto, puede ser limitado por el legislador en los términos previstos en la Constitución. <<

actuar administrativo –el normal y el anormal– a la hora de imputar el daño de la víctima a la Administración. Hay, en efecto, una larga serie jurisprudencial que, cual si se tratara de una estampillada y redundante cláusula de estilo procesal, reitera ad nauseam la incorrecta doctrina de la indiferencia entre funcionamiento normal y funcionamiento anormal, a los efectos de la imputación del daño resultante. Reiteración cansina que a la postre resulta, sin embargo, más retórica que otra cosa, pues en la inmensa mayoría de los casos, tras esa aparente (y falsa) indiferencia, los jueces no condenan a la Administración, a menos que encuentren algún elemento de anormalidad con suficiente poder causal. [...] “Calificar el sistema como objetivo en el sentido indicado no significa en modo alguno que la culpa –sea subjetiva de los agentes o sea objetivada en el funcionamiento anormal de los servicios públicos– haya desaparecido del campo de la responsabilidad extracontractual de la Administración. Tampoco quiere decir que al valorar el daño sufrido por el perjudicado en cada caso concreto sea indiferente que la actuación administrativa haya sido lícita o ilícita. Ni menos aún quiere decir que los criterios normativos de imputación ínsitos en la cláusula general –ilegalidad, culpa subjetiva, culpa objetiva, riesgo y sacrificio especial– puedan ser utilizados indistintamente para cualquier tipo de actividad administrativa y ante cualquier evento dañoso, de suerte que si el daño no fuera imputable a la Administración a título de anormalidad del servicio público siempre sería posible tal imputación a título de riesgo o de sacrificio especial. Nada menos cierto. En la generalidad de los casos, las actividades jurídicas o materiales que la Administración lleva a cabo no son en sí mismas peligrosas ni creadoras de situaciones de riesgo patrimonial, y por ello, si se realizan bajo pautas de normalidad, los eventuales daños resultantes no le son en modo alguno imputables; sólo su prestación anormal, irregular o deficiente puede operar como criterio legal de imputación de tales daños a la Administración.”³¹ (negritas fuera de texto).

Y en el año 2002, en el prólogo al libro *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración*, de Oriol Mir Puigpelat, dijo García Enterría que nunca estuvo en la mente de los comisionados (Comisión para la redacción de la Ley de expropiación forzosa de

31 Oriol Emir. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. Cívitas, 2002, pp. 22 y ss.

En el mundo occidental no se conoce ningún país que contemple condenas al Estado en todos los casos de sentencia absoluta.

1954: Fernando Garrido Falla, Jesús González Pérez y, presidida por García de Enterría) la idea de que la responsabilidad del Estado fuese global y absoluta. Que la jurisprudencia ha venido extendiendo excesivamente el ámbito de la responsabilidad, lo cual amerita una revisión del sistema. Que los criterios de imputación que allí se señalaron y que aún se sostienen son los de la falla del servicio, el daño especial y los casos de riesgo creado por la Administración. Y por último, concluye diciendo que habrá que reflexionar sobre si lo que conviene para mejorar el sistema es mantener la fórmula general pero adicionándola con algunas puntualizaciones o si es más práctica la fórmula que propone Oriol Emir de reducir el principio de responsabilidad como regla general “*solo a los daños causados por funcionamiento anormal de los servicios públicos*” y remitir otros supuestos a determinaciones legales expresas, como el que propone Emir por los daños causados por actividad legítima³².

Así mismo, el doctrinante español Juan Alfonso Santamaría Pastor cuestiona severamente el régimen de responsabilidad extracontractual de la administración vigente en España, y llama la atención en la necesidad de que el sistema de responsabilidad cuente con cálculos financieros sensatos, pues para que el Estado pueda operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, debe saber cuándo, a quién y cuánto ha de indemnizar; debe tasar los riesgos y el monto de las indemnizaciones, de manera que debe considerarse que independientemente del criterio que se tenga, la responsabilidad objetiva no equivale a responsabilidad universal, por lo que debe compaginarse la definición de los criterios indemnizatorios con la necesidad de la previsión financiera de las indemnizaciones³³.

Y es que en verdad, —agrego— si no se limita la responsabilidad del Estado al funcionamiento anormal y la regulación legal de los casos específicos en que al romperse la igualdad en las cargas públicas no se justifique el daño, las finanzas del Estado no resistirán las

32 Prólogo *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Francisco Javier de Ahumada Ramos, Thomson Reuters, Aranzadi, 2009.

33 García Enterría. Prólogo Emir. Ob. cit., p. 22.

condenas por responsabilidad, como lo sostienen todos los autores mencionados.

Piénsese solamente que en la actualidad el presupuesto del Estado para el año 2009 es de 140.4 billones, y las pretensiones contra el Estado son de \$100.583.871.363.214.00

Para el sector jurisdiccional el presupuesto para el 2009 fue de \$1.579.009.000.00 millones y en demandas contra la Rama, las pretensiones ascienden \$5.226.979.874.961.

Así mismo, hay que tener en cuenta que en la actualidad hay 100.106 internos, de los cuales solo 56.634 están condenados, y 43.472 esperan sentencia.

15. Conclusiones

1º. Los más notables doctrinantes sobre responsabilidad administrativa del Estado están alarmados por el rumbo que ha tomado la jurisprudencia hacia la responsabilidad global que amenaza en España y en América con arruinar las finanzas públicas, y de ahí que se deba reflexionar sobre su limitación³⁴, como puede verse en Eduardo García de Enterría, Jesús Leguina Villa³⁵, Juan Alfonso Santamaría Pastor y Francisco Javier de Ahumada Ramos³⁶, entre otros, para sólo mencionar algunos de los más conocidos en Colombia.

2º. En cuanto a la detención injusta se debe aplicar la Constitución, la ley estatutaria como una prolongación de aquella y la sentencia C-037 de 1996, como una prolongación de la ley, y por lo tanto solo se debe indemnizar en los casos señalados en la sentencia de constitucionalidad, esto es, cuando la detención sea manifiestamente arbitraria.

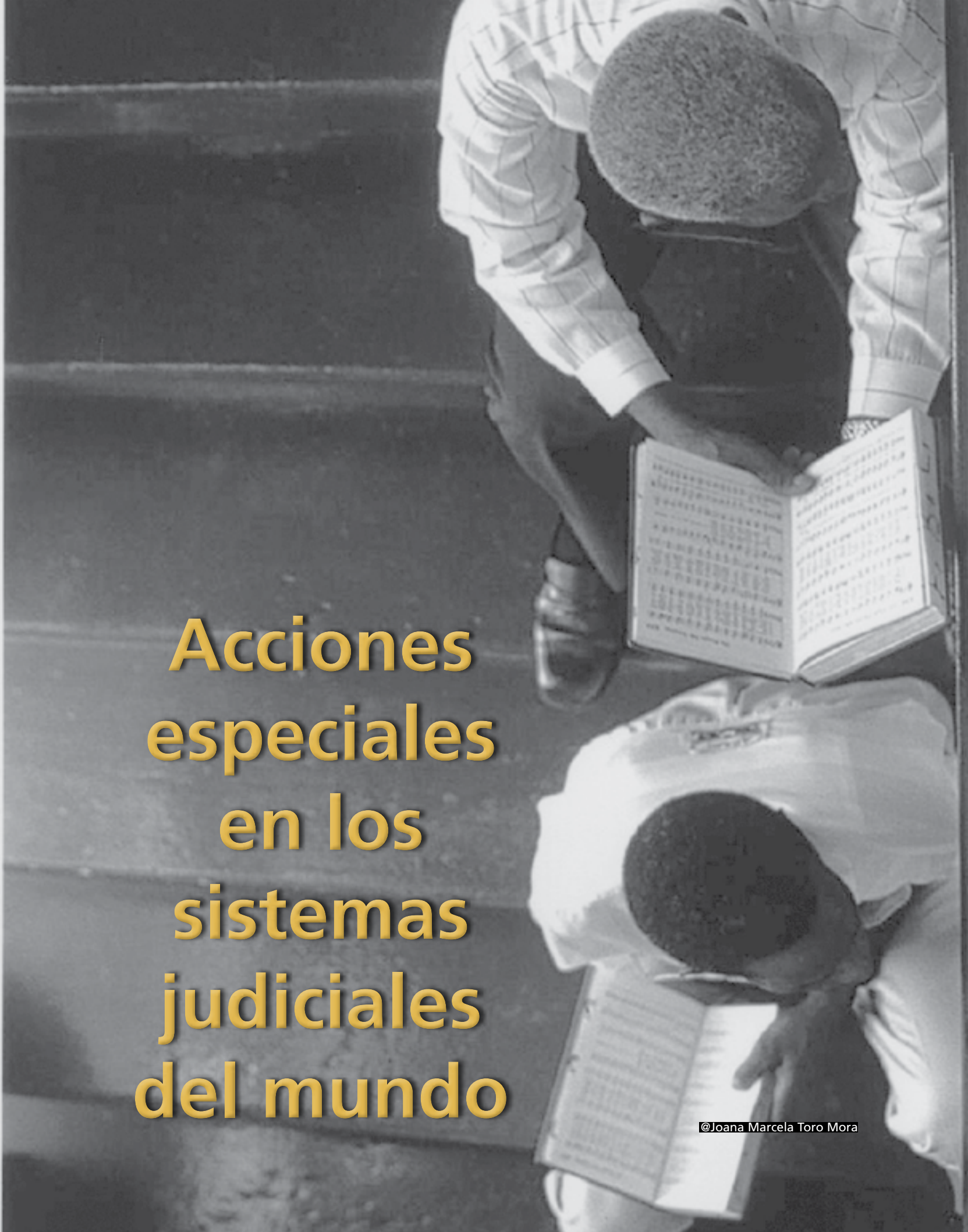
3º. Colombia es un país pobre que no puede darse el lujo que no se han dado siquiera países poderosos como Estados Unidos, Italia, Francia, Alemania, España, Argentina, México, —donde el reconocimiento de la responsabilidad objetiva, es modesto—, (México³⁷ y Argentina son ejemplos en este campo en América Latina). Siendo un país en vías de desarrollo no puede convertir la responsabilidad del Estado en un sistema de cobertura de riesgos y de seguridad social que repare todos los daños y perjuicios que los particulares pueden sufrir con las actuaciones de la Administración.

34 Leguina. Ob. cit. pp. 669-681.

35 Aranzadi. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. pp. 33 a 52 y 71 y 72. 118

36 Sentencia del Supremo del 7 de febrero del 2008.

37 Elaborado por el honorable Edward C. Prado, Juez, Tribunal de Apelaciones para el Quinto Circuito de los Estados Unidos y el Auxiliar Legal Fred Medick.



**Acciones
especiales
en los
sistemas
judiciales
del mundo**

La revisión por los tribunales de apelaciones en el sistema judicial federal de los Estados Unidos*



EDWARD C. PRADO,
JUEZ DE LA CORTE DE APELACIONES PARA EL 5º CIRCUITO, EE. UU.

En el sistema judicial federal de los Estados Unidos, casi todas las revisiones por un tribunal de apelaciones las realizan paneles de tres jueces seleccionados al azar de entre los jueces del respectivo tribunal. Los tribunales de apelaciones deben revisar todas las apelaciones; no tienen discreción para revisar ciertos casos y rechazar otros. Por el contrario, la Corte Suprema de los Estados Unidos solo conoce una causa si un mínimo de cuatro Magistrados coinciden en que una apelación es lo suficientemente importante para justificar su consideración. En consecuencia, la Corte Suprema conoce menos de 100 causas cada año, aunque recibe casi 9000 solicitudes.

Cuando una parte apela la decisión de un tribunal de primera instancia, el tribunal de apelaciones debe primero determinar si tiene competencia para revisar la apelación. Si la tiene, debe entonces preguntarse: ¿cuál es el criterio de revisión apropiado? La respuesta a esta pregunta afecta casi todas las decisiones subsiguientes del tribunal de apelaciones en el caso.

Los tribunales de apelaciones aplican numerosos criterios de revisión. Estos criterios van desde la revisión de novo, que concede muy poca deferencia al tribunal de distrito, a la del error manifiesto, que es altamente deferente. Los criterios más comunes son el de novo, el error manifiesto y la revisión por abuso de poder. Este artículo proporciona una breve introducción a estos y algunos otros criterios de revisión, y pretende aclararlos mediante algunos ejemplos.

* P. ej., *Texas v. Am. Tobacco Co.* 463 F.3d 399, 406 (5o. Cir. 2006) (“El que un contrato sea ambiguo o no es una cuestión de derecho que se revisa de novo.”).

I La revisión de novo

La revisión de novo se aplica a asuntos “*de derecho*”, incluida la interpretación de leyes y estatutos, la revisión de contratos¹, y la determinación de si una conducta específica está protegida por la Constitución². Traducido literalmente, “*de novo*” significa “*de nuevo*”.³ Cuando un tribunal de apelaciones aplica una revisión de novo, no otorga ninguna deferencia particular a la decisión del tribunal de primera instancia; por el contrario, el tribunal de apelaciones emite su propia “*conclusión independiente sobre el expediente*”⁴.

No obstante, un tribunal de apelaciones no revisa “*de novo*” en el sentido de realizar “*una evaluación original de todas las pruebas*”⁵. La revisión de novo no faculta al tribunal de apelaciones para efectuar una investigación independiente de los hechos⁶. El tribunal de apelaciones “*tiene pleno derecho a revisar una cuestión jurídica*”, pero “*no está facultado para adentrarse libremente en otras cuestiones de hecho ni en el caso en general*”⁷. Un ejemplo de revisión de novo ocurrió recientemente cuando el Quinto Circuito conoció un caso en apelación, en el cual el demandante afirmaba que el demandado le adeudaba un dinero

1 P. ej., *Brantley v. Surlis*, 718 F.2d 1354, 1359 N.º 6 (5o. Cir. 1983) (“El tema de si una conducta específica está protegida por la Constitución o no es en última instancia una cuestión de derecho.”).

2 Black’s Law Dictionary 500 (9a. ed., 2009).

3 ¹ Steven Alan Childress & Martha S. Davis. *Federal Standards of Review* [Criterios Federales de Revisión] § 2.14 (3a Ed. 1999) (en adelante *Federal Standards of Review*).

4 *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S.*, 466 U.S. 485, 514 N.º 31 (1984).

5 *Icicle Seafoods, Inc. v. Worthington*, 475 U.S. 709, 713–14 (1986).

6 *Federal Standards of Review*, *supra* nota 5, en la § 2.14.

7 *Am. Tobacco Co.*, 463 F.3d en 406.



@Fiscalía General de la Nación

conforme a los términos de un contrato entre ellos. Las partes disputaban si el contrato era ambiguo. Si un contrato es ambiguo, pueden emplearse pruebas externas para determinar el significado del mismo. Si un contrato no es ambiguo, las pruebas externas, o de otra fuente, quedan excluidas. En este caso, el tribunal de primera instancia dictaminó que el contrato era ambiguo. Dicho tribunal realizó un juicio sin jurado para que las partes pudieran presentar pruebas respecto del significado del contrato. Después de considerar las pruebas, el tribunal de primera instancia determinó que el demandante no había logrado demostrar mediante una preponderancia de las pruebas que el demandado había incumplido el contrato. En consecuencia, el tribunal de primera instancia falló a favor del demandado.

En la apelación, el demandante alegó que el tribunal de primera instancia había errado al determinar que el contrato era ambiguo. La interpretación de contratos es un asunto de derecho, que los tribunales de apelaciones revisan de novo⁸. Por tanto, el tribunal de apelaciones no otorgó ninguna deferencia particular a la conclusión del tribunal de primera instancia de que el contrato era ambiguo. Después de analizar el contrato, el tribunal de apelaciones formuló su propia conclusión independiente acerca de la ambigüedad del mismo.

En este caso, el tribunal de apelaciones limitó su revisión a determinar si el contrato era ambiguo. El tribunal de apelaciones

no determinó si el demandado había incumplido el contrato o si el demandado debía indemnizar al demandante. El hacerlo habría implicado una investigación de los hechos independiente y prohibida⁹.

II. La revisión por error manifiesto

Los tribunales de apelaciones emplean el criterio de error manifiesto para revisar determinaciones sobre cuestiones de hecho efectuadas por los tribunales de primera instancia en una amplia variedad de contextos, incluidos casos del almirantazgo¹⁰, acciones de habeas corpus¹¹, apelaciones relacionadas con derechos de autor¹² y acciones por desacato indirecto¹³, para mencionar tan solo algunos. Las Normas Federales de Procedimiento Civil describen el criterio del error manifiesto para casos civiles: “Las determinaciones de cuestiones de hecho, ya sean basadas en pruebas verbales u otras, no deben revocarse a no ser que sean manifiestamente erradas, y el tribunal de alzada debe considerar debidamente la oportunidad del tribunal de primera instancia para juzgar la credibilidad del testigo”¹⁴. En otras palabras, un tribunal de apelaciones no puede revocar las determinaciones de cuestiones de

8 P. ej., *Icicle Seafoods*, 475 U.S. en 714 (“Si el Tribunal de Apelaciones consideró que el Tribunal de Primera Instancia había dejado de determinar cuestiones de hecho esenciales para una debida resolución de la cuestión legal, tendría que haber devuelto el caso al Tribunal de Primera Instancia para que hiciera esas determinaciones.”).

9 P. ej., en el caso del incidente a bordo del D/B *Ocean King*, 813 F.2d 679, 688–89 (5o. Cir. 1987).

10 Fed. R. Civ., p. 81 (a) (2); ver también *Amadeo v. Zant*, 486 U.S. 214, 223 (1988).

11 P. ej., *Int'l Luggage Registry v. Avery Prods. Corp.*, 541 F.2d 830, 831 (9o. Cir. 1976).

12 *Therault v. Carlson*, 495 F.2d 390, 395 (5o. Cir. 1974).

13 Fed. R. Civ., p. 52 (a) (2009).

14 *Jaunch v. Nautical Servs., Inc.*, 470 F.3d 207, 213 (5o. Cir. 2006) (*Anderson v. ciudad de Bessemer*, 470 U.S. 564, 573 (1985) (cita omitida)).

hecho de un tribunal de primera instancia a no ser que el tribunal de apelaciones tenga una “convicción firme y definitiva de que se ha cometido un error”¹⁵.

En ocasiones, este criterio deferencial puede constituir un reto para los tribunales de apelaciones. Un tribunal de apelaciones podría revisar el expediente y no estar de acuerdo con las determinaciones de cuestiones de hecho del tribunal de primera instancia, pero aun así estar obligado a aceptarlas porque no son claramente erróneas. Como lo señaló un tribunal de apelaciones, “La facultad de un tribunal de primera instancia para decidir cuestiones de hecho inciertas no está limitada a decidir las correctamente”¹⁶.

Recientemente, el Quinto Circuito conoció una apelación en un caso que implicaba una revisión para determinar error manifiesto. Un trabajador se había lesionado en el trabajo y había demandado a su empleador por negligencia. Después de un juicio sin jurado, el tribunal de primera instancia determinó que tanto el trabajador como el empleador habían sido negligentes. El trabajador apeló. En la apelación, alegó que el juez de primera instancia había cometido un error manifiesto al considerarlo parcialmente responsable del accidente. Después de revisar los hechos del caso, el tribunal de apelaciones determinó si tenía la firme convicción de que el tribunal de primera instancia había cometido un error y si el tribunal de primera instancia había cometido un error manifiesto.

Por supuesto, la distinción entre las cuestiones de derecho, que los tribunales de apelaciones revisan de novo, y los hechos, que los tribunales de apelaciones revisan para determinar error manifiesto, no siempre es sencilla. El Magistrado White de la Corte Suprema de los Estados Unidos alguna vez se quejó de la “desconcertante naturaleza de la distinción”¹⁷. En realidad, muchos asuntos son cuestiones mixtas de hecho y de derecho. Por ejemplo, en el caso del trabajador lesionado, el tribunal de apelaciones determinó que el asunto de la negligencia era un asunto de hecho y por consiguiente debía revisarse para determinar error manifiesto. Aunque esta fue la decisión correcta,¹⁸ no fue tan sencilla como podría pensarse. La negligencia es en realidad una cuestión mixta de hecho y de derecho. Un tribunal aplica los hechos (los eventos relevantes) al derecho (el marco de la negligencia). Los jueces con frecuencia tienen dificultades para decidir qué criterio deben aplicar a las cuestiones mixtas de hecho y de derecho, en particular debido a las trascendentales consecuencias de su decisión.

III. La revisión para determinar abuso de poder

Los tribunales de apelaciones emplean el criterio del abuso de poder al revisar las decisiones discrecionales o de disposición de un caso por parte del un tribunal de primera instancia¹⁹. Estas decisiones se dan cuando el tribunal de primera instancia está supervisando un

juicio con o sin jurado, o supervisando su calendario de casos, el proceso judicial, o el funcionamiento general del tribunal²⁰. Al igual que la revisión para determinar el error manifiesto, la revisión para determinar el abuso de poder es deferente²¹. “La cuestión... no es... si el Tribunal de Apelaciones [habría, como asunto original [fallado de cierta manera]; es si el tribunal de primera instancia abusó de su poder al hacerlo”²². Un tribunal de apelaciones únicamente revocará una decisión si el tribunal de primera instancia se basó en determinaciones de hecho claramente erróneas, en conclusiones de derecho erróneas o aplicó la ley incorrectamente a los hechos²³. La revisión para determinar el abuso de poder puede ser difícil porque, como ocurre con la revisión para determinar el error manifiesto, el tribunal de apelaciones podría no estar de acuerdo con la decisión del tribunal de primera instancia, pero si el error del tribunal de primera instancia no alcanzó el nivel de abuso de poder, entonces el tribunal de apelaciones no la revocará.

Por ejemplo, consideremos esta situación hipotética: un demandado presenta una petición ante un tribunal de primera instancia para que se declare sin lugar la demanda. Los tribunales de primera instancia con frecuencia tienen reglas al efecto de que, si la parte no recurrente no se opone a una petición dentro de un plazo determinado, entonces se considera renunciada la oposición y el tribunal fallará a favor de la parte recurrente. En la práctica, los tribunales de primera instancia normalmente le conceden cierto margen a la parte no recurrente, de tal manera que si la oposición se presenta unos días después de la fecha límite, el tribunal de primera instancia aun la tendrá en cuenta.

En este caso hipotético, el demandante presenta una oposición un día después de la fecha límite. La mayoría de los tribunales de primera instancia considerarían la oposición. Pero si el tribunal de primera instancia elige no considerarla, y por el contrario otorga directamente la petición, entonces es probable que en la apelación un tribunal de apelaciones no determine que ha habido abuso de poder—incluso si el juez de alzada hubiese actuado de manera diferente de haber estado en la situación del juez de primera instancia.

En ocasiones, la distinción entre los asuntos que implican el criterio de abuso de poder y aquellos que implican el criterio de revisión de novo puede desdibujarse²⁴. Generalmente, la prueba consiste en determinar si un asunto requiere la “aplicación de un juicio personal” a asuntos de supervisión, o una “determinación legal más amplia de cuáles hechos y aspectos deberían determinar en forma genérica esta categoría de elección general”²⁵. En el primer

15 *Meyer v. Missouri State Highway Comm’n*, 567 F.2d 804, 811 (12o. Cir. 1977) (*Cleo Syrup Corp. v. Coca Cola Co.*, 139 F.2d 416, 417–18 (8o. Cir. 1943)).

16 *Pullman–Standard v. Swint*, 456 U.S. 273, 288 (1982).

17 *Jauch*, 470 F.3d en 213.

18 *Federal Standards of Review*, supra nota 5, en la § 2.14.

19 *Id.*

20 *Volkswagen of Am., Inc.*, 545 F.3d 304, 310 (5o. Cir. 2008) (en sesión plenaria).

21 *Nat’l Hockey League v. Metro. Hockey Club*, 427 U.S. 639, 642 (1976).

22 *Id.*

23 Ver Kenneth Culp, Davis. *Administrative law text* [Texto de Derecho Administrativo] § 4.05 (3d ed. 1973) (describiendo la separación entre los dos como una “zona” en lugar de una línea definida).

24 Criterios Federales de Revisión, supra nota 5, en la § 2.14.

25 *Douglass v. United Serv. Auto. Ass’n*, 79 F.3d 1415, 1417 (5o. Cir. 1996).

caso, la revisión por abuso de poder es apropiada. En el segundo, el criterio correcto es el de novo.

IV. Otros criterios de revisión

En ocasiones, los tribunales de apelaciones emplean otros criterios de revisión. Por ejemplo, en varios contextos surge la revisión por error evidente. Uno de estos contextos se presenta cuando una parte no objeta debidamente la decisión de un tribunal de primera instancia²⁶. La objeción se considera renunciada y la parte no puede elevar la objeción ante el tribunal de apelaciones por primera vez, a no ser que el tribunal de primera instancia haya cometido un error evidente²⁷. La revisión para detectar el error evidente está “diseñada para impedir un fallo injusto cuando el error es claro conforme a la ley vigente en el momento”²⁸. Para que una parte tenga éxito en una revisión para determinar error evidente, dicha parte debe demostrar: “1. que ocurrió un error; 2. que el error era evidente, es decir, claro u obvio; 3. el error evidente debe afectar derechos sustanciales; y 4. no corregir el error afectaría seriamente la justicia, integridad o reputación pública de los procesos judiciales”²⁹. Este es un criterio exigente, muy difícil de satisfacer.

De igual manera, un tribunal de apelaciones casi nunca está facultado para anular la decisión de un jurado, incluso si el tribunal de apelaciones disiente de la misma. Un tribunal de apelaciones únicamente puede anular la decisión de un jurado si determina que ningún jurado razonable podría haber llegado a esa decisión³⁰.

En otras ocasiones, el tribunal de apelaciones podría no tener autoridad para revisar un asunto en absoluto. Por ejemplo, un tribunal de apelaciones normalmente no puede considerar asuntos que no sean planteados por una de las partes, aún si en opinión del tribunal de apelaciones el tribunal de primera instancia ha cometido un error.

Los tribunales de apelaciones no solo revisan las decisiones de tribunales de primera instancia y jurados. En ocasiones, los tribunales de apelaciones también revisan las actuaciones de los abogados litigantes y las leyes y estatutos aprobados por la asamblea legislativa.

Por ejemplo, en casos penales un demandado con frecuencia solicita al tribunal de apelaciones revocar una condena porque su abogado no lo representó debidamente. El tribunal de apelaciones normalmente no puede conceder la reparación judicial al demandado a no ser que se satisfaga el estándar de Strickland. Esto

ocurre cuando la actuación del abogado no cumple con un estándar objetivo y el demandado demuestra que el resultado del proceso probablemente habría sido diferente³¹. Así, la determinación de un tribunal de apelaciones de que la representación de un abogado estuvo por debajo del estándar no es necesariamente suficiente para revocar una condena.

La revisión de estatutos y leyes también requiere medida de parte de los tribunales de apelaciones. Cuando una ley es ambigua y cae bajo la jurisdicción de un organismo federal, la interpretación oficial de la ley por parte de dicho organismo, siempre que sea razonable, es la última palabra sobre el tema³². El tribunal debe aplicar la deferencia de Chevron y aceptar la interpretación del organismo, a no ser que el tribunal considere no razonable dicha interpretación³³.

Finalmente, al determinar la constitucionalidad de una ley o estatuto (en contraposición a si una conducta específica está constitucionalmente protegida o no, lo cual desencadena una revisión de novo), un tribunal empleará ya sea el examen estricto, el examen intermedio, o una revisión sobre base racional, dependiendo de las circunstancias³⁴. En la mayoría de los casos un tribunal empleará la revisión sobre base racional, un estándar de revisión en extremo deferente que determinará que una ley o estatuto es constitucional siempre que esté racionalmente relacionado con un propósito legítimo de gobierno³⁵.

V. Conclusión

Este breve resumen ha mencionado algunos de los criterios de revisión empleados por los tribunales federales en los Estados Unidos. Un tribunal de apelaciones rara vez tiene total discreción para anular la decisión de un tribunal inferior simplemente porque el tribunal de apelaciones disiente del fallo del tribunal inferior. De los tres criterios básicos de revisión—de novo, error manifiesto, y abuso de poder—únicamente la revisión de novo confiere al tribunal de apelaciones un margen significativo para revocar la decisión de un tribunal de primera instancia. La revisión por error manifiesto y la revisión para determinar el abuso de poder requieren ambas que el tribunal de apelaciones dé una significativa deferencia a la decisión del tribunal de primera instancia. Así, el tribunal de apelaciones está obligado a confirmar el fallo del tribunal de primera instancia, ya sea que esté de acuerdo con el mismo o no, a no ser que haya suficiente indicación de que el fallo del tribunal de primera instancia estuvo errado.

Para lecturas adicionales sobre este tema, recomiendo Federal Standards of Review [Criterios Federales de Revisión], escrito por Steven Alan Childress y Martha S. Davis.

²⁶ Id.

²⁷ *Septimus v. Univ. of Houston*, 399 F.3d 601, 607 (5o. Cir. 2005).

²⁸ Id. (cita omitida).

²⁹ *United States v. One Assortment of 89 Firearms*, 465 U.S. 354, 361-62 (1984).

³⁰ Ver, p. ej., *Icicle Seafoods, Inc. v. Worthington*, 475 U.S. 709, 713-14 (1986); *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S.*, 466 U.S. 485, 514 n.º 31 (1984); *Federal Standards of Review*, *supra* nota 3, en § 2.14.

³¹ *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 648, 687 (1984).

³² *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837, 843 (1984).

³³ Id.

³⁴ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) (examen estricto); *Craig v. Boren*, 420 U.S. 190 (1976) (examen intermedio); *New Orleans v. Duke*, 427 U.S. 297 (1976) (base racional).

³⁵ *Dukes*, 427 U.S. en 303.

Justicia, democracia y derechos humanos



JOAQUÍN GONZÁLEZ IBÁÑEZ
PROFESOR UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO DE MADRID

Apreciados participantes, autoridades y demás personalidades:

Es una satisfacción dirigirme a Ustedes en el XII Encuentro de la Jurisdicción ordinaria organizado por la Corte Suprema de Justicia, y con ello tener la oportunidad de presentar el libro que en este mes de noviembre de 2009 aparecerá publicado en Colombia, bajo el título Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho, (Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho, AAVV, edición y dirección Joaquín González Ibáñez, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2009, 988 págs.) cuya dirección y edición fueron realizados durante mi estadía en Washinton en 2008 y 2009 en calidad de profesor Fulbright–Schuman. Esta obra jurídica contiene el trabajo de treinta y ocho autores, pertenecientes a veinticinco instituciones de diversos países de Europa, América, África y Asia. Entre ellos se encuentran autores colombianos muy próximos a mis afectos y admiración como es el caso del presidente de la Corte Suprema de Colombia, Augusto Ibáñez, Diego Rodríguez Pinzón, codirector de la Academia de Derechos Humanos de American University, el ex magistrado de la Corte Constitucional y Defensor del Pueblo, Eduardo Cifuentes Muñoz, la Juez Penal de Tunja, Gladys Medina y el ex gobernador de Boyacá, Jorge Londoño.

Agradezco el uso de la palabra en este cualificado foro, por la idoneidad de los destinatarios y por las materias que son objeto de debate, que además son todas ellas analizadas y expuestas por los autores de esta publicación. Se presentan discusiones y cuestiones que suscitarán debate y controversia, pero las grandes cuestiones son las que esperan una respuesta común, es decir las del futuro de un país que busca el desarrollo, el bienestar para su ciudadanía y la paz, y por tanto el debate abierto y libre de las ideas, por ejemplo, sobre la posibilidad y adecuación para Colombia de fórmulas político-jurídicas como la comisión de la verdad, la necesidad de políticas públicas en torno a la memoria histórica, estas y otras cuestiones irrumpen con fuerza en el debate jurídico y político de sociedades que ejercen la autocrítica y desdennan la complacencia.

Quisiera que mis palabras pudieran hacerles partícipes de una visión sobre Colombia; la visión de un español, de un profesor europeo que ha integrado a su acervo vital a Colombia. La percepción y opinión elaborada tras 10 años de visitas y trabajo continuado en una realidad áspera, violenta, desigual, pero al mismo tiempo generosa, vital, sofisticada y muy humana de la sociedad colombiana que en el momento futuro que estalle “la paz” tendrá sin duda la capacidad de ofrecer a su mayor riqueza, la gente de Colombia, la posibilidad de progresar y alcanzar mayores niveles de bienestar, dignidad, equidad y justicia.

Tal vez la voluntad de ser un académico resida en buena medida en descubrir y participar del mundo de las ideas, y al mismo tiempo entender el mundo de las ideas como la forma cívica para contribuir a la mejora y progreso de nuestro tiempo y de las circunstancias que señalaba Ortega y Gasset. Y en este sentido mis palabras van dirigidas a Ustedes, los hombres y mujeres que se desempeñan en la función jurisdiccional, que ejercen el poder judicial con la intención de hacerles presente a través de la fuerza de la PALABRA, de su responsabilidad histórica y jurídica en Colombia. Son los jueces, magistrados y abogados los que tienen la ocasión histórica no solo de ser los hombres y mujeres del derecho, sino también de ser los hombres y mujeres de la justicia. Si me permiten esta afirmación ajena a la cronología de la historia, Colombia sigue siendo hoy, en pleno siglo XXI, esencia del orbe romano y cada una de las personas que moran en esta realidad tienen consigo el ansia vital y humana de aquello que hace veinte siglos Ulpiano afirmaba: “La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo” (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Ustedes son la puerta de acceso y el instrumento que conectan las aspiraciones de justicia y dignidad, con la respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico de un régimen democrático como el colombiano.

Su labor de jueces, magistrados y fiscales determina en cierto modo la civilidad de un país como Colombia, que trata de asentar una conquista como la que representa la construcción del Estado



de derecho, y la vigencia del principio de legalidad, conquistas nunca estáticas, sino dinámicas con grandes retrocesos, y pequeños avances como muestra la historia, y que depende en gran medida del dinamismo participativo de su ciudadanía y de la estabilidad y fortalecimiento de sus instituciones.

Quisiera realizar cuatro reflexiones en relación con:

1. las víctimas,
2. el Estado de derecho,
3. el sistema de protección internacional de derechos humanos de la Corte Penal Internacional,
4. legitimidad y Estado de derecho,
5. progreso humano y bienestar asociado a la prestación y garantía de los derechos humanos.

Las víctimas

Colombia ha avanzado de manera excepcional en el reconocimiento de los derechos de las víctimas; dicho reconocimiento representa una exigencia democrática en sociedades que aspiran a ser libres y gobernadas por el imperio de la Ley. No podía ser de otra manera a no ser que la infamia y la vergüenza fuesen asumidos como destino. Así lo recuerda Primo Levi en su libro *Los hundidos y los salvados*. Una de las obligaciones de un país democrático y su ciudadanía es evitar el temor de las víctimas ante un daño de otra cualidad: un daño que surge tras haber sufrido la violación de la dignidad más fundamental y sus derechos y que está representada por el OLVIDO; que la víctima no sea tenida en cuenta y SU VOZ SEA SORDA Y ESTERIL A LOS OÍDOS DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS PODERES PÚBLICOS.

En palabras de Primo Levi a la “víctima se la mata en dos ocasiones: cuando se la asesina y la segunda cuando se olvida”. La indiferencia de nuestras sociedades provoca víctimas secundarias, en aquellos que desconocen por acción u omisión los hechos, y con ellos contribuyen a la impunidad y al olvido de las víctimas que reclaman el amparo y protección de las instituciones y del derecho.

Alessandro Manzoni señalaba que la sociedad puede y debe ser compañera de la víctima, pues, en tanto, en cuanto esa lesión es moral y también pública y afecta a una parte de la sociedad más allá del daño particular producido a la víctima, y que amenazan y lesionan la dignidad son doblemente responsables, es decir “*Los provocadores, los avasalladores, todos aquellos que comenten injusticias, son culpables no solo del mal que cometen sino también de la perversión que provocan en el ánimo de los ultrajados*”.

El filósofo Reyes Mate en su obra *La ética ante las víctimas* afirma que las sociedades democráticas despliegan una actitud imparcial que contiene la reflexión moral ante el tribunal de las víctimas de la violencia del hombre, independiente de su origen, signo, riqueza, etc. Todo pensamiento mira desde algún lugar y está alimentado por las experiencias a la luz de una tradición. Colombia con gran

esfuerzo en los últimos años ha tratado de incorporar una lógica democrática en torno a la víctima, independientemente de quién fuera su victimario y los motivos que llevaron a la comisión de las atrocidades. Pensar desde el dolor de las víctimas produce una verdadera revolución ética al ser escuchados los gritos de silencio de las víctimas. Esa revolución ya se inició en Colombia.

El Estado de derecho

Para Colombia, el uso de analogías con experiencias históricas y jurídicas como la *Comisión de la Verdad* en Sudáfrica o la *Comisión Nacional sobre desaparecidos*, y otros formatos de solución y superación de crisis nacionales e históricas deben realizarse con cautela. Sin embargo, quiere referir un hecho histórico y una actitud jurídica y democrática de un hombre de Estado, que estimo sí sirve en el momento presente a Colombia.

El General Carlo Alberto Dalla Chiesa, general de los *carabinieri* italianos, era un funcionario muy reconocido por su lucha contra el grupo terrorista Brigadas Rosas (*Brigate Rosse*) durante la década de los 70 y 80 en Italia, y también como prefecto de Palermo para detener la violencia de la Segunda Guerra de la Mafia en Italia. En 1982 Dalla Chiesa fue asesinado junto con su mujer y su chofer en Palermo, justo tres meses después de haber sido nombrado. Cuando Aldo Moro, presidente del partido demócrata cristiano (*Democrazia Cristiana*) fue secuestrado en 1978 por las Brigadas Rojas, en unas declaraciones muy polémicas en su momento, Dalla Chiesa declaró en respuesta a una sugerencia de que se utilizaría la tortura en las investigaciones contra un terrorista de las Brigadas Rojas que había sido detenido unos días antes: “*Italia puede sobrevivir a la pérdida de Aldo Moro. No sobreviviría a la introducción de la tortura*”¹. Su fidelidad sin grietas al Estado de derecho no fue en vano. En 1984 Ernesto Sábato en el prólogo al *Informe de la Comisión Nacional Argentina sobre la desaparición de personas* durante la guerra sucia de la dictadura argentina, citó a Dalla Chiesa como ejemplo de los principios y valores que deben defender las democracias².

La afirmación de Dalla Chiesa tiene y debe estar presente para aquellos países como Colombia que se nominan como democráticos y son gobernados por el imperio de la ley, en donde no hay ninguna justificación para dar cabida a la tortura, la violación de los derechos humanos, la quiebra de la legalidad y que dichos comportamientos resten IMPUNES.

El sistema constitucional de control y equilibrios implica el control mutuo entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, con el fin de evitar cualquier exceso o mal uso de los poderes y competencias asignadas y limitadas por la Constitución. En una reflexión al

1 Véase “Il generale nel suo laberinto”. *La Repubblica*, Roma, Sept. 4, 1982, <http://www.repubblica.it/online/album/ottantadue/bocca/bocca.html>

2 Véase el informe de Conadep, National Commission on the Disappearance of Persons (*Comisión Nacional de Desaparecidos*) 1984 <<http://web.archive.org/web/20031013222809/http://nuncamas.org/english/library/images/linea350.gif>> and <http://www.desaparecidos.org>

respecto, la juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos, Ruth Bader Ginsburg, remitiéndose a la historia y a los efectos de la falta de control de las decisiones gubernamentales, afirmó: “*En Europa tuvo lugar el Holocausto, y la gente se dio cuenta de que no siempre se puede confiar en los representantes elegidos por el pueblo para salvaguardar los principios básicos del sistema*”³.

El Estado de derecho es fundamental en las ideas ilustradas; proporciona seguridad, cumplimiento de la ley y hace posible la aplicación del derecho nacional e internacional. Pero ese sistema está “*ilustrado*” por diversos elementos que establecen una diferencia radical entre los regímenes democráticos y los autoritarios.

El sistema se basa en la búsqueda del compromiso ético en torno a la idea de Justicia. El Estado de derecho contiene un conjunto de valores éticos que son elegidos por nuestra conciencia y por nuestra razón, equilibrando lo correcto y lo incorrecto (el bien y el mal). Una de las ideas más importantes es recordar que las Facultades de Derecho en los países democráticos como Colombia tienen una enorme responsabilidad, que consiste en transmitir esos valores a sus alumnos y formarlos en el convencimiento de que el Estado de derecho es uno de los mayores logros de la humanidad. El progreso en democracia significa mayor libertad y derechos para el individuo, sobre todo para los que son más vulnerables y en situaciones de dependencia. Es un síntoma de respeto a la dignidad humana y a la civilidad aquellos países, culturas y civilizaciones que reverencian al Derecho como el sistema más adecuado para la consecución de la Justicia, la Paz y el Progreso.

Las democracias a menudo se definen y se fortalecen o debilitan en función de la RESPUESTA que dan a las amenazas a su seguridad. Como dijo Ronald Dworkin en su obra *¿Es posible la democracia aquí?* (Is democracy possible here?⁴), la respuesta es de la máxima importancia porque “*el modo de reaccionar no tiene tanto que ver con el deber moral, sino con el respeto a uno mismo.*” Y en este sentido, cumplir la legalidad y servir a las aspiraciones del Estado significa respetar las aspiraciones democráticas de la ciudadanía de Colombia en el siglo XXI.

El sistema de protección internacional de derechos humanos de la Corte Penal Internacional

Transcurrida la moratoria y con ello la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional, Colombia reconoce la competencia jurisdiccional de la Corte Penal Internacional de La Haya para el conocimiento de los delitos perpetrados en territorio colombiano, en tanto, en cuanto las autoridades judiciales no conozcan de estas acciones penales o bien los procesos realizados no gocen de las características del debido proceso con los principios de equilibrio, autonomía, equidad e imparcialidad.

3 Liptak, Adam. “Ginsburg shares views on influence of foreign law on her court, and vice versa”. *The New York Times*, 12 de abril de 2009. Estos comentarios fueron pronunciados por Ginsburg en una conferencia en el Moritz College of Law en Ohio State University.

4 *Ibid.*, p. 16.

Pudiera surgir un nacionalismo jurídico ajeno al objeto del procedimiento –que no es otro que hacer cumplir la ley, evitar la impunidad y asistir a la víctima– y que enturbiaría las acciones judiciales. Sólo un poder judicial autónomo, profesional e independiente en Colombia puede evitar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Un ejemplo reciente de ello, sobre la posibilidad de estos escenarios, ha sido el premio Nobel de la Paz, Desmond Tutu, quien ha identificado con acierto en este mismo año de 2009 el falso dilema entre los derechos humanos y la responsabilidad de los que no los respetan, y que forman parte del aparato del Estado, incluido el gobierno. Tutu se refería al caso de la orden de arresto cursada para el presidente Omar Hassan al-Bashir de Sudán el pasado mes de febrero por el Tribunal Penal Internacional. El momento nos obliga a responder si nos encontramos “*del lado de la justicia o del lado de la injusticia.*” Tutu señaló que el Tribunal Internacional tiene su sede en la Europa (blanca) y está procesando a un líder africano, por lo que “*la respuesta hasta el momento por parte de muchos líderes africanos ha sido de vergüenza. Porque las víctimas de Sudán son africanas.*”⁵. El Obispo Tutu argumenta que las cuestiones nacionalistas son irrelevantes cuando se trata de derechos humanos.

Lo que importa aquí es que las víctimas son seres humanos, seres humanos africanos, seres humanos que mueren por las órdenes de un líder africano. Cuando se trata de tortura, el transgresor o sus motivos son irrelevantes; tras los motivos está la destrucción de la dignidad humana y la violación de los derechos fundamentales de los torturados.

Legitimidad y Estado de derecho

Tras la Primera Guerra Mundial, el científico y político italiano Guglielmo Ferrero definió la legitimidad política como “*el genio invisible de la ciudad*”⁶. Según Ferrero, el principal propósito

5 Tutu, Desmond. “Will Africa Let Sudan Off the Hook?” *The New York Times*, 3 de marzo de 2009.

6 Guglielmo Ferrero fue discípulo de Cesare Lombroso, el inventor de “la antropología criminal”, aunque Ferrero posteriormente se centró en estudios históricos y teoría política, convirtiéndose en uno de los intelectuales más prestigiosos de Europa tras la Primera Guerra Mundial. El presidente Theodore Roosevelt propuso a Ferrero para el Premio Nobel de Literatura por su estudio de la República de Roma, un trabajo que presenta un enfoque radicalmente distinto del de Theodore Mommsen. Después de 1920, Ferrero se convirtió en un acérrimo opositor de Mussolini y tuvo que exiliarse en Suiza. “El gobierno será mucho menos temeroso de sus súbditos y de sus posibles sublevaciones si sabe que cuenta con su consentimiento voluntario y sincero. Al ser menos temeroso de sus súbditos, no necesitará emplear el terror; sin terror, los sujetos obedecerán de buena gana y con alegría. Los principios de la legitimidad humanizan y alivian a la autoridad, porque está en su naturaleza el aceptarlos con sinceridad, por ser justos y razonables, por cualquiera que gobierne y por la mayoría, al menos, de los que obedecen. La aceptación de los principios no es siempre activa, voluntaria y consciente de sus más profundas implicaciones. Puede suceder –y a menudo sucede con las masas– un hábito más que una convicción, un legado indolente de los antepasados, una especie de resignación ante lo inevitable.”^{N.T.} Traducción del texto de Ferrero de Rosa M. Bautista

de la legitimidad es dotar de sentido a las acciones del gobierno y asegurar que serán aceptadas y reconocidas pacíficamente. La legitimidad permite a los gobiernos evitar la dependencia de la coacción y la violencia para imponer su voluntad y su autoridad. La relación con el gobierno está basada en el reconocimiento por parte del ciudadano de que determinados individuos tienen un derecho moral a ser obedecidos, mientras que ellos, a cambio, sienten la obligación de obedecer. Cuando el mandatario y el mandado están de acuerdo en este principio, el gobierno no temerá a sus ciudadanos. Del modo contrario, dado que los gobiernos ilegítimos carecen de credibilidad, confianza y consentimiento, se ven abocados a la violencia y a la Guerra. Esta relación única entre la autoridad pública y los ciudadanos en democracia está caracterizada por una ausencia relativa de miedo y coacción. En Colombia es fundamental no cejar en el respeto a las instituciones y el respeto a la ley, incluso en un contexto de ataques terroristas, amenaza al Estado y violencia.

Colombia cada día corre el riesgo y pone en peligro su sistema institucional en el momento que proporciona una respuesta no jurídica –al margen de la legalidad– y no democrática a sus problemas de seguridad, y reproduce las mismas quiebras en el Estado de derecho que otros países. Es decir, el poder se legitima en la medida que refuerza y ampara el Estado de derecho y da continuidad a sus instituciones, independientemente de las personas que ejerzan dichas magistraturas.

La quiebra del Estado de derecho cometida por los europeos durante los años 70, 80 y 90 en la lucha contra el terrorismo como lo demuestra la historia británica, italiana, alemana o española con el caso de los GAL de terrorismo de Estado del Gobierno de Felipe González, o bien las políticas desarrolladas por la Administración Bush a partir de 2001 bajo el manto del concepto a–jurídico Guerra contra el terror, tienen como consecuencia dos aspectos negativos en la vida democrática y jurídica de un país que quiere reconocerse como una democracia:

- a) En primer lugar, se produce un proceso claro de deslegitimación y de pérdida de la superioridad ética y moral del Estado de derecho frente a los delincuentes–terroristas, pues al usar los mismo medios que el terrorismo se equiparan en estatus moral y jurídico, además de perder su civilidad. Correlativamente, los terroristas ven refrendado su discurso al proclamar la dimensión de “guerra” que mantienen contra un Estado que sólo identifican como opresor y contraparte de una guerra. Se quiebra y desaparece la distinción de orden jurídico, autoridad, víctimas y victimarios. Desaparecen las entelequias conceptuales jurídicas que nos permiten crear un sistema de responsabilidad jurídica.

- b) En segundo lugar, se produce un claro debilitamiento institucional pues el Estado y el derecho fracasan –y toda la organización jurídico–política– al no satisfacer ni proveer de respuestas eficaces y reales a una amenaza como la del terrorismo. Esto acontece, no porque no existiesen elementos jurídicos para ello, sino que el propio Estado optó por excluir el imperio de la ley y actuar de manos de la ilegalidad, el asesinato, las ejecuciones, los raptos, la corrupción, etc.

Progreso humano y bienestar asociado a la prestación y garantía de los derechos humanos

Como corolario tras observar la variedad de los temas tratados en la publicación que he presentado en este congreso, uno percibe que existe una constancia en la historia reciente de la búsqueda de una dignidad humana basada en el reconocimiento de derechos para todos los seres humanos: se percibe la necesidad de generar una cultura que limite el abuso de poder por parte de ciertos aparatos estatales, políticos, culturales, económicos, etc. –de ese poder que señalaba Alain en su *Propos sur les pouvoirs* que obliga al ciudadano a estar alerta– y con ello se ponga fin a la impunidad; la imperiosa necesidad de proteger los derechos humanos a través de la prevención, es decir por medio de la educación en derechos humanos y valores democráticos; que la ignorancia y el miedo son con frecuencia la antecámara del odio y los dos actúan como catalizadores inminentes de la injusticia y de las desigualdades; sin duda son las personas las que Sí podemos generar el cambio y la diferencia al reforzar el Estado de derecho, y como ciudadanos con imaginación –esa gran aliada que para John Locke era “la nación más poderosa sobre la tierra” (Imagination is the strongest nation on Earth)– podemos mantener una política cívica participativa.

Al mismo tiempo, es fascinante aprehender cómo las personas, asistidas por la legitimidad de sistemas jurídicos que contienen puertas para acceder a la justicia y espoleadas por la necesidad de la verdad y la fuerza de la dignidad, reproducen una vez más la aspiración de reafirmarse en la conquista y ejercicio de los derechos fundamentales que representan en sí una de las formas de progreso más importantes de la condición humana.

Ese momento mágico de acceso a la justicia de Ulpiano, esta voluntad de progreso basado en la conquista y ejercicio de derechos no puede alcanzarse si los hombres y mujeres de las leyes y el derecho de Colombia, representadas en este foro de Paipa, son contemporáneamente los hombres y mujeres de la justicia. Parte de nuestro futuro en Colombia está en sus manos; de su probidad personal, pericia y excelencia profesional y una abnegada defensa del principio de legalidad. Cada día con su labor apuntalan y refuerzan los pilares de la democracia y el Estado de derecho colombiano.

*Pero hay un rayo de sol en la lucha,
que siempre deja la sombra vencida.*

Miguel Hernández.

Véase Ferrero, Guglielmo. *The Principles of Power. The Great Political Crises of History.* Traducido por Theodore R. Jaeckel. New York: G.P. Putnam's Sons, 1941, p. 40. Véase la introducción a la versión española de Eloy García López, Ferrero, Guglielmo. *Los genios invisibles de la ciudad.* Madrid: Tecdnos, 1998.

Proceso y justicia de transición



CHRISTIAN SALAZAR VOLKMANN
REPRESENTANTE DE LA OACNUDH EN COLOMBIA

Quisiera aprovechar esta importante oportunidad para compartir con ustedes algunas reflexiones sobre la implementación de la Ley 975, llamada de Justicia y Paz, casi cuatro años y medio después de su aprobación en el Congreso de la República, el 25 de julio de 2005.

Originalmente, la opinión de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Ley 975 fue bastante crítica. En un amicus curiae ante la Corte Constitucional, con ocasión de una acción de constitucionalidad ejercida por varios ciudadanos y ciudadanas colombianas, el 8 de febrero de 2006, resaltábamos, entre otras preocupaciones, que

“Al examinar en su conjunto la Ley 975, la Oficina observa que ella enuncia en sus disposiciones los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. Sin embargo, no incluye en su articulado mecanismos y recursos eficaces para hacer efectivos estos bienes jurídicos. Algunas de sus normas imposibilitan o dificultan a las víctimas la realización de los ya mencionados derechos, y otras veces van en contra de las obligaciones internacionales del Estado sobre el respeto y garantía de los mismos.”

Hoy, a pesar de los esfuerzos de la Corte Suprema de Justicia y de la Fiscalía General de la Nación, nos hacemos legítimamente la pregunta de si la implementación práctica de esta Ley confirma o contradice nuestras preocupaciones de aquel entonces.

Quiero empezar a responder a esta pregunta analizando los datos más recientes sobre la aplicación de la Ley 975.

A 30 de septiembre de 2009, según estadísticas de la Unidad Nacional de Justicia y Paz de la Fiscalía, de más de 50.000 desmovilizados de grupos paramilitares y guerrilleros, 3.725 están postulados. A esta fecha, hay 707 versiones libres en curso y han finalizado 1.219 (de las cuales más de 1.000 fueron discontinuadas por falta de pruebas y solo 5 por la confesión de hechos). A 152 postulados se les ha formulado imputación, a 43 se les han formulado cargos y a 4 se les han legalizado cargos. No ha habido ninguna condena, ni



@Fiscalía General de la Nación

siquiera parcial. Ninguna de estas formulaciones corresponde a los máximos responsables de las organizaciones desmovilizadas o de las que eran miembros los desmovilizados.

Estas cifras demuestran al menos que:

- Primero: una cantidad muy reducida de presuntos perpetradores se han sometido a la justicia bajo la Ley 975.
- Segundo: hasta la fecha ninguno de los responsables para graves violaciones de derechos humanos ha sido castigado.

El hecho que la Ley 975 hasta ahora no haya generado justicia no significa que nosotros pensemos que no es necesario un instrumento judicial especial que complemente otros mecanismos no judiciales para alcanzar las metas de la justicia de transición. Ya en 2004, durante el debate del entonces proyecto de ley, la Oficina puso de presente que

“Es perfectamente legítimo, en principio, que el Estado –como parte de un proceso de negociación para la paz– adopte un sistema de alternatividad penal aplicable a miembros de grupos armados fuera de la ley, cuyos mecanismos sustantivos y procedimentales faciliten y agilicen la reintegración de los ilegales al cuerpo social, contribuyendo así a la creación de condiciones que promuevan la convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad nacional”.

Pero sin lugar a dudas, esto no puede hacerse a expensas de los derechos de las víctimas.

En este contexto, creo útil hacer una reflexión sobre cómo la implementación de la Ley 975 ha contribuido a satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

1. Derecho a la justicia

En el amicus curiae antes mencionado, la Oficina puso de manifiesto que el artículo 29 de la Ley 975, al establecer mínimos y máximos aplicables al imponer la pena alternativa, *“no ha hecho diferencia alguna entre las personas responsables de ‘delitos graves conforme al derecho internacional’ (graves violaciones de los derechos humanos y crímenes de guerra) y aquellas cuya responsabilidad penal se ha derivado de la comisión de conductas punibles menos graves”.*

Desafortunadamente, la pertinencia de esta observación ha quedado demostrada con la aplicación práctica de la Ley.

El procedimiento de la Ley 975 exige a la Fiscalía *“comprobar la veracidad de la información suministrada [durante la versión libre] y esclarecer esos hechos y todos aquellos de los cuales tenga*

conocimiento dentro del ámbito de su competencia”, a pesar que solo los delitos *“no indultables”* (graves violaciones de los derechos humanos) pueden ser objeto de la pena reducida. Ante la confesión de más de 30.000 crímenes, a cometer de forma *“rápida y minuciosa”* las investigaciones, como exige la Ley, se vuelven una tarea imposible, a pesar de los titánicos esfuerzos de la Unidad Nacional de Justicia y Paz.

Entre las opciones ensayadas para agilizar los trámites procesales, se consideró la posibilidad de avanzar con imputaciones parciales. Sin embargo, estas, aunque bien intencionadas, no han sido capaces de producir resultados. Hasta octubre de 2009, la única imputación parcial que alcanzó la etapa de juzgamiento ha sido anulada por la Corte Suprema de Justicia, que ha puesto en cuestionamiento otras previstas por la utilización indiscriminada y generalizada de este mecanismo que la Corte entiende debería tener un carácter más excepcional.¹

La situación, pues, exige medidas correctivas de carácter procedimental más radicales que las imputaciones parciales.

La Ley 975 podría, por ejemplo, exigir que la Fiscalía únicamente investigara, para corroborar la veracidad de lo confesado en las versiones libres, el grado de participación de los postulados en crímenes *“no indultables”*. En este sentido, para asegurar la coherencia con los instrumentos nacionales, sería deseable que el listado de estos delitos *“no indultables”* de la Ley 782 se revisara para explicitar, en su lugar, los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, tal y como se identifican en los artículos 7, 8 y 6 respectivamente, del Estatuto de Roma.

El procedimiento de la Ley 975 podría también pasar de un concepto tradicional de imputación individual a uno colectivo, en el que los delitos se imputaran al bloque, frente u otra forma de organización de los grupos armados ilegales, como parece sugerir la Corte Suprema de Justicia². A partir de esa imputación, en principio, podría ser más fácil identificar responsabilidades individuales.

Sin embargo, a pesar de los posibles arreglos procedimentales que se puedan considerar, el núcleo fundamental de la Ley 975, los beneficios penales o alternatividad penal, constituye la esencia de la preocupación de mi Oficina. En su amicus curiae, la Oficina ya consideró que:

“Esta benignidad excesiva en el proceso de individualización de la pena desconoce el principio de proporcionalidad, en virtud del cual las sanciones penales deben tener una correspondencia cualitativa y cuantitativa con el delito cometido.”.

La Oficina continúa cuestionando si la aplicación de una pena reducida máxima de ocho años es idónea cuando se trata de comisión de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluso en marcos de justicia transicional. Y aun más a la luz de la aceptación de la plena jurisdicción de la Corte Penal Internacional a partir del levantamiento de la suspensión temporal de su competencia por crímenes de guerra, pues el Estatuto de Roma,

1 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Segunda instancia 32022 de 21 de septiembre de 2009.

2 Ídem 1.

» El ejercicio del derecho a la verdad va más allá de la verdad que pueda producir un proceso judicial.

en su artículo 77, contempla penas de hasta 30 años por la comisión de los delitos que van a ser juzgados en virtud de la Ley 975.

2. Derecho a la verdad

El ejercicio del derecho a la verdad va más allá de la verdad que pueda producir un proceso judicial.

Como señala el principio 2 (*“Derecho inalienable a la verdad”*) del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, hay un derecho inalienable a *“conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes.”* Y el principio 4 (*“El derecho de las víctimas a saber”*) reclama un derecho individual a que las víctimas conozcan *“la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.”*

La Ley 975, como mecanismo de enjuiciamiento penal y a pesar de la concepción sui generis de las versiones libres, limita el goce de este derecho a la verdad procesal. A pesar de ello, la implementación práctica de las versiones libres y la labor de la Fiscalía, han traído consecuencias positivas, en su mayoría no previstas en la Ley. Reconocemos que las versiones libres han ayudado a revelar importantes informaciones relacionadas con presuntos vínculos de funcionarios públicos y electos con grupos paramilitares, o *“parapolítica”*, y han contribuido a descubrir el paradero de muchos desaparecidos³.

A noviembre 2009, los expedientes judiciales contra congresistas por estos casos de *“parapolítica”* llegaron a 93, de un total de 268 congresistas elegidos para el periodo 2006–2010, pertenecientes a 15 diferentes partidos políticos (42 de la Cámara de Representantes, de 166, y 51 del Senado, de 102). A esta fecha, se reportan 39 detenidos, con 11 condenas y cinco absoluciones.

A septiembre de 2009, la Unidad Nacional de Justicia y Paz reporta haber encontrado 2.182 fosas y 2.666 cadáveres (restos), aunque las labores de identificación y entrega digna a los familiares son todavía muy lentas (se han entregado menos de 600 cadáveres o restos). Sin duda, esto ha contribuido a aliviar el sufrimiento de muchos familiares de los 28.000 desaparecidos registrados en el país⁴, aunque hay que acelerar las labores de identificación y entrega digna sin revictimizar a los familiares.

También, las más de 4.500 compulsas de copias sobre crímenes mencionados en las versiones libres, cometidos por terceros (no desmovilizados), han permitido avanzar o iniciar procesos que estaban en la impunidad.

3 La exigencia de dar a conocer el paradero de los desaparecidos no estaba inicialmente contemplada en la Ley y solo fue incluido a raíz de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia C-370 de 2006.

4 Conpes 3590 de 1º de junio de 2009. Consolidación de los mecanismos de búsqueda e identificación de personas desaparecidas en Colombia, p. 58.

Sin embargo, la estructura de crímenes confesados revela importantes vacíos, como lo indica por ejemplo la casi total ausencia de confesiones sobre actos de violencia sexual (10 hechos confesados), tortura (14 hechos confesados) o reclutamiento ilícito (391 hechos confesados) de más 40.000 hechos denunciados.

Creemos que la implementación práctica de la Ley 975 ha puesto de manifiesto la necesidad que el derecho a la verdad se complemente con otros mecanismos no judiciales para lograr alcanzar las metas de la justicia transicional.

La Corte Suprema ha reconocido, como lo concebimos en las Naciones Unidas, *“que en los procesos de justicia transicional existen múltiples mecanismos a través de los cuales puede lograrse la efectividad del derecho a la verdad, en sus distintas dimensiones”*. Y en ese sentido, la Corte ha indicado que *“[...] hará un llamado al Gobierno Nacional para que convoque a las principales fuerzas sociales –representaciones de los tres poderes, organizaciones de víctimas, de derechos humanos y otros grupos civiles–, en orden a estudiar la viabilidad de conformar una comisión de la verdad, que con funciones debidamente delimitadas, ayude en la construcción de la memoria histórica de la barbarie paramilitar.”*⁵

La Oficina quisiera recoger esta propuesta de la Corte y respaldarla.

Una Comisión de la Verdad no empezaría de cero. Tendría a su disposición como base los trabajos del grupo de Memoria Histórica de la CNRR, las versiones libres y la experiencia de la Comisión de la verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia, entre otros. De hecho, de manera complementaria, la Ley 975 podría incorporar una revisión por la cual se explicitara que las versiones libres no solo se pusieran a disposición de la Fiscalía y sirvieran para la concesión de la pena alternativa, sino también de una comisión de la verdad. Además, aunque la versión libre rendida fuera suficiente para el procesamiento judicial, la obligación de seguir contando lo que pasó a efectos del trabajo de esa comisión debería seguir vigente durante todo el proceso, incluida la privación de libertad. Esto podría ser una obligación impuesta a cualquier desmovilizado, se postule o no a la Ley 975.⁶

3. Derecho a la reparación, incluidas las garantías de no repetición

El derecho a la reparación ha sido desarrollado no solo por el Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (artículos 31 a 34), sino, más recientemente, por la resolución de la Asamblea General titulada *“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”*⁷.

5 Ídem 1.

6 En particular, a los 19.000 desmovilizados, a quienes, según la reciente Ley adoptada por el Congreso en junio de 2009, el Fiscal General de la Nación puede aplicar el “principio de oportunidad” (principio por el cual, el Fiscal, en ciertas condiciones, puede desistir de la acción penal).

7 Resolución 60/147 de 21 de marzo de 2006.

La obligación de reparar de manera adecuada, efectiva y rápida el daño causado, nace del deber de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos. La reparación tiene como finalidad promover la justicia y va más allá de lo establecido en una sentencia judicial. Entre las formas de reparación están las garantías de no repetición, que pueden también asegurarse con el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad.

La Ley 975, a pesar de los adjetivos, limita la satisfacción de este derecho al incidente de reparación integral de su artículo 23, entendido como fase procesal. Además, en la lentitud en alcanzar esta fase procesal la Ley 975 posterga el cumplimiento de este derecho, lo que es inaceptable.

Reconocemos positivamente que el Estado colombiano sacó conclusiones importantes de este impasse. Al concluir que el derecho a la reparación excede la reparación judicial, hizo necesario explorar otro mecanismo, adoptando el Decreto 1290 de 2008, por el que se establece un mecanismo de reparación individual por vía administrativa. Considerado como un paso adelante, el Decreto adolece, sin embargo, de una serie de falencias importantes como la discriminación de las víctimas por victimario o fundamentar la reparación en el principio de solidaridad en lugar de el deber de garantía del Estado. Además, la supuesta celeridad en su implementación, debido a su naturaleza administrativa, no se ha traducido en una rápida distribución de recursos financieros. Más de un año y medio después de su adopción, a octubre de 2009, de las más de 250.000 solicitudes recibidas por este concepto, se reconocieron y aprobaron 1.676. Esto se ha traducido en 4.394 pagos, destinados a 4.065 personas⁸. El desembolso total realizado, según informa Acción Social, es de 29.000 millones, de los 200.000 presupuestados para el año 2009, que entendemos debería salir del Fondo para la reparación de las víctimas de la Ley 975.

En este sentido, hay que considerar el Fondo para la reparación de las víctimas, establecido en el artículo 54 de la Ley 975 como mecanismo para recoger los recursos a utilizar en la reparación. Las tres fuentes de recursos para integrar el fondo, i.e., los bienes de los postulados a la Ley (ilícitos inicialmente y lícitos también tras la decisión de la Corte Constitucional⁹), el presupuesto nacional y donaciones nacionales y extranjeras, no parecen ser suficientes. Hasta el momento, según cifras de Acción Social, alrededor de 70 postulados han contribuido a este Fondo. Los aportes han consistido en dinero, metálico o cheques (alrededor de 13.800 millones¹⁰), fincas rurales y urbanas (alrededor de 40), vehículos (alrededor de 45), ganado (alrededor de 4.000 cabezas) y otros.

⁸ Algunas personas han recibido más de un pago, por ser víctimas de varios delitos.

⁹ Sentencia C-370 de 2006.

¹⁰ De estos 13.800, 10.000 fueron aportados por un solo postulado, el "Aleman", y 2.500 por otro, el "Mellizo". Los máximos responsables de violaciones no parecen haber cumplido con este requisito (entre otras cosas porque solo están obligados a hacerlo cuando llegan a la fase procesal adecuada).

Para complementar estas fuentes y contribuir a la financiación de la reparación, se podría contemplar la revisión de la Ley 975 para que el Fondo pudiera recibir también recursos (financieros, bienes muebles e inmuebles, etc.) de las capturas que pudiera hacer el Estado de recursos ilegalmente obtenidos, principalmente, del narcotráfico y de actos de corrupción de funcionarios públicos y electos.

La oportunidad perdida en 2009 de adoptar una ley o estatuto de víctimas del conflicto armado pudo haber ayudado a colmar los vacíos de la reparación judicial de la Ley 975 y corregido las falencias del Decreto 1290; pudo haber contribuido a culminar la plena satisfacción de este derecho al incorporar mecanismos de restitución de tierras e incluir reparación relativa a los derechos sociales, económicos y culturales, haciendo explícito un enfoque diferencial por razón de género; pudo también haber aclarado la confusión todavía existente en Acción Social, implementadora de la reparación por vía administrativa, entre las medidas de reparación, la asistencia humanitaria y el ejercicio de derechos económicos y sociales.

Lo anterior, sin embargo, es un deber inaplazable y por ello la Oficina insiste en la necesidad de una ley de esa naturaleza, coherente con los principios internacionales de no discriminación y del deber de garantía, que se respeten todos los derechos y libertades fundamentales.

4. Conclusión

Es importante reconocer la labor y los esfuerzos de todos los órganos de justicia para dar respuesta a los desafíos novedosos y complicados que marca la justicia transicional. No es fácil adaptar las estructuras y formas de justicia ordinaria a la excepción que constituye la justicia transicional.

Sin embargo, a la luz de todo lo anterior, la pregunta de si la Ley 975 y su aplicación práctica, es el instrumento más apropiado y eficaz para alcanzar los fines de un proceso de justicia transicional no parece quedar respondida positivamente.

Para corregir esta situación será necesario pensar en reformas estructurales y procedimentales profundas de la Ley, así como en combinarla con otros instrumentos de la justicia transicional como una Comisión de la Verdad y una ley de víctimas.

Para finalizar, quiero enfatizar que un sistema de justicia transicional reformado, que refleje de manera integral las necesidades y las expectativas de las víctimas del conflicto armado interno hacia justicia, verdad y reparación, puede tener un impacto muy positivo en la reconciliación de la sociedad colombiana.

Como ha señalado el Secretario General de nuestra Organización, no es posible consolidar la paz ni mantenerla a largo plazo,

"[...] a menos que la población confíe en que se podrá obtener la reparación de las injusticias sufridas a través de estructuras legítimas encargadas del arreglo pacífico de las controversias y la correcta administración de justicia".

Holocausto del Palacio de Justicia —de la justicia—

“Una mirada hacia el pasado, una reflexión latente hacia el futuro”



AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Un hecho: Colombia y el mundo lo saben: durante dos días, el Palacio de Justicia fue convertido en un campo de guerra y exterminio. Las labores cotidianas de los jueces de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado fueron interrumpidas abruptamente a las 11 y 40 de la mañana del miércoles 6 de noviembre de 1985. A esa hora, un comando del M-19 lo tomó por asalto. Poco tiempo después las Fuerzas Armadas hicieron su aparición. De inmediato se desencadenó la batalla que duró 27 horas.

Un llamado humanitario y a la razón: No hubo tregua ni espacio alguno para los clamores de cese al fuego. El mundo oyó estremecido la angustiada voz del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, clamando diálogo y apelando a la razón, pero nadie la atendió.

En pleno corazón institucional del país, cientos de civiles indefensos, entre quienes había funcionarios, empleados, usuarios del sistema judicial y visitantes, fueron blanco del fuego cruzado y presa de los voraces incendios que consumieron gran parte de la construcción más emblemática de la civilidad, la de la justicia colombiana. Los medios de comunicación transmitieron en vivo lo poco que desde afuera se podía divisar, pero que inexorablemente anticipaba la hecatombe. En la noche se transmitió un partido de fútbol. La atención del país comenzó a diluirse.

Un resultado: Al día siguiente, jueves 7 de noviembre, emergió el único resultado posible de un enfrentamiento de tal magnitud: remoción de escombros, destrucción, desolación y muerte. Era sólo el producto inevitable de una confrontación bélica desarrollada detrás de cuatro paredes, en la que se usó todo tipo de armamento, adentro y desde afuera, desde fusiles y subametralladoras, hasta rockets y tanques cascabel, en medio de cuyas ráfagas y disparos estuvo atrapada la población civil.

Esa misma tarde, del Palacio de Justicia, humeante y en ruinas, empezaron a surgir: rostros, fantasmas y enigmas de la tragedia.

La sede de la Corte Suprema quedó desmantelada; las víctimas fueron múltiples. De algunos no se ha tenido noticias ciertas.

Reflexionar es postura saludable; por ello, como se observará enseguida, la Corte Suprema de Justicia acordó inscribir el Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria a esta fecha de dolorosa recordación. Encuentro en el cual interactuarán la judicatura, la academia, las universidades y la opinión global que desean para este encuentro, ofrecer sus experiencias y actitudes en el proceso de construcción de la verdad y a la memoria histórica; así se ponen a tono con esta necesidad contemporánea, compromiso universal.

La clave: la verdad, la verdad verdadera, único sendero posible que concita a la reconciliación, verdad que une por más dolor que produzca, para sublimar esta triste página de la historia que, si bien habíamos creído leer, todavía no está escrita. Se trata de esa verdad elevada a la categoría de derecho, entre otros, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violencia masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar que en el futuro se repitan tales actos”. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” Primera Edición. Bogotá, abril de 2004. Pp. 499 y 500.

Y mientras nuestra confusión se incrementó, creció y se alimentó de temor, vacilación e inexactitud, la fuerza de la verdad se afianzó en el mundo como un derecho autónomo, inalienable, inderogable e imprescriptible. Así consta en la actualización realizada el año 2005 al Conjunto de principios para la protección y la promoción



de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. En consecuencia, los sistemas de Naciones Unidas e Interamericano de Derechos Humanos lo tienen claro: es fundamental que los Estados provean mecanismos efectivos para que la sociedad y las víctimas conozcan la verdad respecto a violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario (resolución OEA/21 de mayo de 2008).

Según sostiene, en su informe del año 2006, el Relator Especial de la ONU sobre Independencia de los Magistrados y Abogados, Leandro Despouy:

“El derecho a conocer la verdad emergió en el derecho internacional como una respuesta ante el traumático impacto de sucesos de profunda significación social, como son los conflictos armados o las graves violaciones de los derechos humanos. A partir de ahí evolucionó en distintas vertientes... En todo caso, el carácter aberrante de los crímenes a que alude, hace que este derecho trascienda a las víctimas (dimensión individual) y se proyecte a toda la sociedad (dimensión colectiva). En última instancia, el principal fundamento de la reconstrucción del pasado es evitar su repetición en el futuro”.

Y, a propósito, en la hora actual, “Estado del Arte”, razón potísima tuvo la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, para decir¹:

Para el caso colombiano, dada la dimensión de los crímenes cometidos por los paramilitares desmovilizados y las dificultades que han surgido hasta el momento para la culminación de los pocos juicios que han logrado alcanzar etapas avanzadas del proceso, sería conveniente la creación de una comisión de la verdad que, ajustada a las necesidades particulares de nuestra realidad, la cual operara paralelamente con los procesos judiciales, cumpliendo roles complementarios en el esclarecimiento de la verdad que busca la sociedad.

Ya no hay duda, a la luz del derecho internacional, incorporado a nuestra legislación en los tratados multilaterales de derechos humanos, “cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer

la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes”, de sus motivos y circunstancias (Principio 2). Esta es una de las principales conquistas en derechos humanos del siglo pasado.

El ordenamiento jurídico colombiano también hizo explícito este avance, al concretar, en la llamada Ley de Justicia y Paz, cómo “la sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada”².

Es indiscutible, entonces, que los Estados tienen la obligación de impulsar mecanismos judiciales y extrajudiciales para el conocimiento de la verdad. Obligación que, reforzando los imperativos estrictos del Estado de Derecho, se sitúa en el plano ético y moral de toda sociedad, en la medida en que su descubrimiento es, además de un derecho, el único camino que permitirá restaurar la dignidad de las víctimas.

Y, la “memoria histórica”; encomiable empeño en que se ha comprometido la Corte Suprema de Justicia, óigase bien, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, como cabeza de la Jurisdicción Ordinaria. Mucho tiempo ha empeñado en ello; parte de esta postura se escuchará más adelante con los participantes, pero lo de base reside, entre otros, en el derecho a la no repetición, que es de la Sociedad.

No se puede repetir ningún hecho de similar, lamentable y de repudiable extirpe. Ese es y debe ser el empeño colectivo, aunque en la hora actual, la dificultad por la que atraviesa la Corte Suprema de Justicia tenga su origen en su compromiso irrevocable con la verdad, y, por ello, está asediada. Tantos años después y parece que la noticia se repite en exacta postura, y la Corte enhiesta. El país puede contar con una certeza: la Corte Suprema de Justicia no vacila en el ejercicio de sus funciones ante la propaganda en su contra ni frente a la campaña de desprestigio a la que se pretende someter. Su único sometimiento es al imperio de la Constitución Política y la ley.

Que sirva pues esta reflexión, esta mirada hacia el pasado y que sirva como reflexión latente, en vigía hacia el porvenir. La Corte Suprema de Justicia, garante de los derechos fundamentales, lo es también del derecho a la democracia.

1 Auto de segunda instancia (Justicia y Paz). 21 de septiembre de 2009. Radicado 32022.

2 Ley 975 de 2005, art. 7.



Independencia y acceso a la justicia

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR
VICEPRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Son muchas las conclusiones que podemos rescatar del XII Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria. Sin embargo, trataremos de resumirlas y agruparlas en los siguientes aspectos:

- Nada hemos hecho por nuestra libertad y nuestra democracia si todas las personas que habitan en este territorio no tienen un efectivo acceso a la justicia, por pequeñas que sean sus causas y por escasos que sean sus recursos.
No puede haber acceso a la justicia si no se dan los medios para materializarlo.
Con la larga duración de los procesos civiles no se permite el acceso a la justicia y ello se traduce en un problema de competitividad.
- No es posible construir la paz si no se acompaña este proceso de una tutela judicial efectiva. El oxígeno de la paz es la justicia. La paz es fruto de la justicia, escuchamos en la homilía de esta mañana.
- Y no puede haber justicia si no tenemos un aparato judicial independiente, tal como lo ordena la Constitución Nacional.

Sin duda, la historia reciente con relación al Poder Judicial se caracteriza por la permanente lucha para defender su autonomía frente a las demás ramas del poder público y frente a la sociedad misma en general, al punto de ser calificada la necesidad de dicha autonomía como una condición sine qua non para la existencia de una democracia.

Podría pensarse que se trata de un tema lo suficientemente decantado y superado en el momento actual, donde reina un Estado constitucional de derecho, basado en principios generales, que garantiza la independencia del Poder Judicial frente a las otras ramas del poder público. Lamentablemente no es así. Si bien ya no se trata, como en antaño, de elaborar el principio para superar el control de la función del poder de los monarcas absolutos, se torna necesario en épocas contemporáneas mantener una revisión

Compete a toda la sociedad y al Estado mismo garantizar la independencia de sus jueces a fin de que puedan cumplir su labor. Pero no solo en los textos, sino también en la actitud de los gobiernos para crear confianza colectiva en los jueces.

permanente sobre el tema, pues aparecen sofisticadas maneras de socavar la independencia de los jueces en la posmodernidad.

Observamos que la legitimación de los poderes públicos, abreva en fuentes distintas¹; la del poder ejecutivo y el legislativo, en la democracia, la elección popular, la práctica política por la consecución del poder; mientras la judicial, en la sabiduría y prudencia para aplicar la ley, de forma independiente, atendiendo a la razón que ella encierra y desdeñando todo tipo de influencias externas.

Los tiempos cambian, la separación de poderes, gran sueño ideal del liberalismo, no deja de ser un hecho del pasado, si es que alguna vez se presentó. El contrapeso de poderes del ejecutivo y el legislativo, no existe, se cambió por la coalición de gobierno, que los confunde en el propósito político del gobernante de turno². La confianza en la objetividad de los congresos como órganos independientes desaparece³.

Ahora, miremos qué sucede entonces con la Justicia. Al parecer mantiene la concepción que se le quiso dar en la ilustración y no podía ser diferente, no puede correr el riesgo social, de que los jueces no sean independientes, pero día a día se deteriora más ese andamiaje; los ejecutivos se ufanan de su sabor popular y lo invocan incluso para amedrentar los jueces e insinuarles de qué manera deben producir sus fallos, so pena de acudir al pueblo, para recortar sus funciones⁴. Se invoca al pueblo para ufanarse de un poder con legitimación de mejor categoría y linaje que el del juez. Pero, por otro lado, el papel del juez como vocero de la ley se revienta, ya la ley no tiene la presunción de sabiduría, pues es producto de no muy bien integrados congresos, en los cuales predomina el entorno político y el interés que de él emana, por encima del bien público. Ya lo sabio, racional y justo es la Constitución y en ese altar deben officiar todos los jueces, la cual

1 Fernández, Plácido y Viagas Bartolomé. Ob. cit., p. 3.

2 Fernández, Plácido y Viagas Bartolomé. Ob. cit., p. 3.

3 Hernández Martín, Valeriano. *Independencia del Juez y desorganización*. Madrid: Civitas, 1991, p. 98.

4 En países como Bolivia, el poder ejecutivo, para cambiar la composición de la Corte Suprema de Justicia, acudió al expediente de rebajar considerablemente los sueldos, para obligarlos a dejar sus cargos.

está cargada de principios, más que de normas y le corresponde al juez interpretarlos y medir su alcance.

Sobre este tema bien llega una cita del profesor de Derecho Público de Heidelberg, Ernest Forsthoff⁵, que advierte: *“hoy en día es el propio juez quien decide, apoyándose en el Derecho, sobre cuándo está él mismo sujeto a la ley y cuándo deja de estarlo. Y no es esto lo más grave, al fin y al cabo el problema de las fuentes a utilizar por el juez constituye una cuestión técnica cuya resolución, sea la que fuere, podrá ser admisible siempre que se haga con rigor y con los instrumentos de racionamiento del propio sistema. En nuestra opinión, el problema se planteará en su estricta gravedad cuando los criterios de derecho sean sustituidos por la pura y simple irracionalidad y la búsqueda del espectáculo, lo que ha dejado de ser demasiado extraño”*. Son los tiempos del neoconstitucionalismo, diríamos nosotros.

¿Qué se espera con la independencia del juez? Lo primero es advertir que se trata de una expectativa de la sociedad, un derecho de los sujetos habitantes de un territorio, para que aquellas personas investidas del poder jurisdiccional, encargadas de dirimir las controversias que surjan entre ellos, lo hagan atendiendo nada más que a su inteligencia sobre el caso y sujetos a la ley que los gobierna, es decir, con imparcialidad. Desde esa óptica, la independencia del juez hace parte de la garantía fundamental de los ciudadanos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. La legitimidad de un sistema de justicia, puede perfectamente evaluarse por la capacidad de ser imparcial, de ser autónomo, de no ser susceptible a presiones de ninguna clase. Pero no se trata de una conducta esperada de quienes fungen como jueces solamente; el mismo diseño del sistema debe ser permeable a la imparcialidad. La forma de designar los jueces, dando posibilidad de intervención a los políticos, puede atentar contra dicha imparcialidad. El diseño de gobierno de la rama jurisdiccional también puede afirmar o contrariar dicha independencia. La posibilidad de que jueces de origen político intervengan en decisiones de otros jueces que no tienen esa procedencia, pone en el filo de la navaja la independencia del sistema.

A pesar de los cambios actuales en la concepción de la ley, sigue pesando como criterio definitivo para darnos una idea de cómo debe entenderse la independencia judicial, precisamente el sometimiento del juez al derecho para la toma de cualquier decisión que le compete. A propósito, observa un profesor de la universidad de Navarra que *“Esta independencia, como se ha dicho, consiste en la ausencia de vínculos de dependencia o, lo que es igual, en la absoluta soberanía que tiene cada órgano jurisdiccional en el ejercicio de su oficio de aplicación del Derecho. Al ejercer la jurisdicción, los órganos jurisdiccionales únicamente están sometidos al derecho”*⁶.

5 Bachoff, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Taurus, 1963, p. 16.

6 Muerza Esparza, Julio J. *Independencia judicial y dependencia jerárquica*. Actualidad jurídica Aranzadi, 656. Pamplona: Ed. Aranzadi. 2005. Westlaw.es.

Desde 1985, las Naciones Unidas, en el séptimo congreso, sancionaron Los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura⁷ y constituyen el primer ordenamiento jurídico internacional en el que se formulan estándares de comportamiento ético para jueces. El documento contiene los principios para la promoción y aseguramiento de la independencia judicial, dirigidos a los estados miembros de las Naciones Unidas. De estas formulaciones merecen destacarse los siguientes principios:

- 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.
- 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.
- 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.
- El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.
- Cada Estado miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.

Compete a toda la sociedad y al Estado mismo garantizar la independencia de sus jueces a fin de que puedan cumplir su labor. Pero no solo en los textos, sino también en la actitud de los gobiernos para crear confianza colectiva en los jueces. Al fin y al cabo la imparcialidad de los jueces descansa en la confianza que la sociedad tenga sobre la libertad que tienen para producir sus fallos. La confianza es una actitud psicológica de la población, que se consigue y se defiende con el respeto de los demás poderes públicos, que se encuentran institucionalmente obligados a respaldarla. Si los titulares de los demás poderes públicos se convierten en críticos de la actividad de los jueces e invitan a desconocerla, estarían nada más y nada menos que creando un ambiente de desinstitucionalización nocivo para la democracia.

Se pueden señalar muchos aspectos de donde se mide la garantía de dicha independencia en el actual momento, observemos algunos de ellos:

7 Sancionados en el Congreso sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, ratificado por la Asamblea General en septiembre de 1985.

Si los titulares de los demás poderes públicos se convierten en críticos de la actividad de los jueces e invitan a desconocerla, estarían nada más y nada menos que creando un ambiente de desinstitucionalización nocivo para la democracia.



- Con relación a los demás poderes públicos. Independencia institucional de poder a poder, en materia jurisdiccional, de manera tal que a la decisión del juez no puedan influirla desde otros poderes, que no lo atemoricen, ni pretendan congraciarse con ellos, ni permita que se le impartan instrucciones.

No es extraño a nuestro entorno que se presenten incursiones del ejecutivo que pongan en entredicho la independencia de los jueces. Se amenaza a la independencia judicial cuando, como lo advirtió en su momento el ex presidente de la Corporación Francisco Javier Ricaurte Gómez, desde el Poder Ejecutivo se califica la labor de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, con comentarios en los que se *“nos tilda de prevaricadores, de golpistas, de tener un ‘sesgo ideológico’, de comparar nuestras decisiones con ‘pescas milagrosas’ y de señalarlos de ‘cohonestadores del terrorismo’ y de calificar nuestras actuaciones como el ‘coletazo agónico del terrorismo’”* (revista Corte Suprema, ed. 25, p. 6).

Pero los calificativos no se atenúan, por el contrario crecen en calibre y atropello. Lo último que se nos tilda es de ser *“sepulcros blanqueados”*, que según la previsión bíblica en San Mateo, son aquellos que por fuera parecen bonitos pero por dentro están llenos de huesos de muertos y de toda inmundicia. Qué puede pensarse de una democracia donde uno de los poderes públicos se refiere con tal metáfora respecto a quienes representan la dignidad de la justicia, para no entrar en otras calificaciones que constituyen un verdadero desafuero de los deberes de los funcionarios públicos y el respeto, si no por las personas, sí por la dignidad que ellas representan, que no es otra distinta a la misma dignidad de la nación colombiana.

La Corte Suprema, en el entendimiento de sus competencias constitucionales, estudia la terna para la elección de Fiscal General de la Nación y llega a decisiones que, por supuesto, pueden ser controvertidas; pero de allí a tildarla de estar atentando contra la institucionalidad, no puede aceptarse de ningún vocero gubernamental y menos de aquel que, se supone, debe ser el enlace para el entendimiento con otro poder público.

- Con relación a los grupos de presión. Los grandes grupos delincuenciales han actuado en Colombia socavando la independencia judicial. Se cumplen 24 años de la toma del Palacio de Justicia por el M-19 y la brutal arremetida de la Fuerza Pública para su desalojo, que condujo a la muerte de 11 magistrados y de un centenar de personas, a la destrucción del edificio; tanta reacción brutal en aras de *“salvar las instituciones”*. Actualmente se amenaza a los jueces y magistrados, contra su vida y las de sus familias, se les persigue, les envían sufragios, se obstruye su desplazamiento, se sabotean sus vehículos, se amedrenta a sus hijos, etc.
- Con relación a los medios de comunicación. Algunos medios de comunicación exageran en su deber de dar información y descalifican en sus editoriales la labor que cumplen los jueces, se tildan de mediáticas sus posiciones. Nosotros guardamos silencio; como nadie, al juez respeta la libertad de expresión, así se le injurie o se le calumnie. Preferimos una opinión desahogada, a una prensa con mordaza.
- Con relación a la misma Rama. Se trata del examen de la independencia desde la perspectiva interna. Es la independencia frente al interior del propio cuerpo judicial y de la administración o gobierno del Poder Judicial.

Se ha dicho que los jueces encargados del control constitucional deben tener una visión de Estado, que supere la de los simples burócratas judiciales. De allí podría imponerse que un Tribunal Constitucional encargado del control constitucional directo, fuera electo por el Congreso y respondiera a una génesis política indiscutible, con una composición que refleje el pluralismo de la vida social y política. Pero de allí, pasar a admitir que sea el idóneo, bajo el pretexto de defender la garantía fundamental del debido proceso, para producir la decisión de cierre en las causas de la justicia ordinaria, es un verdadero exabrupto.

La tutela contra providencias judiciales es actualmente la vía que encontró la clase política y otros grupos de interés, para penetrar en las decisiones de la justicia, aprovechando la permeabilidad de los tribunales ávidos de tutela, a los contactos y la composición política.

La tutela contra providencias judiciales es actualmente la vía que encontró la clase política y otros grupos de interés, para penetrar en las decisiones de la justicia, aprovechando la permeabilidad de los tribunales ávidos de tutela, a los contactos y la composición política.



La función que por antonomasia correspondía a la jurisdicción ordinaria y contenciosa viene cada vez en caída, por la incursión de otros poderes públicos.

A la pregunta de si debe haber tutela contra decisiones judiciales, la misma Corte Constitucional dio una respuesta negativa en sus iniciales providencias. Pero si hoy en día, por el fulgor popular que se le ha dado al tema por el juez político, es necesario mantener la tutela contra sentencias, su decisión final no puede salir de la rama, de la jurisdicción ordinaria, so pena de minar el principio de autonomía judicial.

Resulta paradójico, que en un momento de la historia, donde los jueces aparecen con un mayor poder frente a las otras ramas del poder público, se presente entre ellos el mayor desconocimiento a la independencia judicial so pretexto de garantizar la defensa de los derechos fundamentales, como si ese no fuese precisamente el papel de todos los jueces sin distingo alguno.

- Con relación al tema presupuestario. La Rama debe disponer de recursos adecuados para su correcto funcionamiento. Con el 1.2% de participación en el presupuesto nacional, poco podemos hacer porque exista un verdadero acceso a la justicia.
- Para la elección de jueces y magistrados debe haber mecanismos donde no interfiera lo político.

Recientemente vimos la elección de magistrados del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, por el Congreso de la República, en un procedimiento lamentable, desde la integración de ternas por factores políticos, hasta su designación repartida entre los partidos que componen la coalición de gobierno. Si el equilibrio de pesos y contrapesos entre el Ejecutivo y el Legislativo es cosa del pasado debido a las coaliciones políticas, la situación empeora en el momento en que a ese contubernio le introducen un Tribunal, así sea el disciplinario.

Y resulta que estos jueces luego van a pretender revisar vía tutela, las decisiones de la justicia ordinaria. Es nada más y nada menos que introducir la actividad política en la decisión judicial.

Señalaba Chesterton que *“la única manera de enfocar un mal social consiste en fijar enseguida un ideal social”*. Así que estas divagaciones, seguramente limitadas, las presentamos con toda la fuerza y entusiasmo que otorga el saber que el ideal perseguido, la justicia, es lo importante, tanto que Aristóteles lo vio más maravilloso que *“la estrella de la tarde y que el lucero del alba”*. Empeñémonos con firmeza y humildad para que quien nos observe en nuestra tarea pueda decir, como Tocqueville, que en Colombia *“el juez es una de las primeras fuerzas políticas. Pero una energía no para callar a los otros poderes, ni para ocupar espacios que no le corresponden, sino para procurar que la justicia se instale entre nosotros”*.