

Noviembre de 2014

TEMAS PROCESALES

29

En la revista “TEMAS PROCESALES”, el lector encontrará temáticas relacionadas con el estudio del derecho procesal actual y el análisis de jurisprudencia. El texto es fruto del esfuerzo realizado por un grupo de trabajo en el cual participan representantes de diferentes universidades de la ciudad, que han unido esfuerzos con el aval de la maestra Beatriz Quintero de Prieto, para dar continuidad a tan importante proyecto académico y que orgullosamente se presenta a toda la comunidad académica e investigativa que se preocupa por indagar en discusiones de actualidad en el derecho procesal.

ISSN 0120-8519



LIBRERÍA JURÍDICA
SANCHEZ R. LTDA.

Noviembre de 2014

TEMAS PROCESALES

Coordinadora académica y compiladora:
Diana María Ramírez Carvajal

NOVIEMBRE 2014
© TEMAS PROCESALES
AÑO 2014

ISSN: 0120-8519

Editor: Lilibiana Damaris Pabón Giraldo

Contacto: Diana María Ramírez Carvajal Dramirez@Udem.Edu.Co. Teléfono 3405206 o

Lilibiana Damaris Pabón Giraldo Ldpabon@Udem.Edu.Co. Teléfono 3405206

Coordinadora Académica: Lilibiana Damaris Pabón Giraldo



**LIBRERIA JURIDICA
SANCHEZ R. LTDA.**

Calle 46 N° 43-43

PBX: 444 44 98

Código postal: 50016

Medellín - Colombia

E-mail: lijursanchez@une.net.co

Web: www.lijursanchez.com.co

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este texto, por cualquier proceso reprográfico o por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo, sin la previa autorización por escrito de los titulares del copyright.

CONTENIDO

PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA.....	11
Michele Taruffo	
Introducción.....	12
1. Precedente o jurisprudencia.....	14
2. La fuerza del precedente	19
3. La dirección del precedente	22
4. Precedente y ejemplo	26
5. Precedente y nomofilia.....	28
LA POSICIÓN DEL JUEZ EN LOS PROCESOS COLECTIVOS	35
Lorenzo M. Bujosa Vadell	
Introducción.....	35
1. El juez en los procesos colectivos: Particularidades orgánicas	39
2. La vigencia mitigada del principio Dispositivo en los procesos colectivos.....	44
2.1. En el inicio de los procesos y en la conformación de su objeto.....	48
2.2 En los actos de disposición	55
2.3 En la anticipación de la tutela	57
2.4 En la ejecución colectiva e individual	61
3. La discutida vigencia de los principios de aportación de parte y de investigación oficial: reflejo en los procesos colectivos	64
3.1 En la actividad probatoria	67
3.2 En el control de los presupuestos procesales	74
4. El juez y el derecho en los procesos colectivos.....	80
UN NUEVO PROCESO PARA CONFLICTOS DE INTERÉS	
PÚBLICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA	105
Francisco Verbic	

Introducción.....	105
1. Conflictos de interés público y cambio de estructura procesal	108
2. Marco de actuación constitucional y límites del poder judicial en la república argentina	112
3. El contexto constitucional y legal argentino en materia de tutela colectiva de derechos	115
4. Implicancias del corrimiento del ámbito de discusión sobre conflictos de interés público	118
5. Instrumentos implementados por la CSJN a nivel regulatorio y jurisprudencial	121
6. Cierre	126
ESTATUTO DEL IMPUTADO: UNA PROBLEMÁTICA FUNDAMENTAL	149
Andrés Felipe Arango Giraldo	
1. Los diferentes nombres que ha recibido el procesado y la connotación procesal de los mismos	151
2. El derecho a la defensa y su activación en la actual sistemática.....	157
3. Facultades de quien no es imputado y del imputado	160
4. La defensa técnica y material	169
4.1 Naturaleza Procesal del abogado defensor	169
4.2 La renuncia al defensor técnico	172
Conclusiones.....	179
LA FINALIDAD DEL PROCESO.....	189
Iván Alfonso Cordero Gutiérrez	
Introducción.....	192
1. El proceso jurisdiccional como una necesidad de legitimación para el logro del cumplimiento de sus fines como estado social de derecho	193
1.1 Los equivalentes jurisdiccionales como amenaza directa al proceso jurisdiccional	194
1.2 El compromiso del Estado y de sus operadores jurídicos frente al Estado Social de Derecho.....	197
Conclusiones.....	199
Bibliografía.....	200

SOFTWARE MALICIOSO Y SU LEGALIDAD FRENTE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	207
Ana María Mesa Elneser	
Introducción.....	209
1. Definición de software.....	212
1.1 Desde La Informática	212
1.2 Legal.....	212
1.2.1 Desde el tratado de la OMPI: Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996	212
1.2.2 Desde el Acuerdo de Cartagena 351 de 1993	213
1.2.3 Inclusión en la Ley 23 de 1982.....	213
1.2.4 En el decreto 1360 de 1989	214
2. Quién crea el software	215
2.1 Programador Profesional.....	215
2.2. Programador como «ciberdelincuente».....	216
3. Software categorizado como medio de ataque informático	216
4. Usos frecuentes del software malicioso	218
5. La categoría de software malicioso desde la ley 1273 de 2009	218
6. Dirección nacional de derechos de autor DNDA	220
7. Mirada holística frente a la normatividad más relevante con efectos jurídicos en colombia	221
7.1 Frente la normatividad internacional (tratados de la OMPI y UNASUR).....	222
7.2 Frente la normatividad nacional (Ley 23 de 1982, Decreto 1360 de 1989, Ley 44 de 1993, Ley 603 de 200013 y Ley 1450 de 201114).	222
7.3 Frente la normatividad nacional penal (Ley 1273 de 2009 y ley 599 de 2000 código penal Art. 270 a 272).	222
Conclusiones.....	223
Bibliografía.....	226
 INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL -LEY 906 DE 2004-	 231
María Verónica Correa Orozco José Albeiro Trujillo Giraldo Carlos Alberto Zárate Yepes	

Introducción.....	231
1. Antecedentes, evolución legal y Jurisprudencial de la intervención de la víctima en el proceso penal	234
2. Metodología para la construcción de la línea	241
Bibliografía.....	290
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD vs. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.....	
	297
Jhon Fredy Cardona Acevedo	
Olimpo Castaño Quintero	
Introducción.....	297
1. Análisis de las sentencias importantes seleccionadas.....	300
1.1 Sentencias de la Corte Constitucional.....	300
1.2 Sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal	323
2. Los derechos de las víctimas dentro del proceso penal.	327
Conclusiones.....	329
Bibliografía.....	331
MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y SU INAPLICACIÓN POR LOS JUECES CIVILES MUNICIPALES, CIVILES DEL CIRCUITO Y ADMINISTRATIVOS DE ORALIDAD DE MEDELLÍN, EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS.....	
	335
Camilo Andrés Garzón Correa	
Marta Nelly García Zapata	
Introducción.....	337
1. Origen de las medidas cautelares en nuestra legislación.....	339
2. ¿Por qué innominadas?	344
3. Regulación de las medidas cautelares innominadas en Colombia.....	347
3.1 Consagración normativa	347
3.2 Jurisprudencia de las altas cortes sobre las medidas atípicas	361
3.3 Aplicación por la Superintendencia de Sociedades.....	363

4 Resultado de rastreo en los Jueces Civiles Municipales, Civiles del Circuito y Administrativos de Medellín..... 366

5 Análisis desde el derecho venezolano Venezolano 367

Conclusiones..... 368

Bibliografía..... 369

DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO

Análisis de la sentencia T-429 de 2011 373

Jhon Fredy Cardona Acevedo

PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA

Michele Taruffo*

Traducción: Diana Ramírez**

Sumario: I. Introducción. II. Precedente o jurisprudencia. III. La fuerza del precedente. IV. La dirección del precedente. V. Precedente y ejemplo. VI. Precedente y nomofilia.

* Profesor ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Pavia, Italia.

** Docente investigadora de la Universidad de Medellín, Colombia.

INTRODUCCIÓN

Está subrayada, sobre todo, la gran importancia que el uso del precedente y de la jurisprudencia reviste en la vida del derecho de todos los ordenamientos modernos. Investigaciones realizadas en varios sistemas jurídicos¹ han demostrado que la referencia al precedente no es más una característica peculiar de los ordenamientos del common law (derecho común), estando ahora también presente en casi todos los sistemas del civil law (derecho civil). En efecto, la distinción tradicional según la cual los primeros estarían fundados sobre el precedente, mientras los segundos estarían fundados sobre leyes escritas, ya no tiene más valor descriptivo —admitiendo que lo haya tenido en el pasado—. Por un lado, en los sistemas del common law se hace amplia referencia a la jurisprudencia, mientras que en los sistemas de ley civil se hace amplio uso de la ley escrita, y ambas están en realidad “codificadas” al interior de las áreas de estos ordenamientos, desde el derecho comercial al derecho procesal. La importancia del fenómeno que estamos considerando parece evidente, sobre todo desde dos dimensiones, atendiendo a la expansión en todos los ordenamientos jurídicos modernos: en la dimensión teórica y en la dimensión práctica.

La dimensión teórica atiende a la circunstancia de que el recurso del precedente caracteriza de manera peculiar la estructura de la argumentación jurídica, en orden a la interpretación de la regla de derecho y a su justificación, bien sea cuando el precedente viene reclamado en términos del análisis doctrinal, o cuando se hace importante en el ámbito de la interpretación judicial del derecho. Sin afrontar aquí el problema de si la jurisprudencia es o no fuente de derecho, es cierto que ella es un factor esencial y decisivo en cuanto a la interpretación y a la aplicación

del derecho. Este factor condiciona la estructura de la argumentación jurídica en cuanto ésta viene a tener, no una estructura silogística —deductiva—, ni una estructura dogmática-sistemática, sino una estructura tópica, propia, en el sentido explicado por Viehweg, en *Topik und Jurisprudenz*² (Temas de la jurisprudencia). Los precedentes representan, en efecto, los temas que orientan la interpretación de la norma en la compleja fase dialéctica de la *Rechtsfindung* (aplicación de la ley), y que dan soporte a la interpretación adoptada como válida en el ámbito de la argumentación justificativa (en la motivación de la sentencia, por ejemplo).

Tiene un aspecto ulterior, menos evidente, por fuerza, aunque no menos relevante, por el cual la referencia al precedente influye sobre la estructura de la argumentación jurídica. Eso se atiene a la circunstancia de por qué el precedente es siempre una decisión relativa a un caso particular. Ocurre que el significado de la regla jurídica, usada como criterio de decisión, viene “concretizado” para inferirlo en la solución del caso particular: el precedente no se comprende si la interpretación de la norma que ha estado aplicada no viene conectada directamente con el tipo legal concreto que se ha decidido. Por un lado, la correlación entre el precedente y una norma general que se intenta interpretar implica, por supuesto, que la norma sea leída a la luz de su actual y eventual aplicación a casos concretos. Por otro lado, y se trata por fuerza del perfil más relevante, la decisión que reza sobre el caso precedente puede explicar efectos, en algún modo prescritos o normativos, sobre la decisión del caso sucesivo, solamente a condición de que, desde el precedente específico, pueda derivarse una regla aplicable también a otros casos; es decir —para hacerlo con MacCormick³—, a condición de que la decisión formulada en derecho sobre el caso precedente sea universalizable.

La importancia práctica del fenómeno que estamos considerando aquí no tiene necesidad de largos comentarios, dado que está ante los ojos de todos: la búsqueda del uso del precedente jurisprudencial es, además, la materia del trabajo cotidiano del jurista práctico, cuyo empeño es volver fácil, excesivamente fácil, el impacto del análisis crítico, desde los medios informáticos y desde las bases de datos. De otra parte, es la jurisprudencia la que constituye el contenido efectivo del derecho vivo, el cual representa, en muchos casos, el solo derecho del que disponemos, por ejemplo, cuando el juez crea derecho supliendo lagunas existentes, o el verdadero derecho de que disponemos cuando los jueces lo crean interpretando cláusulas generales o cualquier otro tipo de norma⁴.

1. PRECEDENTE O JURISPRUDENCIA

En las primeras partes del discurso he usado, deliberadamente y por simplicidad, los términos “precedente” y “jurisprudencia” como si fueran sinónimos. Las cosas, sin embargo, no son verdaderamente así, aunque se utilicen en este sentido en el lenguaje común y corriente, en el cual los significados de los dos términos son usados indistintamente. Sostengo, por el contrario, que entre precedente y jurisprudencia hay una clara distinción, de la cual trataré de clarificar algunos aspectos.

La primera es una distinción de carácter cuantitativo, por así decirlo. Cuando se habla de precedente se hace solamente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de jurisprudencia se hace referencia a una pluralidad, a menudo bastante gruesa, de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos. La diferencia no es sólo de tipo semántico. El hecho es que en

los sistemas que se fundamentan tradicional y típicamente en el precedente, por lo general la decisión que se asume ser éste es una sola; es más, pocas decisiones sucesivas son citadas como sustento del precedente. De esta manera, es fácil identificar cual decisión verdaderamente “hace precedente”. Contrariamente, en los sistemas como el nuestro se hace referencia a la jurisprudencia, extrañamente, como referencia a muchas decisiones: algunas veces se trata de docenas de ellas o las que hay son de creación centenaria. También se debe tener en cuenta que no todas vienen expresamente citadas. Esto implica varias consecuencias, entre ellas la dificultad —a menudo difícilmente superable— de establecer cuál es la decisión que verdaderamente es relevante (si hay una), o puede también decidirse cuántas decisiones deberían serlo, porque se puede decir que existe una jurisprudencia relativa a una determinada interpretación de una norma.

De otro lado, como a menudo acontece, la cantidad condiciona la calidad, lo que lleva precisamente a individualizar una diferencia cualitativa entre precedente y jurisprudencia.

El precedente es, precisamente, una regla (universalizable, como ya se ha dicho) que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o —como por lo general sucede— por la analogía entre los hechos del primer caso y los del segundo caso. Naturalmente, la analogía de las dos situaciones concretas no requiere una fecha *in re ipsa* y viene afirmada o excluida por el juez del caso posterior, según si considera prevalecientes los elementos de identidad o los de diferencia entre los hechos de los dos casos, y, por lo tanto, el juez del caso posterior es quien define o establece si existe o no existe el precedente, y, por consiguiente —se

puede decir—, “crea” el precedente. Además de este perfil —sobre el cual volveré luego—, es claro que la estructura fundamental del razonamiento que trae y aplica el precedente al caso posterior está fundada en el análisis de los hechos. Si este análisis justifica la aplicación, en el segundo caso, de la ratio decidendi aplicada en el primer caso, el precedente será eficaz y puede determinar la decisión del segundo caso. Cabe señalar que, cuando se verifican estas condiciones, un sólo precedente será suficiente para fundamentar la decisión del caso “posterior”.

El uso de la jurisprudencia tiene pues características muy diversas. En primer lugar, falta el análisis comparativo de los hechos, al menos en la gran mayoría de los casos. Aquí el problema depende de aquello que en realidad “constituye” la jurisprudencia: se trata, como se puede notar, sobre todo de las máximas elaboradas especialmente en las oficinas de la Corte de Casación. La característica más importante de las máximas es que se trata de enunciaciones, concentradas en una o en pocas frases, que tienen por objeto de estudio las “reglas jurídicas”. Estas reglas, generalmente, tienen un contenido muy específico respecto al detalle textual de la norma de la cual constituyen una interpretación, pero son siempre formuladas como reglas, es decir, como enunciaciones generales de contenido preceptivo. No por azar, las colecciones de jurisprudencia asimilan más al detalle las codificaciones que aquellas que representan los códigos verdaderos, pero siempre son “colecciones de normas”. El discurso sobre las máximas, sobre su posibilidad de utilización y sobre su confianza, podría ser muy largo⁵. Aquí vale la pena observar que, en cuanto a lo que yo conozco, un oficio como aquel del recolector de máximas (reglas) existe sólo en Italia, y que, en cuanto a los sistemas en los cuales se aplican las reglas del precedente, no conozco nada similar a

las máximas italianas: en aquellos ordenamientos, en efecto, el precedente está constituido desde la sentencia completa, no por más o menos extractos sintéticos tomados de la motivación del derecho. Aquí, entonces, tenemos una primera diferencia muy relevante: los textos regla que constituyen nuestra jurisprudencia no incluyen los hechos que son objeto de la decisión, así que la aplicación de la regla formulada en una decisión precedente no se fundamenta en la analogía de los hechos, sino en la subsunción del caso posterior en una regla general.

Este *modus operandi* está profundamente enraizado en nuestros hábitos; los hechos ni siquiera importan cuando se dispone de la sentencia entera y no solo de la máxima o del “resuelve”. En efecto, si el texto es publicado en una revista, solamente los hechos del caso están cubiertos por la omisión. Si, en cambio, se dispone del texto integral pero se trata de una sentencia de la Corte de Casación, entonces los hechos del caso o son expuestos en modo sintético en la parte “narrativa” de la sentencia, o no aparecen todos. Sin embargo, las sentencias de casación se estudian para descubrir dónde está y cuál es el principio de derecho, porque lo que se busca es la regla de derecho resumen —regula juris— para aplicar al caso sucesivo, no la individualización del caso concreto regulado que es objeto de la decisión. Se podrá decir que esto depende también de la función institucional que la Corte de Casación desarrolla en nuestro sistema como conjunto de jueces de la legitimidad, pero sin embargo no se olvida que la Corte está llamada siempre más a menudo a decidir sobre el mérito, o sea, también sobre los hechos del caso singular, y a continuación —al menos en esta hipótesis— se ocupa también de los hechos si no puede acertarlos “*ex novo*”⁶.

Como se ha explicado, la jurisprudencia está formada por un conjunto de sentencias, o mejor,

por un conjunto de subconjuntos o de grupos de sentencias, cada uno de los cuales puede incluir una elevada cantidad de decisiones. En esta dirección, no se puede no aludir a un fenómeno gravemente patológico, que representa uno de los mayores factores de crisis de nuestro sistema jurisdiccional: se trata de un número anormal de sentencias que la Corte de Casación pronuncia cada año, y que no es parangonable a cuanto sucede en la mayor parte de las otras cortes supremas. No es del caso analizar aquí las causas de esta degeneración gravísima, y tampoco los posibles remedios, sobre los cuales existe una amplia literatura.⁷ Sin embargo, vale la pena señalar algunos de los efectos que se derivan.

Por un lado, en este aluvión incontrolado de decisiones, ocurre que vienen pronunciados cada año, sobre la misma cuestión o sobre la misma norma, decenas o centenas de sentencias, de manera que la jurisprudencia sobre muchos temas encuentra miles de decisiones, si solo se consideran pocos años de referencia. La consulta de los repertorios, o de los datos tomados desde los centros de consulta de la Corte de Casación, ofrece pruebas elocuentes de esto.

Por otro lado, el número incontrolado de decisiones favorece una posterior degeneración; o sea, la frecuente verificación de incoherencias y, a menudo, de evidentes contradicciones y de repentinos mudamientos de direcciones, en el ámbito de la misma jurisprudencia de Casación. Se trata, por desgracia, de fenómenos muy visibles y frecuentes⁸, sobre los cuales no podemos profundizar en este escrito. Por cuanto aquí interesa, estos llevan a hacer que el uso de la jurisprudencia sea, a menudo, una empresa complicada, difícil y riesgosa. De un lado, verdaderamente, no se sabe casi nunca si se ha llegado a conocer toda la jurisprudencia relevante sobre una

determinada cuestión. De otro lado, a menos que se descubra que la jurisprudencia es incoherente y contradictoria, se tratará entonces de establecer si es o no es una jurisprudencia conforme, si es una jurisprudencia prevalente, si la jurisprudencia es incierta o si, incluso, se trata de una situación de caos jurisprudencial.

Estos problemas no existen, o surgen solamente en poquísimos casos "límite", en los ordenamientos que están verdaderamente fundados en el uso del precedente. Para explicar esta diferencia basta un dato: actualmente, la House of Lords (en Inglaterra) pronuncia, en promedio, menos de cien sentencias al año; mientras la Corte Suprema de los Estados Unidos, que es también juez de constitucionalidad, pronuncia menos de 200. La Corte de Casación italiana pronuncia, medianamente, cerca de 50.000 sentencias al año.

2. LA FUERZA DEL PRECEDENTE

Volviendo al tema del precedente, se encuentran dos ordenamientos de consideración que merecen ser aquí señalados. La primera consideración guarda la determinación de eso que se toma como precedente en sentido propio, o sea, aquella parte de la sentencia a la cual se hace referencia para derivar la regla de juicio para el caso sucesivo. A este propósito, la doctrina del precedente distingue entre *ratio decidendi*, o sea, la regla de derecho que se ha puesto como fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso, y *obiter dictum*, o sea, todas aquellas afirmaciones y argumentaciones que están contenidas en la motivación de la sentencia pero que, pudiendo ser útiles para la comprensión de la decisión y de sus motivaciones, no constituyen

parte integrante del fundamento jurídico de la decisión⁹. Esta distinción puede ser difícil de trazar en la práctica, pero es fundamental por cuanto hace entender cómo solamente por medio de la referencia directa a los hechos de la causa se puede determinar cuál es la razón jurídica efectiva de la decisión; es decir, la *ratio che* solamente puede tener eficacia como precedente. Los *obiter dicta* no tienen ninguna eficacia, y no pueden ser invocados como precedentes en la decisión de casos sucesivos, propiamente, por cuanto no han condicionado la decisión del caso anterior. Esta distinción no es ignorada en el ámbito de la jurisprudencia italiana, pero no es aplicada con el necesario rigor: no rara vez las máximas contienen *obiter dicta*.

En cuanto fórmula, la máxima a menudo se extrae desde el texto de la sentencia como cualquier enunciación jurídica, sin verificarse si esa es la base efectiva de la decisión. En la práctica judicial se comporta no rara vez en el mismo modo, reclamando cualquier parte de la sentencia que parece útil invocar como precedente. En tal modo, deviene del todo incierto qué cosa sea esto que se utiliza para reforzar la justificación de la decisión sucesiva, si es que también el *obiter dictum* puede —bien indebidamente— “hacer precedente”.¹⁰

La segunda consideración atiende a la eficacia del precedente. Se observa, a propósito, que la tradicional y corriente distinción entre el precedente vinculante, que sería típico de los ordenamientos del *common law*, y el precedente persuasivo, o de hecho, que sería típico de los ordenamientos del *civil law*, está siendo desatendida. En efecto, parece más apropiado hablar de fuerza del precedente para indicar el grado o la intensidad con que puede llegar a influir sobre las decisiones sucesivas.¹¹

De un lado, no es apropiado decir que el precedente del common law es vinculante, en el sentido en que se deriva de una verdadera obligación para el segundo juez de atenerse al precedente. Se nota que también en el sistema inglés, que parece ser aquel en donde el precedente está dotado de mayor eficacia, los jueces usan numerosas y sofisticadas técnicas argumentativas, entre las cuales se encuentran la del distinguishing (distintinción) y la de la overruling (invalidación, rechazo), con la finalidad de no considerarse vinculados al precedente que no intentan seguir.¹² Permanece cierto, en todo caso, que en aquel ordenamiento el precedente está dotado de fuerza notable, en cuanto se espera que el juez sucesivo lo siga en línea directa —como, en efecto, ocurre permanentemente—, pero esta fuerza es siempre defendible, porque el segundo juez puede desatender el precedente cuando considere oportuno hacerlo, con el fin de formular una solución más justa para el caso que debe decidir.¹³ En el sistema estadounidense, la fuerza del precedente existe, pero en menor grado: los jueces estadounidenses aplican los precedentes con gran discrecionalidad; es decir, por dar un ejemplo, cuando no encuentran razones suficientes para no hacerlo. El stare decisis existe, siempre y cuando los jueces expliquen por qué no intentan seguir el precedente: es todavía claro que el precedente tiene eficacia sólo cuando el segundo juez lo convalida. En caso contrario, el precedente viene invalidado.¹⁴

En los ordenamientos de la ley civil, el grado de fuerza que se atribuye al precedente es probablemente menor con respecto a aquel del precedente del common law, pero nada excluye que estos precedentes sean persuasivos para imponerse a los jueces sucesivos. En todo caso, se deja un espacio de posible disenso, condicionado a las indicaciones

de razones adecuadas que justifican la adopción de una regla de juicio diversa.¹⁵ Si todavía se revisan las cosas que ocurren en el ámbito de nuestra pletórica jurisprudencia, se puede descubrir fácilmente que en cada sector los precedentes ameritan verdaderamente este nombre; los grands arrêts (las grandes causas) de la corte de casación no son, ciertamente, numerosas. Esa es entonces la excepción, donde la regla es a menudo el empeño casual, confuso, desordenado, y el todo sumado a lo irracional de grupos de sentencias elegidas sin ningún criterio, más o menos numerosas, según la paciencia del oficial del despacho o, puede ser, según la rapidez de las computadoras. En una situación de este tipo se puede atribuir una cierta eficacia persuasiva a la jurisprudencia, cuando ella no sea auto-contradictoria y cuando se puedan individualizar "cadenas de precedentes" bastante uniformes. Ella se convierte en sustancia, un aproximativo cuantitativo más bien que cualitativo, porque se tiende a pensar que son más las decisiones a favor de una cierta solución; mas esta solución debería imponerse al juez sucesivo, sin considerar que, a menudo, se trata de docenas de reproducciones mecánicas de la misma máxima, y sin reflexionar que la fuerza persuasiva de cada decisión individual es inversamente proporcional al número de decisiones uniformes conformes. Como se ha dicho ya de sobra, el verdadero precedente es tendencialmente uno solo; cuando se manejan docenas o centenas de sentencias se está fuera de la lógica del precedente.¹⁶

3. LA DIRECCIÓN DEL PRECEDENTE

Un aspecto a tener presente, si se quiere entender en modo adecuado cómo funciona el precedente, es su dirección. Se quiere así indicar la relación que existe entre el órgano que ha pronunciado la decisión,

que viene asumida como precedente, y el juez del caso sucesivo. La fuerza del precedente, en verdad, no se toma en general y en modo indiferenciado, y no la confronta cualquier juez, pero depende, sobre todo, de su dirección.

El caso típico de la aplicación del precedente se da cuando su dirección es vertical, es decir, cuando el juez sucesivo, que debe decidir un caso idéntico o similar, se ubica en una escala inferior en la jerarquía judicial.¹⁷ Esto depende del hecho de que tradicionalmente la fuerza del precedente se fundamenta en la autoridad y en la credibilidad del órgano que ha emitido la decisión. Ellos, autoridad y credibilidad, a su vez se conectan con la jerarquía del órgano: cuanto más elevado es el nivel de la corte que emana el precedente, más autorizadas son sus decisiones.

Por así decirlo, la fuerza del precedente desciende desde lo alto hacia lo bajo: las verdaderas “cortes de precedente” son las cortes supremas, cuyas decisiones se imponen a todos los órganos judiciales de grado inferior; después vienen las cortes de apelación, y así van descendiendo en la escala judicial. Naturalmente, puede ocurrir que una corte suprema pronuncie una mala decisión y un juez de primer grado pronuncie una decisión excelente, pero esto es casual, y, en efecto, no ataca el fundamento de la concepción vertical del precedente.

Se habla también, todavía, de precedentes horizontales, para indicar la fuerza persuasiva que un precedente puede tener con respecto a los órganos judiciales que pertenecen al mismo nivel que aquel que ha pronunciado la primera decisión.¹⁸ El precedente horizontal puede tener, ciertamente, alguna fuerza persuasiva que, sin embargo, tiende a ser inferior

a aquel precedente llamado vertical, sea porque no puede tratarse de la corte suprema, que es única, sea porque entre órganos del mismo nivel no existe, al menos a priori, alguna diferencia de autoridad. Puede ocurrir que un órgano que no sea de vértice produzca decisiones particularmente apreciables, y entonces haya influencia sobre los otros jueces del mismo nivel; pero esto atiende a la cualidad intrínseca de la decisión más que a mecanismos parangonables del precedente mismo.

Un caso peculiar y además interesante del precedente horizontal está representado en el auto-precedente, es decir en los precedentes emanados de la misma corte que decide el caso sucesivo¹⁹. El problema puede ubicarse ante cualquier juez, pero es expuesto con un particular propósito desde las cortes supremas respecto a las cuales se solicita que estén, o debieran estar en cualquier modo, vinculadas a sus mismos precedentes. Una respuesta positiva a este respecto parece justificada, esencialmente, con base en la necesidad de que sean tratados del mismo modo por el mismo juez. Una corte que, sobre la misma cuestión, cambiase cada día de opinión, tendría bien una escasa autoridad y violaría el principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley si justificara, sin embargo y con solida razón, un grado elevado de fuerza del auto-precedente, o, incluso, un vínculo formal de la corte al seguir los propios precedentes.

Todavía hay buenas razones para que se deba admitir un apreciable grado de elasticidad en un vínculo de este género. Puede ocurrir, en efecto, que la misma corte se encuentre en la condición de tener que mutar la orientación, desviando así los propios precedentes, en varias situaciones, que van desde la obsolescencia del precedente al cambiar las condiciones históricas, económicas o sociales que influyeron sobre la decisión

del caso sucedido, hasta la eventualidad de que no pueda ser trazada dentro del precedente. No es por casualidad, propiamente, por la eventualidad de este género, que en 1966, con el famoso Practice Statement, La House of Lords comunicara que desde aquel momento no se consideraba obligada por los propios precedentes. En decenas sucesivas de sentencias se utilizó la práctica de seguir los propios precedentes, al menos en la mayor parte de los casos, pero se tomaba total precaución para tener un espacio de discrecionalidad idóneo para garantizar la posibilidad de adecuar la propia jurisprudencia al mutar la realidad.²⁰ Análogamente, la Corte Suprema de los Estados Unidos selecciona rigurosamente los casos que serán estudiados, esencialmente con base en la oportunidad de crear nuevos precedentes o de proceder mediante el rechazo de aquellos que no considera más como válidos.²¹

En realidad, como se ha señalado ya desde hace tiempo, sobre todo por Gino Gorla²², pero también por otros autores²³, el problema no depende de la circunstancia de que una corte suprema cambie de orientaciones y no siga pasivamente los propios precedentes: el problema surge cuando estas variaciones son bastante frecuentes, arbitrarias, casuales y privadas de seria justificación, como ocurre en nuestra Corte de Casación. No es extraño que por muchas partes, desde hace tiempo, se haya subrayado la necesidad de que la Corte promueva una política seria de precedentes, con la finalidad —no fácil de conseguir pero ciertamente necesaria— de introducir un grado apreciable de uniformidad y de coherencia en la propia jurisprudencia.²⁴ Al respecto se señala una torpe tentativa reciente del Legislador que, con la intención de aportar en este sentido, ha introducido en el código de procedimiento civil el artículo 374 (párrafo 3), en función del cual la sección simple que no se adecúe a la orientación de la sección plenaria no

podría decidir de manera diferente, sino que debería someter a ésta la decisión final del recurso. Es una tendencia torpe porque se trata de una obligación no sancionada²⁵, o porque la situación parece destinada a empeorar la razón de las novedades introducidas, con la pretensión de reforma de la casación, de lo cual se hará un análisis en la conclusión.

4. PRECEDENTE Y EJEMPLO

Si se individualizan las características principales del precedente y de su fuerza, o sea, de la capacidad de determinar o al menos de indicar un sentido conforme a la decisión de los casos sucesivos, entonces parece oportuno excluir de la noción de precedente aquellas decisiones que, por ser objeto de referencia en el ámbito de la argumentación jurídica, todavía no se han dotado de esta eficacia, si se puede decir que estas decisiones no representan los verdaderos y propios precedentes, sino que son simplemente usados como ejemplos. Su función, en efecto, no es indicar el criterio de decisión que debería ser seguido en el caso sucesivo, sino simplemente mostrar que la norma de la cual se trata está aplicada de un cierto modo en un cierto caso.²⁶ El ejemplo informa pero no sugiere, y tampoco impone una decisión conforme. Lo demuestra la existencia de ejemplos negativos; es decir, los casos que son indicados con el objetivo de decir que no deben ser seguidos.²⁷

Son citados sólo en función de varios ejemplos tipo de decisiones: aquellas de jueces de nivel inferior, aquellas de jueces de igual nivel, aquellas de jueces pertenecientes a jurisdicciones diferentes, y, en general, todas las decisiones a las cuales les faltan los requisitos que concurren porque se hace referencia a un precedente en sentido propio. Por decirlo así, el

ejemplo es sólo superficialmente similar al precedente, pero se diferencia en la estructura y en la función. Ocurriría la distinción, al interior de la jurisprudencia, de la situación en la que una o más decisiones sean invocadas, y, por hacerlo, generen efectos preceptivos en cuanto a la decisión de un caso sucesivo, en presencia de las condiciones necesarias, porque tales efectos pueden manifestarse desde los casos en que las decisiones a que se hace referencia sean usadas simplemente como ejemplos, estando privadas de los requisitos que definen el precedente, en sentido propio. El ejemplo puede realizar cualquier función persuasiva, y por esta razón es usado, pero no realiza una función justificativa, propiamente, y, en efecto, no tiene una eficacia condicionada o vinculante sobre la decisión del caso sucesivo.

Se debe todavía subrayar que desde hace algún tiempo ha emergido un fenómeno que no aparece en la definición del precedente y que, por lo tanto, debe entrar en la categoría del ejemplo, pero que todavía reviste grandes intereses y parece destinado a asumir una relevancia siempre mayor. Se trata de la tendencia, que se encuentra en numerosas jurisdicciones supranacionales y nacionales, sobre todo al nivel de las cortes supremas y constitucionales, a tomar en cuenta las decisiones de las cortes que no pertenecen al mismo ordenamiento. Esta tendencia es, en realidad, un aspecto de un fenómeno más amplio que se manifiesta cuando el juez hace referencia al derecho extranjero.²⁸ Es claro que cuando una corte de un estado hace referencia a las decisiones de cortes de otros estados o de cortes internacionales, se está fuera del recurso del precedente, porque no tiene ni la dirección vertical ni la dimensión horizontal del precedente. Esta corte, en efecto, no está vinculada ni uniformada con estas decisiones, por decirlo así. El ordenamiento al cual pertenece espera que sea usada como punto de

referencia. Todavía el recurso al derecho extranjero, y en particular a las decisiones pronunciadas por cortes extranjeras, se va difundiendo junto con la creciente globalización de la cultura jurídica, la cual representa un aspecto muy relevante.²⁹ En efecto, fuera de los vínculos de cualquier naturaleza, esto representa un potente instrumento de circulación transnacional y de homogenización tendencial de reglas de juicio, que se colocan, sobre todo, en el nivel de los principios generales y de las garantías fundamentales.

Tratándose solamente de ejemplos, se debe todavía reconocer que en muchos casos estos están dotados de notable fuerza persuasiva, la cual depende o de la autoridad de los órganos que pronuncian las decisiones a las que se hace referencia o, sobre todo, de compartir principios que se presentan como universales y, en efecto, se tienen como meritorios para ser aplicados superando los límites de las respectivas jurisdicciones, observando cómo se vienen interpretando en las jurisdicciones que se consideran más avanzadas, y que, por lo tanto, se asumen como fuente de inspiración.

5. PRECEDENTE Y NOMOFILIA

Para concluir, inserto las partes en los límites. Vale la pena todavía mencionar un problema de notable relevancia. En limpias páginas de la Cassazione Civile, en 1920, Piero Calamandrei subrayaba que la función de la nomofilia de la Corte de Casación habría debido desenvolverse, en conexión con la función de garantizar la uniformidad de la jurisprudencia, a través del pronunciamiento de las sentencias capaces, no sólo de asegurar la exacta interpretación del derecho, sino también de imponer esta interpretación como canon para las decisiones en los casos sucesivos.³⁰

Calamandrei proponía la idea de que la Corte de Casación, una vez unificada, fuera aquella que en términos modernos se llama “corte del precedente” y que, por tanto, desarrollara sus funciones, y en particular aquella de la nomofilaquia, a través de decisiones capaces de orientar la jurisprudencia sucesiva. Esto anticipaba entonces aquella que es hoy la función principal de las cortes supremas en muchos ordenamientos, del common law y del civil law, que es asegurar el control de la legitimidad a través de la fijación de precedentes destinados a proyectarse como puntos de referencia sobre las decisiones de los otros jueces. Con una fórmula sintética se puede hablar de la “nomofilaquia a través del precedente” para indicar que la función típica de una corte suprema es asegurar el respeto uniforme de la ley por medio de las decisiones “universalizables”, y proyectar a éstas en el futuro.

En ocasión de la reciente reforma del procedimiento de casación, el Legislador ha declarado que volverá a reforzar la función nomofiláctica de la Corte³¹, pero ha hecho una noción de nomofilaquia que no sólo no corresponde con aquella propuesta por Calamandrei, sino que además es un contraste con la modalidad —acabada de mencionar— con la que las cortes supremas de los otros ordenamientos desarrollan la misma función. Se prevé, en efecto, con varias disposiciones³², que la Corte pronuncie “principios de derecho” sobre cada cuestión estudiada por motivo de recurso, y también cuando no haya recurso de parte pero el pronunciamiento de un principio de derecho venga solicitado “en interés de la ley”. Estos “principios de derecho” deberían ser pronunciados con una frecuencia preferiblemente mucho mayor con respecto al pasado, puesto que la misma sentencia podría tener varios principios, si varios eran los motivos del recurso. Por un lado, en todo caso,

no se hace nada para alinear la Corte de Casación en el rol de una verdadera corte del precedente (lo que requeriría, por ejemplo, una drástica reducción del número de las decisiones, a través de adecuados mecanismos de filtro de los recursos). Por otro lado, se hace caso a una suerte de “nomofilaquia del caso concreto”, induciendo la Corte a pronunciarse sobre una infinidad de cuestiones, independientemente de sus intereses o de la relevancia en general³³, y, por tanto, independientemente de la “universalidad” del criterio de decisión que viene utilizándose en el caso particular. Esto que se persigue, no lleva a la indicación de reglas destinadas a ser aplicadas por los jueces sucesivos, sino a la especificación analítica de los “principios” que no son en realidad principios, siendo destinados a valer, esencialmente, para un solo caso decidido de vez en vez. Ninguna proyección sobre el futuro, aunque solamente la analítica solución de las cuestiones de derecho surte el caso singular.

De este modo, es improbable que la corte de casación pueda llegar a ser una verdadera “corte del precedente”, así alineándose con la tendencia evolutiva que caracteriza las cortes supremas de los otros ordenamientos. Es predecible que cualquier acentuación empeore la situación actual, con una Corte que pronuncia una cantidad inverosímil de “principios de derecho” en una jurisprudencia siempre más gruesa, y, por tanto, siempre menos coherente y autorizada.

Los precedentes podrían operar como las estructuras disipativas de las que se habla en las teorías de la complejidad; es decir, como momentos de formación de áreas de orden al interior del desordenado flujo del caos de la jurisprudencia.³⁴ Así, en efecto, podrían constituir importantes factores de racionalización, de uniformidad para flexibilizar, de predictibilidad y

de igualdad de trato, en la incontrolable cantidad y variedad de casos que vienen siendo decididos por las cortes. Para que esto ocurra, es necesario, todavía, que no sean ellos un elemento de desorden y de variación casual, ligada a la especificidad de los casos particulares y concretos: si se trata de precedentes en sentido propio, y siempre que estos contengan los caracteres distintivos de "rareza", autoridad y universalidad, en función de los cuales sí puedan emerger del caos indistinto de la praxis judicial.

NOTAS:

- 1 Los ensayos encontrados en *Interpreting Precedents. A comparative Study.* D. N. MacCormick and R. S. Summers, Aldershot-Brookfield USA- Singapore- Sidney, 1997, y en *6 Ragion Pratica*, 1996, pp. 7 ss.
- 2 Viehweg, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., München 1974.
- 3 MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, pp.82 ss, 134 ss, 213 ss.
- 4 A propósito, y en particular, Megoni, *Diritto vivente*, en *Dig.disc.priv.*, Sez., civ., vol VI, Torino, 1990, pp.445 ss. Cfr. También, para un amplio análisis, Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Gnesi, uso e implicazioni*, Milano, 1994.
- 5 En general, los ensayos recogidos en los volúmenes de *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1986; y en particular Sacco, *La massima mentitoria*, ivi, pp. 51 ss.
- 6 Sobre la reciente reforma del artículo 384 del código de procedimiento civil. Cfr., también por posterior indicación bibliográfica, revisar, Taruffo, "Una riforma della Cassazione civile?", in *riv. Trim. Dir. Proc. civ.*, 2006, pp. 776 ss.
- 7 También se hace referencia a Taruffo, *ibid.*, pp. 755 ss.
- 8 A propósito de este particular, Moneta, *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile. Ottocentosessantasette casi di contratti nel quinquennio 1988-1992*, Padova, 1993; *id.*, *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*, Padova, 1995.
- 9 Marshall, "What is Binding in a Precedent", en *Interpreting Precedents*, cit., p.506 ss. En el mismo argumento, también por posteriores indicaciones bibliográficas: Taruffo, "Giurisprudenza", in *Enc. Treccani delle Scienze social*", Roma 1994, vol. IV, pp. 359 ss; *id.*, "Dimensioni del precedente giudiziario", en *Riv.trim.dir.proc.civ.* 1994, vol. IV, pp. 421 ss; Schlüter, *Das Obiter Dictum. Die Grenzen hochrichterlicher Entscheidungsbegründung, drage stellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesesarbeitgerichts*, München, 1973. *Entscheidungsbegründung, drage stellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesesarbeitgerichts*, München, 1973.

- 10 Cfr. Ad es. Caselli, "Gli obiter dicta persuadono anche quando non convincono", en *Contratto e impresa* 1987, pp. 675 ss; Grippo, *Travisamento e persuasività dell'obiter dictum in due casi emblematici*, ivi, pp. 659 ss.
- 11 En particular, Peczenik, *The binding force of Precedents*, en *Interpreting Precedents*, cit., pp.461 ss; id., "Sobre los precedentes vinculantes de hecho", en *6 Ragion Pratica*, 1996, pp.35 ss.
- 12 Por referencia, Taruffo, *Op. cit.*, p. 361, y también Marshall, "Treinta y tres cosas que se pueden hacer con los precedentes", en *6 Ragion Pratica*, 1996, pp.29 ss.
- 13 Bankowski et al., "Precedent in the United Kingdom", en "Interpreting Precedents", cit., pp. 325 ss.
- 14 Summers, "Precedent in the United States". [Pie de página incompleto]
- 15 Sobre el precedente en varios ordenamientos de la ley civil, cfr. I saggi, de Alexy-Dreier, Aarnio, Eng y Bergholtz-Peczenik, en *Interpreting Statutes*, cit., pp. 17ss, 65 ss, 189 ss, 293 ss.
- 16 Naturalmente, no considera aquí las diversas formas de "abuso de la citación" de la jurisprudencia, que van de la citación de largos elencos de decisión, elegidos para el caso con el mero fin de impresionar al lector, a la omisión de decisiones contrarias, a la citación de decisiones no relevantes para el caso específico, sino a la citación de sentencias inexistentes. Estos abusos no son infrecuentes, y se fundan en la esperanza de que el juez y la contraparte no realicen la verificación. [Lo que aparece en rojo constituye un error de sintaxis. REVISAR EL ORIGINAL CON LA TRADUCTORA]
- 17 A propósito, más ampliamente, Taruffo, *Dimensioni*, cit., p.416.
- 18 Cfr. Taruffo. *Op. Cit.* P.417
- 19 Ídem.
- 20 Cfr. Antonioli Deflorian, "Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese", in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, I, pp. 157 ss.
- 21 Sobre el modo en que la corte suprema "gobierna" el propio precedente, cfr. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999.
- 22 Cfr. Gorla, "Precedente giudiziale", en *Enc. Giur. Treccani*, Roma 1990, vol.XXIII, pp. 4, 6, 8 ss.
- 23 Cfr. Taruffo, *Giurisprudenza*, cit., p. 363, también para otras referencias posteriores.
- 24 V. Taruffo, *ibid.* En los últimos tiempos se han verificado apreciables tendencias a racionalizar la publicación de las decisiones de la Corte, con el objetivo de indicar las sentencias que, según la Corte misma, ameritan ser usadas como precedentes. Se trata de una tendencia interesante, que demuestra cómo también, al interior, la corte se ha sensibilizado ante la problemática de los precedentes, en el mismo sentido. Ella existe, pero es dificultosa por el número excesivo de decisiones que la Corte está obligada a pronunciar.
- 25 Es sensato, por tanto, asumir que esta restricción no existe o que es, por lo menos, ineficaz: en este sentido, cfr. Taruffo, *Una reforma*,

- cit., p.773. También Silvestri, en Carpi-Taruffo, Comentario breve al código de procedura civile. V ed., Padova 2006, p. 1054.
- 26 [NO HAY CONTENIDO PARA ESTE PIE DE PÁGINA...]
- 27 Cfr. Taruffo, op, cit., p. 796.
- 28 Este fenómeno ha sido objeto de estudios recientes muy interesantes: cfr., en particular, Markesinis-Fedke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, New York, UCL Press, 2006; *Comparative Law Before the Courts*, ed. por G. Canivet, M. Andenas y D. Fairgrieve, London, 2004.
- 29 Cfr. Slaughter, "Judicial Globalization", en 40 *Va. J.Int'l L.* 1999-2000, pp 1103ss; Bahdi, "Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts", en 34 *Geo. Wash. Int'l L.Rev.*, 2002-2002, pp. 555 ss.
- 30 Cfr. Calamandrei, *La Cassazione Civile*, vol.II. *Disegno generale dell'istituto*, en id., *Opere giuridiche*, vol. II, Napoli, 1976, pp. 34, 92, 105.
- 31 Fr. Il Capo I del d. lgs. n. 40 del 2006, titulado "Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica".
- 32 Cfr. I nuovi artt. 363 y 384, en el que v. Taruffo, *Una riforma*, op. cit., pp. 764 ss., y Silvestri, en Carpi-Taruffo, op. cit., pp. 1036, 1065, también para posterior orientación bibliográfica.
- 33 La importancia general de la pregunta que tenemos que decidir es el criterio para la selección de los casos que pueden ser introducidos antes de la Bundesgerichtshof alemana: cfr. Sonelli, *L'accesso alla corte suprema e l'ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla cassazione civile in un'ottica comparatistica*, Torino, 2001, pp. 86 ss.
- 34 Sobre el concepto de "estructura disipativa" en el contexto de la teoría del caos, cfr. Prigogine, *Le leggi del caos*, Bari, 1993, pp. 15 ss.; Porush, "Fictions as Dissipative Structures: Prigogine's Theory and Postmodernism's Roadshow", en *Chaos and Order. Complex Dynamics in Literature and Science*, ed. por N. K. Hayles, Chicago-London, 1991, pp. 56 ss.

LA POSICIÓN DEL JUEZ EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

Lorenzo M. Bujosa Vadell*

La efectiva protección a través del proceso de los intereses de grupo (difusos y colectivos), además de plantear numerosas alteraciones concretas en conceptos tradicionales de nuestro derecho procesal, que han sido tratadas profusamente por la doctrina, suscita un enfoque novedoso del antiguo problema de los límites entre la actividad del juez y las partes en el proceso civil, que se analiza aquí al hilo de la presentación del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

INTRODUCCIÓN

Grandes maestros ⁽¹⁾ nos han planteado desde hace tiempo las cuestiones fundamentales sobre la protección, a través del proceso de los derechos e intereses que tienen trascendencia más allá del mero individuo, preparando de manera minuciosa la senda para el importante desarrollo jurídico que ahora estamos conociendo, especialmente con el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, presentado en octubre de 2004 en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

* Profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca y habilitado para catedrático de Derecho Procesal.

La sedimentación de la larga labor de estos juristas nos ha puesto en la tesitura de ir afrontando las cuestiones más concretas que se plantean desde la perspectiva procesal. Pero junto al examen detenido de los variados y ricos aspectos de las propuestas normativas que se encuentran sobre la mesa, entiendo que puede ser de algún interés una consideración más panorámica que pretende, modestamente, homenajear también a los maestros que en el pasado siglo han estudiado y debatido profundamente acerca de dónde deben situarse los límites adecuados entre las funciones de los principales sujetos procesales.

Efectivamente, tanto desde una orilla como desde la otra del Atlántico se elaboraron estudios muy conocidos, verdaderamente clásicos, aunque no unánimes, en torno a lo que se dio en llamar la cuestión de la autoridad y la libertad en el proceso o de la liberalización y la socialización del mismo ⁽²⁾. Son cuestiones todavía plenamente vigentes y, desde luego, no cerradas por lo que se refiere al ámbito del proceso civil ordinario, pero que tal vez puedan plantear nuevos matices desde la perspectiva de la configuración de los procesos colectivos.

Se trata, por supuesto, de intentar delimitar la posición del Juez respecto al ámbito que se le deja a las partes ⁽³⁾ en los procesos por los que se tramitan pretensiones colectivas ⁽⁴⁾. No podemos olvidar, sin embargo, que en este foro estamos principalmente ante discusiones de lege ferenda, con el objetivo expresamente declarado de ofrecer pautas para que los legisladores nacionales actualicen y desarrollen sus particulares regulaciones. En este sentido, puede ser útil determinar qué alteraciones son convenientes en la aplicación de los principios que rigen la actuación del juez y de las partes, lo cual implica, necesariamente, incidir desde un nuevo punto de vista en algunos de

los puntos tradicionalmente más discutidos de nuestra disciplina, con posiciones claramente divergentes en ciertos aspectos.

Como inevitable punto de partida, será necesario fijar conceptos en cada caso, atendiendo a las elaboraciones doctrinales de la mejor doctrina. Nos interesará, sobre todo, el examen de aquellos principios que han sido considerados como constitutivos del proceso ⁽⁵⁾ y que determinan la conformación de su objeto, así como los que rigen la formación del material fáctico ⁽⁶⁾ o, dicho de otra forma, la sustanciación del proceso ⁽⁷⁾; todo ello sin necesidad de entrar en profundidad en los debates terminológicos o conceptuales, aunque intentando superar las confusiones que han abundado en los sucesivos posicionamientos.

Deberemos fijarnos en las circunstancias específicas que rodean los procesos colectivos para valorar si está justificada una alteración del reparto de potestades, facultades y deberes, a lo largo del devenir jurisdiccional, y, en caso afirmativo, para delimitar en qué medida deben modificarse. Es conveniente comprobar, pues, cómo deberían articularse, en los diversos procesos nacionales por los que pueda suscitarse la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses difusos e individuales homogéneos, básicamente, los principios dispositivos y de oficialidad, así como los de aportación de parte y de investigación de oficio.

Será necesario, especialmente, prestar continua atención a un dato que caracteriza por definición los procesos colectivos y que puede tener importante incidencia en las cuestiones que nos hemos planteado. En los supuestos que tratamos, no tienen relevancia sólo los protagonistas habituales de la actividad procesal: por un lado, el juez o el tribunal y, por otro,

las partes —al margen de todos aquellos otros artistas secundarios que comparecen con papeles más breves y con una finalidad más concreta: testigos, peritos, etc.—. En los procesos que nos ocupan, nos encontramos con nuevos personajes, que permanecen más o menos fuera del escenario donde se celebra el drama procesal, aunque están interesados en el transcurrir de las escenas con mayor o menor intensidad y consciencia y, sobre todo, en el desenlace de la obra que se representa: son los miembros de los grupos determinados o indeterminados de interesados que permanecen ausentes del proceso, si bien sus derechos e intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos se ventilan, en principio, al margen de su voluntad y de su opinión ⁽⁸⁾.

Toda esta reflexión, ciertamente ambiciosa, sobre la que sólo pretendo ofrecer un esbozo, no se desarrolla evidentemente en el vacío, pues es característica esencial de la teoría jurídico-procesal sobre la protección de los intereses de grupo ⁽⁹⁾ la exigencia al investigador de acudir a los modelos más avanzados del Derecho Comparado, marcando las debidas distancias y valorando de manera ponderada las posibilidades razonables de transplante y reacomodación. Ciertamente nos interesa examinar, en este sentido, cómo puede adaptarse el proceso civil español a las nuevas exigencias del Código Modelo de Procesos Colectivos.

Nos situamos, en realidad, entre el Derecho Comparado y el deber ser, contando con el inestimable asidero axiológico y normativo de los principios procesales y, a la vez, sin alejarnos de la perspectiva realista de la necesidad de desarrollo de la regulación de los procesos colectivos en un ordenamiento procesal concreto, como es el español. En nuestro Derecho ha habido ya paulatinas ampliaciones y

perfeccionamientos de las normas que abren la puerta para la tutela procesal de los derechos e intereses de grupo, aunque podemos adelantar que no existen, por el momento, cambios expresos en la estructuración de las potestades y facultades específicas del juez que debe conocer acerca de estos procesos, y a la normativa vigente se le pueden atribuir fácilmente algunas oscuridades e imperfecciones ⁽¹⁰⁾.

Se trata de valorar en este artículo, en último término, qué debe ser cambiado para acoger las ventajas de los modelos externos, para poder aplicar así de modo más efectivo las exigencias de justicia en nuestro ordenamiento y proteger adecuadamente las situaciones jurídicas de ventaja con relevancia colectiva.

1. EL JUEZ EN LOS PROCESOS COLECTIVOS: PARTICULARIDADES ORGÁNICAS

Antes de introducirnos en consideraciones que podríamos denominar procesales, en sentido estricto, en una ponencia que se ha fijado como objetivo el análisis global de la posición del juez en los procesos colectivos, son quizás necesarias también unas anotaciones desde el punto de vista orgánico, pues, precisamente, en las experiencias más avanzadas y en los estudios sobre esta materia suele aludirse a ciertas necesidades que afectan a la configuración del propio órgano competente.

A partir de 1913, en Estados Unidos se crearon los primeros tribunales para pequeñas reclamaciones o Small Claims Courts, que han influido, sobre todo, en el ámbito jurídico anglosajón, incluidos el Reino Unido e Irlanda, y, en cierto modo, en los países escandinavos. El modelo nórdico es el de la Market Court, órgano específico que básicamente atiende las

reclamaciones planteadas por el Ombudsman de los Consumidores respecto a controversias relativas a la legislación de restricción de la competencia y de las cláusulas contractuales impropias, compuesto por dos jueces profesionales y, además, por un especialista en materia de consumo. También el Código de Defensa del Consumidor del Brasil (Ley núm. 8078, de 11 de septiembre de 1990), en su artículo 5, estableció que para la ejecución de la Política Nacional de las Relaciones de Consumo, el Poder público contará, entre otros, con el instrumento que supone la creación de los llamados Juzgados Especiales de Pequeñas Causas y de salas especializadas en la solución de litigios de consumo.

Estos órganos jurisdiccionales se caracterizan, generalmente, por su procedimiento simplificado e informal —a veces sin posibilidad de recurso—, por su preferencia por la promoción de medios de autocomposición y por establecer límites o impedimentos al acceso de los comerciantes a esta vía de resolución de conflictos.

Los especialistas convocados en Gante, en 1982, por las instituciones comunitarias para tratar sobre el problema del acceso de los consumidores a la justicia, se plantearon, entre otros temas, la conveniencia de la creación de nuevos órganos a los que se atribuyera la cognición de litigios en materia de consumo⁽¹¹⁾. La respuesta fue claramente negativa, por considerarse excesivamente cara la constitución de una nueva organización específica, ya fuera de naturaleza administrativa, ya plenamente jurisdiccional; por ello se optó por nuevos procedimientos simplificados en el marco de los órganos ya existentes. Se planteó, igualmente, que en estos procedimientos, en especial en caso de que no interviniera abogado, el juez debería adoptar un papel totalmente opuesto a la tradicional

posición pasiva del proceso civil de configuración decimonónica, que, naturalmente, en ningún caso debería comprometer su imparcialidad. Por otro lado, en los trabajos del Coloquio de Gante se propuso, asimismo, que este juez con competencias reforzadas estuviera asistido en el propio órgano jurisdiccional por asesores especialistas en materia de consumo ⁽¹²⁾.

En nuestro país tampoco se han acogido los tribunales para pequeñas reclamaciones en materia de consumo, pero sí se ha observado una cierta tendencia a la “jurisdiccionalización” en la resolución de conflictos en los que están afectados los intereses de los consumidores, aunque hasta hace pocos años haya habido estímulos superiores a favor de la consolidación de un sistema arbitral específico.

Ciertamente, la Ley 26 de 1984, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios prevé la constitución de unos órganos arbitrales con una importante intervención de las Administraciones Públicas, pero reconoce también, por otra parte, un papel señalado a las asociaciones de consumidores y usuarios en la defensa de los intereses de estos a través del proceso ordinario. Asimismo, la Ley General de Publicidad de 1988 asignó la resolución de controversias derivadas de la publicidad ilícita, no a un órgano administrativo como era el antiguo Jurado Central de Publicidad, sino a la jurisdicción ordinaria.

Esta atribución a los órganos jurisdiccionales ordinarios no ha ido acompañada de ninguna especialización orgánica, que hubiera sido posible en virtud de las previsiones del artículo 98.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694 de 1985), pues esta disposición permite al Consejo General del Poder Judicial, previo informe de la Sala de Gobierno respectiva y ante propuesta de la Junta de Jueces,

que en las circunscripciones en que exista uno o varios juzgados de la misma clase pueda atribuirse a uno de ellos, o incluso a varios, la competencia en determinados asuntos, siempre que su número sea suficientemente elevado.

Conviene recordar la posibilidad prevista en el artículo 23.4 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que dispone: «En base (sic) a la naturaleza de la materia, su importancia práctica y el volumen de asuntos que se tramiten, se procurará la especialización de los tribunales, tanto en primera como en segunda instancia, conforme con lo que disponga la ley orgánica respectiva». La especialización jurisdiccional puede tener una justificación clara en el previsible aumento de la eficiencia en la resolución de los asuntos. Además, en esta materia tan compleja como es la de los procesos colectivos, puede ser muy positiva una formación específica de los integrantes de algunos órganos jurisdiccionales. El inconveniente puede estar, sin embargo, en la ineludible necesidad de recursos económicos para dar contenido real a la especialización y, sobre todo, en las endémicas limitaciones de las inversiones en el ámbito de la administración de justicia.

En estas coordenadas se sitúa la disposición flexibilizadora del artículo 40 del Código Modelo de Procesos Colectivos, al prever la especialización de los magistrados que vayan a ser competentes para conocer de los procesos colectivos, siempre que ello sea posible en el ordenamiento en concreto de que se trate. No se opta directamente por cambios de naturaleza orgánica; es decir, no se propone la creación de órganos jurisdiccionales específicos, lo cual no implica impedirlo, si se estima conveniente, en alguno de los ordenamientos que emprendan la transposición de la propuesta. Por tanto, siempre que

el volumen de asuntos lo justifique parece razonable apuntar hacia la conveniencia de la especialización.

Son interesantes, en este sentido, las reflexiones en torno a la posibilidad de ciertas concentraciones competenciales ⁽¹³⁾, sobre todo en los casos en que el litigio supere el ámbito local, que serán los supuestos más complejos, y con ello se podría obtener una mayor racionalización de recursos y una especialización limitada. Al fortalecimiento de la posición del juez en muchos de los trámites de los procesos colectivos, al que me referiré más adelante, se adapta perfectamente el modelo de juez con una preparación específicamente dirigida a suministrarle estrategias y criterios para gestionar la complejidad y los problemas particulares de estos procesos, que requieren, en ocasiones, soluciones creativas por parte del titular del órgano jurisdiccional competente, a las que no está nada acostumbrado el personal jurisdicente ordinario.

Por otra parte, a pesar de que, como antes decía, en España no se ha avanzado todavía en cuanto a la especialización judicial en esta materia, sí que ha habido algunas voces autorizadas que se han pronunciado en favor de la instauración de un procedimiento específico para los asuntos de consumo ⁽¹⁴⁾. Sin embargo, el legislador de la Ley de Enjuiciamiento Civil no ha acogido expresamente estas propuestas. En un principio se limitó en los trabajos prelegislativos a proponer una regulación muy tímida y marginal, que fue en gran parte superada por el texto del Proyecto de Ley, el cual, en disposiciones dispersas, trazó numerosas especialidades para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios. Aunque no se llegara a introducir formalmente un nuevo procedimiento especial para la tutela de estos intereses, no es descabellado afirmar que los

distintos preceptos que en la LEC se dedican a regular las consecuencias procesales de la protección de los intereses de grupo vienen a conformar una modalidad procedimental específica, aunque muy asistemática e incompleta.

2. LA VIGENCIA MITIGADA DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

Desde el punto de vista estrictamente procesal, nos interesa fijarnos de manera sistemática en los principales actos que integran los procesos colectivos y observar cómo se reparten las funciones el juez y de las partes, siempre teniendo en cuenta las referencias de las que se hablaba en la introducción: las experiencias de Derecho Comparado, la importante novedad de las propuestas normativas contenidas en el Código Modelo y, finalmente, los mimbres con que cuenta nuestro Derecho y su ductilidad para recibir elementos nuevos, que se consideren necesarios para una efectiva tutela judicial de los intereses de grupo⁽¹⁵⁾.

En las construcciones teóricas que han tratado los criterios o ideas fundamentales que deben regir el proceso, la doctrina asienta su argumentación en la consideración de los derechos e intereses que precisan de protección procesal en cada caso, pues la determinación de su naturaleza va a implicar la aplicación de unos u otros principios básicos⁽¹⁶⁾. El problema de partida con el que desde nuestra perspectiva nos encontramos se refiere, justamente, a las consecuencias que en este sentido deben derivarse cuando los derechos e intereses que pretenden ser satisfechos a través del proceso ocupan una discutida posición entre los tradicionales derechos subjetivos y los intereses públicos.

Muchas de las discusiones planteadas en torno a los derechos e intereses de grupo se deben a las dificultades de colocación sistemática en el esquema de situaciones subjetivas jurídico-materiales. Es preciso considerar la posición de los derechos e intereses de grupo con respecto a los clásicos estrictamente individuales, por un lado, y por otro, respecto a los intereses públicos o generales de la comunidad política, lo cual no es siempre fácil, pues en realidad aparecen áreas compartidas como círculos secantes. La naturaleza jurídica de estas figuras es compleja, en buena parte debido a la heterogeneidad que se encuentra tras ella⁽¹⁷⁾.

Es posible, por un lado, reconducir la noción de derechos e intereses de grupo a las categorías dogmáticas de las posiciones ya tuteladas: hay que hacer evolucionar el concepto de interés legítimo o, incluso si se prefiere, el de derecho subjetivo, para permitir su aplicación respecto a situaciones en las que entre el bien jurídico y las personas no hay una relación directa, tradicional y exclusiva, y en las que la persona se ve afectada indirectamente sólo en cuanto integrante de un determinado grupo o comunidad.

En mi opinión, por otro lado, la misión del jurista de adaptar el Derecho a los nuevos hechos de la realidad no implica necesariamente tener que admitir una tercera posición entre las situaciones individuales y aquellas reservadas a los poderes públicos. En realidad, en ocasiones, como decía VIGORITI⁽¹⁸⁾, el interés de grupo no es más que una auténtica agregación de situaciones jurídico-subjetivas individuales que se unen para mejorar las perspectivas de tutela, mientras que en otros casos la relación con la posición individual es más lejana; es decir, existe un conjunto de individuos, muy frecuentemente abierto e indeterminado, que tienen una aspiración común

respecto a un bien indivisible. Y no es nada extraño que incluso, para encontrar más fácilmente protección, han tenido que convertirse a veces en verdaderos intereses generales, por venir referidos a bienes de relevancia general —e incluso no es infrecuente el ser acogidos como verdaderos intereses públicos, en el sentido de intereses cuya protección se encarga a sujetos públicos, también, a través del proceso—⁽¹⁹⁾.

La cuestión se concreta, pues, en observar si las situaciones subjetivas de ventaja con relevancia colectiva van a alterar de algún modo la dicotomía entre los principios de necesidad y de oportunidad, obligándonos a colocarnos ante una nueva especie de procesos civiles inquisitorios o necesarios. En la pormenorizada respuesta a este problema deberemos tener básicamente en cuenta la posibilidad o no de disposición de los derechos e intereses objeto de estudio, pero antes de ello son inevitables unas puntualizaciones conceptuales que nos servirán de guía para afinar nuestras consideraciones.

Nos interesa referirnos en este punto a la vigencia del principio dispositivo en los procesos colectivos entendido como *Dispositionsmaxime*⁽²⁰⁾, aunque en ocasiones se atribuye esa denominación a lo que después examinaremos como principio de aportación de parte⁽²¹⁾. Se trata, por tanto, de señalar qué debe determinar el inicio del proceso colectivo y quién debe decidirlo, conformando con el acto de iniciación, por lo menos, el núcleo básico del objeto del proceso y, a su vez, quién mantiene a lo largo del proceso el dominio sobre la pretensión y, más ampliamente, sobre la continuación o no del proceso⁽²²⁾. Ello nos llevará también a cuestionarnos brevemente si deben o no alterarse los criterios en cuanto a la iniciativa para la adopción de medidas de naturaleza cautelar o para la iniciación del proceso de ejecución.

El fundamento del principio dispositivo suele situarse en el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad [art. 33 CE (Ley 2500 de 1978)] y de la libertad de empresa [art. 38 CE (Ley 2500 de 1978)], o más ampliamente, en la autonomía de la voluntad. Pero cuando se trata de proteger derechos e intereses de grupo, el apoyo constitucional es, en buena medida, distinto, y ello conlleva consecuencias en el ámbito procesal. Efectivamente, algunos de los derechos e intereses de grupo, aquellos a los que el Código Modelo —con una clara ascendencia brasileña— denomina «intereses o derechos individuales homogéneos», implican posiciones subjetivas divisibles, normalmente con una clara dimensión patrimonial y, por tanto, asimilables a las previstas en nuestros códigos civiles. Pero, por otro lado, los intereses o derechos difusos entroncan más bien con otros principios y derechos también reconocidos constitucionalmente: el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona [art. 45.1 CE (Ley 2500 de 1978)], la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, que deben ser garantizados por los poderes públicos [art. 51.1 CE (Ley 2500 de 1978)] o, genéricamente, el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y el de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social [art. 9.2 CE (Ley 2500 de 1978), de evidente ascendencia italiana —art. 3 CI—.]⁽²³⁾. Esta base constitucional diversa contribuye directamente a las alteraciones y matizaciones en la aplicación del principio dispositivo que pasaré a examinar.

2.1. En el inicio de los procesos y en la conformación de su objeto

Cuando se trata de organizar una vía que pretende superar las dificultades individuales de acceder a la Jurisdicción para la protección de los derechos e intereses que estamos analizando en este artículo, permitiendo el ejercicio colectivo de las pretensiones, es muy probable que sea necesario mitigar la vigencia del principio dispositivo, a pesar de tratarse de uno de los principios tradicionalmente constitutivos del proceso civil.

Por supuesto, no se plantea en ningún caso la aplicación del principio de oficialidad, en el sentido de que el propio juez pueda abrir por sí mismo el proceso, interponiendo por sí mismo también la demanda, en cuanto aprecie la lesión o amenaza de uno de estos intereses. Es claro que ello implicaría una total confusión entre juez y parte que no puede admitirse ni siquiera cuando el interés en juego sea indiscutiblemente público: es evidente que ni aun en el proceso penal es admisible tal solución, por cuanto un juez, objetivamente parcial, pierde una de las garantías esenciales de la Jurisdicción y, en esencia, deja de ser verdadero juez⁽²⁴⁾.

Las alteraciones al principio dispositivo a las que antes me refería vienen dadas aún respetando la conformación del objeto por parte de uno o varios sujetos, cuya iniciativa abre el proceso, marcando con ello los límites de la actuación material del juez. El problema nuclear está en la correcta defensa de los intereses y derechos de los que no han comparecido en el proceso, aunque se verán afectados por la resolución que resulte en éste⁽²⁵⁾. Especialmente, cuando se trata de verdaderas situaciones individuales, aunque sean cualitativamente homogéneas, los ordenamientos

jurídicos que han emprendido el arriesgado camino de la regulación de los procesos colectivos deben preocuparse necesariamente de prever y fijar las consecuencias de las inevitables modificaciones en la aplicación del principio dispositivo. Se trata, en realidad, de mitigar el principio dispositivo, en el sentido de que uno sólo o varios de los miembros del grupo de afectados puede disponer sobre la iniciación de un proceso civil para la defensa de intereses y derechos de los cuales no es el dueño exclusivo⁽²⁶⁾.

En este contexto, el juez simplemente debe esperar que alguno de los legitimados se decida a ejercitar la pretensión colectiva presentando la correspondiente demanda, que le trazaré —aunque de manera mucho más flexible que en los tradicionales procesos civiles— los límites de su cognición y de los efectos de la sentencia. El juez determinará finalmente la estimación o no de la pretensión ejercitada en el momento de la sentencia, si a lo largo del proceso se logra justificar la legitimación y la fundamentación de las peticiones formuladas⁽²⁷⁾. Desde el punto de vista del juez, las diferencias en la aplicación del principio dispositivo son de matiz, pero desde el punto de vista de la parte demandante son rotundas: la ley permite a cualquiera de los legitimados activos —siempre, claro está, que se ajusten a una serie de requisitos— tomar la decisión de acudir a la Jurisdicción pretendiendo la satisfacción de la pretensión que plantea.

Otro indicio de las restricciones al principio dispositivo tiene que ver, precisamente, con la lista de los legitimados activos, en una solución legal que no es extraña a nuestro propio ordenamiento nacional, no sólo en algunas leyes especiales en materia de consumidores sino con mucho más arraigo en la mayor parte de los procesos penales y aún en numerosos procesos civiles inquisitorios. Ante la presencia de un interés público —hemos dicho—, la solución procesal

no puede ser atribuir la iniciativa al propio juez, so pena de quedarnos sin jurisdicción, pero el propio Derecho hace tiempo que ha previsto la presencia de otros órganos públicos encargados de tutelar precisamente esa vertiente pública de las situaciones o relaciones jurídicas, en su caso controvertidas. La peculiar naturaleza de los derechos e intereses colectivos y difusos, y su trascendencia social, han llevado a situar, junto a los propios titulares de los derechos e intereses en juego, a otros órganos de naturaleza pública, no con el ánimo de limitar la disponibilidad de aquellos, sino de complementar posibles iniciativas privadas, con el fin de asegurar la efectividad de la protección de determinados bienes jurídicos con relevancia colectiva⁽²⁸⁾.

Ya la Ley 34 de 1988, Ley General de Publicidad, siguiendo las prescripciones comunitarias, reconocía legitimación, entre otros, a los órganos administrativos competentes. También la Ley 7 de 1998, de condiciones generales de contratación, previó una amplitud y variedad legitimatoria todavía más grande. En el Derecho español vigente debe destacarse la reforma operada por la Ley 39 de 2002, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (Ley 1491 de 2002), por la que, entre otras disposiciones, se ha dado nueva redacción a algunos preceptos de diversas leyes especiales, relativos a establecer amplios listados de legitimados activos entre los que se encuentra el Ministerio Fiscal, el Instituto Nacional de Consumo y los órganos autonómicos análogos o los colegios profesionales o las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, junto a las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales, agricultores, consumidores y usuarios, o las entidades constituidas para la protección de intereses difusos o colectivos en

otros Estados miembros de la Unión Europea —que hayan cumplido determinados requisitos—⁽²⁹⁾.

Como puede observarse, no sería novedad para nuestro ordenamiento la incorporación de lo previsto en el artículo 3 del Código Modelo. Si pueden iniciar procesos colectivos el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría pública, parece claro que priman en estos casos intereses lejanos a la mera consideración personal y privada de las situaciones subjetivas en conflicto.

Por otro lado, por las mismas causas suele propugnarse una mayor flexibilización en la determinación del objeto del proceso. La relevancia colectiva de las situaciones subjetivas protegibles parece llevar a que los límites de lo debatido en los procesos colectivos tengan menor rigidez que en los procesos civiles tradicionales. En este sentido, el artículo 10 del Código Modelo concreta el amplio criterio interpretativo general proclamado en el artículo 39: en los procesos colectivos, el pedido y la causa de pedir serán interpretados extensivamente. Probablemente, la propia naturaleza de lo debatido exija esta mayor elasticidad, pero es preciso aplicar esta norma cuidadosamente, con la suficiente prudencia y autorrestricción, evitando activismos judiciales peligrosos para la propia función jurisdiccional⁽³⁰⁾.

Además, en el párrafo primero del artículo 10 se establece que el juez podrá autorizar la enmienda de la demanda inicial para alterar o ampliar su objeto o la causa de pedir. Hay, pues, una considerable amplitud para admitir la *mutatio libelli*. Para ello se requiere, ineludiblemente, la audiencia previa de las partes, pero debemos destacar, en definitiva, que la iniciativa de la alteración permanece en las partes activas («... el juez permitirá la enmienda de la demanda inicial»). Las modificaciones del objeto del proceso podrán

realizarse en cualquier momento procesal, e incluso en cualquier grado de jurisdicción. Para adoptar la decisión sobre ello, el juez debe considerar, como indica el párrafo segundo del artículo 10, si la petición se realiza de buena fe y si no representa un perjuicio injustificado para la parte contraria, asegurando en cualquier caso que la contraparte pueda defenderse debidamente, permitiéndole alegar lo que considere oportuno⁽³¹⁾.

En los procesos colectivos se plantean, asimismo, otras cuestiones peculiares desde la perspectiva de la cuestión central de la determinación del objeto, pues la complejidad propia de estos supuestos, muy habitualmente, puede conllevar dudas acerca de la conveniencia del mantenimiento del proceso como tal o, por el contrario, de subdividir el proceso en varios o de acumularlo con otros. El Derecho de las Class Actions estadounidenses cuenta con útiles experiencias al respecto, en las que se destaca la amplitud de facultades del juez norteamericano⁽³²⁾, que le permite valorar en cada momento las posibilidades que le ofrece la norma procesal para gestionar mejor la complejidad del proceso⁽³³⁾.

Con buen criterio, el párrafo quinto del artículo 11 del Código Modelo de Procesos Colectivos acoge la posibilidad de que el juez pueda adoptar decisiones en torno al proceso, que le sitúan en una posición cualitativamente distinta de la ordinaria en los procesos civiles de nuestros ordenamientos. Es más, se le exige la valoración —nada fácil, por cierto—, de si el proceso cumple las condiciones necesarias para proseguir su tramitación colectiva, lo cual exige una ponderación de las circunstancias concretas, atendiendo de manera especial, como ocurre en todos estos procesos, a la protección de los interesados ausentes y a la ponderación de las ventajas e

inconvenientes concretos de la tramitación colectiva, lo cual va a llevar, probablemente, a decisiones discutidas que deberán estar, en cualquier caso, debidamente fundadas.

Expresamente se le permite, como en el directo precedente anglosajón, la separación de «los pedidos en procesos colectivos distintos», con la finalidad expresamente reconocida de facilitar la economía procesal o la conducción del proceso, que en estos casos no serán factores secundarios. Pero de la literalidad del texto del apartado II del párrafo 5.º del artículo 11 parece limitarse la posibilidad de separación de procesos colectivos a la discriminación entre aquellos que tienden a la tutela de intereses o derechos difusos y aquellos por los que se protegen intereses o derechos individuales homogéneos.

Por otra parte, conforme al Código Modelo, en caso de que se observe la existencia de elementos de conexión entre diversos procesos colectivos, el Juez del primer proceso puede ordenar la acumulación, aun cuando no haya coincidencia entre las partes procesales de unos y otros. Se trata de una consideración meramente material de los litigios colectivos, en que, como ya sabemos, las partes procesales aparecen hasta cierto punto como fungibles. La decisión, como hemos visto, no depende sólo de la petición del litigante interesado, sino que además puede proceder de la propia iniciativa judicial, con el fin de organizar mejor la gestión procesal de estos procesos complejos.

Por otro lado, en caso de que el juez tenga conocimiento de la existencia de varios procesos individuales contra el mismo demandado, con la misma causa de pedir, notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros representantes adecuados, para que decidan si convierten la variedad

de procesos individuales en un sólo proceso colectivo (art. 32). Se trata de una mera proposición del juez, que podrá ser aceptada o no por los eventuales legitimados, según sus propios intereses.

A pesar de las reiteradas limitaciones del Derecho español en la regulación de los procesos colectivos, puede afirmarse que se ha empezado a abordar tímidamente esta cuestión en el artículo 78 LEC (Ley 58 de 2000). Efectivamente, con una técnica legislativa poco tendente a la claridad⁽³⁴⁾, viene a establecerse un régimen específico para la acumulación de procesos en que se ventilen derechos o intereses de los consumidores y estén promovidos tanto por las asociaciones, entidades o grupos legitimados como por consumidores o usuarios individualmente determinados. Siempre que se trate de casos en que proceda la acumulación y se trate de procesos acumulables, conforme a lo que disponen los arts. 76 y 77 (Ley 58 de 2000), no se aplicarán los motivos que determinan la improcedencia de la acumulación conforme al artículo 78 (Ley 58 de 2000), si no se hubiera podido evitar la pendencia de procesos distintos mediante la acumulación de acciones o a través de la intervención del artículo 15 (la Ley 58 de 2000). El último inciso viene a indicar la posibilidad, no sólo de que se decrete la acumulación a instancia de parte, sino también de oficio si, pongamos por caso, el mismo juez tuviera conocimiento de ambos procesos acumulables.

Por último, en el artículo 30 del Código Modelo aparece una norma que indirectamente puede afectar al principio dispositivo, dada la enorme amplitud con que se regula la litispendencia. Ciertamente, se dispone que el primer proceso colectivo vaya a producir litispendencia respecto de los posteriores en los que se hagan valer, no las mismas pretensiones,

que sería lo ordinario, sino «pretensiones sobre el mismo bien jurídico, aun cuando sean diferentes los legitimados activos o las causas de pedir». La consideración del juez sobre si se trata o no del mismo bien jurídico va a afectar a todos aquellos que quieran iniciar un proceso en defensa de sus intereses y derechos difusos. Si se les impide la iniciación de tal proceso, siempre deberían tener la posibilidad de intervenir en el primero y poder influir en la estrategia de defensa procesal. Es una manera de simplificar las cosas y evitar que respecto a una misma situación de vulneración o amenaza puedan iniciarse una diversidad de pleitos, con los riesgos que ello conlleva. No obstante, la valoración positiva que ello merece puede enturbiarse si no se interpreta de manera cuidadosa, concreta y limitada la referencia al mismo «bien jurídico», pues, en caso contrario, podría bloquearse fácilmente la iniciación de nuevos procesos referidos al mismo bien jurídico, entendido genéricamente («medio ambiente», «competencia leal», etc.), pero en los que se ejerciten pretensiones fundadas en situaciones fácticas completamente diversas⁽³⁵⁾.

2.2 En los actos de disposición.

El principio dispositivo opera también a lo largo del proceso en cuanto a la posibilidad de que las partes realicen actos de disposición tanto de la pretensión como del proceso mismo. El Derecho comparado se preocupa de que tales actos sean debidamente controlados por el juez y de que en ellos se respeten suficientemente los derechos e intereses de los miembros del grupo ausentes del proceso, para lo cual a veces se articulan vías de notificación a través de los medios de comunicación masiva, a efectos de que pueda comparecer a defender su punto de vista quien le interese.

Así pues, en la Rule 23 (e) FRCP se establece expresamente que el procedimiento de las Class Actions no puede terminar por la mera voluntad de las partes. Para ello será necesaria la aprobación del juez competente, notificándose el acuerdo logrado a todos los miembros del grupo en la forma que el juez establezca, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. En estos casos, el juez no interviene directamente en las negociaciones para llegar al acuerdo, sólo cuando se obtiene un resultado deberá valorarlo, examinando si es el mejor para el interés de los afectados. El control público, por parte del órgano jurisdiccional, tiene como fines destacados por la doctrina la promoción de la eficiencia del procedimiento, la completa aportación fáctica y la protección adecuada de los miembros ausentes⁽³⁶⁾.

En otros ordenamientos se admite una más temprana y más intensa intervención del juez. Así ocurre en el Derecho colombiano, pues en la regulación específica sobre las acciones populares en la Ley 472 de 1998 dedica su artículo 27 a lo que denomina «pacto de cumplimiento», definido por Bejarano Guzmán como «una audiencia especial que debe ser citada dentro de los tres días siguientes al vencimiento del traslado de la demanda, y que en términos corrientes tiene por finalidad procurar un arreglo del litigio y su terminación anticipada»⁽³⁷⁾. Efectivamente, el cuarto párrafo de este precepto prevé la posibilidad de que el juez ejercite su iniciativa en este sentido, proponiendo un pacto de cumplimiento en el que se determine «la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible», pero para ello será imprescindible el acuerdo de las partes⁽³⁸⁾.

Como trámite necesario en los procesos colectivos que delinea el Código Modelo, una vez presentadas las alegaciones y peticiones de las partes, se prevé la celebración ope legis de una comparecencia

denominada «audiencia preliminar», al modo en que se prevé también en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (arts. 300 a 302) y en tantos otros ordenamientos que han optado por la tramitación del procedimiento de manera predominantemente oral, como es el caso de la todavía reciente Ley de Enjuiciamiento española [arts. 414 a 430 (Ley 58 de 2000)]⁽³⁹⁾. En ella se prevé la ampliación de los motivos y fundamentos tanto de la demanda como de la contestación y, sucesivamente, se intentará la solución de la controversia mediante alguna vía autocompositiva, como la conciliación intraprocesal, o incluso el juez, atendiendo a las particularidades del caso, deberá sugerir las más adecuadas formas extrajudiciales para satisfacer la pretensión, como la mediación, el arbitraje y la evaluación de terceros. El aprovechamiento de las posibilidades de la conciliación conllevará la ventaja de la homologación del acuerdo por el juez, como ocurre también en nuestro Derecho interno, en virtud del artículo 19.2 LEC (58 de 2000), con la consiguiente facilitación del subsiguiente proceso de ejecución.

Se trata, no de una mera facultad del Juez, sino de un verdadero mandato del Legislador de que el juez explore las posibilidades de un acercamiento de posturas entre las partes procesales, con la dificultad inherente de mantener una posición suficientemente objetiva, a la vez que se procura limar, en lo posible, las posiciones encontradas, proponiendo las soluciones intermedias que puedan favorecer la adhesión simultánea de demandantes y demandados. Es tarea nada fácil, que para hacerse bien exige un importante esfuerzo por parte del juez y conlleva, inevitablemente, sus riesgos⁽⁴⁰⁾.

2.3 En la anticipación de la tutela

La cuestión principal que desde nuestra perspectiva se plantea, en relación con la tutela jurisdiccional

anticipada, se refiere a la posible validez de la iniciativa judicial para realizar las constataciones relativas a la concurrencia de los presupuestos para la aplicación de las medidas cautelares. Conviene recordar que el artículo 274.III del Código Procesal Civil Modelo dispone la regla general de que las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte. Pero señala seguidamente la posibilidad de que la ley pueda autorizar, en algunos casos, su adopción de oficio. La regla general en la legislación procesal civil española es también, como reza el epígrafe del artículo 721 LEC (Ley 58 de 2000), la «necesaria instancia de parte»⁽⁴¹⁾; sin embargo, ese mismo artículo se remite a eventuales excepciones en las normas que regulen los procesos especiales. La influencia en ciertos procesos especiales del interés público conlleva la previsión de una posición más activa del juez: así, el artículo 762 LEC (Ley 58 de 2000), en los procesos sobre capacidad de las personas, permite la adopción de oficio de las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio; y los artículos 768.1 y 2 LEC (Ley 58 de 2000), apartados referidos, respectivamente, a los procesos de impugnación de la filiación y a los de reclamación judicial de la misma, establecen que «el tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor», y que además, en los de reclamación podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado⁽⁴²⁾.

Puede ser pertinente, no obstante, traer también a colación la regulación del proceso administrativo, así como la del proceso penal, vías jurisdiccionales en las que obviamente no está implicado el mero derecho privado de las partes. Por lo que se refiere a la tutela cautelar en el proceso administrativo español, rige plenamente el principio dispositivo [art. 129 LJCA

(Ley 2689 de 1998)], a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento administrativo previo [art. 112.2 LRJPA (Ley 3279 de 1992)]⁽⁴³⁾, lo cual ha sido razonablemente puesto en discusión por la doctrina, por lo menos respecto a algunos casos⁽⁴⁴⁾. Mientras tanto, en el proceso penal, curiosamente se han dado pasos en dirección similar, alejando, por tanto, estas decisiones del principio de oficialidad habitual en el proceso penal: así, por ejemplo, al entenderse en Ley 5 de 1995, del 22 de mayo (Ley 1942 de 1995), como una exigencia del principio acusatorio, la necesidad de que las partes insten la adopción de la prisión provisional [art. 505 LECrim (Ley 1 de 1882)]⁽⁴⁵⁾, o en la última reforma de la regulación del procedimiento abreviado, que para la adopción de medidas cautelares reales se remita a las normas procesales civiles, a diferencia de la regulación general de los arts. 597 y ss (Ley 1 de 1882). [art. 764 LECrim (Ley 1 de 1882)]⁽⁴⁶⁾.

El artículo 5 del Código Modelo de Procesos Colectivos opta por exigir el requerimiento de parte interesada para que el juez pueda anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el período inicial, tras la valoración por supuesto de las circunstancias concretas y, especialmente, tras la ponderación de los intereses en conflicto («los valores en juego»), aplicando consideraciones de proporcionalidad que deberán aparecer justificadas en la resolución que se adopte. A los efectos de lo que estamos examinando en este estudio, se trata de una aplicación pura del principio dispositivo, con miras a la obtención anticipada —y provisional, salvo ausencia de controversia al respecto de lo anticipado— de la tutela pedida.

Es razonable, por un lado, que un proceso que necesariamente debe iniciarse por demanda, siguiendo las pautas clásicas del proceso civil, mantenga este

criterio cuando se trata simplemente de adelantar los efectos de la protección pedida, precisamente con el fin de evitar que pierda efectividad, en caso contrario, lo que eventualmente pueda ordenar una futura sentencia estimatoria de la pretensión. En estos procesos colectivos hemos visto que el principio dispositivo está ciertamente mitigado, pero no desvirtuado, de modo que el juez no tiene iniciativa propia para iniciar el proceso ni para trazar los rasgos principales de la pretensión que se ejercite.

Hemos reiterado, sin embargo, que la complejidad de estas causas y, sobre todo, la exigencia de proteger a los miembros del grupo de afectados por la lesión o perjuicio de sus derechos e intereses —o amenazados por el riesgo de tal perjuicio— que permanezcan ausentes del proceso, obliga a que el juez deba adoptar una posición necesariamente respetuosa, sin duda, de la inevitable imparcialidad en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, pero más cautelosa en la protección de las posiciones subjetivas de aquellos que han optado, conscientemente o no, por no comparecer como partes en el proceso colectivo que se está tramitando. Justamente, el carácter supraindividual de los intereses en juego en muchos de estos procesos podría justificar una posición más activa del juez en cuanto a la adopción de protecciones anticipadas, sin perjuicio de la necesidad de oír a las partes del proceso antes de adoptar su decisión, salvo casos de urgencia en que estuviera justificado posponer el contradictorio.

En la legislación colombiana, esta preocupación aparece claramente expresada en el propio articulado de la Ley 472 de 1998, pues el apartado 3 del artículo 17 dispone que «... el juez competente que reciba la acción popular tendrá la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir

perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos». A su vez, en el artículo 25 de esta Ley se especifica más, pues se permite al juez, antes de la notificación de la demanda al demandado, y en cualquier otro momento del proceso en que esté justificado, decretar «de oficio o a petición de parte, las medidas que sean estimadas pertinentes “para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado”»⁽⁴⁷⁾.

Considero, por tanto, que no estaría de más flexibilizar la limitación en la iniciativa de parte para la solicitud de las oportunas medidas cautelares, siempre con los debidos controles, fundados sobre todo en la necesaria motivación que debe adoptar el juez al decidir adoptar una medida cautelar, todo ello para suplir eventuales negligencias —o incluso, posibles colusiones— de quienes han optado por actuar como partes en el proceso colectivo, con la representatividad de todo un grupo más o menos determinado de interesados.

El tenor del Código Modelo, sin embargo, hemos visto que refleja una opción legislativa más tradicional, que coloca al juez a expensas de lo que decidan las partes activas de los procesos colectivos, tal vez en cierta disonancia con otras soluciones concretas, en sentido opuesto, en otros preceptos de su articulado.

2.4 En la ejecución colectiva e individual

Cuando nos detenemos a considerar los poderes y facultades del juez en cuanto al cumplimiento forzoso de lo ordenado en la resolución judicial, observamos que pueden reaparecer ciertos rasgos de una posición más activa de éste como director del proceso, aunque, por lo que se refiere a la iniciativa, en estos procesos

de ejecución se mantiene la aplicación del principio dispositivo. Es interesante matizar que no se trata sólo de los que han actuado como partes en el proceso colectivo, sino también del resto de interesados.

En nuestro Derecho realmente se aplican las normas generales en cuanto a la ejecución forzosa, por tanto rige plenamente la exigencia de demanda ejecutiva y existe únicamente una norma específica dirigida a regular un aspecto concreto: la llamada «acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiarios» [art. 519 LEC (LEY 58 de 2000)], dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores [art. 221 LEC (Ley 58 de 2000)]. En realidad, se trata de un incidente declarativo dirigido, no a la ejecución particular de la sentencia para cada uno de los miembros del grupo de beneficiados por la condena, inicialmente indeterminados, sino una actividad previa y necesaria, dado que se ha tramitado un proceso con indeterminación subjetiva de los titulares de los derechos e intereses que se han ventilado. Pero la iniciativa del Juez en estos casos es nula.

En el procedimiento de las Class Actions, cabe apreciar una posición más activa del juez también en esta fase, sobre todo para fijar el destino de la parte de la condena no reclamada por parte de los miembros del grupo, bien devolviéndola al demandado, bien aplicándola al beneficio más o menos indirecto de todo el grupo. La elección entre las distintas posibilidades depende únicamente de las valoraciones de equidad del juez, sin que los demandados puedan alegar sobre este punto.

Por lo que se refiere al Código Modelo de Procesos Colectivos, se limita asimismo la iniciativa respecto

a la ejecución de la sentencia a los interesados. Por un lado, el artículo 23 regula la iniciación de las liquidaciones y ejecuciones individuales, que podrán ser promovidas por la víctima y sus sucesores, así como por los legitimados para la acción colectiva. Por otro, el artículo 24 dispone que la ejecución podrá ser colectiva si es promovida por los legitimados en el proceso colectivo, y abarcará a las víctimas cuyas indemnizaciones ya hubieran sido fijadas en la liquidación, sin perjuicio de la tramitación de otras ejecuciones.

Se regulan las relaciones entre las liquidaciones y ejecuciones de naturalezas distintas en los arts. 27 y 28, pues establecen que, una vez transcurrido el plazo de un año sin la comparecencia individual de los interesados en número representativo compatible con la gravedad del daño, los legitimados podrán promover la liquidación y la ejecución colectiva. Como se observa fácilmente, esto supone hacer depender la ejecución de una decisión del juez, que obviamente no podrá ser arbitraria: el juez debe apreciar las circunstancias a las que se refiere el texto legal y obrar en consecuencia, bien por el hecho de que es verdad que estamos ante conceptos jurídicamente indeterminados que deberán ser llenados de contenido, bien por las leyes nacionales de adaptación, bien por la valoración ponderada de criterios y elementos confluyentes.

Por su parte, el artículo 8 del Código Modelo determina el modo de cumplir las sentencias que condenen a «la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado», medida discutida en España por la doctrina que comentó el artículo 7.3 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial (LEY 1694 DE 1985)⁽⁴⁸⁾, pero de amplio reconocimiento en otros ordenamientos, como por ejemplo el colombiano. En principio se atribuye legalmente el destino de la

cantidad obtenida: el juez deberá disponer que la indemnización sea vertida al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos. Pero el párrafo tercero matiza esta primera impresión, pues el juez debe adoptar una importante decisión: puede determinar el destino de la indemnización, de manera razonada, atendiendo a la especificidad del bien jurídico dañado, a la extensión territorial afectada y a otras circunstancias que sean consideradas relevantes, y en ese sentido puede dictar las resoluciones pertinentes para la reconstitución de los bienes afectados, para minimizar la lesión o evitar que se repita, entre otras que beneficien el bien jurídico tutelado. Se trata de resarcir, en la medida de lo posible, el daño que se haya producido al bien colectivo.

3. LA DISCUTIDA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE APORTACIÓN DE PARTE Y DE INVESTIGACIÓN OFICIAL: REFLEJO EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

Aparte de las matizaciones que, como acabamos de ver, cabe hacer al principio dispositivo, entendido como principio de la demanda y sus derivaciones, nos interesa analizar también cómo afectan las circunstancias propias de los procesos colectivos a los aspectos intrínsecamente procesales, relativos, sobre todo, a la actividad probatoria y a la amplitud de las facultades de dirección procesal del órgano jurisdiccional en estos procesos.

Aludía, en un punto anterior, a los debates doctrinales acerca de la relación entre el principio que rige la disposición de los derechos e intereses materiales y el que se refiere, más propiamente, a la sustanciación procesal y que, en este segundo aspecto, ha llevado a las discusiones acerca de la

liberalización y la socialización del proceso civil⁽⁴⁹⁾. Si, en términos generales, la cuestión es pacífica, por lo que se refiere al principio de demanda o principio dispositivo, sigue siendo polémica en cuanto al reparto y determinación de poderes y facultades entre el juez y las partes, en lo que tiene que ver con la tramitación del proceso, sobre todo en lo relativo a las llamadas facultades materiales de dirección; es decir, en cuanto a la aportación de los hechos y de las pruebas de esos mismos hechos⁽⁵⁰⁾. Mientras que hay actualmente mayor acuerdo respecto a las denominadas facultades procesales de dirección, éste es total en cuanto al impulso procesal y amplio en relación al control de los presupuestos procesales.

Acojo en este estudio la concepción dominante en nuestro Derecho que alude al binomio «aportación-investigación»⁽⁵¹⁾, como criterios que responden a la pregunta sobre quién debe aportar los hechos que serán tenidos en cuenta en la decisión del órgano jurisdiccional, así como la prueba sobre tales hechos⁽⁵²⁾. Estos dos principios, no tan excluyentes como pudiera parecer en un principio⁽⁵³⁾, deberán ser confrontados con nuestro objeto de estudio para así intentar determinar qué dosis es conveniente aplicar de cada uno de ellos a los procesos colectivos.

Algunas concepciones tradicionales han afirmado la directa relación entre lo que se ha denominado en el apartado anterior principio dispositivo y el de aportación de parte, incluso como dos vertientes del mismo principio básico. Comparto, por el contrario, la opinión opuesta: el principio que debe regir fundamentalmente la tramitación del proceso no tiene por qué basarse en la naturaleza determinada de los derechos e intereses en juego, sino en consideraciones específicas y que tienen su núcleo en la propia conformación del proceso⁽⁵⁴⁾. Aún así, considero que

la mitigación en la vigencia del principio dispositivo en estos procesos señala ya el camino hacia una mayor actividad del juez a lo largo del proceso: si puede interpretar la pretensión de modo flexible, valorar ampliamente la litispendencia o decidir de oficio acumulaciones y separaciones de procesos, con mayor razón deberá controlar los presupuestos procesales de carácter imperativo que la propia ley establece, así como estar atento a las fuentes de prueba que aparezcan en el proceso y, especialmente, a la posibilidad de que puedan contribuir a su convicción acerca de los hechos alegados.

Naturalmente, esta ampliación de facultades no debe traspasar el límite de la prohibición de introducir la ciencia privada del juez en sus decisiones ⁽⁵⁵⁾ y, al mismo tiempo, debe mantener la imprescindible imparcialidad del juzgador ⁽⁵⁶⁾. Ahora bien, aquí son plenamente válidas las consideraciones de la doctrina cuando señala que neutralidad no es lo mismo que imparcialidad, y que es preciso un juez director y no un mero espectador de la actuación procesal de las partes ⁽⁵⁷⁾.

En las regulaciones más avanzadas sobre procesos colectivos se configura un juez activo, que incluso en determinados trámites deberá llevar a cabo una actividad creativa en la que, aun ponderando los derechos e intereses en conflicto, tenga muy en cuenta las particularidades de los derechos e intereses transindividuales. En definitiva, se trata de un equilibrio delicado entre actitudes encontradas del juzgador: la del juez atento a la protección efectiva de los intereses de grupo, pero con la suficiente imparcialidad para no dejar de ser juez. Es necesario reflexionar sobre la conveniencia de reforzar las garantías del juez al desarrollar en nuestros ordenamientos internos los procesos colectivos.

Tal vez, al tiempo que se articulan fórmulas de especialización judicial, no esté de más pensar en modelos de jueces civiles instructores, con poderes de investigación oficial respecto a la recolección de fuentes de prueba relativas al litigio colectivo, preparando así el proceso para su decisión por un juez o tribunal suficientemente ajenos al proceso y, por tanto, no prevenidos. Es cierto que los derechos e intereses transindividuales no pueden ser considerados equiparables a los intereses que se ventilan a través del proceso penal ⁽⁵⁸⁾; no se trata pues de una asimilación de los procesos colectivos a nuestros procesos penales, sin más, sino simplemente de fortalecer, por un lado, la posición de un juez especializado que pueda adoptar las primeras decisiones del proceso y, básicamente, el trascendental trámite de admisión de la demanda colectiva y el control de sus requisitos y de la audiencia preliminar, en la que, entre las funciones propias de este trámite (conciliadora, saneadora, delimitadora del objeto) ⁽⁵⁹⁾, pueda estimularse la preparación más completa y adecuada del material probatorio y, por otro lado, prever la atribución de la apreciación directa de la prueba a ese juez encargado, básicamente, del juicio propiamente dicho o de la audiencia probatoria ⁽⁶⁰⁾. Todo ello justificaría, por tanto, la creación de un auténtico procedimiento especial para el enjuiciamiento de pretensiones colectivas ⁽⁶¹⁾.

3.1 En la actividad probatoria

Uno de los puntos de debate tradicionales de la doctrina procesalista, al tratar sobre la delimitación de la posición del juez en el proceso civil, ha sido justamente el de los poderes en el ámbito de la actividad probatoria. Ésta es, pues, una de las cuestiones básicas en las que se ha planteado el dilema entre el principio de aportación de parte y el de oficialidad.

Como decía Sentís Melendo ⁽⁶²⁾, a lo largo de siglos el juez civil ha sido un «convidado de piedra», un mero espectador de la lucha entre las partes, con el cometido único de que se comporten correctamente. Pero, en un movimiento pendular, desde posiciones doctrinales, se pretendió pasar al extremo opuesto, llegando al juez inquisidor e incluso al juez dictador, principalmente en los países totalitarios. Frente a estas posiciones excesivas se defendió la posición de un juez director del proceso ⁽⁶³⁾, que, por lo que se refiere a la materia probatoria, no debe implicar una ausencia de facultades del juez, siempre que se siga la máxima formulada por Sentís: «la parte dispone de las fuentes, el juez acuerda los medios relativos a ellas», en cuyo trasfondo se encuentra, como expresa el propio autor, la distinción entre «verificación» y «averiguación» ⁽⁶⁴⁾.

Es verdad que en el proceso civil lo ordinario es que sean las propias partes procesales las que conozcan las fuentes de prueba y las que conozcan, además, dónde pueden encontrarlas; por lo tanto, hay argumentos prácticos evidentes en el principio de aportación de parte ⁽⁶⁵⁾, pero también es cierto que este razonamiento no impide que, dentro de ciertos límites, el juez civil pueda situarse en una posición activa al respecto y no meramente a la espera de la aportación del medio probatorio pertinente por la parte a quien pueda beneficiar ⁽⁶⁶⁾.

De este modo, una posición activa limitada del juez en la iniciativa probatoria no debe implicar necesariamente una disminución de los derechos de las partes ⁽⁶⁷⁾, y puede ser muy útil para el proceso si se respeta suficientemente la imparcialidad judicial ⁽⁶⁸⁾, evitando, pues, que la actividad del juez se convierta en investigadora ⁽⁶⁹⁾ o, incluso, que al ordenar la práctica de determinados medios probatorios suponga

una aportación indirecta de hechos al proceso ⁽⁷⁰⁾. Conviene añadir además, aunque debería resultar evidente, que esta posición activa del juez debe complementarse necesariamente con un respeto cuidadoso hacia el principio de contradicción de las partes ⁽⁷¹⁾.

En términos generales, y sin mayores puntualizaciones, por lo que se refiere a la protección de los intereses de los consumidores y usuarios a través del proceso civil —únicos intereses supraindividuales que expresamente se reconocen en el texto de nuestro código procesal civil—, el artículo 282 LEC (Ley 58 de 2000) asigna la iniciativa probatoria a las partes, al mismo tiempo que se remite a la práctica de determinadas pruebas o a la aportación de documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, respecto a los que la ley permita específicamente la iniciativa probatoria de oficio. Como señala Calvo Sánchez ⁽⁷²⁾, «cumple el Legislador con el principio de aportación de parte, aunque una recta intelección del mismo no puede llevarnos a un juez pasivo so pretexto de ver afectada su imparcialidad» ⁽⁷³⁾.

Al margen de lo dispuesto en la regulación de los procesos civiles especiales de implicaciones públicas (para los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores), el artículo 752.1.II LEC (Ley 58 de 2000) dispone: «Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes», destacando la novedad en Derecho español de una «iniciativa judicial» ⁽⁷⁴⁾ de la prueba, en la que el juez no decide directamente la práctica de prueba no aportada por las partes en los procesos civiles comunes; sin embargo, cuando éste considere que las pruebas propuestas por las partes

podieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto ante aquellas indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrán verse afectados por la insuficiencia probatoria; y al tiempo que efectúa esta manifestación podrá señalar los medios de prueba que pudieran resultar convenientes, ciñéndose siempre a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos⁽⁷⁵⁾.

El Código Procesal Civil Modelo acogió expresamente la iniciativa probatoria del juez. Como dice la Exposición de Motivos de esta propuesta normativa, «el aumento de las facultades del Tribunal se proyecta, dentro del nuevo proceso por audiencia, con un juez director del proceso, el cual conoce después de su iniciación para actuar en la audiencia como protagonista, junto a las partes»⁽⁷⁶⁾. Ciertamente, al enumerar las facultades del Tribunal, el artículo 33.4.º establece la de «ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes». Por lo que a él respecta, complementando este precepto, el artículo 34.2 impone al Tribunal el empleo de las facultades y poderes que le concede el Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes; en caso contrario se incurrirá en responsabilidad.

No es de extrañar, pues, que cuando se trata de la protección a través del proceso de derechos e intereses supraindividuales, el Instituto Iberoamericano haya optado en el Código Modelo de Procesos Colectivos por una solución normativa similar. Así, el párrafo 3º del artículo 12 concede una amplia iniciativa probatoria: «El Juez podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio». La amplitud de las facultades en

cuanto a la formación del objeto del proceso hacía suponer el acogimiento de esta opción en cuanto a la iniciativa probatoria. Se justifica en mayor medida esta decisión si recordamos que nos encontramos ante procesos en que el principio dispositivo está, de algún modo, mitigado, y que los inconvenientes que ello necesariamente implica deben venir compensados por las ventajas de la tramitación conjunta de las pretensiones colectivas, fundadas en intereses o derechos difusos o individuales homogéneos, y, sobre todo, por una cuidadosa protección de los intereses de aquellos interesados que permanecen ausentes de estos procesos, pero que quedarán eventualmente afectados por la resolución que ponga fin a los mismos⁽⁷⁷⁾. Si la materia objeto del juicio trasciende el mero interés de las partes, parece que está justificado el fortalecimiento de la posición del juez en la actividad probatoria, sin restringir en absoluto la proposición de pruebas por las partes procesales⁽⁷⁸⁾.

Ahora bien, entiendo que una cosa es poder ordenar de oficio la producción de pruebas y otra distinta es convertirse en juez activista en favor de la parte que representa a los intereses supraindividuales. Permanecen en estos casos los riesgos de pérdida de imparcialidad⁽⁷⁹⁾, que obligan a adoptar las necesarias precauciones para evitar que en estos procesos se pueda desconocer una de las garantías básicas en el ejercicio de la jurisdicción⁽⁸⁰⁾. No podemos perseguir la eficacia del proceso, menoscabando las garantías fundamentales del proceso mismo.

El juez que aporte medios probatorios debe poder continuar siendo juez y no convertirse en abogado de una de las partes. Es preciso, por tanto, que siga un criterio de prudencia y autorrestricción, evitando también convertirse en investigador, lo cual le convertiría en un «juez contaminado», totalmente

inadecuado para satisfacer la pretensión decidiendo sobre el fondo, salvo que, como antes decía, la decisión se deje a otro órgano jurisdiccional no prevenido. La contradicción y la cuidadosa motivación son, en todo caso, instrumentos útiles para mantener la rectitud de sus resoluciones ⁽⁸¹⁾.

El Código Modelo añade todavía algunas disposiciones más que nos interesan para terminar de delimitar la posición del juez en cuanto a la actividad probatoria de los procesos colectivos. Se trata de varias disposiciones dirigidas a la regulación de la carga probatoria de una manera muy flexible. En primer lugar, el apartado cuarto del párrafo 5º del artículo 11 establece la exigencia de que el juez, en la misma audiencia previa, «esclarecerá a las partes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba».

Es dudoso, sin embargo, que pueda hablarse técnicamente de “carga de la prueba”, cuando no son las partes las únicas que pueden aportar medios de prueba. Teniendo en cuenta el concepto de carga, conforme a la definición de Goldschmidt, se trata del imperativo del propio interés: la parte debe llevar a cabo una determinada actividad para evitar que sobrevenga un determinado perjuicio procesal ⁽⁸²⁾. Pero si las partes no son las únicas que pueden llevar a cabo la proposición probatoria, aun en los casos en que no lo hagan, ello no va a implicar necesariamente la obtención del perjuicio. Justamente, la sentencia favorable al demandante puede basarse en la actividad probatoria ordenada de oficio por el juez.

Como decía Rosenberg, «debe partirse de la importancia de la carga de la prueba para el dictado de la sentencia en caso de incertidumbre sobre la situación de hecho» ⁽⁸³⁾, y, de este tenor, que se ha dado en llamar «carga material de la prueba», sí que

puede interesar en los procesos colectivos el concepto que ahora estamos tratando. Es en este sentido que se formulan diversas normas en los párrafos segundo y tercero del artículo 12 del Código Modelo de Procesos Colectivos.

En lugar de mantener el principio clásico de que la carga de la prueba corresponde al que afirma, proclamado, por ejemplo, en el artículo 129 del Código Procesal Civil Modelo⁽⁸⁴⁾ o en el artículo 387.2 y 3 LEC⁽⁸⁵⁾, se adopta un criterio mucho más flexible a la hora de determinar a quién va a corresponder el perjuicio procesal como consecuencia del mantenimiento de la duda sobre los hechos relevantes para la decisión. Esta flexibilidad, desde la perspectiva que hemos adoptado en nuestro análisis, supone una vez más un fortalecimiento de las facultades del juez, pues ya no es la ley la que directamente resuelve esta cuestión, sino la valoración de las circunstancias concretas y la discrecionalidad judicial aplicada racionalmente⁽⁸⁶⁾.

De este modo, el artículo 12.1 del Código Modelo de Procesos Colectivos determina que la carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración⁽⁸⁷⁾. Conviene aclarar que, a diferencia de lo que hemos apuntado con carácter general, varios párrafos más arriba, del segundo inciso de este precepto se desprende la aplicación del concepto de carga procesal, y no tanto el de carga material. Lo anterior no se hace desde la perspectiva de los perjuicios en el momento de valorar el resultado probatorio, sino como guía acerca de quién tiene la iniciativa probatoria. Por tanto, junto a la norma flexible del primer inciso, se introduce una nueva norma que confirma la iniciativa probatoria y quizás, matiza, si no contradice, el párrafo tercero del artículo 12. Es decir, el párrafo primero parece

establecer una jerarquía de iniciativas que desaparece por completo en el párrafo tercero.

Efectivamente, se dispone que, si por razones de orden económico o técnico, la regla inicial (iniciativa probatoria de la parte que tiene mayor disponibilidad o facilidad) no puede ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo sobre el fondo. Para ello se permite requerir pericias a entidades públicas, condenando al demandado vencido al pago de los correspondientes emolumentos⁽⁸⁸⁾. Aun cuando por esta vía no sea posible aportar la prueba que el juez estime necesaria, podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos, al que se refiere el artículo 8 del Código Modelo.

Una última idea importante que conviene destacar de la regulación del artículo 12 se refiere a la provisionalidad de la decisión del juez respecto a la carga de la prueba, pues las modificaciones de hecho o de derecho, relevantes para el juzgamiento de la causa, podrán justificar, en ocasiones, una revisión de la distribución inicialmente prevista de la carga de la prueba, concediendo un plazo razonable para aportarla y con la imprescindible posibilidad de contradicción por la parte contraria.

3.2 En el control de los presupuestos procesales

Por lo que se refiere al examen de las llamadas facultades de dirección formal del juez en los procesos que estamos analizando, el elemento a considerar es la iniciativa judicial en el control de los presupuestos procesales. Con base en los presupuestos procesales de orden público, que son tanto la jurisdicción como la competencia, salvo muy concretas excepciones

relativas a ésta última ⁽⁸⁹⁾, y teniendo en cuenta, sobre todo, su directa regulación por normas imperativas, hoy en día es generalmente admitido que no debe dejarse en exclusiva a las partes la denuncia del eventual incumplimiento de las normas aplicables en este sentido ⁽⁹⁰⁾.

Ciertamente, el artículo 9 del Código Modelo de Procesos Colectivos se limita a la fijación de las reglas especiales en materia de competencia territorial, con una razonable diferenciación entre los juzgados del lugar de los hechos («donde hubiere ocurrido o pudiera ocurrir el daño»), para los casos de ámbito local, y los de la capital, regionales o nacionales, para los daños cuyo ámbito territorial sea regional o nacional, respectivamente. No hay novedades específicas en este punto, pero ciertamente no eran necesarias. Ya el Código Procesal Civil Modelo establece, en su artículo 6, que el Tribunal debe tomar, tanto a petición de parte como de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso. Y en desarrollo de esta previsión general, el artículo 33 del mismo cuerpo normativo, dedicado a pormenorizar las facultades del Tribunal, le atribuye a éste las relativas a la declaración de oficio y, de plano, de las nulidades absolutas e insubsanables ⁽⁹¹⁾, y la de disponer las diligencias que persigan evitar tales nulidades ⁽⁹²⁾.

Más interés tienen las consideraciones en torno al trámite de la demanda colectiva y el control de sus requisitos, por el peculiar contexto que es inherente en este punto a los procesos colectivos, en los que, por definición, quien presenta la demanda no es más que un ideological plaintiff ⁽⁹³⁾, y, por tanto, no es el dueño absoluto de la pretensión, en el sentido de que no es el único titular de los derechos e intereses

subyacentes. Por la propia naturaleza de las cosas, con la finalidad de permitir la tutela efectiva de tales derechos e intereses, el garantismo individual debe convertirse en un garantismo social o colectivo ⁽⁹⁴⁾. En estos casos debe comparecer, necesariamente, un «adecuado representante» de la colectividad interesada, de modo que el representante aparezca como depositario de la legitimación colectiva: al ser un representante cualificado del grupo, si existe una relación afirmada con la pretensión ejercitada en el proceso, se derivará la existencia de legitimación ⁽⁹⁵⁾. Es imprescindible, pues, que el juez competente tenga los instrumentos necesarios para el control de la cualificación del que comparece, con el fin de asegurar la seriedad y el buen propósito de su actuación ⁽⁹⁶⁾.

Ya el Código Procesal Civil Modelo concedía al tribunal un control en cuanto a la presentación de la demanda, de modo que si este escrito no se ajusta a la legalidad aplicable debe disponer que se subsanen los defectos en el plazo que se señale, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada (art. 112.1), pudiendo incluso rechazarla de plano cuando sea manifiestamente no susceptible de proponerse, siempre de manera suficientemente motivada (art. 112.2). Esta relativa amplitud de facultades del juez en el momento inicial del proceso civil tiende a acrecentarse por las circunstancias específicas, cuando se trata de procesos colectivos.

Efectivamente, el Código Modelo de Procesos Colectivos, en su artículo 2, establece un desarrollo muy interesante de los requisitos a los que debe ajustarse, tanto en general como en supuestos particulares, la presentación de una demanda colectiva, es decir, una demanda en la que se ejercite una pretensión relativa a intereses o derechos difusos o individuales homogéneos. Expresamente, se incluyen referencias

específicas a las facultades del juez, cuya mera lectura remite a la amplia experiencia estadounidense.

Como requisitos generales de cualquier demanda colectiva se exigen la adecuada representatividad del legitimado⁽⁹⁷⁾ y la relevancia social de la tutela colectiva. Con el fin de facilitar la decisión del juez se mencionan una serie de datos para que puedan ser examinadas ciertas circunstancias concretas relativas a quien actúa en defensa de la colectividad de interesados. Así, el párrafo segundo del artículo 2 del Código Modelo, en la senda del Derecho federal norteamericano, y acogiendo sus elaboraciones jurisprudenciales⁽⁹⁸⁾, fija como datos a tener en cuenta: la credibilidad, la capacidad, el prestigio y la experiencia del legitimado; sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; su conducta en otros procesos colectivos; la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto al grupo, categoría o clase.

Estos criterios recuerdan, además, aquellos otros que, en diversos ordenamientos, se han fijado legalmente como criterios para discriminar entre entes representativos adecuados y otros a los que se excluiría de la posibilidad de ocupar la posición activa en los procesos colectivos. Ya la Ley francesa núm. 72-546, del 1º de julio de 1972, en materia de lucha contra el racismo, introdujo la exigencia de que se tratara de asociaciones cuya finalidad estatutaria fuera combatir el racismo y que hubieran sido legalmente habilitadas por lo menos cinco años antes de los hechos; todo ello para poder actuar como parte civil en los procesos penales por actividades racistas.

Entre otros muchos ejemplos tenemos la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo Europeos, del 24 de octubre de 2003, sobre acceso a la justicia en materia ambiental⁽⁹⁹⁾, cuyo artículo 8 establece que, para ser reconocidas como entidades habilitadas, las organizaciones o grupos locales, regionales, nacionales e internacionales deberán cumplir las siguientes condiciones: deben ser personas jurídicas independientes y sin ánimo de lucro, y su finalidad estatutaria debe ser la protección y mejora del medio ambiente. Se trata de asegurar que van a defender su objetivo de manera adecuada en los procedimientos medioambientales y sin interferencias de intereses económicos; deben tener una estructura organizativa acorde con los objetivos que la propia entidad se ha trazado; deben haberse constituido jurídicamente⁽¹⁰⁰⁾ y deben haber trabajado activamente para la protección del medio ambiente durante un período mínimo no superior a tres años, pero que deberá concretar cada Estado miembro; y, finalmente, la realización de un estado anual de cuentas en la actuación de la entidad habilitada en defensa de intereses de grupo, certificada por un auditor reconocido, contribuye al aseguramiento de su rigor⁽¹⁰¹⁾.

Es evidente la preferencia europea a favor de limitar la legitimación a las asociaciones representativas, frente a la tradición anglosajona de las Class Actions, en la que puede apreciarse también la representatividad de un individuo, como se prevé ahora en el Código Modelo. En España, cuando se trata de la protección de grupos de afectados indeterminados o difícilmente determinables, también se ha previsto la limitación a las asociaciones que sean representativas, conforme a la Ley [art. 11.3 LEC (Ley 58 de 2000)]. El Legislador no ha promulgado todavía norma alguna en que se establezcan los criterios a aplicar, aunque ello no ha impedido que en los primeros casos planteados en la práctica los tribunales hayan realizado ejercicios

diversos de interpretación, siempre con un loable propósito pro actione.

En el Código Modelo de Procesos Colectivos, el análisis de este criterio no se verá favorecido por un efecto de perpetuatio legitimationis, pues los autores han optado por exigir una representatividad real, más que por la ficción del mantenimiento a lo largo del proceso de las características que se han podido apreciar al inicio del mismo. Por ello, el párrafo tercero del artículo 10 establece que el juez debe analizar de manera continuada («en cualquier tiempo y grado del procedimiento») la existencia del requisito de la representatividad e, incluso, en caso de que en un momento dado se constatará la ausencia de tal requisito, se arbitra un trámite de «búsqueda de demandantes», conforme al párrafo cuarto del artículo 3, pues en ese supuesto —o asimismo, en caso de desistimiento infundado o de abandono de la acción por la persona física, entidad sindical o asociación legitimada— el juez debe notificarlo al Ministerio Público —el cual se encuentra, ordinariamente, entre los legitimados para iniciar un proceso colectivo—, y, en la medida de lo posible, a otros legitimados que puedan ser considerados, a su vez, representantes adecuados, con el fin de que asuman, voluntariamente, el ejercicio de la pretensión colectiva («la titularidad de la acción»).

También, respecto al segundo requisito de la demanda colectiva, la relevancia social de la tutela, el propio Código Modelo ha fijado unos elementos a tener en cuenta por el juez que deba controlar la admisibilidad del acto iniciador de los procesos colectivos. Se propone que éste examine las características de la lesión producida o el número de personas perjudicadas, en el caso concreto en el que se le plantea la naturaleza del bien jurídico afectado.

Los dos requisitos mencionados se aplican a la generalidad de los procesos colectivos que se puedan desarrollar conforme al Código Modelo. Cuando se trate, sin embargo, de pretensiones relativas a intereses o derechos individuales homogéneos, se imponen también dos exigencias adicionales de indudable sabor anglosajón: debe demostrarse el predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y debe justificarse, además, la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto ⁽¹⁰²⁾.

Las diversas decisiones judiciales respecto a todos estos criterios, aparte de una necesaria consideración de las circunstancias concretas y de una suficiente reflexión sobre las mismas, pueden conllevar la necesidad de cierta actividad instructora por parte del juez, pues no siempre del mero escrito de la demanda y de la documentación que se adjunte van a deducirse todos los datos necesarios para la admisión de la demanda colectiva. En caso de insuficiencia de información, no creo que la solución deba ser la directa inadmisión, sino la realización de una cierta investigación preliminar para obtener los datos necesarios; actividad que se ajusta perfectamente al principio *pro actione*, el cual debe informar los procesos colectivos y no debe lesionar la *alienità* del juez respecto al asunto cuya resolución se le ha planteado, sin perjuicio de que el Legislador decida atribuir la decisión definitiva a un órgano jurisdiccional distinto.

4. EL JUEZ Y EL DERECHO EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

Es pacífica la doctrina respecto a la aportación del Derecho al proceso ⁽¹⁰³⁾, pues la aplicación de las normas jurídicas a los supuestos de hecho planteados por las partes entra, de lleno, en el núcleo de la función jurisdiccional como satisfacción de intereses

jurídicamente relevantes⁽¹⁰⁴⁾. El juez, por tanto, no está limitado por la aportación de datos jurídicos que hayan realizado las partes, en tanto ello no suponga modificar el objeto ni introducir hechos distintos. Esta regla es de plena aplicación también a los procesos colectivos, aun con las matizaciones que hemos hecho respecto a cierta ductilidad de la pretensión en estos casos.

Es necesario resaltar, sin embargo, cuando se trata de proteger a través del proceso las pretensiones relativas a intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos, que, como hemos tenido oportunidad de ver repetidamente, la aplicación del Derecho ofrece un mayor ámbito para la decisión judicial. También en la interpretación de las normas procesales hay un aumento de las facultades del juez, sobre todo por la abundancia de conceptos indeterminados que tiene que llenar de contenido, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, considerando de manera ponderada los intereses y derechos en juego.

Esta técnica, muy frecuente en el Derecho anglosajón, ciertamente puede producir incomodidades en nuestros ordenamientos⁽¹⁰⁵⁾ y exige una función realmente creativa del juez competente, para la que se hacen imprescindibles los conocimientos especializados de los que hablaba en un apartado anterior. Las dificultades interpretativas y los desacuerdos de las partes procesales pueden aumentar, multiplicándose los resquicios por los que puedan suscitarse impugnaciones.

Conviene situar la cuestión en los debidos términos, pues no se trata de soluciones normativas totalmente extrañas a nuestros operadores jurídicos. Es más, en nuestro propio Derecho tenemos ya diversos ejemplos relacionados con la protección de los derechos e

intereses de grupo en los que se atribuye un amplio margen a la decisión judicial. La Ley 7 de 1998 (del 13 de abril), sobre Condiciones Generales de la Contratación, al referirse a la sentencia estimatoria de una pretensión individual de nulidad o de declaración de no incorporación, establece que se deberá aclarar la eficacia del contrato [art. 9 LCG (Ley 1490 de 1998)], puesto que, como indica el artículo 10 LGC (Ley 1490 de 1998), la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el cual deberá pronunciarse la sentencia, aplicando lo dispuesto por el artículo 1258 CC (Ley 1 de 1889) y por las disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

Otro ejemplo lo encontramos en la Ley 28 de 1998 (del 13 de julio), de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que dedica el artículo 11 (Ley 2688 de 1998) a lo que denomina facultad moderadora de jueces y tribunales, los cuales, ante circunstancias excepcionales apreciadas discrecionalmente, como desgracias familiares, paros, largas enfermedades, etc., podrán señalar nuevos plazos o alterar los ya convenidos, determinando, en cada caso, el recargo del precio.

En este sentido, una norma general de considerables consecuencias puede ser el principio interpretativo proclamado en el artículo 39 del Código Modelo, que viene a conceder al juez una considerable capacidad decisoria, pues establece que las disposiciones normativas contenidas en esta propuesta iberoamericana serán interpretadas «de forma abierta y flexible», pero no de manera absoluta, sino siempre de manera compatible con la tutela colectiva de los

intereses y los derechos de que trata. Viene a decirnos esta norma que se configura un juez preocupado por la protección de los intereses y derechos colectivos e individuales homogéneos, y ello debe traslucirse en la interpretación de las normas reguladoras de estos procesos. Pero esto no puede suponer convertir al juez en un abogado de los intereses de grupo, sino que debe cuidarse de manera especial su posición imparcial, para resolver rectamente los pleitos que se le planteen.

Conviene recordar que las diversas decisiones del juez en estos procesos —y, por supuesto, en los demás— no equivalen a una meramente subjetiva y arbitraria posibilidad de decidir, sino que obligan a una pormenorizada consideración de los intereses y derechos en juego, con las circunstancias concretas de cada caso, ponderación que debe expresarse en la resolución y que debe poder ser, a su vez, debidamente fiscalizada⁽¹⁰⁶⁾.

Junto a todo ello, al tratar —aunque sea brevemente— la particular relación entre el Juez y el Derecho en los procesos colectivos; debe dejarse apuntada otra cuestión que en algunos casos ha suscitado polémicas, probablemente por no haberse apreciado correctamente la dimensión colectiva de las pretensiones enjuiciadas. Me refiero a la supuesta eficacia cuasi-legal de cierta jurisprudencia en determinadas materias en las que están implicados, precisamente, derechos e intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Me refiero, en primer lugar, al párrafo tercero del artículo 3 de la Ley 50 de 1980 (del 8 octubre), del contrato de seguro (Ley 1957 de 1980), que dispone: «Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales

de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas». O la ya derogada norma contenida en el artículo 20.4 de la Ley 7 de 1998 (del 13 de abril), sobre condiciones generales de la contratación (Ley 1490 de 1998), por la que, en sentido análogo, se establecía que «la sentencia dictada en recurso de casación, conforme al artículo 18, apartado 3 de esta Ley (respecto a pretensiones de cesación, retractación o meramente declarativa), una vez constituya doctrina legal, vinculará a todos los jueces en los eventuales posteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente».

El Legislador no se atrevió a reconocer expresamente la eficacia ultra partes de la sentencia estimatoria de tales pretensiones colectivas, y, con la confusa solución legislativa, dio lugar a complejas consideraciones críticas sobre una supuesta eficacia cuasi-legal de estas sentencias⁽¹⁰⁷⁾. Con buen criterio, la disposición derogatoria única 2.15º LEC (Ley 58 de 2000) procedió a la derogación de este último precepto, con lo cual la cuestión de los efectos de las sentencias que se dicten en estos procesos se regirá por las normas de la LEC. No se trata, por tanto, de resolver las cuestiones creando precedentes jurisprudenciales ajenos a nuestra tradición jurídica, sino, llanamente, de obtener las consecuencias de la estimación de pretensiones colectivas⁽¹⁰⁸⁾.

REFERENCIAS

- 1 Es de estricta justicia, mencionar aquí —aunque sin ánimo exhaustivo alguno— los nombres de aquellos que han contribuido de manera especial a esclarecer los términos de este amplio debate:

M. Cappelletti, M. Taruffo, M. S. Giannini, G. Berti, V. Denti, A. Proto Pisani, V. Vigoriti, C. Rapisarda, E. Grasso, A. Pellegrini Grinover, A. Corasaniti, U. Ruffolo, N. Trocker, B. Caravita, M. Nigro, J. C. Barbosa Moreira, A. Gelsl Bidart, A. M. Morello, G. Stiglitz, R. Bejarano GUzmán, K. Watanabe, A. Gidi, etc., etc., y, en especial, los de quienes fecundamente abrieron camino en el Derecho español: J. Almagro Nosete, con sus trabajos «Nuevos horizontes del derecho a la justicia», Discurso de apertura del curso 1976-1977 en la UNED, publicado en Consideraciones de Derecho Procesal, Barcelona, 1984, págs. 133-149, o «La protección procesal de los intereses difusos en España», Justicia, 1983, págs. 69-86, entre otros, y M. Lozano-Higuero Pinto, autor de la primera tesis doctoral sobre la materia en nuestro país, publicada con el título La protección procesal de los intereses difusos, Madrid, 1983. Fue también pionero F. Gómez de Liaño González, con su artículo «La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», Justicia 1986, págs. 549-576. Ver texto.

- 2 Se trata, naturalmente, de eminentes trabajos como los de FAIRÉN GUILLÉN, V., «El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites (sobre los presupuestos procesales y la audiencia preliminar)», publicado en RDPr, 1951, y recogido en Estudios de Derecho procesal, Madrid, 1955, págs. 223-249; RODRÍGUEZ URRACA, J., Autoridad del Juez y principio dispositivo, Valencia (Venezuela), 1968; de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Autoridad y libertad en el proceso civil» y «Liberalismo y autoritarismo en el proceso», ambos en Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972), t. II, México, 1974, págs. 217-243 y 245-289, respectivamente; de SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesales)», RevDProclb, 1972, págs. 511-543; BAUR, F. «Liberalización y socialización del proceso civil», RevDProclb, 1972, págs. 303-333; entre otros. Ver texto.
- 3 Señalaba Couture, E., Trayectoria y destino del Derecho procesal civil hispanoamericano, Buenos Aires, 1999, pág. 12: «La posición de las partes frente al juez, no es otra cosa que un aspecto particular del conflicto de los intereses individuales con los intereses públicos; de la colisión entre individuo y Estado, entre libertad y autoridad». Ver texto.
- 4 A sabiendas, desde luego, de la prudente afirmación de Berzosa Francos, V., «Principios del proceso», Justicia, 1992, núm. III, pág. 597: «la delimitación de las facultades del juez y de las partes en el proceso es un tema complejo, y como tal no puede solucionarse con afirmaciones simplificadoras». Ver texto.
- 5 Así los denomina Vázquez Sotelo en su artículo «Los principios del proceso civil», Justicia, 1993, núm. IV, pág. 611. Ver texto.
- 6 Son términos utilizados por Gimeno Sendra, V., Fundamentos de Derecho Procesal, Madrid, 1981, pág. 205. Ver texto.
- 7 Vid., Vázquez Sotelo, J. L., «Los principios...», op. cit., págs. 620 y ss. Ver texto.
- 8 Ya en Hansberry v. Lee, 311 U.S. 32, 42, citando el caso Chicago, B. & Q. R. Co. v. Chicago, 166 U.S. 226, 235, se afirmaba que existe violación de las exigencias del due process cuando en el proceso no

- se ha asegurado completamente la protección de los miembros del grupo que permanecen ausentes, pero que van a quedar vinculados por la sentencia. Ver texto.
- 9 Son bien conocidas las dificultades terminológicas y conceptuales que acompañan desde hace tiempo las situaciones jurídicas de ventaja necesitadas de protección procesal colectiva. El término empleado en el texto cumple el requisito de ser una expresión amplia y neutral, que permite englobar las posiciones subjetivas que no son encuadrables claramente en las categorías de los derechos subjetivos individualistas clásicos, o en la de los intereses estrictamente públicos: a pesar de algunos inconvenientes, permite reunir en una unidad conceptual la diversidad de posiciones subjetivas que tienen en común unas serias dificultades de tutela jurisdiccional, a través de legitimaciones individuales y la necesidad de flexibilizaciones en el acceso a la Jurisdicción que, de admitirse, producen necesariamente consecuencias importantes a lo largo del proceso. Ya M. Cappelletti tituló un artículo clásico sobre esta materia: «Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile», RivDProc, 1975, págs. 361-402, y en Alemania K. Thiere utilizó también la expresión «Gruppeninteresse» como subespecie de los intereses supraindividuales («überindividueller Interessen»), entre los que incluía también a los intereses públicos: Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozeß, Bielefeld, 1980, en particular vid., págs. 70-99. Conviene reconocer, sin embargo, que esta terminología puede llevar a cierta confusión a quienes, como los juristas colombianos, están acostumbrados a una acepción más restrictiva de las «acciones de grupo», siguiendo, por ejemplo, el artículo 89 de la Constitución colombiana y la regulación pormenorizada de la Ley 472 de 1998, del 5 de agosto. Ver texto.
 - 10 Es muy ilustrativa de esta visión crítica la exposición de Vázquez Sotelo, J. L., «La tutela de los intereses colectivos y difusos en la nueva Ley de Enjuiciamiento española», en Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo (Coord. J. Ovalle Favela), México, 2004, págs. 177-190. Permitaseme citar también mi artículo «La protección de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Revista Jurídica de Catalunya, núm. 4, 2001, págs. 29-57. Ver texto.
 - 11 Vid., una síntesis de las cuestiones discutidas en BCE, Supl. 2-1985, págs. 8-13. Ej. naturaleza del proceso, estructura del Tribunal, posibilidad de limitar nuevos procesos a los asuntos de consumo, desarrollo del proceso, formas judiciales, posición del juez, representación de las partes, derecho de recurso, etc. Ver texto.
 - 12 En el artículo 6 de la Propuesta de Directiva sobre acciones colectivas y de grupo de los consumidores se disponía lo siguiente: «Las legislaciones internas de los Estados miembros podrán establecer, en los casos y en las formas que determinen, requisitos especiales de admisión para el ejercicio de esta clase de acciones, ya sea por medio de un juicio preliminar de acreditamiento (sic), a cargo del órgano judicial, ya sea por medio del dictamen favorable del Ministerio Fiscal o cualquier otro análogo que cumpla la función de depurar, inicialmente, la fiabilidad y seriedad de las reclamaciones planteadas». Vid., más ampliamente Almagro Nosete, J., «Estudio sobre una proposición de directiva comunitaria que regule las acciones colectivas y de grupo de los consumidores», Justicia, 1990, págs. 519-550. Ver texto.

- 13 Es útil al respecto el artículo 9 del Código Modelo de Procesos Colectivos: «Competencia territorial. Es competente para la causa, el juez: I. del lugar donde hubiere ocurrido o pudiera ocurrir el daño, cuando sea de ámbito local; II. de la Capital, para los daños de ámbito regional o nacional, aplicándose las reglas pertinentes de organización judicial». Como destacó la Prof.^a Pellegrini Grinover, «Pareceres Sobre as Propostas de Emendas Apresentadas ao Anteproyecto de Código Modelo de Processos Colectivos para Iberoamérica», *RevIbDProc*, núm. 5, 2004, págs. 99-100, es preciso hacer una interpretación flexible de esta norma: «cada Estado ao legislar, emtemderá o termo "Capital" de acordo com seu sistema político. No Brasil também existem Capitais de Estados e Capital da Federação, mas isto não impedirá a aplicação do dispositivo, pois cada país poderá determinar se se trata da Capital do Estado ou de uma província ou estado federado». Ver texto.
- 14 En concreto, el Libro Blanco de la Justicia, a pesar de optar claramente por proponer como una de las prioridades la eliminación de los procesos especiales contenidos en leyes especiales no procesales, consideró conveniente la introducción de un procedimiento para la protección de los intereses colectivos con el que se pudiera superar la limitadísima regulación del artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ver texto.
- 15 Baur, F. «Liberalización y socialización...», op. cit., pág. 320, señalaba «cometido de un proceso civil que responda a datos sociales actuales es realizar una síntesis entre la protección de los derechos de las partes, por un lado, y la contemplación de los intereses generales, por otro». Ver texto.
- 16 Es de cita obligada, aunque bien conocida, la clasificación de Montero Aroca, J., *Introducción al Derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, 1976, págs. 215-226, quien, basándose en la distinción entre interés público e interés privado, señala la coexistencia de un proceso necesario «en el que el principio de legalidad determina su nacimiento y contenido» y de otro «en el que, por tratarse de intereses privados, la voluntad de las partes es el elemento determinante tanto de su nacimiento —de la oportunidad de acudir a los órganos jurisdiccionales— como de su extinción». Así, la necesidad y la oportunidad son consideradas como «cabezas de sendas series de principios consecuencia». Ver texto.
- 17 Como decía Alpa, G., *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977, pág. 282: «no está claro hasta qué punto este interés difuso es un interés individual, enmascarado de interés de grupo por simples razones de tutela procesal o es un interés general al que se califica de interés difuso por una simple valoración de las cosas». Ver texto.
- 18 VIGORITI, V., *Interessi collettivi e Processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, págs. 44 y 58. Ver texto.
- 19 Considero que cuando hablamos de la categoría amplia de derechos e intereses de grupo, más que un *tertium genus*, incorporado junto a las categorías clásicas, consiste en una nueva forma de observar éstas últimas a través del prisma de la relevancia colectiva y de la dinámica participativa. Es, por tanto, una nueva forma de considerar algunos intereses individuales, por un lado, y la mayor parte de los intereses generales, por otro; de modo que los intereses individuales

- son ejercitados conjuntamente, así como los intereses generales son también llevados a la protección jurisdiccional por sujetos de la propia comunidad de interesados. Ver texto.
- 20 Nos situamos en este trabajo en el ámbito de lo que Carnacini, T., «Tutela giurisdizionale e tecnica del processo», Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento, vol. II, Milano, 1951, págs. 744-745, denominaba «il principio fondamentale della dipendenza della tutela dalla volontà dell'interessato», es decir, de las normas que se refieren no al «modo di essere dello strumento processo civile, sebbene ancora prima quello basilare della protezione giuridica data agli interessi materiali». Ver texto.
 - 21 Vid., una clasificación de posiciones doctrinales sobre la diversa consideración y alcance del principio dispositivo en Gómez de Liaño González, F., «En torno al principio dispositivo en el proceso civil», Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1973, págs. 555-557. También sobre el distinto alcance que en la doctrina europea se da al principio dispositivo, vid., Vázquez Sotelo, J. L., «Los principios...», op. cit., pág. 614. Ver texto.
 - 22 En palabras de Gimeno Sendra, J. V., Fundamentos..., pág. 188, son características del principio dispositivo: el poder de disposición sobre el derecho material; el poder de disposición sobre la pretensión y la vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes. Por su parte, Berzosa Francos, V., «Principios...», op. cit., págs. 576-577, afirma que este principio consiste «en la disponibilidad que los litigantes tienen sobre el interés privado y sobre la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción». Ver texto.
 - 23 Cfr., Gómez de Liaño González, F., «La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», Justicia, 1986, págs. 549-576. Ver texto.
 - 24 Se refiere a esta figura Alcalá-Zamora, N., «El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas», en Estudios de Teoría general..., op. cit., t. I, págs. 248-253, con el término de «juzgador-parte» se resalta (pág. 245) que «el proceso, en tanto no desemboque en solución autocompositiva, como pugna entre las partes, a resolver por el juzgador, y, por consiguiente, como fenómeno cuyos sujetos principales se encuentran en un muy distinto plano: dos que contienden entre sí y uno instituido para decidir la contienda. Ese tan diverso cometido se traduce, por un lado, en la máxima de que nadie puede ser juez y parte en un mismo litigio y confirma, por otro, cuán exacta resulta la habitual representación gráfica de la justicia mediante una balanza, en la que el fiel se correspondería con el juzgador, mientras que las partes ocuparían el lugar de los platillos». Por eso, por otra parte, afirma (págs. 252-253): «La desaparición del juez-parte, tanto acusador como defensor, debemos incluirla, pues, entre las aspiraciones a una mejor justicia». Ver texto.
 - 25 Como decía Cappelletti, M., «Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o difusi», Giurisprudenza Italiana, IV, 1975, c. 55: imponer la presencia de todos los interesados, aplicando literalmente la garantía del contradictorio, cuando está implicado un número vastísimo de sujetos significa impedir la tutela judicial de estos intereses. Ver texto.
 - 26 Se altera, por tanto, el elemento básico al que se refiere Vázquez Sotelo, J. L., «Los principios...», op. cit., pág. 612: «Caracteriza a la

titularidad de un derecho o interés legítimo que sólo ese titular puede deducirlo en juicio». Ver texto.

- 27 Vid., Fairen Guillén, V., *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, págs. 85-87. Ver texto.
- 28 Se produce, de este modo, un desmentido a las afirmaciones de Lascano, D., «El principio dispositivo en el proceso moderno», *RevDProc*, 1951, II, pág. 3: «¿cómo y quién lleva a conocimiento del juez la existencia del conflicto? Es indudable que los agentes noticiosos no pueden ser otros que los sujetos del conflicto mismo; (...) Por mucho que el Estado, según la tendencia de algunos gobiernos, se inmiscuya y controle la vida y conducta de los individuos, siempre se encontrará en la imposibilidad material de enterarse de todos los negocios y relaciones jurídicas de los mismos». Precisamente, en beneficio de las soluciones plurales para promover la protección procesal de los derechos e intereses de grupo a las que se refería Cappelletti, M., «The Role of the Ministère Public, the Prokuratura, and the Attorney General in Civil Litigation —With a Glance at Other Forms of Representation of Public and Group Interests in Civil Proceedings—», in *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge*, Milano-New Cork, 1975, págs. 152-153: «The answer, I believe, is that the lesson to be found is one of pluralism. The needs of our time are so complex and demanding that it would be foolish to rely upon any single governmental institution to satisfy them (...). Exclusive reliance on the private initiative of individuals, however, would be foolish as well. The “ideological plaintiff” is, in many cases, more an ideal than a reality, albeit an ideal that ought to be encouraged (...) “Private” and “governmental” action should supplement each other». Ver texto.
- 29 Las leyes afectadas en este sentido son en concreto: la Ley 26 de 1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios; la Ley 34 de 1988, general de publicidad; la Ley 25 de 1990, del medicamento; la Ley 26 de 1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la Ley 25 de 1994, sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; la Ley 21 de 1995, reguladora de los viajes combinados; la Ley 7 de 1998, de condiciones generales de la contratación y la Ley 42 de 1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Ver texto.
- 30 En este sentido, son interesantes las propuestas de A. GIDI y las respuestas de A. Pellegrini Grinover, en «Pareceres sobre las Propostas...», cit., págs. 100-101: La propuesta 35 del Prof. Gidi era la siguiente: «O objeto do processo coletivo será o mais abrangente possível, abrangendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária, independentemente de pedido, incluindo tanto as pretensões transindividuais de que seja titular o grupo como as pretensões individuais de que sejam titulares os membros do grupo». Por otra parte, la propuesta núm. 36 del mismo autor reza como sigue: «A sentença coletiva julgará a controvérsia coletiva da forma mais ampla possível, decidindo sobre as pretensões individuais e transindividuais, declaratórias, constitutivas e condenatorias, independentemente de pedido, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado». Frente a ello, la Prof. Pellegrini Grinover pretende evitar excesivas limitaciones a las facultades de disposiciones de las partes: «Não se pode obrigar

o autor coletivo a formular o pedido “mais abrangente possível”. O princípio da demanda, embora atenuado pelo artigo 10 do AP, exige que o autor tenha a disponibilidades sobre a formulação da ação. Deixar a critério do juiz ampliar o objeto da demanda significa impor ao “representante adequado” algo que ele não deseja pedir. Mais equilibrado o artigo 10 do AP». Ver texto.

- 31 Debe destacarse la propuesta restrictiva del Prof. Bejarano Guzmán, en «Pareceres sobre as Propostas...», cit., pág. 102: «oidas las partes y antes de que el juicio se abra a pruebas, el juez permitirá la reforma de la demanda inicial, por una sola vez, para alterar o ampliar el objeto de la misma o la causa de pedir», con la siguiente justificación: «La posibilidad de que el juez permita la alteración del objeto del proceso en cualquier tiempo y en cualquier grado de jurisdicción, podría resultar lesiva del derecho a la defensa y al debido proceso, si tiene ocurrencia en la segunda instancia». El parecer de la Prof. Pellegrini Grinover es contrario, por considerar la enmienda demasiado tímida. Ver texto.
- 32 Destaca el papel central del juez en el sistema estadounidense y su gran control sobre el procedimiento, las partes, los abogados e incluso terceros. Gidi, A., Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para los países de derecho civil, México, 2004, pág. 7. Ver texto.
- 33 Así, la Rule 23 (c)⁽⁴⁾ FRCP permite, por ejemplo, limitar el proceso colectivo a ciertas cuestiones particulares, cuando resulten dificultades en el mantenimiento del objeto del proceso. Cfr. Schuck, «An overview of Class Action», FRD, vol. 70, 1976, págs. 313 y ss. Se establecen los siguientes criterios: las cuestiones que sean tratadas aparte deben ser distintas y separadas de las demás; los derechos al jury trial —a un juicio ante jurado— no deben ser vulnerados; y, además, todos los miembros del grupo, incluidos los ausentes, deben estar vinculados al resultado del proceso. Por otro lado, cabe también la creación de subgrupos y cada uno de ellos puede ser tratado como uno sólo, debiendo cumplir en cada caso los presupuestos normativos. La creación de subgrupos supone un medio para aumentar la fiabilidad de la representación de los miembros ausentes a través de la adición, de hecho, de nuevos participantes activos en el proceso, que puedan defender de un modo más preciso, a través de la protección de sus propios intereses, aquellos de determinados grupos de miembros ausentes. Vid., note, «Developments in the Law. Class Actions», HarLR, vol. 89, 1976, págs. 1388-1389. Ver texto.
- 34 De hecho, gráficamente, Serra Domínguez, M., La Ley 1/2000..., op. cit., págs. 22-23, califica esta norma de totalmente ininteligible. Ver texto.
- 35 Se aclara el espíritu de la norma propuesta en Pellegrini Grinover, A., «Pareceres...», op. cit., pág. 145: «O conceito clássico de litispêndência, mesmo com a abertura para a identidade de interessados, e não de partes, não se adapta às ações coletivas, em que a tendência maior deve ser sempre a molecularização, e não a atomização. O artigo (...) ajuda a reunir causas coletivas que versem sobre o mesmo objeto, independentemente da causa de pedir. Pense-se numa ação popular, em que a causa de pedir seja a nulidade do leilão de privatização, para impedi-la; e num concomitante processo coletivo que verse sobre o mesmo bem, com o mesmo objetivo, mas

- por outro fundamento (a lesão aos interesses nacionais, por ex.). No Brasil, quando a situação concreta ocorreu, em relação à privatização da Cia. Vale do Rio Doce, o Tribunal Superior de Justiça só reconheceu a litispendência entre as diversas ações civis públicas ajuizadas, mas deixou de lado as ações populares. Os interessados eram os mesmos (a coletividade), o objeto das ações também, mas a causa de pedir era diferente. E surgiu uma verdadeira balbúrdia processual em todo o país. É isto que a norma (...) pretende evitar, adotando para as causas coletivas um conceito mais amplo de litispendência». Ver texto.
- 36 Vid., más ampliamente, Note, «Developments in the Law. Class Actions», HarLR, vol. 89, 1976, págs. 1388-1389. Ver texto.
- 37 Bejarano Guzmán, R., Procesos declarativos. Civiles, agrarios, de familia, arbitramento. Acciones populares y de grupo. Nueva ley de conciliación, 2.^a ed., Bogotá, 2001, págs. 174-179, quien, aun criticando la falta de claridad y las contradicciones de la norma, interpreta que «en nuestra opinión, nada se opone a que, en la medida de lo posible, el juez, en el mismo auto en el que convoque a la audiencia especial, dé a conocer las bases de un eventual proyecto de pacto de cumplimiento. De proceder de esta manera, los que pretendan intervenir en la audiencia conocerán el proyecto antes de la misma y, por tanto, estarán en capacidad de presentar comentarios escritos». Pero añade: «Desde luego, como el juez estará en mejor posición de tomar la iniciativa al respecto después de oír en la audiencia las posturas de las partes, vemos muy difícil que antes de la audiencia elabore un proyecto de pacto de cumplimiento, tanto más si se tiene en cuenta que la ley no le obliga a ello». Ver texto.
- 38 Por su parte, también en el procedimiento previsto específicamente para las acciones de grupo, se contempla una audiencia de conciliación en la que podrá participar el Defensor del pueblo o su delegado, como mediador y facilitador del arreglo, salvo que éste mismo sea el demandante, en cuyo caso esa función la asume el Procurador General de la Nación o su delegado. Vid., BEJARANO GUZMÁN, R., Proceso declarativos..., op. cit., págs. 193-194. Ver texto.
- 39 Son, sin duda, muy sugerentes las páginas de Fairen Guillén, V., La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2002), Madrid, 2000. Ya sobre un aumento de los poderes del juez en relación con los presupuestos procesales, proponiendo la regulación de una audiencia preliminar: Fairen Guillén, V., «El principio de autoridad del Juez...», op. cit., págs. 223-249. Conforme a la regulación anterior de la comparecencia del juicio de menor cuantía, introducida en 1984, vid. Alonso-Cuevillas Sayrol, J., La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía, Barcelona, 1992, y del mismo autor, conforme a la nueva legislación «La audiencia previa al juicio», Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a al Ley 1/2000 (Coord. J. Alonso-Cuevillas Sayrol), t. I, Barcelona, 2000, págs. 127-183. Ver texto.
- 40 Gómez de LIAÑO González, F., «La posición del Juez en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en Instituciones del Nuevo Proceso Civil..., op. cit., t. I, pág. 78, respecto a la normativa española, señalaba en este sentido: «En todo caso parece admisible que la conciliación se

produzca en cualquier momento de la comparecencia, y la actuación del juez es, por supuesto, delicada, por lo difícil que resulta ser a la vez mediador y decisor dentro del mismo proceso. Ahora le exigimos que sea un buen psicólogo y tener un buen criterio casuístico. Casi nada». Ver texto.

- 41 Vid. al respecto Ortells Ramos, M., *Las medidas cautelares*, Madrid, 2000, págs. 269-270: «Para la resolución sobre la medida cautelar en el proceso civil rige, como regla general, el principio dispositivo. La petición de parte es presupuesto de la concesión de la tutela cautelar y también medida de la tutela que se puede conceder». Ver texto.
- 42 Es necesario, no obstante, señalar que estas medidas, más que cautelares, son meramente preventivas; es decir, no dirigidas tanto a fortalecer directamente la eventual eficacia de una eventual sentencia condenatoria, sino a evitar perjuicios durante la tramitación del proceso; por tanto, cumplen una finalidad predominantemente protectora. Vid., Huertas Martín, I., *El proceso de incapacitación en la Ley 1 de 2000, de Enjuiciamiento Civil. Aspectos procesales y sustantivos*, Granada, 2002, págs. 157-160. Ver texto.
- 43 Así, Chinchilla Marín, C., «Comentario al artículo 129», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Madrid, 1999, págs. 867-868, resalta que esta Ley en ningún momento «se refiere, ni expresa ni implícitamente, a la posibilidad de que el órgano judicial pueda adoptar medidas cautelares de oficio». Vid., también González Pérez, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29 de 1998, del 13 de julio)*, t. II, 3.^a ed., Madrid, 1998, págs. 2028-2029: «La nueva Ley, en el artículo comentado, reconoce legitimación para solicitar la adopción de medidas cautelares a “los interesados” (...). Fórmula que en modo alguno puede interpretarse en el sentido de que se reconozca legitimación para demandar la adopción de una medida cautelar a quien no sea parte en el proceso». Ver texto.
- 44 Básicamente desde la perspectiva venezolana, vid., Ortiz-Álvarez L. A., *La protección cautelar en el contencioso administrativo*, Caracas, 1999, págs. 292-297, quien señala (pág. 294): «consideramos que en este terreno también es admisible la flexibilidad interpretativa, para, en ciertos casos, satisfacer el mandato constitucional de tutela judicial efectiva e, incluso, para evitar la ejecución de actos manifiestamente ilegales y dañinos a los particulares y a la sociedad; situaciones especiales en las que no debe descartarse la posibilidad de actuación cautelar de oficio por parte del juez contencioso administrativo». Ver texto.
- 45 Desde una perspectiva claramente crítica, vid., Díaz Cabiale, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del Juez*, Granada, 1996, págs. 471-473. En una obra más reciente, vid. Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, P., *La prisión provisional*, Navarra, 2004, pág. 228: «Con esa exigencia, instaurada novedosamente en 1995 y mantenida en 2003, el Legislador se ha apartado de la tradicional configuración del sistema de adopción de las medidas cautelares penales, basado en el principio de oficialidad, en virtud del cual se atribuía al juez la facultad de adoptar de oficio la prisión provisional, a partir de la prudente apreciación y la valoración de las circunstancias que constituyen su presupuesto y justificación. (...) Por el contrario, para la instauración de una situación cautelar

menos gravosa al sometido a alguna medida (destacadamente, la prisión provisional), la Ley no exige la previa instancia de parte acusadora, permitiendo al juez su adopción de oficio». Ver texto.

- 46 Cfr. Arangüena Fanego, C., «Líneas básicas de la Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre Procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado», *Revista de Derecho Penal*, marzo de 2002, pág. 77. Ver texto.
- 47 La amplitud característica de la regulación colombiana en materia de acciones populares se observa en el párrafo segundo de este artículo 25 de la Ley 472, referido a medidas cautelares que debe adoptar necesariamente el juez en determinados supuestos concretos: «Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente, podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado». Ver texto.
- 48 Vid., un resumen de las discusiones doctrinales en mi monografía *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995, págs. 307-308. Ver texto.
- 49 Puede verse un resumen muy ilustrativo sobre las principales posturas doctrinales en Vázquez Sotelo, J. L., «Los principios...», op. cit., págs. 621-627. Ver texto.
- 50 Así, Guasp Delgado, J., «Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)», publicado originariamente como monografía en Barcelona, 1943, y más fácilmente consultable, en *Estudios Jurídicos* (Ed. P. Aragoneses), Madrid, 1996, págs. 279-390; Fenech Navarro, M., «La función del juez en la dirección del proceso civil. A) Facultades procesales de dirección», *Estudios de Derecho procesal* (con J. Carreras), Barcelona, 1962, pág. 243: mientras en el campo material o relativo al objeto litigioso debe procederse con gran cautela al ampliar la autoridad judicial, en el campo estrictamente procesal y procedimental puede ser muy conveniente recortar los poderes de las partes, a fin de que el proceso resulte un instrumento eficaz y económico de la Justicia»; Montero Aroca, J., *Introducción...*, op. cit., pág. 229: «El juez ha de poseer facultades para averiguar la verdad de los hechos y confrontar su correspondencia con los supuestos de las normas jurídicas, como también para medir cuándo y en qué amplitud el arbitrio que multitud de normas le conceden ha de ejercerlo». Picó I Junoy, J., «Los principios del proceso civil», en *Instituciones...*, op. cit., pág. 41: «... si el objetivo de todo proceso es que los jueces y magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a mi entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial y, a la postre, a la búsqueda de la justicia». De manera más restrictiva: Liebman, E. T., «Fondamento del principio dispositivo», *RivDirProc*, 1960, pág. 563: «Restringirne (al dispositivo) il dominio, per accrescere invece i poteri inquisitori del giudice, significherebbe in sostanza attenuare la distinzione tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa ed introdurre nel processo una tendenza paternalistica che non merita alcun incoraggiamento»; Carreras Llansana, J., «La función del juez en

la dirección del proceso civil. A) Facultades materiales de dirección», *Estudios de Derecho procesal* (con M. Fenech), op. cit., pág. 263: «En el proceso civil se debaten ordinariamente intereses privados, y para la defensa de éstos nada mejor que hacer pesar sobre las partes la carga de la actividad; en cuanto al juez, por un malentendido sentido de objetividad, descienda a la lucha y tome en ella parte activa, en tanto correrá peligro su imparcialidad o la objetividad misma que quería defender»; Serra Domínguez, M., «Liberalización y socialización...», op. cit., pág. 535: «Se estima más conveniente que sean las partes quienes propongan la prueba, precisamente por estar más cercanas a los hechos y conocer, por tanto, más fácilmente las huellas que tales hechos han dejado en la realidad circundante; así se evita al propio tiempo que, en su labor de investigación, el juez pueda perder parte de su preciosa imparcialidad»; Gómez de Liaño González, F., «En torno al principio dispositivo...», op. cit., pág. 576: «y solamente en un plano muy secundario y, por supuesto, subsidiario, admitir la iniciativa oficial...». Ver texto.

- 51 A este binomio alude Gimeno Sendra, V., *Fundamentos...*, op. cit., págs. 205-206, estructurando su contenido de la siguiente manera: El principio de aportación implica que a las partes les corresponde la introducción de los hechos en el proceso, que el tribunal no considera los hechos que las partes previamente no le han aportado y que corresponde también a las partes la prueba de los hechos alegados. Mientras que el principio de investigación significa que el juez está obligado, por sí mismo, a la aportación de los hechos y a la práctica de la prueba de los mismos con independencia de la voluntad de las partes. Ver texto.
- 52 Vid., Gómez Orbaneja, E., *Derecho procesal civil* (con V. Herce Quemada), 4.^a ed., Madrid, 1955, pág. 226: el principio de aportación de parte «consiste en que la ley asigna a las partes la función de reunir y traer al proceso el material de hecho, limitando la función del juez a recibirlo, para valorarlo después». Ver texto.
- 53 Como señalaba Almagro Nosete, J., «Garantías constitucionales del proceso civil», *Para un proceso civil eficaz* (Ed. F. Ramos Méndez), Bellaterra, 1982, pág. 12: «El tema probatorio y la incumbencia de la carga de la prueba aunque admite mayores matices y no niega la intervención del juez, pide al menos que cada parte pueda utilizar en apoyo de sus pretensiones los medios de prueba lícitos conducentes a la defensa de sus derechos». Ver texto.
- 54 Cfr., Carnacini, T., «Tutela giurisdizionale...», op. it., pág. 744; Serra Domínguez, M., «Liberalización y socialización...», op. cit., pág. 521; Montero Aroca, J., *Introducción...*, op. cit., pág. 234; Berzosa Francos, V., «Principios...», op. cit., pág. 594. Ver texto.
- 55 Cfr., Proto Pisani, A., *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 2.^a ed., 1996, pág. 214: «Il principio della disponibilità delle prove è principio di mera tecnica processuale che prescinde sia dal principio della domanda sia dal principio della normale correlazione tra titolarità del diritto sostanziale e titolarità del diritto di azione. In particolare è principio che (...) può essere perfettamente capovolto (...) purché tale capovolgimento avvenga nel rispetto del superiore principio di divieto di utilizzazione del sapere privato da parte del giudice». Ver texto.
- 56 Lascano, D., «El principio dispositivo...», op. cit., pág. 10: «El juez no puede proceder de oficio, pero es entendido que su inhibición ha de serlo solamente en todo lo que importe contrariar su función

- específica. La actividad que no suponga sacarlo de su posición de juzgador como tercero imparcial, no está alcanzada por la prohibición referida». Precisamente, LIEBMAN, E. T., «Fundamento...», op. cit., pág. 565, afirmaba: «l'imparzialità è il bene prezioso che deve essere preservato in ogni caso, anche col sacrificio dei poteri d'iniziativa istruttoria del giudice». Ver texto.
- 57 Vid., Alcalá-Zamora Y Castillo, N., «Autoridad y libertad...», op. cit., pág. 240: «Imparcialidad del juzgador no debe confundirse con pasividad suya durante el desarrollo del proceso, sobre todo cuando se trata de ejercitar poderes que la ley le confiera de manera inequívoca». En sentido similar, Vázquez Sotelo, J. L., «Los principios...», op. cit., pág. 605: «La imparcialidad no debe confundirse con la neutralidad. (...) La neutralidad es una exasperación de la imparcialidad», y Díaz Cabiale, J. A., Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez, Granada, 1996, pág. 73: «la identificación entre imparcialidad y neutralidad es una opción ideológica». Ver texto.
- 58 Cappelletti, M., «La protección de los intereses colectivos o difusos», XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, México, 1993, pág. 247, al respecto puntualiza que los intereses colectivos o difusos no pertenecen exactamente al derecho público, sino que poseen características sui generis, pues, en cierto sentido, se encuentran en la mitad del camino entre los derechos privados y públicos: «En otras palabras, son públicos solamente en el sentido en que se refieren a categorías o grupos de personas, pero por lo demás son y permanecen como ciudadanos privados». Ver texto.
- 59 Sobre la audiencia previa en el vigente Derecho español son interesantes las consideraciones de Alonso-Cuevillas Sayrol, J., «La audiencia previa al juicio», op. cit., págs. 127-170. Ver texto.
- 60 Como decía Liebman, E.T., «Fundamento...», op. cit., pág. 560: «Occorre, affinché il giudizio sia rectamente compiuto, assicurare anche psicologicamente l'imparzialità della persona fisica cui il giudizio è affidato». Pero matizaba Gutiérrez de Cabiedes, E., «La socialización del proceso», Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en memoria de los Profesores Vicente Herce Quemada y Angel Duque Barragués, Zaragoza, 1983, pág. 428: «La imparcialidad judicial no es sólo una característica psicológica del juez, que no desea inclinarse a favor de ninguna de las partes, sino más bien una postura objetiva del órgano jurisdiccional que se cualifica por ser su función distinta, psicológica y materialmente, a la de las partes del litigio». Ver texto.
- 61 Refiriéndose al Derecho español, Vázquez Sotelo, J. L., «La tutela de los intereses colectivo y difusos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española», en Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo (Coord. J. Ovalle Favela), México, 2004, pág. 181, destacó la inadecuación del juicio ordinario, y con mayor razón del juicio verbal, para el enjuiciamiento de las pretensiones colectivas, tanto por su estructura como por su diseño. Además, recordó este profesor que la mayoría de juzgados españoles tienen competencias civiles y penales y, por ello, tampoco son adecuados para la compleja tramitación de los procesos colectivos. Ver texto.
- 62 Sentís Melendo, S., «Los poderes del Juez (Lo que el Juez "puede" o "podrá")», La Prueba. Los grandes temas de Derecho Probatorio, Buenos Aires, 1979, pág. 201. Ver texto.

- 63 Así, ya Alcalá-Zamora Y Castillo, N., en «Liberalismo y autoritarismo...», op. cit., pág. 286. El mismo autor, en su estudio titulado «Autoridad y libertad...», op. cit., págs. 236-242, ampliaba esta idea: «Por muy grande que sea el predominio del principio dispositivo, no creo que llegue nunca a erigir a las partes en “únicas dueñas de la actividad procesal y del contenido del proceso”: siempre incumben al juzgador facultades, si no de rigurosa iniciativa, sí relativas a admisión y calificación, sin contar con el importantísimo cometido de decidir cuando no se pongan de acuerdo, que será a cada paso». Y respecto a la aportación de medios de prueba: «como regla, la prueba recae sobre hechos, y acerca de ellos las partes tienen un conocimiento que al juez le falta en la mayoría de los casos —sin contar con la prohibición concerniente al empleo de su ciencia privada—; además, si juzgados y tribunales se hallan por doquiera recargados de trabajo, calcúlese la situación si todavía tuviesen que cuidarse de la búsqueda de la prueba. Es pues, una consideración utilitaria, recomendada por la experiencia y por la economía, la que justifica que, respecto de ella, predomine el principio dispositivo sobre el de oficialidad». Critica esta posición del juez como director del proceso Montero Aroca, J., «Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)», La prueba (Dir. J. Montero Aroca), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000, pág. 32. Ver texto.
- 64 Cfr. Sentís Melendo, S., «Los poderes del juez...», op. cit., págs. 204-206. Ver texto.
- 65 En este sentido, Vázquez Sotelo, J. L., «Los principios...», op. cit., afirma: «Este principio se funda sobre todo en razones prácticas. Las relaciones jurídicas de Derecho privado generalmente son relaciones documentadas. Nadie mejor que los propios litigantes para saber dónde se encuentran y cuáles son los documentos y demás pruebas necesarias para justificar en el proceso el derecho reclamado». Ver texto.
- 66 Compartimos, no obstante, la prudente afirmación de Berzosa Francos, V., «Principios...», op. cit., pág. 597: «... la delimitación de las facultades del juez y de las partes en el proceso civil es un tema complejo y como tal no puede solucionarse con afirmaciones simplificadoras». Ver texto.
- 67 Vid., Martín Ostos, J. S., Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil, Madrid, 1981, pág. 177. Picó I Junoy, J., El derecho a la prueba en el proceso civil, Barcelona, 1996, págs. 260 y ss. Del mismo autor «La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites», Revista del Poder Judicial, núm. 51, 1998 (III), págs. 269-310. Más recientemente, Etxeberria Guridi, J. F., Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC, Valencia, 2003, pág. 85. Ver texto.
- 68 Como afirmaba Fairen Guillén, V., «El principio de autoridad...», op. cit., pág. 224: «De extender la autoridad del juez en el proceso civil, se hace preciso el dirigirla de modo que su ejercicio no redunde en perjuicio de su imparcialidad, así como que no pueda atacar a un minimum de garantías de las partes frente a él». Ver texto.
- 69 Conforme explica Vázquez Sotelo, J. L., «Los principios...», op. cit., pág. 625: «... convertir al juez en una especie de pesquisador de la prueba de los derechos particulares no sólo sería atribuirle un trabajo impropio que la jurisdicción civil no podría asumir sino que resultaría gravemente perturbador para los propios titulares de los derechos». Ver texto.

- 70 Así, en la propuesta realizada por los profesores de Derecho Procesal, publicada con el título Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 1974. Vid., un resumen de esta postura, junto a otras en el mismo sentido, en Berzosa Francos, V., «Principios...», op. cit., pág. 599. Ver texto.
- 71 Cfr., Díaz Cabiale, J. L., Principios de aportación de parte..., op. cit., pág. 77: «Repugnando en última instancia al derecho de defensa, la posibilidad de que un hecho determinado pueda quedar fijado a efectos de la sentencia sin haber mediado la oportunidad de haber practicado prueba sobre el mismo». Ver texto.
- 72 Cfr., Calvo Sánchez, M. C., «La prueba: disposiciones generales. Análisis de los artículos 281 a 298 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. L. 1 de 2000», en Revista del Poder Judicial, núm. 64, cuarto trimestre de 2001, págs. 179-180. Ver texto.
- 73 La misma profesora, en la pág. 171, de manera expresiva, afirma: «No nos encontramos ya frente a un juez inerte, mero espectador de la actuación de las partes, sino ante un juez que debe participar, sin quebrar la esencia de los principios dispositivo y de aportación de parte, si quiere cumplir con el mandato constitucional de dispensar la tutela judicial efectiva, si quiere hacer realidad el artículo 1 de la Constitución que proclama, entre los valores superiores del ordenamiento jurídico, la justicia». Ver texto.
- 74 Se trata de una expresión utilizada por Calvo Sánchez, M. C., «La prueba...», op. cit., pág. 179, para diferenciarla de la «proposición de oficio». Ver texto.
- 75 Vid., una muy interesante discusión sobre esta regulación en Abel Lluch, X., y Picó I Junoy, J. (Coords.), Los poderes del Juez civil en materia probatoria, Barcelona, 2003. Desde una perspectiva claramente contraria a esta iniciativa judicial, López Simó, F., Disposiciones generales sobre la prueba (Análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1 de 2000, del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 2001, págs. 83-85: «concede al órgano jurisdiccional una facultad de intervención en materia de proposición de la prueba que va más allá de los poderes de dirección propios del proceso civil». Ver texto.
- 76 Esta Exposición de Motivos aparece firmada por A. Gelsi Bidart; L. Torello y E. Vescovi. En este mismo texto, al analizar en particular las distintas secciones de la Propuesta, se afirma: «Adhiriendo a la opinión mayoritaria de la actual doctrina procesal y siguiendo los lineamientos de los más recientes ordenamientos positivos, el Anteproyecto, al regular el conjunto de facultades asignadas al órgano jurisdiccional para el cumplimiento del poder-deber que le compete, acentúa características de tipo inquisitivo, aunque sin afectar, con ello, la naturaleza dispositiva del proceso civil, que es de esencia en nuestros sistemas» (Vid., Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia-Antecedentes-Exposición de Motivos, 2.ª ed., supervisada y actualizada por E. Vescovi, Montevideo, junio de 1997, pág. 39). Ver texto.
- 77 Es un paradigmático ejemplo de la amplitud en este tipo de procesos el artículo 28 de la Ley colombiana núm. 472 de 1998, relativo al procedimiento de las acciones populares:
«Artículo 28. Pruebas. Realizada la citación para establecer el proyecto de pacto de cumplimiento, sin lograr acuerdo, o citada ésta

y no efectuada por ausencia de las partes, el juez decretará, previo análisis de conducencia, pertinencia y eficacia, las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinentes, señalando día y hora para su práctica, dentro del término de veinte ⁽²⁰⁾ días prorrogables por veinte ⁽²⁰⁾ días más si la complejidad del proceso lo requiere.

El juez podrá ordenar o practicar cualquier prueba conducente, incluida la presentación de estadísticas provenientes de fuentes que ofrezcan credibilidad.

También podrá el Juez ordenar a las entidades públicas y a sus empleados rendir conceptos a manera de peritos, o aportar documentos u otros informes que puedan tener valor probatorio. Asimismo, podrá requerir de las particulares certificaciones, informaciones, exámenes o conceptos. En uno u otro caso las órdenes deberán cumplirse en el estricto término definido por el juez.

El juez practicará personalmente las pruebas; pero si ello fuere imposible, podrá comisionar en aras de la economía procesal.

En los procesos a que se refiere esta ley, el juez podrá ordenar la práctica de pruebas dentro o fuera del territorio nacional.»

Pero también por lo que se refiere al procedimiento colombiano de las acciones de grupo, aparece la iniciativa probatoria oficial en el artículo 62 de la misma Ley:

«Artículo 62. Pruebas. Realizada la audiencia de conciliación, el juez decretará las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinentes, y señalará un término de veinte ⁽²⁰⁾ días para que se practiquen, dentro del cual fijará las fechas de las diligencias necesarias. Si la complejidad del proceso lo requiere, dicho término podrá ser prorrogado de oficio o a solicitud de parte, hasta por otro término igual.». Ver texto.

- 78 Nos interesa, en este sentido, el artículo 29 de la Ley 34 de 1988, General de Publicidad, que preveía expresamente —hasta su derogación tras la entrada en vigor de la LEC (disp. derog. única 2.12ª)— que el juez, en fase probatoria, podía requerir de oficio al anunciante para que aportara las pruebas relativas a la exactitud de los datos materiales contenidos en la publicidad, atendiendo a las circunstancias del caso y a los legítimos intereses de las partes procesales. Ahora, en estos supuestos, es de aplicación la regulación específica de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece disposiciones específicas en materia de carga de la prueba en el artículo 217.4 LEC, para los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita. Ver texto.
- 79 Fairén Guillén, V., «El principio de autoridad...», pág. 224: «De extender la autoridad del juez en el proceso civil, se hace preciso el dirigirla de modo que su ejercicio no redunde en perjuicio de la imparcialidad». Ver texto.
- 80 Como dice Calvo Sánchez, M. C., «La recusación de los jueces y magistrados (I)», Revista Universitaria de Derecho Procesal, núm. 1, Madrid, 1988, pág. 75: «La independencia e imparcialidad aparecen así como caracteres de los momentos desde lo que puede ser contemplada la Jurisdicción. La independencia alude al momento constitucional, a la Jurisdicción como potestad; la imparcialidad al momento procesal, a la Jurisdicción como función». Vid., al respecto Pedraz Penalva, E., «Sobre el "Poder Judicial" y la Ley Orgánica del Poder Judicial», Constitución, Jurisdicción y Proceso, págs. 144 y 168-172. Ver texto.

- 81 En opinión de Barbosa Moreira, J. C., «Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba», Libro homenaje a Jaime Guasp, Granada, 1984, pág. 157: «El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en erguir obstáculos a la investigación de la verdad. Consiste, sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructora y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos». Ver texto.
- 82 Cfr., Goldschmidt, J., *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin, 1925, pág. 335. Ver texto.
- 83 Cfr., ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, 2.^a ed. en castellano (Trad. E. Krotoschin), Buenos Aires, 2002, pág. 81. Ver texto.
- 84 «Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba». Ver texto.
- 85 Artículo 217: «2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior». Ver texto.
- 86 Como nos enseña Vázquez Sotelo, J. L., «Discrecionalidad y Derecho procesal», *Justicia*, 1995, núms. III-IV, pág. 55: «El Legislador acostumbra a utilizar conceptos jurídicos genéricos cuya determinación o concreción remite a cada supuesto o caso concreto. Emplea entonces conceptos jurídicos indeterminados. Cuando el Legislador utiliza esta técnica, la solución jurídica en el caso (especialmente la solución procesal) no puede ser más que una. En cambio, cuando estamos ante un supuesto de verdadera actuación discrecional, el Derecho no entra en las diversas soluciones que pueden darse, siendo indiferente a todas ellas porque todas son igualmente lícitas y válidas». Ver texto.
- 87 Este criterio dinámico para fijar la carga de la prueba en sentido material no es desconocido en la nueva legislación española: justamente, el apartado 6 del antes mencionado artículo 217 introduce un filtro relativista para interpretar las normas sobre esta materia de la LEC («Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y la facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio») en la doctrina sobre este criterio. Vid., Ormazábal Sánchez, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 9-15. Ver texto.
- 88 Se trata de una norma relativa a las costas procesales que beneficia directamente a la parte representativa de los derechos e intereses colectivos, pues se habla sólo de que pagará los gastos correspondientes a las pericias realizadas «el demandado perdidoso»

- y no el demandante o demandantes a los que no sea estimada la pretensión. Ver texto.
- 89 Como decía DEVIS ECHANDÍA, H., *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1966, pág. 104, «Por regla general, la determinación de la competencia es de interés público, y ello en razón de que mira a la organización de la función judicial y hace referencia a la distribución y asignación de funciones entre los varios funcionarios que componen uno de los órganos del Estado». Ver texto.
- 90 Como recuerda Berzosa Francos, V., «Principios...», op. cit., pág. 602, refiriéndose a la anterior legislación procesal civil española: «Por lo que se refiere al control de los presupuestos procesales, era necesaria, con muy pocas excepciones, la instancia de parte para que el juez pudiera tener en cuenta su ausencia, extrayendo de ella las consecuencias previstas por la ley». Entre esas escasas excepciones aludidas, como indica esta misma profesora, «la más relevante es el examen de oficio, por el juez, de su propia jurisdicción y competencia objetiva y funcional» —arts. 74 y 491 LEC—. Respecto a la legislación procesal civil actualmente vigente en España, debe recordarse el artículo 48.1 LEC, por el cual «La falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto». Con respecto a la competencia territorial, el artículo 58 LEC establece: «Cuando la competencia territorial venga fijada por reglas imperativas, el tribunal examinará de oficio su competencia territorial inmediatamente después de presentada la demanda y, previa audiencia del Ministerio fiscal y de las partes personadas, si se entiende que carece de competencia territorial para conocer del asunto, lo declarará así mediante auto, remitiendo las actuaciones al tribunal que considere territorialmente competente. Si fuesen de aplicación fueros electivos, el tribunal estará a lo que manifieste el demandante, tras el requerimiento que se le dirigirá a tales efectos». Finalmente, el artículo 62.1 LEC se refiere a la competencia funcional: «1. No serán admitidos a trámite los recursos dirigidos a un tribunal que carezca de competencia funcional para conocer de los mismos. No obstante lo anterior, si admitido un recurso, el tribunal al que se haya dirigido entiende que no tiene competencia funcional para conocer del mismo, dictará auto absteniéndose de conocer previa audiencia de las partes personadas por el plazo común de diez días». Ver texto.
- 91 Si bien es verdad que el artículo 25 del Código Procesal Civil modelo proclama el llamado «principio de relatividad de la incompetencia», por el cual se entiende que la incompetencia es subsanable, salvo muy concretas excepciones, en mi opinión no parece que ello pueda implicar la imposibilidad de declarar nulos los actos procesales realizados por un órgano jurisdiccional carente de competencia, sino simplemente la irrelevancia a efectos de prescripción o caducidad de los errores de las partes en materia de competencia. Ver texto.
- 92 Más clara es, no obstante, la regulación española de la LOPJ, cuando en su artículo 238.1 dispone la nulidad de pleno derecho de los actos procesales que «se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional». Por su parte, el apartado segundo del artículo 240 establece que «... el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que

- no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular». Y en el segundo párrafo, más concretamente: «En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal». Ver texto.
- 93 Es sin duda muy útil todavía la cita del estudio de Cappelletti, M., «Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi», en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Atti del Convegno di Studio (Pavia, 11-12 giugno 1974), también publicado en *Giurisprudenza Italiana*, 1975, IV, cc. 51 y ss. Ver texto.
- 94 Cfr., Cappelletti, M., «La protection d'intérêts collectives et de grupe dans le procès civile (Métamorphoses de la procédure civile)», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, págs. 594 y ss. Ver texto.
- 95 Vid., Bettermann, K. A., «Zur Verbandsklage», *ZZP*, 1972, 2, págs. 137-138. Ver texto.
- 96 Se trata de expresiones ya clásicas en la doctrina española, preocupada por la protección de los intereses colectivos y difusos a través del proceso. Proceden de Almagro Nosete, J., «La protección procesal...», op. cit., pág. 77. Ver texto.
- 97 En contra de la formulación de este requisito se ha pronunciado Gutiérrez DE Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, P., *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Navarra, 1999, págs. 203 y ss., partiendo de la defensa de la legitimación incondicionada de cada uno de los individuos, miembros de la colectividad de interesados, para acceder a la Jurisdicción en defensa de los intereses supraindividuales. Por el contrario, siempre que no se impida a cada individuo la tutela judicial efectiva de los derechos de su propia esfera personal y directa, no veo problema en exigir una cualificación especial («representatividad») en quien actúe ejercitando colectivamente la pretensión en defensa de una pluralidad de personas, pues es ello lo que justifica el tratamiento conjunto y que la decisión pueda afectar a todos con las suficientes garantías. Ver texto.
- 98 La Rule 23 (a) FRCP fija como presupuestos para que uno o varios miembros de un grupo puedan demandar o ser demandados en un proceso colectivo: ⁽¹⁾ el grupo es tan numeroso que la actuación litisconsorcial de todos los miembros no es posible, ⁽²⁾ hay cuestiones de derecho o de hecho comunes a todo el grupo, ⁽³⁾ las pretensiones o resistencias de las partes representativas son típicas con respecto a las de los miembros del grupo, y ⁽⁴⁾ se considera que las partes representativas protegerán justa y adecuadamente los intereses del grupo. Ver texto.
- 99 COM (2003) 624 final. Puede verse un estudio de este documento normativo, todavía en tramitación, en Bujosa Vadell, L. M., «La protección jurisdiccional del medio ambiente en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 240, año XXI, enero de 2005, págs. 20-24. Ver texto.
- 100 Así se evitan de un plumazo las inseguridades y problemas que puede ocasionar el reconocimiento de grupos inorgánicos, como los del artículo 7.3 de nuestra LOPJ, o del 6.1.7 de nuestra LEC. Ver texto.

- 101 El artículo 9 de esta propuesta fija los rasgos principales del procedimiento de reconocimiento de estas entidades, de una manera flexible, pues permite que la acreditación del cumplimiento de los criterios se haga caso por caso o a través de un procedimiento de reconocimiento previo. Obviamente, no son incompatibles ambas vías y es importante que puedan mantenerse ambas, de manera simultánea, en los Estados miembros, pues la aprobación caso por caso puede ocasionar una cierta inseguridad jurídica, mientras que el reconocimiento previo tiene el riesgo de anquilosar y burocratizar a los entes exponenciales reconocidos. Por eso, el párrafo segundo del apartado primero del artículo 9 da especial relevancia al reconocimiento ad hoc: «Si el Estado miembro opta por el procedimiento de reconocimiento previo, deberá garantizar también la posibilidad de un reconocimiento rápido ad hoc». No se fijan criterios sobre quién va a ser la autoridad competente o responsable para conceder el reconocimiento, aunque hubiera sido importante establecer que, para el acceso al proceso, el órgano jurisdiccional debería poder en todo caso aplicar los criterios de reconocimiento ad hoc, para procurar una mejor protección del derecho a la tutela judicial efectiva y no depender sólo de proclamaciones in abstracto —o lo que podría ser peor, ad hoc— de autoridades administrativas, ciertamente impugnables, pero poco acordes con la rapidez que exige el artículo 10 para estos procedimientos. También se dejan en manos de la discrecionalidad de los Estados miembros la determinación de las disposiciones detalladas del procedimiento de reconocimiento. Ver texto.
- 102 Como afirman R. O. Berizonce, A. Pellegrini Grinover y A. LAndoni Sosa, en la Exposición de Motivos del Código Modelo, la experiencia brasileña demostró la necesidad de añadir tales requisitos. Ver texto.
- 103 Así, conforme resume Gimeno Sendra, V., *Fundamentos...*, op. cit., pág. 206: «La máxima de la aportación se ciñe a los hechos, nunca al Derecho o a la calificación jurídica, que en virtud del principio de la sustanciación corresponde siempre al órgano jurisdiccional (da mihi factum, dabo tibi ius)». Ver texto.
- 104 La satisfacción de intereses jurídicos se concibió, inicialmente, como función del proceso por J. Guasp Delgado (Vid. *La pretensión procesal*, Madrid, 1981, págs. 19-46), M. Gordillo (*Concepto de Derecho procesal. A través de una noción unitaria del proceso*, 2.ª ed., Salamanca, 1963, págs. 40 y ss.), V. Fairén Guillén («El proceso como función de satisfacción jurídica», *Temas del ordenamiento procesal*, t. I, Madrid, 1969, págs. 353-433), y V. Gimeno Sendra (*Fundamentos...*, op. cit., págs. 241-243). Refiriendo esta función directamente a la jurisdicción: J. Montero Aroca (*Introducción...*, op. cit., págs. 85-112) y E. Pedraz Penalva («Sobre el "Poder" Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, págs. 172-173). Ver texto,
- 105 GIDI, A., *Las acciones colectivas...*, op. cit., págs. 7-11, desde esta perspectiva comparada entre sistemas jurídicos destaca la rigidez y el formalismo de nuestros ordenamientos, frente a la mayor concreción y flexibilidad de los anglosajones y, en particular, del estadounidense, de modo que nuestros jueces suelen estar alejados de la realidad

y de las necesidades específicas de cada uno, mientras que los jueces de las Class Actions tienen un gran espacio para desviarse del procedimiento jugando un considerable papel político y social. Ver texto.

- 106 Son muy pertinentes las consideraciones de J. L. Vázquez Sotelo, en su artículo «Discrecionalidad judicial y Derecho procesal», op. cit., págs. 51-61: «Cuando se concede al Juez un ámbito de libertad hay que entender que la libertad jurídica no se concede para hacer lo que se quiera sino lo que proceda en cada caso» (pág. 58). Ver texto.
- 107 Vid., Barrón de Benito, J. L., *Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Aspectos procesales*, Madrid, 1999; Bustos Lago, J. M., «El control abstracto de las condiciones generales de los contratos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 8 de octubre de 1998, págs. 12; Cordon Moreno, F., «Aspectos procesales de la regulación legal de las condiciones generales de la contratación», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 25 de junio de 1998, págs. 14-15; Espiau Espiau, S. (editor); Ulmer, P.; Coca Payera S, M. y Rodríguez Artigas, F., *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998*, de 13 de abril, 1999; García DE Enterría, E., «La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación», *Diario La Ley*, 1 de octubre de 1998, págs. 1 y ss.; Méndez, R. M., y Vilalta, A. E., *Condiciones generales de la contratación: Acciones individuales y colectivas*, Barcelona, 1999; Pagador López, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1999. Ver texto.
- 108 Supo ver la dimensión colectiva de estas normas desde la perspectiva de la eficacia subjetiva de los efectos de la cosa juzgada, Cachón Cadenas, M., «Comentario al artículo 20», *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez), Madrid, 1999, págs. 201-211. Ver texto.

UN NUEVO PROCESO PARA CONFLICTOS DE INTERÉS PÚBLICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Francisco Verbic^{*,**}

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objetivo ofrecer un panorama general sobre cómo se está desarrollando un fenómeno relativamente novedoso en la República Argentina. Me refiero a la intervención de los jueces en el marco de ciertos conflictos colectivos que denominaré “conflictos de interés público”, cuya solución requiere controlar la constitucionalidad o convencionalidad de acciones y omisiones del resto de los poderes del Estado en materia de políticas públicas (especialmente aquellas vinculadas con sectores de la población tradicionalmente postergados, desprotegidos o desaventajados),¹ y en ocasiones dictar complejas órdenes estructurales para remediar situaciones igualmente complejas. Se trata de una intervención que ha permitido al Poder Judicial en general, y especialmente a la Corte Suprema de Justicia de

* Profesor Adjunto Interino de Derecho Procesal II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (designación en trámite). Director del Departamento de Litigios Colectivos de la Asociación Civil Usuarios y Consumidores Unidos (UCU). Asesor externo de las áreas de Justicia y Litigio del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Secretario General de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP) y miembro de su Comisión de Jóvenes.

** Trabajo realizado con motivo de la conferencia pronunciada en las X Jornadas Brasileñas de Derecho Procesal, Campos de Jordao, 28 al 30 de Agosto de 2014. Agradezco a Roberto O. Berizonce, Martín Sigal, Matías A. Sucunza, José M. Salgado y Federico Sedlacek por sus valiosos comentarios, aportes y críticas sobre el primer borrador de este trabajo.

la Nación (CSJN), consolidar su rol institucional en tanto poder de Estado y que también ha merecido fuertes críticas en diversas oportunidades debido, en gran medida a mi modo de ver, a las relevantes consecuencias sociales, políticas y económicas derivadas de la misma.²

La intención es presentar y analizar concisamente algunas de las cuestiones que rodean y explican dicho fenómeno en la República Argentina, así como también el marco constitucional que lo determina y la evolución jurisprudencial que se ha producido en torno al tema durante la última década. Mi principal finalidad es argumentar sobre lo que entiendo configura en la actualidad el problema más delicado en este campo. Me refiero a la ausencia de un proceso judicial con reglas adecuadas para abordar conflictos que, por muchas razones según veremos, difieren de aquellos que el legislador tuvo en mente al sancionar las normas procesales que actualmente gobiernan la tutela constitucional de derechos en Argentina.

En este orden de ideas comenzaré por realizar una aproximación conceptual a la noción “conflicto de interés público”. Intentaré allí identificar sus principales características y también presentaré algunos de los perfiles que asumen los procesos derivados de su discusión en sede judicial (apartado 2). Luego desarrollaré las razones por las cuales considero que el Poder Judicial argentino tiene un verdadero deber funcional, de orden constitucional y convencional, para intervenir en las causas o controversias de interés público que se promueven ante sus estrados. Un deber en el marco del cual se encuentra facultado para controlar la constitucionalidad y convencionalidad de actos y omisiones de los otros poderes del Estado (apartado 3).

Sobre este piso de marcha abordaré el estado en que se encuentra el marco normativo que gobierna

la tutela colectiva de derechos en Argentina. Adelanto desde ya que a pesar de las claras mandas constitucionales en la materia -y a diferencia de lo que ocurre en Brasil- el escenario se caracteriza por la ausencia de normas procesales idóneas para discutir adecuadamente sobre cualquier tipo de conflicto colectivo en sede judicial. Un vacío legal que produce gran inseguridad jurídica y cuyas derivaciones se tornan particularmente delicadas cuando se trata de conflictos de interés público (apartado 4).

A continuación me ocuparé de identificar las principales implicancias jurídicas y políticas que se derivan para los otros departamentos de Estado como consecuencia del debate sobre este tipo de conflictos en el Poder Judicial, lo cual me permitirá mostrar que este tipo de procesos son mucho más que una simple herramienta de desactivación de conflictos y se erigen como un trascendente instrumento de participación política. Un instrumento con gran capacidad de incidencia concreta en las discusiones que se producen en la esfera pública (apartado 5).

Por último me referiré a los institutos que la CSJN ha creado (o reinventado) en los últimos 10 años a fin de robustecer las discusiones en este campo, dotarlas de mayor publicidad y control, implementar con eficiencia las complejas decisiones que muchas veces resultan de su intervención, permitir la participación de la ciudadanía en el debate y en la supervisión de cumplimiento de las sentencias, y generar mecanismos de diálogo con la administración pública para avanzar en la implementación de los remedios ordenados en forma razonable y sin intervenir en las esferas de poder privativas del resto de los departamentos de Estado. Se trata, como veremos, de institutos diagramados por dicho tribunal tanto en ejercicio de su función administrativa como netamente jurisdiccional. Institutos cuya utilización

se ha propagado –con ciertas variables- a diversas jurisdicciones locales (apartado 6).

A propósito de esto último, y antes de avanzar con el desarrollo propuesto, es importante tener presente que si bien este trabajo se enfoca en el ordenamiento jurídico nacional y la jurisprudencia de la CSJN, mucho de lo discutido aquí puede resultar trasladable (con las adecuaciones del caso) al análisis de lo que está sucediendo en la Ciudad de Buenos Aires y en diversas provincias ya que los Estados locales que conforman la República Argentina no son ajenos al fenómeno en estudio.³

1. CONFLICTOS DE INTERÉS PÚBLICO Y CAMBIO DE ESTRUCTURA PROCESAL

Una primera cuestión a determinar es de orden conceptual y tiene que ver con la delimitación de la noción “conflictos de interés público”. En una primera aproximación al tema podría afirmarse que todos los conflictos colectivos son conflictos de interés público, si partimos de la premisa que cualquier conflicto colectivo: (i) involucra una gran cantidad de personas afectadas en sus derechos de manera similar; y (ii) su debate en sede judicial exige abordar cuestiones de trascendencia política, social y/o económica, aunque más no sea por el gran número de personas afectadas.⁴ Sin embargo, el alcance que acuerdo en este trabajo a la noción “conflictos de interés público” es más restringido ya que sólo abarca dos especies de conflictos colectivos.

Por un lado, los conflictos colectivos que demandan al Poder Judicial expedirse sobre la constitucionalidad y convencionalidad de una determinada situación fáctica y exigen el dictado de una sentencia estructural como único remedio viable para garantizar la tutela de

los derechos afectados.⁵ Entre los ejemplos de este tipo de conflictos en Argentina podemos mencionar los casos “Mendoza”, sobre contaminación de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo,⁶ y “Verbitsky”, donde se debatió sobre las condiciones de vida de las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires.⁷

Por otro lado, también considero comprendido en la noción “conflictos de interés público” aquellos conflictos colectivos que, aun sin exigir ese tipo de complejas decisiones, ponen al Poder Judicial en situación de decidir sobre la constitucionalidad y convencionalidad de ciertas acciones u omisiones del poder estatal en el marco de la diagramación e implementación de políticas públicas (especialmente aquellas vinculadas con sectores de la población tradicionalmente postergados, desprotegidos o desaventajados). Decisiones que en algunos casos pueden ir acompañadas de órdenes de condena que no llegan a adquirir la complejidad que caracteriza a las de tipo estructural. Como ejemplos de este tipo de conflictos podemos mencionar el caso “Halabi”, en torno a la constitucionalidad de cierta normativa que permitía escuchas telefónicas sin orden judicial,⁸ el caso “Defensor del Pueblo de la Nación c. ENA”, vinculado con el alcance del derecho a un haber jubilatorio móvil,⁹ y el caso “Asociación Benghalensis”, sobre el incumplimiento de la obligación estatal de proveer asistencia, tratamiento y medicación gratuita a los enfermos de HIV de todo el país.¹⁰

En ambos supuestos (conflictos cuya solución demanda órdenes estructurales y conflictos que se solucionan con una sentencia declarativa de inconstitucionalidad o una condena tradicional), nos enfrentamos con conflictos de índole policéntrica¹¹ cuya introducción en el Poder Judicial provoca casos

que, tal como afirma Berizonce,¹² demandan de los tribunales “nuevas y más complejas misiones” y que, como señala Damaška, muchas veces involucran a estos últimos en actividades administrativas de supervisión e incluso en el ejercicio de “mini legislación”.¹³ Este fenómeno, lógicamente, demanda romper con un molde procesal que ha derivado en Argentina (salvo algunas excepciones) en relevantes sentencias sobre conflictos de interés público dictadas en la oscuridad y secretismo de un expediente escrito, como fruto de un debate entre pocos, sin intermediación con el juez ni audiencias públicas, sin mecanismos de intervención y participación social, y sin herramientas de publicidad que concurrieran a garantizar transparencia y control social sobre la discusión.¹⁴

Las excepciones a que me refería son resultado del activismo de algunos jueces y tribunales que han logrado construir y gestionar en Argentina procesos con particularidades que vale la pena destacar, ya que demuestran la insuficiencia del sistema procesal tradicional para atender conflictos de estas proporciones. Entre ellas podemos comenzar mencionando justamente el ejercicio de un fuerte activismo y la ampliación de los poderes del juez (o bien el uso efectivo de aquellos poderes acordados por la normativa procesal, tradicionalmente no utilizados).¹⁵ Asimismo, se destaca el empleo de un método dialogal para la solución del conflicto, el cual tiende a producirse en un marco de publicidad y transparencia más amplio que el del proceso tradicional.¹⁶ En tercer lugar, muchas veces puede observarse en el trámite de estos asuntos la modulación y flexibilización de ciertas reglas postulatorias y probatorias. En cuarto término, estos procesos suelen caracterizarse por finalizar con el dictado de complejas decisiones de tipo remedial que comúnmente implican mandas de diversa índole y se proyectan hacia el futuro más

que hacia el pasado,¹⁷ aun cuando –según vimos– en ocasiones puede bastar con una condena tradicional o bien con la mera declaración de inconstitucionalidad o inconveniencia de ciertos actos u omisiones estatales.¹⁸ Cuando se trata de asuntos que derivan en órdenes estructurales, encontramos todavía otra característica de este nuevo tipo de procesos en la generación de complejos procedimientos de ejecución o implementación de la sentencia, los cuales se continúan en el tiempo y demandan cierta relación dialogal entre las partes y el órgano judicial para su efectivo cumplimiento.¹⁹ Por último, se destaca en estos procesos la tensión que (siempre, indefectiblemente) producen en la lógica tradicional del sistema republicano de gobierno con motivo de permitir una injerencia directa del Poder Judicial sobre decisiones de otros poderes del Estado que podrían considerarse tomadas, al menos en principio, en ejercicio de funciones privativas de los mismos.²⁰

Vale señalar que el tratamiento de estos asuntos de interés público en sede judicial fue durante mucho tiempo un fenómeno que se produjo casi exclusivamente en América del Norte.²¹ Este escenario, sin embargo, ha cambiado drásticamente desde entonces ya que tanto en Argentina como en otros países de la región latinoamericana y del mundo las cortes nacionales han asumido un rol protagónico en la definición de cuestiones de interés público de diversa índole.²² Curiosamente, por cierto, según explica Resnik en la actualidad la tendencia parece ser exactamente opuesta en los Estados Unidos, donde cada vez más ciertos grupos desaventajados, como ser los consumidores y trabajadores, “están siendo enviados al sector privado para resolver sus disputas a través de la doctrina sobre la Ley Federal de Arbitraje y otros desarrollos.”²³

2. MARCO DE ACTUACIÓN CONSTITUCIONAL Y LÍMITES DEL PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Una de las premisas sobre las que se asienta este trabajo es el hecho que el Poder Judicial tiene un deber funcional –de orden constitucional y convencional– de intervenir en el marco de causas o controversias que se plantean antes sus estrados y que, en ejercicio de dicho deber, le corresponde controlar la constitucionalidad y convencionalidad de omisiones, leyes y actos administrativos de los otros poderes del Estado que afecten derechos fundamentales de grupos de personas.²⁴ Esto se deriva del modelo orgánico e institucional que la CN adoptó en el año 1853, el cual no es más que una copia de la Constitución federal estadounidense,²⁵ y se refuerza con el nuevo diagrama que adquirió la carta magna en su reforma del año 1994 atento el estatus constitucional acordado a los “derechos de incidencia colectiva” y al poder de diversos actores sociales y políticos para actuar en su defensa ante los estrados de la justicia (art. 43 CN).

Tal como sucede en los Estados Unidos y en aquellos países que han seguido su modelo de división de poderes con un esquema de controles, pesos y contrapesos, el poder de revisar la constitucionalidad de las acciones y omisiones de los otros departamentos de Estado ha generado históricamente importantes desarrollos doctrinarios en torno a si tal actuación resulta democrática o no (especialmente en el intento de justificar la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes).²⁶ Si estamos hablando de conflictos de interés público y de control de constitucionalidad y convencionalidad de políticas públicas, es evidente que resulta necesario tomar una posición al respecto.

Sobre el particular entiendo que la rama Judicial configura en la República Argentina un poder del Estado tan democrático como el Ejecutivo o el Legislativo, aun cuando su legitimidad descansa sobre bases distintas al sufragio popular (ya que los jueces federales no son elegidos mediante el voto de la población).²⁷ Igualmente, considero que la actuación del Poder Judicial en la desactivación de conflictos de interés público no implica necesariamente un avance indebido sobre el resto de los departamentos de Estado, como se argumenta desde algunos sectores, en la medida que los jueces ejerzan con responsabilidad su tarea y se limiten a actuar en el marco de las competencias que le fueron constitucionalmente asignadas.²⁸ Esto, por cierto, ha sido reafirmado con suma claridad por la CSJN en una reciente decisión dictada en una causa colectiva promovida por el Defensor del Pueblo de la Nación a fin de controlar las condiciones del servicio de transporte ferroviario.²⁹

Cabe también subrayar que la CN (desde su formulación original) confiere al Poder Judicial un cúmulo de competencias exclusivas e irrenunciables. Lo que intento destacar con esto es que la resolución de conflictos de interés público configura una verdadera y propia obligación del Poder Judicial, siempre que –claro está– aquellos sean introducidos en su seno en forma de “caso”, “causa” o “controversia” (art. 116 CN).³⁰ Desde esta perspectiva es fundamental tener en consideración que la CSJN redefinió la noción de “causa” al dictar sentencia en “Halabi”, dando paso a la idea de “causa o controversia colectiva” y ampliando de tal modo el escenario de discusión de conflictos ante los estrados de la justicia.³¹

Entonces: cuando el Poder Judicial actúa en el marco de un “caso”, “causa” o “controversia” de tipo colectivo, no puede argumentarse dogmáticamente

que hay invasión de competencias privativas de los otros poderes del Estado. Por el contrario, el abuso efectivamente se presenta cuando el Poder Judicial excede dicho límite. En este último supuesto sería correcto hablar de vulneración del principio de división de poderes, pero debe quedar en claro que se trata de un supuesto patológico. Lo normal es que el Poder Judicial actúe dentro del marco de sus competencias. Los excesos existen, como en todo ámbito. Sin embargo, se trata de las excepciones que confirman la regla y que cuentan con sus canales específicos para ser corregidas (juicio político, jurados de enjuiciamiento). Por otra parte, si el Poder Judicial puede resolver cientos o miles de conflictos similares o idénticos vinculados con una misma política pública y planteados de manera atomizada ante diversos tribunales, uno podría concluir que no existe un problema constitucional –en términos de competencia al menos– para que ese mismo poder del Estado resuelva el conflicto general en forma concentrada cuando se presenta debidamente ante sus estrados como una “causa colectiva”.³²

No obstante lo expuesto, para concluir con este punto debo realizar dos advertencias.

La primera es que la doctrina sobre “causa” (y “ausencia de causa”) no es más que un instrumento discursivo que ha utilizado el Poder Judicial para mantenerse al margen de ciertas discusiones o bien, como hizo la CSJN en los últimos años, para comenzar a involucrarse en las mismas. Esto supone que es el propio Poder Judicial quien determina los alcances de su competencia mediante la interpretación que acuerde a la señalada noción de “causa”. Desde tal perspectiva creo que es interesante observar cómo esta doctrina sobre el alcance de “causa o controversia” ha venido a ocupar en nuestras discusiones el lugar

que inicialmente tenía la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables³³ y que luego pasó a ocupar en gran medida la doctrina de “falta de legitimación activa”^{34.1} Si tenemos esto en consideración y también el hecho que la CSJN, en tanto cabeza de unos de los departamentos del Estado e intérprete final de la CN, ya amplió el alcance de su poder en conflictos de interés público al interpretar la noción de “causa” en el sentido colectivo al que hice referencia, es evidente que la necesidad de un nuevo proceso para debatir este tipo de casos se torna todavía más urgente.

La segunda advertencia tiene que ver con el hecho que los abusos del Poder Judicial en este campo también pueden producirse al momento de definir el alcance de los remedios ordenados, e incluso en el marco del procedimiento de ejecución de los mismos. Sucede que, aun actuando en el marco de una “causa colectiva”, los jueces pueden extralimitarse en sus decisiones o bien en el modo de lograr su implementación, por lo cual cabe demandar del Poder Judicial la mayor prudencia posible a fin de evitar intromisiones indebidas en las esferas de actuación privativas del resto de los poderes del Estado.³⁵

3. EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL ARGENTINO EN MATERIA DE TUTELA COLECTIVA DE DERECHOS

Desde la reforma operada en el año 1994 la CN reconoce la existencia de derechos de incidencia colectiva en cabeza de diversos sectores o grupos de habitantes.³⁶ Igualmente, desde entonces el texto constitucional confiere legitimación procesal a los particulares afectados, las asociaciones intermedias, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo de la Nación para accionar en defensa de dichos derechos en sede judicial.³⁷ Esto supone reconocer, lógicamente

y como principio, la legitimidad convencional y constitucional de una eventual sentencia cuyos efectos, cualificados por la cosa juzgada, recaigan sobre todo el grupo representado por tales legitimados colectivos.

Se trata de cara y cruz de una misma moneda: si hay legitimación colectiva debe haber cosa juzgada colectiva. Si no se reconoce la constitucionalidad de esta última, la primera no es más que un eufemismo. Por tanto, si la legitimación colectiva tiene rango constitucional es bastante absurdo discutir si corresponde o no reconocer como constitucional la cualidad de cosa juzgada expansiva de los efectos de la sentencia colectiva o bien, lo que es lo mismo, predicar en términos abstractos y generales como hacen algunos que este tipo de sentencias violenta el principio de división de poderes.³⁸ Por cierto, además, la propia CSJN reconoció en "Halabi" la raíz constitucional de esta cosa juzgada expansiva y su carácter inherente a la acción colectiva.³⁹

En este contexto, si no deseáramos contar con procesos colectivos en el sistema de administración de justicia argentino (ni, por tanto, con las sentencias colectivas que ellos implican, puesto que –vuelvo a la carga- sin sentencia colectiva no puede hablarse propiamente de proceso colectivo alguno) habría que comenzar por modificar la CN y eliminar de su articulado tanto los derechos de incidencia colectiva como las figuras sociales y políticas que han sido reconocidas como legitimadas para actuar en su defensa. Sin embargo esto es algo que difícilmente pueda ocurrir en Argentina debido, al menos, al avance del tema en la jurisprudencia, la cláusula de derechos implícitos de la constitución histórica (actual art. 33 CN) y el principio de irreversibilidad en materia de derechos humanos, que impediría dar marcha atrás

en materia del reconocimiento y alcance ya acordado a la tutela judicial colectiva.⁴⁰

A pesar del claro marco constitucional que determina la vigencia del derecho a una tutela judicial colectiva en Argentina, lo cierto es que nuestro país carece todavía de regímenes procesales adecuados para debatir y resolver conflictos colectivos en sede judicial y mucho menos, por supuesto, conflictos de interés público en el sentido que acordamos a éstos en el presente trabajo. Las únicas regulaciones disponibles en la actualidad a nivel nacional para tratar conflictos en clave colectiva son la Ley General del Ambiente N° 25.675⁴¹ y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240.⁴² Ambas leyes fueron sancionadas por el Congreso de la Nación y pueden ser caracterizadas como leyes “de fondo” por regular mayormente derechos sustantivos. A pesar de tal caracterización, en las dos podemos encontrar ciertas disposiciones procesales que resultan aplicables a casos que involucran conflictos en esas áreas particulares del derecho.⁴³

Se trata, sin embargo, de disposiciones aisladas y carentes de la sistematicidad mínima que supone cualquier sistema procesal que se digne de tal.⁴⁴ Es por ello que la doctrina elaborada por la CSJN en torno a distintos aspectos de los procesos colectivos configura en la actualidad una fuente del derecho imprescindible para todos los operadores jurídicos argentinos que trabajan en este campo. Me refiero especialmente a aquella derivada del caso “Halabi”, donde –entre otras cosas– la CSJN estableció los requisitos de procedencia de la acción colectiva en tutela de derechos individuales homogéneos,⁴⁵ y además realizó diversas precisiones sobre las condiciones de admisibilidad formal de este tipo de procesos ante la ausencia de “pautas adjetivas mínimas que regulen la materia”.⁴⁶

4. IMPLICANCIAS DEL CORRIMIENTO DEL ÁMBITO DE DISCUSIÓN SOBRE CONFLICTOS DE INTERÉS PÚBLICO

Decía al inicio de este trabajo que la discusión sobre conflictos de interés público en sede judicial, con la consiguiente mayor injerencia de los tribunales en el campo de las políticas públicas, es un fenómeno relativamente novedoso en la República Argentina.⁴⁷ Esto se debe en gran medida al hecho que en los últimos años, y cada vez con mayor intensidad, diversos actores sociales han ganado allí un rol protagónico en el escenario del debate público mediante el planteo de acciones judiciales de diversa índole que configuran, a no dudarlo, una modalidad muy concreta de intervención política en el sistema democrático. Una modalidad bien diferente al sufragio popular y con gran potencial de impacto concreto en la agenda pública.⁴⁸ Mediante el planteo de tales acciones estos sujetos se han convertido en “aceleradores” de ciertas decisiones gubernamentales impostergables que, no obstante revestir tal carácter, eran efectivamente diferidas en el tiempo por los poderes Ejecutivo y Legislativo con motivo de la existencia de otras prioridades en la agenda.⁴⁹ Los casos “Mendoza” y “Verbitsky” sirven nuevamente como ejemplos paradigmáticos ya que muestran una activa intervención de la CSJN en procesos colectivos de reforma estructural que involucran aspectos de política pública tan delicados como la salubridad del entorno vital de millones de individuos y las condiciones de detención de las personas privadas de libertad en la Provincia de Buenos Aires.

Estos casos y varios otros más -como pueden ser el caso “Rizzo”, promovido por una agrupación de abogados para discutir la constitucionalidad de la última reforma al Consejo de la Magistratura de la

Nación,⁵⁰ “ADC c. PAMI”, donde se buscaba obtener acceso a información respecto del modo de inversión de la pauta publicitaria de un organismo público,⁵¹ o “F.A.L.”, sobre condiciones de acceso seguro al aborto no punible.⁵² trasladaron al seno del Poder Judicial el debate sobre conflictos que en otras épocas se resolvían, con un amplio margen de discreción, en sede administrativa o legislativa.⁵³ Además, estos casos fueron determinantes para demostrar las trascendentes consecuencias sociales, políticas y económicas que genera el corrimiento en el ámbito de discusión de tales conflictos para los departamentos de Estado encargados de diagramar e implementar políticas públicas. Entre ellas pueden señalarse al menos las siguientes:

(i) Imposibilidad de esgrimir razones de mérito y conveniencia para postergar decisiones cuando hay derechos fundamentales afectados, y consiguiente obligación de instrumentar soluciones aún en situaciones de crisis y limitaciones presupuestarias para garantizar el mínimo existencial de tales derechos.⁵⁴

(ii) Severa restricción en el manejo del tiempo de las decisiones.

(iii) Puesta en juego de la responsabilidad (política y personal) de los agentes y funcionarios encargados de tomar tales decisiones.

(iv) Alta exposición mediática de los asuntos, lo cual produce un reposicionamiento de los factores de poder y genera una mayor transparencia en la discusión.⁵⁵

(v) Traslado del poder de decisión sobre asignación de recursos presupuestarios, al menos indirectamente, a manos ajenas (a manos de los jueces).

(vi) Obligación de discutir en base a reglas iguales para todas las partes involucradas y frente a un tercero imparcial, quien debe resolver el asunto justificando su decisión conforme a derecho y no en directrices políticas.

Uno de los aspectos más delicados de todo este asunto es que las mencionadas consecuencias de la modificación que se ha producido en el ámbito de debate sobre ciertos conflictos de interés público se producen no sólo cuando el Poder Judicial excede sus competencias -y vulnera por ello el principio de división de poderes- sino también cuando aquel actúa en un marco constitucionalmente legítimo delimitado por la existencia de una "causa colectiva". Tal vez sea ésta una de las razones por las cuales a veinte años del establecimiento constitucional de derechos y legitimaciones colectivas en la República Argentina no se ha sancionado todavía un sistema procesal idóneo para brindar respuestas adecuadas a diversos conflictos que aquejan a grupos específicos de la sociedad y que no encuentran cauce de debate en los canales tradicionales de diálogo institucional.⁵⁶ Tal vez sea ésta también una buena razón para que el fenómeno de los procesos colectivos donde se discuten conflictos de interés público comience a ser estudiado con mayor profundidad no sólo por abogados sino también, y muy especialmente, por politólogos.

Insisto: la posibilidad de plantear conflictos de interés público en sede judicial configura mucho más que un mecanismo de protección de derechos. Configura, como he tratado de demostrar, un canal de participación política directa que rompe con las modalidades tradicionales de intervención, produce serias consecuencias y está generando, con ello, un verdadero cambio de paradigma en la dinámica de distribución del poder en el marco de la sociedad

argentina.⁵⁷ Ante esta realidad no parece razonable pretender dirimir semejantes conflictos mediante las herramientas que nos confiere el proceso tradicional.⁵⁸

5. INSTRUMENTOS IMPLEMENTADOS POR LA CSJN A NIVEL REGULATORIO Y JURISPRUDENCIAL

La CSJN no ha sido ajena al fenómeno en estudio. Aun a falta de una ley que regule mecanismos adecuados para discutir sobre conflictos de interés público en sede judicial, nuestro máximo tribunal de justicia se ocupó en los últimos diez años de establecer por vía reglamentaria distintos instrumentos tendientes a abrir el debate a la sociedad y robustecer la discusión, mejorar las condiciones de publicidad y transparencia en este tipo de procesos, y contar con elementos de juicio que le permitan dimensionar el eventual impacto de sus decisiones en términos de macroeconomía. Entre ellos se destacan las regulaciones sobre *amicus curiae* y audiencias públicas, así como también la creación de la Unidad de Análisis Económico y la Oficina de Justicia Ambiental.

El régimen de *amicus curiae* encontró recepción inicial en la CSJN hace justamente diez años mediante una regulación que, según surge de sus fundamentos, tuvo como premisa considerar este instituto “como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia”.⁵⁹ La reglamentación aprobada en esa oportunidad no obtuvo buenos resultados en su implementación. Debido a ello, la CSJN realizó una convocatoria para proponer modificaciones al régimen y luego una audiencia pública donde diversas organizaciones del tercer sector tuvieron oportunidad de discutir al respecto.

Como consecuencia de esto, hace poco más de un año se dictó la nueva regulación que actualmente gobierna el funcionamiento del instituto.⁶⁰

Entre sus características más relevantes cabe mencionar que pueden presentarse como amigos del tribunal tanto personas físicas como jurídicas (incluso el Estado, en todos sus niveles) “con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito”, quienes deben fundar su interés en la causa y “expresar a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos”, así como también expresar “si ha recibido de ellas financiamiento o ayuda económica de cualquier especie, o asesoramiento en cuanto a los fundamentos de la presentación, y si el resultado del proceso le representará —directa o mediatamente— beneficios patrimoniales” (art. 2). Tal presentación puede ser espontánea o por invitación del tribunal (art. 8) y únicamente puede realizarse en asuntos “de trascendencia colectiva o interés general” (art. 1). La determinación de si el caso admite o no la presentación de amicus es tomada por la propia CSJN en una providencia dictada al efecto (art. 5). La Acordada vigente también establece el objeto de la presentación y sus límites, señalando que el memorial debe estar orientado a “enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas” y que “No podrá introducir hechos ajenos a los tomados en cuenta al momento de trabarse la litis, o que oportunamente hayan sido admitidos como hechos nuevos, ni versar sobre pruebas o elementos no propuestos por las partes en las etapas procesales correspondientes” (art. 3).⁶¹

Otro de los instrumentos regulados por la CSJN en ejercicio de sus poderes administrativos es el de

las audiencias públicas.⁶² Según puede leerse en los fundamentos de la Acordada que receptó este régimen, el declarado propósito de la CSJN para avanzar en su implementación fue “elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República”, señalándose también que “la participación ciudadana en actos de esta naturaleza y la difusión pública” permitirán “poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal”.⁶³ La norma contempla la posibilidad de convocar audiencias públicas con el voto de tres de los jueces del tribunal (art. 1) y prevé tres tipos de audiencias: informativas, conciliatorias y ordenatorias (art. 2).⁶⁴ Igualmente, permite a los jueces interrogar libremente a los abogados “sin que ello implique prejuizgamiento” (art. 9), establece expresamente que “las audiencias serán públicas” y dispone que para participar en ellas se dará prioridad “a las partes y a quienes ellas designen hasta una cantidad máxima que fije el Tribunal”. El público en general podrá asistir “hasta el número de personas que fije el Tribunal según la disponibilidad de espacio que exista en cada asunto” (art. 5). A fin de superar las limitaciones de infraestructura que podrían impedir una amplia participación, la Acordada dispone que las audiencias “serán filmadas y grabadas” y que sus actas “serán públicas y accesibles” (art. 11).⁶⁵

En lo que hace a la Unidad de Análisis Económico, fue creada hace cinco años y tiene a su cargo la realización de aquellos “estudios de índole económica” que le encomiende la CSJN a fin de evaluar el impacto que podrían producir ciertas decisiones.⁶⁶ Para cumplir su cometido esta Unidad se encuentra facultada a solicitar informes a las reparticiones públicas competentes. En los fundamentos del acto de creación el tribunal enumeró distintos derechos reconocidos

por la CN que involucran “contenidos directamente referidos a cuestiones de naturaleza económica”⁶⁷ y sostuvo, con invocación de un precedente propio, que “la importancia de las cuestiones reseñadas precedentemente justifica que sobre ellas se efectúe un razonable juicio de ponderación en el cual ‘...no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma’ (Fallos 302:1284)”⁶⁸.

Finalmente, entre las medidas tomadas reglamentariamente por la CSJN para el tratamiento y mejor abordaje de conflictos de interés público vale mencionar la reciente creación de una Oficina de Justicia Ambiental “bajo la Superintendencia directa” del tribunal (art. 1).⁶⁹ La misma cuenta con tres áreas principales (capacitación, investigación y recolección de datos, art. 2) y entre sus funciones se cuentan, entre otras, las de “implementar y realizar el seguimiento de las acciones derivadas de la Norma Ambiental y de las acciones previstas en la creación de la Comisión de Ambiente y Sustentabilidad” (art. 1, inc. b);⁷⁰ “impulsar, coordinar y fortalecer la difusión de las decisiones e iniciativas vinculadas con la Justicia Ambiental a nivel nacional e internacional” (art. 1, inc. e); establecer vinculación “con oficinas de similar carácter a nivel nacional e internacional” (art. 1, inc. c); y recabar información “para plasmar todos los datos que pueden resultar trascendentes a favor de la construcción y difusión de la justicia ambiental” (art. 1, inc. f).

Se trata, sin lugar a dudas, de valiosas herramientas para la gestión y decisión de casos que involucran conflictos de interés público. El único inconveniente es que sólo se encuentran disponibles ante los estrados

de la CSJN, cuando los objetivos que pretenden avanzar pueden considerarse como algo valioso (verdaderamente necesario, podríamos argumentar) en todas las instancias de discusión.

Además de las señaladas reglamentaciones dictadas en ejercicio de su poder administrativo, la CSJN ha creado (o bien reinventado) jurisprudencialmente diversos instrumentos procesales en el marco de ciertos casos de interés público. Entre ellos se destacan:

El dictado de sentencias “exhortativas” por medio de las cuales, luego de constatada la existencia de una determinada situación inconstitucional, el Poder Judicial sugiere a los otros poderes del Estado actuar en determinada línea de acción.⁷¹

La generación de mesas de trabajo entre los representantes colectivos y las autoridades condenadas a cumplir las decisiones estructurales, con el objeto de tender puentes de diálogo entre las partes a fin de lograr modalidades razonables y eficientes de implementación de las sentencias.⁷²

La delegación de la ejecución en jueces inferiores elegidos ad hoc con la finalidad de generar intermediación con los miembros del grupo afectado y dotar de mayor celeridad a la resolución de las incidencias que pueden suscitarse en el marco del procedimiento de ejecución de sentencia.⁷³

La imposición de condenas pecuniarias (astreintes) en cabeza de ciertos funcionarios a título personal,⁷⁴ una herramienta que si bien fue expresamente vedada por la Ley N° 26.854 en materia de medidas cautelares contra el Estado no encuentra impedimento alguno para ser utilizada cuando se trata de compeler al cumplimiento de sentencias de mérito.⁷⁵

La implementación de mecanismos externos de control y participación ciudadana en el procedimiento de ejecución de sentencia, con intervención de organizaciones no gubernamentales, organismos y funcionarios públicos.⁷⁶

Algunos de estos instrumentos jurisprudenciales han sido adoptados, con ciertas variables, por tribunales de distintas jurisdicciones locales.⁷⁷ El ejemplo más emblemático es el de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo fuero contencioso administrativo y tributario ha generado una de las experiencias más ricas en el país en materia de litigios sobre conflictos de interés público (la más rica, sin dudas, si hablamos de aquellos de reforma estructural).⁷⁸

6. CIERRE

La regulación de un proceso adecuado para la discusión de conflictos de interés público es algo que se impone de manera urgente al cumplirse veinte años de la última reforma constitucional que tuvo lugar en la República Argentina.⁷⁹ Según vimos, el nuevo pacto constitucional reconoce expresamente numerosos derechos en cabeza de diversos sectores de la población, confiere poder a ciertos actores sociales y políticos para defenderlos en justicia y, además, confirma que son los jueces los responsables primarios -en su rol de garantes de tales derechos- de controlar la constitucionalidad y convencionalidad de las acciones y omisiones de los otros poderes del Estado. Un deber que resulta particularmente delicado cuando los conflictos a resolver están vinculados con los sectores más débiles de la población, debido a los tradicionales problemas de estos últimos para acceder al diálogo institucional y al propio sistema de administración de justicia.⁸⁰ Este marco constitucional ha permitido que, especialmente en los últimos diez

años, la sociedad argentina haya sido testigo de una fuerte injerencia del Poder Judicial sobre el resto de los departamentos de Estado (tanto a nivel federal como local) en lo que hace al control de ciertas acciones y omisiones inconstitucionales o inconventionales que provocan la afectación colectiva de derechos fundamentales (intimidad, salud, vivienda, previsión social, educación, acceso a la justicia, acceso a la información pública, entre otros).

No he pretendido discutir en este trabajo si está bien o mal que el Poder Judicial intervenga del modo en que lo hace en el campo de la resolución de conflictos de interés público.⁸¹ De hecho, estoy seguro que el dilema no puede siquiera plantearse en términos tan simples. Sin perjuicio de ello, creo haber presentado suficientes razones para demostrar dos cosas: (i) que este tipo de conflictos tienen características muy diferentes a los clásicos conflictos en función de los cuales fue pensando y diagramado el instrumental procesal argentino; y (ii) que el marco convencional y constitucional vigente en la República Argentina permite a sus jueces actuar del modo en que lo están haciendo, siempre que sea con prudencia.⁸²

A la luz de esta realidad, el gran problema que enfrentamos hoy en Argentina es la ausencia de reglas en función de las cuales debatir argumentos y tomar decisiones con suficiente legitimidad política en este delicado campo,⁸³ así como también para lograr una razonable y debida implementación que permita dotar de eficacia a tales decisiones e impedir que se cometan abusos en la etapa de ejecución.⁸⁴ Ello, a su turno, es fruto de otro problema todavía más grave y actual: la falta de un debate público franco y sincero sobre este asunto para generar consensos mínimos respecto de cómo deben diagramarse estas nuevas (e imprescindibles) reglas procesales.⁸⁵

Afirmo que estas reglas son imprescindibles debido al alto impacto social, político y económico que tienen tanto la discusión como la resolución de conflictos de interés público en sede judicial. Si tenemos esto en consideración, no parece razonable permitir que el gran poder político que hoy tienen los jueces al actuar en este campo sea ejercido mediante decisiones tomadas en procesos tramitados en base a reglas de debate que no cumplen con los estándares mínimos de publicidad, transparencia y participación social que demanda la discusión de estos asuntos fuera de las arenas del Estado con representación mayoritaria.⁸⁶

Desde este punto de vista, tampoco parece razonable que a esta altura del Siglo XXI, y siendo plenamente conscientes de las complejidades involucradas en toda decisión de política pública,⁸⁷ esas reglas de debate no estén preparadas para incorporar adecuadamente el trabajo interdisciplinario de expertos y entidades científicas, aprovechar las ventajas de las nuevas tecnologías de la información, ni generar mecanismos de diálogo más fluidos para solucionar estos conflictos. Me refiero tanto a mecanismos de diálogo que vinculen a los propios tribunales que componen el sistema de administración de justicia a fin de compartir información y experiencias, como a mecanismos que tiendan a vincular con mayor fluidez a tales tribunales con los poderes del Estado que fueron elegidos en forma directa por la sociedad para decidir las prioridades de la agenda pública y determinar el modo de asignar los recursos estatales a fin de satisfacer las necesidades de la población.

En el mismo orden de ideas, y ya para terminar, entiendo que también deberíamos repensar y discutir si estamos dispuestos a tolerar que el debate sobre este tipo de conflictos se encuentre limitado por el rígido sistema de preclusiones que gobierna nuestro proceso

tradicional. Un sistema que no sólo puede obturar la incorporación de nuevos argumentos relevantes para el caso y la producción de medios probatorios que llevarían a una mejor verificación de los enunciados de hecho de las partes (y, consiguientemente, a una decisión más justa del litigio),⁸⁸ sino que también puede llevar a discusiones estériles en torno a la posibilidad de modificar los efectos de la propia sentencia de mérito en este tipo de complejos asuntos cuando se producen cambios relevantes en las circunstancias de hecho o de derecho que dieron lugar al dictado de la misma.⁸⁹

A pesar de todo lo expuesto, lo cierto es que las perspectivas actuales de obtener una regulación adecuada sobre este tema en la Argentina no son alentadoras si tenemos en cuenta que el país carece todavía de normas idóneas sobre procesos colectivos en general, a pesar de la seria exhortación realizada por la propia CSJN al Congreso de la Nación hace 5 años al pronunciarse en el caso "Halabi".⁹⁰

NOTAS:

- 1 Sobre grupos desaventajados ver en general los trabajos reunidos en el libro Gargarella, Roberto (compilador) "Derechos y grupos desaventajados", Gedisa Editores, 1999. La CSJN utilizó la terminología "tradicionalmente postergados" o "débilmente protegidos" para referirse a estos sectores de la población al pronunciarse en "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", sentencia del 24/02/09, Fallos 332:111.
- 2 Ver Sucunza, Matías A. "La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos: conceptualización e interpelaciones en pos de su concreción", Microiuris, 10 y 11 de Julio de 2014, MJ-DOC-6787-AR y MJ-DOC-6788-AR (señalando que "en esta última década se ha constatado una paulatina resignificación del rol institucional del poder judicial, el cual se ha posicionado como un verdadero poder de Estado llamado a dialogar con el resto para la construcción, mejoramiento y perfeccionamiento de las políticas institucionales y públicas que propenden, promueven, reconocen u operativizan derechos, marcando y consensuando la agenda de gobierno").

- 3 La República Argentina es un país federal cuyo Estado central coexiste con 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual tiene un status particular reconocido por la CSJN. Los poderes del gobierno federal son sólo aquellos que han sido delegados por las provincias. El sistema político supone que todo poder no expresamente delegado queda en manos de estas últimas. En materia de administración de justicia debemos tener en cuenta que el artículo 5 de la Constitución Nacional establece, como condición para el reconocimiento de la autonomía de las provincias argentinas, la obligación de organizar su propio sistema de justicia. Esta obligación, por supuesto, incluye las pertinentes regulaciones orgánicas y procesales, así como el consiguiente poder para sancionarlas ya que se trata de un poder no delegado al gobierno federal. Sin embargo, la CSJN ha reconocido la constitucionalidad de normas procesales dictadas por el gobierno federal para regir en la órbita provincial bajo ciertas condiciones.
- 4 Verbic, Francisco "Procesos colectivos. Necesidad de su regulación", L.L. 2010-A-769.
- 5 En esta línea encontramos a Berizonce, Roberto O. "Los conflicto de interés público", RDP 2011-2, pp. 75-76 (sosteniendo que "Los conflictos de interés público o estratégicos son aquellos que involucran derechos fundamentales colectivos, canalizados a través de los denominados litigios de derecho público, desarrollados a partir de la década de los 50' en el derecho norteamericano"); del mismo autor, "La jurisdicción protectora o 'de acompañamiento'", de próxima publicación en RDP 2014-2 (refiriéndose a los conflictos de interés público como aquellos tramitados en "procesos colectivos de interés público o estructurales, que por su propia esencia inevitablemente concitan el involucramiento, en mayor o menor medida, de los jueces en las políticas públicas"). Para una lectura crítica del fenómeno ver Shoben, Elaine W. – Tabb, William M. – Janutis, Rachel M. "Remedies. Cases and Problems", Fourth Edition, Foundation Press, New York, 2007, p. 303. Para algunas críticas contra las órdenes que se derivan del planteo de este tipo de conflictos en sede judicial ver Sandler, Ross – Schoenbrod, David "Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government", Yale University, 2003, Introduction (afirmando que las órdenes y acuerdos estructurales "usualmente no se acercan (en ocasiones, ni remotamente) a lo que el derecho exige para el caso, sino que representan tratos que, como otros en política, reflejan un cúmulo de diversos motivos").
- 6 CSJN, sentencias del 20/06/06 y del 08/08/08, causa M. 1569. XL. "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios". En este caso la pretensión lleva por objeto la recomposición del medio ambiente en la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo (resuelta en la sentencia dictada en el mes de Julio de 2008), así como el reclamo de una indemnización por daño colectivo (aún pendiente de resolución). También formó parte de la pretensión original el reclamo de los daños individuales homogéneos sufridos por los miembros del grupo afectado, pero la Corte estimó que tales postulaciones no correspondían a su competencia originaria (ver la sentencia dictada en el mes de Junio de 2006).
- 7 CSJN, sentencia del 03/05/05, causa V. 856. XXXVIII. "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la

causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus". La pretensión planteada por el CELS fue dirigida directamente al Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires. Llevaba por objeto solucionar la situación de las personas detenidas en establecimientos policiales y penitenciarios, así como también obtener de parte de dicho Estado local el diseño y la implementación de las políticas públicas necesarias para evitar la reproducción de problemas del género en el futuro. Para un análisis de las exhortaciones realizadas a los poderes públicos de la Provincia de Buenos Aires en el marco de esta decisión ver ARDOY, Leandro "Las sentencias exhortativas y sus límites (en los habeas corpus colectivos)", RDP 2013-2, pp. 339 y ss.

- 8 En este caso el actor promovió una acción de amparo con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley N° 25.873 y su decreto reglamentario N° 1563/04, en cuanto imponen a los prestadores de servicios de telecomunicaciones la obligación de captar y derivar, en las condiciones allí reguladas, todas las comunicaciones que transmiten, para permitir su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio Público. Aun cuando todo indica que Halabi nunca intentó discutir sobre el conflicto en clave colectiva (lo cual surge de la lectura del fallo y es confirmado con la lectura del escrito de demanda), la CJN calificó al asunto como un caso de "derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos" y, entre otras cosas, exhortó al Congreso de la Nación a sancionar una norma procesal adecuada para debatir en este tipo de casos.
- 9 CSJN, sentencia interlocutoria del 12/06/12, causa D. 45. XLV "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ Amparos y Sumarisimos". En este caso el Defensor del Pueblo promovió una acción de amparo con el objeto de obtener la aplicación colectiva de los criterios vertidos por la CSJN en materia de movilidad jubilatoria en los precedentes "Badaro, Adolfo Valentin c/ANSeS s/reajustes varios", causa B.675.XLI, sentencias del 08/08/06 ("Badaro I", ordenando al Estado Nacional a cumplir con el principio de movilidad jubilatoria) y del 26/11/07 (Badaro II", determinando el modo de hacerlo ante la inactividad del Estado Nacional luego de la primera sentencia). El caso cuenta ya con dictamen adverso de la Procuración General, quien al expedirse sobre el tema en fecha 08/03/10 entendió que no hay caso colectivo debido a la falta de homogeneidad entre las pretensiones de los miembros del grupo representado por el Defensor. La sentencia dictada por la CSJN en fecha 12/06/12 contiene un pedido de actualización y ampliación de cierta información, ya requerida por entonces a la Administración Nacional de la Seguridad Social, con respecto a diversos aspectos que se consideran necesarios para "el estudio de la temática planteada". La causa se encuentra en estudio de la CSJN desde entonces.
- 10 CSJN, sentencia del 01/06/10, causa A. 186.LXXXIV, "Asociacion Benghalensis y Otros c/ M. de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986". En esta oportunidad la CSJN confirmó la sentencia condenatoria que ordenó al Estado Nacional "dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y, en especial, al suministro de medicamentos -en forma regular, oportuna y continua- a los enfermos que se encuentren registrados

en los hospitales y efectores sanitarios del país". Para ello se remitió al dictamen de la Procuración General, donde entre otras cosas fue señalado que "El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio" (apartado X).

- 11 Chayes, Abraam "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *Harvard Law Review*, Vol. 89, May 1976, p. 1281.
- 12 Berizonce, Roberto O. "Los conflicto de interés público", op. Cit. En la misma línea, Chayes, Abraam "The Role of the Judge in Public Law Litigation", op. Cit.; Resnik, Judith "Managerial Judges" (1982), Faculty Scholarship Series, Paper 951.
- 13 Damaška, Mirjan R. "The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process", Yale University Press, 1986, p. 237.
- 14 Tal como afirma Berizonce "Transparencia e información, en definitiva, resultan fundamentales para alentar la participación social, a través del involucramiento de los ciudadanos y de sus entidades representativas, facilitando la defensa de sus derechos individuales y colectivos. La participación de los propios interesados legítima y facilita la confianza en el propio sistema democrático" (Berizonce, Roberto O. "Virtualidad de los derechos fundamentales e institucionalidad republicana y democrática", Disertación pronunciada en las V Jornadas de Profesores de Derecho Procesal organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, La Plata, 5-6 de abril de 2013, disponible en <http://www.aadproc.org.ar/index.php/opinion/17-virtualidad-de-los-derechos-fundamentales-e-institucionalidad-republicana-y-democratica>, última visita el 24/08/14).
- 15 Verbic, Francisco "El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos", en Berizonce, Roberto O. (Coordinador) "Los Principios Procesales", Librería Editora Platense, La Plata, 2011. En sede jurisprudencial el mejor ejemplo de activismo puede encontrarse en la causa "Mendoza", todavía en trámite ante la CSJN. Allí, asumiendo un rol activo pocas veces visto antes (si es que alguna vez), a pesar de diversos defectos postulatorios la Corte no rechazó la demanda promovida por los actores sino que tomó una serie de importantes medidas instructorias y ordenatorias con el objeto de poder avanzar en la resolución del conflicto. Entre ellas se destacan las siguientes: (i) pedido de informes a las empresas demandadas sobre diversos aspectos relacionados con el caso; (ii) requerimiento a los tres Estados demandados y al COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente) para que presenten un plan integrado que contemple diversas actividades orientadas a solucionar el conflicto; (iii) citación a una audiencia pública para que las partes informen oralmente al Tribunal sobre dicho plan integrado; y (iv) concesión de una oportunidad para la parte actora a fin de mejorar su demanda mediante el aporte de la información faltante, puesta de resalto en la propia sentencia (mayores desarrollos sobre lo hecho por la CSJN en este caso en Verbic, Francisco "El remedio estructural de la causa 'Mendoza'. Antecedentes, principales características y

algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP N° 42, Diciembre 2013).

- 16 Me remito al análisis que realizamos con Berizonce del anteproyecto brasileño que lleva por título Principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas, originado en el CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais) y liderado por los profesores paulistas Ada Pellegrini Grinover y Kazuo Watanabe. Allí señalamos que “Con ser admitido que en el modelo del Estado Democrático de Derecho se reserva a los jueces verdaderas funciones de garantía para asegurar, en ejercicio de control de constitucionalidad y de convencionalidad, la operatividad de los derechos fundamentales, sobreviene el arduo desafío de articular en concreto semejantes atribuciones con las funciones políticas a cargo de los restantes poderes. Precisamente la intervención de los jueces en función de garantía y el contenido eminentemente público de la jurisdicción brindan sustento a novedosos modelos de procesos y de gestión, caracterizados por singulares métodos ‘dialogales’ y encaminados a la búsqueda concertada de soluciones estructurales” (Berizonce, Roberto O. – Verbic, Francisco “Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño)”, L.L. 2013-D-778).
- 17 Ver Bergallo, Paola “Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina”, disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=yfs_sela (última visita 24/08/14).
- 18 El caso “Halabi” es un claro ejemplo de esto.
- 19 Verbic, Francisco “Ejecución de sentencia en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones”, Ponencia General - XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, Argentina, Septiembre 2013; Verbic, Francisco “El caso ‘Mendoza’ y la implementación de la sentencia colectiva”, J.A. 2008-IV-336.
- 20 Berizonce, Roberto O., “Virtualidad de los derechos fundamentales e institucionalidad republicana y democrática”, op. Cit.; Verbic, Francisco “Ejecución de sentencia en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones”, op. Cit.
- 21 En este sentido, hace poco más de dos décadas Taruffo y Hazard afirmaban que “El rol central que tienen los tribunales ordinarios en la resolución de controversias que involucran cuestiones de derecho público es un fenómeno exclusivo [unique to] de los Estados Unidos. En la mayoría de los demás sistemas políticos modernos las cuestiones de derecho público son usualmente resueltas por tribunales especiales que tienen competencia en asuntos administrativos y constitucionales, y mediante procedimientos especiales” (Hazard, Geoffrey C. Jr. – Taruffo, Michele “American Civil Procedure”, Yale University Press, New Haven, 1993, p. 29).
- 22 Sólo por poner algunos ejemplos podemos destacar en esta línea la actuación de la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la India, el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Constitucional de Sudáfrica.

- 23 Resnik, Judith "The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure at 75", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 162, Forthcoming, 1792-1836, 1833.
- 24 Sobre el alcance del control de convencionalidad y su aplicación en la jurisprudencia de la CSJN me remito a Verbic, Francisco "Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Principales Características y Algunos Apuntes sobre su Aplicación en el Ordenamiento Jurídico Argentino", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2013.
- 25 Un análisis histórico de la tensa relación entre la CSJN y el resto de los poderes del Estado en la República Argentina antes de la reforma de 1994 puede consultarse en Oteiza, Eduardo "La Corte Suprema. Entre una justicia sin política y una política sin justicia", *Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1994*. Ver también el trabajo de Molinario, Alberto en Molloy, John F. "Miami Conference Summary of Presentations", 20 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 47, 49 (2003) (explicando que en Argentina "Los padres fundadores de nuestro país se inspiraron en la Constitución de los Estados Unidos de América. Por ello nuestro sistema evolucionó de la misma manera que el sistema estadounidense, ya que los Estados, que nosotros llamamos 'Provincias', existieron antes del gobierno federal. Estas Provincias se reunieron en un Congreso y adoptaron una Constitución. En contraste con Argentina, la estructura gubernamental de Brasil, a pesar de que también es republicana, evolucionó de otra manera. Brasil empezó como una monarquía, un imperio, y recién luego se convirtió en una república federal"). Una explicación sintética de cómo funciona el sistema legal y la estructura de gobierno estadounidense con relación al proceso civil puede consultarse en Hazard, Geoffrey C. Jr. – Taruffo, Michele "American Civil Procedure", *Yale University Press, New Haven, 1993*, pp. 29-50 (ver en especial la explicación sobre la lógica sistémica del control de constitucionalidad que los autores realizan en la p. 33).
- 26 entre otros ver los trabajos de ely, john h. "democracia y desconfianza", ed. siglo del hombre, santa fe de bogotá, 1997; gargarella, roberto "la justicia frente al gobierno", ed. ariel, españa, 1996; "la dificultad de defender el control judicial de las leyes", *isonomía* n° 6/abril 1997; "crítica de la constitución. sus zonas oscuras", ed. capital intelectual, bs. as., 2004; fiss, owen m. "the supreme court 1978 term", 93 *harv. l. rev.* 1; nino, carlos s. "fundamentos de derecho constitucional", ed. astrea, bs. as. 2000, pp. 657 y ss.; "la constitución en la democracia deliberativa", ed. gedisa, barcelona, 1997, pp. 258 y ss.; dahl, robert "la toma de decisiones en una democracia: la corte suprema como una institución que crea políticas públicas", *revista jurídica de la universidad de palermo*, año 8, n° 1.
- 27 he defendido esta posición en verbic, francisco "procesos colectivos", ed. astrea, bs. as. 2007, capítulo iii. para una crítica de la misma ver tesheiner, josé m. r. "acoés coletivas e legitimidade democrática do poder judiciário", disponible en processoscoletivos.net.
- 28 sobre el corrimiento que ha experimentado la csjn hasta asumir un rol determinante como cabeza de un poder judicial que ya no es ajeno al proceso político, ver el trabajo de sagües, maría s. "perfil de la corte suprema de justicia de la nación en el marco del pacto de estado para

la justicia. ámbito institucional y revisor en la dinámica jurisdiccional y política actual”, en oteiza, eduardo d. “reforma procesal civil”, ed. rubinzal culzoni, santa fe, 2010, pp. 493 y ss.

- 29 csjn, sentencia del 24/06/14, causa d.275.xlvi “defensor del pueblo de la nación c/ trenes de buenos aires (tba) y otro s/ amparo ley 16.986”. en esta sentencia el ministro fayt sostuvo que “la forma republicana de gobierno (artículo 1° de la constitución nacional) y la vigencia del principio de división de poderes, que le es inherente, imponen la necesidad de armonizar el ejercicio de esa función judicial esencial con las atribuciones que incumben a otros poderes del estado, a fin de asegurar su equilibrio y coexistencia” (considerando 7°). también afirmó que si bien el poder judicial no debe abrir juicio acerca de las causas que pudieron haber llevado a la declaración de emergencia del sector ni sobre las razones por las cuales persiste esa situación, sí es de su incumbencia “examinar en el caso concreto, en qué medida los actos que se ponen en ejecución para remediar la emergencia declarada y los efectos que ellos provocan sobre los derechos y garantías que la Constitución Nacional -con emergencia o sin ella- reconoce a todos los habitantes del país” (Considerando 11°).
- 30 El art. 116 de la CN establece en su parte pertinente que “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación...”.
- 31 En “Halabi” la CSJN sostuvo que la “causa o controversia” se configura de manera diferente según el tipo de derechos que se encuentren en disputa, abriendo paso así a la idea de “causa o controversia colectiva” como algo diferente a la tradicional “causa (individual)”. Ver en este sentido el Considerando 13° del voto de la mayoría (“De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho”) y el Considerando 11° (“En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa”). Sobre el redimensionamiento de la noción de “causa” antes de “Halabi” ver MAurino, Gustavo – Nino, Ezequiel – Sigal, Martín “Las acciones colectivas”, Ed. LexisNexis, Bs. As., 2005, pp. 210 y ss.; Salgado, José M. “La corte y la construcción del caso colectivo”, L.L.Sup.Const. 2007 (junio), 1; Verbic, Francisco “Procesos Colectivos”, Ed. Astrea, Bs. As., 2007, capítulo II, apartado 4
- 32 Giannini ha expuesto esta idea muy claramente en Argentina al trabajar sobre la tutela de derechos individuales homogéneos en general (ver Giannini, Leandro J. “La tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos”, Librería Editora Platense, 2007, pp. 72 y ss.).
- 33 Sobre los alcances y usos de esta doctrina ver el trabajo de Haro, Ricardo “El control jurisdiccional y las ‘cuestiones políticas’: Nuevas perspectivas”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar> (última visita el 24/08/14).

- 34 Sobre la función política que tuvo (y tiene) la doctrina sobre legitimación colectiva en Argentina me remito a Verbic, Francisco "Procesos Colectivos", Ed. Astrea, Bs. As. 2007, Capítulo II, § 27 (sosteniendo que "si bien el debate sobre las aristas puramente técnicas del tema no se encuentra agotado ni mucho menos, podremos ver cómo en la República Argentina las divergencias teóricas en torno a la legitimación colectiva se han visto en gran parte opacadas en la práctica cotidiana por la función política del instituto. Éste parece haber ocupado en la escena jurisprudencial un lugar que otrora correspondía casi con exclusividad a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables"). Es particularmente demostrativo de esta función el alcance que la CSJN acordó a la legitimación colectiva del Defensor del Pueblo de la Nación en los diez primeros años que siguieron a la reforma constitucional de 1994 (para el análisis de esa jurisprudencia ver Verbic, Francisco "La (negada) legitimación activa del Defensor del Pueblo de la Nación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva. Buscando razones a la doctrina de la Corte Suprema", RDP 2007-1).
- 35 Sirva como ejemplo de esto lo que sucedió durante la ejecución de la sentencia dictada en la causa "Mendoza", donde el Gobierno Nacional denunció penalmente al juez a cargo de la ejecución y pidió al Consejo de la Magistratura que impulse su juicio político por incumplimiento de sus funciones (ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-207169-2012-11-05.html>). Sobre posible modalidades de enfrentar el tema Ver Gargarella, Roberto "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución", Gaceta Constitucional, Lima, 2008, pp. 573-590 (argumentando que "es posible definir la tarea de la Corte de un modo que haga compatible la labor del máximo tribunal con el debido respeto que merece la autoridad democrática (de la ciudadanía y sus representantes");
- 36 Entre otros, arts. 41, 42, 43, 75 incs. 17°, 19° y 22° CN.
- 37 Arts. 43, 86 y 120 CN.
- 38 Sigo en esta línea lo expuesto por Berizonce en el marco de su opinión frente a ciertos cuestionamientos que en el año 2013 se pronunciaron sobre el alcance "de las potestades judiciales en el terreno de las cautelares y anticipatorias", especialmente aquellas dictadas contra el Estado en asuntos de índole colectiva (ver Berizonce, Roberto O. "Virtualidad de los derechos fundamentales e institucionalidad republicana y democrática", op. Cit., sosteniendo que "Habrá que asumir este nuevo debate con equilibrio y ponderación, valorando las razones que se sustentan desde las posturas contrapuestas. Si es cierto que a los actos de la administración debe reconocérsele la presunción de legalidad y que, además, se dictan muchas veces en ejercicio de potestades discrecionales en cuanto a oportunidad y conveniencia, no lo es menos que la intervención judicial revisora no puede ser cuestionada cada vez que esté en conflicto la virtualidad de un derecho fundamental que se pretende violado o menoscabado. Ese y no otro es el sistema de la Constitución. Y por cierto, como tantas veces se resaltó en estas Jornadas, la plenitud del control judicial de constitucionalidad y convencionalidad, incluye necesariamente las

- potestades de los jueces para dictar medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en general”).
- 39 Considerando 21° del voto de la mayoría: “El verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico, como se ha expresado, reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente”.
 - 40 Sobre el principio de irreversibilidad ver Nikken, Pedro “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, Revista IIDH, Vol. 52, pp.70-71 (identificando al mismo como una de las características de los derechos humanos y precisándolo en estos términos: “Cuando un derecho ha sido reconocido por una ley, un tratado o por cualquier otro acto del poder público nacional como “inherente a la persona humana”, la naturaleza de dicho derecho se independiza del acto por el que fue reconocido, que es meramente declarativo. La tutela debida a tal derecho se fundamenta en la dignidad humana y no en el acto por el cual el mismo fue reconocido como inherente a dicha dignidad. En adelante, merecerá protección propia de los derechos humanos de manera definitiva e irreversible, aun si el acto de reconocimiento queda abrogado o, si se trata de una convención internacional, la misma es denunciada”). Sobra recordar que el debido proceso es un verdadero derecho humano para todo habitante de la República Argentina (ver Oteiza, Eduardo D. “El debido proceso. Evolución de la garantía y autismo procesal”, en AA.VV “Debido Proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pp. 3 y ss.).
 - 41 Texto completo disponible en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm> (última visita el 24/08/14).
 - 42 Texto completo disponible en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm> (última visita el 24/08/14).
 - 43 En este punto es importante aclarar que aun cuando el poder de promulgar regulaciones procesales es reservado y exclusivo de las provincias argentinas (por no haber sido delegado a la Nación, tal como señalé en la última nota a pie de página del apartado 1 de este trabajo), la CSJN ha reconocido el poder del gobierno federal para dictar normas de esta naturaleza para regir incluso en las jurisdicciones locales cuando tales normas son consideradas indispensables a fin de garantizar el respeto de los derechos subjetivos cuya regulación sí fue delegada expresamente por dichos estados locales (CSJN en “Correa c/Barros”, sentencia del año 1923, Fallos 138:154). Para más información acerca de la distribución del poder para promulgar leyes procesales en el sistema federal argentino, ver el clásico trabajo de Amílcar A. Mercader “Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimiento”, Ed. Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1939.

- 44 Sobre la evolución de la tutela colectiva de derechos en Argentina me remito en general a Verbic, Francisco "Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia", RDP, Número Extraordinario sobre Procesos Colectivos, Santa Fe, 2012. En particular respecto del medio ambiente y los derechos de consumidores y usuarios, ver Verbic, Francisco "Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina. Relatório Nacional (Argentina)", Civil Procedure Review, Vol.4, Special Edition, 2013, pp. 310-371.
- 45 Considerando 13° del voto de la mayoría: "Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados".
- 46 Considerando 20° del voto de la mayoría: "ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la "acción colectiva" que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de avertar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos".
- 47 En general sobre el tema ver Sedlacek, Federico "El control jurisdiccional de políticas públicas: hacia una reformulación del dogma republicano. Relatório Nacional (Argentina)", Civil Procedure Review, v.4, Special Edition, 2013, pp. 3-69. Sobre el marco constitucional que determina el fenómeno en Brasil, ver Pellegrini Grinover, Ada "Caminhos e descaminhos do controle jurisdiccional de políticas públicas no Brasil", de próxima publicación (considerando en esta misma línea que el Poder Judicial brasileño tiene un "poder-deber" de analizar la compatibilidad de las políticas públicas con la

Constitución y con el respeto a los derechos fundamentales que ella asegura).

- 48 Ver Kumm, Mattias “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Right-Based Proportionality Review”, 4 Law & Ethics Hum. Rts. 140, 144 (2010) (afirmando que la participación política en el marco de las sociedades democráticas contemporáneas no debería estar limitada al derecho a voto, y sosteniendo que “el control de constitucionalidad basado en el test de proporcionalidad no solo es compatible con las democracias liberales, sino que además institucionaliza un derecho de justificación que debería ser considerado como un compromiso institucional tan básico del constitucionalismo liberal-democrático como lo es la responsabilidad electoral basada en el derecho igualitario al voto”). En una línea similar, Gargarella, Roberto “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, op. Cit. (afirmando que “si uno parte de una concepción deliberativa de la democracia, luego, no puede considerar que el mero hecho de que muchas manos se levanten al unísono sea sinónimo de decisión democrática. Tal requisito no basta para darle legitimidad constitucional a una ley: en democracia es necesario conocer las razones que justifican las decisiones que se quieren tomar”).
- 49 Entre las organizaciones del tercer sector que más han influido sobre políticas públicas mediante la práctica activa de litigio estratégico se destacan la Asociación por los Derechos Civiles (www.adc.org.ar), la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (www.acij.org.ar), y el Centro de Estudios Legales y Sociales (www.cels.org.ar). A ellas se ha sumado en los últimos años la actuación de diversas clínicas jurídicas de interés público que operan en el marco de universidades públicas y privadas, así como también algunos colegios profesionales e incluso personas individuales en ejercicio de su condición de “afectadas” en sus derechos de incidencia colectiva. Ver en este sentido el reporte de CIPPEC “Aportes para mejorar el uso del litigio estratégico”, 2010, publicado en 2010 y disponible en www.cippec.org/documents/10179/54837/Reporte,%20Justicia,%20Aportes+para+mejorar+el+uso+del+litigio+estrategico,%202010.pdf/660fe0a2-b8e6-4a25-856f-d15eb8620851 (última visita el 24/08/14) (señalando que “A partir de esta reforma [la reforma constitucional de 1994], abogados particulares, OSC, clínicas jurídicas de interés público y centros de asistencia jurídica gratuita, asesores tutelares, defensorías públicas y defensores del pueblo, comenzaron a trabajar en la presentación de casos de litigio estratégico para impactar en el diseño, implementación y reforma de políticas públicas que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales de las poblaciones vulnerables”). Como ejemplo del trabajo de estas organizaciones en la litigación de conflictos de interés público puede verse el libro “La lucha por el derecho”, Ed. CELS – Siglo XXI, Bs. As., 2008, disponible en http://www.escri-net.org/usr_doc/CELS_La_Lucha_por_el_Derecho.pdf (última visita el 24/08/14).
- 50 CSJN, sentencia del 18/06/13, causa R.369.XLIX, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ Acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte.

N° 3034/13)". En este caso la CSJN confirmó la declaración de inconstitucionalidad de la ley de reforma del Consejo de la Magistratura de la Nación que, entre otras cosas, establecía la elección por sufragio popular de los miembros del mismo.

- 51 CSJN, sentencia del 04/12/12, causa A.917.XLVI. "Asociación Derechos Civiles c/ EN - PAMI - (Dto. 1172/03) s/ Amparo Ley 16.986". Aquí la CSJN confirmó la decisión que había ordenado al Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados hacer entrega de la información solicitada por la organización actora, relativa "al presupuesto en concepto de publicidad oficial de dicho organismo para el año 2009 y a la inversión publicitaria de dicha institución correspondiente a los meses de mayo y junio de 2009 detallada según el rubro (medios gráficos, radiales, televisivos, cinematográficos, sitios de internet y vía pública) y medio de comunicación, productora o programa al cuál fue asignada; el tipo de campaña al cual corresponde la pauta asignada en cada caso y la indicación de la agencia de publicidad o intermediario a través de la cual se procedió a contratar espacios en los medios".
- 52 CSJN, sentencia del 13/03/12, causa F.259.XLVI "F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva". A pesar de que el expediente llegó a la CSJN con la situación de la persona que promovió el caso ya resuelta, el tribunal realizó profundos desarrollos convencionales y constitucionales en materia de acceso seguro al aborto no punible y exhortó a las autoridades nacionales, locales y de la Ciudad de Buenos Aires "a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral a toda víctima de violencia sexual". Esta exhortación fue cumplida sólo por algunas jurisdicciones, lo cual motivó un pedido de audiencia a la CSJN por parte de diversas organizaciones no gubernamentales para analizar el cumplimiento de su decisión. Este pedido fue rechazado en fecha 06/03/14 por entender la CSJN que carecía de competencia sobre el asunto al haberse desprendido de la misma con el dictado de la decisión principal (el tribunal sostuvo que, al haberse desprendido de la competencia, "no hay caso judicial actual en trámite ante este estrado constitucional que permita abrir juicio sobre la índole y los alcances de las exhortaciones formuladas en la sentencia").
- 53 Sobre la relevancia y actualidad del fenómeno y de las dificultades que presenta para la propia CSJN ver las declaraciones efectuadas recientemente por el Dr. Lorenzetti, Presidente del tribunal, en el marco de una entrevista televisiva (disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=Low6Oj6Pnk8>, última visita el 24/08/14).
- 54 Por "mínimo existencial" entiendo "el contenido mínimo de los derechos sociales, constitucionalmente garantizado, que permite su inmediata justiciabilidad" (Henriques Da Costa, Susana "Controle Judicial de Políticas Públicas. Relatório Nacional (Brasil)", Civil Procedure Review, v.4, Special Edition, 2013, pp. 70-120, 93).
- 55 Cuestión que involucra incluso a los jueces, quienes identifican como un verdadero problema "la exposición pública que adquieren (...) cuando deben resolver determinadas problemáticas sociales" (ver

- CIPPEC, "Aportes para mejorar el uso del litigio estratégico", op. Cit. p. 4.
- 56 Sobre el impacto de las acciones de clase en su rol de desafío a la autoridad estatal, ver Issacharoff, Samuel "Class Actions and State Authority", Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 44, 2012 (publicado en español con el título "Acciones de Clase y Autoridad Estatal" en RDP 2013-1 y en RDCCyE del mes de Abril de 2013, p. 49). Con relación a las dificultades que encuentran los grupos desaventajados para participar e incidir en el diálogo institucional, ver FISS, Owen "Grupos y la cláusula de la igual protección", en Gargarella, Roberto "Derecho y grupos Desaventajados", op. Cit., pp. 137-167, en especial pp. 137-146.
 - 57 Ver Gargarella, Roberto "Recuperar el lugar del 'pueblo' en la Constitución", borrador de trabajo disponible en <https://docs.google.com/file/d/0B7cfNSL5eGmZYnRqSHBkR3lwNXc/preview?pli=1>. (última visita el 24/08/14) (sosteniendo con relación al alcance de esta participación en distintos países latinoamericanos que "los cambios conseguidos dentro del ámbito de la justicia siguen resultando demasiado dependientes de los particulares integrantes del Poder Judicial que reciben esos casos, a la vez que la integración de los tribunales sigue estando demasiado ligada a la vieja estructura de poderes, en donde el Presidente sigue jugando un papel decisivo. En ese contexto, las capacidades de la población para intervenir en el proceso litigioso, de modo colectivo, constante, y en diálogo con las diversas autoridades judiciales y políticas involucradas, siguen siendo limitadas en extremo. Como resultado, los litigios de tipo social, originados a partir de problemas estructurales colectivamente sufridos, siguen resolviéndose de modo demasiado habitual a través de litigios individualizados, que resultan sujetos al examen de expertos que los analizan de modo aislado en sede judicial").
 - 58 Como bien señala Henriques da Costa, estas decisiones judiciales sobre cuestiones de política pública "siempre tendrán un contenido político, además del natural contenido jurídico" (Henriques Da Costa, Susana "Control Judicial de Políticas Públicas. Relatório Nacional (Brasil)", op. Cit.. p. 113.
 - 59 Acordada CSJN 28/2004, de fecha 14/07/04.
 - 60 Acordada CSJN 7/2013, de fecha 23/04/13.
 - 61 Sobre el nuevo régimen de la figura ver Gozaini, Osvaldo "Régimen actual del 'amicus curiae'. Acordada 7/2013", L.L. 2013-D-726. Para ampliar sobre la vigencia del instituto de amicus curiae en Argentina (no sólo ante la CSJN), Verbic, Francisco "Propuesta para regular la figura del amicus curiae en la Provincia de Buenos Aires", L.L.B.A. 2009 (febrero), 14.
 - 62 Acordada CSJN 30/2007.
 - 63 Destacando algunos de los beneficios de la participación ciudadana en el sistema de administración de justicia, ver Berizonce, Roberto O. "Virtualidad de los derechos fundamentales e institucionalidad republicana y democrática", op. Cit. (sosteniendo que "el sano activismo judicial encuentra sustento en una creciente participación ciudadana celosa de sus derechos que, cuando encuentra su cauce pretorio, viene a reforzar la legitimación del propio Poder Judicial y,

con ello, contribuye a apuntalar la propia institucionalidad republicana y democrática”).

- 64 Art. 2 de la Acordada CSJN N° 30/2007: “Las audiencias serán de tres tipos: I) Informativa: tendrá por objeto escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso a decidir; II) Conciliatoria: tendrá por objeto instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales; III) Ordenatoria: tendrá por objeto tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa”.
- 65 Para un ejemplo ver la audiencia pública celebrada en el ya citado caso “ADC c. PAMI”, sobre acceso a la información pública, disponible en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=C9mbu9iidro> (última visita el 24/08/14).
- 66 Acordada CSJN 36/2009, del 09/09/09.
- 67 Entre otros, los derechos de los trabajadores a una “retribución justa”, un “salario mínimo vital y móvil”, la “participación en las ganancias de las empresas” y la “compensación económica familiar” (art. 14 bis CN); la protección de los “intereses económicos” de los consumidores, la “defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”, y el “control de los monopolios naturales y legales” así como la “calidad y eficiencia de los servicios públicos” (art. 42 CN); y el “progreso económico con justicia social” (art. 75, inc. 19° CN).
- 68 Para ampliar sobre el punto ver Sagües, María S. “El análisis económico del derecho en la jurisdicción constitucional: ponderación de la Unidad de Análisis Económico de Derecho de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, L.L. 2009-F-1114; DIAZ, Rodolfo “Una acordada ‘Alberdiana’. La ‘Unidad de Análisis Económico’”, L.L. 2009-F-1197.
- 69 Acordada CSJN 1/2014, del 11/02/14.
- 70 Ver las Acordadas CSJN N° 35/2011, de fecha 27/12/11 por medio de la cual se creó el sistema de Gestión Ambiental aplicable a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Norma de Gestión Ambiental para la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y N° 16/2013, del 28/05/13, por medio de la cual se creó la Comisión de Ambiente y Sustentabilidad, integrada por un Comité Ejecutivo conformado por funcionarios de la CSJN y por un Comité Consultivo en el que se invitará a participar a representantes de diversos órganos judiciales y Universidades Públicas y Privadas.
- 71 Ver al respecto Sagües, Néstor P. “Las sentencias constitucionales exhortativas (‘apelativas’ o ‘con aviso’), y su recepción en Argentina”, L.L. 2005-F-1461 (tomando como ejemplo del tema lo decidido por la CSJN en “Verbitsky” y sosteniendo que “Las sentencias exhortativas se encuentran instaladas en buena parte de los tribunales constitucionales, y tienden a expandirse también en las cortes supremas con papeles de control de constitucionalidad. Son una muestra más del activismo judicial, que en este caso transforma a un órgano represor (‘legislador negativo’, en el caso de los tribunales constitucionales), en un cuasi legislador activo, o al menos impulsor de normas”). Para la defensa de un sistema constitucional basado en el diálogo democrático, en contraste con uno basado en la idea de los frenos y contrapesos, ver Gargarella, Roberto “El

nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos”, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 (Diciembre de 2013) (concluyendo que “las prácticas y reformas institucionales desarrolladas en los últimos años, y destinadas a promover respuestas más conversacionales, no encuentran un buen respaldo en el sistema de frenos y contrapesos. El mismo tiende a frenar o socavar, más que a favorecer, tales alternativas dialógicas. Por ello es que aquellas personas interesadas en promover un diálogo democrático entre las distintas ramas del poder, y entre ellas y la sociedad en su conjunto, deberían pensar en reformar al sistema de los checks and balances, antes que seguir insistiendo en dicho camino para consolidar un modelo de diálogo constitucional”).

- 72 En el caso “Verbisky” la CSJN ordenó al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de su Ministerio de Justicia, “organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables”. Igualmente, requirió la elevación de informes periódicos, cada 60 días, de los avances obtenidos en el marco de dicha mesa de diálogo. Este tipo de mesas de diálogo es muy utilizado por la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires (ver los casos exitosos analizados en el libro editado por el Ministerio Público Tutelar y ACJ “Implementación de sentencias judiciales colectivas. Derechos económicos, sociales y culturales”, Ed. Eudeba, Bs. As. 2013, disponible online en http://asesoria.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/12_implementacion_sentencias_judiciales.pdf (última visita el 24/08/14). Para un análisis crítico de la decisión, mostrando algunas inconsistencias y dificultades a la hora de su ejecución, ver Fillipini, Leonardo “La ejecución del fallo Verbisky. Una propuesta metodológica para su evaluación”, disponible online en http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini_leonardo.pdf.
- 73 En “Mendoza” la CSJN delegó el proceso de ejecución de sentencia en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes (creado unos pocos años antes), a quien también facultó para fijar el valor de las multas diarias derivadas del incumplimiento del programa establecido en la sentencia de mérito dictada en el año 2008. Tres fueron las razones que llevaron al máximo tribunal a tomar esta decisión: (i) las dificultades e incidencias procesales que con seguridad se presentarían durante el cumplimiento de las numerosas mandas contenidas en el programa; (ii) la necesidad de mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe manejar; y (iii) la búsqueda de un mayor grado de inmediatez entre la magistratura y las partes.
- 74 También aquí el ejemplo es “Mendoza”, donde la CSJN impuso las condenas pecuniarias a modo eventual en la propia decisión de mérito sobre el asunto (a pesar de que por lo general su aplicación se produce recién después de haberse verificado algún incumplimiento) y lo hizo específicamente en cabeza del funcionario responsable del órgano obligado a cumplir (esto es, el Presidente de la ACUMAR).

Más adelante, ya con otra persona a cargo del área, en su sentencia del 31/08/10 el Juez Federal a cargo de la ejecución impuso astringentes en cabeza del funcionario por incumplimiento de diversas mandas. Este pronunciamiento quedó firme y luego, por decisión de fecha 12/07/12, el mismo juez dispuso la liquidación colectiva y el destino del dinero recaudado con causa en esas multas. Este recurso es contemplado en el anteproyecto brasileño sobre Principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas, elaborado por el CEBEPEJ (art. 18).

- 75 En este sentido, Verbic, Francisco “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional establecido por la Ley N° 26.854 y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos”, L.L. Sup. Especial 23 de Mayo de 2013, pp. 155 y ss.
- 76 Nuevamente en el caso “Mendoza”, donde por un lado el tribunal designó a la Auditoría General de la Nación a fin de controlar específicamente la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria de todo lo que tuviera que ver con el programa a cumplir; y por el otro -con el declarado objeto de fortalecer la participación ciudadana en este proceso- confirió al Defensor del Pueblo de la Nación el carácter de coordinador de un cuerpo colegiado a conformarse con las diversas ONG presentadas como terceros en la causa. Un cuerpo que tiene por objeto: (i) recoger sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; (ii) recibir información actualizada; y (iii) formular planteos concretos ante la ACUMAR para el mejor logro del propósito encomendado.
- 77 Se destaca por ejemplo la reciente decisión (de fecha 17/06/14) tomada por la Sala en lo Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en un asunto de contaminación ambiental que tramita en autos “Federación de Organizaciones Ambientalistas No Gubernamentales de Tucumán vs. Servicios y Construcciones La Banda S.R.L. s/ Amparo. Incidente de embargo preventivo p/p el actor”, donde recomendó al juez de trámite conformar “un ‘Comité de Vecinos’ cercanos a la zona de la planta de tratamiento, a los fines de que mensualmente informen junto a peritos especializados, la S.E.M.A. y los justiciables del caso sobre el grado de avance del saneamiento oportunamente ordenado”. A fin de emitir esta sugerencia la Corte entendió que la cercanía y contacto de tales vecinos con el lugar que debe sanearse permitirá al Juzgado contar con “un relevamiento constante del estado de situación, lo cual se condice con la naturaleza de las medidas que pueden aplicarse para el aseguramiento de una sentencia”. La idea que subyace en esta sugerencia, en palabras del propio tribunal, es “reconocer un papel predominante a aquellos habitantes del lugar que conviven en forma directa y permanente con las consecuencias de la contaminación, apelando a mecanismos democráticos de participación, donde el diálogo sea la primera instancia de cualquier solución posible. Así se instituye una instancia complementaria de los dictámenes periciales, informes de la S.E.M.A. y de las presentaciones de los mismos justiciables, permitiendo al órgano judicial tener acceso a una visión de la realidad más cercana y ajustada a los problemas diarios”.
- 78 Ver el ya citado libro editado por el Ministerio Público Tutelar y ACIJ “Implementación de sentencias judiciales colectivas. Derechos

económicos, sociales y culturales”, Ed. Eudeba, Bs. As. 2013, donde se analizan distintos instrumentos útiles para la efectivización de sentencias estructurales y se identifican buenas prácticas en diversos casos concretos tramitados en la Ciudad de Buenos Aires. Ver también en esta línea el libro “La lucha por el derecho”, op. Cit.

- 79 Reclamo que viene, según demuestran algunas investigaciones empíricas, incluso de parte de los propios jueces. Ver en tal sentido el reporte de CIPPEC “Aportes para mejorar el uso del litigio estratégico, op. Cit. (donde los jueces de la Ciudad de Buenos Aires, al opinar sobre las debilidades de este tipo de procesos, aludieron entre otras “a la ausencia de un marco normativo que establezca los límites a la actuación de los jueces y las reglas procesales para casos de interés público”). Ver también UCIN, María C. “¿Por qué el Ministerio Público? Un análisis del rol que le cabe en la defensa del interés público”, RDP 2011-2 (destacando que “Este fenómeno es ciertamente novedoso pero lógico desprendimiento del innovador marco de herramientas y garantías, además de derechos, incorporados con la reforma constitucional de 1994”).
- 80 Sigo en esto las ideas de Dworkin, quien sostiene que los argumentos políticos (que justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad como un todo) no pueden ir en contra de los principios jurídicos que protegen derechos individuales, ya que sólo de este modo podemos considerar que estos últimos son tomados en serio por las autoridades estatales. Teniendo en cuenta el marco constitucional y la estructura de distribución de poder vigente en la República Argentina, corresponde al Poder Judicial –en tanto órgano contramayoritario- el rol de controlar el cumplimiento de esta importante premisa de todo sistema democrático (Dworkin, Ronald “Los derechos en serio”, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1984, principalmente pp. 72 y ss., 147 y ss, 232 y 303). En esta misma línea, refiriéndose al potencial de las acciones colectivas como instrumento de tutela de “grupos desaventajados, históricamente postergados y carentes de poder real para incidir políticamente -entre los cuales podemos incluir a las minorías sexuales, comunidades socioeconómicamente marginadas, pueblos originarios, etc.” ver Maurino, Gustavo - Sglal, Martín “Halabi’: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, Lexis N° 0003/014394 (sosteniendo que para estos grupos “la justicia sería el único recurso institucional disponible para presentar sus reclamos basados en derecho en el marco de la Constitución de 1994. Si el Poder Judicial no puede garantizar efectivamente sus derechos -yendo más allá de las declaraciones y los reconocimientos simbólicos-, la alienación constitucional de estos grupos es radical, y la deslegitimación del Poder Judicial como un foro público independiente también”).
- 81 Para una defensa del control de constitucionalidad judicial en materia de derechos humanos me remito a Verbic, Francisco “Human Rights Adjudication in Contemporary Democracies: Courts’ Specific Moral Insight as a Decisive Advantage Over Legislatures (a Modest and Partial Response to Jeremy Waldron’s Core Case Against Judicial Review)”, Revista Jurídica da Presidência, vol. 13, N° 100, jun/set 2011.

- 82 Sigo en esto a Gargarella, Roberto “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, op. Cit. (sosteniendo que “el control judicial puede ser compatible con el ideal de la democracia sólo si, y en la medida en que, se ejerza de cierto modo. ¿De qué modo? De uno que, a la vez de ser respetuoso del predominio de la autoridad democrática, sirva al debate colectivo, y contribuya a la inclusión y a la igualdad que son necesarias para otorgarle sentido a la deliberación colectiva. Esto requiere, por ejemplo, que el poder judicial deje de hacer lo que habitualmente hace, es decir, simplemente reemplazar la voluntad del legislador por la propia, cada vez que considera (a partir de la teoría interpretativa que escoja privilegiar) que la actuación del legislador es impropia. Esto requiere que el poder judicial reconozca cuál es el lugar y el papel que le corresponde en el proceso de toma de decisiones, como motor y garante de la discusión colectiva. Esto requiere que el poder judicial se ponga al servicio de la discusión pública, y que se abra a ella, en lugar reemplazarla (y así, finalmente, desalentarla)”.
- 83 En este sentido señala Ucin que “el creciente desarrollo del litigio de interés público nos coloca ante la imperiosa adaptación de los paradigmas procesales clásicos, y con ello también nos impone una revisión de los roles que deben desempeñar los actores involucrados” (UCIN, María C. “¿Por qué el Ministerio Público? Un análisis del rol que le cabe en la defensa del interés público”, op. Cit).
- 84 Entendiendo a la eficacia de la decisión como parte esencial de la garantía de debido proceso legal y como un valor fundamental del derecho procesal moderno, Marinoni, Luiz G. “Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”, Ed. Palestra, Lima, 2007, pp. 219-227. Ver también en esta línea Berizonce, Roberto O. “El proceso civil. Modelo teórico y realidad”, L.L. 2005-F-1238 (destacando el reconocimiento a nivel constitucional y supraconstitucional de “la cuestión de la eficacia en concreto del sistema de justicia”).
- 85 Como ejemplo de la importancia del debate público y su potencial incidencia en la diagramación de normas procesales vale destacar lo que sucedió con el proyecto original de la Ley N° 26.854 de medidas cautelares contra el Estado, el cual fue modificado en el Congreso para incorporar una excepción al régimen (art. 2, inc. 2°) cuando el caso comprenda alguna de las cinco circunstancias allí contempladas, a saber: (i) sectores socialmente vulnerados; (ii) la vida digna “conforme la Convención Americana de Derechos Humanos”; (iii) la salud; (iv) derechos de naturaleza alimentaria; y (v) derechos ambientales. La excepción se repite a lo largo del articulado de la Ley, haciendo que varios de los requisitos allí contemplados no resulten de aplicación cuando alguna de las circunstancias mencionadas esté presente en el caso. Así, frente a cualquiera de los cinco supuestos previstos en el art. 2, inc. 2° de la ley, se producen las siguientes consecuencias: (i) el informe previo de la demandada previsto en el art. 4 resulta meramente facultativo; (ii) no es deber del juez fijar plazo de vigencia a la medida en los términos del art. 5; (iii) puede efectivizarse la medida prestando solamente caución juratoria (art. 10); y (iv) el recurso de apelación contra una medida que ordene suspender los efectos de un acto estatal tendrá efecto meramente devolutivo (art. 13). Esta fue la única modificación de relevancia que

- recibió el proyecto original enviado al Congreso y tuvo cabida por un pedido expreso del CELS y por la presión generada desde diversas organizaciones del tercer sector a fin de abrir el debate en el Congreso para discutir los alcances de la reforma.
- 86 Como ha puesto de resalto Oteiza con suma claridad “Nuestra legislación procesal se basa en las ideas de la España del siglo diecinueve, que a su vez se fundaba en los criterios dominantes en la Europa del Medioevo. El gobierno militar de Onganía sancionó la actual ley de amparo y el Código Procesal Civil, que con reformas parciales rigen hasta hoy. Una de las deudas más claras del proceso democrático iniciado en 1983 consiste en no haber implementado una reforma judicial amplia que permita a los ciudadanos confiar que sus derechos civiles y constitucionales serán respetados. Hemos avanzado en la declaración de derechos pero muy poco en las garantías que los resguardan” (Oteiza, Eduardo D. “La justicia en el centro del debate público”, publicado el 22/04/13 en elDial.com, DC1A4E).
- 87 En general sobre políticas públicas ver los trabajos compilados en “Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: Retomando el debate de ayer para fortalecer el actual”, Proyecto de Modernización del Estado, publicado en Agosto de 2011 y disponible en http://www.jefatura.gob.ar/archivos/pme/publicaciones/libro_acuna.pdf (última visita el 24/08/14).
- 88 Cuestión de por sí valiosa en todo proceso individual, y que se convierte en algo realmente necesario en procesos donde se debaten conflictos de interés público. Sobre la importancia de la correcta (o más cercana) verificación de los hechos como uno de los factores a considerar para evaluar la justicia de una decisión judicial, ver Taruffo, Michele “Idee per una teoria della decisione giusta”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1997, pp. 315 y ss.
- 89 Sobre preclusiones dinámicas ver el exhaustivo trabajo de Do Passo Cabral, Antonio “Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis”, Editora Jus Podivm, 2013 (en especial Parte II, caps. 4 a 7, pp. 241-406).
- 90 Considerando 12° del voto de la mayoría: “Frente a esa falta de regulación (la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido), cabe señalar que la referida disposición constitucional [se refiere al art. 43 CN] es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”.

ESTATUTO DEL IMPUTADO: UNA PROBLEMÁTICA FUNDAMENTAL

Andrés Felipe Arango Giraldo

RESUMEN: La complejidad en el paso de una sistemática mixta inquisitiva hacia una sistemática mixta acusatoria, aunado a las diferencias conceptuales, doctrinales y jurisprudenciales, hacen necesario establecer el estatuto del imputado, por cuanto dicho concepto debe abarcar, inequívocamente, los derechos y garantías del sujeto pasivo de la acción penal.

En el presente documento se abordarán las diferencias conceptuales que pueden surgir entre los diferentes nombres recibidos por el procesado, el derecho a la defensa y las posibilidades de ejercerlo tanto para el procesado como para su defensor, analizando los límites de la defensa técnica y de la material. Todo lo anterior desde la óptica Constitucional y Jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Imputado. Garantías procesales. Derecho de Defensa. Debido Proceso.

* Abogado de la Universidad de Medellín; especialista en Derecho Penal y Criminalística; especialista en Derecho Procesal; maestrando en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín; abogado litigante y docente universitario. Correspondencia: Carrera 52 #43-31, oficina 206. Teléfono: (57) (4) 2613548. Correo electrónico: <andresfelipearango@gmail.com>

Defensa Técnica. Defensa Material. Proceso Penal. Partes Procesales. Sistema Acusatorio. Sistema Inquisitivo.

ABSTRACT: The complexity of the transition from a systematic inquisitive mixed procedure to a systematic mixed accusatory procedure, added to conceptual, doctrinal and jurisprudential differences, implies the need to establish the status of the accused, since the concept must embrace, unequivocally, all the rights and guarantees of the prosecuted individual being.

The current paper will address the conceptual differences that may arise from the various names given to the defendant, the right to defense and the possibilities to exercise it both the accused and his defender have, analyzing the limits of technical and material defense. All of the above focused from the perspective of Constitutional and Jurisprudential Law.

KEY WORDS: Accused. Procedural Guarantees. Right to Defense. Due Process. Technical Defense. Material Defense. Criminal Proceeding. Procedural Parts. Accusatory System. Inquisitive System.

Desde el eje central de las legislaciones penales y del procedimiento mismo, ha sido el procesado quien ha recibido distintos nombres, ya sea desde el momento procesal que se aborda o desde las consecuencias jurídico-penales de la incriminación en su contra. Así ha obtenido los nombres de encartado, indiciado, sindicado, imputado, acusado y, como no, condenado¹. El objeto del presente estudio es el de analizar el Estatuto del Imputado, a la luz de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 y la implementación del Sistema Mixto de Tendencia Acusatoria² en Colombia; de allí que se subdividirá el presente estudio en los siguientes capítulos: (i) Los

diferentes nombres que ha recibido el procesado y la connotación procesal de los mismos. (ii) El derecho a la defensa y su activación en la actual sistemática. (iii) Facultades de quien no es imputado y facultades del imputado. (v) La defensa técnica y material. Todo lo anterior desde la perspectiva legal, jurisprudencial y del derecho comparado, en cuanto a las garantías procesales que han de revestir al sujeto pasivo de la acción penal.

1. LOS DIFERENTES NOMBRES QUE HA RECIBIDO EL PROCESADO Y LA CONNOTACIÓN PROCESAL DE LOS MISMOS

El término genérico procesado, que coloquialmente se utiliza para referirse a aquel ciudadano que soporta la carga de la actuación penal, no se erige como un mero capricho de los operadores judiciales o de la doctrina especializada.

En vigencia de la sistemática mixta de tendencia inquisitiva sucedía en idéntico sentido, y los diferentes nombres que asumía el procesado obedecían o bien a la carga de responsabilidad penal que se soportaba de cara al momento procesal o, precisamente, en la fase de la actuación en que se encontrara.

Hoy día, el sujeto pasivo del despliegue estatal recibe los nombres de sindicado,³⁻⁴ indiciado⁵ o indagado⁶; los anteriores, en sede de indagación, momento pre-procesal que comprende el conocimiento de la Noticia Criminis, hasta el momento de la formulación de imputación⁷, en donde se deja atrás la indagación y comienza el término para el ejercicio formal de la investigación.

No resultan caprichosos los términos utilizados para el procesado en este estadio de la actuación penal,

como ya se ha advertido, si se entiende que dentro del periodo de indagación o bien no existe inferencia razonable de autoría o participación en la conducta delictiva que permita aún formularle cargos al mismo o, con mayor claridad, cuando no se ha determinado la identificación e individualización plena del autor o partícipe⁸ de la conducta delictiva.

Al parecer, el legislador colombiano confundió el concepto de activación del derecho de defensa con el estatus de imputado, pues conforme al artículo 126 de la ley 906 refirió el momento en el cual se adopta la calidad como tal, así:

Artículo 126. Calificación. El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si ésta ocurriere primero. A partir de la presentación de la acusación adquirirá la condición de acusado. (Negrillas fuera de texto)

Como se verá más adelante, el derecho de defensa se activa desde el mismo momento en el que se conoce, por parte de un ciudadano, que en su contra se adelanta indagación penal, posibilitándose la comparecencia ante la Fiscalía a través de apoderado judicial, para rendir interrogatorio al indiciado:

Artículo 282. Interrogatorio a indiciado. El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado. (Negrillas fuera de texto)

O adelantar actos de indagación e investigación que a futuro posibiliten el ejercicio del derecho defensivo, así:

Artículo 267. Facultades de quien no es imputado. Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o éste podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.

Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.

Lo cierto del caso es que el estatus de imputado solo se adquiere a partir de la audiencia de formulación de imputación, conforme lo normado en el artículo 286 de la ley 906 de 2004, pues sólo a partir del acto de imputación de cargos se generan los efectos propios de la vinculación penal, a través de la imputación tanto fáctica como jurídica⁹ y provisional que en dicha audiencia se realiza. Sólo a partir del acto de imputación se interrumpe el término de prescripción de la acción penal (art. 292 C.P.P.); solo a través de la misma puede el procesado allanarse a los cargos (art. 293, Mod. Ley 1.453 de 2011, art. 69, concordado art. 351 C.P.P). Sólo en ella puede el juez en función de control de garantías advertir la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro (art. 97 C.P.P) y, si bien es cierto, conforme al artículo 290¹⁰ del C.P.P., que en la audiencia de formulación de imputación se inicia y reconoce formalmente la defensa, ya se ha demostrado (y se ahondará en ello más adelante) la activación del derecho a la defensa, el cual nace

desde el mismo conocimiento de la indagación en contra del ciudadano.

Reafirma esta posición el artículo 74 de la ley 1.453 de 2011, modificadorio del artículo 74¹¹ de la ley 906 de 2004, que anteriormente se había modificado por el artículo 4° de la ley 1.142 de 2007 (delitos querellables); lo anterior, por cuanto la nueva legislación no releva la necesidad de la querrela en aquellos sucesos en donde se captura a un ciudadano en situación de flagrancia, puesto que ni siquiera esta situación permite a la Fiscalía General de la Nación iniciar el ejercicio de la acción penal, puesto que será la querrela requisito de procesabilidad¹² y la conciliación prejudicial, requisito de procedibilidad¹³ para el ejercicio de la acción penal. Es decir, en casos de captura en situación de flagrancia, en donde se aborde un delito querellable (v. gr., lesiones personales sin secuelas), podrá el fiscal solicitar la legalización del procedimiento de captura de un ciudadano acaecida en situación de flagrancia (art. 301 ley 906 de 2004, mod. art. 57 de la ley 1.453 de 2011) mas no podrá imputarle cargos al mismo, pues aun cuando se llegare a surtir la querrela, como requisito de procesabilidad, difícilmente, por no decir imposiblemente, podrá haberse surtido la audiencia de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

En síntesis, la calidad de imputado¹⁴ sólo podrá adquirirse a través del acto de comunicación que ante el juez en función de control de garantías se le hace al ciudadano indagado, por parte del fiscal, como titular de la acción penal en Colombia (art. 250 C.P.)

La realidad procesal colombiana entraña condiciones extrañas y disímiles con respecto a los diferentes esquemas procesales, y por ello resulta complejo el entender que la formulación de

imputación no da inicio al proceso penal, puesto que sólo la presentación del escrito de acusación y su concreción en audiencia ante el juez de conocimiento, como acto igualmente complejo¹⁵, da inicio al proceso penal; antes de ello, la actuación se encuentra en sede preliminar, con efectos sustanciales y procesales (como las medidas cautelares personales y reales) mas no estrictamente procesales, al punto en el cual, luego de formulada la imputación, puede el fiscal o bien formular acusación o, por el contrario, solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento o la aplicación del principio de oportunidad ante el juez en función de control de garantías (Art 175 C.P.P.).

Cómo no entender la acusación como ejercicio de pretensión punitiva como acto de parte, si en ella se cumplen los requisitos elaborados doctrinariamente para entenderla así, que son su componente (i) subjetivo, que contiene los tres elementos integradores de la misma: a) quien formula la pretensión (o el pretensionante) a la Fiscalía General de la Nación, como único sujeto legitimado para el ejercicio de la acción penal; b) el resistente o sujeto en contra de quien se dirige la pretensión, que no es otro que el procesado en binomio con su defensor; y c) el elemento supraordenado juez quien, en su calidad de director imparcial del proceso, determinará el cauce en el cual se procesará la pretensión; su elemento (ii) objetivo, entendido por el reconocido doctrinante GUASP como

“el sustrato material sobre el cual recaen las conductas humanas, integrando así el soporte básico, ubicado como trascendente, de cada persona actuante y de cada actuación personal”, o en palabras de la importante autora colombiana Beatriz Quintero: “El bien litigioso, el mismo litigio, así expresado como reclamo y al cual alude gran parte de la doctrina como el objetivo litigioso; dicho litigio sometido en este evento particular al procesamiento estatal sería, en materia penal, el interés máximo de los asociados en el juzgamiento de las

conductas que revisten la calidad de delito, insertadas las conductas en tipos penales, que en abstracto evidencian el deseo social de limitar la ocurrencia de los hechos con connotación delictiva"; y (iii) la causa, que en palabras de la misma autora "se predica que es una declaración de voluntad con un significado particular y propio: el de contener una petición fundada para ser debatida entre los sujetos que en ella intervienen y acerca del objeto sobre el cual recae, integrada por estos elementos... a) petición; b) jurídica; c) fundada y contenedora de d) la causa petendi."

La petición procesal que no es otra que la de condena al procesado; el elemento normativo dispuesto en todo el entrañado de aspectos sustanciales y procesales del ejercicio mismo de la acción penal (desde la estructura típica de la conducta punible, pasando por el régimen probatorio y llegando a la sentencia como máximo momento argumentativo dentro del proceso), fundada en hechos jurídicamente relevantes y detallada en cuanto a modo, tiempo y lugar. Por último está la causa petendi, bajo la premisa, cuando menos en abstracto, de que se ha afirmado la petición de condena con el derecho objetivo y con el suceso acaecido.

Volviendo a nuestro objeto, el acusado será aquel ciudadano, que luego de haber sido imputado ante el juez en función de control de Garantías, recibe acusación formal ante el juez de conocimiento, en donde se dará inicio a un proceso penal en su contra.

La imputación de cargos sirvió como acto preprocesal, necesario (en atención a la particular estructura de nuestro modelo de enjuiciamiento criminal) pero insuficiente para el llamado a juicio, puesto que el sistema procesal penal colombiano es cíclico y para imputar se requiere de inferencia razonable de autoría o participación (art. 287 del C.P.P), para acusar se requiere de probabilidad de

verdad de que la conducta existió y que el imputado es su autor o partícipe (art. 336 C.P.P), y para condenar se requiere conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio (art. 381). (Negrilla de quien escribe)

Por último, y ya frente al condenado, digamos que el ciudadano que fuere imputado y luego acusado, sólo adquiere el estatus de condenado cuando la sentencia declarativa de responsabilidad penal ha alcanzado ejecutoria formal y material¹⁶, puesto que, inclusive en sede del recurso extraordinario de casación¹⁷, la presunción de inocencia¹⁸ se mantiene.

2. EL DERECHO A LA DEFENSA Y SU ACTIVACIÓN EN LA ACTUAL SISTEMÁTICA

Pacífica ha sido la postura de nuestro Máximo Tribunal Constitucional frente al tema del derecho de defensa y su activación dentro de la actuación penal.

El derecho al debido proceso contiene en su núcleo esencial el derecho a conocer, tan pronto como sea posible, la imputación o la existencia de una investigación penal en curso —previa o formal—, a fin de poder tomar oportunamente todas las medidas que consagre el ordenamiento en aras del derecho de defensa. Hay un derecho al proceso y a la intimidad personal y familiar. Pero antes, inclusive, la dignidad de la persona humana postula la existencia del derecho a ser sujeto del proceso y no simplemente objeto del mismo. (...)

El debido proceso que se predica de toda clase de actuaciones judiciales se aplica a la etapa de la investigación previa. Dado que es en el proceso donde con mayor intensidad y plenitud de garantías puede participar el imputado, la investigación previa debe tener un período razonablemente breve, circunscribirse

a asegurar las fuentes de prueba y a verificar el cumplimiento de los presupuestos mínimos que se requieran para ejercer la acción penal. (...)

El derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona hasta el momento en que se la condene en virtud de una sentencia en firme, se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda, desde esta etapa, ejercer su derecho de defensa conociendo y presentando las pruebas respectivas.¹⁹

Línea que fuera retomada posteriormente en 2005, cuando se adujo por el Máximo Tribunal que:

Ante tal constatación, corresponde a esta Corporación estudiar si el ejercicio de este derecho tiene algún límite temporal o, por el contrario, si el ejercicio de este derecho implica un límite a este respecto.

Pues bien, evidencia esta Corte que ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos se ha establecido un límite temporal para el ejercicio del derecho de defensa. Como se ha dicho, el derecho de defensa es general y universal, y en ese contexto no es restringible, al menos desde el punto de vista temporal.

Por consiguiente, el ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y sólo culmina cuando finalice dicho proceso.²⁰

En otra decisión, ese mismo año señaló la corte:

Una vez formulada la imputación, la defensa está en posibilidad de adelantar el recaudo de la información pertinente y de los elementos fácticos de contenido probatorio necesarios para diseñar la estrategia defensiva. Lo anterior no obsta para que, como recientemente lo precisó la Corte Constitucional, el presunto implicado pueda ejercer su derecho de defensa desde la etapa

misma de la indagación preliminar y durante la etapa de investigación anterior a la formulación de la imputación, tal como se desprende del pronunciamiento que se cita, proferido con ocasión del estudio del artículo 108 del C.P.P.²¹

Y a propósito de las audiencias de control posterior, reservadas, conforme la redacción original del artículo 237 del C.P.P., en cuanto a la prohibición de que el defensor acudiera a dicha audiencia preliminar de control posterior, se indicó por la corte:

6.10. A juicio de la Corte, no resulta coherente que respecto del mismo acto procesal, la audiencia de control de legalidad posterior, se establezca un trato diferente al ejercicio del derecho a la defensa, tomando como único referente la condición jurídica que pueda tener la persona investigada para el momento en que la audiencia se realiza —indagado o imputado—. La jurisprudencia constitucional ha sido clara en señalar que la condición del sujeto, o la denominación jurídica que pueda recibir al interior de las diferentes etapas del proceso penal, resulta irrelevante para efectos de hacer efectivas sus garantías procesales, de manera que por ese hecho no es posible establecer excepciones al derecho a la defensa, pues lo trascendental y sustancial es garantizarle al implicado su ejercicio en cualquier etapa pre o procesal.

En ese sentido, carece de la más mínima justificación que sólo se permita la presencia del investigado en la audiencia de control de garantías a partir del hecho de haber adquirido la calidad de imputado, es decir, cuando las diligencias se han llevado a cabo durante la etapa de investigación, y no ocurra lo mismo cuando las diligencias se practican en la etapa de indagación, teniendo el investigado la condición de indagado. Si bien la distinción entre indagado e imputado, y el reconocimiento de éste último como sujeto procesal, son situaciones jurídicas que a luz del ordenamiento jurídico resultan constitucionalmente admisibles, no constituyen razones de especial relevancia que justifiquen una restricción sustancial del derecho a la defensa del primero.²²

A nivel internacional, el doctrinante Perfecto Andrés Ibáñez, en cuanto a las garantías procesales y el derecho a la defensa, sostiene:

En el proceso penal acusatorio, que es la escenificación de un curso argumental²³, se produce a ese terreno de un método de verificación de hechos, a través de las distribución y separación de papeles entre los sujetos que intervienen en el mismo, es decir las partes y el juez. Así resulta una estructura y una dinámica de comunicación triangular, normativamente asegurada por tres garantías procesales: la formulación de la acusación, esto es, de una hipótesis acusatoria, que abre el juicio contradictorio; la carga de la prueba de ésta, que pesa sobre el acusador; y el derecho de defensa que corresponde al imputado.²⁴

Sistemáticamente, no existe ninguna duda frente a la activación del derecho a la defensa por parte del procesado, llámese a este indicado, imputado, acusado o condenado, y ello tiene respaldo pacífico en la jurisprudencia constitucional y en la doctrina internacional, antes en la sistemática mixta inquisitiva y ahora en la sistemática mixta acusatoria. La problemática que en realidad debe ocupar la atención de este estudio radica en la forma en la que se ejercerá el derecho a la defensa técnica y material, por parte de quien no es imputado y de quien sí lo es, así como en la defensa del condenado en sede de ejecución de la pena.

3. FACULTADES DE QUIEN NO ES IMPUTADO Y DEL IMPUTADO

Dentro de las normas rectoras de la actuación penal colombiana se integra el artículo 8° del C.P.P., en donde se aduce: Artículo 8°. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad

respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

Así se instituye el derecho a no declarar en contra de los consanguíneos, a no auto-incriminarse, al silencio sin consecuencias adversas, a que no se utilicen en contra de sí las conversaciones tendientes a un acuerdo con la Fiscalía, a contar con un abogado de confianza, o nombrado por el Estado, que lo asista y represente, a un traductor debidamente acreditado, proporcionado por el estado o elegido por el imputado, a la comunicación privada con el defensor, a conocer los cargos imputados²⁵, a disponer de un tiempo razonable para preparar la defensa, solicitar, conocer y controvertir las pruebas, a “tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate y a renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.” Es decir, sólo puede el procesado renunciar al derecho a guardar silencio, a no auto-incriminarse y a un juicio público; y, quizás, al mayor de los derechos que le asiste al imputado, el de la absoluta presunción de su inocencia (Negrillas de quien escribe)²⁶.

Obviamente, y como se desprende del acápite anterior, puede el indicado iniciar el ejercicio de la defensa en su propia causa, empero ello sólo será posible en aquellos eventos compatibles con la condición del procesado, v. gr., no podría concebirse que el indiciado solicitase pruebas anticipadas (art. 284 C.P.P.) ante el juez en función de control de garantías sin que existiese noticia criminis. Tampoco podría concebirse que el procesado exigiera

el descubrimiento de los elementos materiales probatorios con anterioridad a la imputación de cargos²⁷. En fin, la activación del derecho de defensa no implica resquebrajar la estructura propia del sistema regentado por la ley 906 de 2004 y sus normas modificatorias.

Lo que si debe dejarse en claro, es que las garantías propias del inculcado en la actuación procesal no pueden resquebrajarse en ninguno de los momentos de la actuación, ni siquiera bajo la falsa premisa de ausencia de imputación concreta de cargos. Coherentemente con el planteamiento esbozado, se erige la función del juez en función de control de garantías, ella como motor y límite del ejercicio del *ius puniendi*, por cuanto el monopolio de éste debe satisfacer los postulados constitucionales a los cuales les hemos apostado. Ese es el fin del proceso jurisdiccional: alcanzar un convencimiento fidedigno de la conducta reprochada, garantizando los fundamentales derechos de todos los intervinientes en el proceso, sin importar si están vinculados o no al mismo. Así lo expone el jurista Español Perfecto Andrés Ibáñez:

La aspiración constitucional es sencilla y sencillamente formulable: Se concreta en la consecución de un conocimiento de calidad a través del proceso, por la poderosa razón de que sólo un saber así connotado puede justificar el uso por parte del estado de un instrumento tan penetrante en la esfera de los particulares y de tanto riesgo como el *ius puniendi*. Por eso la rigurosa sumisión de su ejercicio a las reglas que hoy forman su disciplina constitucional del proceso, y de ahí también el rango atribuido a éstas.²⁸

Con todo, se tiene que la naturaleza del sistema inspirado por el Acto Legislativo 03 de 2002, y configurado por la ley 906 de 2004, exige una defensa proactiva²⁹ no limitada al mero arbitrio investigativo

del ente fiscal, y ello porque el componente adversarial y republicano de nuestra sistemática le otorga a la Fiscalía el deber de investigar para acusar (o solicitar la preclusión conforme al principio de objetividad. Art. 115 del C.P.P.) y, conforme a las atribuciones que se le entregan a la defensa, a ésta le corresponde el deber de ejercer la investigación en procura de los intereses de su representado.

Artículo 125. Reformado por la [Ley 1142 de 2007](#), artículo 47. Deberes y atribuciones especiales. En especial, la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

(...) 9. Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos, las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales. (Aparte en negrilla: declarada inexecutable conforme la sentencia C- 536 de 2008, bajo el entendido de que la certificación puede ser entregada por el juez en función de control de garantías o por la procuraduría, no siendo obligatorio para la defensa acudir ante la Fiscalía en procura de tal certificación.)

Ahora, claro resulta que la condición de no imputado le permite al indicado el ejercicio de claras actividades defensivas, lo que de igual modo sucede con el imputado, y del contenido del artículo 130 del C.P.P. no parece desprenderse una distinción entre el estatus de indicado o imputado, pues a más de que se alude a instrumentos internacionales en cuanto a los derechos del procesado, el legislador de 2004 utiliza precisamente este nombre general, procesado, sin

generar distinción alguna entre los distintos estatus del mismo:

Artículo 130. Atribuciones. Además de los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y que forman parte del bloque de constitucionalidad, de la Constitución Política y de la ley, en especial de los previstos en el artículo 8º de este código, el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella (negrillas de quien escribe).

Y en la misma sentencia citada arriba, la corte concreta que las diferencias conceptuales frente al estatus del procesado obedecen más a criterios de distinción entre la defensa técnica y la defensa material; no obstante, al procesado, en términos genéricos, le es dable asumir su defensa, siempre que sea ésta compatible con su condición; ello, haciendo prevalecer el concepto técnico del profesional del derecho.³⁰

El estatus de procesado conlleva las prerrogativas defensivas, tanto técnicas como materiales, mismas que, se itera, se activan con el conocimiento de la noticia criminal —algunas de ellas renunciables, como el derecho a guardar silencio y a no auto-incriminarse, así como el juicio oral, público y contradictorio; la primera de ellas renunciable aun en sede de indagación (interrogatorio al indiciado. Art. 282 C.P.P.); la segunda sólo renunciable a partir de la imputación de cargos (pues resulta imposible renunciar a un juicio si antes de ello no ha existido el impulso necesario para que se active la jurisdicción, esto es, la imputación de cargos)—.

Las posibilidades en el ejercicio de la defensa (técnica o material) en cuanto a la recolección de elementos materiales probatorias, evidencia física en información de utilidad, se encuentran avaladas en el artículo 125, numeral 9°, de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 47 de la ley 1.142:

9. Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales. (Negrillas de quien escribe)

Situación refrendada por el artículo 267 de la misma norma, para quien no es imputado y, en todo caso, cobijada por el contenido constitucional del artículo 29° y los artículos 8° [literales h), i), y j)] y 130 de la norma procesal. No obstante, al igual que la Fiscalía General de la Nación, la parte de la defensa tiene unos límites importantes en el ejercicio de la misma, pues nótese que el numeral 9 del artículo 125 expresa: "Para tales efectos, las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva."

Dicho concepto, en su interpretación literal, entendido de manera deshilvanada, daría lugar a que el procesado o su defensor tuvieran atribuciones ilimitadas, inclusive superiores a las de la Fiscalía, situación que eventualmente podría poner en riesgo derechos fundamentales de terceros. V. gr., podría la defensa acceder a material reservado (bases de

datos de particulares, historias clínicas, obtención de muestras que involucren a terceros) y practicar diligencias que pongan en peligro el derecho a la intimidad (allanamientos y registros), entre otras actividades que, bajo la legítima consigna de compilar información o elementos materiales probatorios para la investigación, pudiera poner a la comunidad al arbitrio de la defensa.

Dicha situación, a más de ilógica, resulta indeseable, puesto que si con la implementación de la ley 906 de 2004 se quisieron limitar las atribuciones jurisdiccionales de la Fiscalía, en pro de evitar excesos injustificados en la actuación penal y procesal penal, pues menos se quisiera que los mismos estuvieran en manos de la defensa.

Lo primero que debe aclararse es que las funciones propias de la Fiscalía y de la defensa no pueden ser confundidas, así como tampoco las del juez constitucional o de conocimiento. Las funciones procesales se dividen de cara al componente republicano imperante en nuestro modelo estatal. Las funciones de investigación, defensa y juzgamiento están atribuidas a cada sujeto procesal, no siendo el operador judicial un simple árbitro del debate de partes, pero sí guardando respeto por las actuaciones propias de cada una de ellas.³¹

La defensa no puede suplantar a la Fiscalía en su actividad investigativa, así como la Fiscalía ha perdido el deber de la investigación integral³²; empero se reitera, cuando la defensa persigue legítimos intereses investigativos, que, siendo necesarios, implican una limitación o afectación a derechos de terceros, y no es absoluta la posibilidad de ejercerlos. Entonces debe aparecer el tercero imparcial; en este caso, es el juez en función de control de garantías, quien debe

verificar si las medidas investigativas son en realidad útiles, necesarias, proporcionales y urgentes, y, de ser así, será él quien determine si el acto investigativo debe realizarse o no, y en caso afirmativo será el juez en función de control de garantías quien brinde aprobación al acto defensivo que limite garantías fundamentales:

Al extender esa autorización, el juez también deberá tener en cuenta que “En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia” (art. 27 L. 90 de 2004), al igual que los principios de utilidad y circulación restringida que rigen el proceso de acopio, administración y circulación del dato personal; todo lo cual indica que, contrariamente a la opinión del Procurador, sí existen parámetros que permiten al juez regular la actuación de la defensa en materia de recaudo de evidencia.

Con todo, no basta condicionar la exequibilidad del segmento acusado “sin que puedan oponer reserva” del numeral 9° del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, al cumplimiento de orden judicial, para así precaver violaciones a derechos fundamentales de terceros, pues se estaría enviando el mensaje equivocado de que toda actuación de la defensa tendiente a recoger elementos de prueba necesita autorización judicial, lo cual sería contraproducente en la medida en que restringiría e, incluso, enervaría el rol que constitucionalmente se le asigna a ese sujeto procesal en el Sistema Penal Acusatorio, representando de paso gran sobrecarga de trabajo en la función de control de garantías.

Por ello, para que ese condicionamiento tenga sentido, además es indispensable precisar que la orden judicial es exigible cuando la actividad investigativa de la defensa efectivamente restrinja o limite derechos fundamentales de terceros, con lo cual quedan a salvo el equilibrio procesal, indispensable para el funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio y, principalmente, la garantía

superior de la intimidad personal, cuya protección debe procurar el Estado.

Con todo, la Corte considera conveniente resaltar la indispensabilidad de que los organismos técnicos de investigación a los que acudan la Fiscalía y la defensa en pro de su respectiva causa, sean públicos o privados, nacionales o extranjeros, siempre actúen con probidad, independencia e imparcialidad.

Así, se declarará la exequibilidad del segmento normativo acusado “sin que puedan oponer reserva” del numeral 9° del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, entendiendo que las entidades públicas y privadas, así como los particulares, no pueden oponerla al defensor que ha obtenido autorización del juez de control de garantías, si se afectaren derechos fundamentales³³.

Queda claro entonces, que aunque el procesado y su defensor (imputado o no) cuentan con amplias facultades en el ejercicio del derecho fundamental a la defensa, dicho derecho no es absoluto.

Otras prerrogativas del procesado no son renunciables, como por ejemplo a un abogado de confianza, o nombrado por el Estado, que lo asista y represente, a un traductor debidamente acreditado, de requerirse por el procesado la comunicación privada con el defensor, a conocer los cargos imputados, a disponer de un tiempo razonable para preparar la defensa y a solicitar, conocer y controvertir las pruebas.

En razón a la importancia del tema, se hará referencia a la renuncia al abogado, ya sea público, ya sea de confianza por parte del procesado; lo anterior bajo la taxativa prohibición de renunciar a dicho derecho y a la posibilidad de intervención directa por parte del procesado. De ello se dará cuenta en el acápite siguiente.

4. LA DEFENSA TÉCNICA Y MATERIAL

Lo hasta ahora expuesto permite evidenciar que, de cara a nuestro componente jurisprudencial, así como al tenor literal e inequívoco del artículo 8° de la ley 906 de 2004, el procesado, a más de requerir el acompañamiento judicial de un letrado en el Derecho, debe contar con uno que lo haga de manera técnica, ininterrumpida, positiva y especializada, pues el valor supremo de la justicia exige que el derecho de defensa, como mandato supralegal (artículo 29 C.P.) se encuentre plenamente garantizado.

Como se observó en las líneas precedentes, no existe discusión alguna sobre la naturaleza supralegal del derecho a la defensa y, sea dicho de paso, difícilmente se podría concebir el valor supremo de la justicia sin ella garantizada.³⁴ Ahora bien, dos preguntas problemáticas serán abordadas en este acápite: (i) ¿Es el abogado defensor una verdadera parte procesal? Y (ii) ¿Tienen que converger la defensa técnica y la material, en todos los casos, en el proceso penal?

4.1 Naturaleza Procesal del abogado defensor

Del lado de la doctrina³⁵ y la jurisprudencia³⁶ ha existido consenso en la naturaleza que como parte ostenta el abogado defensor, ya sea por el papel protagónico que habrá de representar el apoderado del sujeto pasivo de la acción, o porque sin la asistencia de un abogado letrado se deslegitima la función estatal de administrar justicia. Ninguna de estas afirmaciones podría ser rebatida por quien escribe.

La sistemática procedimental que regenta la instrucción criminal colombiana exige un acto de parte (imputación, luego acusación) por quien ostenta

la titularidad de la acción; para este caso, punitiva. Dicho titular no es otro que el Fiscal General de la Nación (art. 250 C.P.), quien directamente, o haciendo uso de sus facultades de delegación (art. 116 del C.P.P.), ostenta la potestad acusatoria.

El sentimiento de civilidad del ser humano, mismo que lo aleja de la idea de la autocomposición como alternativa en la resolución de los conflictos, es el que lo lleva a delegar jurisdicción al Estado. El deber de ejercer la acción penal, bajo el entendido de ser el delito un problema que vincula a todos los asociados, es lo que hace necesario que el Estado medie en la solución del conflicto. Es el pueblo soberano quien ha entregado a la Fiscalía la titularidad y la obligatoriedad de adelantar la acción penal, para, de esta manera, mantener la convivencia pacífica y el orden justo como fines superiores del Estado.

No es el Fiscal General de la Nación, ni sus delegados, quienes en principio puedan reputarse como afectados con la conducta antijurídica; tampoco podría serlo el juez, pues, si así fuere, él mismo no podría detentar la calidad de juez natural en el juicio en contra de un imputado indeterminado, puesto que la imparcialidad no habitaría en dicho juez; él mismo tendría que retirarse del juzgamiento.

La víctima, como lo han expuesto con creces la Jurisprudencia Constitucional y la Honorable Corte Suprema de Justicia, no se reputa parte dentro del proceso³⁷, aun cuando no podría desconocerse su interés legítimo en la disputa; pero se reitera que la titularidad de la acción se ha delegado en la Fiscalía General de la Nación, como depositaria del poder soberano que se le ha entregado por el constituyente primario.

En igual situación se encuentra el Ministerio Público, quien, por un extraño capricho del Legislador, funge como representante (desplazando a la Fiscalía) de la sociedad de las víctimas (quienes cuentan, si así lo desean, con su representación) y del procesado (quien cuenta con su apoderado). No obstante, éste no es el escenario para discutir esta problemática.

Consecuentemente con la postura que se viene argumentando, el abogado defensor no es quien soporta los efectos de la pretensión, aunque ésta se itera, representa, resguarda y se compromete frente a los intereses del procesado. En abstracto, la ausencia del defensor (cualquiera sea éste) deslegitima el contenido del proceso, pues no podrá adelantarse sin la presencia del componente defensivo, pero no por ello el abogado defensor es parte.

De hecho, el abogado defensor resulta fungible dentro del proceso, intercambiable en el número de oportunidades que lo estime el procesado. Éste podrá ser asistido por cuantos abogados desee³⁸, siendo el único requisito constitucional, legal y jurisprudencial que el procesado siempre esté acompañado de un abogado.

Como cosa distinta a la anterior, no puede modificarse la titularidad de la acción penal (ella es exclusiva de la Fiscalía general de la nación), así como tampoco será fungible el procesado, puesto que la responsabilidad penal es individual y, por lo tanto, sólo el acusado ostenta la calidad para ser parte.

Se insiste en que la diferencia conceptual que ahora se precisa no pretende alejar el concepto constitucional del derecho a la defensa, más si puntualiza que sólo serán partes aquellos que tienen y soportan los efectos de la pretensión en el proceso penal.

4.2 La renuncia al defensor técnico

Como corolario de la anterior discusión, surge el interrogante en cuanto a la convergencia de la defensa técnica y material en una sola persona (evento en el cual la discusión anterior carecería de sentido) o, si es del caso, la renuncia al abogado de confianza.

Ya se ha advertido cómo el derecho a la defensa técnica, a voces del artículo 8° del C.P.P., resulta, al parecer, irrenunciable. Instrumentos internacionales, ratificados por Colombia, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no presentan una prohibición tan drástica como la local:

Art. 14. (...) 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y las causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección, a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos

de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable; (...) (Negrillas de quien escribe)

La 6ª enmienda a la Constitución Estadounidense:

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of Counsel for his defense.³⁹

A propósito de lo anterior, dentro del proceso adelantado en contra del juez Baltasar Garzón, por parte del Supremo Tribunal Español, en la sala de lo penal, se sostuvo:

Como luego se dirá, aunque es pertinente adelantarlo, el derecho de defensa es un elemento nuclear en la configuración del proceso penal del Estado de Derecho como un proceso con todas las garantías. No es posible construir un proceso justo si se elimina esencialmente el derecho de defensa, de forma que las posibles restricciones deben estar especialmente justificadas.

(...) Las exigencias de un proceso justo, o en términos del artículo 24.2 de la Constitución, de un proceso con todas las garantías, es necesario que el imputado conozca la acusación y pueda defenderse adecuadamente de la misma. De esta forma, el derecho de defensa, como derecho reconocido a cualquier imputado, resulta esencial, nuclear, en la configuración del proceso.

En este marco, los principios de contradicción e igualdad de armas y de prohibición de la indefensión, actúan, a través del derecho de defensa, como legitimadores de la jurisdicción, de manera que ésta sólo podría operar en ejercicio del poder judicial dadas determinadas condiciones de garantía de los derechos de las partes, y especialmente del imputado. El derecho de defensa, desarrollado sustancialmente a través de la asistencia letrada, aparece reconocido como un derecho fundamental del detenido en el artículo 17 de la CE, y del imputado, con el mismo carácter aunque no exactamente con el mismo contenido, en el artículo 24. No se encuentra entre los que el artículo 55 de la CE considera susceptibles de suspensión en casos de estado de excepción o de sitio.

En el artículo 24 aparece junto a otros derechos que, aunque distintos e independientes entre sí, constituyen una batería de garantías orientadas a asegurar la eficacia real de uno de ellos: el derecho a un proceso con garantías, a un proceso equitativo, en términos del CEDH; en definitiva, a un proceso justo. De forma que la pretensión legítima del Estado, en cuanto a la persecución y sanción de las conductas delictivas, sólo debe ser satisfecha dentro de los límites impuestos al ejercicio del poder por los derechos que corresponden a los ciudadanos en un Estado de derecho. Nadie discute seriamente en este marco que la búsqueda de la verdad, incluso suponiendo que se alcance, no justifica el empleo de cualquier medio. La justicia obtenida a cualquier precio termina no siendo Justicia.⁴⁰

Para el caso colombiano, la presencia del abogado defensor no resulta facultativa, y no puede, por tanto, renunciarse a la actividad del defensor técnico.

Quizás una lectura desprevenida al artículo 155 del C.P.P.⁴¹ permitiría darle una interpretación diferente a la anterior afirmación, pero se considera que en dicho texto se hace referencia única y exclusivamente a los eventos en donde (a) el procesado se ha declarado legalmente contumaz; (b) en los eventos en los

que el procesado se encuentra en libertad y decide no comparecer a las diligencias; y (c) el procesado que, aun cuando se encuentra privado de la libertad, decide no comparecer a la diligencia. En cualquier otro evento resultaría inadmisibile el adelantamiento de cualquier diligencia sin la asistencia del procesado y de su defensor.

Ahora bien, ¿qué sucede si es el procesado el que asiste a la diligencia preliminar y no comparece su defensor técnico? ¿Puede el procesado renunciar a la defensa técnica? La respuesta debe ser negativa y sólo podría tener una excepción, esto es, cuando el procesado ostente la calidad de abogado.

Resulta pertinente examinar el precedente jurisprudencial. En reciente decisión, la Honorable Corte Suprema de Justicia planteó:

Respecto de la defensa material, cabe decir, de ninguna manera la Constitución Política o la ley hacen depender a ella de la intervención técnica de un defensor, sea éste público o de confianza, pues, una somera revisión de las normas atinentes al caso permite apreciar que para el imputado o acusado existe una amplia gama de posibilidades de postulación e impugnación que, como se vio, se articulan o complementan la actividad del profesional del Derecho encargado de asistirlo.

De lo expresado por la Corte Constitucional no es posible concluir, es necesario destacarlo, que en todos los casos el imputado o acusado deba contar con defensor técnico, así ello sea lo más plausible.

Una adecuada lectura de la jurisprudencia constitucional, examinada en su contexto, permite verificar que la decisión se encamina simplemente a determinar la consonancia con la Carta del artículo 118 de la Ley 906 de 2004, que fue demandado, debe relevarse, por estimar el accionante constitucional, que viola el derecho de defensa material.

La Corte Constitucional significa que la institucionalización de la defensa técnica, lejos de violar el derecho integral a la defensa, lo asegura o complementa.

Y, seguidamente, significa que en casos en los cuales el imputado o acusado no posee conocimientos técnicos en Derecho o cuando se halla detenido, le resulta bastante difícil hacer valer sus derechos o allegar los medios probatorios necesarios para controvertir los elementos de juicio acopiados en su contra por la Fiscalía.

No dice la Corte Constitucional si en casos diferentes — esto es, cuando el procesado es versado en el Derecho penal y no se encuentra detenido—, se allanan esas limitaciones y, entonces, es posible que actúe en representación de sí mismo, sin contar con profesional del derecho encargado de asistirlo.

Como la Ley 906 de 2004 no prohíbe expresamente esa actuación en propia persona, será factible que en determinados eventos pueda el procesado versado en Derecho atender a su defensa técnica y material, aunque, no sobra precisar, como sucede en la Ley 600 de 2000, determinadas diligencias impongan necesario que actúe un profesional del Derecho independiente, cual sucede con el interrogatorio al indiciado (artículo 282) o cuando el acusado decide comparecer como testigo en su propio caso (artículo 394).⁴²

Para 2007 la Corte había puntualizado que:

Es flagrante el desconocimiento de la igualdad de armas cuando quien asume la defensa técnica no conoce la dinámica del proceso, pues con ello materialmente está impidiendo asegurar el contradictorio. No es suficiente que existan oportunidades procesales sino que debe propiciarse la paridad de los contradictorios, de donde la presencia de un abogado en calidad de defensor no es suficiente ni per se determina la existencia de defensa y realización plena del principio contradictorio.

La defensa que se reclama desde la Constitución es aquella que permita la realización de un orden justo,

y éste sólo se consigue cuando el Estado garantiza que el derecho tenga realización y ejercicio con plena competencia, capacidad, idoneidad, recursos, disponibilidad de medios, etc., pues la persecución del delito no es posible adelantarla de cualquier modo y sin importar el sacrificio de los derechos fundamentales, toda vez que la dignidad de la persona impone que las sentencias de condena solamente podrán reputarse legítimas cuando el sospechoso fue vencido en un juicio rodeado de garantías, a través del cual el juez tiene que ser el principal patrocinador de las mismas.⁴³ (Negrillas de quien escribe)

En la misma providencia se plantea la obligación del juez de advertir al procesado las falencias de la defensa que se hayan observado por parte del juez en función de conocimiento; situación que, dicho sea de paso, no implica parcialización por parte del juez, puesto que la sentencia que dé punto final al debate, cualquiera sea su contenido, solo podrá emitirse con el lleno de las garantías para las partes e intervinientes. Continúa la corte:

El juez está en la obligación de requerir al apoderado para que ejerza la función encomendada y advertir al acusado de las consecuencias de tal inactividad.

En situaciones extremas, el funcionario judicial puede y tiene que reclamar actividad y diligencia al defensor, y, de ser palmaria su colusión o incompetencia, dar amplias explicaciones al acusado para que, si a bien lo tiene, proceda a remover a su representante e inclusive aclararle que, en todo caso, puede reclamar que su protector dentro del proceso sea un letrado de la defensoría pública.⁴⁴ (Negrillas fuera de texto)

En la problemática que ahora se advierte, en donde el procesado-abogado ha decidido ejercer su propia defensa, se pregunta: ¿puede el juez suplantar la autonomía —que inclusive propició la decisión de ejercer su propia defensa dejando de lado la

posibilidad de hacerse a un abogado de confianza, o uno público nombrado por el Estado— para relevar al togado que funge a su vez como procesado en aras de la garantía de un proceso debido para él mismo? Naturalmente se trata de una pregunta problemática y de difícil comprobación fáctica, puesto que en no muchas oportunidades el togado ejerce su propia defensa; empero, de presentarse dicha situación, y bajo el entendido de que la exigencia de la Honorable Corte adquiere vida jurídica en situaciones extremas, el funcionario deberá privilegiar el proceso debido y, aun en contra de la voluntad del procesado-abogado, deberá interrumpir la diligencia y oficiar para que se nombre defensor técnico por parte de la defensoría pública o posibilitar que el procesado se haga a un defensor de confianza y, en última instancia, analizar la necesidad de la nulidad procesal.

No quiere decir lo anterior que se desconozcan las muchas posibilidades defensivas que puede ejercer la modalidad material de la defensa, pero el concepto del debido proceso, en su vertiente del derecho a la defensa, se erige inclusive sobre la voluntad del procesado. Debe advertirse que, precisamente, conforme lo norma el artículo 130 del C.P.P., en el evento de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado, prevalecen las de aquella, y ello es porque en estos eventos la naturaleza constitucional del derecho a la defensa hace primar el concepto profesional de aquel frente a quien se ha elevado la pretensión punitiva.

No en vano se ha sostenido que el derecho a la defensa es:

Intangible, en cuanto que el imputado no puede renunciar a él, ni el Estado a su obligación de

garantizarlo. Si quien es vinculado al proceso no quiere o no está en condiciones de designar un abogado que lo asista en el trámite procedimental, el órgano judicial tiene la obligación de proveérselo, y de estar atento a su desempeño, asegurándose de que su gestión se cumpla dentro de los marcos de la diligencia debida y de la ética profesional.

Permanente, porque por mandato constitucional (artículo 29) debe ser garantizado durante todo el proceso (investigación y juzgamiento), sin ninguna clase de limitaciones, y porque siendo condición esencial de validez de la actuación, no puede estar referido a sólo un estadio de ella, ni convertirse en una prerrogativa opcional del trámite procesal, ni hacerse depender de las posibilidades de éxito de su ejercicio, atendida la mayor o menor contundencia de la prueba incriminatoria.

Real, en cuanto a que su ejercicio no puede entenderse garantizado por la sola circunstancia de contar nominalmente el imputado con un abogado defensor durante la investigación y el juzgamiento, sino que es necesario que se realice materialmente, mediante actos positivos de gestión, o de actitudes vigilantes del acontecer procesal, susceptibles de ser constatadas a través de actuaciones objetivas.⁴⁵

CONCLUSIONES

Ellas, a no dudarlo, son apenas un abre bocas, por cuanto el estatuto del imputado es apenas una construcción germinal. Las garantías que ha de revestir el sujeto pasivo de la acción penal son una elaboración del diario acontecer judicial, pero por ahora se puede advertir que:

1. No es un mero capricho del Legislador que el sujeto pasivo de la acción penal reciba diferentes nombres a lo largo de la actuación penal y procesal penal, puesto que en cada fase de éstas las garantías se

transforman en aumento de las posibilidades del imputado.

2. De la mano de la jurisprudencia, las leyes y las sentencias locales y extranjeras, puede asegurarse que el derecho a la defensa se erige en el eje central para el desarrollo de las garantías constitucionales.
3. Un buen punto de partida de la discusión sería el que nos permita cuestionarnos sobre la naturaleza procesal del abogado defensor, sobre su fungibilidad dentro del sistema o su falta de ella. En lo que no existe discusión alguna es en la naturaleza fundamental del derecho a la defensa, como presupuesto necesario para alcanzar una decisión justa y legítima.
4. Sin importar el nombre que reciba el sujeto pasivo de la acción penal, es éste el destinatario mayor —mas no el único— de las garantías constitucionales y procesales, y su desconocimiento se torna inadmisibles, dando lugar, cuando menos, a la deslegitimación de la decisión judicial.

NOTAS:

- 1 Aun cuando la ejecutoria de la sentencia da lugar a que, en estricto sentido, se de culminación al proceso penal, se tiene que la ejecución de la pena comporta aspectos de interés jurisdiccional, pues no de otra manera se le entregaría a un juez de la República la función de la vigilancia de la pena. No se trata, pues, la ejecución de la pena, de un mero escenario administrativo, se trata de un verdadero ejercicio jurisdiccional. Así, entre muchas otras disposiciones, lo resaltan los siguientes artículos: «Artículo 4° de la ley 599 de 2000. Funciones de la pena: La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión. Artículo 6°, *ibíd.*, artículo 6°. Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva

o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

- 2 Sentencia C-591 de 2005. Corte Constitucional Colombiana, 9 de junio de 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas: «Las menciones generales sobre el nuevo sistema procesal penal, citadas anteriormente, permiten advertir que se trata de un nuevo modelo que presenta características fundamentales especiales y propias, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, prima facie, a otros sistemas acusatorios como el estadounidense o el continental europeo.

(...)En efecto, se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo, de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado, mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales.»

- 3 No obstante, se advierte que este término se presta para equívocos, puesto que en el capítulo III del título II de la ley 600 de 2000, artículo 126, se establece: «Se denomina imputado a quien se atribuya autoría o participación en la conducta punible. Éste adquiere la calidad de sindicado y será sujeto procesal desde su vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente.»
- 4 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, tomo II, pág. 1405. «Dicho de una persona: Acusada de infracción de las leyes penales.»
- 5 *Ibid.* Pág. 858. «Que tiene contra sí la sospecha de haber cometido un delito.»
- 6 No se registra este término en el diccionario de la RAE; no obstante, el término «indagatoria», que se encuentra en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, vigésima segunda edición, tomo II, se refiere a: «Declaración que acerca del delito que se está averiguando se toma al presunto reo sin recibirle juramento»; por lo tanto, el indagado sería aquel a quien se le ha tomado indagatoria.
- 7 Artículo 286 de la ley 906 de 2004: «La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.»

En caso de no lograrse la verificación de la identidad, la policía judicial que realizó la confrontación remitirá el registro decadactilar de manera inmediata a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a efectos de que expida copia de la fotocédula, en un tiempo no superior a 24 horas.

En caso de no aparecer la persona en los archivos de la Registraduría

Nacional del Estado Civil, esta autoridad la registrará de manera excepcional y por única vez, con el nombre que se identificó inicialmente y procederá a asignarle un cupo numérico, sin tener que agotar los procedimientos regulados en el Decreto 1260 de 1970, o demás normas que lo modifiquen o complementen.

Concluido el procedimiento, la Registraduría Nacional del Estado Civil informará los resultados a la autoridad solicitante.»

- 9 Proceso Número 34.022 del 8 de junio de 2011, Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, citando la decisión 32.685 de la misma corporación: «De ahí que en reciente pronunciamiento la Sala haya precisado que ese 'acto complejo' de acusación 'como pliego concreto y completo de cargos, resume tanto la imputación fáctica como la imputación jurídica, con miras a que, a través de dichas concreciones, se permita al acusado conocer los ámbitos y alcances exactos de la acusación, y a partir de estos ejercer el derecho de defensa.
Se afirmó en la citada decisión que se trata de un acto complejo, porque el mismo está compuesto por la presentación del escrito de acusación, cuyo contenido está expresamente regulado en la respectiva ley (artículo 337) y se integra con los desarrollos de la audiencia de formulación (artículo 339), durante la cual puede aclararlo, adicionarlo o corregirlo motu proprio la Fiscalía, de manera amplia, en cuanto los hechos jurídicamente relevantes (conservando, desde luego, el mismo marco naturalístico de la imputación), o a petición de parte o del Ministerio Público, constituyendo de esa forma un acto material complejo, único y unívoco en el que 'se concreta la imputación de una conducta con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen; hechos que corresponden a la imputación fáctica en la cual se integran las formas de autoría o participación, atenuantes y agravantes genéricas o específicas, con referencia a un tipo (o tipos) básico, especial o alternativo, esto es, las adecuaciones normativas que corresponden a la imputación jurídica'.»
- 10 Artículo 290. Derecho de defensa: «Con la formulación de la imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en este código.»
- 11 Artículo 74. Reformado por la Ley 1142 de 2007, artículo 4º: «Delitos que requieren querrela. Para iniciar la acción penal será necesario querrela en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad, un inimputable o la persona haya sido capturada en flagrancia (...)»
- 12 Artículo 70. Condiciones de procesabilidad: «La querrela y la petición especial son condiciones de procesabilidad de la acción penal.»
- 13 Artículo 522. La conciliación en los delitos querellables: «La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.»
- 14 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española,

- vigésima segunda edición, tomo II, pág. 852. «Dicho de una persona: Contra quien se dirige un proceso penal.»
- 15 Proceso 32.685 del 16 de marzo de 2011, Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero: «A su vez, el escrito de acusación, integrado a la audiencia de formulación del artículo 339 *ibidem*, durante la cual puede ser aclarado, adicionado o corregido por la Fiscalía o a petición de parte o Ministerio Público y los alegatos en el juicio oral, constituyen entre sí un acto procesal complejo formal y material en el que se concreta la imputación de una conducta con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen, hechos que corresponden a la imputación fáctica en la cual se integran las formas de autoría o participación, atenuantes y agravantes genéricas o específicas, con referencia a un tipo (o tipos) básico, especial o alternativo, esto es, las adecuaciones normativas que corresponden a la imputación jurídica.»
 - 16 Proceso 13.378 del 03 de febrero de 1998. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal. M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar: «La presunción de inocencia referida al proceso penal es una garantía de toda persona de no ser considerada culpable mientras no se la declara judicialmente como tal a través de sentencia definitiva. Pero una cosa es que no se le considere culpable hasta la adopción de la decisión judicial que haga tránsito a cosa juzgada y otra muy distinta plantear que el principio sea de tal manera absoluto que impida la posibilidad de que, en ciertos estadios del trámite procesal y de manera provisional, la inocencia se vea desvirtuada a partir de pruebas legalmente aportadas y suficientes, según sea la exigencia de la etapa por la cual atraviese el proceso.»
 - 17 No de otra manera podría entenderse el concepto de antecedente penal, conforme al artículo 248 de la Constitución Política Colombiana: «Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales, en forma definitiva, tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.»
 - 18 Artículo 29, Constitución Política Colombiana: « (...) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable (...)»
 - 19 Sentencia C-475 de septiembre 25 de 1997. Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
 - 20 Sentencia C-799 del 2 de agosto de 2005. Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.
 - 21 Sentencia C-1194 del 22 de noviembre de 2005. Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
 - 22 Sentencia C-025 del 27 de enero de 2009. Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
 - 23 L. Ferrajoli, en Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid, 2009. P. 144, citado por Perfecto Andrés Ibáñez en Garantismo y Crisis de la Justicia. Título: La cara oculta de las garantías procesales. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y otros. Sello editorial Universidad de Medellín. Edición 2010.
 - 24 *Ibid.*
 - 25 Proceso Número 34.022 del 8 de junio de 2011. Corte Suprema

de Justicia en Sala de Casación Penal. M.P. Dr., Julio Enrique Socha Salamanca, citando la Convención Americana de Derechos Humanos: «Además, según los tratados internacionales citados, desde el inicio de cualquier investigación penal, toda persona ostenta el derecho a tener conocimiento de los hechos que la involucran en la misma. Así lo consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al establecer que en todo proceso penal se tiene derecho a la ‘comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada’ (artículo 8º, numeral 2º, literal b); y en el mismo sentido se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al prever que toda persona acusada de un delito tendrá derecho ‘a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella’ (artículo 14, numeral 3º, literal a).»

- 26 «Idealmente, un proceso con presunción de inocencia pretende llegar a obtener conocimiento sobre hechos eventualmente perseguibles con el máximo respeto a las personas y con el mayor rigor epistémico y no impone ningún gravamen antes de saber, y saber de forma definitiva. Tal es la apuesta. Además, con una particularidad, y es que el de la presunción de inocencia, como derecho fundamental, no admite derogaciones. Es, por más fuerte que suene, absoluto.» Ibañez, Perfecto Andrés. *Garantismo y Crisis de la Justicia*. Título: La cara oculta de las garantías procesales. Sello editorial Universidad de Medellín. Edición 2010. Pág. 170.
- 27 Aclarando que el descubrimiento probatorio opera dentro de la audiencia de Formulación de acusación, conforme a lo normado en el artículo 344 del C.P.P.
- 28 Ibañez, Perfecto Andrés. *Garantismo y Crisis de la Justicia*. Título: La cara oculta de las garantías procesales. Sello editorial Universidad de Medellín. Edición 2010. Pág. 172.
- 29 Sentencia C-210 de marzo 21 de 2007. Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cita de la decisión C-1194 de 2005 de la misma corporación. «De hecho, resulta especialmente relevante en el contexto del nuevo proceso penal acusatorio, exigir que el abogado de la defensa tenga a su alcance todos los medios y armas procesales para ejercer su función, de tal suerte que la actividad dirigida a recaudar y controvertir pruebas, a más debe ser diligente y oportuna, es esencial para el ejercicio del derecho de defensa. En este sentido, la Corte dijo que ‘el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues, ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar, por cuenta propia, el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera, de este modo, la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable.’»
- 30 Salvo los eventos de aceptación de cargos por vía de allanamiento o preacuerdo, en donde, conforme al artículo 351, prevalece la voluntad del procesado. «Artículo 354. Reglas comunes. Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalecerá lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con

su defensor, de lo cual quedará constancia.» Se aclara que, en todo caso, la decisión del procesado debe ser debidamente informada por su abogado defensor, aun cuando se discrepe en las apreciaciones jurídicas.

- 31 Sentencia C- 396 de 2007. Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra: «Confirma esa tesis la interpretación sistemática de la Ley 906 de 2004, en la cual puede observarse con nitidez que el juez penal en el sistema acusatorio no es un convidado de piedra, pues, como se explicó en precedencia, el modelo acusatorio colombiano es propio y no puede ajustarse integralmente a ninguno de los diseñados en el derecho comparado, sino que debe ajustarse a todas las características directamente señaladas por el Constituyente (artículo 250 de la Constitución)».
- 32 Sentencia C-118 del 27 de febrero de 2008. Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra: «En consecuencia, no podría concluirse que para efectos de garantizar la igualdad de armas en el proceso penal, la defensa también debería tener la posibilidad de solicitar la preclusión de la investigación penal con idénticas condiciones a las señaladas al órgano investigador, o que la defensa tendría absolutamente todas las facultades que tiene el ente acusador o que, por el contrario, la fiscalía debería tener todas las ventajas probatorias que con la presunción de inocencia ampara a la defensa, pues ello no sólo desconocería los diferentes roles que asumen las partes en el proceso penal, sino que dejaría sin efectos las etapas del proceso penal que el constituyente diseñó para que cada uno de los intervinientes desempeñen sus tareas dirigidas a lograr la justicia material. Luego, resulta evidente que, por la estructura misma del proceso penal acusatorio, la igualdad de armas entre la defensa y la Fiscalía se concreta y se hace efectiva, principalmente, en la etapa del juzgamiento».
- 33 Sentencia C-186 del 27 de febrero de 2008. Corte Constitucional Colombiana. M.P. Nelson Pinilla Pinilla.
- 34 González Navarro, Antonio Luis. «La Defensa Penal. Técnica y Material en el Proceso Penal Acusatorio». Editorial LEYER. 2010. Bogotá Colombia. Pág. 419: «El derecho a la defensa es una garantía universal y general que constituye un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.»
- 35 *Ibid.*, pág. 426: «En la audiencia de imputación, el defensor técnico, quien es parte sustancial, representa la otra cara de la confrontación dialéctica con el fiscal.»
- 36 Sentencia de Tutela T- 1137 de 2004. Corte Constitucional Colombiana: «No obstante, esta corte consideró que el imputado y su defensor integran ‘una parte única articulada que desarrolla una actividad que se encamina a estructurar una defensa conjunta, con el fin de contrarrestar la acción punitiva estatal, haciendo uso del derecho de solicitar la práctica de pruebas, de contradecir las que se le opongán, de presentar alegatos, proponer incidentes e impugnar las decisiones que juzgue contraria a sus intereses, con las excepciones que prevé la ley procesal’».
- 37 Proceso 30.782 del 20 de mayo de 2009. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca: «3.2. Según viene de verse, la consagración legal que

limita la activa participación de la víctima en el desarrollo del juicio oral, concretamente en la construcción y controversia probatoria, se ajusta tanto a la Constitución Política como a los tratados internacionales que en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario ha suscrito Colombia, conclusión no sólo respaldada por la Corte Constitucional, sino también acogida y reiterada por esta sala, dentro de una línea jurisprudencial uniforme en la que ha precisado que, teniendo en cuenta la historia legislativa y los citados precedentes, en el debate público de enjuiciamiento solamente las partes pueden hacer presentación del caso e interrogar y contrainterrogar.

Es decir, que la Fiscalía y la defensa son los únicos sujetos procesales (partes) autorizados para participar en la construcción del juicio oral, razón por la cual ningún otro interviniente puede ejecutar acciones para determinar una teoría del caso, cuestionar a los testigos, presentar objeciones y, en general, promover controversias en su desarrollo. El Ministerio Público, como interviniente, tiene unas facultades limitadas en el curso del juicio oral, de acuerdo con las cuales únicamente cuando observe la manifiesta violación de garantías y derechos fundamentales puede solicitar el uso de la palabra ante el juez y, excepcionalmente, con el único propósito de conseguir el «cabal conocimiento del caso», el Representante de la Sociedad también podrá interrogar a los testigos, de lo cual se desprende que no tiene derecho a contrainterrogar y menos a utilizar la técnica propia de este tipo de preguntas, pues aquella facultad no lo autoriza para suplir las deficiencias de las partes ni para introducir respuestas a interrogantes que fueran válidamente objetados entre ellas. Lo contrario sería permitirle que tome partido por una de las partes o se recargue y que en el juicio se desequilibre la igualdad que debe existir entre ellas.»

- 38 Bajo el entendido de que, conforme al artículo 25 del C.P.P., en concordancia con los artículos 118 y ss. de la misma norma, se prohíbe la alternación en la defensa. En efecto, el artículo 66 del C.P. Civil reza: «Artículo 66. Modificado por el decreto 2282 de 1989, artículo, núm. 24. Designación de apoderados. En ningún proceso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona; si en el poder se mencionan varios, se considerará como principal el primero y los demás como sustitutos en su orden. Para recursos, diligencias o audiencias que se determinen, podrá designarse un apoderado diferente de quien actúa en el proceso.»
- 39 Traducción desde el sitio web de la Embajada Estadounidense <http://spanish.bogota.usembassy.gov/visas>.
«En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial del estado y el distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y la causa de la acusación; que se le caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de un abogado para su defensa.»
- 40 Tribunal Supremo de España. Sala de lo Penal. Sentencia N°: 79 de 2012. Causa especial N° 20716 de 2009. Fecha de sentencia:

- 09-02-2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
- 41 Proceso 37.659 del 26 de octubre de 2011. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Sigifredo Espinoza Pérez.
- 42 Proceso 27283 de agosto 1º de 2007. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- 43 *Ibíd.*
- 44 Proceso 23.052 del 18 de mayo de 2006. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal. M.P. Sigifredo Espinoza Pérez.

LA FINALIDAD DEL PROCESO

Iván Alfonso Cordero Gutiérrez*

RESUMEN: El tipo de Estado que Colombia asumió desde 1991 (Estado Social de Derecho), implica que el cumplimiento de los fines estatales se comparten con la población, generando de esta forma grados de responsabilidad respecto a las cargas asumidas por ésta y el Estado para la materialización de los objetivos planteados.

La satisfacción de las necesidades básicas de la población, como uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, no escapa a este esquema, lo que determina la colaboración armónica no sólo entre las entidades y organismos del Estado sino de éste, complementado con la población.

Una de las necesidades básicas de la población se refiere a la posibilidad de resolver sus conflictos haciendo uso de los mecanismos que para tal efecto tiene a disposición, utilizando las formas de autotutela y autocomposición, híbridas y de heterocomposición, que el Estado autoriza, de acuerdo a los lineamientos propios de cada mecanismo, respecto a las materias que componen los derechos sustanciales que se debaten en la relación conflictiva.¹

* Abogado de la Universidad de Medellín y maestrando en Derecho Procesal de la misma universidad.

Dentro de estos mecanismos de solución de conflictos, la heterocomposición presenta uno llamado el proceso jurisdiccional, en donde un tercero investido de poderes específicos ejerce la jurisdicción y toma la decisión respecto al conflicto, después del agotamiento de etapas sucesivas y preclusivas que garantizan la efectiva participación, el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales y sustanciales de las partes, generando una mayor garantía de legalidad respecto a la decisión generada por ese tercero investido de plena jurisdicción (el juez).

Por ser el proceso jurisdiccional el mecanismo más idóneo, por su garantismo reglado y tecnificado, debe ser protegido, fortalecido y preferente con respecto a los denominados equivalentes jurisdiccionales, pues con estos el Estado pretende desplazar la competencia al momento de la resolución de los conflictos, generando un clima que desfavorece el debido proceso.

La ineficacia del sistema judicial no se debe al proceso jurisdiccional como tal, sino a la suma de varios factores humanos, técnicos y de infraestructura que no se remedian desestimando el uso de éste (el proceso) para incentivar otros mecanismos menos garantistas que podrían llegar a agudizar más los conflictos existentes.

La política estatal en Colombia no se encuentra enfocada hacia la protección del proceso jurisdiccional, al incentivar la utilización de mecanismos híbridos de solución de conflictos como la conciliación, generando una dificultad para el acceso a la jurisdicción por parte de la población y facilitando el ejercicio de la justicia privada.

PALABRAS CLAVE: Juez. Decisión. Argumentación. Universalidad. Esencial. Independencia. Autonomía. Deber. Imparcialidad. Subjetividad. Democracia. Estado.

ABSTRACT: The type of State that Colombia adopted since 1991 (Social State of Law), implies that fulfillment of the State's objectives is shared with the population, thus generating degrees of responsibility for the costs borne by both the population and the State for the realization of such objectives.

Satisfaction of people's basic needs as one of the essential purposes of the Social State of Law is not outside this scheme, which determines the harmonious cooperation not only between State's institutions and agencies but between this one itself and the population.

One of the basic needs of the population refers to the ability to resolve conflicts using the available mechanisms for this purpose, with the forms of self-government and self-resolution, hybrid and hetero-arranged ones, the State authorizes, according to the guidelines of each mechanism, with respect to the matters involved into substantial rights that are discussed in conflictive relationships.

Within these dispute resolution mechanisms, the hetero-arrangement owns one called the Jurisdictional Process, where a third party vested with specific powers and exercising jurisdiction makes the decision about the conflict after the exhaustion of following and preclusive stages which ensure the effective participation, exercise and defense of fundamental and substantial rights of the parties, generating greater warrant of legality on the decision that comes from the third party vested with full jurisdiction (the Judge).

Being the Jurisdictional Process the more suitable mechanism by its regulated and technical-supported warrant-friendly state, it must be protected, strengthened and preferred over the so-called jurisdictional equivalents, since the State intends

to displace competition with them when resolving conflicts, creating a disfavoring climate to the due process.

The inefficiency of the Judicial System is not due to judicial proceedings as such, but to the sum of several technical and infrastructural human factors, that are not remedied by dismissing the use of this (the process) to encourage other less warrant-friendly mechanisms that might manage to sharpen, even more, the existing conflicts.

State policy in Colombia is not focused on the protection of the Jurisdictional Process by encouraging the use of hybrid mechanisms of conflicts resolution, such as conciliation, generating a difficulty for access to jurisdiction by the population and facilitating the exercise of private justice.

KEY WORDS: Judge. Decision. Argumentation. Universality. Essential. Independence. Autonomy. Duty. Impartiality. Subjectivity. Democracy. State.

INTRODUCCIÓN

El proceso jurisdiccional no sólo se justifica como producto o consecuencia de la división de poderes, sino como la herramienta universalmente aceptada por los pueblos modernos para la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses; por esta razón, es indispensable que esta finalidad sea atendida de una forma concreta y ágil para que no pierda eficacia.

El proceso jurisdiccional es el pilar fundamental del ejercicio del poder judicial, y debido a esto debe ser fortalecido y protegido, proscribiendo todo intento de desestimar su uso mediante la creación de equivalentes jurisdiccionales.

La crisis de la justicia, por la ineficacia de sus tiempos de respuesta respecto a la resolución de los conflictos, no es un problema del proceso jurisdiccional, ya que éste se encuentra diseñado para que la respuesta sea dada en un breve lapso, de acuerdo con la materia que procesa.

La ineficacia de la justicia es fruto de un cúmulo de factores ajenos al proceso mismo, ya sean estos de tipo humano, de infraestructura, o de falta de técnica de los apoderados de las partes o de los operadores jurídicos.

La respuesta a la ineficacia del poder judicial no puede ser la negación del servicio jurisdiccional, desestimando el uso del proceso jurisdiccional e incentivando la proliferación de equivalentes jurisdiccionales.

Este artículo pretende resaltar la importancia que tiene el proceso jurisdiccional como mecanismo ideal para la resolución de los conflictos de la población, el cual debe ser utilizado de forma preferente a los llamados equivalentes jurisdiccionales, por ofrecer mayores garantías respecto al debido proceso y a la tecnicidad de la decisión.

1. EL PROCESO JURISDICCIONAL COMO UNA NECESIDAD DE LEGITIMACIÓN PARA EL LOGRO DEL CUMPLIMIENTO DE SUS FINES COMO ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Es necesario que, a la luz de los principios que definen el Estado Social de Derecho, se establezca una necesidad imperiosa de definir cuál instrumento es el adecuado para cumplir con el fin de la justicia material, como uno de los objetivos propios de este tipo de Estado.²

Este instrumento debe ser el proceso jurisdiccional, pues es la manifestación propia del poder judicial dentro del marco constitucional.³

Desde este punto de vista, el proceso jurisdiccional legitima el poder del Estado y, por lo tanto, genera un compromiso ineludible para los operadores jurídicos, quienes, haciendo uso de él, alcanzarán la justicia material como fin primordial.⁴

No se debe entender el proceso jurisdiccional como aquel que imparte justicia a quien detenta la razón jurídica, económica o de mejor clase social, sino el que se enmarca dentro del objetivo de generar una justicia material a la luz de los principios constitucionales que se desarrollan por medio del Derecho sustancial y el procesal.⁵

Los retos que trae el Estado Social de Derecho, deben ser asumidos por los operadores jurídicos con criterios diferentes a la exégesis y la veneración al tenor literal de las normas, y el mecanismo por excelencia para el cumplimiento de estas exigencias es el proceso jurisdiccional.⁶

1.1 Los equivalentes jurisdiccionales como amenaza directa al proceso jurisdiccional

Los equivalentes jurisdiccionales, como mecanismos de solución de conflictos, son propios de sistemas como el Common Law estadounidense y el europeo⁷, y son introducidos en Colombia como política de Estado para tratar de solucionar el problema de la falta de eficacia en la justicia, generada por la congestión que se presenta en los despachos judiciales y como una forma de hacer más asequible la justicia a toda la población.⁸

Debido a este mal enfoque en la solución de un problema de administración de justicia, el proceso jurisdiccional y el Estado se debilitan, como lo afirma el profesor Andrés Bordalí Salamanca: «Los métodos alternativos de solución de controversias suponen sustraer del Estado la aplicación de la ley a los casos concretos que le someten los ciudadanos, encargando su resolución a individuos o entidades sociales. En este sentido, suponen una privatización del proceso de creación y de aplicación del derecho, rompiendo así con uno de los pilares básicos de la construcción moderna del Estado de Derecho de tipo occidental...»⁹»

La obligación de utilizar los equivalentes jurisdiccionales como requisito previo para acceder a la jurisdicción¹⁰, limita el acceso a la justicia, pues este servicio público se torna discriminatorio, ya que relega a los más desfavorecidos dentro de la población y privilegia a los que por su situación económica pueden solventar los gastos adicionales que presuponen el cumplimiento de esta obligación.

Si se permite a entes particulares el impartir justicia, las soluciones presentadas por estos no garantizan que se cumpla con el fin estatal de la obtención de la justicia material, ya que estos no se encuentran técnicamente preparados para ello.

Siguiendo al profesor Michelle Taruffo¹¹, la tergiversación de la utilización de estos equivalentes atenta contra la propia administración de justicia y, de paso, contra toda aspiración de un debido proceso, cuando se utilizan como fórmulas mágicas de descongestión de despachos, en ciertas materias, para negarle justicia social a la parte más débil. Al no poder acceder ésta al mecanismo equivalente, por los elevados costos que genera, prefiere dejar el tema sin resolver, aún a sabiendas de que su derecho ha sido vulnerado.

No es conveniente para el Estado el delegar funciones jurisdiccionales a particulares en países en donde el desequilibrio social, moral, intelectual y político es alto y con pocas expectativas de mejorar en el futuro cercano.

La política estatal en comento, a mediano plazo podría generar una actitud de desgreno en el poder judicial, respecto a su obligación de solucionar los conflictos de la población, pues la materia prima que alimenta sus funciones se irá acabando poco a poco, ya que la población dejará de acudir a él, prefiriendo la utilización de los equivalentes jurisdiccionales, o de la autonomía, de la autotutela o de la autodefensa, mecanismos que se usan como ultima ratio dentro de la sociedad.¹²

La poca efectividad de las audiencias de conciliación extrajudiciales como mecanismo de resolución de conflictos, sumado al alto costo que para los ciudadanos del común representa la práctica de este requisito, genera una sensación de ausencia de justicia, por hacerse más gravosa la posibilidad de acceso a ella¹³, pues, en reiteradas ocasiones, el valor de lo pretendido es menor.

Las pequeñas causas no deben ser atendidas por equivalentes jurisdiccionales porque son éstas las que reflejan la problemática del país; el día a día que la mayoría de la población padece y que debe ser atendido por el Estado a través de su operador jurídico adecuado, que es el juez.¹⁴

La desatención de las pequeñas causas por parte de los operadores jurídicos no se puede fundamentar en una política de descongestión, bajo la excusa de que el procedimiento a seguir debe ser sumarísimo, con un alto riesgo de menoscabar el debido proceso de las partes en discrepancia.¹⁵

El hecho de permitir equivalentes jurisdiccionales, casi indiscriminadamente, genera una sensación de ilegitimidad y de pérdida para el proceso jurisdiccional que lo hace incapaz de cumplir los compromisos que le genera el estar enmarcado dentro del tipo de Estado Social de Derecho, pues, al delegar la función jurisdiccional a los particulares, se desdibuja para el ciudadano común la figura del operador jurídico como parte integrante del Estado.¹⁶

1.2 El compromiso del Estado y de sus operadores jurídicos frente al Estado Social de Derecho

El papel del operador jurídico no se limita a decir el derecho o a decidir quién tiene la razón, ya que sus decisiones deben ser argumentadas debidamente con un enfoque que pueda determinar la justicia material del caso concreto.¹⁷

Los operadores jurídicos en el proceso deben ejercer el deber-poder no sólo de instrucción sino de juez director del proceso, no de forma autoritaria, sino como una pieza importante dentro del desarrollo del debido proceso, para que no se conviertan en complacientes ejecutores de la pretensión o de la excepción perfectamente presentada y adecuada al derecho sustancial, con menoscabo de la interpretación, adecuación y depuración del material probatorio.

El juez no puede ser sólo aquel que desestima o aprecia una prueba porque la parte se lo inculcó vehementemente dentro del periodo probatorio.

El compromiso del operador jurídico no se limita a impartir justicia a rajatabla sino que envuelve un problema que se puede considerar de índole macroeconómico para el país, pues requiere de una especial condición académica por parte de los jueces,

y ésta sólo se obtiene con políticas de capacitación enfocadas en la obtención de la justicia material en pro de la defensa del debido proceso y la calidad de la decisión. Esta meta no se logrará con la implementación de mecanismos para descongestionar despachos, como las leyes 1285 de 2009 y Ley 1194 de 2008¹⁸⁻¹⁹, y sendos acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura²⁰, en materia laboral, penal y civil, en donde los resultados han sido desastrosos²¹, pues la justicia no cuenta con una sólida infraestructura para la creación de cargos y nuevos despachos que complementen y efectiven lo reglado en dichas normas de descongestión.

La efectividad de la justicia no puede ser determinada por el número de sentencias proferidas en un corto periodo, si éstas no cumplen con el criterio de impartir una justicia material.

Un despacho judicial es eficiente si dicta más sentencias que obedezcan al cumplimiento de los objetivos propios del Estado Social de Derecho y no si se limita a cumplir con indicadores de gestión que no tienen en cuenta el aspecto cualitativo; es decir, si profiere más sentencias es mejor, sin importar el tipo o calidad de las mismas.²²

El operador jurídico y su personal de apoyo no deben cumplir su misión de impartir justicia con la única finalidad de cumplir un indicador de gestión que se refleje en una escueta estadística, así éste sea el mecanismo implementado por el Estado para garantizarles su estabilidad laboral.

La forma de medir la eficiencia de la justicia en Colombia no cumple con las necesidades que la justicia misma debe atender, pues es imposible determinar que un despacho es mejor que otro porque en un tiempo determinado profiere más sentencias o

porque profirió más autos que decretaron perenciones y desistimientos tácitos, como si cada litigio fuera una mercancía que se ha depreciado.

Uno de los problemas de la congestión en los despachos la generan los apoderados judiciales al permitir que los procesos se inactiven o archiven sin poder llegar a la etapa de sentencia, lo que ha sido utilizado como soporte para la aplicación de figuras conocidas como la perención y el desistimiento tácito, dando por terminados dichos procesos; solución que se torna transitoria y con efecto de boomerang, ya que las partes tienen la posibilidad de reiniciar la litis en nuevo proceso, cumpliendo con unas reglas especiales, lo que se traduce en una solución momentánea y de tipo improvisado que no soluciona realmente el tema de la congestión de la justicia.

Este tipo de leyes no generan un valor agregado para la resolución de los conflictos por parte de los jueces, ya que aquellos pasan a ser resueltos por terceros equivalentes jurisdiccionales que deben responder por la inacción o el incumplimiento de sus deberes profesionales, como si se tratara de verdaderos jueces.

CONCLUSIONES

El proceso jurisdiccional es el mecanismo más idóneo para la resolución de los conflictos de la población, pues presenta herramientas eficaces para proteger los intereses de las partes y garantiza efectivamente el debido proceso.

Es de especial relevancia entender cuál es el verdadero significado o sentido de la protección al debido proceso, para fortalecer el proceso jurisdiccional como instrumento para cumplir con las exigencias de

justicia material que el Estado Social de Derecho nos impone.

Mientras el Estado siga pensando que cumplir con el fin de impartir justicia se logra descongestionando los despachos judiciales, seguiremos día a día alejándonos del ideal de un Estado Social de Derecho y el poder judicial seguirá perdiendo terreno, pues se está encargando de autoaniquilarse porque, además de dejar entrever que no es capaz de operar adecuadamente para cumplir con su deber, su materia prima (los conflictos) le rehúye por cuenta de la proliferación y obligatoriedad de la utilización de los mecanismos alternos para su resolución.

BIBLIOGRAFIA

Acuerdo No. PSAA08-4550 DE 2008, Colombia, Consejo Superior de la Judicatura

Bordalí Salamanca, Andrés. «Justicia privada». En: Revista de Derecho (Valdivia), versión On-line, ISSN 0718-0950. Rev. Derecho (Valdivia), v.16 Valdivia, julio de 2004. doi: 10.4067/S0718-09502004000100008. Revista de Derecho, vol. XVI, julio de 2004, p. 165-186. Estudios e investigaciones.

Corporación Excelencia en la Justicia, artículo 23 de junio de 2009: «Proyectos de descongestión de procesos requiere planes de avanzada».

Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 29, 228 y 229.

Ley 1194 de 2008 Colombia, artículo 1.

Ley 1285 de 2009 Colombia, artículo 23.

Ley 497 de 1999 Colombia, artículo 1, 9 y 22.

Prieto Sanchís, Luis et al. «Neo-constitucionalismo y ponderación judicial». En: Neo-constitucionalismo(s), ed. de Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2005, p. 131-132.

Sentencia No. T-406 de 1992, Colombia, Corte Constitucional. Magistrado Ponente Ciro Angarita Pabón.

Taruffo, Michelle. «La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?». En: Corrupción y Estado de derecho. Madrid: Trotta, 1996.

Vado Grajales, Luis Octavio. Medios alternativos de solución de conflictos <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2264/19.pdf>.

NOTAS:

- 1 Ver. Vado Grajales, Luis Octavio. Medios Alternativos de Solución de Conflictos. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2264/19.pdf>
- 2 Constitución Política de Colombia. Artículo 1: «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (...)»
 Artículo 2: «Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (...)»
- 3 Ver Sentencia No. T-406 de 1992, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Ciro Angarita Pabón: «El juez, en el Estado Social de Derecho, también es un portador de la visión institucional del interés general.

El juez, al poner en relación la Constitución sus principios y sus normas, con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido, la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho (...).»

- 4 Lodoño Jaramillo, Mabel. Deberes y derechos procesales en el Estado Social de Derecho. En: Opinión jurídica: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, No. 11 (enero - junio de 2007), vol. 6; p. 69-101. ISSN 1692-2530. Págs. 7 y 8.

Ver Sentencia No. T-406 de 1992, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Ciro Angarita Pabón: «Esta forma de Estado 'social y constitucional', que se funda en la dignidad del hombre y en la prevalencia del interés general, cuyo compromiso es la sociedad, que erige como núcleo a la persona humana, pero no en su concepción individual, sino como miembro activo de una sociedad plural, ha producido en el Derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el Derecho, cuyo concepto clave resume la Corte Constitucional en los siguientes términos: 'pérdida de la importancia sacramental del texto legal, entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos...'

- 5 Ver Sentencia No. T-406 de 1992, Corte Constitucional de Colombia, M. P. Ciro Angarita Pabón: «La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.»

- 6 Prieto Sanchís, Luis et al. Neo-constitucionalismo y Ponderación Judicial. En: Neo-constitucionalismo(s), edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2005, p. 131-132. Ver también Aguiló Regla, Joseph. Op. cit., p. 9-10: «a. Más principios que reglas, b. Más ponderación que subsunción, c. Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria. d. Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario, e. Coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas...»

- 7 Bordalí Salamanca, Andrés. «Justicia privada». En: Revista de Derecho (Valdivia), versión On-line ISSN 0718-0950. Rev. Derecho (Valdivia), v.16, Valdivia, jul. 2004, doi: 10.4067-S0718-09502004000100008. Revista de Derecho, Vol. XVI, julio 2004, p. 165-186. Estudios e Investigaciones. Abogado, doctor en

Derecho, profesor de Derecho Procesal en la Universidad Austral de Chile, Casilla 567, Valdivia, Chile <abordali@uach.cl>: «El auge en su utilización se produce en los Estados Unidos de Norteamérica, especialmente en los años sesenta y setenta del siglo pasado, aunque la conciliación, al menos en sede procesal civil, ya fue conocida y ampliamente utilizada en el Derecho europeo desde el siglo XIX.

- 8 Ibid.: «Se trata de métodos alternativos al proceso, pero lo cierto es que a veces la alternativa presupone un proceso. Por ello, habría que decir que lo alternativo tendría dos perspectivas fundamentales. La primera es externa al proceso y comprendería los medios de tutela que excluyen el proceso y que, de este modo, son radicalmente alternativos. La segunda es a su vez interna y comprendería aquellos medios técnicos de tutela endoprocesal que no puede decirse sean propiamente sustitutivos del proceso, en cuanto implican ya su existencia y promoción, pero sí aparecen configurados como optativos a su curso ulterior y, sobre todo, como alternativos a la decisión judicial final. En todo caso, la alternativa por antonomasia viene a ser la primera perspectiva, esto es, la que intenta evitar el recurso a la jurisdicción y al proceso que se desarrolla por y ante ella...»
- 9 Ibid.
- 10 Ley 1194 de 2008, Colombia.
- 11 Taruffo, Michelle. «La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?». En: *Corrupción y Estado de Derecho*. Madrid, Trotta, 1996.
- 12 Ver Vado Grajales, Luis Octavio. Medios alternativos de solución de conflictos. On-line <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2264/19.pdf>.
- 13 Constitución Nacional de Colombia. Artículo 229: «Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado...»
- 14 Ibid.: «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable...»
- 15 Ley 497 DE 1999. Artículo 1: «Tratamiento integral y pacífico de los conflictos comunitarios y particulares. La jurisdicción de paz busca lograr la solución integral y pacífica de los conflictos comunitarios o particulares...». Artículo 9: «Competencia. Los jueces de paz conocerán de los conflictos que las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento, que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento y que no sean sujetos a solemnidades de acuerdo con la ley, en cuantía no superior a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. No obstante, los jueces de paz no tendrán competencia para conocer de las acciones constitucionales y contencioso-administrativas, así como de las acciones civiles que versen sobre la capacidad y el estado civil de las personas, salvo el reconocimiento voluntario de hijos extra matrimoniales. Parágrafo.

Las competencias previstas en el presente artículo, serán ejercidas por los jueces de paz, sin perjuicio de las funciones que para el mantenimiento del orden público se encuentren asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades de policía...». Y artículo 22: «El procedimiento para la solución de las controversias y conflictos que se sometan a la consideración de los jueces de paz constará de dos etapas que estarán sujetas a un mínimo de formalidades previstas en este título. Tales etapas serán una previa de conciliación o auto-compositiva, y una posterior de sentencia o resolutive...»

- 16 Constitución Política de Colombia, artículos 1 y 2 (ya citados) y 228: «La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley, y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo...»
- 17 Ramírez Carvajal, Diana María. «Esta especie de referentes «justos» (...) también se utiliza como justicia social, que contiene la idea de eliminar las desigualdades a través de la interpretación y la aplicación de principios y valores en la vida cotidiana. Este ideal de justicia, si bien es cierto se convierte en un motor de cambio en las relaciones sociales, puede fracasar si se impulsa sólo desde la tutela jurisdiccional, dejando de lado las políticas públicas, esto es, los proyectos del poder ejecutivo y la elaboración de presupuestos que permitan la viabilidad y la permanencia de los proyectos sociales...». A propósito de la justicia en la aplicación del ordenamiento jurídico como sistema integrado de fuentes (reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material).
- 18 Ley 1285 de 2009. Artículo 23: «Mientras se expiden las reformas procesales tendientes a la agilización y descongestión en los diferentes procesos judiciales, adóptense las siguientes disposiciones: a) Perención en procesos ejecutivos: En los procesos ejecutivos, si el expediente permanece en la secretaría durante nueve (9) meses o más por falta de impulso, cuando éste corresponda al demandante o por estar pendiente la notificación del mandamiento de pago a uno o varios ejecutados de un auto, cuando la misma corresponda adelantarla al ejecutante, el juez de oficio, o a solicitud del ejecutado, ordenará la perención con la consiguiente devolución de la demanda y de sus anexos y, si fuera del caso, la cancelación de las medidas cautelares, evento en el cual condenará en costas y perjuicios al ejecutante. El auto que ordene devolver la demanda es apelable en el efecto suspensivo y, el que lo deniegue, en el devolutivo...»
- 19 Ley 1194 de 2008. Artículo 1: «Cuando para continuar el trámite de la demanda, de la denuncia del pleito, del llamamiento en garantía, del incidente, o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta días siguientes, término en el cual, el expediente deberá permanecer en secretaría. Vencido dicho término sin que el demandante o quien promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o la solicitud y el juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente, condenará en costas

y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares. El auto que ordene cumplir la carga o realizar el acto se notificará por estado y se comunicará al día siguiente por el medio más expedito. El auto que disponga la terminación del proceso o de la actuación, se notificará por estado. Decretado el desistimiento tácito por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones, se extinguirá el derecho pretendido. El juez ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ellos hubiere lugar. Al decretarse el desistimiento tácito, deben desglosarse los documentos que sirvieron de base para la admisión de la demanda o libramiento del mandamiento ejecutivo, con las constancias del caso, para así poder tener conocimiento de ello ante un eventual nuevo proceso. Parágrafo 1°. El presente artículo no se aplicará en contra de los incapaces, cuando carezcan de apoderado judicial. Parágrafo 2°. Cuando se decrete la terminación del proceso por desistimiento tácito de la demanda, ésta podrá formularse nuevamente pasados seis meses, contados desde la ejecutoria de la providencia que así lo haya dispuesto. ...»

- 20 Acuerdo No. PSAA08-4550 de 2008. Consejo Superior de la Judicatura: «Por el cual se asigna el código de identificación a algunos despachos laborales, civiles municipales, penal del circuito y Sala Laboral de Descongestión para los Distrito Judiciales de Bogotá, Medellín, Barranquilla, Armenia, Bucaramanga y Cali, creados mediante los acuerdos PSAA08-4433, 4434, 4444, 4445, 4457, 4457, 4460, 4524, 4525, 4526 y 4527 de 2008...»
- 21 Corporación Excelencia en la Justicia. Artículo 23 de junio de 2009: «Proyectos de descongestión de procesos requiere planes de avanzada. La directora Ejecutiva de la Corporación Excelencia en la Justicia, Gloria María Borrero, señaló que las medidas de nombrar jueces de descongestión y jueces adjuntos en determinados juzgados han tenido dificultades en su Implementación. 'Hay muchos jueces que ven inconvenientes en la creación de los funcionarios adjuntos porque no se cuenta con la infraestructura adecuada para que realicen sus labores'. Pese a estos inconvenientes, consideramos que es un plan que va a lograr desatrasar (sic) en un número significativo los procesos de la Rama y cuyo éxito dependerá, en buena medida, de una acuciosa y monitoreada (sic) implementación...»
- 22 Constitución Política de Colombia, artículos 1 y 2.

SOFTWARE MALICIOSO Y SU LEGALIDAD FRENTE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Ana María Mesa Elneser*

RESUMEN: El software malicioso no es más que un programa de computador desarrollado por una persona y, a su vez, podría ser un desarrollo académico o delincencial, siendo relevante la intencionalidad en la elaboración y en el uso posterior de la herramienta. Se entiende que en el ámbito académico es donde se evidencia la creación de software por los llamados ethical hackers y crackers, por los programadores en seguridad informática, los estudiantes y los profesores de facultades de Ingeniería de Sistemas y afines, en contraposición a los sujetos usuarios de este tipo de software para el campo delincencial. Vemos aquí identificados los llamados ciberdelincuentes, siendo los llamados hackers los más reconocidos por el común de las personas. Pero no sólo importa saber sobre su existencia tecnológica y que el uso lícito o ilícito de software trae para el usuario una responsabilidad

* Abogada de la Universidad de Medellín; especialista en Docencia Investigativa Universitaria de la Fundación Universitaria Luis Amigó; aspirante al título de Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín (investigación en fase de finalización para defensa pública, denominada «La Informática Forense y su aplicación en la investigación de delitos informáticos consagrados a partir de la Ley 1273 De 2009»); docente de la cátedra Informática Jurídica de la Universidad Cooperativa de Colombia y de la Fundación Universitaria Luis Amigó; investigadora del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Funlam, y del grupo de investigación Responsabilidad Social, Jurídica y Empresarial de la Corporación Universitaria de Colombia (IDEAS); asesora de investigación en la Universidad EAFIT para la Escuela de Ingeniería; directora del Centro de Investigaciones de la Universidad IDEAS; autora de varias publicaciones de Derecho Informático en revistas, capítulos de libro y medios electrónicos; autora individual del presente artículo, como resultado de la investigación interinstitucional referenciada en la introducción de esta nota, realizada por las instituciones de educación superior EAFIT, IDEAS y FUNLAM (institución investigadora principal.)

penal establecida, de forma amplia y clara, en el tipo penal, artículo 269 E: Uso de software malicioso. Ley 1273 de 2009; es también importante observar holísticamente el ordenamiento jurídico colombiano, permitiéndonos esclarecer si el software malicioso es o no una obra literaria legal, registrable y con posibilidad de protección de derechos y obligaciones, dada por la ley colombiana, y destacando que la ilegalidad en cuanto al software está en el uso de la herramienta; es decir, no es el programa el que enmarca la ilegalidad jurídica, es el usuario de éste el que permite clasificar el software como malicioso.

PALABRAS CLAVE: Software, herramienta tecnológica, medio de ataque informático, obra literaria, registro

ABSTRACT: Malicious software is nothing but a computer program developed by one person, that, in turn, could be an academic or a criminal development, being relevant the intentionality in that development and the subsequent use of the tool. It is understood that creation of software by ethical hackers and crackers, computer security programmers, students and teachers at schools of Systems Engineering and related persons is evident inside academic field; opposite to users of such kind of software for the criminal field. We see reflected here the so called cybercriminals, being the hackers the most recognized by common people. But it is not only important to know about its technological existence and that lawful or unlawful use of software brings criminal liability to the subject, established comprehensively and clearly in the criminal article 269 E, about Malicious Use of Software, from Law #1273 of 2009. It is also important to look holistically at the Colombian Legal System, allowing to clarify if malicious software is or is not a legal creative registrable work and with possibility of rights and obligations protection, given

by Colombian law; and to point out that the illegality referred to software is given in the use of the tool; i.e., it is not the program that frames the legal illegality, it is the user which allows to classify the software as malicious.

KEY WORDS: Software, technological tool, means of attack, creation opus, registration

INTRODUCCIÓN

Por la publicación de la Ley 1273 de 2009 en Colombia se han incorporado tipos penales informáticos a nuestro ordenamiento jurídico, permitiendo la inclusión de conductas tipificadas de forma exclusiva en la modalidad dolosa, trayendo una nueva perspectiva en la interpretación jurídica sobre las conductas y el bien jurídico tutelado en la reciente Ley; es por ello que el presente documento, producto de la investigación denominada «La informática forense y su aplicación en la investigación de delitos informáticos a partir de la Ley 1273 de 2009», investigación interinstitucional co-realizada y co-financiada por la Fundación Universitaria Luis Amigo FUNLAM, como institución proponente y coordinadora del proyecto, la Universidad EAFIT, institución participante en calidad de co-investigadora, y la Corporación Universitaria de Colombia IDEAS, institución participante, igualmente, en calidad de co-investigadora, permite evidenciar uno de tantos temas que la inclusión de esta norma en el ordenamiento jurídico colombiano ha puesto en contraste y contraposición, en una estructura garantista y protectora de los bienes jurídicos tutelados frente a la legalidad o ilegalidad de las conductas ejecutadas por las personas, en relación con las cosas, y teniendo como efecto los hechos que involucran la realización de conductas delictuales en ambientes virtuales y por medios electrónicos.

En el artículo 269 E, se consagra el tipo penal denominado Uso de Software Malicioso, donde se incluye como primer verbo rector «El que, sin estar facultado para ello, produzca, ...», en contraste con la legislación de derechos de autor frente al software, donde su legalidad está dada desde la existencia misma de la obra y se incluye que el registro sólo otorga mayor seguridad jurídica probatoria para el programa frente a terceros, sin que ello implique desestimar la afirmación que el autor tiene de sus derechos patrimoniales y morales protegidos desde el mismo momento en que la obra se encuentra terminada (artículo 9, Ley 23 de 1982). Esto constituye un eje de análisis, pues, como se podría entender, la aparente contradicción normativa planteada hasta aquí no es más que una situación de hermenéutica jurídica que permite interpretarse, desde la norma, como un bien debidamente regulado por la ley de derechos de autor, que valida la distribución y comercialización del software, sin importar si su estructura (código fuente) evidencia la programación de éste con fines maliciosos o actúa como soporte lógico que permite la comisión de conductas tipificadas, dejando al Legislador la aplicación del tipo penal sometida a la comprobación que pueda hacerse en juicio no de forma clara y fácil, como sería la verificación del código fuente y la posibilidad de utilizar el programa, pues el uso, visto desde su ejecución, no se encuentra penalizado. Es por ello que el operador jurídico se encuentra supeditado a la demostración de la intencionalidad del sujeto desarrollador o del usuario, dada en la aplicación y la utilidad del programa, toda vez que al autor o a la tercera persona autorizada por cesión sólo le ha bastado su simple existencia como obra o la de un registro que brinde mayor seguridad frente a la piratería.

En consecuencia, y en correlación a lo anterior, la producción de software malicioso es una vulneración

permanente de los bienes jurídicos tutelados en la Ley 1273 de 2009, pues para la comisión de estas conductas penales se hace necesario el uso de este tipo de software, principalmente el que se desarrolla para romper medidas de seguridad informática, uso que implica la conducta de una persona que tenga la intencionalidad dolosa de ese cometido. En caso tal, previendo que no se encuentra verbo rector que permita judicializar el uso de la herramienta, sólo se queda en fase de producción. Es este aspecto el que deja mayor vacío jurídico, pues, aunque aparentemente se rompería la contradicción, se evidencia ésta en un grado aún mayor: un bien sólo puede ser protegido con mayor seguridad jurídica en sus derechos patrimoniales y morales, con base en su existencia si es sometido a registro, y el bien, a su vez, no se penaliza respecto a su uso como herramienta tecnológica maliciosa sino que, precisamente, lo que se legaliza es la obra creativa en concreto; la judicialización de su producción corresponde al campo penal.

Finalmente, es necesario cuestionarse: ¿cómo se aplicará este tipo penal frente a la producción? ¿Es dable a la entidad que otorga el registro de la obra ser verificador? ¿Se queda su función pública en la fase de verificación de los requisitos de fondo para su registro y no llega a la de verificación de la estructura interior del programa cibernético?

Para encontrar la ilegalidad o legalidad del software malicioso, frente al ordenamiento jurídico colombiano, es pertinente realizar un análisis desde su definición, su desarrollo, su calificación como malicioso, su legalidad frente a los derechos de autor y su ilegalidad frente a los delitos, para poder concluir si es el software en sí mismo el ilegal o lo es el uso que se haga de éste.

1. DEFINICIÓN DE SOFTWARE

La ciencia informática y el Derecho le han dado una definición conceptual al software que permite dar cuenta, desde esas dos miradas académicas, de este bien como debe entenderse, y cuál es su campo de aplicación; es por ello que se definen objetivamente, así:

1.1 Desde La Informática

La Real Academia Española de la Lengua ha aceptado este término como de uso general, y es por ello que ha acuñado una definición que permite entender el alcance del término, así: «m. Inform. Conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora.¹»

1.2 Legal

En el campo legal, el software ha sido definido desde tratados internacionales administrados por la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), con la finalidad, entre muchas otras, de unificar criterios conceptuales respecto a bienes u obras tan relevantes como lo es el software para el contexto mundial, al imperar la globalización de las economías y la internacionalización de los Estados, quienes buscan lineamientos internacionales para darle desarrollo a sus ordenamientos jurídicos internos. Esto se ha materializado en Colombia, así:

1.2.1 Desde el tratado de la OMPI: Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996

Artículo 4: Programas de ordenador. Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias de

acuerdo a lo dispuesto en el Convenio de Berna: «Artículo 2. Obras protegidas: 1. «Obras literarias y artísticas »; 2. Posibilidad de exigir la fijación; 3. Obras derivadas; 4. Textos oficiales; 5. Colecciones; 6. Obligación de proteger; beneficiarios de la protección; 7. Obras de artes aplicadas y dibujos y modelos industriales; 8. Noticias». Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión.²

1.2.2 Desde el Acuerdo de Cartagena 351 de 1993

En el ámbito internacional existen organismos de carácter regional, subregional y continental; entre estos organismos se encuentra UNASUR, una comunidad de cuatro países que tiene como finalidad alcanzar un desarrollo acelerado, equilibrado y autónomo, y que busca apoyar la integración andina, suramericana y latinoamericana. Para ello, dan reconocimiento a la propiedad intelectual y celebran acuerdos sobre esta materia; en dichos acuerdos se ha consolidado el concepto de software como:

Artículo 3. A los efectos de esta decisión se entiende por Programa de ordenador (software): Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.³

1.2.3 Inclusión en la Ley 23 de 1982

En el contexto nacional, la primera manifestación de integración de los derechos de autor se dio en este texto, permitiendo dar inclusión al software como obra literaria, así:

Capítulo I. Disposiciones generales. Artículo 1. Los autores de obras literarias (...) Artículo 2. Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas, en las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación (...)

1.2.4 En el decreto 1360 de 1989. Norma dada para regular y reglamentar el registro del software en Colombia. En ella se define el software así:

Artículo 1º. De conformidad con lo previsto en la Ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor, el soporte lógico (software) se considera como una creación propia del dominio literario (...) Artículo 2o. El soporte lógico (software) comprende uno o varios de los siguientes elementos: el programa de computador, la descripción de programa y el material auxiliar.

Es pertinente extractar una idea concluyente sobre el software, con el fin de perfilar la respuesta que se pretende dar en el presente texto: éste, desde el punto de vista informático no es más que un conjunto de instrucciones dadas por una persona, la cual se permite desarrollar el programa con la finalidad operativa que desea; es decir, que quien desarrolle un software de categoría maliciosa no es ajeno a los efectos que con éste programa se pueden lograr, lo cual está reflejado en el código fuente. Con esto no se está afirmando que desarrollar un programa con utilidad como medio de ataque informático sea ilegal o convierta al programa en ilegal; es necesario resaltar que, desde allí, el desarrollador ya sabe el alcance de la funcionalidad del programa para quien lo utilice. No menos importante es resaltar también que el software, al ser un soporte lógico o programa de computador, está catalogado por las normas internacionales y nacionales como obra literaria, lo cual permite afirmar que una obra literaria, para materializarse,

requiere un eje temático a ser desarrollado, el cual no es elegido por una máquina de forma automática y sin algún proceso de razonamiento; es por ello que, nuevamente, se ve en él reflejado el conocimiento y la intencionalidad del sujeto desarrollador del programa. En consecuencia, esto implica la finalidad de desarrollo de la herramienta con fines de ataque informático, sin que por ello se pueda decir que existe una ilicitud, hasta este punto.

2. QUIÉN CREA EL SOFTWARE

Una vez obtenida la definición de software desde el punto de vista informático y legal, es necesario determinar el sujeto activo del desarrollo, toda vez que un programa de computador, al ser obra literaria, implica la creación intelectual de una persona; en consecuencia, es pertinente endilgarle la creación del intelecto a una persona natural, independientemente de la intención que posea al momento del desarrollo, así:

2.1 Programador Profesional. Teniendo en cuenta que quien desarrolla un programa de computador es una persona natural, que en el mundo existen carreras profesionales donde estos estructuran y perfeccionan su conocimiento, y que no se debe desconocer la importancia que tiene el aspecto empírico para este tipo de profesiones u oficios, la definición expresada a continuación es la más pertinente para significar esta categoría de personas con respecto a su profesión:

Un programador es aquella persona que escribe, depura y mantiene el código fuente de un programa informático; es decir, del conjunto de instrucciones que ejecuta el hardware de una computadora para realizar una tarea determinada. La programación es una de las principales disciplinas dentro de la informática. En la mayoría de los países, programador es también una categoría

profesional reconocida. Los programadores también reciben el nombre de desarrolladores de software, aunque estrictamente forman parte de un equipo de personas de distintas especialidades (mayormente informáticas), y siendo que el equipo es propiamente el desarrollador.⁴

2.2 Programador como «ciberdelincuente». Partiendo del principio de que solo personas físicas o naturales son las únicas que pueden desarrollar programas, y de que, a su vez, se tiene como regla general que ellas son las únicas que pueden cometer delitos, toda vez que son las personas las que tienen razonamiento y capacidad de dirigir sus acciones con una orientación e intencionalidad determinada en el resultado, estén éstas en el campo de la licitud o de la ilicitud, se hace pertinente determinar la figura del programador en el campo informático cuando se trate del desarrollo de programas de computador que tengan como función ser una herramienta de ataque para cometer delitos. De acuerdo a esto, éste sería entonces definido así: «(...) pero también las personas pusieron interés en el uso de las TIC, sólo que para realizar conductas reprochables en principio por los usuarios legítimos y posteriormente por la sociedad. Surge el delincuente informático, el que con sus acciones afecta los derechos de los titulares de los sistemas de información, aprovechando sus conocimientos en el uso de las TIC»⁵.

3. SOFTWARE CATEGORIZADO COMO MEDIO DE ATAQUE INFORMÁTICO

Es importante entender la interacción del software frente a los denominados «medios de ataque informático». Para ello se tiene en cuenta que el software es un programa de computador, el cual no está determinado por la utilidad que va a tener; es decir, programa de computador es cualquier desarrollo

literario, sea éste utilizado como medio de ataque informático o como medio de protección de intrusos, al igual que como programa para editar textos (siendo un ejemplo notorio de estos, el software Office de la casa desarrolladora Microsoft.)

Por otro lado, el medio de ataque informático o malware (su término en inglés) tiene como definición conceptual, entre otras, las siguientes:

(1) Malware (del inglés malicious software, también llamado badware, software malicioso o software malintencionado) es un software que tiene como objetivo infiltrarse en el sistema y (o) dañar la computadora sin el conocimiento de su dueño, con finalidades muy diversas, ya que en esta categoría encontramos desde un «troyano» hasta un spyware. Esta expresión es un término general muy utilizado por profesionales de la computación para definir una variedad de software o programas de códigos hostiles e intrusivos. Muchos usuarios de computadores no están aún familiarizados con este término y otros, incluso, nunca lo han utilizado. Sin embargo, la expresión «virus informático» es más utilizada en el lenguaje cotidiano, y a menudo en los medios de comunicación, para describir todos los tipos de malware. Se debe considerar que el ataque a la vulnerabilidad por malware puede ser a una aplicación, a una computadora, a un sistema operativo o a una red.⁶

(2) Programa maligno. Cualquier programa creado con intenciones de molestar, dañar o sacar provecho de las computadoras infectadas. En general, es fácil determinar si un programa es (o contiene) un malware: sus actividades son ocultas y no son anunciadas al usuario. Pero existen casos en que la distinción no es clara, provocando hasta demandas por parte de los desarrolladores de estos programas a los antivirus y antiespías que los detectan como malignos.⁷

Por lo antes indicado, tanto del software como de los medios de ataque o malware, se determina, sin lugar

a dudas, que malware es un programa de computador; es decir, que en todo software, en el momento de su desarrollo, se encuentra determinada la estructura del código fuente por la utilidad posterior que va a tener; por lo tanto, «todo software no es un medio de ataque informático, pero si todo medio de ataque informático es un software». En consecuencia, malware es un soporte lógico creado por un programador con una intencionalidad que, en muchos casos, es la de molestar, dañar, sacar provecho y, entre otras cosas, ser una herramienta de uso para los «ciberdelincuentes» (hackers, crackers, lamers y demás).

4. USOS FRECUENTES DEL SOFTWARE MALICIOSO

De las definiciones ya dadas en el texto sobre lo que significa el software malicioso, es importante resaltar que esta herramienta es tanto utilizada por los «cibercriminales» para la comisión de delitos informáticos, al igual que también es utilizada por los administradores⁸ de un sistema informático⁹ para el desarrollo de herramientas tecnológicas como medidas de protección en seguridad informática, toda vez que el malware, al ser una herramienta de ataque informático, es la misma herramienta que se debe desarrollar para comprobar los protocolos en el cumplimiento de su finalidad frente al sistema, que son los de control y los de seguridad; esto permite destacar que un sistema informático protegido es vulnerable frente a los «ciberdelincuentes», y por ello se convierte en la medida o en el estándar de desarrollo para evitar el ataque con software malicioso.

5. LA CATEGORÍA DE SOFTWARE MALICIOSO DESDE LA LEY 1273 DE 2009

Desde la expedición de la ley 1273 de 2009, en Colombia se tiene en cuenta la definición y el alcance

conceptual que la informática le ha dado al software malicioso, al igual que lo que ocurre al respecto a partir de la norma; ésta define las consecuencias de su uso en el artículo 269 E: «(...) El que, sin estar facultado para ello, produzca, trafique, adquiera, distribuya, venda, envíe, introduzca o extraiga del territorio nacional software malicioso u otros programas de computación de efectos dañinos, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes». Este tipo penal permite identificar el software malicioso como herramienta tecnológica de tal índole si su producción (desarrollo-estructura de código fuente) es destinada por el desarrollador a atacar¹⁰ un sistema informático.

Nuevamente se debe puntualizar que el software malicioso es categorizado como tal cuando está desarrollado para cumplir esa función, es decir, que sirve para ello; de lo contrario, no podría categorizarse como malicioso del tipo malware, lo cual implicaría la intencionalidad del desarrollador para crear un programa que permita la comisión de delitos o el desarrollo de protocolos aplicados para la seguridad de un sistema informático, sea efectuada la conducta por él mismo o por un tercero que sea usuario de la herramienta.

Sin embargo, es necesario resaltar que la legalidad o la ilegalidad del programa no están dadas en términos de su estructura como norma, toda vez que los verbos rectores existentes en el tipo penal no dan cuenta de la estructura interna del programa (código fuente), pues sólo se quedan en la acción del sujeto activo de la conducta, lo cual, para el tema tratado, importa en cuanto al señalamiento frente a quien desarrolla dicho programa, a pesar de otras acciones posibles.

6. DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR DNDA¹¹

En Colombia existe un ente gubernamental encargado del registro de las obras de creación intelectual como incluso lo dispone el art. 61 de la Constitución Política 1991, siendo pertinente entender su existencia jurídica y la función pública del Ente frente al registro del programa y dar publicidad a dicho acto, tal y como se evidencia más adelante en este artículo.

Es por ello que es importante resaltar la definición, el campo de acción y la función pública dada al Ente Estatal, con la intención de delimitar el alcance legal sobre las obras en materia de derechos de autor. Ésta es la definición publicada en la página oficial:

La Dirección Nacional de Derecho de Autor es un organismo del Estado Colombiano, que posee la estructura jurídica de una Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia. La Dirección Nacional de Derecho de Autor es el órgano institucional que se encarga del diseño, dirección, administración y ejecución de las políticas gubernamentales en materia de derecho de autor y derechos conexos. En tal calidad posee el llamado institucional de fortalecer la debida y adecuada protección de los diversos titulares del derecho de autor y los derechos conexos, contribuyendo a la formación, el desarrollo y la sustentación de una cultura nacional de respeto por los derechos de los diversos autores y titulares de las obras literarias y artísticas. Dentro de este entorno, la acción institucional de la Dirección Nacional de Derecho de Autor involucra el estudio y proceso de expedición, de la normatividad autoral de nuestro país, así como la adhesión a los principales convenios internacionales sobre protección del derecho de autor y los derechos conexos. De igual forma, la Dirección Nacional de Derecho de Autor participa activamente en todos los procesos de negociación comercial que adelanta nuestro país a nivel bilateral y multilateral, y en los cuales se discuten los

temas del derecho de autor y los derechos conexos. A la Dirección Nacional de Derecho de Autor corresponde la administración del Registro Nacional de Derecho de Autor, el cual tiene por finalidad la inscripción de todo tipo de obras en el campo literario y artístico, así como los actos y contratos relacionados con la enajenación o cambio de dominio de éstas; todo con el fin de otorgar un título de publicidad y seguridad jurídica a los diversos titulares en este especial campo del derecho.¹²

Por lo anterior, es conveniente conceptuar que la función de la DNDA sólo se materializa en cuanto al registro de la obra, toda vez que uno de los criterios de protección del derecho de autor es la ausencia de calificación o juicio de valor de aquella, frente a su contenido y estructura, por lo cual puede suceder que una obra de creación como el software contenga una estructura de herramienta de ataque informático que permita la comisión de delitos, sin que esto lleve a afirmar la existencia de aspectos ilícitos en un programa. Por lo anterior, es seguro el logro del registro de una obra de creación tipo software, puesto que el procedimiento administrativo de registro no tiene como función pública la «revisión» del código fuente de la misma, ya que sólo obliga a asegurar el cumplimiento de requisitos formales y materiales del propio registro, no de la obra en concreto, pues es el autor de ésta quien decide qué desea registrar como de su autoría. Es por todo esto que se promulga la legislación en derechos de autor, teniendo en cuenta que ésta no cobija la idea o el contenido conceptual de la obra, sólo su forma de expresión.

7.MIRADA HOLÍSTICA FRENTE A LA NORMATIVIDAD MÁS RELEVANTE CON EFECTOS JURÍDICOS EN COLOMBIA

A modo de resumen, se establecerán concreciones importantes con respecto al software malicioso, según

las diferentes disposiciones que puedan generar directrices legales en la determinación de la licitud y la ilicitud de éste:

7.1 Frente la normatividad internacional (tratados de la OMPI y UNASUR). El software malicioso es un programa de computador, y su desarrollo no determina su licitud o su ilicitud, puesto que sólo se determina su definición conceptual, su categoría como obra de literario, la existencia de derechos morales y patrimoniales en relación con la obra y la posibilidad de protegerlos frente a terceros, sin que algo se diga en cuanto a su estructura interna como medio de ataque informático.

7.2 Frente la normatividad nacional (Ley 23 de 1982, Decreto 1360 de 1989, Ley 44 de 1993, Ley 603 de 2000¹³ y Ley 1450 de 2011¹⁴). El software es una obra del dominio literario; su protección como obra está dada desde el momento de su creación; el registro de la misma es para darle al autor mayor seguridad jurídica con respecto a su «paternidad»; y los derechos morales y patrimoniales son la materialización de lo que al autor le corresponde en legitimidad con respecto a la obra. En este caso, el derecho se permite sobre la obra y sobre los actos y los contratos que avalan la transmisión y la transferencia de la misma por medio de contratos de cesión y disposiciones testamentarias, las cuales sólo implican el ejercicio de derechos civiles y mercantiles respecto a la titularidad de esa obra y su destinación (distribución, comercialización y comunicación), gratuita u onerosa, relativa a terceros, a la sociedad y al Estado.

7.3 Frente la normatividad nacional penal (Ley 1273 de 2009 y ley 599 de 2000 código penal Art. 270 a 272). Se puede conceptuar, desde una lectura juiciosa de los diferentes tipos establecidos,

que lo penalizado frente al software se da en materia de violación y vulneración de los derechos de autor con respecto a la consagración dada en los artículos 270 a 272; y desde el contexto de los bienes jurídicos tutelados, se penaliza el software a partir de su producción, su distribución y su comercialización, sin que en ninguna de las normas se haga lo propio con la estructura del software con funcionalidad maliciosa, en sí mismo, pues depende siempre de la acción del sujeto con esa intencionalidad. En consecuencia, se castiga la piratería frente al software mas no se penaliza la estructura de tipo malware de su código fuente, salvo que aquel se encuentre involucrado en la ejecución de una conducta delictiva.

CONCLUSIONES

1. De la lectura holística del ordenamiento jurídico, se colige que el Estado únicamente tiene una función de control en la legalidad de las licencias; es decir, el enfoque de la legalidad está dado sólo en el campo de los derechos de autor, a fin de evitar la piratería. Queda como interrogante si la afectación a los derechos de las personas en el mundo virtual está dada en el marco de la piratería o del de los delitos informáticos. La respuesta es clara: la vulneración está dada más en el campo de los delitos informáticos, puesto que los ciberdelinquentes, en una gran medida, comparten las herramientas e incluso las intercambian; y, en el caso más absurdo, las dejan con código libre en el ciberespacio y disponible para quienes las requiera.
2. La regulación que se consigna en el artículo 269 E se quedó corta, pues el uso y la intencionalidad están subyugados a la comercialización y al desarrollo del software, mas no existe un verbo

rector imputable frente a la utilización del de tipo malicioso. Dicha regulación no establece una posible sanción; en consecuencia, queda un «hueco» en la función pública de castigo y una gran impunidad.

3. Finalmente, el software malicioso no es más que una herramienta desarrollada por un ser humano, cuya estructura interna permite la comisión de delitos informáticos sin que por ello pueda catalogarse como un programa legal o ilegal, debido a que sólo su existencia se replica como obra literaria, dejando al operador judicial el calificativo de software malicioso con uso ilegal; es decir, que la ilegalidad se reputa de la intencionalidad con que éste es usado, sea por su autor o por un tercero, autorizado o no desde el contexto normativo de los derechos de autor, los cuales nada interesan para calificar la ilegalidad o la legalidad del programa.
4. Determinar la estructura de un programa y su posterior utilidad como elemento ilegal no puede ser el único parámetro para negar su registro, puesto que ésta es una función pública de carácter administrativo no investida de obligatoriedad y a la que no le compete la revisión interna y conceptual de una obra. Es por ello que negarlo sería un exceso de cumplimiento de esa función por parte de la DNDA, toda vez que el juez es quien estudia y valora la afectación de terceros y de la sociedad, a fin de juzgar la conducta violatoria del sujeto, pues el programa no funciona de forma autónoma, sin que exista la materialización de la acción y la intención de la persona que le da uso.
5. Es claro que en la doctrina se encontrarán posiciones como la de que el software malicioso no se comercializa por ser un objeto ilícito o no es objeto de registro por esa misma causa; pero, como

ya se dijo, no es que el programa sea ilícito, sólo está estructurado de tal forma que permite cometer delitos informáticos. Así, aceptar su ilicitud sólo por su utilidad sería lo mismo que decir que un arma es ilegal por ser arma; y, ¿en qué queda el permiso para el porte del arma? (El porte es la acción que fundamenta la intención de quien la porta de accionarla o no, pero no fundamenta al arma en sí misma). Y en yuxtaposición a la utilidad obtenida por personas como las denominadas hackers éticos y los administradores del sistema, las disciplinas del Derecho y la Informática aportan mayores soportes y fundamentos, tanto legales como doctrinales, para indicar y aceptar, finalmente, que se puede dar al software malicioso, a partir de su código fuente, utilidad maligna (determinada por el uso del sujeto), en cuyo caso es la conducta la que puede llegar a ser legal o ilegal, no así el programa.

6. Mientras que la forma de actuar de un ciberdelincuente sea la de aprovechar las vulnerabilidades del sistema, siempre existirá el software malicioso y, por ende, esta herramienta tecnológica va a ser utilizada tanto por personas ilegales como legales (administradores del sistema).
7. Finalmente, para poder administrar un sistema informático en óptimas condiciones, como las de seguridad y control del sistema, hay que tener en cuenta la existencia de medios de ataque que puedan poner en jaque la protección y la seguridad informática desarrolladas para evitar su vulnerabilidad, los cuales llegan a ser tales de acuerdo a la utilidad dada a las herramientas tecnológicas mas no son una característica de los programas en sí mismos.

BIBLIOGRAFÍA

Barrios Osorio, O. R. (2006). Derecho e Informática: aspectos fundamentales. (3ª ed.). Guatemala: Ediciones Mayte.

Cano M., J. J. (2009). Computación Forense: descubriendo los rastros informáticos. (1ª ed.). México: Editorial Alfa-Omega Grupo Editor.

Constitución Política de Colombia (1991)

Decisión 351 (1993).

Decreto número 1360 (1989)

Ley 1273 (2009). Delitos informáticos.

Ley 1450 (2011).

Ley 23 de Derechos de Autor (1982)

Ley 44 (1993). Sanciones de derecho de autor.

Ley 603 (2000). Empresas obligadas a reportar la legalidad.

Mieres, J. (2009). Ataques Informáticos: Debilidades de Seguridad Comúnmente Explotadas.

Pekka Himanen, L. T. & Castells, M. (2006). La ética del hacker y el espíritu de la era de la información.

Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor - WCT (1996)

Referencias de Internet

Marrero Travieso, Y. (s.f.) La Criptografía como elemento de la seguridad informática. Centro

Provincial de Información de Ciencias Médicas. La Habana. Disponible en: http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol11_6_03/aci11603.htm

Amenazas Lógicas - Tipos de Ataques (s.f.). Disponible en: <http://www.segu-info.com.ar/ataques/ataques.htm>

Anuncios de Google (2010). Disponible en http://www.taringa.net/posts/info/4030740/Seguridad-Informatica_Criptografia.html

<http://edicionessimbioticas.info/La-etica-del-hacker-y-el-espiritu>

http://es.wikipedia.org/wiki/Ataque_inform%C3%A1tico>

<http://es.wikipedia.org/wiki/Malware>>

https://www.evilmfingers.com/publications/white_AR/01_Atques_informaticos.pdf>

Informe sobre malware en América Latina, Laboratorio ESET Latinoamérica (2008). Disponible en: <http://www.eset-la.com/threat-center/1732-informe-malware-america-latina>

Ten ways hackers breach security. Global Knowledge (2008). Disponible en: <http://images.globalknowledge.com>

NOTAS:

- 1 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, versión on-line. Consultado el 15 de enero de 2012. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=software
- 2 Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT). adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. Consultado el 15 de enero de 2012 en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html

- 3 UNASUR (O.I.) - (s.f.). DECISION 351 DE 1993 17 de diciembre Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Cartagena – Colombia. 1993. Consultado el 15 de enero de 2012 en <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D351.htm>.
- 4 Sitio oficial LWP, Comunidad de Programadores. Consultado el 15 de enero de 2012 en <http://www.lawebdelprogramador.com/diccionario/mostrar.php?letra=P&page=8>
- 5 Barrios Osorio, O. R. (2006). Derecho e Informática: aspectos fundamentales. (3ª ed.). Guatemala: Ediciones Mayte.
- 6 Sitio oficial LWP, Comunidad de Programadores. Consultado el 15 de enero de 2012 en <http://www.lawebdelprogramador.com/diccionario/mostrar.php?letra=M>.
- 7 Diccionario De Informática Y Tecnología. Consultado el 15 de enero de 2012 en <http://www.alegsa.com.ar/Dic/malware.php>.
- 8 Administrador del sistema: «Es la persona a cargo del sistema (hardware, software, procedimientos), a quien se acude ante algún tipo de inconformidad con algún elemento del mismo (...) La dimensión tecnológica del administrador es la misma que viene heredada del pasado; su especialidad técnica es la base de su formación y su experiencia lo convierte en un factor clave de éxito para la operación y la funcionalidad de la infraestructura informática de la empresa. La dimensión procedimental, atada al manejo de cambios y actualizaciones tanto de hardware y de software, se conserva como en el pasado, sólo que ahora debe considerar elementos de seguridad y control sugeridos tanto por los proveedores como por los especialistas de seguridad. Es decir, se incorpora un nuevo criterio para la administración: no sólo que funcione y opere bien, sino de manera confiable.» (CANO M., 2009, p. 76-80).
- 9 Un sistema informático como todo sistema, es el conjunto de partes interrelacionadas, hardware, software y de recurso humano (humanware) que permite almacenar y procesar información. El hardware incluye computadoras o cualquier tipo de dispositivos electrónicos inteligentes, que consisten en procesadores, memoria, sistemas de almacenamiento externo, etc. El software incluye al sistema operativo, firmware y aplicaciones, siendo especialmente importantes los sistemas de gestión de bases de datos. Por último, el soporte humano incluye al personal técnico que crea y mantiene el sistema (analistas, programadores, operarios, etc.) y a los usuarios que lo utilizan. (Consultado el 15 de enero de 2012 en http://es.wikipedia.org/wiki/Sistema_informático).
- 10 Definición de un ataque informático: consiste en aprovechar alguna debilidad o falla (vulnerabilidad) presente en el software, en el hardware o, incluso, en las personas que forman parte de un ambiente informático, a fin de obtener un beneficio, por lo general de índole económico, causando un efecto negativo en la seguridad del sistema, que luego repercute directamente en los activos de la organización. Para minimizar el impacto negativo provocado por ataques informáticos, existen procedimientos y mejores prácticas que facilitan la lucha contra las actividades delictivas y reducen notablemente el campo de acción de aquellos. Uno de los pasos más

importantes en seguridad es la educación. Comprender cuáles son las debilidades más comunes que pueden ser aprovechadas y cuáles son sus riesgos asociados, permitirá conocer de qué manera se ataca un sistema informático, ayudando a identificar las debilidades y los riesgos para luego desplegar, de manera inteligente, estrategias de seguridad efectivas. (MIERES, 2009, p. 4).

- 11 Direccion Nacional de Derechos de Autor (s.f.). Consultado el 15 de enero de 2012 en <http://www.derechodeautor.gov.co/htm/HOME.htm>.
- 12 *Ibíd.*
- 13 LEY 603 DE 2000, por la cual se modifica el artículo 47 de la Ley 222 de 1.995: «Artículo 1º. El artículo 47 de la Ley 222 de 1.995, quedará así: 'Artículo 47. Informe de gestión. El Informe de gestión deberá contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación económica, administrativa y jurídica de la sociedad. El informe deberá incluir igualmente indicaciones sobre: (...) 4. El estado de cumplimiento de las normas sobre propiedad intelectual y derechos de autor por parte de la sociedad. (...)»

INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL -LEY 906 DE 2004-

María Verónica Correa Orozco*
José Albeiro Trujillo Giraldo**
Carlos Alberto Zárate Yopez***

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia del Sistema Acusatorio en Colombia, se dio un paso de avanzada en el reconocimiento de los derechos de las víctimas dentro del proceso penal (numeral 7 del artículo 250 C.N), concediendo desde aquél momento, no solo un interés económico para actuar, sino también los derechos a la verdad, justicia y reparación, que implica una participación mas activa en busca de sus garantías.

Esa reconceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la constitución, se funda en varios principios y reglas constitucionales que fueron definidos en la sentencia C-209 de 2007 de la siguiente manera:

Abogada de la Institución Universitaria de Envigado, Especialista en Procesal Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana y Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: mveroco@hotmail.com

Abogado de la Universidad Libre de Pereira, Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Caldas y Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Magister en Derecho Procesal de la misma Universidad. Correo electrónico: joseatrujillo@hotmail.com

* Economista Agrícola de la Universidad Nacional de Colombia y Abogado de la Universidad de Antioquia. Especialista en Economía y Negocios Internacionales, en Derecho Procesal Contemporáneo y Magister en derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Profesor Asociado de la Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Minas -Sede Medellín-. E mail: cazarate@unal.edu.co

(...) (i) en el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art. 93 cp); (ii) en el hecho de que el constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (art. 250 num. 6 y 7 cp); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (art. 2° cp); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (art.1° cp); (v) en el principio del estado social de derecho que promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias¹.

Le otorgó, entonces, la Corte Constitucional a la víctima, la calidad de interviniente especial, no así el de parte, razón por la cual está facultada para reclamar la reparación por el daño inferido, conocer la verdad y pretender el castigo para los autores. En desarrollo de esa intervención, la víctima puede solicitar práctica de pruebas y presentar peticiones y, en general, tiene un papel mucho más protagónico en las diferentes etapas procesales, en desarrollo de los artículos 1° y 2° de la Constitución Nacional, que regulan el derecho de participación de los colombianos en la toma de decisiones que los afectan, de donde se desprende que el derecho de las víctimas a la participación dentro del proceso penal, se constituye en una facultad de

estirpe constitucional que tiene que ser garantizado por la ley y puesto en práctica por la administración de justicia.

Consecuente con lo expuesto en precedencia, en la presente línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, se abordó el estudio de la participación de la víctima como interviniente especial en el interior del proceso penal –sistema penal acusatorio – ley 906 de 2004-- modificada por la Leyes 1395 de 2010 y 1453 de 2011, logrando establecer de su análisis, de qué manera la jurisprudencia la dota de facultades en orden a participar en todas las etapas del proceso penal en igualdad de condiciones que el imputado y las demás partes e intervinientes, para garantizar sus derechos a la verdad, justicia y reparación, que son derechos de raigambre constitucional.

Para lograr el objetivo propuesto y en orden a desarrollar el problema jurídico planteado, que se circunscribe a determinar ¿puede la víctima como interviniente especial en el proceso penal -ley 906 de 2004-, participar en todas las etapas del proceso penal en igualdad de condiciones que el imputado y las demás partes e intervinientes, para garantizar sus derechos a la verdad, justicia y reparación?, se hizo uso de la metodología desarrollada por el autor Diego Eduardo López Medina en su obra El derecho de los jueces², tomando como referente para su análisis las sentencias de constitucionalidad que sobre el tema ha adoptado la Corte Constitucional desde el 1 de enero de 2005, data en la que entra en vigencia la ley 906 de 2004, hasta la actualidad.

Con el objetivo de dar respuesta al objeto de estudio, nos limitamos a desarrollar cada uno de los pasos propuestos por el autor enunciado, en orden a identificar el “lugar del balance constitucional”, evento

para el cual se realizaran en forma organizada los siguientes pasos que más adelante se desarrollaran:

1. Acceso a las bases de datos de la Corte Constitucional
2. Identificación de las sentencias relevantes
3. Identificación del punto arquimèdico
4. Ingeniería de reversa de la sentencia arquimèdica, en orden a obtener un nicho citacional de primer y segundo nivel
5. Identificación de las sentencias hito y las subreglas contenidas en ellas.
6. Clasificación de las sentencias hito -sentencia fundadora de línea, consolidadoras de línea y/o modificadoras de línea y sentencia dominante-
7. Grafica de la línea jurisprudencial y análisis de la línea

1. ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

En el Código Sustantivo de 1936, en vigencia de la Constitución de 1886, la víctima tenía acceso a la administración de justicia únicamente con la noticia criminal y debía acudir ante el funcionario instructor cuantas veces fuera requerido, presentándose en razón de ello un alto porcentaje el desinterés de la parte afectada para conseguir el restablecimiento de su derecho conculcado porque desistía de sus propósitos, terminando en la mayoría de las veces con el archivo temporal o definitivo de las investigaciones.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en virtud del Estado Social de Derecho,

instituto en el cual se ha matriculado a la sociedad colombiana, se puede inferir sin equívoco, como el Constituyente primario entregó en el contenido de la carta superior, que el figurar como víctima de una infracción penal, daba lugar al reconocimiento de la correspondiente indemnización. A su vez, la Ley 600 de 2000, reconoce a la víctima sus derechos y el sitio que ocupa como protagonista de su propio proceso, siendo determinante además desde aquel momento el reconocimiento que le hacen las Cortes como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones, en tanto empiezan a superar la tesis de que los derechos de las víctimas eran meramente económicos, reconociendo además que tienen derechos de justicia, verdad y reparación, lo que implica la posibilidad de poder acudir al escenario judicial como parte actora en búsqueda de sus propias garantías.

Se introdujo mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, por el cual se reformó la Constitución Política, un sistema de investigación y juzgamiento criminal de tendencia acusatoria desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado y con prelación por los derechos de las víctimas, donde se resalta en el numeral 7 del artículo 250 de la C. N, cual es el “papel de las víctimas dentro del proceso penal” destacando en razón de ello “(i) su carácter de interviniente dentro del proceso penal; (ii) facultad de intervención independiente y autónoma de las funciones del fiscal; (iii) la potestad de configuración legislativa para la determinación de la forma como las víctimas harán el ejercicio de ese derecho a “intervenir” en el proceso penal; (iv) la atribución que la víctima tiene de actuar en cualquier etapa del proceso penal y no en una etapa específica” (negrillas fuera del texto)³.

Desde hace más de una década la Corte Constitucional ha venido reconociendo en sus

diferentes pronunciamientos el alcance constitucional de los derechos de las víctimas y perjudicados con las conductas punibles, llegando en la actualidad a superar la tesis de una simple concepción económica de la intervención como parte civil en el proceso penal, extendiendo sus derechos a conocer la verdad y a que se haga justicia desde la sentencia C-1149 de 2001, criterio reiterado y profundizado en la sentencia C-228 de 2002, que hace un “estudio de los derechos de las víctimas y los perjudicados con el delito, señalando que éstos tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria, que es la forma tradicional en que se ha resarcido a la víctima de un delito. Desarrolla los derechos a la verdad y a la justicia a la luz de los principios de la Constitución, y del derecho internacional, particularmente del derecho a la tutela judicial efectiva; se apoya igualmente en una referencia al derecho comparado”, constituyéndose esta sentencia en una de las de mayor importancia, por otorgar derechos adicionales a quienes hasta ese momento eran relegados al interior del proceso.

Después se produjo la sentencia C-850 de 2002, en la que la Corte estableció que el derecho de las víctimas del delito de desaparición forzada de personas y la necesidad de garantizar los derechos a la verdad y a la justicia, permitían que el legislador estableciera la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre que no se haya identificado e individualizado a los presuntos responsables, a la vez que en la sentencia C-875 de 2002, se consideró que no resultaba razonable excluir a la parte civil del amparo de pobreza e impedir de esta forma su constitución a través de un abogado.

Con posterioridad a la reforma constitucional, pero aún en el contexto del sistema penal de juzgamiento que antecedió al hoy vigente, se produjo la sentencia C-004 de 2003 en la que el tribunal de cierre constitucional

reconoció a la víctima su derecho a impugnar decisiones tales como las de preclusión de la investigación, de cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, decisiones que posteriormente se hicieron extensivas al sistema acusatorio. Este tema, en relación con la nueva sistemática procesal, lo desarrolló la Corte por medio de la sentencia C-047 de 2006.

En las sentencias C-014 y C-114 de 2004, la Corte extendió la protección de los derechos de las víctimas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario a los procesos disciplinarios, respetando la finalidad de este tipo de procesos, iniciando la Corte Constitucional los primeros análisis respecto de la participación de las víctimas en el proceso penal con tendencia acusatoria C-1154 y C-1177 de 2005, al analizar la exequibilidad de algunos artículos de la ley 906 de 2004, para concluir que las víctimas intervienen en el proceso penal incluso desde la noticia criminal y tiene derecho a ser notificadas de las decisiones de archivo de las investigaciones a fin de preservar sus derechos.

A las anteriores decisiones le sobrevinieron algunas de mayor importancia, que fueron objeto de estudio de la presente línea jurisprudencial, por cuanto desde ese momento, ha sido profuso el pronunciamiento de la Corte Constitucional en materia de intervención de las víctimas en el proceso penal –ley 906 de 2004- otorgándole incluso la calidad de interviniente especial con igualdad de derechos a los demás sujetos procesales, entendiendo además que la participación de las víctimas en el proceso penal no se limita de manera exclusiva a unas determinadas etapas, por cuanto dichas calidades le permiten intervenir activamente durante su desarrollo, claro está, con respeto por la observancia de la calidad de proceso adversarial que se estructura entre la parte acusada y el acusador, porque de lo contrario se atentaría contra la igualdad de armas

que caracteriza este tipo de proceso. Así lo dejó sentado la Corte Constitucional:

No obstante como lo ha expresado esta Corporación, el que la participación de las víctimas no esté limitada a alguna de las etapas del proceso penal, no obsta para que dicha intervención deba ser armónica con la estructura del proceso acusatorio, su lógica propia y la proyección de la misma en cada etapa del proceso⁴.

De otra parte, no se puede dejar pasar por alto la trascendencia que en materia de víctimas reviste la sentencia C-370 de 2007, que estudio la exequibilidad de la Ley 975 de 2005, Ley de justicia y paz, estableciendo desde ese momento un concepto amplio sobre quién o quiénes son víctimas, trasladando para su desarrollo todos los conceptos emitidos por la Corte Constitucional en los diferentes pronunciamientos sobre las demandas de constitucionalidad de varios artículos de la ley 906 de 2004, así mismo adujo conceptos sobre los derechos de las víctimas de acuerdo con la posición asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; siendo recientemente resaltada su importancia, con la promulgación de la ley de víctimas, Ley 1448 del 11 de junio pasado, en cuyo desarrollo se retomaron conceptos de esta sentencia, ampliando la protección que merecen las víctimas del terrorismo y de delitos de lesa humanidad, siendo este el principio de mayores desarrollos jurisprudenciales en el contexto de esta materia.

Adicionalmente, mediante la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, en el artículo 59, modificadorio del artículo 306 ejusdem, se estableció en el inciso 4, que la víctima o su apoderado podrán solicitar al juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento en los eventos en que ésta no sea solicitada por el fiscal, debiendo el juez valorar los

motivos que sustentaron la no solicitud de la medida por parte del ente acusador para determinar la viabilidad de su imposición, siendo ello un avance de lo que hasta ahora se tenía respecto de esa intervención de la víctima en ese escenario judicial, como quiera que en relación a ello la sentencia C-456 de 2006, establecía que para la imposición de la medida de aseguramiento se debían cumplir requisitos formales y sustanciales de conformidad con los artículos 308 a 313 del CPP, sin que fuese permitido a la víctima acceder a esa petición en forma directa, como quiera que tan solo podía hacerlo a través de la Fiscalía.

Eso quiere significar, que se continúa ampliando el espectro de derechos de las víctimas en donde antes podía acudir a la imposición de la medida de aseguramiento, mas no podía solicitar su aplicación, actualmente con la normatividad referida ya puede hacerlo si el fiscal no lo solicita y el juez debe valorar la sustentación del fiscal para definir si según criterio procede o no la imposición de la misma.

De lo anterior surge que en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia, fundada en los derechos que ellas tienen a participar en igualdad de condiciones en las diferentes etapas procesales, con el fin de obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Aunado a todo ello, es importante anotar que con el arribo del acto legislativo -006 de 2011- que introduce el parágrafo 2 al artículo 250 de la Constitución Política, donde se consagra la autorización para que sea el mismo afectado con la infracción el que ejercite la acción penal⁵, se adquiere por parte de la víctima una inusitada e inesperada categoría al interior del

“proceso penal”, como quiera que se auspicia con ello el acceso y la participación directa de los ciudadanos en la administración de justicia, pero siempre con el respeto al derecho preferente de la actividad del Fiscal.

Es así como la posibilidad de participación activa de la víctima en el proceso penal, no es una figura nueva, en tanto se ha venido contemplando, incluso desde antes de la introducción del sistema penal acusatorio en nuestro país, adquiriendo cada vez una inusitada fuerza, en orden a garantizarle a dicho interviniente especial sus derechos de raigambre constitucional, posición que superó la concepción de que dicha intervención buscaba de manera exclusiva el restablecimiento de perjuicios de orden económico.

Es la víctima un interviniente especial, tal y como fue reconocido por la Corte Constitucional al analizar el rol de la víctima en la nueva sistemática mixta con tendencia acusatoria y concluir:

En esencia, el fiscal es el titular de la acción penal. Al ejercer dicha acción no solo representa los intereses del Estado sino también promueve los intereses de las víctimas. Sin embargo, ello no implica en el sistema colombiano que las víctimas carezcan de derechos de participación (C.P., arts. 1° y 9°) en el proceso penal. Estas pueden actuar sin sustituir ni desplazar al fiscal. Según el propio artículo 250, numeral 7° de la Carta, la víctima actúa como interviniente especial⁶.

Ahora en orden a desarrollar el problema jurídico planteado, que se circunscribe a determinar si la víctima como interviniente especial en el proceso penal -ley 906 de 2004-, puede participar en todas las etapas del proceso penal en igualdad de condiciones que el imputado y las demás partes e intervinientes, para garantizar sus derechos a la verdad, justicia y

reparación?, deberá analizarse las sentencias de Constitucionalidad producidas en torno al objeto de estudio con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, en orden a concluir como se ha mantenido la sombra decisional de la Corte Constitucional tal como pasará a explicarse.

2. METODOLOGÍA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA

Una vez propuesta la pregunta a desarrollar, con apoyo en los índices de jurisprudencia de la relatoría de la Corte Constitucional, se obtuvo como resultado al incluir el restrictor, "derecho de las víctimas", un amplio número de sentencias de constitucionalidad y de tutela⁷, de las cuales se sustrajo solo las que realizaron un estudio de constitucionalidad de uno o varios artículos de la ley 906 de 2004, sobre el derecho intervención de la víctima en el proceso penal, lo que arrojó un universo de 54 sentencias⁸, considerando como relevantes o importantes dentro del periodo objeto de estudio, esto es desde el 1 de enero de 2005, fecha de entrada en vigencia la ley 906 de 2004, a la actualidad, 15 sentencias⁹, además de 8 importantes emitidas fuera de dicho periodo¹⁰, siendo clasificadas de este modo, por cuanto las subreglas de derecho que desarrolla la Corte Constitucional tiene identidad fáctica y jurídica y se encuentran dentro de la sombra decisional descrita en el problema jurídico propuesto, siendo estas las que deben ser analizadas en orden a determinar el balance Constitucional de la Corte.

A cada sentencia considerada como importante, se le elaboró una ficha, en la que se señaló las circunstancias relevantes y se enunció las diferentes subreglas o ratio decidendi propuestas por la Corte

Constitucional, destacando además el nicho citacional y las clases de sentencias (importantes, conceptuales o retóricas, dentro o fuera del tema objeto de estudio) que se enunció.

Las demás sentencias fueron desestimadas y para el evento se clasifican como no importantes, por tratarse de sentencias que desarrollan un contexto diferente al de la intervención de la víctima en el proceso penal –ley 906 de 2004- en igualdad de condiciones a las demás partes e intervinientes.

En este caso, además, para resolver el problema jurídico propuesto, se identificaron los polos de respuesta, que se limitaron a indicar SI existe o NO intervención en igualdad de condiciones por parte de la víctima, en las siguientes etapas procesales:

• INVESTIGACIÓN

INVESTIGACIÓN					
INDAGACIÓN		INVESTIGACIÓN			
SI	NO	FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN		MEDIDA DE ASEGURAMIENTO	
		SI	NO	SI	NO

INVESTIGACIÓN					
PRECLUSIÓN			PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD		
I	NO		SI	NO	

• JUZGAMIENTO

ETAPA DE JUZGAMIENTO					
FORMULA ACUSACIÓN		AUDIENCIA PREPARATORIA		JUICIO ORAL	
SI	NO	SI	NO	SI	NO

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA		SENTENCIA		INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL	
SI	NO	SI	NO	SI	

• RECURSOS EXTRAORDINARIOS

RECURSOS EXTRAORDINARIOS				
CABACIÓN		REVISIÓN		
SI	NO	SI	NO	

Después de un rastreo jurisprudencial, se extractó como punto de apoyo¹¹ o arquimédico la sentencia C-839 de 2013, por ser la más reciente de la Corte Constitucional sobre el tema de las víctimas y atendiendo a que tiene correspondencia y desarrolla el problema jurídico planteado, además de contener riqueza citacional de sentencias importantes que de una o de otra manera indican el recorrido interpretativo y argumentativo de la Corte Constitucional en el caso sub-exánime, encontrando en ella las sentencias hito que serán el objeto de estudio.

En esta sentencia de Constitucionalidad con fecha de emisión del 20 de noviembre de 2013 y ponencia del Magistrado, Jorge Ignacio Pretel, se analizó la correspondencia con la constitución del artículo 101 de la Ley 906 de 2004¹², por cuanto:

La norma demandada excluye de su presupuesto fáctico a un sujeto que en principio debería estar incluido, pues establece que la facultad de solicitar la suspensión provisional del poder dispositivo se encuentra exclusivamente en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, impidiendo que las víctimas puedan pedirla. En este sentido, afirman que las víctimas son las personas más interesadas en que el bien no circule por el tráfico jurídico pese a lo cual no pueden solicitar directamente la medida de suspensión del poder dispositivo de un bien que ha sido objeto de una enajenación fraudulenta, vulnerándose con dicha omisión sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación los cuales han sido reconocidos por la Corte Constitucional en numerosas sentencias como la C – 228 de 2002¹³, la C – 454 de 2006¹⁴, la C – 209 de 2007¹⁵, la C – 516 de 2007¹⁶, la C – 936 de 2010¹⁷ y la C – 260 de 2011¹⁸, en las que se ha señalado que los mismos constituyen un

desarrollo de los artículos 1, 2, 15, 21, 229 y 250 de la Constitución Política, así como también de lo señalado en el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este caso, la Corte Concluyó que respecto de la norma demandada debía declararse la exequibilidad, en “el entendido que la víctima también puede solicitar la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente”, por cuanto permitir que las víctimas puedan solicitarlo es plenamente compatible y coherente con el sistema de medidas cautelares patrimoniales contemplados en la ley 906 de 2004, aunado a que con su intervención no se genera un desequilibrio, ni una ruptura al principio de igualdad de armas, como quiera que ante ello les está dado a los demás sujetos procesales ejercer la defensa.

Son las víctimas, las primeras interesadas en que se suspenda el poder dispositivo de dichos bienes, cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente, debido a que se encuentran sufriendo un perjuicio derivado de esta situación, siendo este el medio jurídico con el que cuentan para evitar que se continúe generando, “por lo cual éstas deben poder solicitar su aplicación y negarles esta facultad les priva de un recurso judicial efectivo frente al restablecimiento del derecho que no será materializado si el delito sigue produciendo efectos jurídicos”¹⁹.

Para encontrar el nicho citacional de esta sentencia arquimédica –C-839 de 2013- se le realizó ingeniería

INGENIERIA DE REVERSA DE LA SENTENCIA ARQUIMÉDICA
SENTENCIA C -839 DE 2013

de reversa, que “consiste en el estudio de las citas del punto “arquimédico”²⁰, lo que arrojó como resultado los siguientes nichos citacionales de primer y segundo nivel:

1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
C-245	C55-5	C-293	C-050	C-346	C-351	C-742	C-012	C-316	C-041	C-123	C-039	C-591	C-192	C-209	C-060	C-227	C-936	C-090	C-715
			C-543		C-680	C-925	C-384	C-893	C-043	C-204	C114-6	C-800	C-370	C-210	C118-6	c-240		100	C-782
			C-546				C-427	C110-4	185	C-234		C-822	C-454	C-343		C-409		C-127	C-
							C-596	C125-5	28	C-311		C-979	C-718	C-516		C-520		C-203	1053
							C-728		282	C-318		C-	C-738					C-250	
							C-803		640	C-780		C-	C-891					C-260	
							C-927		C-	C-798		1177						C-	
							G-		309	C-			C103-3					600	
							1512		C-	C-899								C-	
							G-1717		314	C109-1			C104-3					619	
									C-									c-651	
									316										
									46										
									646										
									C-										
									715										
									C-										
									736										

importantes
importantes fuera del periodo
conceptuales
retóricas fuera del tema
retóricas del tema

- Grafica 1. Nicho citacional de primer nivel y tipos de sentencias citadas.

La gráfica, muestra un nutrido nicho citacional de primer nivel de la sentencia arquimédica, que arrojó como resultado, 83 sentencias, de las cuales 11 son importantes, mismas que serán el objeto de análisis en la presente línea jurisprudencial, porque durante la vigencia de la ley 906 de 2004, desarrollan la relevancia de otórgale en igualdad de condiciones la posibilidad de intervención a la víctima en las diferentes etapas procesales, aunadas a otras que del análisis de las demás sentencias se enuncian como importantes, para un total de 15 sentencia que desarrollan el problema jurídico propuesto y que se encuentran demarcadas con el color verde; así como las que desarrollan el problema jurídico propuesto, pero que se desenvuelven en una período de tiempo anterior, señaladas con el color rosa.

De igual modo, con el color azul, se relacionan las sentencias conceptuales por hacer referencia a definiciones de principios e instituciones del derecho penal. De color amarillo y blanco, se encuentran señaladas las sentencias retóricas, por no ofrecer un mayor desarrollo a los temas analizados por la Corte Constitucional y no aportar al problema jurídico analizado, indicando, acorde con los colores, si se trata de sentencias relacionadas dentro (blanco) o fuera del tema (amarillo).

En la siguiente gráfica se ilustra, el nicho citacional de primer y segundo nivel de la sentencia arquimédica (C-839 de 2013), ubicando en un primer nivel, con letras de color rojo, las 'sentencias importantes' que se refieren en ella (C-591/05, C-979/05, C-1154/05, C-1177/05, C-454/05, C-209/07, C-516/07, C-250/11, C-260/11, C-651/11 Y C-782/12), a las que a su vez se les realizó la ingeniería de reversa, que arrojó como resultado al interior de cada una las sentencias resaltadas con

de graficarse, destacando de igual modo en cada una de ellas, el tipo de sentencia que se enuncia, acorde con los colores que lo identifican, debiendo resaltar además, que si bien en la sentencia arquimèdica, solo se citan 11 sentencias importantes, en este evento se graficaran 14 de las sentencias hito que desarrollan el objeto jurídico y que se extractan del estudio sistematizado y en conjunto de las sentencias de la Corte Constitucional.

• SENTENCIA C-591 DE 2005

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
	C055	C024	C38	C032	C003	C08	C135	C-112	C-652	C-041	C-100	C-230
	C150	C160	C109	C073	C040	C198	C160	C-427	C-893	C-087	C-187	C-248
	C357	C424	C373	C081	C221	C327		C-488	C-1052	C-112	C-329	C-562
	C537	C496	C491	C188	C242			C-635	C-1195	C-128	C-330	C-569
			C578	C217	C320			C-1643	C-1255	C-152	C-740	
				C226	C327				C-1256	C-228	C-798	
				C373	C358				C-1257	C-269	C-873	
				C389	C372				C-1549	C-296	C-966	
				C488	C429					C-317	C-1092	
				C543	C447					C-374		
				C627	C470					C-580		
				C657	C540					C-830		
					C578							
					C610							
					C657							
					C658							

• SENTENCIA C-979 DE 2005

1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
C-083	C037	C210		C-160	C-010	C-554	C-004	C-004	C-013	C-591	C-037
	C680	C242		C-371	C-578	C-774	C-228	C-187	C-888	C-673	
		C548			C-873	C-775		C-873			
					C-1189	C-836		C-1092			
						C-893		C1097			
						C-1195					
						C-1257					
						C-5554					

• SENTENCIA C-1154 DE 2005

1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
C150	C106	C799	C543	C-327	C-146	C-215	C-010	C-744	C-041	C-004	C-155	C-591
C411	C394		C690	C425	C716	C272	C-392	C-760	C-228	C-699	C509	C-673
							C-427	C-774	C-578	C-798	C-873	C-799
							C-634	C-1052	C-580	C-873		C-925
							C-635	C-1255	C-805			
							C-1549		C-830			
									C-875			

• SENTENCIA C-1177 DE 2005

1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
C-059	C-351		C-022	C-652		C-153	C-112	C-093	C-228			C-1154
C-093	C-395		C-037			C-215	C-330	C-204	C-426			
C-301	C-538					C-742	C-492	C-410	C-428			
C-599							C-1043	C-557	C-482			
							C-1062	C-620	C-695			
								C-647	C-805			
								C-673	C-895			
								C-1195				
								C-1228				

• SENTENCIA C-047 DE 2006

1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
C337	C-179	C578		C287	C191		C596	C-252	C040	C-04	C154	C-591	C-047
		C600A		C358				C-554	C200		C-998	C-979	
								C-648	C-228			C-1154	
								C-740	C-282			C-1177	
								C-774					
								C-1149					

• SENTENCIA C-454 DE 2006

1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
C-412	C-275	C-293	C-543	C236			C-163	C041	C041	C-04	C04	C591	C047
				C540			C420	C185	C-178	C-451	C-014	C799	
							C427	C1052	C185	C528	C-114	C979	
							C1549	C-1149	C-228	C-570	C-998	C1009	
									C-578	C-775		C1154	
									C-805	C-873		C1177	
									C871	C-899			
									C-875				
									C-916				

• SENTENCIA C- 456 DE 2006

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
C541	c150	C24	C-179	C-657	C-327			C-383	C-771	C-228	C-04	C-04	C-237
	C-301	C395	C-318		C-358			C-634	C-774	C-377	C-451	C-816	C-591
	C-411									C-759		C1056	C-730
										C-788			C-1154
										C-805			
										C1024			

• SENTENCIA C-209 DE 2007

1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
C412	C443	C293	C543	C320		C-215	C-004	C-648	C041	C249	C115	C-538	C047	C095
	C275					C356	C-014	C-740	C228	C271	C154	C-591	C454	C370
						C-539	C-1514	C-1051	C-282	C-781	C-227	C-673		
								C-1052	C-580	C-873	C-409	C-979		
								C-1149	C-805		C-454	C-1154		
								C-1276	C-875		C-509	C-1177		
											C-998			

• SENTENCIA C-343 DE 2007

1997												
1998	C-680											
1999	C-892											
2000												
2001												
2002												
2003												
2004												
2005												
2006	C-454											
2007	C-209											

• SENTENCIA C-516 DE 2007

1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
C071	C049	C320	C146	C215	C427	C041	C041	C004	C155	C538	C046	C209
	C069	C540		C357	C1549	C1052	C045	C014	C227	C591	C366	
	C543			C539			C185	C063	C409	C710	C370	
							C220	C228	C509	C850	C454	
							C228	C271	C914	C925	C536	
							C310	C528		C979		
							C415	C567		C1009		
							C578	C781		C1154		
							C580	C873		C1177		
							C871			C1260		
							C875					

• SENTENCIA C-250 DE 2011

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
C-541	C-059	C-275	C-293	C-097	C-562	C-680	C-215	C-384
	C-301			C-543			C-742	C-427
	C-594							C-591
	C-412							C-596
	C-544							C-728
								C-803
								C-1043
								C-1549
								C-1717

2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
C-095	C-185	C-004	C-014	C-591	C-047	C-209	C-536	C-489
C-648	C-228	C-228	C-454	C-979	C-370	C-396		
C-740	C-282	C-783	C-622	C-1154	C-423	C-516		
C-1064	C-316	C-873	C-998	C-1177	C-425	C-808		
C-1104	C-426			C-1260	C-454	C-920		
C-1149	C-428				C-456	C-995		
C-1195	C-580				C-717			
	C-578				C-873			
	C-783				C891A			
	C-875							

• SENTENCIA C-260 DE 2011

1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
C-412	C-275	C-293	C-032	C-03	C-08	C-135	C-112	C-652	C-041
C-150	C-160	C-109	C-073	C-040	C-198	C-160	C-427	C-774	C-087
C-357	C-424	C-397	C-081	C-221	C-327	C-700	C-489	C-1052	C-112
C-537	C-469	C-491	C-188	C-242			C-635	C-1195	C-128
		C-578	C-217	C-320			C-1062	C-1255	C-152
			C-226	C-327			C-565	C-1256	C-228
			C-373	C-358				C-1257	C-269
			C-389	C-372				C-1549	C-296
			C-427	C-429					C-310
			C-543	C-447					C-415
			C-627	C-470					C-374
			C-657	C-540					C-580
				C-578					C-830
				C-610					C-578
				C-657					C-875
				C-658					

2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
C-040	C-014	c-451	C-047	C-209		C-729	C-144	c250
C-187	C114	c-533	C-370	C-396	C-073	C-025	C-069	
C-329	C1176	C-591	C-424	C-516	C-081	C-218	C-059	
C-480	C-371	C-979	C-425	C-808	C-186	C-242		
C-740		C-1009	C-454	C-920	C-217	C-320		
C-798		C-1121	C-456	C-995	C-508	C-327		
C-873		C-1154	C-717		C-864	C-358		
C-966		C-1177	C-873		C-468	C-372		
C-1092		C-1194	C891A		C-469	C-429		
C-570		C1189			C-931	C-442		
C-775		C-1260			C-627	C-470		
C-899					C-657	C-540		
						C-578		
						C-610		
						C-657		
						C-658		
						C-729		

• SENTENCIA C-651 DE 2011

1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
C-038		C-447			C-163	C-555	C-228	C-873
C-587					C-800	C-898	C-316	C-965
C-504					C-927	C-1052	C-428	
						C-1149	C-578	
							C-640	
							C-641	
							C-736	
							C-788	

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
C-043	C-591	C-047	C-209	C-536		C-942	C-250
C-461	C-979	C-180	C-210	C-692	C-025	C-012	
	C-1154	C-423	C-516		C-405	C-423	
	C-1177	C-425	C-100		C-814		
	C-1194	C-454					
	C-1213	C-456					
	C-1264	C-717					
		C-873					
		C891A					

• SENTENCIA C-782 DE 2012

1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
C-038	C-543	C-327		C-067	C-163	C-555	C-041	C-480
					C-427	C1149	C-090	C-965
					C-800		C-185	
					C-927		C-228	
					C-1549		C-316	
							C-640	
							C-641	
							C-736	
							C-788	
							C-809	

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
C-371	C-451	C-180	C-209	C-692	C-025	C-144	C-250	C-364
C-5091	C-591	C-454	C-210	C-806	c-409			
C-510	C-1009		C-516	C-864	C-442			
C-561	C-1154			C-879	C-814			
C-643	C-1177							
	C-1232							
	C-1264							
	C-1266							

Acorde con lo graficado, se pueden apreciar los puntos nodales de la línea, en tanto se vislumbra cuáles son las sentencias más enunciadas por ser las de mayor importancia, dentro y fuera del periodo objeto de estudio (colores verde y rosa) y que de algún modo, pese a tratar en cada una de ellas temas diferentes entre sí, por analizar la constitucionalidad de diferentes normas, se sostienen dentro de una misma sobra decisonal.

Se extracta de todas las gráficas anteriores, que en ese caso, contamos con 14 sentencias hito o

importantes, en donde la Corte Constitucional define sub-reglas de derecho constitucional o *ratio decidendi*²¹, que han logrado introducir cambios en el proceso penal, por permitir una participación más activa de la víctima al interior de éste y con el respeto de la igualdad en relación a las demás partes e intervinientes. En este caso en la sentencia arquimédica –C-839 de 2013-, se declaró exequible por parte de la Corte Constitucional el artículo 101 del CPP, demandado por los ciudadanos Vanessa Sueli Cock, Lorena Parrado Prieto, Luis Mario Hernández Vargas y Javier Darío Coronado Díaz, al considerar que la norma excluye de su presupuesto fáctico la facultad de las víctimas de solicitar la suspensión provisional del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro, bajo el supuesto de que se trata de una facultad exclusiva en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, desconociendo con ello el ejercicio de los derechos que a estas les asiste como intervinientes especiales, así como sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación los cuales han sido reconocidos por la Corte Constitucional en numerosas sentencias como la C – 228 de 2002²², la C – 454 de 2006²³, la C – 209 de 2007²⁴, la C – 516 de 2007²⁵, la C – 936 de 2010²⁶ y la C – 260 de 2011²⁷,

Consideró la Corte Constitucional en desarrollo del punto propuesto, que la posibilidad de la víctima de realizar dicho pedimento, en nada afecta la estructura o los principios del sistema penal acusatorio por los siguientes motivos:

- (i) Desde el punto de vista procesal, la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente es una medida exclusivamente patrimonial que no tiene una incidencia necesaria sobre la determinación de la responsabilidad penal, a tal punto que puede ordenarse pese a que no exista sentencia condenatoria.

(ii) Desde un punto de vista sistemático, el otorgamiento de facultades a la víctima para solicitar la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente, no implica una modificación de la estructura o el funcionamiento del sistema acusatorio, pues el Código de Procedimiento Penal permite actualmente que otras medidas cautelares o patrimoniales como el embargo o el secuestro sean solicitadas por las víctimas.

En este sentido, el artículo 92 de la Ley 906 de 2004 señala que “El juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito”.

Por lo anterior, permitir que las víctimas puedan solicitar la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro es plenamente compatible y coherente con el sistema de medidas cautelares patrimoniales contemplados en la ley 906 de 2004. La circunstancia de que las víctimas no estén específicamente legitimadas en la norma demandada para solicitar la suspensión del poder dispositivo constituye una simple omisión legislativa que tampoco fue justificada en el debate del proyecto de Código de Procedimiento Penal en el Congreso de la República.

(iii) Finalmente, otorgar a la víctima esta facultad tampoco afecta el principio de igualdad de armas ni representa un desequilibrio para las partes, el cual exige que los actores sean contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección²⁸.

Por su parte, en la sentencia C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se demanda la inconstitucionalidad del artículo 192-4 de la ley 906 de

2004, en donde se restringe la posibilidad de intentar la acción de revisión y reabrir de nuevo el proceso solo respecto de los fallos absolutorios, concluyendo la Corte en torno a ello, que dicha posibilidad puede extenderse a aquellos que culminan incluso con fallos condenatorios, pues una actuación contraria atenta contra el “deber constitucional de protección de los derechos de las víctimas de estos delitos que desconocen la dignidad humana y afectan condiciones básicas de convivencia social, necesarias para la vigencia de un orden (artículo 2 CP)(...)” (Subrayas fuera del texto).

En la sentencia C-1154 de 2005, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda, se estudia la inconstitucionalidad del artículo 79 de la ley 906 de 2004, en la que se dispone la posibilidad de archivo de la investigación por parte de la Fiscalía, argumentado la Corte Constitucional que ello no podrá hacerse con desconocimiento de los derechos primigenios de las víctimas, pues en caso de que ello ocurra deberá motivarse debidamente la decisión con el fin de que pueda ser objeto de inconformidad.

Al respecto indicó la Corte Constitucional que:

(...) La decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas. En efecto, a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad. Por lo tanto, como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos. Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible

que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías. Se debe aclarar que la Corte no está ordenando el control del juez de garantías para el archivo de las diligencias sino señalando que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías (negrillas fuera del texto).

En torno al derecho igualitario de la víctima al interior del proceso penal y al analizar la constitucionalidad del artículo 69 parcial de la ley 906 de 2004, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, concluyó la Corte Constitucional en la sentencia C-1177 de 2005, que la exigencia de una mínima fundamentación fáctica, so pena de inadmisión, así como la limitación de su aplicación a una sola vez, "(...)reviste particular relevancia para la efectividad de los derechos de las víctimas y perjudicados con los delitos, por lo que no puede quedar exenta de controles externos" (negrillas y subrayas de los autores). En consecuencia condicionará la exequibilidad de la expresión acusada "en todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento" a que tal decisión emitida por el fiscal sea notificada al denunciante y al Ministerio Público. Ello a efecto de invertir tal decisión de la publicidad necesaria para que el denunciante, de ser posible, ajuste su declaración de conocimiento a los requerimientos de fundamentación que conforme a la interpretación aquí plasmada le señale el fiscal, o para que el Ministerio Público, de ser necesario, despliegue las facultades que el artículo 277 numeral 7° de la Constitución le señala para la defensa de los derechos y garantías fundamentales.

Del anterior análisis, se deriva que las medidas adoptadas por el legislador para reglamentar el ejercicio del derecho de acción en materia penal, previstas en las expresiones acusadas, "no comportan cargas gravosas

e insalvables para los denunciantes. Por el contrario, el denunciante conserva la posibilidad de que una vez inadmitida la denuncia en forma motivada, aporte la información que le es requerida para rodear tal acto de la fundamentación que el orden jurídico demanda” (subrayas y negrillas añadidas).

En la sentencia C-047 de 2005 –M.P Rodrigo Escobar Gil-, se concluyó que el permitir el ejercicio de la doble instancia (artículos 176 y 177 de la ley 906 de 2004), es garantía de los derechos fundamentales de las víctimas y de quienes se vean afectados con un fallo contrario a derecho o absolutorio, cuando exista certeza de la responsabilidad del imputado, así al respecto aseguró la Corte Constitucional:

(...)En tales condiciones, la Corte llega a la conclusión de que no es violatorio del non bis in idem, establecer la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, sino que, por el contrario, excluir esa posibilidad podría resultar problemático desde la perspectiva de la garantía constitucional de la doble instancia, el derecho de acceso a la administración de justicia, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP art. 2°).

De este modo, así como, por expreso mandato constitucional, que está previsto también en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, nuestro ordenamiento garantiza la posibilidad del sindicado de impugnar la sentencia condenatoria, también se ha previsto, en desarrollo de la garantía de la doble instancia, la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, lo cual constituye una garantía para las víctimas y protege el interés de la sociedad en una sentencia que, con pleno respeto de los derechos del sindicado, conduzca a la verdad, la reparación y la justicia (subrayas y negrillas fuera del texto).

Con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, en la sentencia C-454 de 2006, se realizó un significativo análisis respecto a la importancia de resaltar los derechos de la víctimas al interior del proceso penal y la garantía de participar en igualdad de condiciones que los demás sujetos procesales, partes e intervinientes.

Así en relación a la constitucionalidad del artículo 135 de la ley 906 de 2004, que regula la garantía de comunicación a las víctimas, estimó que:

En punto a determinar, desde qué momento deben los órganos de investigación proporcionar información a la víctima sobre sus derechos, debe señalarse, que ya esta Corte ha admitido que tal información debe proporcionarse desde el primer momento en que las víctimas entren en contacto con las autoridades. Así se deriva de las sentencias C-1154 de 2005²⁹ y C - 1177 de 2005³⁰, en las que se dispuso la comunicación de decisiones de archivo de las diligencias (Art.79), e inadmisión de la denuncia (Art.69), respectivamente, a las víctimas o denunciantes a pesar de que las normas no contemplaban de manera explícita tal exigencia.

(...)La interconexión e interdependencia que existe entre los derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación exige que la garantía de comunicación se satisfaga desde el primer momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación. Los derechos a la justicia y a la reparación pueden verse menguados si se obstruye a la víctima las posibilidades de acceso a la información desde el comienzo de la investigación a efecto de que puedan contribuir activamente con el aporte de pruebas e información relevante sobre los hechos.

(...)Es evidente en consecuencia, que exista un claro interés de las víctimas y perjudicados con la conducta investigada de acceder a la indagación desde sus inicios, a efectos de contribuir positivamente al recaudo

del material que dará soporte a la imputación y la acusación, eventos perfectamente compatibles con sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación”.

A propósito del afirmado carácter bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, conviene recordar que la Corte se pronunció sobre el derecho de la defensa a intervenir aún antes de la formulación de imputación³¹, lo que marca un umbral para la protección de los derechos de las víctimas a acceder a las diligencias, desde sus inicios, es decir, desde el momento en que entren en contacto con las autoridades, y aún antes de que se hubiese formalizado una “intervención” en sentido jurídico – procesal. La garantía de comunicación de los derechos de las víctimas no se satisface a plenitud, si se produce sólo al momento en que se produce “su intervención”, la misma, para que sea plena, debe producirse desde el momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación (Negrillas y subrayas fuera del texto).

De igual modo, consideró la Corte Constitucional que el inciso segundo del mismo artículo es inconstitucional, como quiera que en su sentir, se limita el acceso de las víctimas en el proceso penal a una mera facultad indemnizatoria, dejando de lado los derechos a la verdad y la justicia.

En relación a la constitucionalidad del artículo 357 de la ley 906 de 2004, determinó el máximo Tribunal de cierre Constitucional su exequibilidad en relación con los cargos estudiados, en el entendido que los “representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía” (negrillas añadidas), por cuanto limitarlo obstruye sus posibilidades de efectiva realización de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación

y la coloca, de manera injustificada, en una posición de desventaja en relación con otros actores e intervinientes procesales.

En este evento, como se venía sosteniendo desde tiempo atrás, la víctima tiene derecho a la información desde el momento mismo en que entre en contacto con la policía judicial y el fiscal, para contar con elementos que le brinden la seguridad jurídica para acudir a la audiencia de formulación de acusación y el juicio y recaudar incluso el material probatoria que requiere.

Respecto de su intervención en la audiencia preparatoria, se le entrega la posibilidad de solicitar pruebas al igual que las demás partes, viéndose obligada la Corte en posterior pronunciamiento a limitar esos derechos, que más que derechos son una intromisión específica en el proceso, cuando la titularidad de su promoción la tiene exclusivamente el Fiscal.

El artículo 318 de la ley 906 de 2004, que establecía la prohibición de interponer los recursos en contra de la decisión que revoca o sustituye la medida de aseguramiento, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-456 de 2006, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra y salvamento de voto del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, que es quien desarrolla nuestro objeto de estudio al precisar que“(...

A fin de que los derechos de las víctimas no queden desprotegidos por la solicitud reiterada de un imputado para que se revoque o sustituya la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, en cada caso concreto el juez de control de garantías deberá constatar que (i) efectivamente hayan desaparecido los requisitos que establece el artículo 308 de la Ley 906 de 2004,

para la procedencia de la medida de aseguramiento; y (ii) que la supuesta desaparición de los requisitos esté sustentada en hechos nuevos de entidad suficiente para mostrar que indudablemente desaparecieron las circunstancias que justificaron la medida.

Las consideraciones en la parte motiva de la sentencia, centradas exclusivamente en los derechos de la persona sujeta a una medida de aseguramiento, no sopesaron debidamente los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. En efecto, si bien es cierto que las expresiones cuestionadas afectaban el derecho a la libertad del asegurado, esas mismas expresiones, a la luz de los derechos de las víctimas, tendían a que éstas no fueran amenazadas o molestadas por un imputado que gozando de su libertad, pretendiera obstruir la justicia, o poner en peligro a las víctimas o escapar.

Con importante relevancia en materia de víctimas, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, al conocer la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 137, 284 (parcial), 306 (parcial), 316 (parcial), 324, 327 (parcial), 333 (parcial), 337, 339 (parcial), 342 (parcial), 344 (parcial), 356 (parcial), 357 (parcial), 358 (parcial), 359 (parcial), 371 (parcial), 378 (parcial), 391, 395 (parcial) de la Ley 906 de 2004, consolidando en respuesta a ello una clara posición de garantía del derecho a la igualdad de condiciones que ostenta la víctima como interviniente especial dentro del proceso penal, por cuanto se permite a la víctima solicitar pruebas anticipadas, controvertir adecuadamente la solicitud de preclusión de la investigación, deprecada por el fiscal, intervención en la audiencia de acusación, impugnar las decisiones que le sean adversas, garantiza los derechos a la verdad, justicia y reparación, superando con ello la concepción de que la víctima solo pretende una erogación de tipo

económico, en tanto con la intervención activa en las etapas previas y posteriores al juicio se puede garantizar los demás derechos que le asisten.

Así, en torno a ello, consideró la Corte Constitucional:

- Si bien la Constitución previó la participación de la víctima en el proceso penal, no le otorgó la condición de parte, sino de interviniente especial. La asignación de este rol particular determina, entonces, que la víctima no tiene las mismas facultades del procesado ni de la Fiscalía, pero si tiene algunas capacidades especiales que le permiten intervenir activamente en el proceso penal. (...) la participación de la víctima como interviniente especial en las diferentes etapas del proceso penal depende de la etapa de que se trate, y en esa medida, la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio.
- Todas las siguientes normas demandadas “(i) excluye a la víctima de los actores procesales que pueden solicitar la práctica de pruebas anticipadas para lograr el esclarecimiento de los hechos, de las circunstancias de su ocurrencia, la determinación de los responsables, de la magnitud de los daños sufridos y el esclarecimiento de la verdad; (...) (iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio; y (iv) entraña un incumplimiento, por parte del legislador, del deber de configurar una verdadera intervención de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad y del derecho de las víctimas consagrado en el literal d) del artículo 11.
- Principio de oportunidad-al negar a la víctima la posibilidad de impugnar la decisión del juez de control de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad vulnera sus derechos, dada la trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas del delito,

impedir que éstas puedan impugnar la renuncia del Estado a la persecución penal, sí deja desprotegidos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Si bien la satisfacción de los derechos de la víctima no sólo se logra a través de una condena, la efectividad de esos derechos sí depende de que la víctima tenga la oportunidad de impugnar las decisiones fundamentales que afectan sus derechos. Por lo tanto, impedir la impugnación de la decisión del juez de garantías en este evento resulta incompatible con la Constitución.

- Derechos de las víctimas en preclusión de la investigación penal-No permitir a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad. En efecto, dado que al decretarse la preclusión, la víctima no puede solicitar la reanudación de la investigación, ni aportar nuevos elementos probatorios que permitan reabrir la investigación contra el imputado favorecido con la preclusión, resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías.
- Derechos de las víctimas en audiencia de formulación de acusación-Si bien es cierto que la Constitución radicó la facultad de acusación en la Fiscalía, no se ve una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión completa de la víctima en la fijación de su posición frente a la acusación, puesto que la intervención de la víctima no supone una modificación de las características estructurales del sistema penal con tendencia acusatoria, ni una transformación de la calidad de interviniente especialmente protegido que tiene la víctima. La fijación de su posición no afecta la autonomía del Fiscal para acusar, ni mucho menos lo desplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias. Esta exclusión de las víctimas genera una desigualdad injustificada frente a los demás actores del proceso que desprotege sus derechos. Por ello, tanto la limitación que hace el artículo 337,

de restringir la finalidad de la entrega del escrito de acusación “con fines únicos de información”, como la omisión de incluir a la víctima (o a su apoderado) en la audiencia de formulación de acusación para que haga observaciones, solicite su aclaración o corrección o para que se manifieste sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades, significa un incumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el legislador en la protección de los derechos de la víctima.

- Presentación de la teoría del caso- De conformidad con lo que establece el artículo 371, en la etapa del juicio oral, el fiscal presentará la teoría del caso, y lo mismo hará la defensa, pero dicho artículo no prevé que la víctima tenga participación alguna en este momento del juicio oral. No obstante, tal como se señaló al rechazar la posibilidad de que la víctima interviniera directamente en la audiencia del juicio oral para controvertir pruebas o interrogar a los testigos, aquí también está justificada la limitación de sus derechos. Dado el carácter adversarial de esta etapa del juicio penal y la necesidad de proteger la igualdad de armas, no puede la víctima participar de manera autónoma y al margen de la actuación del fiscal. Advierte la Corte que el artículo 443 de la Ley 906 de 2004 prevé la posibilidad de que el abogado de las víctimas intervenga para hacer alegatos finales al concluir el juicio. Esta participación del abogado de la víctima no introduce un desbalance en el juicio ni le resta su dinámica adversarial puesto que ella se presenta al final de esta etapa, con miras precisamente a que la voz de las víctimas se escuche antes de concluir esta etapa del proceso. Por lo tanto, la Corte reiterará que, dado que en las etapas previas del proceso penal la víctima ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente por parte del fiscal, en la etapa del juicio oral la víctima, a través de su abogado, podrá ejercer sus derechos sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propia teoría al margen del Fiscal.

- Facultad de impugnar decisiones fundamentales
 - La efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria (subrayas y negrillas añadidas).

En sentencia C-343 de 2007, el Magistrado Rodrigo Escobar Gil, con salvamento de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, se pronunció acerca de la constitucionalidad de los artículos 390, 391 y 395 de la ley 906 de 2004, concluyendo en torno a las demandas interpuestas, que en relación con los últimos artículos enunciados 391 y 395, no es viable un pronunciamiento, en tanto es necesario estarse a lo resuelto en la sentencia C-209 de 2007, en el entendido de que la víctima podrá intervenir en la audiencia preparatoria para solicitar y controvertir las pruebas que considere necesarias, solamente está obligada a observar las exigencias de pertinencia, conducencia, necesidad y utilidad de la prueba como las demás partes.

De otra parte, en lo tocante con el artículo 390 de la misma ley –examen de los testigos, se precisó con suficiencia que:

(...) la exclusión de la víctima del grupo de actores procesales que tienen la posibilidad de interrogar al testigo y de oponerse a las preguntas formuladas en el juicio oral está justificada, no produce una desigualdad injustificada entre los actores del proceso penal, ni supone que el legislador ha incumplido el deber asegurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso, porque el ejercicio de las aludidas facultades probatorias tiene lugar durante la etapa del juicio oral y en ella -como se apuntó-, la participación directa

de la víctima trastocaría el sistema penal, afectaría la igualdad de armas y convertiría a la víctima en segundo acusador³².

Bajo las premisas que se dejan sentadas, es claro que aún cuando en el artículo 390 de la Ley 906 de 2004 no existe previsión expresa que le permita a la víctima del delito interrogar a los testigos, también es cierto que, en armonía con el análisis efectuado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-209 de 2007, la omisión advertida no es inconstitucional, pues no genera una desigualdad carente de justificación, evita la alteración de los rasgos estructurales del sistema penal, pues -se reitera- en la etapa del juicio oral la víctima no tiene participación directa y constitucionalmente no resulta factible convertirla en segundo acusador y afectar de esa manera la igualdad de armas (subrayas de los autores).

Por su parte, el Magistrado disidente, consideró que ello es un atentado en contra de las garantías que ostenta la víctima al interior del proceso penal al estimar que:

(:..) el artículo 390 de la Ley 906 del 2004 es inconstitucional por violar el derecho de igualdad de las víctimas. En este sentido, me permito reiterar que el enfoque tradicional del derecho penal que giraba en torno del delincuente ha cambiado para mirar hacia la víctima, con el fin de proteger sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. A mi juicio, la igualdad de la víctima se debe garantizar en todas las etapas del proceso penal y no observo cuál es el desequilibrio que se presenta entre la acusación y la defensa en la etapa del juicio oral si se permite la actuación de la víctima. Es de observar, que la Fiscalía sigue actuando en esa etapa en cumplimiento de su misión institucional, mientras que a la víctima se le impide actuar en un momento crucial del proceso en el que se realiza la práctica de pruebas

Para el evento, si bien debía entenderse la posición del salvamento de voto, en el sentido de que lo

que se pretende es otorgarle igualdad amplia a la víctima para intervenir de manera directa en el juicio oral en la construcción de los interrogatorios a los peritos y testigos participantes, no se puede olvidar que realmente, si se permite dicha participación como interviniente especial siempre será por medio del Fiscal, quien es el titular del ejercicio de la acción penal de acuerdo con la cláusula general de competencia que al afecto consagra el artículo 250 de la C:N, razón por la que para el ejercicio propuesto, se considera que acorde con los planteamientos vertidos en las sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007, se respeta la igualdad de oportunidad de intervención de la víctima en dicha etapa procesal, considerando que el salvamento de voto de la sentencia analiza una posición amplia, que pretende la participación sin ningún tipo de restricción y con desconocimiento del principio de igualdad de armas.

Con la sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, pretendió la Corte Constitucional acentuar una vez más el hecho de que la víctima es un interviniente especial al interior del proceso penal, facultándola de potestades probatorias, como garantía del acceso a la justicia, al respecto consideró:

- La irrazonabilidad de la restricción al acceso a la justicia que la norma incorpora se hace más patente si se tiene en cuenta que el propio estatuto procesal (art. 137) prevé que a partir de la audiencia preparatoria (que forma parte del juicio), las víctimas tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o un estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada, para el ejercicio de sus derechos. De manera que si el juez en ejercicio del arbitrio que la norma le confiere, decide que no concurren exigencias vinculadas al interés de la justicia para que las víctimas tengan asistencia jurídica, en realidad se les estaría obstruyendo el acceso a la justicia, y cercenando su derecho a un recurso judicial efectivo, por cuanto en esta fase tampoco podrían

hacerlo directamente. Razón por la que declaró inexecutable la expresión “si el interés de la justicia lo exigiere” contenida en el numeral 11 ordinal “h” de la Ley 906 de 2004:

- (...) una intervención calificada y plural de las víctimas durante la investigación puede contribuir a fortalecer la actividad de la Fiscalía orientada a asegurar los elementos materiales probatorios, y a dotarla de mejores elementos de juicio para definir si formula imputación y luego acusación, sin que ello signifique propiciar una reacción desproporcionada contra la persona investigada, puesto que la audiencia de imputación se practica ante el juez de control de garantías y la de acusación (con la que se inicia el juicio) ante el de conocimiento, actuaciones éstas gobernadas por específicas reglas de intervención de los actores procesales, definidas por el legislador y aplicadas por el juez.

Así las cosas, la limitación que impone el numeral 4° del artículo 137 al derecho de postulación de las víctimas para intervenir durante la investigación resulta desproporcionada, pues no hace aportes significativos a los fines que pretende proteger, en tanto que sí priva a las víctimas de valiosas posibilidades de acceso eficaz a la administración de justicia.- inexecutable del numeral 4° del artículo 137 de la Ley 906 de 2004

- La Corte declaró la constitucionalidad de la expresión “De existir un número plural de víctimas, el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral” del artículo 340 de la Ley 906 de 2004.

El derecho de intervención de las víctimas no se ve drásticamente afectado puesto que, como se advierte, pueden canalizar su derecho de intervención en el juicio no solamente a través de una vocería conjunta, sino mediante la intervención del propio Fiscal, tal como lo ha señalado la Corte en anteriores oportunidades, refiriéndose al aspecto probatorio y de argumentación. Sobre lo primero ha señalado: “El conducto para

culminar en esta etapa del proceso el ejercicio de sus derechos es el fiscal quien debe oír al abogado de la víctima. Así por ejemplo éste podrá aportar a la Fiscalía observaciones para facilitar la contradicción de los elementos probatorios, antes y durante el juicio oral, pero sólo el Fiscal tendrá voz en la audiencia en aquellos aspectos regulados por las normas acusadas. En el evento de que la víctima y su abogado estén en desacuerdo con la sentencia podrán ejercer el derecho de impugnarla de conformidad con el artículo 177 de la Ley 906 de 2004

En cuanto a la intervención de la víctima en el juicio oral, a través del Fiscal, para efectos argumentativos señaló: “[D]ado que en las etapas previas del proceso la víctima ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente por parte del fiscal, en la etapa del juicio oral la víctima, a través de su abogado, podrá ejercer sus derechos sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propia teoría al margen del fiscal, y en esa medida el ejercicio de sus derechos se materializará a través del Fiscal, quien debe oír el abogado de la víctima. Dada la importancia que tiene para la víctima la posibilidad de que el Fiscal la oiga, el juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva, y cuando así lo solicite el Fiscal del caso, decretará un receso para facilitar dicha comunicación

Así las cosas, encuentra la Corte que la medida que se analiza no grava de manera desproporcionada el interés de la víctima de intervenir de manera efectiva en el juicio oral; por el contrario, ella resulta compatible con los rasgos del sistema adversarial que se proyectan de manera preponderante en esta etapa del proceso en donde la intervención de la víctima se canaliza (para efectos de la contradicción de la prueba y de la presentación de la teoría del caso) a través del fiscal. La ley prevé la posibilidad de que el representante de la víctima presente directamente los alegatos finales (Art. 443), momento en el que operará el umbral de intervención numérica a que se refiere el precepto examinado. Esta medida resulta razonable, en cuanto promueve un desarrollo equilibrado y eficiente del

juicio, sin que a la vez genere una intolerable restricción de los derechos de las víctimas que se encuentran garantizados, mediante sus aportes previos para la construcción del caso, la intervención del fiscal, y la vocería concertada de las víctimas en el juicio oral.

- Por las señaladas razones la Corte declarará la inexecutable de la expresión “directo” del artículo 132 referida al daño.

En cuanto al carácter “directo” del perjuicio, se ha considerado que tal cualidad no constituye un elemento o condición de existencia del daño, sino que plantea un problema de imputación, en cuanto pone de manifiesto el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. (...) Este calificativo indudablemente restringe de manera inconstitucional la posibilidad de intervención de las víctimas en el proceso penal y su derecho a un recurso judicial efectivo. La determinación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de las condiciones de imputación del mismo.

- Por las razones expuestas la Corte declarará la inexecutable de la expresión “directa” referida a la víctima contenida en los incisos primero y segundo del artículo 92 de la Ley 906 de 2004.

“(...)Adicionalmente, la limitación que el artículo 92 introduce a los derechos de las víctimas o perjudicados con el delito de obtener garantía de reparación, es contraria al artículo 250 numeral 6° de la Constitución que prevé que el restablecimiento del derecho y la garantía de reparación integral se reconoce a los “afectados con el delito”, expresión que incluye a víctimas directas y perjudicados que hubiesen sufrido un daño cierto como consecuencia del delito.

- Por las mismas razones que sustentan este último pronunciamiento se declarará la inexecutable del inciso 2° del artículo 102, que limita el derecho a solicitar reparación pecuniaria en el incidente de reparación integral a la víctima directa, sus herederos,

sucesores o causahabientes. A pesar de que se trata de una expresión que amplía el ámbito de aplicación previsto en el artículo 92 a los herederos, sucesores o causahabientes es también restrictiva frente al estándar constitucional establecido en el numeral 6° del artículo 250 en materia de restablecimiento y reparación integral que consagra este derecho a favor de “los afectados con el delito”. Esta concepción es acorde con el precedente que se ha citado reiteradamente en esta decisión conforme al cual los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral se predicán de las víctimas y perjudicados con el delito que demostraren un daño cierto, real y concreto originado en la conducta punible. Es la demostración del daño cierto padecido como consecuencia del delito, y no la condición de damnificado o el parentesco, lo que determina la calidad de víctima o perjudicado y por ende la titularidad de los mencionados derechos”.

- Artículo 132 de este Código-“Resulta compatible con el modelo de procesamiento que adopta la Ley 906 de 2004, que la formalización de la intervención de la víctima se produzca en la audiencia de formulación de acusación, momento procesal en que así mismo se define la condición de acusado y se traba de manera formal el contradictorio entre acusación y defensa. El hecho de que sea en ese estadio de la actuación en el que se determina la calidad de víctima a fin de legitimar su intervención en el juicio y se reconozca su representación legal, si la tuviere, de ninguna manera significa su exclusión de etapas anteriores en las que bien puede intervenir acreditando sumariamente su condición de tal, como lo prevé el artículo 136, y lo ha reafirmado y precisado la jurisprudencia de esta Corte.
- La Corte declarará la exequibilidad condicionada, por los cargos analizados, de los artículos 348, 350, 351 y 352 en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal, y oída por el juez encargado de aprobar el acuerdo, quien para su aprobación velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías tanto del

imputado o acusado, como de las víctimas (subrayas y negrillas añadidas).

Por su parte, en este pronunciamiento, el Magistrado Jaime Araujo Rentería, aclara parcialmente el voto, insistiendo con ahínco que la participación de las víctimas en el proceso penal, “no debe limitarse a la etapa sumarial, sino que debe extenderse también al juicio, que por lo demás, es una fase crucial en el establecimiento de la responsabilidad penal”.

Por la anterior razón, estimo que la Corte debe reflexionar acerca de la tesis según la cual, las víctimas tienen mayores derechos en la fase preparatoria del proceso penal que en la etapa del juicio, pues no se entiende el argumento que sólo en esa fase se afecte todo el proceso.

Para el suscrito Magistrado, aceptar la restricción en la participación de la víctima implicaría también retroceder en materia de reparación integral de las víctimas. A mi juicio, en punto a la clasificación de las víctimas la sentencia se encuentra bien orientada, sin que haya que hacer subclasificaciones de las mismas, cuya intervención en el proceso penal la admite o no el juez. Es de señalar que la ley trató de restringir de manera inconstitucional la posibilidad de reparación.

De otra parte, en mi concepto, se debe asegurar una intervención efectiva de la víctima en la celebración de precuerdos y acuerdos entre el procesado y la Fiscalía, y considero que esto ha debido quedar señalado de manera expresa en el fallo, como ha ocurrido (subrayas y negrillas de los autores).

En la sentencia -C-250 de 2011 -MP. Mauricio González Cuervo, se demandó por inconstitucionalidad del artículo 100 de la Ley 1395 de 2010, concluyendo la Corte Constitucional en este evento, que los derechos con los que cuentan las víctimas del delito, de la verdad, la justicia y la reparación integral, también se encuentran

protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado por la Ley 906 de 2004 y modificada por la Ley 1395 de 2010, por cuanto

“(…), la exclusión de la víctima o su representante a ser oída por el Juez en la etapa de individualización de la pena y sentencia, en condiciones diversas a la defensa y a la Fiscalía, implica no solamente el desconocimiento del derecho a la igualdad, sino la limitación de su derecho al acceso a la administración de justicia. No se vislumbra una razón objetiva y suficiente que justifique la omisión de brindar a las víctimas la posibilidad de ejercer el derecho a ser oídos en la etapa de la individualización de la pena y sentencia, en los casos en que haya fallo condenatorio o se haya aprobado el acuerdo celebrado con la Fiscalía, de lo que se colige que la omisión genera una desigualdad injustificada entre los diferentes actores del proceso, particularmente entre víctima y acusado, a quienes cobija por igual una concepción bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva” (subrayas añadidas).

Se desconoce a su vez, el artículo 250 numeral 7 de la C.N, que establece “que corresponde al Legislador fijar los términos de intervención de las víctimas dentro del proceso penal, razón por la cual la omisión aludida entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una verdadera “intervención” de la víctima en el proceso penal, particularmente en la etapa de individualización de la pena y sentencia, en los términos que se lo impone dicho artículo, en concordancia con los artículos 29, 229 de la C.N”

En La Sentencia C-260 de 2011³³, con fecha de emisión del 6 de abril de 2011 con ponencia del Magistrado, Jorge Iván Palacio Palacio, se analizó la constitucionalidad del artículo 397 de la Ley 906 de 2004³⁴, por cuanto la norma demandada excluye de su presupuesto fáctico a un sujeto que en principio debería estar incluido, dado que la posibilidad de ser oída la víctima al interior del juicio oral mediante la formulación de preguntas complementarias, configura

“el desarrollo material de la actividad probatoria”, en conexidad con los derechos a la verdad y a la justicia”, en tanto si bien la víctima no es parte en el proceso penal, es un interviniente especial que se encuentra legitimado para actuar, “ni más ni menos que por sus intereses constitucionales”, aunado a que carece de sentido “que se le permita solicitar pruebas en la audiencia preparatoria, para luego negársele la posibilidad de intervenir activamente en el juicio, sin tener en cuenta que esta prerrogativa “es de enorme importancia para el proceso y para los intereses de la víctima”.

En este caso, la Corte Concluyó que respecto de la norma demandada debía declararse la exequibilidad, en tanto que es viable limitar su intervención en esta esta etapa procesal –juicio oral- en orden a evitar desequilibrios a favor o en contra de una de las partes, como quiera que le asiste a la víctima un interés legítimo por defender la acusación formulada por la Fiscalía y al intervenir de manera directa podría romper la barrera de la igualdad de armas como pilar fundante del proceso penal, así al respecto concluyó la Corte Constitucional:

(...)En este orden de ideas, la exclusión prevista en la norma se justifica si se tiene en cuenta que la participación directa de la víctima, aun para formular preguntas complementarias, puede por esa vía convertirla en un segundo acusador o contradictor, afectando el principio de igualdad de armas en desmedro de los derechos del imputado, quien además de hacer frente a los reproches de la Fiscalía debería estar atento de eventuales interrogatorios, cuestionamientos o incluso ataques de la víctima, alterando con ello la esencia adversarial del proceso durante el juicio oral.

De igual forma, considera la Sala que esa intervención puede, de un lado, ser utilizada para corregir deficiencias de la acusación o, de otro, interferir en la

estrategia diseñada por el fiscal para el desarrollo de las diligencias testimoniales, en ambos casos permitiendo que un tercero cumpla un rol activo en esa instancia procesal cuando es evidente que –a diferencial del Juez y del Ministerio Público- tiene un interés directo en las resultas del proceso y particularmente en la condena del imputado (subrayas y negrillas fuera del texto)³⁵.

Así pues al tratarse de un interviniente especial, se reduce significativamente su facultad de participación directa, en tanto ello alteraría los rasgos estructurales del sistema penal, menoscabando otros derechos o principios como el de igualdad de armas. En este sentido concluye que “el derecho de intervención de las víctimas no se ve drásticamente afectado puesto que pueden canalizar su derecho de intervención en el juicio no solamente a través de una vocería conjunta, sino mediante la intervención del propio Fiscal, tal como lo ha señalado la Corte en anteriores oportunidades, refiriéndose al aspecto probatorio y de argumentación”.

La improcedencia de alegatos de las partes e intervinientes antes que el juez resuelva sobre la petición de absolución perentoria, no desconoce los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral, fue la posición asumida por la Corte Constitucional en sentencia C-651 de 2011³⁶, en la cual se demanda la afrenta a derechos de raigambre constitucional, con las previsiones contenidas en el artículo 442 del CPP³⁷, en especial el derecho de defensa en la medida que se les niega la oportunidad de controvertir una decisión judicial que pone fin a un proceso, puesto que les impide intervenir y pronunciarse sobre la petición de absolución que realice la Fiscalía o el defensor y les niega la posibilidad de tomar parte para ejercer su derecho de oposición y contradicción, tal como se le aseguró en sentencia C-1154 de 2005, respecto al archivo de la indagación.

Estimó la Corte Constitucional que los cargos de la demanda debían declararse exequibles, después de realizar un recuento de las diferentes sentencias emitidas por esa Corporación en la que se advierte la facultad que se le ha venido otorgando a la víctima para intervenir activamente al interior del proceso y reiterar la protección constitucional que le asiste a estos como intervinientes especiales, asegurando en el evento que la limitación traída en la norma, no afecta los derechos ya reconocidos.

Finalmente la Sentencia C-782 de 2012³⁸ declaró exequible el artículo 90 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la víctima podrá solicitar en audiencia la adición de la sentencia o de la decisión con efectos equivalentes, que omita un pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso, con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento.

La Corte Constitucional reconoció que si bien el fiscal representa los intereses del Estado y de la víctima, ello no implica que la víctima carezca del derecho de participación en el proceso penal, señalando que su participación depende de los siguientes factores:“(i) del papel asignado a otros participantes, en particular al fiscal; (ii) del rol que le reconoce la propia Constitución a la víctima; (iii) del ámbito en el cual ha previsto su participación; (iv) de las características de cada una de las etapas del proceso penal; y (v) del impacto que esa participación tenga tanto para los derechos de la víctima como para la estructura y formas propias del sistema penal acusatorio”³⁹.

Así mismo se afirmó que la intervención de la víctima, está supeditada a la estructura del proceso acusatorio, por lo cual la posibilidad de actuación directa y separada de la víctima al margen del fiscal, es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio⁴⁰.

Así de las sentencias recopiladas y de las hito analizadas, acorde con los planteamientos del autor de cabecera, Diego Eduardo López Medina⁴¹, puede lograrse una clasificación de genero a especie de acuerdo con los factores que demarcan su importancia, por lo que acorde con ello podemos concluir que como -Sentencia fundadora de línea⁴²- puede enunciarse la C-228 de 2002, que si bien se encuentra fuera del período objeto de estudio, se consideró, por cuanto realizó un énfasis trascendental respecto al interés de las víctimas y los perjudicados en participar en el proceso penal, trascendiendo la concepción meramente económica, desarrollando los derechos a la verdad y a la justicia a la luz de los principios Constitucionales y del derecho internacional, señalando que éstas tienen intereses adicionales al reconocimiento de orden pecuniario.

En esta decisión se declara exequible el inciso 1° del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, anterior código procesal penal, en el sentido que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia.

Asu vez, puede concluirse del estudio de las sentencias hito analizadas que son todas ellas -consolidadoras- de la posición inicialmente considerada⁴³, pese a que en todas ellas no se trata en sí, de una "consolidación" de la posición precedente, por analizarse en cada una de ellas la constitucionalidad de artículos distintos que referencian a su vez etapas procesales diferentes, no obstante en los fallos subsiguientes se respeta la sombra decisional en el sentido de otorgarle a la víctima una participación de trascendental importancia dentro del proceso penal en igualdad de condiciones, conllevando ello a su vez que sean -sentencias reconceptualizadoras⁴⁴- por cuanto, si bien en principio se mantiene como posición la garantía de igualdad de la intervención de la víctima en el proceso penal, se han presentado "reconceptualizaciones" importantes, en el sentido de otorgarles mayores derechos, ampliando la posibilidad de intervención a todas las

etapas procesales, como ocurrió con las sentencias C-209 y 516 de 2007, cuyo desarrollo, aclaró de manera tangencial la importancia que reviste para el proceso penal, el derecho de acceso a la administración de justicia de la víctimas, no obstante limitarse su participación en algunos momentos procesales, en tanto la posibilidad de actuación directa y separada de la víctima al margen del fiscal, es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio, es decir al momento de realizar peticiones o intervenciones al interior del juicio oral, siempre deberá hacerlos por intermedio del ente investigador.

Del análisis de las sentencias y, una vez determinado el polo de respuesta, se colige que cada una de ellas se circunscribe en relación con la participación igualitaria de la víctima respecto a las demás partes e intervinientes al interior del proceso penal, rituado bajo la égida de la ley 906 de 2004, se logra la siguiente grafica de la línea jurisprudencial.

• GRÁFICA DE LA LINEA JURISPRUDENCIAL

LA VÍCTIMA COMO INTERVINIENTE ESPECIAL EN EL PROCESO PENAL. LEY 906 DE 2004, PUEDE PARTICIPAR EN TODAS LAS ETAPAS DEL PROCESO PENAL EN IGUALDAD DE CONDICIONES QUE EL IMPUTADO Y LAS DEMÁS PARTES E INTERVINIENTES, PARA GARANTIZAR SUS DERECHOS A LA VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN?

INVESTIGACIÓN					
RELACIÓN		INVESTIGACIÓN			
SI	NO	FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN		MEDIDA DE ASEGURAMIENTO	
			NO	SI	NO
C-591/05		C-691/05		AV	
C-1154/05		C-209/05		(C-456/05)	
S.V		C516/07		Manuel	
(C1154/05				José	
) Jaime				Cepeda	
Asuaje				Expinosa	
Rivera				C-209/05	
e-1177/05				C516/07	
e-454/05				C-159/13	
C-516/07					

ETAPA DE JUZGAMIENTO					
FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN		AUDIENCIA PREPARATORIA		JUICIO ORAL	
SI	NO	SI	NO	SI	NO
CS2105		CS2105		CS2105	
C22807		CS2105		C22807	
CS1607		CS2105		CS1607	
A.V (CS1607) Julio: Asesja Ricoletta		CS1607		A.V (CS1607) Julio: Asesja Ricoletta	
		A.V (CS1607) Julio: Asesja Ricoletta		CS4807	
				B.V (CS4807) Julio: Asesja Ricoletta ⁵	
				C22807 ¹⁶	
				CS5101	

ETAPA DE JUZGAMIENTO					
INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA		SENTENCIA		RECLAMO DE REPARACIÓN	
SI	NO	SI	NO	SI	NO
CS2011		CS2105		CS2105	
		C24705			
		C22807			
		A.V (CS1607) Julio: Asesja Ricoletta			
		CS2011			
		C75212			

RECURSOS EXTRAORDINARIOS			
CASACIÓN		REVISIÓN	
SI	NO	SI	NO
C-04705		C-57905	
C-22807			

De la anterior gráfica, se puede concluir que se está en presencia de una línea jurisprudencial de “balance constitucional”, por cuanto, como se ha dejado claro a lo largo del presente informe, se ha mantenido por parte de la Corte Constitucional una posición ascendente en relación con la participación igualitaria de la víctima en el proceso penal.

Se ha observado por parte de la Corte Constitucional una constante fidelidad a mantener incólume el precedente jurisprudencial, que si bien se desarrollan temas que difieren el uno del otro por tratarse del estudio de escenarios constitucionales disímiles, se ha conservado dentro de los límites de la sombra decisional, para concluir que se debe garantizar la participación de la víctima en todas las etapas del proceso penal en igualdad de condiciones que el imputado y las demás partes e intervinientes, misma que si bien en veces se ve limitada a su participación por medio del ente investigador es ello en garantía del principio de igualdad de armas, que en nada atrofia el libre ejercicio y su participación activa en orden a para garantizar sus derechos a la verdad, justicia y reparación, posición que fue asumida incluso desde antes de la expedición de la ley 906 de 2004

CONCLUSIONES

1. La interpretación de las distintas decisiones de la Corte Constitucional, permiten concluir que la intervención de la víctima en las diferentes etapas del proceso penal se suerte con el respeto de las derecho de igualdad respecto del imputado y las demás partes e intervinientes.
2. Se presenta en materia jurisprudencial, una marcada evolución interpretativa de los

derechos de las víctimas, ampliando de manera favorable los derechos de las víctimas a la verdad y la justicia, sin limitarlos de manera exclusiva al concepto de indemnización en términos únicamente económicos.

- 3 La posición permisiva de la participación de la víctima en el proceso penal, garantiza de manera efectiva los postulados constitucionales que se refieren al derecho de participación que asiste a los colombianos en la toma de decisiones que los afecta.
4. La intervención de las víctimas dentro del proceso penal, no desequilibra el sistema dialógica que informa al proceso oral penal acusatorio, en tanto contribuye a su funcionamiento eficaz, en la medida en que permite al perjudicado intervenir para demostrar su posición respecto de los sucesos investigado.
5. La posibilidad de participación de la víctima en el proceso penal y ahora como titular excepcional de la acción penal –acto legislativo 06 de 2011-, garantiza los intereses de esta, lo que redundo en la observancia de los fines del proceso penal, que apunta hacia el restablecimiento de la paz social.

BIBLIOGRAFIA

Arboleda Vallejo, Mario. Código de Procedimiento Penal: ley 906 de 2004. Vigésima segunda edición. Bogotá: Editorial Leyer. 2004...

Arturo Dorado, Néstor Raúl y Cuchumbé Holguín, Nelson Jair. Argumentación jurídica y análisis

jurisprudencial. Cali. Pontificia Universidad Javeriana. 2005. 109p

Hoyos Vásquez, Guillermo. Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007. 248p.

Ibáñez Guzmán, Augusto J y Sanpedro Arrubla, Julio Andrés. Temas de derecho procesal penal. Bogotá: S.N., 1995, 144p.

López Medina, Diego Eduardo. "El Derecho de los Jueces". Editorial legis, 2006. Segunda Edición.

Molina García, Antonio. La víctima. En: Fernández León, Whanda (compiladora). Procedimiento Penal Acusatorio y Oral: una reflexión teórica sobre la reforma constitucional de 19 de diciembre de 2002 y la ley 906 de 2004, nuevo código de procedimiento penal. Santa Fe de Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2006. Volumen II. P. 261 – 281.

Olano García, Hernán Alejandro. Cómo analizar sentencias de la Corte Constitucional Colombiana? http://www.iidpc.org/revistas/3/pdf/351_362.pdf

_____, Hernán Alejandro. Tipología de nuestras sentencias constitucionales. http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult...pdf

Constitución Política de Colombia. 1991

Corte Constitucional, sentencia C-1149 de 2001

Corte Constitucional, sentencias C-228, C-850, C-875, C-1149 de 2002

Corte Constitucional, sentencias C-004 y C-047 de 2003

Corte Constitucional, sentencias C-014 y C-114 de 2004

Corte Constitucional, sentencias C-203, C-473, C-591, C-823, C-979, C-1151, C-1154, C-1177 de 2005

Corte Constitucional, sentencias C-046, C-047, C-319, C-355, C-370, C-454, C-456, C-531, C-575, C-650, C-670, C-719, C-825, C-1033 de 2006

Corte Constitucional, sentencias C-080, C-209, C-210, C-343, C-479, C-516, C-794 de 2007

Corte Constitucional, sentencias C-116, C-161, C-666, C-1141, C-1199, C-3181 de 2008

Corte Constitucional, sentencias C-029, C-136, C-240, C-243, C-636 de 2009

Corte Constitucional, sentencias C-012, C-059, C-38, C-828, C-298, C-914, C-936 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia C-250 DE 2011

Ley 599 de 2000. Código Penal.

Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal.

<http://www.ramajudicial.gov.co>

<http://www.constitucional.gov.co>

NOTAS:

- 1 Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007
- 2 López Medina, Diego Eduardo. El derecho de los Jueces. Segunda Edición. Legis, Bogotá, 2006.
- 3 Ver sentencia C-250 de 2011
- 4 Sentencia C- 209 de 2007.
- 5 Acto Legislativo 6 De 2011 (noviembre 24 de 2011). Por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política.(...)Artículo 2o. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un parágrafo 2o del siguiente tenor: Parágrafo 2o. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.
- 6 Cepeda Espinosa, Manuel José. Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 21 de marzo de 2007.
- 7 Cerca de 90 sentencias de constitucionalidad y de tutela
- 8 2002: C-228; 2003: C-554, C-014, C-114, C-998; 2005: C-203, C-473, C-591, C-823, C-979, C-1151, C-1154, C-1177; 2006: C-046, C-047, C-319, C-355, C-370, C-454, C-456, C-531, C-575, C-650, C-670, C-719, C-825, C-1033; 2007: C-343, C-210, C-794, C-516, C-080, C-209, C-479; C-516 2008: C-1199, C-116, C-161, C-666, C-1141, C-3181; 2009: C-029, C-136, C-240, C-243, C-636; 2010: C-012, C-059, C-238, C-828, C-298, C-914, C-936; 2011: C-250, C-260; C-651; 2012: C-782
- 9 C-591/05, C-979/05, C-1154/05, C-1177/05, C-047/05, C-454/06, C-456/06, C-209/07, C-343/07, C-516/07, C-250/11, C-260/11, C-651/11, C-782/12 Y C-839/12
- 10 C-293/95, C-1149/01, C-228/02, C-805/02, C-875/02, C-04/03, C-783/03, 998/04
- 11 López Medina, Diego Eduardo. "El Derecho de los Jueces". Editorial legis, 2006. Segunda Edición. p. 168. "El punto arquimédico es simplemente una sentencia con la cual el investigador tratará de dar soluciones a las relaciones estructurales entre varias sentencias (...)
- 12 Artículo 101. Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente (Subrayas fuera del texto).
 En la sentencia se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida.
 Lo dispuesto en este artículo también se aplicará respecto de los títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente.
 Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos

ante otras autoridades, se pondrá en conocimiento la decisión de cancelación para que se tomen las medidas correspondientes”.

- 13 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.
- 14 M.P. Jaime Cordoba Triviño.
- 15 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- 16 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- 17 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- 18 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- 19 Corte Constitucional. Sentencia C-839 del 20 de noviembre de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretel.
- 20 López Medina, Diego Eduardo. Op.cit. P. 170
- 21 http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult..pdf, define las sentencias hito de la siguiente manera:

“Son aquéllas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre ratio y obiter, y otras técnicas análogas. Son, usualmente, sentencias ampliamente debatidas al interior de la Corte y es más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de magistrados disidentes (...)”
- 22 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.
- 23 M.P. Jaime Cordoba Triviño.
- 24 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- 25 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- 26 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- 27 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- 28 Sentencias de la Corte Constitucional C-025 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-536 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.
- 29 En esta sentencia se analizaron cargos contra los artículos 15 (parcial), 16 (parcial), 79, 177 (parcial), 274, 284, 285, 288 (parcial), 291, 306 (parcial), 308 (parcial), 327 (parcial), 337, 383 (parcial), 435, 436, y 455 de la Ley 906 de 2004. El pronunciamiento a que se hace referencia en esta oportunidad se relaciona con la exequibilidad condicionada del artículo 79 relativo a las condiciones de archivo de las diligencias.
- 30 En esta sentencia la Corte analizó cargos contra el artículo 69 (parcial) de la Ley 906 de 2004, sobre los requisitos de la denuncia, de la querrela y de la petición especial. En particular se analizó la constitucionalidad de la inadmisión de las denuncias sin fundamento.
- 31 En la sentencia C-799 de 2005, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 8° que consagra el derecho defensa del imputado a partir de que adquiriera tal condición, sin perjuicio del ejercicio de su derecho de defensa en la indagación e investigación anterior a la imputación.

- 32 Ibídem.
- 33 Sentencia de la Corte Constitucional C-260 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- 34 Artículo 397. “Interrogatorio por el juez. Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso” (subrayas fuera del texto).
- 35 Ratio decidendi sentencia C -260 de 2011
- 36 Sentencia C-651 del 6 de abril de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa
- 37 Artículo 442. “Petición de absolución perentoria. Terminada la práctica de las pruebas, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación, y el juez resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes” (subrayas y negrillas de los autores).
- 38 Sentencia de la Corte Constitucional. C-782 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- 39 Sentencia de la Corte Constitucional. C-782 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiteración en la Sentencia C-651 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa.
- 40 Sentencia de la Corte Constitucional. C-782 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. “En la medida en que la competencia atribuida al legislador para desarrollar la intervención de la víctima, está supeditada a la estructura del proceso acusatorio (investigación, imputación, acusación, juzgamiento, sentencia, incidente de reparación integral), su lógica propia y la proyección de la misma en cada etapa, la Corte ha señalado que en tanto el constituyente sólo precisó respecto de la etapa del juicio, sus características, enfatizando su carácter adversarial, rasgo que implica una confrontación entre acusado y acusador, debe entenderse que la posibilidad de actuación directa y separada de la víctima al margen del fiscal, es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio”.
- 41 López Medina, Diego Eduardo. Op.cit. P. 162
- 42 López Medina, Diego Eduardo. Op.cit. P. 164. “(...) sentencias fundadoras de línea. Estos son fallos usualmente proferidos en el periodo inicial de la actividad de la Corte (1991-1993), en los que se aprovecha sus primeras sentencias de tutela o de constitucionalidad para hacer genéricas y muy amplias interpretaciones de derecho (u otros institutos) constitucionales” (...) se apoyan en el vacío jurisprudencial existente en aquel entonces para consagrar visiones reformistas de la sociedad colombiana” (...) gran parte de esta sentencias, siguen siendo citadas y utilizadas, por la presentación amplia y sistemática que hace de principios constitucionales”.
- 43 López Medina, Diego Eduardo. Op.cit. P. 164. “(...) las sentencias hito consolidadoras de línea, son aquellas en las que la Corte trata

- de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional y en la que usualmente decanta un balance constitucional mas complejo que en un comienzo fue planteado por las sentencias fundadoras de línea. (...) Se trata, por tanto, de esfuerzos que de reconstrucción conceptual que hacen parte de un poder que tiene la Corte de "redefinir" la Ratio decidendi de fallos anteriores"
- 44 López Medina, Diego Eduardo. Op.cit. P. 165. (...) Se trata, por tanto, de esfuerzos que de reconstrucción conceptual que hacen parte de un poder que tiene la Corte de "redefinir" la Ratio decidendi de fallos anteriores"
- 45 En el caso del salvamento de voto del Magistrado, Jaime Araujo Rentería, al interior de la sentencia C-343 de 2007, es importante precisar que su graficación debajo de la sentencia, aun siendo un salvamento, lo que debería interpretarse como una posición contraria, obedece a que del estudio de las diferentes sentencias que analizaron la constitucionalidad de la intervención de la víctima en el juicio oral, se concluyó, que si bien en la posición del Magistrado disidente, se busca otorgarle a la víctima una igualdad amplia para intervenir de manera directa en el juicio oral en la construcción de los interrogatorios a los peritos y testigos participantes, no se puede olvidar que se ha mantenido la posición en la que se permite su participación como interviniente especial siempre por medio del Fiscal, quien es el titular del ejercicio de la acción penal de acuerdo con la cláusula general de competencia que al afecto consagra el artículo 250 de la C.N, razón por la que para el ejercicio propuesto, se considera que acorde con los planteamientos vertidos en las sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007, se respecta la igualdad de oportunidad de intervención de la víctima en dicha etapa procesal, considerando que dicho salvamento de voto, analiza entonces una posición amplia, que pretende la participación sin ningún tipo de restricción y con desconocimiento del principio de igualdad de armas.
- 46 Su intervención se canaliza por medio de la Fiscalía como dueño del ejercicio de la acción penal, constituyéndose en una intervención limitada en salvaguarda del principio de igualdad de armas para no romper el equilibrio procesal

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD vs. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Jhon Fredy Cardona Acevedo*
Olimpo Castaño Quintero**

INTRODUCCIÓN

La implementación del Sistema Penal Acusatorio y la introducción de figuras como el Principio de Oportunidad suscitó interrogantes desde su propia naturaleza, su posible contradicción con los derechos de las víctimas y sobre los efectos que genera su aplicación. El Principio de Oportunidad tiene su origen directo en el Acto Legislativo 03 de 2002, mediante el cual se reforma la Constitución Política de Colombia, específicamente en su artículo 250, facultando a la Fiscalía General de la Nación, como ente acusador, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, erigiéndose esta figura en una clara excepción al principio de legalidad en los casos expresamente definidos por el legislador. El desarrollo legal del mencionado principio se da a través de la Ley 906 de 2004, artículo 324, estableciendo, de manera taxativa, las causales que permiten su aplicación.

* Magister en Derecho Procesal y Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Juez Civil Del Circuito de Medellín.

** Magister en Derecho Procesal y Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia, Magistrado de Justicia y Paz.

La puesta en funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia, implicó la ruptura de grandes paradigmas, entre ellos la abolición de la casi totalidad de funciones jurisdiccionales en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, que en la mayoría de los casos ha de acudir ante los Jueces de Control de Garantías en la búsqueda de decisiones y autorizaciones que antes de 1991 adoptaba directamente, entre ellas la potestad de dar por terminado el proceso en cualquier momento, a través de las figuras jurídicas del inhibitorio o la preclusión de la instrucción, lo que denominaban los autores una forma «larvada» de aplicación del Principio de Oportunidad; situación que cambió radicalmente, por cuanto ahora dichas determinaciones requieren la necesaria intervención de un juez con función de control de garantías.

Este mecanismo, que tiene gran aplicación en otras latitudes, se incorpora a nuestra legislación Colombiana como una forma más de descongestionar el sistema, buscando con ello que no todos los casos lleguen a juicio, para evitar de ese modo que el sistema judicial colapse.

En palabras del doctrinante Oscar Julián Guerrero Peralta, se trata de una figura adaptada del Sistema Americano en el que el Fiscal goza de una cierta discrecionalidad para sustraerse de la acusación, por razones tales como la causa probable, la insuficiencia de la prueba o la victimización innecesaria del ofendido. La gran diferencia con la fórmula adoptada por el Legislador Colombiano la constituye en que se acude para su aplicación al Principio de Legalidad y no a criterios de conveniencia como ocurre en Estados Unidos¹.

De acuerdo a investigaciones realizadas tenemos que mientras en Colombia solamente el 1.6% de las investigaciones terminan anualmente por aplicación

del Principio de Oportunidad, en países como Chile el 60% de las causas penales salen por aplicación del mencionado Principio². Dentro de las discusiones que agotaron el Congreso Colombiano, de cara a la instauración del Principio de Oportunidad, se advertía sobre el posible desconocimiento del Principio de Legalidad, bajo el argumento de que toda conducta que tuviera las características de punible debería ser investigada; pero luego de reconocer la incapacidad e imposibilidad del Estado de investigar y llevar hasta juicio la totalidad de los delitos, acudió a la Teoría Alemana que flexibiliza la aplicación rígida del Principio de Legalidad, para dar paso a la aplicación de figuras como el Principio de Oportunidad³.

En nuestro sistema, para la aplicación del Principio de Oportunidad, por tratarse de un sistema estrictamente reglado, deben cumplirse con rigor los distintos requisitos establecidos en la Constitución y la ley, manteniendo a salvo los derechos a la reparación integral de las víctimas, bajo la triple dimensión de sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

Bajo esta perspectiva asumimos el estudio del Principio de Oportunidad, acudiendo a los precedentes jurisprudenciales, toda vez que ha sido la Corte Constitucional, a través de 17 fallos de constitucionalidad, la que ha desarrollado técnicamente su aplicación y vigencia, pues como ya se indicó su utilización por parte de la Fiscalía ha sido mínima, pronunciamientos que en gran medida fueron recogidos por el Legislador a partir de la expedición de la Ley 1312 de 2009, norma que sometida al control de constitucionalidad fue declarada inexecutable en su artículo 2º numeral 17, a través de la Sentencia C-936 del 23 de noviembre de 2010⁴, al considerarse precisamente que no garantizaba los anunciados derechos de las víctimas; por estas razones esta sentencia se erigirá en nuestra sentencia

arquimédica, no obstante posterior a esta se hubiesen expedido tres sentencias. C-250 del 2011, C-715 y C-782 del 2012. Además porque se trata de una decisión confirmadora de principios y que tiene como antecedente lo manifestado en las sentencias que se estudiarán más adelante.

Bajo esta estructura, surge entonces la siguiente pregunta: ¿La aplicación del Principio de Oportunidad en el Sistema Penal Colombiano respeta los derechos de las víctimas?

Pregunta que se responderá afirmativamente a partir del análisis de las citadas sentencias, pronunciamientos que por ser de constitucionalidad tienen toda la fuerza vinculante no solo por su naturaleza sino también por su carácter de precedente judicial.

1. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS IMPORTANTES SELECCIONADAS

1.1 Sentencias de la Corte Constitucional

Para iniciar nuestro estudio conveniente resulta precisar que el Principio de Oportunidad tiene su origen en nuestra legislación a partir de la entrada en vigencia de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004 Código de Procedimiento Penal, que introdujo el nuevo Sistema Penal Acusatorio, con su gran tendencia dispositiva, a diferencia de los anteriores códigos de procedimiento penal que consagraban una tendencia mixta con mayor énfasis en los sistemas inquisitivos.

En la medida en que iba entrando a operar el Sistema Penal Acusatorio, se dio inicio a una escalada de demandas de inconstitucionalidad contra las distintas disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Penal, que finalmente, en su gran mayoría, han

recibido el aval de la Corte Constitucional al hallarlas ajustadas a la Carta Política.

- Sentencia C-782 del 10 de octubre de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Demandante: Luis Daniel Mantilla Arango. Expediente: D-9041.

La Corte declara exequible, el artículo 90 de la ley 906 de 2004 en forma condicionada, en el entendido que también la víctima podrá solicitar en la audiencia de que trata la norma, la adición de la sentencia o de la decisión con efectos equivalentes, que omita un pronunciamiento definitivo sobre bienes afectados con fines de comiso, con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento.

Consideró el Órgano de cierre en lo Constitucional que al no existir una justificación objetiva y razonable para dar a la víctima un tratamiento distinto al establecido respecto de los otros sujetos procesales, su exclusión como sujeto legitimado para solicitar la adición de la sentencia o la decisión con efectos equivalentes entre estos la aplicación del Principio de Oportunidad de acuerdo a los artículo 327 y 329 del C. de P. Penal, con el fin de provocar un pronunciamiento definitivo sobre los bienes incautados con fines de comiso, se torna discriminatoria y lesiva de sus derechos de Acceso igualitario a la Justicia, a la vez, menoscaba el derecho a obtener la reparación integral.

La Corte Constitucional discurre y concluye lo siguiente:

La norma que excluye a la víctima de los actores procesales autorizados para solicitar la adición de la sentencia o la decisión equivalente, con miras a que se produzca un pronunciamiento definitivo sobre los bienes incautados con fines de comiso, entraña una

omisión legislativa relativa, como quiera que dicha exclusión se produce frente a un sujeto que se encuentra en una posición jurídica asimilable a aquellos que si fueron considerados, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable, derivando dicho trato en discriminatorio respecto de la víctima, lo cual se proyecta en un desmedro de la garantía de acceso pleno y efectivo a la justicia, en procura de una reparación integral del daño inferido con el delito.

- Sentencia C-715 del 13 de septiembre de 2012. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva. Demandantes: Gustavo Gallón Giraldo y otros. Expediente D-8963.

Se pronuncia la Corte Constitucional sobre varios de los artículos relacionados en la ley 1448 de 2011. Allí se dictaminan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se pronuncian otras disposiciones.

Por su parte el artículo 120 inciso 3 en lo atinente al régimen penal aplicable, indica que: «quienes acudan al proceso y confiesen la ilegalidad de los títulos o el despojo de las tierras o de los derechos reclamados en el proceso se harán beneficiarios al Principio de Oportunidad previsto en el Código de Procedimiento Penal»(subrayas de los autores). Se plantea que dicho aparte de la norma es violatorio de los derechos de las víctimas a la restitución y a la reparación integral, a la verdad y a la justicia.

Establece la Corte Constitucional, que le asiste razón a los demandantes sobre la inconstitucionalidad de la citada norma, por cuanto que, las causales de aplicación del Principio de Oportunidad que contempla el artículo 120 de la ley 1448 de 2011, desborda los límites constitucionales impuestos al legislador por los derechos de las víctimas a la verdad, a la

justicia y a la reparación. Concluye que el inciso 3 del artículo 120 es inconstitucional, puesto que (1) vulnera el orden justo, los derechos de las víctimas, y desconoce el deber del Estado de investigar y juzgar las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario;(2) quebranta los límites constitucionales previstos para la aplicación del Principio de Oportunidad; y (3) no excluye de su aplicación graves violaciones de derechos humanos.

De otro lado afirma que, frente al Principio de Legalidad, la norma no designa taxativamente los delitos respecto de los cuales procedería la aplicación del Principio de Oportunidad, indicando que el legislador debió precisar el tipo penal, con el fin de excluir el riesgo de que conductas respecto de las cuales existe prohibición expresa de renuncia a la investigación, queden amparadas bajo una causal del Principio de Oportunidad, en clara contravía de la Constitución, de la Jurisprudencia constitucional y de los estándares internacionales en la materia.

Al final concluye la Corte que la causal contenida en el artículo 120 Inciso 3 de la ley 1448 de 2011, para la aplicación del Principio de Oportunidad, es contraria a los artículo 1y 93 de la Constitución, así como a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, como quiera que vulnera el orden justo, se renuncia al deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves delitos, se viola el principio de Legalidad y no se excluyen de su aplicación graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, por estas razones declara su inexecutableidad.

Respecto de la sentencia, se presenta un Salvamento de Voto que tiene que ver especialmente con la declaración de Inexecutableidad del inciso 3 del

artículo 120 de la ley 1448 de 2011, por parte del Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, indicando que solamente se debió haber declarado inexecutable la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad al despojo de tierras y a infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio. En el resto de los casos, el legislador previó que el Principio de Oportunidad se convirtiera en una herramienta fundamental de política criminal, para esclarecer la verdad sobre la titularidad de las tierras en relación con personas que confiesen la ilegalidad de los títulos o de los derechos reclamados en el proceso.

Por su parte el Magistrado, Mauricio González Cuervo, se permite salvar su voto, indicando que, la aplicación del Principio de oportunidad, (inciso 3 del artículo 120 de la ley 1448 de 2011), esta constitucionalizada para aquellas personas que confiesen la ilegalidad de los títulos relativos a tierras despojadas- no para miembros de grupos armados organizados como ilegales- con arreglo a la constitución y la ley, no viola el artículo 230 de la ley Fundamental ni estándar internacional alguno del marco de la justicia transicional, por el contrario es un instrumento que fue diseñado para la reparación efectiva de las víctimas y de contribución a la verdad.

- Sentencia C-250 del 06 de abril de 2011. M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo. Demandantes: Mauricio Pava Lugo y Juan José Cantillo Pushaina. Expedientes D-8231, D-8232 y D-8240 acumulados.

Se demanda la inconstitucionalidad del artículo 100 de la ley 1395 de 2010 por vulneración de los artículos 2, 228, y 229 de la Constitución política y el bloque de constitucionalidad, toda vez que dispone la participación en audiencia de juicio del fiscal y la

defensa previo a la decisión de individualización de la pena; omitiendo tal norma la participación de la víctima, para ser oída en igualdad de condiciones que la fiscalía y la defensa, con menoscabo de sus derechos. Se indica que con esta omisión de inclusión de la víctima para ser oída se genera un trato diferenciado, vulnerando el derecho a la igualdad, el acceso a la justicia y el derecho de defensa.

La Corte en el examen concreto de omisión legislativa relativa, indica que, la víctima es un sujeto que merece especial consideración en el conflicto penal y elevó los intereses de la misma a rango constitucional, constituyéndose en factor determinante de los fines del proceso penal, coherentes con los paradigmas de procuración de justicia provenientes del derecho internacional.

Concluye la Corte que el artículo 250 numeral 7 de la Constitución Política establece que corresponde al legislador fijar los términos de intervención de las víctimas dentro del proceso penal, razón por la cual la omisión aludida entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una verdadera «intervención» de la víctima en el proceso penal, particularmente en el etapa de individualización de penal y sentencia, en concordancia con los artículos 29 y 229 de la misma.

Por esta razón la corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 100 de la ley 1395 de 2010, bajo el entendido de que el Juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra a la víctima o su representante, para que se refiera a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del acusado, y si lo considera conveniente, a la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de

algún subrogado, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.

- Sentencia C-936 del 23 de noviembre de 2010. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva. Demandantes: Rafael Barrios Mendivil, Dora Lucy Arias Giraldo y Linda María Cabrera Cifuentes. Expediente D-8131.

Por mayoría simple, cinco votos contra cuatro, decidió la Corte Constitucional, declarar inexecutable el numeral 17 del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009 «Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad». Mientras que por unanimidad declaró executable el parágrafo 3º del artículo 2º de la misma Ley, en el entendido de que también comprende graves violaciones a los derechos humanos.

Analizó la sala mayoritaria, luego de que fuera derrotada la ponencia presentada por el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, los rasgos fundamentales que corresponden al Principio de Oportunidad de carácter reglado, concluyéndose que en este caso se vulneraban los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, en la medida en que se renuncia al deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario; pero además la causal de aplicación del principio de oportunidad era confusa, ambigua y equívoca lo que impediría un efectivo control por parte del Juez de Control de Garantías.

Como punto fundamental, y contrariando el alcance de su sentencia C-370/06, a través de la cual había declarado executable, casi en su totalidad, la Ley 975 del 25 de julio de 2005⁵, desechó la aplicación de la metodología de la ponderación entre la justicia y la

paz, al considerar que en este evento la norma no era el producto de un acuerdo nacional para la búsqueda de la paz, y por el contrario el legislador desarrolló la causal del principio de oportunidad dentro del marco de la política criminal del Estado, premisa que guió el estudio de la constitucionalidad de la norma que finalmente terminó con su declaratoria de inexecutable.

Al efecto, fue tajante al sostener:

18. En suma, los antecedentes legislativos de la Ley 1312 de 2009, son prolíficos en referencias en el sentido que la reforma que introduce se inserta en el marco de la política criminal del Estado. Por esta razón el instrumento forma parte del Código de Procedimiento Penal ordinario, y como tal tiene vocación de permanencia. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, la normatividad penal, es en efecto, una expresión de política criminal del Estado, y como tal debe respetar en su formulación los contenidos materiales de la Constitución, en particular los derechos y la dignidad de las personas.

19. Esta claridad reviste relevancia, para establecer el marco en el que se desenvolverá el análisis de la Corte. Aunque algunos de los intervinientes hacen referencia a un marco de justicia transicional, es claro que la Ley 1312 de 2009, no es el producto directo de un acuerdo nacional para la búsqueda de la paz, que parta del reconocimiento de la existencia de una situación de violación masiva de derechos humanos y de la necesidad de poner fin a la impunidad. No resulta, en consecuencia, aplicable en esta oportunidad la metodología de la ponderación entre la justicia y la paz, a la cual ha acudido la Corte en otras oportunidades⁶. El marco, propuesto por el propio legislador, es el de la política criminal ordinaria del Estado, y en ese ámbito se ubicará el análisis de constitucionalidad (negritas fuera del texto).

Contra la tesis mayoritaria se alzaron cuatro Magistrados de los nueve que componen la Sala

Plena del alto tribunal, a saber los doctores Humberto Antonio Sierra Porto, Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Para el momento solo se conocen las razones expuestas por los dos primeros, pues los restantes aún no habían radicado sus disidencias. En esencia los motivos que los llevaron a separarse de la posición mayoritaria pueden resumirse así:

Para el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, se debió declarar la exequibilidad de la norma, bajo el entendido de que hace parte de una norma dentro del marco de la justicia transicional y que busca la reinserción a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley y la consolidación de una paz duradera.

Contrario a lo que decidieron la mayoría, estima que la norma no era ambigua ni oscura ni mucho menos contenía una especie de indulto o amnistía disfrazados. Tampoco puede afirmarse que el delito de concierto para delinquir sea un delito de lesa humanidad.

Por su parte, el doctor Mauricio González Cuervo, es del criterio de que la norma ha debido declararse exequible bajo el esquema de la justicia transicional, tal como se aplicó al estudiar la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 Ley de Justicia y Paz (C-370/06).

Bajo ninguna óptica puede afirmarse, como lo predicen la mayoría, que el delito de concierto para delinquir sea un crimen de lesa humanidad, salvo el que se configura con fines de cometer genocidio. La norma tampoco contenía expresiones ambiguas o equívocas.

Esta será entonces la sentencia que servirá de punto de partida (Arquimédica) y a partir de ella se construirá la «telaraña» y se fijarán los puntos nodales en relación con las restantes trece sentencias de constitucionalidad que hasta el momento ha pronunciado la Corte Constitucional en torno al Principio de Oportunidad, pues todas ellas hacen alusión a su definición, estructura, presupuestos, requisitos para su aplicación, y muy especialmente, condicionan su constitucionalidad a la inviolabilidad de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

- Sentencia C-738 del 23 de julio de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Demandante: Orlando Díaz Niño. Expediente: D-7003.

La Corte declara exequible el numeral 3 del artículo 199 y se inhibe de emitir pronunciamiento de fondo respecto de los numerales 7 y 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 «Código de la Infancia y Adolescencia».

Consideró la Corte que no procede la extinción de la acción penal en aplicación del Principio de Oportunidad previsto en el artículo 324 numeral 8 de la Ley 906 de 2004 en los casos de reparación integral de los perjuicios y la no procedencia de las rebajas de pena con base en preacuerdos y negociaciones entre fiscalía y el imputado o acusado, cuando la víctima del delito sea un menor de edad. En la sentencia la Corte destaca la prevalencia que tienen los derechos de los niños, así como el desarrollo del principio del interés superior del menor.

Como argumento central de su decisión, así discurrió la Corte Constitucional:

El Principio de Oportunidad está diseñado para descongestionar la administración de justicia de

ilícitos que afectan levemente el orden social, pues por sus repercusiones en la comunidad pueden ser no sancionados sin grave detrimento del orden justo. No obstante, es más que evidente que la norma acusada no se refiere a conductas ilegales de menor repercusión, sino, precisamente a comportamientos que, por ser cometidos además en la modalidad dolosa, hieren especialmente la sensibilidad colectiva, se trata de conductas que vulneran la vida, la integridad personal y sexual y la libertad de los niños, por lo que resulta razonable y justificado que el Estado persista en su decisión de sancionar a los agresores (subrayas fuera del texto).

- Sentencia C-095 del 14 de febrero de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Demandantes: Carlos Enrique Campillo Parra y Gustavo Gallón Giraldo. Expedientes: D-6341 y D-6350 acumulados.

La Corte declara exequibles los numerales 4, 5, 6, 9, 11 y 12 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y la siguiente expresión del párrafo primero «en los casos previstos en los numerales 15» e inexecutable la expresión «de acuerdo con lo dispuesto en el estatuto de Roma» del párrafo tercero del mismo artículo.

Al efecto planteó que:

El legislador tiene amplia facultad de configuración a la hora de diseñar las causales de aplicación del Principio de Oportunidad, pero eso si debe guardar respeto por la racionalidad, por la dignidad humana, y en especial debe guardar respeto por los compromisos internacionales de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, además que la aplicación del Principio de Oportunidad no implica el desconocimiento de los derechos de las víctimas (subrayas de los autores).

De otro lado sostiene que la instauración de las causales del Principio de Oportunidad obedece a un

fenómeno social conocido como «la imposibilidad fáctica de la justicia penal para satisfacer las exigencias de la aplicación irrestricta del principio de legalidad.» Se deja entrever que existe una incapacidad judicial para conocer, investigar y acusar todos los hechos que constituyen delito.

Destaca las características del Principio de oportunidad, señalando que es una figura jurídica de aplicación excepcional, dentro del marco de la política criminal del Estado, se exige su control por parte del juez de garantías y que no implica un desconocimiento de los derechos de las víctimas.

- Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandante: Leonardo Efraín Cerón Eraso. Expediente: D-3696.

La Corte Constitucional luego de analizar y estudiar la demanda dirigida contra varias disposiciones de la Ley 906 de 2004, confirió la razón al demandante, quien consideraba que era inconstitucional que las víctimas y sus representantes carecieran del derecho a impugnar la decisión adoptada por el Juez con Funciones de Control de Garantías, que avalaba la aplicación del Principio de Oportunidad.

Además de que tales disposiciones generaban un trato discriminatorio, hacían nugatorios, de manera injustificada, los derechos de las víctimas y los perjudicados a la verdad, justicia y reparación.

Analizó la Corte Constitucional el papel de las víctimas del delito y a la vez ordena su protección sin que esto signifique afectación a la estructura procesal del sistema. La sentencia se vuelve incluyente en lo que tiene que ver con el tema de las víctimas y plantea que con la intervención de éstas en varias etapas del

proceso no se vulnera el principio de la igualdad de armas, eso sí excepcionando la etapa del juicio, ya que allí la víctima se encontrará representada por la Fiscalía.

- Sentencia C-210 del 21 de marzo de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Demandante: Guillermo Otálora Lozano. Expediente: D-6405.

Se demanda la inexecutableidad de varias normas de la Ley 906 de 2004 en especial el artículo 327 en su inciso 2º en lo que tiene que ver con el control judicial de la aplicación del Principio de Oportunidad «dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir, la prueba aducida para sustentar la decisión, el juez resolverá de plano y contra ésta determinación no procede recurso alguno».

Allí la Corte Constitucional, se inhibió, por considerar que se dio un entendimiento literal y errado de la norma y dice que:

En efecto la expresión acusada únicamente contempla la posibilidad de que la víctima y el Ministerio Público controvierta las pruebas aducidas por la Fiscalía, para sustentar la aplicación del Principio de Oportunidad, sin embargo, esa regla no quiere decir que aquellos no puedan referirse a los fundamentos jurídicos en que se apoya la Fiscalía, pues resulta evidente que en este asunto, no se debate la existencia de un situación fáctica aislada del caso que se pretende resolver, sino de controvertir hechos jurídicamente relevantes (subrayas añadidas).

De ahí entonces, que la facultad legal de contradecir las pruebas traídas por la Fiscalía General de la Nación para aplicar el Principio de Oportunidad inmediatamente suponga la autorización para

analizar los elementos de derecho estructurales en la controversia de la prueba.

- Sentencia C-342 del 9 de mayo de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Demandantes: Nazly Niyereth Burgos Patiño y Ana Milena Enrique Arismendi. Expediente: D-6486.

Se demanda la inexecutable parcial del artículo 327 de la Ley 906 del 2004, en lo que tiene que ver con el aparte «y contra esta determinación no procede recurso alguno», las demandantes consideran que esta negativa de acceder a la segunda instancia vulnera el derecho al libre acceso a la administración de justicia.

La Corte Constitucional remite a la sentencia C-209 de 2007, en donde se había realizado un análisis de la norma en comento y dicho aparte fue declarado inexecutable. Sostuvo:

Que la decisión mediante la cual el juez de garantías controla la aplicación del Principio de Oportunidad tiene gran relevancia que, por lo mismo, no se puede privar a las víctimas, ni aún al fiscal, de la posibilidad de impugnarla para garantizar así un mayor control y que impedir la impugnación resulta incompatible con la carta, sobre todo tratándose de una decisión capaz de afectar los derechos de las víctimas (subrayas fuera del texto).

- Sentencia C-575 del 25 de julio de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Demandantes: María Helena Ruiz de Ospina y otros. Expediente: D-5994.

Se analiza la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 denominada Ley de Justicia y Paz, destacándose en el desarrollo de toda la sentencia el derecho que tienen las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, como también la posibilidad que tienen de intervenir en todas las etapas, el aporte de

pruebas y que ésta no se conforme solamente como una simple pretensión indemnizatoria. Señala eso sí que las víctimas deben tener en todo momento un recurso judicial efectivo (La subregla indicada resulta confirmatorio de lo dichos en la sentencia C-1154 de 2005).

De otro lado se refiere al tema del archivo de las diligencias contemplado en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, expresando que éste no es una preclusión y mucho menos una aplicación del Principio de Oportunidad, por cuanto no se tiene como una renuncia, interrupción o suspensión de la acción penal.

Finalmente establece que el archivo de las diligencias no reviste el carácter de cosa juzgada y que por lo tanto la investigación se puede reanudar.

Declara la exequibilidad de varias normas y otras en forma condicionada, limitándose la inexecutable a la expresión «obtenidos ilícitamente» contenida en el artículo 44 Numeral 45.1 de la Ley 975 de 2005.

- Sentencia C-648 del 9 de agosto de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandante: Darío Garzón Garzón. Expediente: D-5958.

Se declara la exequibilidad del párrafo 3 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, que dice que en ningún caso la Fiscalía General de la Nación podrá hacer uso del Principio de Oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones al derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo al Estatuto de Roma y delitos de narcotráfico y terrorismo.

Consideró la corte que:

En el parágrafo 3 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 se respetaron los principios de identidad y consecutividad ya que si bien el tema fue incluido en el cuarto debate, su contenido material y la -prohibición de aplicar el Principio de Oportunidad respecto de ciertos delitos que se consideran de especial gravedad- guarda conexidad temática directa con el contenido de las demás disposiciones del artículo 324.

- Sentencia C-988 del 29 de noviembre de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Demandantes: Jorge Fernando Perdomo Torres y otros. Expediente: D-6207.

A través de este fallo la Corte Constitucional decide la exequibilidad del numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, manifestando que «con la expedición del numeral 10 del artículo 324 de la ley 906 de 2004 acusado, el legislador no desbordó la potestad de configuración y específicamente no vulneró el principio de moralidad por cuanto que para la protección de dicho principio el legislador no se encuentra obligado a acudir necesariamente a la acción penal para sancionar su inobservancia».

De otro lado dice que «la aplicación del Principio de Oportunidad se puede dar cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinaria» (subrayas añadidas).

De ahí entonces que el llamado sea a que el derecho penal se tenga como última ratio, ya que son variados los instrumentos encaminados a reprimir el incumplimiento al principio de moralidad.

- Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Demandante: Stella Blanca Ortega Rodríguez. Expediente: D-5415.

Si bien la sentencia de la referencia no tenía por objeto el estudio de las normas que consagraban y regulaban la aplicación del Principio de Oportunidad, la misma se profiere dentro del contexto de una demanda que buscaba la declaratoria de múltiples disposiciones del recién creado Sistema Penal Acusatorio, contenido en la Ley 906 del 31 de agosto de 2004.

No obstante, al erigirse en el primer pronunciamiento de constitucionalidad que hace alusión a la figura del Principio de Oportunidad, resulta conveniente tenerla en cuenta a los efectos de esta línea jurisprudencial, por cuanto se convierte en el punto de partida a través del cual la Corte Constitucional inicia la delimitación del concepto, siendo citada en posteriores decisiones, incluida la sentencia C-936 de 2010, nuestra sentencia arquimédica, lo que a toda luces denota la vigencia de sus iniciales conclusiones.

En lo que hace relación al Principio de Oportunidad y la figura del Juez de Control de Garantías, se precisó que era de su competencia exclusiva ejercer control sobre la aplicación del Principio de Oportunidad por parte de la Fiscalía, entidad que bajo el nuevo Sistema Procesal Penal, perdía toda facultad autónoma de disposición sobre el ejercicio de la acción penal.

Fue enfática en señalar que su aplicación debía ser restrictiva y excepcional al constituirse en una excepción al Principio de Legalidad, y por tanto la Fiscalía, en lo sucesivo, no podría suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos previstos para la aplicación del Principio de oportunidad, el cual

necesariamente deberá regularse en el marco de la política criminal del Estado Colombiano y solo operará una vez reciba convalidación o aprobación posterior por un Juez de Control de Garantías.

- Sentencia C-673 del 30 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Demandante: Diego Fernando Forero González. Expediente D-5452.

Sentencia a través de la cual la Corte Constitucional declara la inexecutable del numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

Considerando que: «el legislador no reguló con la necesaria precisión y exactitud el ejercicio de esta facultad discrecional con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal en el marco de la política criminal del Estado, vulnerándose de esta manera el artículo 250 de la Constitución Política» (subrayas de los autores).

A su vez deja entrever que la norma en comento es ambigua, indeterminada y oscura, que en un momento determinado puede dar lugar a valoraciones meramente subjetivas en el operador jurídico, sea Fiscal o Juez de Control de Garantías, impidiéndose de esta forma el control pretendido por el legislador en el sentido de tener un Principio de Oportunidad reglado, dando lugar a que se «desvirtúe uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho, cual es la inexistencia de potestades discrecionales inmunes al control judicial».

- Sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Demandantes: Rodrigo Paz Mahecha y otros. Expediente: D-5590.

Se solicita por parte de los actores la declaratoria de inexecutable del aparte del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, que dice que «siempre que con esta extinga la acción penal», al igual que el artículo 330 donde se autoriza a la Fiscalía General de la Nación para que expida un reglamento para la aplicación del Principio de Oportunidad de acuerdo a la constitución y la ley, además de que a través del citado reglamento se de cumplimiento al plan de política criminal del Estado.

Para estudiar cada uno de los cargos se permite hacer un análisis de los rasgos fundamentales que corresponden al Principio de Oportunidad de carácter reglado, y afirma que:

1. Es una figura de carácter excepcional.
2. Las causales de aplicación son establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca.
3. Debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado.
4. Su ejercicio está sometido al control del juez de garantías.

De ahí entonces, que el Principio de Oportunidad se tenga como un pleno desarrollo de lo que es el Principio de legalidad por cuanto que el mismo es un Principio de Oportunidad Reglado.

La Corte Constitucional declara inexecutable el aparte «siempre que con esta extinga la acción penal.» del artículo 327 quedando el control de legalidad impuesto para todos los eventos y siendo éste ejercido por el Juez de Control de Garantías. Respecto del artículo 330 lo declara executable, dado que con la expedición del reglamento para la aplicación del Principio de Oportunidad en cabeza de la Fiscalía no se lesiona ni la Constitución ni la ley.

- Sentencia C-984 del 26 de septiembre de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Demandante: José Manuel Díaz Soto. Expediente: D-5668.

Se demanda parcialmente el artículo 327 de la Ley 906 de 2.004 así:

Artículo 327 «siempre que con esta extinga la acción penal.»

Consideró quien demanda que la expresión en subrayas es una violación del artículo 250 de la Constitución Nacional, sostiene que la aplicación de dicho principio estará sometido al control de legalidad por parte del juez sin importar si se extingue o simplemente se suspende la acción penal.

Al respecto argumentó la Corte Constitucional, que este tema había sido objeto de decisión en la sentencia C-979 de 2005.

Consagra así la Constitución lo que doctrinariamente se ha denominado el Principio de Oportunidad reglada, conforme al cual, dado el carácter obligatorio del ejercicio de la acción penal, la Fiscalía puede prescindir de su ejercicio únicamente en los casos establecidos en la ley, concibiéndose así la oportunidad como excepción al ejercicio obligatorio de la acción penal. Conforme a esta concepción el Principio de Oportunidad constituye un evidente desarrollo del Principio de Legalidad, pues la decisión de interrumpir, suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal debe producirse dentro de los marcos impuestos por la Constitución y la Ley.

- Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Demandantes: Edilberto Álvarez Guerrero y

Alfonso Daza González. Expedientes: D-5705 y D-5712.

Se solicita la declaratoria de inexecutable del artículo 327 parcial del Código de Procedimiento Penal en lo que tiene que ver con los apartes «podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la nación para sustentar la decisión» y «solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad». En estos apartes se declara inhibida la Corte por ineptitud sustantiva de la demanda ya que dichos apartes no constituyen descubrimiento total de pruebas por parte de la Fiscalía ni la práctica de una prueba, sino la necesidad de que existan elementos materiales probatorios para que proceda la aplicación del Principio de Oportunidad.

De otro lado, al tratar el tema del archivo de las diligencias, artículo 79 de la Ley 906 de 2004, sostiene: «el archivo de la diligencias no es un caso de suspensión, ni interrupción o renuncia puesto que se deben de dar unos presupuestos mínimos que indiquen la existencia del delito además que el archivo de las diligencias no está sujeto al control del Juez de Garantías» (subrayas añadidas).

Al esta altura bien podemos afirmar que el Principio de Oportunidad, entendido como un mecanismo adecuado y necesario para descongestionar el sistema penal colombiano y/o racionalizar el uso desmedido del derecho penal en la resolución de conflictos, fue bien recibido por la Corte Constitucional, quien a través de las sentencias de constitucionalidad que analizamos lo fue moldeando y delimitando, hasta el punto que hoy en día podemos sostener que se cuenta con un Principio de Oportunidad sólido y bien estructurado, que en todos los eventos debe girar en torno a los derechos de las víctimas, pues solo

resulta procedente y aplicable en los casos en que se garanticen los derechos de aquellas a la verdad, justicia y reparación integral.

La línea jurisprudencia hasta ahora desarrollada por el Alto Tribunal Constitucional resulta armónica y balanceada, identificándose en la totalidad de sus pronunciamientos los siguientes elementos esenciales que dan cuerpo y sustento al Principio de Oportunidad, límites que en todo caso deben ser respetados por el Legislador, no obstante su amplió margen de configuración legislativa; es una figura de aplicación excepcional; Las causales de aplicación del Principio de Oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; su aplicación debe hacerse dentro del marco de la política criminal del Estado; su aplicación y ejercicio debe estar sometido siempre al control de legalidad por parte de los Jueces de Control de Garantías; su regulación debe ser compatible con el respeto a los derechos de las víctimas.

Por no cumplirse precisamente con algunos de estos postulados, la Corte Constitucional, de manera mayoritaria, declaró inexecutable, a través de la sentencia que hemos tomado como arquimédica, la totalidad del numeral 17 del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009, que en términos generales buscaba darle una solución a la situación jurídica de miles de desmovilizados de la autodefensas unidas de Colombia, que en su condición de militantes rasos, solo habían incurrido en el delito de Concierto para Delinquir Agravado y sus conexos de Utilización ilegal de uniformes e insignias y Porte ilegal de armas y municiones.

Con el propósito de identificar el tipo de citas que hace la Corte Constitucional en las providencias analizadas, acudiremos a las enseñanzas que al

respecto ha desarrollado el doctor Diego Eduardo López, en su libro «El Derecho de los Jueces».

El tema guarda relación directa con la fuerza vinculante de los precedentes, esto es de las sentencias de la Corte Constitucional a partir de la Constitución de 1991.

Se dice que una cita jurisprudencial es analógica cuando en un fallo reciente se cita la ratio decidendi de una sentencia anterior como norma jurídica aplicable al caso que se resuelve, fundamento de ello es que los hechos del caso anterior y los del presente, son similares. Este tipo de cita se hace cuando es suficientemente claro que el caso análogo fallado tiene clara «fuerza gravitacional» sobre el nuevo caso⁷.

La Corte Constitucional, para el tema que tiene que ver con el Principio de Oportunidad y los derechos de las víctimas ha utilizado citas técnicas, ya que existe en todas sus sentencias una cercanía fáctica, en ellas se pregonan la protección del derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral, derechos que se garantizan especialmente a través de su participación en todas las etapas del proceso penal, bien sea de manera directa o por intermedio de la Fiscalía.

El Órgano que salvaguarda la Constitución ha decantado con suficiencia las garantías que les asisten a las víctimas, de contera, sus decisiones van encaminadas en el mismo sentido, reiterando las decisiones tomadas para casos anteriores, reafirmando su posición frente al problema jurídico que se aborda.

En este orden de ideas podemos tomar como sentencias esenciales o hitos la C-673 de 2005 y la C-095 de 2007, al erigirse en las más citadas, es decir

que la doctrina constitucional en torno al Principio de Oportunidad ha sido consistente y reiterativa a lo largo de la aplicación y vigencia de este principio, compartiendo además la característica de sentencias fundacionales.

En esencia, las providencias de constitucionalidad emitidas con posterioridad a la C-673 de 2005, en lo que toca con el Principio de Oportunidad, se constituyen en sentencias confirmadoras y poco innovadoras, no son más que aplicaciones a un caso nuevo del principio o ratio ya decidido.

1.2 Sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Si bien nuestra línea jurisprudencial se refiere a las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional que han delineado y estructurado el Principio de Oportunidad, consideramos importante relacionar y analizar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que han tratado este principio.

En nuestro rastreo solo encontramos cuatro sentencias importantes, a saber:

- Proceso 29.183. M. P. José Leónidas Bustos Martínez. 18 de noviembre de 2008.

En esta ocasión dijo nuestro máximo tribunal de casación, lo siguiente:

Consultadas las actas correspondientes, se observa que el propósito del constituyente era dar a la Fiscalía la posibilidad de desbrozarse de la cantidad de asuntos menores que desgastaban su actividad, para que pudiera concentrarse en lo que verdaderamente ponía en peligro nuestra convivencia y por ello se concibió, entre otros mecanismos, el del principio de oportunidad.

«Este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos protegidos por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema.

La filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta.»⁸

Vemos pues que el sistema penal acusatorio y en especial el Principio de Oportunidad clama por hacer más eficiente la administración de justicia en lo penal, descongestionándola del alto índice de criminalidad de poca significancia.

Por su parte llama la atención la forma en que la corte exhorta a los funcionarios judiciales, en especial a los de la Fiscalía General de la Nación, para hacer operante el principio de oportunidad, pues de la mano de la conciliación, la mediación se posibilitará la aplicación de una justicia mejor.

- Proceso 27.339. M.P. María del Rosario González de Lemos y Jorge Luís Quintero Milanés. 18 de marzo de 2009.

Se resuelve la solicitud de la defensa consistente en que se decrete la extinción de la acción penal o en su defecto que se de aplicación al artículo 324 de la Ley 906 de 2004, numeral 14, o inclusive el 8, por la reparación integral que hizo su defendida excongresista al realizar el pago del vuelo que hizo en un avión de la FAC, con fines netamente personales.

Sobre el asunto la Corte Suprema de Justicia consideró, en contravía de la interpretación de la Corte Constitucional,⁹ que el Principio de Oportunidad

también puede aplicarse en delitos que atenten contra el bien jurídico de la Administración de Pública, no obstante que de por medio se encuentre también el Principio de Moralidad que debe gobernar la actuación de los funcionarios públicos. También sirvió de argumento la circunstancia de que los hechos ocurrieron en vigencia de la Ley 600 de 2000, sistema que no contemplaba la aplicación del Principio de Oportunidad.

- Proceso 31.362. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. 13 de mayo de 2009.

A partir del equiparamiento entre los principios de insignificancia y de resultado, manifestó la Corte Suprema de Justicia los argumentos de la doctrina en el sentido de que «las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de tipicidad objetiva».

Respecto del caso estudiado la Corte Suprema de Justicia, así discurrió:

... la protección de los derechos de autor en materia penal tiene que enfocarse en la indagación e investigación por parte de la Fiscalía de aquellas conductas que realmente representen un menoscabo o amenaza significativa al bien jurídico, para lo cual el procedimiento penal acusatorio tiene previsto mecanismos de seguimiento, la infiltración y desmantelamiento de las estructuras que en la clandestinidad atentan de manera sistemática en contra de los titulares de tales derechos.

Retoma lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-988 de 2006, donde se reconoció la producción de riesgos insignificantes a delitos de peligro abstracto «en la medida en que la afectación del bien jurídico se trate de un criterio graduable por el juez en cada caso».

Insiste la Corte Suprema en lo consignado en el fallo del 18 de noviembre de 2008, radicado 29183, invitando a los operadores de la norma para que den un mejor uso al «Principio de Oportunidad como mecanismo idóneo que evite el adelantamiento de investigaciones por conductas en los que no se haya afectado de manera significativa el bien jurídico».

Desde nuestro punto de vista, y no obstante las expresas manifestaciones en sentido contrario, la Corte Suprema de Justicia ha sido tímida y supremamente exigente al momento de dar aplicación al Principio de Oportunidad. En términos coloquiales «predica pero no aplica».

- Proceso 36118. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. 13 de abril de 2011.

En la fecha 22 de junio de 2010, se le formuló imputación de cargos a la dama Mónica Patricia González Pérez, por los delitos de falsedad ideológica en documento público, concusión, prevaricato por acción y concierto para delinquir, con relación a los dos primeros punibles el Fiscal del caso, solicitó el 14 de julio de 2010 al señor Fiscal General de la Nación, la autorización para aplicar el Principio de Oportunidad, con fundamento en las causales previstas en los artículos (sic) 4 y 5 del artículo 324 de la ley 906 de 2004 con el fin de suspender el procedimiento a prueba, para que la imputada, suministrara información eficaz para la desarticulación de bandas y para que se comprometiera a servir como testigo de cargo en contra de los demás procesados bajo inmunidad total o parcial, pero el Fiscal General de la Nación mediante la Resolución Nro., 0-2400 del 13 de octubre de 2010, no lo autorizó. Al decir de la defensa dicha autorización fue negada obedeciendo a circunstancias de tipo personal.

La defensa solicita ante la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, que sea revocada la decisión del Tribunal de Cundinamarca, consistente en declarar la Nulidad del proceso a partir de la presentación del escrito de acusación. La Corte Suprema de Justicia confirma la decisión indicando que no existe vulneración al debido proceso, ni al derecho de defensa.

Se permite el Órgano de Cierre de la Justicia Ordinaria, exponer que la aplicación del Principio de Oportunidad, es una función asignada exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación que, de aceptarla podría suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal (artículo 323). En el presente evento, el Fiscal General de la Nación consideró que no debía suspenderse el procedimiento a prueba en acogimiento de la referida figura.

2. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DENTRO DEL PROCESO PENAL.

Derecho a la verdad: Desde una concepción moderna, es el derecho que asiste tanto a la víctima y/o perjudicado como a la sociedad en general de saber con profundidad la forma como ocurrieron los hechos. Este derecho incorpora las siguientes garantías: (i) El derecho inalienable a la verdad; (ii) El deber de recordar; (iii) El derecho de las víctimas a saber. Se estructura en una doble dimensión: (i) Dimensión colectiva, cuyo fin es preservar del olvido a la memoria colectiva; y, (ii) Dimensión individual, que se efectiviza a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo.

Derecho a la justicia: Este derecho se desarrolla en un doble sentido, como garantía de las víctimas y correlativos deberes para las autoridades, concretándose así: (i) Deber del Estado de investigar,

juzgar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) Derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) Deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso. En desarrollo del proceso penal ha de garantizárseles su derecho a participar en todas sus etapas.

Derecho a la reparación: Ha de entenderse como el derecho a una reparación integral del daño que se ha ocasionado tanto a la víctima como los demás perjudicados con el delito. En su dimensión individual comprende los derechos a: (i) La restitución; (ii) La indemnización; (iii) Medidas de rehabilitación; (iv) Medidas de satisfacción; y, (v) Garantías de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general y simbólico.

De acuerdo con el desarrollo jurisprudencial elaborado a partir de la vigencia de la Ley 906 de 2004 y sus posteriores modificaciones, se puede concluir que el problema jurídico planteado no ha sido un punto de discusión difícil para la Corte Constitucional, pues ha mantenido una línea jurisprudencial clara, coherente y estable, es más ha sido un tema de desarrollo eminentemente jurisprudencial.

Es claro para nuestro máximo Tribunal Constitucional que el Principio de Oportunidad está dado precisamente como una de las formas a través de las cuales se puede terminar un proceso, eso sí verificando que a las víctimas se les garanticen todos sus derechos.

Al desarrollar el Principio de Oportunidad la Corte Constitucional ha cumplido eficientemente con su labor pedagógica, llevando de la mano a todos los intervinientes, jueces, fiscales, defensores y ministerio público, como auténticos salvaguardas de los derechos

de las víctimas. De esta manera se ha dado relevancia e importancia al papel que cumplen las víctimas dentro del proceso penal.

CONCLUSIONES

1. El Principio de Oportunidad, entendido como un mecanismo adecuado y necesario para descongestionar el sistema penal colombiano y/o racionalizar el uso desmedido del derecho penal en la resolución de conflictos, ha sido bien recibido y definido por la Corte Constitucional, quien a través de las catorce sentencias de constitucionalidad, ha elaborado una teoría sólida y bien estructurada alrededor de este principio, que en todo caso debe girar en torno de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral.
2. Esta teoría ha definido, de manera reiterativa, los siguientes elementos del Principio de Oportunidad: Es una figura de aplicación excepcional, Las causales de aplicación del Principio de Oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca, Su aplicación debe hacerse dentro del marco de la política criminal del Estado, Su ejercicio debe estar sometido siempre al control de legalidad por parte de los Jueces de Control de Garantías, Su regulación debe ser compatible con el respeto a los derechos de las víctimas.
3. Por excelencia es un mecanismo a través del cual se podría contribuir a la descongestión de nuestro sistema penal, bajo el entendido de que a la investigación y sanción penal solo debe acudir como última ratio. De otro lado, Resulta claro que nuestros operadores jurídicos no se han apropiado debidamente de esta valiosa herramienta de

descongestión y de legitimación de todo Estado que se precia democrático y social de derecho.

4. Desde nuestro punto de vista, y en consonancia con la posición disidente de la Corte Constitucional, consideramos un grave error haber declarado la inexecutable del numeral 17 del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009 Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad, que pretendía dar solución a la situación jurídica de miles de desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley, en la medida en que con ello no se afectaba el derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, por cuanto los bienes jurídicos respecto de los cuales se autorizaba la aplicación del Principio de Oportunidad solo comprometían la Seguridad Pública, al tratarse de los delitos de Concierto para Delinquir, Utilización ilegal de uniformes e insignias y el Tráfico, fabricación y porte de armas de fuego o municiones, que finalmente protegen bienes abstractos imposible de radicar en cabeza de una persona.
5. En nuestra opinión la declaratoria de inexecutable proferida a través de la Sentencia C-936 del 23 de noviembre de 2010 constituye un desacierto, en la medida en que ha debido ponderarse a través de la mirada de un proceso de justicia transicional en la búsqueda de la realización del derecho sostenible a la paz.
6. Por su parte la sentencia C-715 del 13 de septiembre de 2012. Se constituye en aquella brújula normativa sobre la cual se debe guiar cualquier proceso de reconciliación que se pretenda en Colombia la Corte se pronuncia sobre varios de los artículos relacionados en la ley 1448 de 2011. Allí se dictaminan medidas de atención, asistencia

y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno.

- 7 Finalmente, el problema jurídico planteado se resuelve favorablemente al afirmar que con su aplicación no se vulneran los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral.

BIBLIOGRAFÍA

Ámbito Jurídico. «El principio de oportunidad ¿Comodín o as del sistema acusatorio? Periódico Ámbito jurídico». Editorial Legis. 2 al 15 de febrero 2009.

Bernal Pulido, Carlos. «El Derecho de los Derechos». Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. 2005.

La StPO de 1987 (Ordenanza del Proceso Penal Alemán).

López Medina, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Bogotá: Editorial Legis, 2006

Vitalone, Claudio. «La función de acusar. Entre obligación y discrecionalidad, Nápoles». 1991. Citado por Oscar Julián Guerrero «Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo proceso penal». Bogotá. 2005. p. 143.

Constitución Política de Colombia

Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal.

Ley 1312 de 2009.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Sentencia C-782 del 10 de octubre de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente: D-9041.

Sentencia C-715 del 13 de septiembre de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente D-8963.

Sentencia C-250 del 06 de abril de 2011. M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo. Expedientes D-8231, D-8232 y D-8240 acumulados.

Sentencia C-936 del 23 de noviembre de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente D-8131.

Sentencia C-738 del 23 de julio de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente: D-7003.

Sentencia C-095 del 14 de febrero de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expedientes: D-6341 y D-6350 acumulados.

Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: D-3696.

Sentencia C-210 del 21 de marzo de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente: D-6405.

Sentencia C-342 del 9 de mayo de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente: D-6486.

Sentencia C-575 del 25 de julio de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente: D-5994.

Sentencia C-648 del 9 de agosto de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: D-5958.

Sentencia C-988 del 29 de noviembre de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente: D- 6207.

Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente: D-5415.

Sentencia C-673 del 30 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5452.

Sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Expediente: D-5590.

Sentencia C-984 del 26 de septiembre de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente: D-5668.

Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Expedientes: D-5705 y D-5712.

SENTENCIAS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
COLOMBIANA SALA DE CASACIÓN PENAL

Proceso 29.183. M. P. José Leónidas Bustos Martínez. 18 de noviembre de 2008.

Proceso 27.339. M.P. María del Rosario González de Lemos y Jorge Luís Quintero Milanés. 18 de marzo de 2009.

Proceso 31.362. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. 13 de mayo de 2009.

Proceso 36118. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. 13 de abril de 2011.

NOTAS:

- 1 Vitalone, Claudio. (1991). «La función de acusar. Entre obligación y discrecionalidad». Nápoles. Citado por O.J. Guerrero (2005). «Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Bogotá D.D. Colombia. Página 143.
- 2 Ámbito Jurídico. «El principio de oportunidad ¿comodín o as del

- sistema acusatorio?» En: Periódico Ámbito jurídico. Editorial Legis. Del 2 al 15 de febrero 2009.
- 3 La stpo de 1987 (ordenanza del proceso penal alemán) establece las siguientes causales de procedencia del principio de oportunidad cuando (i) el reproche por el hecho es insignificante y no existe interés alguno en la persecución penal; (ii) el interés en la persecución puede ser satisfecho de otro modo; (iii) el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal; y (iv) existen intereses estatales prioritarios.
 - 4 Magistrado ponente doctor Luis Ernesto Vargas Silva y salvamentos de voto de los doctores Humberto Antonio Sierra Porto, cuya ponencia inicial fue derrotada, Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
 - 5 Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios».
 - 6 Así, en la sentencia C-370 de 2006.
 - 7 López Medina, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces, Bogotá, Universidad de los Andes - Legis, Segunda edición, Bogotá: 2006, p. 113.
 - 8 Gaceta del Congreso No. 157, página 3. (10-05-02).
 - 9 Corte Constitucional, sentencia C-988 del 29 de noviembre de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y SU INAPLICACIÓN POR LOS JUECES CIVILES MUNICIPALES, CIVILES DEL CIRCUITO Y ADMINISTRATIVOS DE ORALIDAD DE MEDELLÍN, EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS

Camilo Andrés Garzón Correa*
Marta Nelly García Zapata**

RESUMEN: Las medidas cautelares innominadas, son una especie de las medidas cautelares consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque con algunas particularidades propias de su ámbito de aplicación, pues amplían el criterio para poder lograr una sentencia judicial efectiva. El artículo realiza una aproximación respecto al contenido, alcance, antecedentes y justificación de las medidas cautelares innominadas, revisando su historia en

* Abogado egresado de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Administrativo de la misma institución, actualmente docente tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Medellín, perteneciente al grupo de Investigación Jaime Sierra García. camiloa.garzon@campusucc.edu.co

** Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Neiva, especialista en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Católica de Bogotá, actualmente docente tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Medellín. perteneciente al grupo de Investigación Jaime Sierra García. marta.garciaz@campusucc.edu.co

Derecho Colombiano, como han sido interpretadas por los operadores judiciales y una breve reseña del desarrollo de éstas en Venezuela.

PALABRAS CLAVE: Medidas innominadas, decreto de oficio, cautelas, procesos declarativos, debido proceso

ABSTRACT: The unnamed protective measures, are a kind of precautionary measures enshrined in the Colombian legal system, although some proper scope of its peculiarities, therefore broaden the criterion in order to achieve an effective sentence. The article is an approach to the content, scope, background and rationale of the unnamed precautionary measures, reviewing its history in Colombian law, as interpreted by judicial officers and a brief review of the development of these in Venezuela.

KEY WORDS: Unnamed interim measures, ex officio, Injunction, declarative process, due process

Problema de investigación

Actualmente, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) consagran la posibilidad que en sus procesos declarativos se decreten medidas cautelares que no están reguladas, es decir, particulares para cada caso, debido a las particularidades de estas medidas, en el presente texto se busca analizar, ¿Cuáles son los criterios que deben tener los jueces para el decreto de las medidas cautelares innominadas?

Metodología

En el presente trabajo, se utilizó el método de la encuesta a los Juzgados Civiles municipales y del

Circuito de Medellín y a los Juzgados Administrativos de Medellín, para evidenciar si en estos se han decretado medidas cautelares innominadas, igualmente se realizó un rastreo jurisprudencial, para evidenciar los pronunciamientos de las altas cortes sobre el tema en cuestión. Se trata de una investigación cualitativa, pues se trata de estudiar el impacto que han tenido las medidas cautelares atípicas en la aplicación del derecho en la ciudad de Medellín.

INTRODUCCIÓN

El trabajo que se presenta sobre las medidas cautelares innominadas, es fruto del área de Derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Medellín, la cual participa en la Red Interuniversitaria de Derecho Procesal en Medellín en el proyecto «Las subreglas en las providencias de la Corte Constitucional sobre las acciones de constitucionalidad y de tutela a partir del debido proceso judicial»; investigación que se está elaborando junto con los estudiantes del Semillero de Derecho Procesal, auxiliares de investigación en la misma. Tiene como objetivo identificar los criterios procesales que tienen en cuenta los Jueces Administrativos de Oralidad del Circuito de Medellín, los Jueces Civiles del Circuito de Medellín y los Jueces Civiles Municipales, para el decreto ya sea de oficio o a solicitud de parte de medidas cautelares atípicas o innominadas.

La Jurisprudencia Constitucional en sentencia de tutela (Corte Constitucional, 2013) ha señalado que las medidas cautelares son un instrumento procesal que tienen por objeto:

Garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro

ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.

La Ley 1564 de 2012 y la Ley 1437 de 2011 autorizan la aplicación de este tipo de medidas cautelares a los jueces; el análisis de las mismas se realizará en desarrollo del presente artículo, pero vale la pena mencionar desde ya, que son cautelares propias para cada caso, tal y como indica (Villamil Portilla, 2012) «Son estas cautelares medidas inespecíficas de creación de la parte demandante, al juez apenas le corresponde juzgar su utilidad, proporcionalidad y pertinencia para la realización del derecho que la sentencia contingentemente habrá de reconocer». Por tanto, corresponde al análisis de los elementos de la pretensión declarativa, pues así podrá decretar medidas distintas a las tradicionales (entiéndase inscripción de la demanda, suspensión del acto administrativo, embargo y secuestro de bienes) que garanticen la efectividad de su sentencia judicial.

El Código General del Proceso consagra las medidas cautelares innominadas en su artículo 590, al igual que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo quien también las consagran en sus artículos 229 y 230; normativa vigente en el caso del CGP desde el 1 de octubre de 2012, por disposición expresa del artículo 627 # 4 del mismo Código; y en el CPACA, según el artículo 308, el 2 de julio de 2012, por tanto los jueces Colombianos, no han tenido más de dos años para darle interpretación y aplicación a las medidas

cautelares atípicas, pero aun así, son disposiciones vigentes, sobre las cuales es importante preguntarse, sí en la ciudad de Medellín se han aplicado dichas medidas y bajo qué criterios.

1. ORIGEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Acorde con la norma sustantiva, encontramos en el Código Civil, Título Preliminar, Capítulo V «Definiciones de varias palabras de uso frecuente», y es allí, donde el artículo 65 define la Caución así: «Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda.»

El artículo 65 menciona como una de las especies de caución la Fianza, cuya consagración legal se encuentra en el Libro Cuarto «de las obligaciones en general y de los contratos» Título XXXV «De la fianza», en el Capítulo I De la constitución y requisitos de la fianza, su definición en el artículo 2361 en los siguientes términos:

La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.

La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.

A su vez, en el artículo 2362, se consagran las clases de fianza que al tenor del citado artículo reza:

La fianza puede ser convencional, legal o judicial.

La primera es constituida por contrato, la segunda es ordenada por la ley, la tercera por decreto de juez.

La fianza legal y la judicial se sujetan a las mismas reglas que la convencional, salvo en cuanto la ley que la exige o el Código Judicial dispongan otra cosa.

Así mismo, el estatuto Civil consagra los eventos en que el deudor puede ser obligado a prestar fianza, el artículo 2374 del Código Civil indica:

Es obligado a prestar fianza a petición del acreedor:

- 1....
2. El deudor cuyas facultades disminuyan en términos de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de su obligación.
3. El deudor de quien haya motivo de temer que se ausente del territorio, con ánimo de establecerse en otra parte, mientras no deje bienes suficientes para la seguridad de sus obligaciones

Se observa, como en el numeral tercero del artículo en mención, el legislador hace referencia a que haya motivo de temer, desarrollando de ésta forma el principio denominado *suspectio debitoris*, (Hernandez Villarreal, *Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?*, 2014) como directriz encaminada a que el acreedor pueda afectar a su deudor, en el poder de disposición sobre sus bienes, bien obligándole a prestar fianza en un proceso, especialmente encaminada ese efecto, o bien cautelando sus bienes anticipadamente, mediante el embargo o la inscripción de la demanda (subrayas de los autores).

Pese a lo anterior, en el mismo Libro Cuarto, en mención, pero en el Título XXXVI dedicado al contrato de prenda, el legislador señala expresamente la prohibición de tomar o retener, a título de prenda, bienes del deudor en contra de su voluntad, lo cual consagra en el artículo 2417 del Código Civil así:

«No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia...»

Significa lo anterior, que en caso de administrar justicia, el juez si puede ordenar tomar una cosa del deudor contra su voluntad o afectarle un Derecho y en la mayoría de los casos, sin que el deudor se entere, toda vez que no ha sido notificado de la demanda, con el fin de servir de prenda en el cumplimiento de la obligación determinada a petición de parte.

De otro lado, en el Título XXXI «Del depósito y del secuestro», del libro en mención, encontramos el capítulo III «Del secuestro», en el cual el artículo 2273 dice: «El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituir al que obtenga una decisión a su favor.»

A su vez, el artículo 2276, consagra las clases de secuestro en los siguientes términos: «El secuestro es convencional o judicial. El convencional se constituye por el solo consentimiento de las personas que se disputan el objeto litigioso. El judicial se constituye por decreto de juez, y no ha menester otra prueba.»

Por lo anterior, se puede concluir que el secuestro, al que hace relación las normas citadas, es una especie de fianza, toda vez que en ambos casos se trata de retener una cosa en garantía del cumplimiento de una obligación de entregar; sin perder de vista, que ambas figuras se encuentran en el Libro Cuarto «de las obligaciones en general y de los contratos», del código Civil, independiente de que una sea garantía real y la otra una garantía personal, pero dirigidas al mismo fin, cual es el cumplimiento de una obligación.

De lo hasta aquí expuesto, se evidencia como el origen y raigambre de las medidas cautelares se

encuentra en las normas sustantivas, en el Código Civil, toda vez que desarrollan el concepto de fianza judicial, al remitirlo al Código de Procedimiento Civil, según el cual el juez, a petición de parte, impone al demandado ciertas restricciones, o inmoviliza la comerciabilidad de algunos bienes en función de asegurar el cumplimiento de una obligación, presente o futura.

Al iniciarse un proceso declarativo, el demandante busca una garantía para el cumplimiento de su obligación y le solicita al juez afectarle un derecho a su deudor, pese a estar su Derecho incierto, toda vez que lo que está pretendiendo, es precisamente la declaración de su Derecho; por ende el peticionario es quien debe indicarle al juez el respaldo de la obligación que persigue.

Si bien, dicha solicitud en relación con las medidas cautelares es rogada por parte del demandante y es su obligación señalar las medidas cautelares a considerar, también es cierto que el juez es quien tiene la facultad de determinar oficiosamente, si dichas medidas son procedentes o no, con miras a brindar un equilibrio y protección al demandado y evitar el uso o abuso desproporcionado del derecho que le asiste al demandado, en relación con lo solicitado por el demandante, al respecto se ha dicho:

Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que «aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona

antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende,... los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio. (Corte Constitucional, 2004)

Colombia tradicionalmente ha sido extraño la aplicación de medidas cautelares en los procesos declarativos, una de las razones para esto, es que el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil no las hacía atractivas o no lograban proteger los derechos que están en curso del litigio. Dicho artículo regulaba únicamente las medidas cautelares tradicionales, es decir la inscripción de la demanda para los procesos en lo que estuviesen en debate derechos reales, embargo en asuntos de responsabilidad civil contractual y extracontractual; secuestro cuando iniciase la segunda instancia de estos procesos. Por tanto dichas disposiciones no eran satisfactorias para las partes, y eran limitadas para ciertos procesos, el legislador estaba en mora de implementar un sistema que verdaderamente sirviera para garantizar el cumplimiento de la sentencia.

En los procesos Contenciosos Administrativos el panorama era mucho peor, pues la medida cautelar existente era la suspensión provisional del acto administrativo y se aplicaba únicamente cuando se estaba en presencia de procesos con pretensión de Nulidad, es decir, cuando la pretensión tenía un origen contractual o un fin de reparación no existía medida preventiva alguna que ayudara a dar cumplimiento a la sentencia. Por último vale la pena citar a (Parra Quijano, 2013) quien dice:

Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas de la

justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario.

2. ¿POR QUÉ INNOMINADAS?

Lo innominado se trata de aquello que no está nombrado expresamente por el legislador, pero el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo, facultan al Juez para que en cada caso y mediante petición de parte (situación que se analizará más adelante) la decreta conforme al artículo 590 que indica que si la «encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión».

Dentro de la doctrina existe acuerdo en que las medidas innominadas cautelares surgen del artículo 700 del Código de Procedimiento Civil Italiano citado por (Proto Pisani) dice:

Fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, se halle éste amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, aparezcan más idóneas, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.

Las medidas cautelares típicas, no alcanzan a cubrir todas las necesidades que resultan de un

proceso judicial, pues no siempre existen bienes para ser objeto de embargos y secuestros, es por lo anterior que el profesor Venezolano (Rangel, 1989)

Por ello, en el ejercicio de esta delicada e importante facultad, el juez ha de atender principalmente a la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación; la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte; apreciar si la tutela normativa ordinaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño; y todas las demás circunstancias que le lleven a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

Por tanto, su denominación más técnica para esta figura del derecho, sería medidas atípicas, pues aplicando analógicamente la clásica clasificación de los contratos, los contratos atípicos son aquellos que no tienen regulación normativa, más allá de la normas generales de existencia y validez para todos los contratos, por tanto, estas medidas, solo tienen una normas que regulan la forma de solicitarse, los requisitos para que el juez las otorgue (existencia) y deja por decirlo de alguna manera, a la imaginación del peticionario cómo será el contenido de las mismas.

En este punto del texto es importante citar algunos ejemplos que nos ha traído la doctrina, los cuales servirán para ilustrar cuales han sido las medidas solicitadas, la profesora Venezolana Mariolga Quintero Tirado, citada por los Panameños Jorge Fábrega y Adán Arnulfo Arjona en un artículo denominado «Medidas cautelares innominadas», publicado por la revista de la Universidad de Antioquia, Estudios de Derecho en su volumen 47, nos instruye con los siguientes ejemplos:

- Una agencia de publicidad inautorizadamente se vale de nuestra reproducción fotográfica para anunciar un producto comercial y considerándolo atentatorio para nuestra personalidad, demandados a la firma publicitaria por daños y perjuicios, solicitando, por otro lado, que ante la tardanza en el pronunciamiento definitivo se prohíba preventivamente la circulación de tal anuncio.
- Los propietarios o poseedores de agua se oponen al desmante que pretende efectuar el propietario del fundo dominante en la cabecera del río que se la suministra, invocando disminución del agua que utilizan y exigen que provisionalmente tome el juez las medidas que impidan la realización del desmante.
- Demando al arrendador por haber sido negligente en el cumplimiento de su obligación atinente a las reparaciones mayores del inmueble, y ante la necesidad evidente de las mismas para evitar males más graves a los ocupantes del mismo, pide el arrendatario se tomen las medidas provisionales del caso. (Fabregá & Arjona, 1989)

Este tipo de medidas comportan obligaciones de hacer o de no hacer, será importante que los jueces Colombianos a la hora de decretarlas, disminuirlas, aumentarlas o modificarlas, tengan muy claro la regulación de este tipo de obligaciones en el Código Civil y en la jurisprudencia que ha dado sobre esto la Corte Suprema de Justicia, además del criterio auxiliar de la doctrina; pues en el Código Civil en toda su normativa, trae amplia regulación de las obligaciones de hacer y no hacer, y según la imposición que haga el Juez, deberá revisar si exista una norma en el ordenamiento jurídico que soporte dicha prestación, o que sanción trae el incumplimiento de la misma. De esta manera, se considera podrían ponerse algunos límites al amplio criterio que tiene la parte que solicita la medida atípica y segundo el juez que la concederá.

3. REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN COLOMBIA

En esta parte del texto, se quiere evidenciar, como en Colombia se ha tenido la existencia normativa de las medidas genéricas, desde el mismo Código Civil, y como a raíz de la aparición del Código Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, nuestra legislación fue creando paulatinamente las medidas cautelares innominadas, eso sí teniendo claro que su positivización se realizó en disposiciones normativas, novedosas para el Derecho Colombiano en aquellas épocas, como por ejemplo el decreto que creó la mal llamada Jurisdicción Agraria o la ley 256 de 1996, por la cual se regula la competencia desleal.

Posteriormente se analizarán pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes sobre las medidas innominadas, toda vez que como se verá, la Corte Constitucional declaró inexecutable su aplicación en la ley 1493 de 2011, la cual le otorga algunas funciones de vigilancia y control a la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derechos de Autor. Asimismo un pronunciamiento de tutela realizado por la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación de una medida cautelar innominada.

También será importante revisar para el caso Colombiano, la aplicación por la Superintendencia de Sociedades de este tipo de medidas, ya que este ente administrativo con función excepcional jurisdiccional, ha sido uno de los más activos en el uso de las mismas, incluso de oficio.

3.2 Consagración normativa

Como se dijo, al dar una pequeña introducción de este punto, el Código Civil Colombiano trae una leve

asomo de una medida cautelar innominada, a través del artículo 959, que reza:

Artículo 959. Medidas preventivas dentro del proceso. Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada.

Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.

Véase pues como el legislador desde aquel momento, les ha dado a nuestros jueces la posibilidad que en los procesos reivindicatorios se tomen medidas que permitan el aseguramiento del derecho, sin mencionar específicamente cuales, solo definiéndole la obligación que aquellas conduzcan a evitar el deterioro de la cosa.

Por ende, esta norma permite por ejemplo, se le solicite al Juez que el demandado realice un cerramiento al bien para evitar invasiones o que por ejemplo, tal y como lo regula el Código General del Proceso para los proceso de pertenencia, se fije una valla donde se indique que este bien está siendo sometido a un proceso que discute a quien pertenece su derecho real de dominio.

Mucho después en el tiempo, se expide el decreto 2303 de 1989, el cual regula la Jurisdicción Agraria, en su artículo 121 contiene una importante disposición, pues indica que el juez debe tomar medidas precautelativas, lo cual lo enuncia de la siguiente manera:

Artículo 121. Medidas precautelativas. Desde el momento de la presentación de la demanda y en cualquier etapa

del proceso, el juez, de oficio o a petición de parte, si considera que se está causando daño al ambiente o a uno o más recursos naturales renovables, o existe peligro inminente de que se produzca, aunque sea distinto del indicado en la demanda, tomará las medidas del caso, previa realización de una inspección judicial.

El juez podrá conminar al demandado, bajo apremio de multas, para que suspenda las obras o actividades constitutivas del riesgo o causante del daño, o realice los trabajos necesarios para conjurar el primero o hacer cesar el último.

El juez podrá exigir caución para garantizar el cumplimiento de lo ordenado e imponer multas en caso de desobedecimiento.

Es muy importante ver en esta norma como le indica al juez que de oficio deberá tomar todas aquellas medidas que eviten un daño al medio ambiente, de lo cual se puede concluir, que será para cada caso concreto, según las necesidades y teniendo en cuenta la comprensión del juez que tramite el asunto, el decreto de una medida de cautela específica y propia para este litigio en particular, por ende será atípica.

Deberá tenerse en cuenta también, la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, norma aplicable por los jueces colombianos, la cual en los artículos 245 y 246 dice:

Artículo 245. Quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Las medidas cautelares podrán pedirse antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio.

Artículo 246. Podrán ordenarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

- a) El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción;
- b) El retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;
- c) La suspensión de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior;
- d) La constitución por el presunto infractor de una garantía suficiente; y,
- e) El cierre temporal del establecimiento del demandado o denunciado cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción.

Si la norma nacional del país miembro lo permite, la autoridad nacional competente podrá ordenar de oficio, la aplicación de medidas cautelares (Subrayas y negrillas de los autores).

De esta norma se hará un breve análisis en el siguiente capítulo de este texto, sobre el pronunciamiento del Juez Segundo Civil del Circuito de Medellín, quien en un caso concreto negó la aplicación de esta norma.

Continuando con este análisis histórico de las medidas, se encuentra que la Ley 256 de 1996, regulatoria de la competencia desleal y que es una norma de contenido sustancial y procesal, en su artículo 31 enuncia:

Artículo 31. Medidas cautelares. Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá

ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.

Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud.

Si las medidas se solicitan antes de ser interpuesta la demanda, también será competente para adoptarlas el Juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos.

No obstante, una vez presentada la demanda principal, el Juez que conozca de ella será el único competente en todo lo relativo a las medidas adoptadas.

Las medidas cautelares, en lo previsto por este artículo, se regirán de conformidad con lo establecido en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil.

La ley 472 de 1998, la cual regula el ejercicio de las acciones populares y de grupo, consagra también la posibilidad para la parte accionante, de solicitarle al Juez el decreto de ciertas medidas cautelares, pero en este caso, la norma enuncia una lista de medidas que puede decretar el juez.

Artículo 25º.- Medidas Cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;

- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Del texto citado, es importante hacer algunas acotaciones, lo primero, es que el legislador, dada la especialidad del tema, consagra medidas cautelares distintas a las tradicionales de los códigos (embargo, secuestro, inscripción de la demanda o suspensión provisional de acto administrativo), pero como se ve, su enunciación es abierta, por tanto es viable considerarlas dentro de la clasificación de las medidas cautelares atípicas, al otorgarle amplio criterio al juez para buscar la protección del derecho amenazado. Es importante tener en cuenta, que el artículo 26 de la norma estudiada establece criterios para oponerse a la medida cautelar, lo cual constituye un caso sui generis para la regulación de las medidas cautelares en el Derecho Colombiano, las causales de oposición consagradas por el legislador son

Artículo 26º.- Oposición a las Medidas Cautelares. El auto que decrete las medidas previas será notificado simultáneamente con la administración de la demanda y podrá ser objeto de los cursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días. La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:

- a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;
- b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;
- c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

d) Corresponde al quien alegue estas causales demostrarlas.

Posteriormente, el Congreso expide la Ley 1437 del 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma de gran actualización al Derecho Administrativo Colombiano, en relación con las medidas cautelares en los procesos en mención, como se dijo anteriormente, el Decreto 01 de 1984, sólo regulaba como medida cautelar la suspensión provisional del acto administrativo en tratándose de procesos con pretensiones de nulidad. Esta nueva norma procesal trae en su Título V, que trata sobre Demanda y Proceso Contencioso Administrativo, Capítulo XI sobre las Medidas Cautelares, todo un capítulo para tratar de darle eficiencia y protección al derecho a las partes de este tipo de proceso. Es importante traer a colación los artículos 229 y 230 de la norma en comento, de la cual se realizará un análisis.

Artículo 229. procedencia de medidas cautelares. en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

Artículo 230. contenido y alcance de las medidas cautelares. las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

Leídas estas normas, se evidencia que por primera vez un Código Procesal, quiere ser más detallista en las medidas cautelares innominadas, se indica en el Libro Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la ley 1437 de 2011:

Es así como en vigencia del nuevo código el ámbito de acción del juez administrativo se amplió, pues se contemplaron otras posibilidades de decisión cautelar que van más allá de la simple suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

En ese orden, atendiendo su propósito o finalidad, el artículo 230 del CPA y CA clasificó a las medidas cautelares en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.

Como su nombre lo indica, con las medidas preventivas se pretende evitar la configuración de perjuicios o la vulneración de los derechos de la parte demandante. Con las medidas conservativas se busca preservar el statu quo, o lo que es lo mismo, «ordenar que se mantenga la situación» previa al conflicto, en espera de lo que se resuelva en la sentencia; mientras que con las medidas anticipativas se quiere «que se restablezca [la situación] al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante

(..)

Otro elemento novedoso introducido por el artículo 233 del CPA y CA consiste en la obligación del juez de dar traslado al demandado de la solicitud de medida cautelar para que se pronuncie sobre ella, previo a adoptar cualquier decisión al respecto. (Gomez Aranguren, 2012)

De lo anterior, es claro que el legislador Colombiano, da un giro radical en cuanto a las medidas cautelares, otorgando importantes herramientas al Juez Administrativo y a la parte solicitante de la medida, para que basándose en los criterios indicados por el legislador y en las pautas de las obligaciones de

hacer y no hacer del Código Civil, puedan solicitar la medida pertinente para que exista una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

Muy reciente de haberse expedido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se expide la Ley 1493 de 2011, por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones. Dicha norma es regulatoria de los derechos de autor y no es aplicable por autoridad que tenga poder judicial (ya sea como juez o como autoridad administrativa con posibilidad de administrar justicia), hace parte del derecho administrativo sancionador, y en su artículo 30 literal d, traía una disposición que creaba medidas cautelares innominadas para este asunto, así:

Artículo 30. Medidas cautelares. El Director de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior podrá adoptar, en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control y mediante resolución motivada, las siguientes medidas cautelares inmediatas:

(...)

d) Cualquiera otra medida que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control.

La Corte Constitucional, en sentencia C 835 de 2013 declaró inexecutable esta norma, este análisis se realizará más adelante, en un acápite especial sobre jurisprudencia de medidas innominadas.

El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012, establece en el Artículo 32 las medidas cautelares aplicables a los procesos arbitrales:

Artículo 32: A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente.

Adicionalmente, el tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar, el tribunal apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Asimismo, el tribunal tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El tribunal establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas

con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares innominadas, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida.

Si el tribunal omitiere el levantamiento de las medidas cautelares, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador o a quien le corresponda, a solicitud de parte, procederá a cancelarla.

Parágrafo. Las medidas cautelares también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia.

Quien ejerza funciones jurisdiccionales, podrá decretar medidas cautelares para este propósito en los procesos sometidos a su conocimiento, sean o no procesos arbitrales.

En materia arbitral, desde tiempo atrás ha existido la discusión sobre la posibilidad que el árbitro decrete medidas cautelares innominadas, (Hernandez Villarreal , Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?, 2007), ha explicado como la doctrina a estado divide antes de la expedición de la norma antes citada, pues parte de ella, indicaba que la norma era enunciativa sobre las medidas consagradas en el decreto 2279 de 1989 (inscripción del proceso y secuestro de bienes muebles), es decir, que los árbitros tenían la facultad, en virtud del poder que le daban las partes, de decretar otro tipo de medidas. Pero esta postura era minoritaria, pues como explica el Hernández Villarreal, la mayoría de los juristas, se inclinaban porque esta

consagración era taxativa, pues no está permitido al árbitro ejercer más funciones que la que les da la ley.

Esta discusión, fue finalizada por la Ley 1563, pues reguló, de forma clara la posibilidad para los árbitros, acoplado el Estatuto Arbitral a las exigencias del Derecho Internacional

Por último, el Código General del Proceso Ley 1564 de 2012, finalizó la serie de disposiciones en Colombia que consagran las medidas cautelares atípicas o genéricas, regulando lo siguiente:

Artículo 590. Medidas cautelares en procesos declarativos. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

(...)

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Se deberá tener en cuenta, por expresa disposición del artículo 627 del Código General del Proceso, esta norma está vigente desde el 1 de octubre de 2012,

por tanto, pasados casi dos años de su vigencia, sería completamente normal que los abogados hayan solicitado a sus jueces la aplicación de este tipo de medidas, y los jueces Colombianos hayan decretado en varios procesos muchas de ellas, pero como se verá más adelante en este artículo no existe la más mínima aplicación de estas medidas, en la ciudad de Medellín.

Es importante explicar en detalle varias disposiciones del artículo citado, para entender, cual es la auténtica finalidad del legislador al establecer el amplio margen de las medidas innominadas. Al leer detalladamente el artículo, se encuentra como primera exigencia del legislador es la racionalidad de la misma, por tanto, el primer cuestionamiento por el Juez a la hora de decretar dicha medida, sería la siguiente: ¿exige el legislador que se efectúe un «test de razonabilidad» para aplicar una medida cautelar atípica?, Este test, se realiza cuando está en juego el principio de igualdad. La ley da la posibilidad al demandante de pretensionar una cualquier medida para proteger su derecho, mientras que el demandado sólo tendrá la posibilidad a través de las denominadas «contra-cauteladas» solicitar la modificación de la misma pagando una caución. Ha dicho el profesor (Bernal Pulido, 2002):

(...) de acuerdo con la Corte, el análisis de esta justificación debía efectuarse mediante un «test de razonabilidad», compuesto por tres «etapas»: «a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual»; «b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido». A su vez, según la Corte, esta última etapa se subdivide en la aplicación de los tres subprincipios de la proporcionalidad idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El Juez ya sea Administrativo o Civil, deberá determinar si la aplicación de esta medida, protege fines constitucionales, y seguramente argumentar la protección de una tutela jurisdiccional efectiva. La Corte Constitucional aplicó éste test en la Sentencia C 835 de 2013 la cual se analizará a continuación, sentando con ello el precedente jurisprudencial de aplicación obligatoria en la Rama Judicial.

3.3 Jurisprudencia de las altas cortes sobre las medidas atípicas

En este punto se realizará el análisis de la Sentencia C 835 de 2013 y una sentencia de tutela interpuesta contra Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga resuelta por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

La sentencia C 835 de 2013, aplicó el test de proporcionalidad, para decidir si el artículo 30 de la ley 1493 de 2011 es inexecutable; en el primer paso del test, que como ya se dijo, el juez debe buscar la norma (o la medida en caso de estar aplicando una medida innominada) persiga objetivos constitucionalmente válidos, la Corte indicó:

Se acepta entonces que el objetivo de la disposición normativa acusada persigue objetivos constitucionalmente válidos, pues no solo pretende hacer efectiva la inspección, vigilancia y control de sociedades de gestión colectiva, sino salvaguardar los intereses de los titulares y beneficiarios de derechos de autor y similares que se asocian en ese tipo de organizaciones para garantizar la adecuada explotación y reconocimiento de sus derechos.

Posteriormente en la sentencia la Corte en el análisis del segundo punto del test de proporcionalidad, realiza un importante pronunciamiento, diciendo lo siguiente:

en el ordenamiento jurídico colombiano hay cabida para una serie de medidas cautelares atípicas o innominadas novedosas, que además de no ser viables de oficio, solo pueden imponerse por el juez en ciertos procedimientos para proteger derechos litigiosos, prevenir daños o asegurar la efectividad de las pretensiones, dentro de parámetros que para su imposición, son claramente delineados por el legislador. (Negrillas y subrayas propias)

Este apartado de la sentencia, es importante tenerlo en cuenta, como se mostrará más adelante, la Superintendencia de Sociedades si considera viable la aplicación de oficio.

Continuando con el análisis de la sentencia, y volviendo al segundo punto del test de proporcionalidad o razonabilidad, sigue la Corte analizando el significado y contenido de las medidas atípicas, indicando como el Juez debe tener un criterio de equidad y razonabilidad, para aplicarlas, y el legislador debe establecer esas reglas., lo cual no sucede en la norma analizada por la Corte Constitucional en la sentencia en mención, al dejar abierto el criterio a la entidad administrativa para la aplicación de las medidas innominadas, no le impone tener en cuenta criterios de necesidad y razonabilidad para acudir a la misma. Por tanto, acá finaliza el juicio de constitucionalidad sobre la norma, al no sobrepasar el segundo punto del test, no cuenta con la idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, es decir, no son idóneas en este caso concreto, para proteger los derechos de la parte investigada. Por tanto es menester en las medidas cautelares, la razonabilidad del Juez al aplicarlas y además, deberán ser a petición de parte.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de tutela con radicado 11001-02-03-000-2014-00342-00, del veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014), de forma muy corta y concreta, indica sobre

las medidas cautelares innominadas su procedencia en los procesos declarativos, tratándose en dicho caso de un proceso reivindicatorio, donde la parte solicitó en primera instancia una medida, consistente en ordenar al demandado, quien era poseedor, la no realización de contratos de subarriendo sobre el bien inmueble objeto de la litis; en ese caso, el Juez de primera instancia negó la medida, por ser una de las pretensiones el pago de los frutos civiles generando con ello incompatibilidad entre la pretensión y la medida cautelar solicitada; en segunda instancia el Tribunal Superior, decidió concederla por considerarla viable y acorde a la protección del sistema, por garantizar la no perturbación de terceros, en este caso arrendatarios, afectando el cumplimiento de la sentencia.

3.4 Aplicación por la Superintendencia de Sociedades

La Superintendencia de Sociedades, a través de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, en su texto denominado Jurisprudencia Societaria, trae una importante recopilación de pronunciamientos sobre distintos temas, entre ellas existen tres sobre medidas cautelares innominadas, se realizará un corto análisis de estos pronunciamientos, sobre todo en el sentido del decreto de oficio de las mismas por parte de la Delegatura.

El primer concepto a tener en cuenta, Auto No. 801-017366 del 10 de diciembre de 2012, se realizó en el marco de la elección de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla, donde meses antes a dicha elección, se constituyeron de forma sospechosa gran cantidad de sociedades por acciones simplificadas, y al darse cuenta de esto, la misma Cámara inicia un proceso buscando la cancelación del registro mercantil, por considerar

la constitución de las sociedades ilícita, al no tiene por objeto ejercer el comercio, se crean según la Cámara de Comercio para abusar del derecho, mientras se realiza el pronunciamiento de fondo por parte del Juez competente, el demandante solicita la suspensión provisional de las matrículas mercantiles de las sociedades demandadas. Esta es una medida solicitada a petición de parte, la Superintendencia realiza un estudio intenso sobre la creación de sociedades, y sobre una investigación adelantada por Superintendencia de Industria y Comercio. La Delegatura de la Superintendencia de Sociedades decide conceder la medida innominada, por la proximidad de las elecciones y así garantizar la transparente elección de los miembros de la junta directiva.

El segundo pronunciamiento del 1 de febrero de 2013 Auto No. 801-001488, se trata de una pretensión de una sociedad quien es accionista de una sociedad por acciones simplificada, en la cual solicita, se rescinda los votos emitidos por esta última durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de la sociedad demandada, al existir exceso al poder conferido al representante legal; lo primero a tener en cuenta por la Superintendencia para decretar medidas cautelares en los procesos, es la probabilidad de éxito de las pretensiones formuladas, esto es, buscar la apariencia de buen derecho exigida por la norma procesal en el artículo 590 del Código General del Proceso. En segundo lugar, habrá de determinarse el interés económico del demandante, por ejemplo en el presente caso, el demandante es un accionista de la sociedad, los actos mercantiles a realizarse por el representante legal de la sociedad podrán afectar el patrimonio de los socios, por tanto el despacho decretó las medidas cautelares, ordenó poner en suspenso cualquier acto jurídico a realizar por el mandatario, para así proteger durante


el curso del proceso el patrimonio del demandante. Aunado a lo anterior, la Delegatura decide decretar una medida cautelar de oficio, es inscribir la demanda en el registro mercantil de una de las empresas a la cuales se les vendió participación accionaria de la demandante, negocio que realizó el representante legal de ésta, sin contar con la debida autorización, por tanto la Superintendencia encontró según su concepto, la importancia de darle publicidad en los registros mercantiles de las empresas adquirentes de acciones del proceso que pretende la recisión de estos negocios.

El tercer caso que recopila el libro que se viene analizando, del 3 de octubre de 2013 Auto No. 801-016441, donde se estudia una medida cautelar innominada en un proceso de desestimación de la personalidad jurídica. El demandante solicita la inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria de un bien específico el cual había sido incluido en los estados financieros del demandado, pero de dicho bien de forma continua pasa a manos de otras personas y regresa al patrimonio de la empresa demandada, con el fin de demostrar respaldado patrimonial cuando le conviene y disminuirlo cuando no es conveniente. Comienza nuevamente la Superintendencia a estudiar las probabilidades de éxito del demandante, partiendo de las pruebas anexadas junto con la demanda, además en este caso concreto, la Superintendencia decidió de oficio la suspensión del acto mediante el cual se extrajo el inmueble concerniente del patrimonio de la empresa demandada. El argumento para lo anterior es: «Se trata de una medida que, en criterio del Despacho, no solo busca 'asegurar la efectividad de la pretensión', sino que guarda, además, una cercana proporción con los efectos nocivos que parecen haberse derivado de la donación controvertida». (RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group SAS , 2013)

Sobre estos pronunciamientos, se debe tener en cuenta, el estrecho margen entre el prejuzgamiento y protección al demandado, al juzgar la apariencia del buen derecho no existe un límite claro definido en estos pronunciamientos por el ente Jurisdiccional de asuntos societarios para explicar por qué no está adelantando una sentencia.

4 RESULTADO DE RASTREO EN LOS JUECES CIVILES MUNICIPALES, CIVILES DEL CIRCUITO Y ADMINISTRATIVOS DE MEDELLÍN

Se realizó un sondeo por los 17 Juzgados Civiles del Circuito, 30 Juzgados Civiles Municipales de Medellín, así como en los 16 Juzgados de Oralidad Administrativos de la misma ciudad, los cuales fueron encuestados por los alumnos miembros del semillero de derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Medellín, participantes de Red Interuniversitaria de Derecho Procesal en Medellín, quienes realizaron la siguiente ficha:

 Universidad Cooperativa de Colombia	Ficha aplicación de Medidas Cautelares Innomiadas	Facultad de Derecho Área Derecho Procesal Semillero Derecho Procesal
		Página 1 de 1

JUZGADO		
TIPO DE PROCESO		
RADICADO		
FECHA DE LA PROVIDENCIA		
DE OFICIO <input type="checkbox"/>	A PETICIÓN DE PARTE	<input type="checkbox"/>
RESUMEN MEDIDA		
ARGUMENTO JURÍDICO		
RECURSO, ARGUMENTO Y DECISIÓN DEL MISMO		

De este rastreo, en los 63 Juzgados encuestados, sólo se encontró en el juzgado Segundo Civil del Circuito una solicitud de unas medidas cautelares innominadas, las cuales fueron negadas, vale la pena aclarar los fundamentos de derecho consistieron en la Decisión 486 de Cartagena analizada en el desarrollo del presente texto y no en el Código General del Proceso.

En los demás juzgados no se evidenció al momento de diligenciar la ficha, la aplicación de las normas sobre medidas cautelares innominadas vigentes desde el año 2012.

5 ANÁLISIS DESDE EL DERECHO VENEZOLANO VENEZOLANO

En el Derecho Venezolano, el cual consagra dichas medidas en el Proceso Civil desde 1986, el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil de aquel país indica del tema que se está tratando, que únicamente el poder judicial tiene la potestad de tratar esa medida, ya que estas se vuelven en una mínima afectación al ejercicio de los derechos.

Para que procedan las medidas preventivas se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. La demanda ya debe estar admitida, Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia Venezolana en su fallo del 12/12/1979.
2. La presunción grave del derecho que se reclama o el *Fonus Boni Iuris*.
3. Cuando exista riesgo manifiesto que quede ilusoria la ejecución del fallo o el *Fonus Periculum in Mora*.
4. Que la petición encaje dentro de los casos taxativamente determinados en el Código de Procedimiento Civil.

5. Es importante mencionar el supuesto que el solicitante de la medida no disponga de un medio que le permita cauciones, afianzar o garantizar las resultas del proceso, porque las medidas cautelares pueden causar desastres patrimoniales a las personas contra quien se dirige. (Morales, 2008)

La citada profesora venezolana (Morales, 2008) continúa indicando:

su aplicación y enfoque relacionado con la necesidad de tener una visión mejorada de éstas y que permitan a las partes implicadas en el proceso civil su uso para evitar un daño y abreviar el proceso; así como las medidas cautelares innominadas y su importancia, igualmente, permitió precisar el compromiso de la administración de justicia, quienes deben asumir con responsabilidad social y profesionalismo el poder cautelar general concedido por la ley al juez; para que el arbitrio, con criterio de oportunidad, y atendiendo a las circunstancias de modo tiempo y lugar, pueda escoger los medios más adecuados para asegurar el resultado procesal de la ejecución.

CONCLUSIONES

- Poca acogida ha tenido dentro de los abogados litigantes en Medellín las medidas cautelares atípicas, por tanto, se deberá preguntarse en la continuación de esta investigación ¿se conoce la posibilidad de solicitar medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos por parte de los abogados de Medellín?
- No existe apropiación aun por parte de la comunidad jurídica en Medellín para las medidas cautelares innominadas.
- La Superintendencia de Sociedades ha dado aplicación a medidas cautelares atípicas de oficio, sin tener en cuenta la Sentencia, por lo

cual desconoce el presente de la Corte, lo que podría generar acciones de tutela contra esta Superintendencia por violación del debido proceso y del principio de igualdad.

- Las medidas cautelares innominadas requieren para su aplicación un test de proporcionalidad, que la Superintendencia de Sociedades lo realiza en dos pasos, el análisis de la probabilidad de éxito de los demandantes y el interés económico de estos.
- En el derecho Venezolano existe ya amplia tradición y depuración del trámite de las medidas innominadas, pues en la doctrina es amplio su conocimiento y en la comunidad jurídica se conoce su alcance y funcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

Sentencia C 379, 379 (Corte Constitucional 27 de Abril de 2004).

RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group SAS , Auto No. 801-016441 (Delegatura Societaria de la Superintendencia de Sociedades 3 de octubre de 2013).

Sentencia T 788, 788 (Corte Constitucional 2013).

Bernal Pulido, C. (2002). El juicio de igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En Instrumentos de tutela y justicia constitucional (págs. 51-74). México D.F: Instrumentos de tutela y justicia constitucional.

Fabregá , J., & Arjona, A. (Marzo de 1989). Medidas Cautelares Innominadas. Estudios de Derecho, XLVII(113-114), 195-202.

Gomez Aranguren, G. E. (2012). El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la ley 1437 de 2011 (págs. 173-184). Bogotá D.C: Banco de la Republica.

Hernandez Villarreal , G. (2 de Febrero de 2007). Obtenido de Redalyc: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73390108>

Hernandez Villarreal, G. (26 de Junio de 2014). scielo. Obtenido de Sitio web de scientific electronic library online: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792007000100007&script=sci_arttext

Morales, E. (2008). Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil venezolano. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 503-525.

Parra Quijano, J. (Septiembre de 2013). Sites Goolge. Obtenido de <https://sites.google.com/site/congresodchoprocesal/>

Proto Pisani, A. (s.f.). Las tendencias actuales del Derecho Procesal Civil en Italia. (A. Pérez Duarte, Trad.) <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1376/4.pdf>. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1376/4.pdf>

Rangel, A. (1989). Medidas Cautelares Innominadas. Instituto Colombiano Derecho Procesal, VIII. Obtenido de: <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>

Villamil Portilla, E. (2012). Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso. En I.

C. Procesal, XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Primera ed., pág. 174). Universidad Libre de Colombia.

DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO

Análisis de la sentencia T-429 de 2011

Jhon Fredy Cardona Acevedo*

TEMAS: •Defecto Procedimental por violación de principios. Debido proceso (artículo 29 Constitución Política). Acceso a la administración de justicia (artículo 228 Constitución Política). •Interpretación de los artículos 309-310-311 del Código de Procedimiento Civil

Aclaración y adición de providencias.

Accionante: Victoriano Márquez Hernández.

Accionado: Sección Tercera Del Consejo De Estado.

Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

El interés de la sentencia de tutela que se publica, radica principalmente en la línea jurisprudencial que traza el órgano de cierre en asuntos constitucionales frente al tema del defecto procedimental por el exceso ritual manifiesto, situación que se ve reflejada en las providencias emanadas de los Tribunales y Juzgados del país, las cuales no obstante estar permeadas de legalidad, adolecen del vigor y la prevalencia que debe

* Magister en Derecho Procesal y Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Juez Civil Municipal de Medellín.

dársele a los principios y los valores constitucionales, tornándose en todo momento en decisiones injustas y desamparadas de la prevalencia del derecho sustancial. (Artículo 228 de la Constitución política)¹.

Otro de los aspectos relevantes de la sentencia escogida, es el análisis que hace la Corte Constitucional frente al tema de la adición y aclaración de las providencias, toda vez que si bien el órgano que conoció del proceso en segunda instancia, esgrimió que no se podía dar aplicación al contenido de los artículos 309 y 311 del Código de Procedimiento Civil, se le olvidó la facultad oficiosa que tenía para enmendar y reparar su propio error, haciendo uso del contenido del artículo 310 de la misma obra.

Frente al primer aspecto, tenemos que, si bien se viene hablando de exceso ritual manifiesto desde la sentencia T-1306 del 06 de diciembre de 2001, en los últimos años ha sido más frecuente su utilización, como en las sentencias T-1123 de 2002, T-950 de 2003, T-289 de 2005, T-1091 de 2008, T-599 de 2009, T-386 de 2010.²

Resulta interesante hablar del defecto procedimental, tal y como lo ha enmarcado la Corte Constitucional, referido como exceso ritual manifiesto, por cuanto que, en el Estado Social y Democrático de Derecho que se pregona en la Constitución Política, todas las decisiones de los jueces y magistrados, antes que ser legales deben de ser Constitucionales, en el entendido de que no obstante una sentencia encontrarse ceñida a la norma, a la vez, aquella decisión puede estar soslayando valores y principios constitucionales como el Debido Proceso o el Acceso a la Administración de Justicia, convirtiéndola en inconstitucional e injusta.

El término exceso ritual manifiesto, resulta siendo un poco «despectivo» y por qué no, sumamente «negativo», pero algo que sí resulta cierto, es que cuando este defecto procedimental encuentra cabida en alguna de las decisiones de los jueces o magistrados, es porque aquella providencia, si bien se ubicó al cobijo de la ley, luego de hacerle el análisis constitucional, se observa que devino completamente en un desconocimiento de los derechos fundamentales y de la justicia material.

Sublime se vuelve aquella frase que dice, «sacrificar un mundo para pulir un verso»³, como quiera que fue exactamente ello lo que se procuró en el caso objeto de análisis, al pretenderse desconocer los valores y principios constitucionales con el único argumento de que la acción emprendida por el accionante en sede de tutela, no era procedente en razón del principio de la «inmediatez» y que dicho actor había dejado pasar mucho tiempo para interponer la acción. Esa explicación fue despachada por la Corte en forma desfavorable, utilizando excepciones que existen para ello, tales como la permanencia de la vulneración en el tiempo y la especial situación de la persona que la invocaba.

Además, explicó el órgano de cierre, que no podía ser posible que un campesino, desplazado por la violencia, totalmente lego en las lides del derecho, quien luego de 18 años de reclamación de sus derechos ante la Administración de Justicia, obtuviera como respuesta que por no haber solicitado en determinado plazo la inclusión de su nombre en la parte resolutive de la sentencia que le concedía sus pretensiones, ya no tenía derecho al pago del perjuicio causado. Situación que no obstante haber sido un error judicial única y exclusivamente atribuible al funcionario encargado de fallar, quien tenía la

obligación de corregirlo de acuerdo al contenido del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, más bien optó el Órgano Colegiado Administrativo por negar el derecho, acudiendo a razones tan disonantes como la «exagerada extemporaneidad de la acción de tutela».

Llama la atención, la pasividad con que actuó el representante de la parte accionante en el proceso administrativo, pues se señaló que nunca utilizó los mecanismos jurídicos existentes para que se diera la aclaración o adición de la sentencia. En este sentido obsérvese que la responsabilidad para que se presentara el resultado no es solo de la corporación judicial que olvida incluir el nombre del accionante en la parte resolutive de la sentencia, sino también de la parte demandante que no expuso su inconformidad.

Resulta completamente ajeno a los principios constitucionales anteladamente relacionados como el Debido Proceso y el Acceso a la Administración de Justicia, además de contradictorio con la lógica y la congruencia, que aquello sobre lo cual se ha pronunciado el juez en el cuerpo de su decisión especialmente en su parte considerativa, sea abolido o excluido en su parte resolutive, es precisamente lo acaecido en el caso analizado, que al fallador se le «olvidó», si es que con este término se puede aminorar el impacto que se causa en la vida de quien luego de haber batallado frente al Estado como contraparte en un proceso Administrativo por más de 18 años, incluir su nombre en la parte resolutive.

El yerro era evidente tal y como lo dejó plasmado la Corte Constitucional en la sentencia, cuando dice que «en aras de salvaguardar los derechos subjetivos del accionante hubiera podido hacer uso de su facultad discrecional para corregir los yerrores en que incurren

los funcionarios judiciales en sus sentencias, lo cual se puede hacer en cualquier tiempo». Y es precisamente allí, donde concluye la Corte Constitucional, que el Consejo de Estado en su Sección Tercera, no tuvo en cuenta que el Derecho Procesal es un medio para la realización de los valores y principios fundamentales de los ciudadanos, y que el órgano fallador aplicó de manera rígida y ciega los contenidos normativos de los artículos 309 y 311, soslayando así los principios de la justicia material y el acceso a la administración de justicia.

Obsérvese como gracias a ese mecanismo excepcional, se logra la protección judicial de los derechos de una persona que por su condición social especial (campesino desplazado) requería de ese tratamiento especial. Situación que solo obtuvo en el desarrollo de la acción constitucional, pues no obstante encontrarse reclamando el resarcimiento del perjuicio causado, la judicatura le estaba conculcando sus derechos con el innoble argumento de estarse a lo plasmado en un código, cuyas normas y contenidos nunca fueron redactados y pensados con el ánimo de pisotear y afectar derechos fundamentales de los ciudadanos.

El valor meritorio que la sentencia ofrece radica en que, frente a lo que supuestamente señala la norma, la Corte Constitucional con un sencillo ejercicio resalta la importancia y la relevancia de los principios y valores, rescatando los anhelos de ese ciudadano que ya daba por perdida la batalla jurídica emprendida desde hace 18 años, esperando siempre que el Estado le restableciera sus derechos. Situación kafkiana o quizás quijotesca si se quiere, que tuvo un desenlace favorable para el accionante.

Posterior a esta sentencia de tutela, se han emitido muchas otras decisiones que conservan la misma

línea, a guisa de ejemplo mírese las sentencias T-950 de 2011, Sentencia T-213 de 2012 y la Sentencia T-352 de 2012⁴, las cuales destacan y permiten concluir que no obstante el artículo 4 de la Constitución Política establece la prevalencia de la Constitución y que el artículo 228 de la misma obra antepone la supremacía del derecho sustancial, el funcionario judicial los desconoce y termina emitiendo providencias ceñidas en forma ciega al contenido gramatical de la norma, conculcando derechos fundamentales de los ciudadanos.

Finalmente, es importante anotar que el modelo de Estado social y democrático transforma la función del Juez, específicamente en su labor interpretativa y de aplicación del derecho, dado que no se trata solamente de la simple aplicación de la norma, sino que deben evitarse los defectos procedimentales tales como el exceso ritual manifiesto.

NOTAS:

1. Artículo 228 de la Constitución Nacional. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.
2. Sentencia T 1306 del 6 de diciembre de 2001 – M-P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
Sentencia T 1123 del 12 de diciembre de 2002 – M.P Dr. Álvaro Tafur Galvis
Sentencia T 950 del 16 de octubre de 2003 – M.P Dr. Eduardo Montealegre Lynett
Sentencia T 289 de 31 de marzo de 2005 – M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
Sentencia T1091 del 26 de febrero de 2008 – M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
Sentencia T 599 de 19 de marzo de 2009 – M.P Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Sentencia T 386 de 21 de mayo de 2010 – M.P Dr. Nilson Pinilla Pinilla
3. Valencia Castillo, Guillermo. Poeta y político Colombiano (1873-1943)

4. Sentencia T-950 del 15 de diciembre de 2011- M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio
Sentencia T-213 del 16 de marzo de 2012- M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva
Sentencia T-352 del 15 de mayo de 2012- M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt chaljub

Esta revista se terminó de imprimir en la
LIBRERÍA JURÍDICA SÁNCHEZ R. LTDA.,
Calle 46 No. 43-43
PBX: 444 44 98
Medellín - Colombia