

La creación judicial del derecho mediante la decisión judicial: “sueño o verdad en el desarrollo el proceso penal”

Alexander Paniagua Galeano

Abogado Titulado, Especialista en Derecho Penal, Magister en Derecho Penal. paniaguapenal@gmail.com

Este artículo aborda los temas de la creación judicial del derecho mediante la decisión judicial basado en conceptos narrados por el maestro Michele Taruffo en su libro *Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil* (2006) contiene conceptos conocidos por la comunidad académica a cerca de la legalidad y la justificación de la creación judicial del derecho, ubicando al juez como actor principal de la escena en el proceso de la justicia civil, creación que se descubre a partir de sus decisiones de carácter particular, en el nuevo modelo de Estados de derecho, soportado en principios y garantías procesales.

Se analiza el sistema procesal penal colombiano de la Ley 906 de 2004, y normas como 1142 de 2007, la 1453 de 2011, la 1474 de 2011, la 1709 de 2014 y la 1773 de 2016 se han encargado, cada vez más, de reducir el margen de maniobra del juez en el proceso penal (el acto de creación en caso concreto). Esto quiere decir que el poder punitivo del Estado se ha desbordado, sin importar los postulados del nuevo Estado de derecho, generando el desbalance de los derechos fundamentales y de las garantías procesales de los investigados, de los imputados, acusados y condenados.

Se advierte que la existencia de normas que en su interior contiene artículos que han generado desigualdad en los procesos penales y vulneración sistemática de los derechos y garantías procesales, además de restarle validez a la Constitución Política de 1991 (Estado Social de Derecho) y a normas internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en nuestra región de América.

Finalmente se describe la estructura de la decisión judicial: Un acto creador, peligro de discrecionalidad, racionalidad, congruencia y justificación con criterios de universalidad.

1. Apuntes sobre la legalidad y justificación de la creación del derecho

Cuando se aborda el texto: *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, puede comprenderse que existe una estructura procesal sólida, una estructura que podríamos asemejar con el portal de hierro de una vieja casa olvidada en el suroriente antioqueño: cuyas estructuras cuentan con más de 100 años y aún se encuentran en servicio, y, aunque la mayoría de ellas ha sido restaurada, no pierden su esencia, su fortaleza ni su presencia; que es la que da inicio y fin a un buen hogar tradicional. Así es como el maestro Michele Taruffo (2006) define el poder del juez al interior del proceso, que no es otra cosa diferente a la facultad de elección entre una o varias posibles alternativas de decisión.

La existencia, entre las funciones del juez, de un elemento determinante como lo es el poder, lo faculta para tomar las decisiones con amplio margen de discrecionalidad, permitiéndole la creación de la decisión final. Es allí donde alcanza su esplendor el poder del juez.

Con relación a este, Taruffo describe un proceso denominado: subsunción del hecho en la norma:

Como lo ha iluminado con especial claridad el análisis hermenéutico de la decisión judicial, la escogencia de la norma aplicable y la determinación de su significado sucede en directa conexión dialéctica con la determinación de los hechos jurídicamente importantes; por otra parte esta determinación de los hechos acaece en función de la norma que el juez considera aplicable y del significado (guiado por las referencia de los hechos) que se asigne a la norma (2006, p. 179).

Otro concepto que es desarrollado por el jurista italiano es el de la creación que, a la luz del proceso, no es otra cosa que lo plasmado en la decisión final del juez. El fundamento de dicho acto en la demostración del hecho, depende del ejercicio de importantes poderes discrecionales por parte del juez. En este sentido, podemos advertir que los medios dependen del proceso y que este, a su vez, depende de múltiples factores de tipo cultural, étnico, social y económico. Como bien lo mencionaba Diana Ramírez (2019), el proceso — en su esencia— es uno y no cambia, sin importar los procedimientos que se impongan o las jurisdicciones donde se aplique.

Por otro lado, el autor Oscar Chase señala que

Si el derecho es el oráculo desde el cual el juez adivina las normas con las que sentencia, ¿Qué ha de hacer cuando los hechos son controvertidos? La legitimidad del sistema depende tanto de la averiguación de los hechos como de las propias normas (2011, p. 65).

Este pequeño recuento me remite, de manera inexorable, al pasado, por lo que haré un breve hueco negro en la redacción de este artículo para ambientar la lectura. En este sentido, expondré un caso de mi experiencia como funcionario judicial que encaja de manera brillante en el concepto de creación del juez dentro del proceso.

Para el año 2012, estando en uno de mis primeros encargos como Juez Penal Municipal en la ciudad de Medellín, mediante asignación del reparto de la oficina judicial, el despacho tuvo conocimiento de una acción de tutela interpuesta por una señora de avanzada edad, cuyo grupo familiar estaba integrado por una persona discapacitada y por un menor de edad. Lo que quiere decir que existían, en aquel proceso, tres sujetos de especial protección constitucional:

la Corte Constitucional ha señalado como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través

de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-736, 2013).

Nótese cómo el alto tribunal colombiano, máximo órgano constitucional del país, crea una subcategoría de reglas y conceptos que se armonizan con el derecho internacional y que obligan al juez a la protección de las personas que cuentan con características especiales y que merecen un trato especial o de igual entre iguales. Esta jurisprudencia ha sido reiterada desde los años 1990 y, con el transcurrir del tiempo, ha permitido al juez realizar, en sus decisiones, verdaderos actos de creación mediante los poderes discrecionales. Volviendo al relato, después de que recibimos la tutela y de que integramos en debida forma la *Litis*, procedimos a confirmar —mediante testimonios e inspección— que el lugar en el que vivían estas personas carecía de agua potable y que, efectivamente, estaba teniendo lugar una vulneración a derechos fundamentales como el de la vida digna, el de la salubridad pública y otros. En este sentido, la decisión fue ordenar al Estado, en cabeza del ente municipal, la conexión del servicio público básico, con el propósito único de restablecer los derechos menoscabados.

Por otro lado, Taruffo (2006) también nos habla de «[l]os peligros del árbitro dentro del proceso», cuando aclara que el juez es un sujeto autónomo. Esta autonomía se considera nociva para las decisiones emitidas por el juez, cuando se fundamentan únicamente en reglas o en códigos que resuelven conflictos particulares *inter partes*; la crítica que hace el autor se basa en que esta autonomía es abstracta y excesivamente formalista. En cambio, propone que lo que debería ser la fuente de las decisiones son factores tales como la raza, la etnia, el sexo, la religión, entre otros criterios que permitan garantizar las necesidades —de manera exclusiva— a grupos o sujetos discriminados que se encuentren involucrados en procesos judiciales.

Michele Taruffo describe cómo el juez, al momento de tomar su decisión en casos *inter partes*, podría experimentar sensibilidad directa con los sujetos especiales determinados por la norma, como en el caso descrito en el párrafo anterior. Concomitante aparece el concepto de Estado-Nación, en relación a que

El juez como juez de Estado determinado, estaba acostumbrado a decidir solamente según el derecho propio del Estado (...) La dimensión supranacional de

situaciones jurídicas cada vez más numerosas (basta pensar en la aplicación directa de las reglas comunitarias por los jueces nacionales) obliga al juez a salir cada vez más frecuentemente del esquema del ordenamiento nacional para tener en cuenta normas de dimensión transnacional (Taruffo, 2006, p. 183).

En este orden, es de vital importancia detenernos y analizar el concepto de bloque de constitucionalidad que, en palabras del tribunal de cierre de la justicia constitucional en Colombia, se definió

(...) como aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu* (Corte Constitucional, Sala Plena, C-067, 2003).

Veremos cómo este concepto se incorporó, mediante diversos artículos, en la Constitución Política (1991, 2009, Leyer) :

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno". El concepto de bloque de constitucionalidad desde su semántica no tiene dificultad para su lectura normativa, pero al momento de ejercerlo en la práctica por los jueces en cada uno de sus procesos, encontramos que no existe una aplicación clara y concreta para resolver los diversos litigios de los ciudadanos al interior del Estado.

Un proceso deductivo de tipo descriptivo, permitiría dar total credibilidad a las afirmaciones del Maestro Taruffo; pues en el nuevo tipo de Estado, que es modulado por los principios universales o por los derechos humanos, el juez —cada vez más— estructura su decisión por principios fundamentales y garantías procesales internacionalmente válidos.

El concepto de la "Justicia de la Decisión", tratado por el autor italiano, señala la existencia de tres elementos necesarios para poder hablar de justicia en la decisión judicial. En este sentido, esta decisión debe 1) ser el resultado final de un procedimiento en el cual hayan sido respetadas las garantías procesales, 2) debe estar fundamentada en una comprobación verídica de los hechos controvertidos y 3) debe ser el resultado de una correcta interpretación aplicativa de las normas pertinentes en el caso concreto (Taruffo, 2006). Esta afirmación,

estructurada desde los cimientos del proceso, está claramente creada bajo el modelo del nuevo Estado social de derecho. Por otro lado, podemos afirmar —de manera certera— que no existe una verdad real o una verdad material, pues es claro que la decisión judicial se basa en la reconstrucción de unos hechos que ya han pasado y que incluso han desaparecido, motivo por el cual se afirma que estaríamos en presencia de una verdad relativa o de una verdad con respecto a la que solo se podría hacer una comprobación verídica fundamentándose en el soporte de la valoración racional de las pruebas disponibles.

Esta justicia en la decisión podrá tener lugar, si la adecuación de la interpretación de la norma que debe aplicarse al caso concreto (...) aquí se habla de una especie peculiar de interpretación encaminada a la aplicación de la norma en el contexto de una específica decisión judicial. Esto implica que la interpretación/aplicación de la norma o sea la determinación de la *regula iuris* que fundamenta la decisión, cumpla por lo menos dos requisitos, que podríamos definir como coherencia interna y como universalizabilidad (Taruffo, 2006, p. 187).

Otro concepto importante es el de "la congruencia de la decisión", en el que se habla de la relación que existe entre «los fundamentos de la decisión y los criterios que definen las condiciones de su posible inserción» (p. 191). El juez no puede agotar su decisión solo en la aplicación al caso concreto para resolver el conflicto, ya que la decisión judicial debe ser cultural y socialmente aceptada: la cultura se ve reflejada en la decisión.

La existencia de la congruencia del juicio de hecho y del juicio de derecho son los elementos esenciales para la decisión judicial. Se entienden por congruencia del juicio de hecho: «los criterios en función de los cuales el juez valora las pruebas y construye las inferencias que lo conducen a la comprobación final de la verdad de los hechos del caso y por congruencia del juicio de derecho específico: Las premisas jurídicas del orden general a las cuales el juez debe hacer referencia» Taruffo (2006). Se advierte que el juez construye su decisión mediante la comprobación de los hechos haciendo uso de máximas generales o la universalidad de criterios válidamente aplicados.

Es aquí donde cobra una vital importancia el precedente, que se aplica de manera general y reiterada en los llamados Estados modernos, tal como lo describe Taruffo (2006). Pues los precedentes judiciales son las expresiones de las decisiones de las altas cortes de

los países, son el método mediante el cual se incorporan decisiones individuales en un contexto más amplio para desarrollar los valores de igualdad, de coherencia y de continuidad. Con lo que se obtiene como resultado la seguridad jurídica y con lo que se permite la congruencia en la decisión judicial que da paso a la seguridad social. De esta manera el precedente puede ser abandonado por el juez, mediante razones de peso que permitan evidenciar la aceptación y congruencia en su decisión.

Finalmente, es importante mencionar el análisis del jurista italiano con relación a la justificación de la decisión. Luego de abordar los conceptos de los precedentes, de la creación del juez y de la discrecionalidad, es importante resaltar que la unión de cada uno de ellos se convierte en los límites y en el control intrínseco y social que se le puede hacer a la decisión emitida por el juez. Sin lugar a dudas, la creatividad y la discrecionalidad son los conceptos que permiten que el juez elabore su mejor decisión; una decisión que se soporta en las pruebas adecuadamente valoradas con el fin de lograr la reconstrucción de los hechos.

La motivación de las providencias es el escenario perfecto para que el juez pueda darle a conocer a las partes, y a los intervinientes, su conocimiento: los elementos seleccionados para emitir la decisión, el porque toma la decisión y selecciona determinadas herramientas, argumentos, precedentes, y no otros. Esta valoración dará legitimidad a su decisión ante el proceso y la sociedad.

2. Uso de la legalidad y justificación de la creación judicial del derecho en el proceso judicial

Los conceptos que hemos estudiado hasta aquí analizan la actividad judicial del juez en cualquier tipo de proceso. Ya hemos dado cuenta de que mediante el poder creador del juez se llega al final del camino procesal que es la sentencia, pero para trajarinar dicho camino el juez deberá vencer todo tipo de obstáculos e incluso utilizar su máximo poder de instrucción para siempre caminar en línea directa.

En el proceso penal, previsto en la Ley 906 de 2004 (del cual me ocupare en este capítulo), el juez está invitado como actor prin-

cial incluso desde la etapa de indagación e investigación preliminar, pues es concebido —en el Estado social de derecho— como protector de los derechos fundamentales y de las garantías procesales de las partes e intervinientes. Enarbolando en gran medida su discrecionalidad y apoyando así la creación de sus decisiones desde la etapa inicial. Un ejemplo claro es cómo en el capítulo II del Código de Procedimiento Penal, el legislador señala la existencia de actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización (Ley 906, 2004, art. 246). En la definición normativa, puede notarse que existen actividades en desarrollo de la investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación que implicarán posibles afectaciones de derechos y garantías fundamentales, y que únicamente podrán llevarse a cabo con previa autorización del juez de control de garantías.

Existen actuaciones en el desarrollo de la investigación, como la inspección corporal, la obtención de muestras que involucren al imputado, la interceptación de comunicaciones o la búsqueda selectiva en bases de datos, que —mediante el poder de escogencia discrecional— el juez puede aplicar a cada caso en concreto teniendo los postulados constitucionales como filtro directo a su decisión. Es allí donde juega un papel vital el nuevo Estado de derecho, pues el mismo se auto-regula mediante un concepto práctico denominado *el límite del poder punitivo del Estado*. Este concepto está compuesto por principios moduladores de la actuación del legislativo y del ejecutivo en materia penal como el de la legalidad, el de la proporcionalidad, el de la culpabilidad, el de la intervención mínima, entre otros.

Es en torno a estos principios que comienzan a generarse diferentes dificultades en el acto de creación del juez en su decisión y, como bien lo explicó la Doctora Ramírez (2019), los principios soportan todo lo que el intérprete quiera deducir de ellos, todo lo que el lector pueda interpretar —a diferencia de las leyes que son expresas, concretas y tácitas en la mayoría de ocasiones—; por lo tanto, cuando el juez con funciones de control de garantías realiza la selección de las normas de tipo constitucional y las lleva a dar legalidad o no para su decisión y cuando la fiscalía pretende realizar su investigación, mediante cualquiera de las diligencias previstas para investigar la causa penal, es el Estado —a través del poder judicial— quien se

limita a sí mismo. Pero, ¿qué pasa si el juez no tiene una estructura personal y profesional garantista o si no sigue los lineamientos y postulados de la Constitución?¹.

En la decisión del juez siempre estará contenido el riesgo de que el poder discrecional, y la escogencia subjetiva y arbitraria, desborden la práctica judicial que día a día se enfrenta a diversos casos. Esto representa una gran dificultad para el proceso judicial actual y, en especial, para la Ley 906 de 2004. Cuando se habla de "La justicia de la decisión", se habla de garantizar que luego de que el juez conozca los hechos, debe valorarlos conforme a las normas y a los principios aplicables a cada caso en concreto. En este sentido, se puede afirmar que se obtiene la justicia merecida en cada caso. Como lo manifestaba el maestro Taruffo (2006), la garantía de la justicia es la racionalidad de la decisión judicial, no el simple hecho de aplicar —como una maquina— el silogismo judicial a las decisiones.

Ahora bien, uno de los principales dilemas en la discrecionalidad de los actos del juez, en el proceso penal —tanto del juez con funciones de control de garantías como el juez de conocimiento—, es que se antepone a ese acto creador el poder punitivo del Estado que se desborda en aspectos vitales del proceso penal. Aspectos como los de las medidas cautelares, los de los beneficios y los de los subrogados penales; esto impide a plenitud que el poder creador del juez pueda garantizar los actos discrecionales, impidiendo así que la decisión judicial sea válidamente aceptada en su estructura y en sus resultados de manera exterior. Tal y como veremos a continuación:

Leyes como la 1142 de 2007 la 1453 de 2011, la 1474 de 2011, la 1709 de 2014 y la 1773 de 2016 se han encargado, cada vez más, de reducir el margen de maniobra del juez en el proceso penal (el acto de creación en caso concreto). Esto quiere decir que el poder punitivo del Estado se ha desbordado, sin importar los postulados del

1 «Esta Corporación ha señalado que los límites constitucionales al ejercicio de la potestad punitiva del Estado pueden ser explícitos e implícitos. Como límites explícitos se han identificado la prohibición de la pena de muerte (art. 11); el no sometimiento a desaparición forzada, torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 12); la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (art. 34); entre otras. En cuanto a los límites implícitos, se ha destacado que el legislador penal debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado como son los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo» (Corte Constitucional, Sala Plena, C-108, 2017).

nuevo Estado de derecho, generando el desbalance de los derechos fundamentales y de las garantías procesales de los investigados, de los imputados, de los acusados y de los condenados. Como lo señala el Código Penal: las personas que sean investigadas por delitos como extorsión, concierto para delinquir agravado, entre otros, no tendrán beneficios procesales (Ley 599, 2000, art. 68).

En el derecho penal colombiano existe un principio fundante: la igualdad, que se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en la ley. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política (Const., 1991). Por lo tanto, el legislador —al prohibir toda clase de rebajas y beneficios a las personas que incurran en las conductas penales antes descritas— limita el proceso de subsunción al momento de adecuar los hechos probados a las normas que se ajustan al caso en concreto. Más aun cuando este tipo de normas incorporan conceptos como el derecho penal de autor, que decide en atención a la personalidad en comisiones anteriores, lo que hace más gravosa la situación del investigado; esto es un gran tropiezo en materia procesal que impide la real aplicación del acto creador del juez en materia penal.

Esta previsto en la Constitución Política de 1991 que «toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley» (Const., 1991, art. 28). En este sentido, en cuanto a la captura en flagrancia, la persona detenida será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión, ni arresto por deudas, ni penas o por medidas de seguridad imprescriptibles (Const., 1991, art. 28).

El desarrollo legal de la Ley 906 de 2004 también consagra que las personas capturadas en flagrancia tendrán solo $\frac{1}{4}$ del beneficio de

que trata el artículo 351 (Ley 906, 2004). Lo que permite afirmar que la persona capturada mediante una orden judicial —como lo dispone el postulado constitucional— podrá tener una rebaja del 50%, mientras que aquella que sea capturada en flagrancia solo podrá ser favorecida con una rebaja de una $\frac{1}{4}$ parte. Nótese cómo se restringe el acto de creación del juez, al impedir el proceso de subsunción y cómo se vulnera el derecho fundamental a la igualdad en materia penal.

No podemos olvidar otro de los conceptos analizados por el Maestro Taruffo (2009): el “precedente”. Este puede entenderse como un principio orientado a fortalecer la decisión del juez que se fundamenta en lo que hayan emitido las cortes u órganos de cierre de las jurisdicciones. En el caso colombiano, el precedente se ha convertido en sofisma de distracción para evadir el cumplimiento de los fines del Estado de derecho actual, pues existe una gran diversidad de decisiones y una altísima variedad de conceptos sobre un mismo problema jurídico.

Durante el año de 2017, se creó el nuevo procedimiento penal especial abreviado (Ley 1826, 2017) en donde se cubre la omisión legislativa adeudada hacía décadas frente al tratamiento de las conductas punibles contravencionales, aquellos delitos llamados de “bagatela”. En este procedimiento existe la captura en flagrancia, al igual que en la Ley 906 de 2004, pero al momento de las rebajas en esta etapa primigenia del proceso, se estableció que en aplicación al principio de favorabilidad —en materia penal— la rebaja podría ser hasta de la mitad de la pena (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP-1763, 2018). Herramienta que estaba prohibida en el sistema acusatorio penal; esto es un ejemplo más de la inseguridad jurídica que brindan los órganos de cierre en materia jurisprudencial.

Los anteriores aspectos procesales, en materia penal, considero que son algunos tropiezos que impiden aplicar en debida forma el acto de creación del juez y que impiden emitir una decisión aceptada al interior del proceso y dentro de la sociedad en general.

3. Reflexiones en el proceso actual

La legalidad y la justificación de la creación judicial del derecho, en el proceso actual colombiano, vive una realidad completamente

diferente en la praxis. Considero que esto no ha sido causado por el sistema normativo, sino por la precaria capacitación y por los métodos académicos con los que se habilitan los funcionarios; toda vez que, desde la implementación de la carta política de 1991 y con la nueva concepción de Estado social de derecho, se incluye un grupo vertebral de derechos fundamentales y garantías procesales que permiten el juez implicar normas que van en contravía de la constitución.

Diríamos que la excepción de inconstitucionalidad, definida como una facultad o posibilidad (o, si se quiere, como una herramienta) de los operadores jurídicos, no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber, en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales. «En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto *inter partes*, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política» (Corte Constitucional, Sala Plena, SU132, 2013).

De la anterior definición se puede extraer una afirmación clara y concreta que apoya el concepto de creación del juez mediante la decisión judicial: el juez sí es creador de derecho mediante la decisión emitida y fundamentada en pruebas que reconstruyen los hechos. Puesto que el juez tiene la facultad de garantizar la protección de los derechos fundamentales que, mediante las normas, puedan ser vulnerados en cada caso en concreto, en cada conflicto de interés, en cada proceso penal, civil, laboral, administrativo, policivo, etc.

Ahora bien, según la Doctora Diana Ramírez (2009) «[y]a en el Estado actual, el mismo Estado se regula». Esto es cierto y puede ser confirmado en la práctica. No solo existe el poder punitivo del Estado, sino también los derechos fundamentales y las garantías procesales que no permiten que tengan lugar los peligros del árbitro dentro del proceso actual. Cuando el juez ejerce su poder creador en el momento de la interpretación y de la aplicación de la norma para cada caso con-

creto, está aplicando en debida forma los poderes discrecionales que siempre estarán limitados por la norma Constitucional.

Por otro lado, la justificación en la decisión del juez debería aplicarse en el proceso constitucional actual, siendo la motivación que está implícita en todas y cada una de las decisiones, situación que se garantiza mediante el uso efectivo de los recursos al interior del proceso en el cual existe pronunciamiento por parte de otro juez que puede adecuar o corregir la decisión emitida por juez inicial.

Para ayudar al ejercicio del derecho en plenitud, a la decisión del juez, su acto creador, y al proceso, es justo volver a analizar el concepto del precedente en la decisión judicial que, en Colombia, ha perdido su valor real. Esto se debe a que este concepto cambia junto con los periodos de los Magistrados que, en nuestro caso, son de ocho años; lo que impide la creación de reglas y subreglas claras que perduren en el tiempo y lo que hace que se genere inseguridad jurídica. De acuerdo con esto, es necesario modificar el periodo de los magistrados de altas cortes, siguiendo los pasos del Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, donde los jueces asociados (ocho) —nombrados por el tribunal— sirven de por vida y solo pueden ser destituidos por el congreso y mediante un proceso de impugnación, aunque también pueden renunciar a su cargo por voluntad propia. La racionalidad, como elemento orientador y determinante, debe ser limitada por el juez al momento de emitir la decisión mediante el acto creador, esto para que la discrecionalidad no se convierta en arbitrariedad al interior del proceso.

Para finalizar con este apartado, quisiera permitirme plasmar un ejemplo práctico en materia de la jurisdicción penal ordinaria, en el que el Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías puede decretar pruebas de oficio con el fin garantizar los derechos fundamentales de las partes y de los intervinientes. Esto hace parte del desarrollo del poder material que tiene lugar en el *civil law* desde una de las vertientes: la dirección material del proceso; que responsabiliza al juez para que ordene la prueba que pueda ser requerida para la decisión (Ramírez, 2009, p. 180).

Conclusiones

Es probable que la función desempeñada por el juez, al interior del proceso, tenga una doble connotación; pues cumple funciones de creador y de controlador. Su participación, en el proceso actual, está garantizada no solo por la ley, sino por los principios y garantías constitucionales en relación directa con el Estado de derecho actual o con el Estado social de derecho.

Es esencial, para desarrollar el poder creador del juez, la existencia de la norma que este selecciona para aplicar en cada caso en concreto y mediante el ejercicio de los poderes discrecionales se buscará la mejor alternativa para resolver el conflicto original. Por lo tanto, se puede afirmar que siempre mediante el método de la subsunción (que es la adecuación de los hechos a la norma luego de un proceso hermético de interpretación) se puede alcanzar justicia en la decisión.

Por otro lado, queda claro que la comprobación de los hechos es un elemento esencial en el acto de creación. Pues cuando ya han sido corroborados mediante los medios de prueba que se practican en el interior del proceso, apoyan la racionalidad de la decisión judicial.

En síntesis, el poder creador del juez deberá contener unos límites materiales que le darán validez al interior del proceso frente a las partes e intervinientes y, de manera externa, también le darán legitimidad social y cultural a la decisión. Además es claro es que el autor edifica al interior de la decisión judicial un esquema similar a:

ACTO CREADOR	PELIGRO DE DISCRECIONALIDAD	RACIONALIDAD	CONGRUENCIA	JUSTIFICACIÓN
JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN				

REFERENCIAS

- Chase G., Oscar. (2011). *Derecho, Cultura y Ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Ramírez, Diana. (2009). *La Prueba de Oficio: Una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Publicaciones Externado.
- (2019). *Aula Científica del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. [Curso Presencial].
- Taruffo, Michele. (2006). *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Témis.

REFERENCIAS JURÍDICAS

- Colombia. *Constitución política de la República de Colombia* [Const.]. (20 de julio de 1991). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Colombia. Congreso de la República. (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599 del 2000]. DO: 44.097
- (01 de septiembre de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658
- (28 de junio de 2007). Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. [Ley 1142 de 2007]. Reduperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=25620>
- (24 de junio de 2011). Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. [Ley 1453 de 2011]. DO: 48.110
- (07 de julio de 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48.128
- (20 de enero de 2014). Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. [Ley 1709 de 2014]. DO: 49.039
- (06 de enero de 2016). Por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. [Ley 1773 de 2016]. DO: 49.747
- (12 de enero de 2017). Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. [Ley 1826 de 2017]. DO: 50.114

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. (04 de febrero de 2003). Sentencia C-067. [MP: Marco Gerardo Monroy Cabra].

— (13 de marzo de 2013). Sentencia SU-132. [MP: Alexei Julio Estrada].

— (23 de febrero de 2017). Sentencia C-108. [MP: Luis Ernesto Varga Silva].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. (17 de octubre de 2013). Sentencia T-736. [MP: Alberto Rojas Ríos].

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (23 de mayo de 2018). Sentencia SP-1763. [MP: José Luis Barceló Camacho].